

SUMÁRIO

CONCURSO PÚBLICO - I	1-6
DOCUMENTO FALSO	7-13
REPARAÇÃO DE DANOS	14-21
IMPOSTO DE RENDA	22-26
AMPLA DEFESA	27-37
PENSÃO ESPECIAL	38-47
FINSOCIAL	48-53
PRESERVAÇÃO AMBIENTAL	54-64
DEFICIENTE FÍSICO	65-71
PRINCÍPIO DA ANALOGIA	72-79
RESPONSABILIDADE CIVIL	80-84
PROPRIEDADE INDUSTRIAL	85-92
DIREITO ADQUIRIDO	93-104
ENTORPECENTES	105-111
IPC - CADERNETA DE POUPANÇA	112-116
CONCURSO PÚBLICO - II	117-119
ADJUDICAÇÃO COMPULSÓRIA	120-127
LIQUIDAÇÃO DE SOCIEDADE	128-145
TEMPO DE SERVIÇO	146-150
REINTEGRAÇÃO DE POSE	151-161
CORREÇÃO MONETÁRIA	162-165
IMPF - PREVIDÊNCIA PRIVADA	166-178
EFEITOS DA COISA JULGADA	179-188
TARIFA DE ARMAZENAGEM	189-201
CONCURSO PÚBLICO - III	202-204

CONCURSO PÚBLICO - I

DRA. CLÁUDIA M^a P. BASTOS NEIVA
JUÍZA FEDERAL SUBSTITUTA
1^a VARA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA RJ.
PROC. N^o 93.0023769-1

SENTENÇA

Vistos, etc.

ANA CÂNDIDA BRANDÃO FONSECA, qualificada na inicial, impetra Mandado de Segurança, com pedido de liminar, contra o ato do Sr. REITOR DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO, objetivando o reconhecimento do seu direito à nomeação e posse no cargo de professor de francês de 1^o e 2^o graus, em vista da aprovação e classificação que obteve em regular concurso público de provas e títulos e, em consequência, a ineficácia e nulidade do concurso e do edital convocatório daquele (na parte relativa à vaga para professor de francês), frente à impetrante.

Como causa de pedir sustenta, em síntese, que obteve aprovação e classificação em 2^o lugar no concurso público de provas e títulos, sem prazo, para professor de 1^o e 2^o graus da U.F.R.J, na cadeira de francês, para o qual foi destinada uma vaga no Colégio de Aplicação, tendo sido investido no cargo o candidato aprovado e classificado em 1^o lugar. Ocorre que, dois dias após a homologação do concurso, o Conselho Pedagógico do Colégio Aplicação aprovou a abertura de uma nova vaga para o Setor Curricular de Francês.

Assim, a abertura de novo concurso para preencher uma única vaga para professor de francês, menos de um ano depois do término do concurso anterior, ofende direito líquido e certo da impetrante, que ao ser aprovada e classificada, passou a

ter "direito público subjetivo vinculado, não podendo a autoridade impetrada, dentro do prazo de validade do concurso, promover outro com vistas a preencher a vaga que por disposição constitucional pertence à impetrante"

Dessa forma, violados ficaram os arts. 37, inciso IV da CF/88, art. 12 e seu § 2º da Lei nº 8112/90, bem como o enunciado da Súmula nº 15 do Supremo Tribunal Federal, a ensinar o presente mandamus.

Instrui a inicial com os documentos de fls. 07/12, estando as custas pagas (fls. 13).

Liminar indeferida às fls. 15.

Prestadas as informações (fls. 18/23), a autoridade coatora, com base na doutrina e jurisprudência que elenca, sustenta a denegação do "writ" ante a inexistência de direito líquido e certo, eis que o concurso público exauriu-se com o aproveitamento do candidato classificado e o preenchimento da única vaga prevista no edital, não gerando a simples classificação direito à nomeação.

Petição da Impetrante às fls. 24 requerendo a reconsideração do despacho denegatório da liminar.

O Ministério Público Federal opinou pela denegação da segurança (fls. 26/27).

É o Relatório.

Examinêi e Decido

A Impetrante se insurge contra a realização de novo concurso para preenchimento da vaga de professor de francês da Universidade Federal do Rio de Janeiro, dentro do prazo de validade do concurso anterior.

A pretensão autoral não merece acolhimento e a improcedência se impõe.

Nos termos do item 5 do edital anexado às fls. 10, o concurso público, do qual a Impetrante foi aprovada e classificada em 2º lugar, destinava-se ao preenchimento de **uma única vaga** para o cargo de professor de francês junto ao Colégio de Aplicação da U.F.R.J. (CAP).

Assim, uma vez preenchidas as vagas constantes do edital, só através de outro concurso se pode dar provimento de outra vaga que venha a se abrir posteriormente, pois os efeitos do concurso se exaurem com o preenchimento do cargo.

Esse é o entendimento do conceituado administrativista Caio Tácito, expresso no Parecer nº P-050, de 28/03/84 da Consultoria Geral da República, em caso semelhante, *in verbis*:

" Se no edital de concurso para Professor Titular é fixado o número de vagas, não havendo porque, destarte, estabelecer prazo de validade para os resultados da competição, **os efeitos do concurso se exaurem com o preenchimento dos cargos ou empregos no limite especificado pela "Lei do Concurso", ou seja, o Edital em cada caso.**"

(grifo nosso)

E acrescenta :

"... a validade dos efeitos de Concursos Públicos para o ingresso na classe de Professor Titular nas instituições federais se exaure com a nomeação dos candidatos classificados no limite de vagas previstas nos Editais, impossibilitando o aproveitamento sem

concursos novos específicos, em vagas surgidas posteriormente."

Conforme preceitua o ínclito Desembargador Federal Sérgio D'Andréa Ferreira, *in Comentários à Constituição*, 3º Vol., Biblioteca Jurídica Freitas Bastos, pág. 151 :

"Em face do disposto na CF, não é obrigatória a fixação de "prazo de eficácia para os concursos", podendo ser adotado o critério de somente serem objeto do concurso as vagas indicadas no edital, ou por ocasião da homologação daquele."

Não havendo fixação de prazo de validade do concurso no edital, não basta, pois, estar a Impetrante aprovada em concurso para ter direito à investidura. Necessário também é que esteja classificada nas vagas existentes no momento da abertura do edital, o que não ocorreu.

Sobre a matéria vale transcrever a lição de José Afonso da Silva, *in Curso de Direito Constitucional Positivo*, 5ª ed., editora RT, pág. 571, ao comentar o art. 37, III da CF/88.

"O texto diz "até dois anos", o que vale dizer que pode não ter prazo algum, ou seja, o concurso pode ter sido realizado para o preenchimento das vagas existentes no momento de sua abertura, constante do edital."

(grifo nosso)

Situação diversa seria, a título ilustrativo, no caso do edital prever o aproveitamento dos candidatos aprovados, para as vagas surgidas no decorrer de um prazo de validade

previamente fixado. A hipótese *sub judice* é totalmente diversa, não comportando tratamento analógico, não havendo, portanto, a alegada preterição da Impetrante, nem violação do disposto no art. 37, IV da CF/88, e no art. 12 e seu § 2º da Lei nº 8112/90.

Neste diapasão já decidiu o Egrégio Tribunal Regional Federal da 2ª Região, no julgamento da AC nº 90.02.13721-4/RJ, p.m., j. em 10/06/91, *in* D.J. 10/09/91, em que foi relator o Desembargador Federal Clélio Erthal:

"ADMINISTRATIVO. CONCURSO PARA MAGISTÉRIO DE NÍVEL SUPERIOR. APROVEITAMENTO DE CANDIDATOS APROVADOS EM VAGAS SUPERVENIENTES. IMPOSSIBILIDADE.

- O concurso para preenchimento de vaga no magistério superior não pode ser aproveitado para as vagas supervenientes, mas tão somente aquelas constantes do edital. Uma vez preenchidas as vagas mencionadas no edital, somente através de concurso próprio pode ser provida outra vaga que venha a se abrir posteriormente.

- Recurso não provido. Sentença confirmada."

Na mesma orientação já decidiu o Colendo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 38.759-0-SP, un., j. 07/02/94, *in* D.J.U., 28/02/94, Seção I, pag. 2909, relator o Ministro Jesus Costa Lima;

“ CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO, ENQUADRAMENTO DE PROFESSOR UNIVERSITÁRIO. CONCURSO PÚBLICO.

1 - A Constituição de 1969 exigia o concurso público para os provimentos iniciais e finais na carreira de professor universitário, segundo tranqüila jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

2 - O ingresso no cargo de Professor Titular somente podia fazer-se através de concurso público e para o preenchimento de vaga única. Caso em que o recorrente foi aprovado em segundo lugar não podendo alegar haver sido preterido.

3 - Recurso especial não conhecido.”

(grifo nosso)

Isto Posto, **JULGO IMPROCEDENTE O PEDIDO, DENEGANDO A SEGURANÇA**, nos termos da fundamentação, condenando a Impetrante nas custas antecipadas, sem verba honorária.

P. R. I.

Comunique-se.

Rio de Janeiro, 08 de março de 1994.

Cláudia M^a P. Bastos Neiva
Juíza Federal Substituta
1^a Vara

DOCUMENTO FALSO

DRA. NIZETE ANTONIA LOBATO RODRIGUES
JUÍZA FEDERAL TITULAR
4ª VARA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA R.J.
PROC. Nº 86.9564.4

SENTENÇA

Vistos, etc.

RELATÓRIO

I.

JAIME DE OLIVEIRA COSTA e DELFIM FERNANDES, qualificados às fls. 99 e 106, foram denunciados como incurso nas sanções dos arts. 304 e 171, ambos do C. Penal, porque, em 06. Agosto.84, utilizaram de falsa CND para averbar imóvel de propriedade de ambos.

Instruiu a inicial o IP nº B. 305/87, de fls. 2-A/128, dele constando a CND falsa (fls. 74), folhas penais, com registros (fls. 124/125, 122/123), e laudo pericial (fls. 120/121).

Recebida a denúncia, em 23 .Nov.88, foram os réus interrogados (Cf. fls. 132/133, 134/135). Defesas prévias (Cf. fls. 144/145, 137/138).

Sumário da acusação às fls. 156/158. Sem provas orais a serem produzidas pela defesa, e nada requerido em diligências, ofereceram as partes suas alegações finais.

O Ministério Público Federal, dizendo provadas autoria e materialidade, pediu a condenação dos réus. A defesa de JAIME, reportando-se ao interrogatório, sustenta não ter con-

corrido para a infração penal. A de DELFIM, afirma que confiou a despachante a documentação de licença para construção. Ambos pleitearam a absolvição.

PASSO A DECIDIR

II.

Diante da fraude, sobretudo em nosso país, que se infiltra por todo o tecido social, a nossa reação primeira é obter uma punição exemplar do agente. Discute-se mesmo a necessidade de uma revisão legislativa para agravar-se inúmeros tipos penais. O juiz, entretanto, enquanto órgão operador do direito e elemento de ligação necessário entre os indivíduos e o Estado, no sentido de dar concretude a direitos e garantias, há de ater-se nos limites da ordem jurídica instituída, obediente aos princípios, alguns seculares, que a informam.

Os dispositivos dos arts. 297 e 299 do Código Penal, a exemplo, devem ser considerados em harmonia com o art. 301 e seu § 1º, que definem como crime especial a falsidade, ideológica ou material, cometida em certidão ou atestado proveniente dos serviços do Estado.

Na lição de SYLVIO DO AMARAL, o campo de aplicação do art. 297 e do art. 299 (este, no que tange aos documentos públicos) limita-se àqueles documentos emitidos pelos órgão da administração pública, que não caibam dentro dos conceitos de atestado e certidão (*in Falsidade Documental*, Ed. Revista dos Tribunais, 1989, p. 113).

Esse jurista define certidão (ou certificado) como o instrumento pelo qual o funcionário, no exercício de sua função, e fundado em documento guardado pelo Estado, afirma a veracidade do fato comprovado por esse documento, ou, em outra hipótese, transcreve o seu teor, total ou parcialmente (cf. ob. cit. p.114).

E comenta:

“por causa, certamente, da benignidade das penas fixadas para o crime (refere-se ao art. 301 e § 1º); em contraste com a gravidade das cominadas ao falso em documento público comum (refere-se ao art. 297), a jurisprudência tem classificado nesses dispositivos casos que, evidentemente, nelas não podiam caber”

(cf. pg. 118)

Ora, a tipicidade do crime de falso não se conceitua através da maior ou menor gravidade do fato. Ou o caso é de documento público comum (arts. 297 ou 299) ou é de atestado ou certidão (art. 301 § 1º), aquele jamais podendo transformar-se neste ou este naquele.

Como é sabido, *lex specialis derogat generalis*: quando o caso concreto cabe indistintamente dentro dos contornos do art. 297 e do art. 301 § 1º, esta é a norma aplicável.

Cuida-se, no caso dos autos, de uso de Certidão Negativa de Débitos, com o fim de averbar construção no Registro de Imóveis.

Evidentemente, não se pode cogitar aqui de estelionato, porquanto a característica essencial do delito é o engano, mercê do qual a vítima é induzida a executar um ato, positivo ou negativo, que importa numa diminuição de seu patrimônio e em proveito do agente ou de terceiros (*in ANTOLISEI, Manuale di Diritto Penale, para speciale, p.277*).

Nesse mesmo sentido, PAULO JOSÉ DA COSTA JR. esclarece que no estelionato,

“o agente, mediante artifícios e ardis, consegue obter que a vítima se prejudique a si própria, entregando o objeto, assumindo obrigação, renunciando a direitos, prejudicando seu patrimônio em benefício de terceiros, ou do agente”

(in *Comentários ao Código Penal*, Ed. Saraiva, 1989, p.266).

E acrescenta:

“o delito de estelionato apresenta uma certa afinidade com o de extorsão, pois em ambos é a vítima quem se despoja de seus haveres, consentindo em dispor de seu patrimônio”

(cf. *ob. cit.*, p. 267)

Na hipótese vertente, a vítima do engano foi o Oficial do Registro, em prejuízo do controle de créditos do INSS. Não, e isso é preciso que se observe, em prejuízo patrimonial direto do INSS.

Daí porque esse órgão vem promovendo tão-só a anulação dos atos praticados nos cartórios com as CND's falsas e efetivando a notícia-crime, conquanto tenha reconhecido, em inúmeros casos, que as falsificações são grosseiras (cf. fls. 10).

Deveras, não há prejuízo patrimonial a ser ressarcido junto ao atual INSS. No mais das vezes, a falsidade ideológica é perpetrada por despachantes, em detrimento dos proprietários de imóveis (crime que a denúncia não descreve *quantum satis*).

A meu aviso, o enquadramento do uso da CND nos tipos dos arts. 304, combinado com o art. 301, §§ 1º e 2º, resiste às mais acirradas críticas desferidas contra a aplicação irrestrita de tais dispositivos. Senão vejamos:

HELENO FRAGOSO ensina que

“a materialidade do fato consiste em atestar ou certificar falsamente fato ou circunstância que habilite alguém a obter qualquer vantagem de caráter público”

(in *Lições de Direito Penal*, vl. 2, Ed. Forense, 1988, p. 370).

À sua vez, diz NELSON HUNGRIA:

“o fato ou circunstância que se atesta ou certifica deve ser inerente ou atinente à pessoa a quem se destine o atestado ou certidão e condicionante da obtenção de um benefício de ordem ou caráter público”

(in *Comentários ao Código Penal*, v. IX, Forense, 1959, pg. 22).

Analisando o tipo, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo decidiu que o fato ou circunstância deve ser atinente à pessoa a quem se destina a certidão ou atestado e visar a benefício de caráter público (RT 536/287).

Examine-se, a propósito, a CND de fls. 74. Além de registrar o nome do contribuinte usuário e do logradouro, ressalva que a finalidade da certidão é única e exclusivamente para averbação do imóvel nela identificado (vantagem de caráter público), permanecendo com o IAPAS o direito de cobrar qualquer importância que venha a ser considerada devida.

A pretensão punitiva não pode se estríbar num sentimento de justiça, mas sim partir da legalidade dos tipos penais que se pressupõe justos.

É preciso não olvidar que no direito penal, ao contrário do civil, não há campo para os princípios gerais (boa fé,

analogia, equidade, etc.). A legalidade e a justiça são indissociáveis do tipo e nisto reside o direito e a garantia do indivíduo (CF, art. 5º, XXXIX e CP, art. 1º).

Isso é tão sério que toda construção analógica no direito penal é sempre *in bonam partem*, ou seja, a favor da liberdade, e nunca contra ela.

N'outro aspecto, a demora na apuração do fato não pode se constituir em argumento para a agravação da pena, tangido pela idéia da prescrição. O certo é que se agilize a apuração para que o tempo da pena cominada não seja inutilizado pela prescrição, até porque, para a doutrina penal moderna, a maior quantidade da pena nunca foi fator de desestímulo à criminalidade. O que estimula a criminalidade é o sentimento de impunidade. Por isso que todos os esforços da sociedade devem ser no sentido de agilizar a investigação criminal, com elementos idôneos de prova, de sorte a facilitar a tarefa do juiz e tornar efetiva a aplicação da lei penal.

DISPOSITIVO

III

Por tais motivos, **JULGO PROCEDENTE** a pretensão punitiva, para condenar **JAIME DE OLIVEIRA COSTA** e **DELFINO FERNANDES**, como incurso nas penas do art. 304 c.c o art. 301, § 1º, do C. Penal.

Ambos são tecnicamente primários. Fixo-lhes, pois, as penas bases, privativa de liberdade e pecuniária, nos mínimos legais: 1 (um ano) de detenção, que torno definitiva, à ausência de outras causas de aumento ou de diminuição.

Malgrado, reconheço que entre a época dos fatos - 06.Agosto.84 (fls. 73) - e o recebimento da denúncia - 23.Nov.88 - existe um hiato temporal superior a quatro anos. Destarte, tendo em vista o disposto no C. Penal, arts. 109, V, c.c o art. 110 e seus

parágrafos, transitada em julgado esta para a acusação, declaro, desde já, prescrita a pretensão punitiva do crime praticado por JAIME DE OLIVEIRA COSTA e DELFIM FERNANES, *ipso facto*, extinta a pena imposta.

Sem custas.

Anote-se e comunique-se.

P.R.I.

Arquive-se.

Rio de Janeiro, 26 de junho de 1992.

NIZETE ANTONIA LOBATO RODRIGUES
Juíza Federal da 4ª Vara.

REPARAÇÃO DE DANOS

DR. ANDRÉ JOSÉ KOZLOWSKI
JUIZ FEDERAL TITULAR
5ª VARA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA R.J.
PROC. N° 89.0006250-6

SENTENÇA

Vistos, etc.

RENATA MATTOS AMATO e BRUNO MATTOS AMATO, representado por Marilena de Mattos, movem esta ação de reparação de danos pelo rito sumaríssimo em face de UNIÃO FEDERAL, BATEAU MOUCHE RIO TURISMO LTDA., ITATIAIA AGÊNCIA DE VIAGENS E TURISMO LTDA., objetivando reparação de danos por ato ilícito decorrente do naufrágio da embarcação denominada BATEAU MOUCHE IV.

Em sua petição inicial, os autores relatam o sinistro ocorrido no noite de 31 de dezembro de 1988 em que, do naufrágio da embarcação BATEAU MOUCHE IV, faleceram 55 pessoas, dentre elas Augusto Araújo Amato, pai dos autores, sustentando a responsabilidade dos réus, as teorias da responsabilidade civil, a legitimação ativa, a solidariedade passiva, os critérios da aferição da sobrevida das vítimas para, afinal, pedir o ressarcimento, em caráter solidário, das perdas e danos decorrentes do naufrágio da referida embarcação.

Desdobra-se o pedido em : - a) valor mensal equivalente a 15 (quinze) pisos nacionais de salários, durante 22 (vinte e dois) anos, período de sobrevivência provável do pai dos autores, valor este representativo do último rendimento auferido pela vítima; b) percentual de 30% (trinta por cento) sobre o valor acima, a título de reparação pelo dano moral; c) verbas relativas à sucumbência. Instruíram a inicial com documentos.

Custas pagas, foi designada data para realização da audiência de conciliação, instrução e julgamento e ordenada a citação dos réus, que foi procedida de maneira regular.

Na data re-designada, a primeira vez em razão de ausência de prazo hábil para citação e a segunda vez pela ausência do ilustre representante do Ministério Público Federal, realizou-se a audiência, oferecidas as respostas dos réus, denunciados à lide a CIA. PAULISTA DE SEGUROS e BLUE SEAS LTDA., denúncia esta deferida ante à ausência de oposição das partes, bem como determinada a intervenção do Ministério Público Federal e designada data para continuação da assentada.

Contestando, assim se manifestaram os réus:

a) A UNIÃO FEDERAL impugnando o valor atribuído à causa alegando divergência do valor atribuído em relação ao pedido e, requerendo o sobrestamento do feito até julgamento dos feitos penais e, no mérito, alegando que o acidente não foi causado por ação ou omissão de agente da união, não lhe cabendo, portanto, responder pelos danos resultantes. Instruiu sua resposta com documentos.

b) BATEAU MOUCHE RIO TURISMO LTDA., requerendo denúncia à lide da segurança Cia. Paulista de responsabilidade em decorrência de inspeções e vistorias efetuadas pela Capitania dos Portos imediatamente antes do acidente, transferência de responsabilidade à fretadora Itatiaia Agência de Viagens e Turismo Ltda. e inexistência de conduta dolosa ou ato ilícito por sua parte. Instruíram com documentos.

c) ITATIAIA AGÊNCIA DE VIAGENS E TURISMO LTDA. se insurgindo contra sua inclusão no polo passivo e alegando, no mérito, não ter concorrido com qualquer parcela de culpa para o acidente em razão de ser mera agência de turismo intermediadora entre a promotora do evento e os possíveis clientes interessados. Instruiu com documentos.

d) BLUE SEAS, argüindo preliminar de ilegitimidade de parte por ser mera agente de classificação de seguros e, no mérito, ausência de responsabilidade pelo mesmo motivo eis que sua intervenção é a de mero inspetor de seguros.

e) CIA. PAULISTA DE SEGUROS, argüindo preliminar de ausência de responsabilidade em relação aos passageiros por se limitar o seguro à responsabilidade civil complementar de tripulantes (P & I) denunciando a lide o Instituto de Resseguros do Brasil pelo resseguro pactuado e, no mérito, ausência de responsabilidade pela ocorrência da cláusula de não cobertura de riscos em razão de falta de condições de navegabilidade e fato atribuível ao segurado, além de estarem limitadas as indenizações por cláusula contratual. Instruiu com documentos.

f) INSTITUTO DE RESSEGUROS DO BRASIL, em preliminar historia sua posição processual adotando as razões da Cia. Paulista de Seguros e, no mérito, sustenta que sua responsabilidade se limita ao reembolso à seguradora de sua cota na liquidação do sinistro.

Prosseguindo-se por diversas vezes na Audiência de Conciliação, Instrução e Julgamento foram recolhidas respostas dos réus, dado vista das mesmas aos autores. Proposta e rejeitada a conciliação foram fixados os pontos controvertidos desta demanda.

Agravos retidos interpostos pela ré Bateau Mouche se insurgindo contra a determinação da oitiva do ex-sócio Ramon Rodrigues Crespo e pela proibição de comparações entre o evento objeto dos autos e outros semelhantes ocorridos em outras oportunidades.

Fixado o valor da causa, com a concordância das partes, em duzentos e cinquenta mil cruzados novos (fls. 378).

Produzida prova oral, consistente de depoimento pessoal de representante legal do Bateau Mouche e ouvidas

quatro testemunhas. Deferida a juntada de depoimento de testemunha ouvida em outro feito (fls. 474).

Determinada a vinda aos autos do laudo pericial nos autos do inquérito promovido pela Marinha, com a posterior abertura de vista para sobre o mesmo as partes se pronunciarem, além de ter sido fixado o prazo para as alegações finais e derradeiro pronunciamento do Ministério Público Federal.

Cumpridas essas determinações com a vinda do laudo, que foi apensado a estes autos, tendo as partes se pronunciado sobre o mesmo e juntadas suas alegações finais, onde reiteraram seus argumentos.

O Ministério Público Federal, que atua neste feito como fiscal da Lei, ante à incapacidade das partes, acompanhou todo o processado.

É o relatório.

Tudo muito bem visto e examinado, passo a decidir.

Acolho a argüição de ilegitimidade de parte em relação à litisdenunciada Blue Seas eis que comprovada sua atividade e atuação como mero inspetor de seguros, auxiliar das empresas seguradoras na avaliação do risco a ser segurado.

Acolho a preliminar levantada por Cia. Paulista de Seguros em relação aos passageiros transportados eis que, efetivamente, somente seguiu os riscos pessoais dos tripulantes.

Quanto ao mérito, se verifica serem notórios ou incontroversos os seguintes fatos:

a) a existência de um naufrágio não doloso para o qual contribuíram forças da natureza associada à atividade

humana, sendo os autores dependentes de vítima deste naufrágio;

b) a existência de mais de 100 (cem) passageiros à bordo quando do acidente;

c) estar o comandante da embarcação vinculado à Bateau Mouche;

d) ter saído a embarcação do cais do Bateau Mouche;

e) a presença física de representantes da Bateau Mouche no cais, no momento do embarque.

Por outro lado, resultou provado, nestes autos, que o naufrágio foi causado pelo somatório dos seguintes fatos:

a) Excesso de passageiros na embarcação que, segundo a boa técnica, não deveria transportar mais de 60 pessoas;

b) Péssimo estado de conservação da embarcação, submetida a alterações de vulto em sua estrutura da maneira mais irresponsável possível, além de inexistência ou não funcionamento dos mais elementares equipamentos de segurança;

c) Navegação em condições adversas de mar e tempo, além de ser realizada em direção a águas desabrigadas, em desacordo com o autorizado pelas autoridades competentes.

Apurada as causas, cumpre definir a responsabilidade de cada réu, como faço:

- **RESPONSABILIZO A UNIÃO FEDERAL**, na forma do estatuído no artº 37 § 6º da Constituição Federal ante os fatos praticados e as ações omitidas que, tivesse a Marinha do Brasil correta a sua conduta, com toda a certeza não teria ocorri-

do tão lamentável sinistro. Com efeito, resultou provado nestes autos que foi autorizada a lotação de cento e cinquenta passageiros e mais três tripulantes quando todos os elementos dos autos demonstram que a embarcação Bateau Mouche IV não foi construída para essa lotação nem sofrido nenhum melhoramento que possibilitasse o aumento, muito pelo contrário em função de suas condições físicas. Também está provado que o sinistro teria se evitado se não tivesse sido autorizada a segunda saída da referida embarcação após seu retorno ao cais para fiscalização. Para fins civis, por presunções e indícios, considero provado o suborno aos marinheiros da Capitania dos Portos, principalmente pelo fato de ter sido liberada a embarcação Bateau Mouche III, que não naufragou, sem nenhuma formalidade ou exigência, tendo, no entanto, sido determinado o retorno da embarcação Bateau Mouche IV ao cais, de onde veio a zarpar para o naufrágio.

- RESPONSABILIZO BATEAU MOUCHE RIO TURISMO LTDA. pela violação do contrato de transporte, cuja obrigação maior é exatamente a incolumidade dos mesmos, além da culpa grave de seus prepostos Mário Triller, engenheiro, Edson Gonçalves de Carvalho, mecânico, e Camilo Faro da Costa, comandante da embarcação naufragada, em determinar que a embarcação zarpassse sem que houvesse a menor condição técnica para tanto e pela culpa grave própria, direta pela comercialização de mais ingressos do que a capacidade real da embarcação, pela ordem de navegação em condições marítimas e meteorológicas adversas em relação ao porte e registro da embarcação e conservação e manutenção inadequada, com criminosas alterações na estrutura e elementos de navegabilidade da embarcação, e indireta, in elegendo, pela contratação de profissionais imprudentes e imperitos.

- RESPONSABILIZO ITATIAIA AGÊNCIA DE VIAGENS E TURISMO por estar provado nos autos ter excedido a condição de mero agente de negócios para em verdade exercer a atividade de arrendante da embarcação equipada, em contrato conhecido como time charter, principalmente pelo fato de inexistirem passagens individuais fornecidas pela armadora, ter sido o serviço praticado com exclusividade, ter a Itatiaia, por seus repre-

sentantes, o comando das operações de terra, determinando a ocupação das embarcações e o momento de zarparem além de manter representantes a bordo. Como co-partícipe da promoção do evento e pelo relacionamento mantido com a armadora, tinha pleno conhecimento das condições que causaram o naufrágio, dispondo de plenos poderes também para evitá-lo.

- **ISENTO DE RESPONSABILIDADE A CIA. PAULISTA DE SEGUROS** pela ausência de cobertura do risco, conforme apólice, eis que o sinistro ocorreu em razão de ato do segurado em culpa grave.

- **ISENTO DE RESPONSABILIDADE O INSTITUTO DE RESSEGUROS DO BRASIL - IRB** em razão da inexistência de risco segurado pela ocorrência do sinistro em razão de culpa grave da empresa segurada.

No que se refere à reparação do dano, ante à ausência de impugnação específica, deve compreender: a) valor mensal equivalente a 15 (quinze) pisos nacionais de salários, durante 22 (vinte e dois) anos, período de sobrevivência provável do pai dos autores, valor este representativo do último rendimento auferido pela vítima; b) percentual de 30% (trinta por cento) sobre o valor acima, a título de reparação pelo dano moral; c) aplicação de juros compostos de um por cento ao mês, por se tratar de reparação de dano por ato ilícito; d) reembolso das custas processuais e honorários advocatícios que fixo em quinze por cento sobre o total das parcelas vencidas e das doze vincendas no momento da liquidação, todas as verbas sujeitas à correção monetária, como de Lei.

ISTO POSTO,

JULGO PROCEDENTE A PRETENSÃO AUTORAL para condenar os réus União Federal, Bateau Mouche Rio Turismo Ltda. e Itatiaia Agência de Viagens e Turismo Ltda., a repararem integralmente o dano sofrido pelos autores em razão do falecimento de seu pai no naufrágio da embarcação BATEAU MOUCHE IV, de forma solidária, compreendendo: a) valor men-

sal equivalente a 15 (quinze) pisos nacionais de salários, durante 22 (vinte e dois) anos, período de sobrevivência provável do pai dos autores, valor este representativo do último rendimento auferido pela vítima; b) percentual de 30% (trinta por cento) sobre o valor acima, a título de reparação pelo dano moral; c) aplicação de juros compostos de um por cento ao mês, por se tratar de reparação de dano por ato ilícito; d) reembolso das custas processuais e honorários advocatícios que fixo em quinze por cento sobre o total das parcelas vencidas e das doze vincendas no momento da liquidação, todas as verbas sujeitas à correção monetária, como de Lei, aplicando-se sucessivamente as BTN's e a seguir as TRD's e JULGAR IMPROCEDENTE A DENUNCIÇÃO À LIDE de Blue Seas por ser parte manifestamente ilegítima e IMPROCEDENTE A DENUNCIÇÃO À LIDE de Cia. Paulista de Seguros e Instituto de Resseguros do Brasil pela inexistência de sinistro coberto por seguro, condenando a litisdenunciante nas despesas processuais incorridas pelos litisdenunciados e em honorários advocatícios que arbitro nesta data, em Cr\$ 350.000,00 (trezentos e cinquenta mil cruzeiros) para cada litisdenunciado.

P.R.I.

Rio de Janeiro, 23 de abril de 1992

ANDRÉ JOSÉ KOZLOWSKI
Juiz Federal da 5ª Vara

IMPOSTO DE RENDA

DR. JOSÉ ANTÔNIO LISBÔA NEIVA
JUIZ FEDERAL SUBSTITUTO
5ª VARA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA RJ.
PROC. Nº 92.0074129-0

SENTENÇA

Vistos, etc.

I

UNIÃO DE LOJAS LEADER LTDA. ajuíza ação declaratória em face da UNIÃO FEDERAL, visando a declaração de inexistência de relação jurídica tributária ensejadora do pagamento do imposto de renda, no ano de 1992, corrigido pela UFIR.

Como causa de pedir salienta que se sujeitou ao imposto sobre a renda quanto ao lucro auferido em suas atividades, no anos de 1991; que a Lei 8.383 foi publicada no DO de 31/12/91 e tornada pública no anos de 1992, instituindo o recolhimento tributário em seis parcelas pela UFIR; que tal exigência é inconstitucional, por violação dos princípios da irretroatividade, anterioridade e publicidade.

A inicial veio acompanhada do instrumento do mandato e documentos (fls. 09/21). Custas recolhidas às fls. 22.

Contestação da União salientando que não houve qualquer vício de inconstitucionalidade pois a lei foi publicadas em 31/12/91, sendo certo que não criou nenhum imposto.

Não foram produzidas outras provas.

É o relatório. Decido.

II

A pretensão não merece acolhimento.

Não há provas no sentido de que o Diário Oficial não tenha circulado em 31/12/91 e sim em janeiro de 1992, sendo que em interpelação judicial promovida com intuito de esclarecer o ocorrido a Imprensa Oficial declarou (DCI de 10/04/92, p. 13):

“- O Diário Oficial da União - seção I, do dia 31 do mês de dezembro de 1991, foi colocado em circulação no mesmo dia, encontrando-se disponível para comercialização na seção de vendas deste órgão, a partir das 20:45 hs.

- A Imprensa Nacional não possui revendedores credenciados, sendo que as vendas dos Diários Oficiais são feitas pelo próprio órgão, diretamente na seção de vendas ou através de correspondência, cujas remessas são feitas pela ECT.

- a remessa regular dos Diários do dia 31 de dezembro de 1991 para os assinantes ocorreu no dia 02/01/92, com retirada pela ECT a partir das 7:30 hs.”

Assim, inexistente prova no sentido de que o Diário Oficial não tenha circulado (e isto é o suficiente) em 31/12/91, não tendo nenhuma consequência a circunstância dos assinantes somente terem recebido em 02/01/92.

Não há qualquer violação ao princípio da anterioridade e irretroatividade, sendo certo que o art. 97 da Lei 8.383 deve ser interpretado adequadamente, evitando-se inclusive con-

flito com dispositivos que prevêm comandos incidentes sobre fatos ocorridos em 31/12/91 (arts. 78, 79, 86, 87, 96).

Nesse sentido a lição de Ricardo Mariz de Oliveira e João Francisco Bianco (*in Imposto de Renda, Lei 8.383/91 - Questões Principais, Malheiros, p. 111*):

“A melhor interpretação do ar. 97 parece indicar que a Lei nº 8.383 seria ineficaz em 31 de dezembro de 1991 apenas para as matérias que implicassem em aumento ou instituição de tributo, respeitando o princípio da anterioridade. Para as demais, a lei já seria vigente e eficaz na data de sua publicação.”

Não há que se fazer qualquer comparação com o art. 18 do DL 2323, pois o mesmo foi publicado em março de 1987 para atingir hipótese de incidência ocorrida em dezembro de 1986. A lei 8.383 entrou em vigor em 31 de dezembro de 1991, para alcançar fato gerador ocorrido na mesma data, não havendo qualquer vício de inconstitucionalidade.

Finalmente, vale transcrever as seguintes observações, feitas pelos autores supra citados (ob. cit., p. 113/114):

“E o art. 79 determina que a correção monetária dos tributos seja calculada a partir de 1º de janeiro de 1992, data em que a lei estará produzindo efeito (na terminologia do art. 97), e não a partir de 31 de dezembro, data em que a lei entrou em vigor.

Desse modo, face aos precedentes jurisprudenciais, difícil negar a aplicabilidade da Lei 8.383 para os fatos geradores ocorridos em 31 de dezembro de 1991.

Desse modo, alteração da natureza jurídica da dívida não estaria ocasionando aumento de tributo mas simples atualização do montante devido, de modo a recompor o valor do tributo ao mesmo nível existente por ocasião do nascimento da obrigação tributária.”

Outrossim, vale transcrever a ementa de decisão proferida recentemente pela 1ª Turma do Egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região (Apelação em MS nº 94.04.03665-0/RS, ac. un., rel. Min. Juíza Ellen Gracie Northfleet, j. 14/04/94, DJ, seção 2, 15/06/94):

“TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA PESSOA JURÍDICA. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO. IMPOSTO DE RENDA SOBRE O LUCRO LÍQUIDO. LEI 8.383/91, ART. 79.

1 - A alteração do indexador da correção monetária, através da Lei nº 8.383/91, em nada acrescenta ao tributo devido; não cria, nem majora a imposição tributária, mas, simplesmente restabelece a correlação de valor indispensável para que se não verifique verdadeiro enriquecimento sem causa do contribuinte. (CTN, art. 97, § 2º).

2 - Apelação e remessa oficial provida.”

III

ISTO POSTO,

JULGO IMPROCEDENTE O PEDIDO, condenando a autora nas custas processuais e honorários, que arbitro em 10% sobre o valor da causa monetariamente corrigido.

Após o trânsito em julgado convertam-se os depósitos do processo cautelar em renda da União.

P.R.I.

Rio de Janeiro, 20 de julho de 1994.

JOSÉ ANTÔNIO LISBÔA NEIVA
Juiz Federal Substituto da
5ª Vara

AMPLA DEFESA

DR. SÉRGIO FELTRIN CORRÊA
JUIZ FEDERAL TITULAR
6ª VARA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA RJ.
PROC. N° 87.000

SENTENÇA

VISTOS ETC.

LUCIANO MAURÍCIO DE JESUS, qualificado a fls. 2 impetra MANDADO DE SEGURANÇA contra ato do PRESIDENTE DO CONSELHO DE DISCIPLINA, na pessoa de seu Presidente, Capitão JEFFERSON DA SILVA PEREIRA, instituído por determinação do Comandante da Companhia de Comando da 1ª Região Militar.

Os fatos são apresentados pelo Impetrante do seguinte modo:

"1. Na condição de acusado no Conselho de Disciplina já mencionado, o impetrante foi intimado para interrogatório no dia 14 de Dez 87, às 08:00 horas;

2. Fazendo-se acompanhar de seu advogado regularmente instituído, Dr. JOÃO RODRIGUES ARRUDA, ao impetrante não foi permitido contar com a presença de seu advogado durante o interrogatório, uma vez que a digna autoridade impetrada alegou não ser possível a atuação de advogado em Conselhos de Disciplina;

3. À tarde do mesmo dia o impetrante mais uma vez compareceu à sessão do Conselho, desta feita para depoimento do acusador, Soldado SÉRGIO MENEZES DOS SANTOS, ainda sem lhe ser possível contar com a assistência de seu advogado, em virtude da proibição imposta pela autoridade impetrada;

4. Em 15 Dez 87 o impetrante recebeu do Sr. Presidente do conselho, ora impetrado, o Libelo Acusatório (doc. 2), correndo a partir de então o prazo de 5 (cinco) dias para apresentar sua defesa, em que pese a autoridade impetrada afirmar que só daria vista dos autos ao impetrante APÓS haver concluído a instrução do processo;

5. Nas duas sessões já referidas o impetrante teve o acompanhamento de um médico da unidade indicado pela autoridade impetrada, a título de auxílio na defesa."

Em conseqüência sustenta ainda:

"1. O impetrante esclarece que não tem qualquer motivo de ordem pessoal para recusar o auxílio que lhe poderia ser dado pelo oficial-médico indicado para orientá-lo na defesa, entretanto, se permite optar por um profissional habilitado, de sua livre escolha, principalmente considerando a gravidade das acusações que lhe foram imputadas, bem como as gravíssimas sanções a que está sujeito;

2. Daí seu empenho em exercer seu direito de ampla defesa, consagrado no texto constitucional e também no Dec. nº 71.500, que regula o funcionamento do Conselho de Disciplina;

Requer ainda concessão de medida liminar, para fins especificados a fls. 4.

A inicial veio instruída com procuração, cópia do libelo acusatório, texto do Decreto nº 71.500, de 05/12/72 (fls. 5 e 10).

Custas foram recolhidas (fls. 11).

A liminar foi prontamente concedida, ficando assegurado ao Impetrante, após ciência da autoridade impetrada, o direito à assistência do advogado eleito para promover a defesa de seus direitos e interesses (fls. 12).

Através ofício, foi o Presidente do Conselho de Disciplina comunicado da concessão de medida liminar, para os fins nela contidos, bem como para que fossem prestadas as informações (fls. 13).

Peticionou novamente o Impetrante, a fls. 6 e seguintes.

Em longa exposição, requereu remessa de novo ofício, determinando à autoridade impetrada a não aplicação de qualquer medida disciplinar ao Impetrante, se fundada esta no fato de haver ele ingressado com o presente pedido de segurança (fls. 16/18).

Ante o requerido, e nos termos do despacho de fls. 16, expediu-se o ofício, para os fins visados (fls. 23).

A fls. 25, prestando informações, o Comandante da Companhia de Comando da 1ª Região Militar declarou que:

“O Conselho de disciplina agiu dentro dos preceitos estabelecidos pela letra “a”, do parágrafo 4º, do artigo 9º, do Decreto nº 71.500, de 05 de Dezembro de 1972 que rezam in verbis;

Art. 9º - Ao acusado é assegurada ampla defesa, tendo ele após o interrogatório, prazo de 05 (cinco) dias para oferecer suas razões por escrito, devendo o conselho de disciplina fornecer-lhe o libelo acusatório, onde se contenham com minúcias o relato dos fatos e descrição dos atos que lhe são imputados.

§ 4º - o processo é acompanhado por um oficial

a) Indicado pelo acusado, quando este o desejar para a orientação de sua defesa.”

Ao concluir, sustenta a autoridade impetrada:

“4. De acordo com o dispositivo legal retro, o impetrante indicou um oficial para acompanhar o processo, não podendo ser alegado cerceamento de defesa, até mesmo porque foi fornecido ao impetrante o libelo acusatório que propiciou a seu ilustre defensor a apresentação da defesa no âmbito administrativo, sem se falar na amplitude de defender-se através de advogado, que a

lei lhe propiciará, na esfera judicial, caso o julgamento disciplinar lhe seja desfavorável.

5. Nestas condições, demonstrando a V. Ex^a que o impetrado observou estritamente os termos da lei, espera pela denegação da segurança, na preservação da disciplina que deve ser observada pelas Forças Armadas:”

O Ministério Público Federal, oficiando, emitiu parecer (fls. 28/32), entendendo que o Impetrante decidirá ver sua defesa promovida por advogado, e que a discussão resume-se a saber se:

“sargento submetido a Conselho de Disciplina tem direito de se defender através de advogado por ele constituído, ou se somente poderá fazê-lo por oficial militar embora da sua livre escolha.”

Afirma o ilustre representante do Ministério Público ser descabida a pretensão do Impetrante (fls. 28), pois, se atendida, estar-se-ia ferindo o princípio da igualdade, pois a assistência profissional ao Impetrante, e só a este, constituiria fator de desequilíbrio “para o acusador e o próprio Conselho”, de vez que estes “não possuem especialização profissional” (fls. 29).

Aprofunda ainda seu exame da matéria, para destacar que a intervenção de advogado, na fase disciplinar, discrepa dos “princípios que regem as organizações militares”.

Alinha outros argumentos em favor de sua tese, todos no sentido de que inviável se faz a presença de patronos

escolhidos pelos acusados, ao longo da fase apuratória e decisória dos Conselhos de Disciplina (fls. 31).

Como derradeiro posicionamento, admite que o direito à ampla defesa, constitucionalmente assegurado, mereceria, a seu ver, temperamento, e que as injustiças eventualmente cometidas poderiam ser objeto de futura correção (fls. 31/32).

A fls. 34, novo expediente do Comandante da Companhia de Comando da 1ª Região Militar, informando não haver sido tomada "nenhuma medida disciplinar contra o militar em pauta até a presente data".

O Impetrante pronunciou-se a fls. 37/43, afirmando não haverem sido prestadas as informações, pela autoridade impetrada, e rebatendo longamente as posições assumidas pelo Ministério Público Federal. A referida petição foi acompanhada de cópia da defesa que, por força da liminar concedida, o Impetrante apresentou ao Conselho de Disciplina.

Noa e erudita promoção do Ministério Público Federal, a fls. 51/54, divergente do entendimento firmado pelo representante que oficiou anteriormente.

Dentro do novo enfoque trazido, destaca-se;

"Mas, como dizia, não me parece que, ao determinar seja o procedimento que regula acompanhado por um oficial "indicado pelo acusado, quando este o desejar, para orientação de sua defesa" pretenda o decreto em apreço excluir a possibilidade de assistência ao indiciado por profissional de sua confiança.

A uma porque, a simples outorga de uma faculdade - acompanhamento do processo

por oficial - não implica na exclusão de outra - a contratação de advogado.

A duas, porque o próprio decreto e a Constituição da República e, de resto, o sistema jurídico vigente, asseguram a todos, sem distinção, o direito à ampla defesa.

A três, porque, é curial, no cotejo entre norma inscrita no Decreto nº 71.500 e aquela consignada no art. 89 da Lei nº 4215/63, com a alteração trazida pela Lei nº 6884/80, haveria que prevalecer a de maior hierarquia, quando conflitantes." (fls. 52/53).

Opina, assim, pela concessão da segurança (fls. 53), conclui pela ilegalidade e descabimento da punição ao Impetrante, em razão de haver este recorrido ao Judiciário.

Ordenada expedição de ofício ao Comandante da Companhia de Comando da 1ª Região Militar, para que informe o estado em que se encontra o processo disciplinar instaurado consta o Impetrante (fls. 55).

A fls. 56 foi juntado ofício, do douto Juízo da 3ª Vara Federal, Seção deste Estado, em que são solicitadas informações sobre este feito, com a finalidade de instruir o julgamento de processo similar naquela Vara, motivando o despacho de fls. 65 e informação de fls. 66.

A resposta, por cópia, se encontra a fls. 58.

O determinado a fls. 55 ensejou remessa do expediente, por cópia, a fls. 59.

Em cumprimento ao decidido pelo Conselho Secional da OAB/RJ, apresentou-se para assistir ao patrono do Impetrante, o Dr. Manuel de Jesus Soares, Membro da Comissão de Defesa, Assistência e Prerrogativas daquela entidade (fls. 61).

O Comandante da Companhia de Comando da 1ª Região Militar, por ofício a fls. 63, informa haver sido acatada a liminar deste Juízo e que, por questões administrativas, o Conselho de Disciplina, cujos atos são questionados neste Mandado de Segurança, foi suspenso em 24 de dezembro de 1987, e ainda que tal decisão já havia sido homologada pelo Escalão Superior.

Destacou, também, que após o julgamento deste pedido, o Escalão Superior seria informado, bem como reativado o aludido Conselho de Disciplina.

O Ministério Público Federal voltou a oficiar (fls. 64v.), no sentido de estar a questão pronta para ser julgada.

É O RELATÓRIO. PASSO A DECIDIR.

LUCIANO MAURÍCIO DE JESUS, apontado cometimento de situações que impossibilitaram o exercício de sua ampla defesa, impetra o presente MANDADO DE SEGURANÇA contra ato do Sr. Presidente do Conselho de Disciplina, instaurado por determinação do Comandante da Companhia de Comando da 1ª Região Militar, tudo como relatado se encontra na inicial de fls. 2/4.

Efetivamente, os autos dão conta, e a digna autoridade impetrada reconhece, não haver sido permitida a presença de advogado, para assistir ao Impetrante quando se desenvolviam os trabalhos realizados pelo Conselho de Disciplina onde ele se apresentava como acusado.

A expressa confissão está contida na segunda parte do expediente recebido por este Juízo, ofício 549/S-1, de

22/12/87, onde a autoridade impetrada afirma haver sido indicado, pelo Impetrante, um oficial para acompanhar o processo.

Ocorre que o Impetrante recusa haver feito tal nomeação. Ao contrário, sustenta que essa iniciativa partiu da autoridade impetrada, e que esta negou-lhe o direito de presença de seu advogado, por considerá-la indevida no âmbito dos Conselhos de Disciplina.

Constato que a afirmação do Impetrante, de haver sido acompanhado por um oficial médico ao longo do interrogatório e demais fases do Conselho de Disciplina, não foi também negada pela autoridade impetrada.

Creio, com o indispensável respeito ao trabalho acaso desenvolvido pelo mencionado oficial médico, não ser esta a forma, e muito menos a especialização profissional adequada ao exercício da ampla defesa, legalmente assegurada ao Impetrante (C.F. art. 153, § 15).

E tal entendimento resulta não só da compreensão lógica de nossa estrutura jurídica, como ainda da leitura da artigo 9º, § 4º, a do Decreto 71.500, de 05/12/72, em que ao acusado, quando este o desejar, indicar-se-á um oficial para acompanhar o processo (fls. 8).

Trata-se como ressei claro, de situação que exige rigor ao ser apreciada. Acompanhar o processo poderá ser função de um oficial, mas assistir ao acusado é atividade só conferível àquele que possua conhecimentos técnicos indispensáveis a tal mister. Difícil assim se faz compreender, como aliás muito bem destacado pelo culto e laborioso representante do Ministério Público, de que forma um oficial médico, hierarquicamente subordinado à autoridade impetrada, disporá de indispensável liberdade para contrariar posicionamento do Conselho, ou até mesmo elaborar defesa em prol do acusado.

Não procede, portanto, a alegação da autoridade impetrada, de inexistência de cerceamento de defesa.

Ao inverso, ela resultou provada.

Registra-se, por oportuno, que a assistência ao acusado, por advogado, não possibilita a este interferir indebitamente. Sua atuação limitar-se-á a impedir o cometimento de quaisquer irregularidade, exigir o exato cumprimento da lei e, acima de tudo, inteirar-se plenamente da acusação lançada e das provas colhidas e, desse modo, desenvolver, na fase própria, e em plenitude, sua elevada missão.

Não se perca de vista, porém, de que se ao advogado se asseguram direitos, também lhe são atribuídos deveres, dos quais não se pode apartar.

À luz do mandamento constitucional, ante os termos da Lei nº 4.215/63, e, até mesmo, da compreensão a ser dada ao texto do artigo 9º, § 4º, a e b do Decreto nº 71.500, de 05/12/82, assiste razão ao Impetrante.

Ao impedir o acesso de patrono constituído pelo Impetrante aos trabalhos do Conselho de Disciplina, seu Presidente inobservou normas legais que asseguram não só o exercício profissional, mas, acima disso, o mandamento constitucional que garante a todo acusado o elemento direito de exercer a mais ampla defesa, relativamente à acusação que lhe é imputada.

Ademais, destacou o Impetrante a gravidade das acusações, e as possíveis sanções (fls. 3).

E disso nos dá conta o lúcido voto do eminente Relator Ministro WILLIAM PATTERSON, quando do julgamento, unânime, da AR nº 1234-RS, TRF 1ª Sessão, em 12/11/86 (in Revista do TRF nº 146, fls. 15/18).

A prova constante dos autos demonstra que o direito, líquido e certo, de o Impetrante ser assistido por advogado e não simplesmente acompanhado de oficial, configurou ilegalidade, corrigível por esta via. Tal ato não alcança, contudo, como lucidamente salientado pelo representante do Ministério Público a fls. 51/52, as características que lhe pretendeu dar o Impetrante.

Ante o exposto, atento ao informado a fls. 63, confirmo a medida liminar e concedo a segurança definitiva, para que se repitam os atos processuais já realizados pelo Conselho de Disciplina nomeado por ato do Sr. Comandante da Cia. de Comando da 1ª Região Militar, em que o Impetrante tem contra si lançada a acusação expressa no documento de fls. 6, e, em todas as fases de trabalho do mencionado Conselho, possa o acusado ser assistido por advogado de sua livre escolha, assegurado ainda a este, na fase própria e prazo estabelecido, retirar os autos, para estudo e elaboração da defesa do Impetrante, nos exatos termos do disposto no art. 89, XVII, da Lei nº 4.215/63.

Sem custas ou honorários.

Sentença sujeita ao duplo grau de jurisdição.

Façam-se as devidas comunicações.

Rio de Janeiro, 4 de outubro de 1988.

SÉRGIO FELTRIN CORRÊA
Juiz Federal

PENSÃO ESPECIAL

DR. GUILHERME CALMON N. DA GAMA
JUIZ FEDERAL SUBSTITUTO
7ª VARA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA RJ
PROC. N° 90.0016468-0

SENTENÇA

I - VISTOS.

1. MARIA DA GLÓRIA LOPES, qualificada a fls. 02, ajuizou Ação Ordinária em face da União Federal, alegando, em síntese, que é irmã do ex-Segundo Sargento Alberto Gomes, que faleceu em 07 de fevereiro de 1962, tendo servido à Marinha de Guerra do Brasil durante 34 (trinta e quatro) anos e 11 (onze) meses quando foi transferido para a Reserva Remunerada pelo Decreto n° 3995-H, de 16 de dezembro de 1954. Após haver requerido administrativamente (processo n° 30889/89, locado sob o n° 0004-D-25) a equiparação da pensão deixada por seu irmão na condição de ex-combatente, à de segundo-tenente das forças armadas, nos termos do art. 53 do A.D.C.T. e da Lei n° 5.315/67, a Autora veio a ter sua pretensão indeferida, sob o argumento de que seu falecido irmão não foi considerado ex-combatente. Argumentando que seu irmão foi ex-combatente, a Autora apresenta certidão do Comando do 1° Distrito Naval comprobatória da efetiva viagem do falecido a bordo do Contratorpedeiro Sergipe e da Corveta Vidal de Negreiros, diploma de medalha de Serviços de Guerra, e anotações de caderneta de guerra. Requer a condenação da Ré a: (a) pagar-lhe os proventos revistos e devidamente atualizados; (b) pagar-lhe as diferenças entre o efetivamente pago e o correto, e demais consectários legais. Juntou, com a inicial, os documentos de fls. 09/34.

2. Regularmente citada (fls. 36v), a União Federal ofereceu contestação (fls. 38), na qual sustenta, em resumo, que o

pedido improcede vez que a Lei nº 5.315/67 exige que o militar haja sido licenciado do serviço ativo, retornando a vida civil, o que não ocorreu já que o falecido permaneceu em serviço ativo após o término da 2ª Guerra Mundial. Dessa forma, requer seja julgado improcedente o pedido ou, em caso de procedência, que a revisão alcance as parcelas de 05/10/88 em diante. Juntou os documentos de fls. 39/47.

3. Réplica da Autora (fls. 48/50).

É o relatório.

II. DECIDIDO

4. Trata-se de hipótese que comporta o julgamento antecipado da lide, por quanto para a solução da lide não há necessidade de produção de prova em audiência, sendo desnecessário o prosseguimento da relação processual (art. 330, inciso I, do Código de Processo Civil).

5. Cuida-se de Ação Ordinária proposta por pensionista de ex-militar, transferido para a Reserva Remunerada, tendo participado efetivamente de operações bélicas na Segunda Guerra Mundial, objetivando a revisão do valor de sua pensão no sentido de ser reconhecida a condição de "ex combatente" do falecido, para os efeitos do art. 1º, "caput", da Lei nº 5.315/67, c/c art. 53, incisos II e III, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

6. Inicialmente, cumpre transcrever a parte do texto constitucional, em sua parte transitória, e da legislação infra-constitucional que tratam do tema em debate:

"Art. 53. Ao ex-combatente que tenha efetivamente participado de operações bélicas durante a Segunda Guerra Mundial, nos termos da Lei nº 5.315, de 12 de setembro de

1967, serão assegurados os seguintes direitos;

II - pensão especial correspondente à deixada por segundo-tenente das Forças Armadas, que poderá ser requerida a qualquer tempo, sendo inacumulável com quaisquer rendimentos recebidos dos cofres públicos,...

III - em caso de morte, pensão à viúva ou companheira ou dependente, de forma proporcional, de valor igual à do inciso anterior;

Parágrafo único: A concessão da pensão especial do inciso II substitui, para todos os efeitos legais, qualquer outra pensão já concedida ao ex-combatente."(Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - Constituição Federal de 1988).

"Art. 1º. Considera-se ex-combatente, para efeito da aplicação do art. 178, da Constituição do Brasil, todo aquele que tenha participado efetivamente de operações bélicas, na Segunda Guerra Mundial, como integrante da Força do Exército, da Força Expedicionária Brasileira, da Força Aérea Brasileira, da Marinha de Guerra, e da Marinha Mercante, e que, no caso de militar, haja sido licenciado do serviço ativo e com isso retornado à vida civil definitivamente."

(Lei nº 5.315, de 12 de setembro de 1967).

7. Anote-se que a própria Lei nº 5.315/67 menciona os meios de prova hábeis à demonstração da participação efetiva em operações bélicas, indicando que os Ministérios Militares estão habilitados a fornecer o documento correspondente (art. 1º, § 1º).

E, no tocante ao falecido-irmão da Autora, a prova mencionada no supra-referido dispositivo legal foi apresentada a fls. 10, ou seja, a Certidão de Serviço de Guerra nº 0370/89, da qual consta que Alberto Gomes "prestou serviços efetivos em operações de guerra em missões de comboio e patrulhamento no período de um mês e dezessete dias, constantes dos termos de viagem de nº 50 ao nº 51, embarcado no Contratorpedeiro "Sergipe, e de nº 13 ao nº 17, embarcado na Corveta "VIDAL DE NEGREIROS"."

8. Vê-se, portanto que, inequivocamente, o falecido Alberto Gomes participou efetivamente de operações bélicas durante a Segunda Guerra Mundial, nos termos da Lei nº 5.315/67. De se notar, ainda, que o *de cujus* foi agraciado com o "Diploma da Medalha de Serviços de Guerra com 2 estrelas" (fls. 12), já que na qualidade de tripulante de navio de guerra, participou de missões de patrulha e comboio, dentre outras tarefas, durante a Segunda Guerra (fls. 13), tal como previsto no art. 1º, § 2º, alínea "c", inciso I, da Lei nº 5.315/67.

9. A controvérsia existente diz respeito à ressalva constante da parte final do art. 1º, da Lei nº 5.315, ou seja, na hipótese de se tratar de militar, que este "tenha sido licenciado do serviço ativo e com isso retornado à vida civil definitivamente".

Na hipótese vertente, o falecido continuou no serviço ativo da Marinha, passando a Reserva Remunerada ao completar o período necessário para tal, e, por tal razão, não foi reconhecida a sua qualidade de ex-combatente, nos termos da Lei nº 5.315/67.

10. Com efeito, o pedido formulado pela Autora é procedente, conforme ora será verificado. O falecido Segundo

Sargento Alberto Gomes deve ser considerado "ex-combatente", para efeito do art. 53, do A.D.C.T., bem como para o efeito do art. 1º "caput", da Lei nº 5.315/67. Senão vejamos.

11. Consigne-se que o ex-militar faleceu no mês de fevereiro de 1962, ou seja, cinco anos antes do advento da Lei nº 5.315/67 e, portanto, não tinha conhecimento dos benefícios previstos no art. 178, da Constituição Federal de 1967 (que passou a ser o art. 197, da Emenda nº 01/69), e muito menos, que a pensão especial correspondesse àquela deixada por segundo tenente as Forças Armadas (art. 53, do A.D.C.T.), que, evidentemente, é superior aos proventos que recebia quando de sua transferência para a Reserva Remunerada.

12. A Constituição de 1967, ao dispor sobre os benefícios especiais àquele que fosse considerado "ex-combatente", pretendeu recompensar aos civis que, por anos à Pátria, na defesa de interesses nacionais, tivessem participado em caráter efetivo das operações bélicas.

Contudo, houve alteração substancial na redação dada pelo novo texto constitucional, em suas disposições transitórias, ao não haver restrição quanto à situação do "ex-combatente", ou seja, o art. 53 não restringiu os benefícios apenas aos civis, possibilitando a concessão da pensão especial aos militares.

13. Aproveito para transcrever os trechos dos dispositivos mencionados, possibilitando a constatação da distinção supra-referida:

"Art. 197. Ao civil, ex-combatente da Segunda Guerra Mundial, que tenha participado efetivamente em operações bélicas..."
(Emenda nº 01/69)

"Art. 53. Ao ex-combatente que tenha efetivamente participado de operações bélicas..." (A.D.C.T. - 1988).

14. Portanto, a Lei nº 5.315, de 12 de setembro de 1967, foi recepcionada pela atual Constituição da República, mas não em sua totalidade, e sim parcialmente, já que não há como prevalecer a distinção entre civil e militar, para efeito dos privilégios previstos na Lei Maior quanto ao "ex-combatente" da Segunda Guerra Mundial.

15. Como se sabe, deflui da rigidez constitucional o princípio da supremacia da Constituição, segundo qual a Constituição se coloca no vértice do sistema jurídico de um país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais só são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos. É lei suprema do Estado, pois nela se encontram a própria estruturação deste e a organização de seus órgãos, é nela que se acham as normas fundamentais do Estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação às demais normas jurídicas.

Nas palavras de JOSÉ AFONSO DA SILVA, "todas as normas que integram a ordenação jurídica nacional só serão válidas se conformarem com as normas da Constituição Federal". (*in Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 16, Editora RT). E, prossegue mais adiante:

"Do princípio da supremacia da Constituição resulta o da compatibilidade vertical das normas da ordenação jurídica de um país, no sentido de que as normas de grau inferior somente valerão se forem compatíveis com a norma de grau superior, que é a Constituição. As que não forem compatíveis com ela são inválidas, pois a incompatibilidade vertical resolve-se em favor das normas de grau superior, que funcionam

como fundamento de validade das inferiores." "

(ob. citada, p. 16).

16. Recordando a teoria da construção escalonada do ordenamento jurídico, elaborada por HASN KELSEN, as normas de um ordenamento jurídico não estão todas no mesmo plano. No dizer de NORBERTO BOBBIO, "há normas superiores e normas inferiores. As inferiores dependem das superiores. Subindo das normas inferiores àquelas que se encontram mais acima, chega-se a uma norma suprema, que não depende de nenhuma outra norma superior, e sobre a qual repousa a unidade do ordenamento. Essa norma suprema é a norma fundamental. Cada ordenamento tem uma norma fundamental. É essa, norma fundamental que dá unidade a todas as outras normas." ("Teoria do Ordenamento Jurídico, p.49, Editora Polis).

Devido à presença, no ordenamento jurídico de normas superiores e inferiores, há uma estrutura hierárquica. Uma norma é válida quando ela puder ser reinserida, não importa se através de um ou mais graus, na norma fundamental. A norma fundamental é o critério supremo que permite estabelecer se uma norma pertence a um ordenamento, ou seja, é o fundamento de validade de todas as normas do sistema, e havendo norma jurídica incompatível com a norma fundamental, é de se reconhecer a sua invalidade no ordenamento jurídico.

17. Cumpre, mais uma vez, obter o auxílio do magistério do jurista italiano NORBERTO BOBBIO:

"As normas de um ordenamento são colocadas em planos diferentes: são colocadas em ordem hierárquica. Uma das conseqüências da hierarquia normativa é justamente esta: as normas superiores podem revogar as inferiores, mas as inferiores não podem revogar as superiores. A inferioridade de uma norma em relação a outra consiste na menor

força de seu poder normativo; essa menor força se manifesta justamente na incapacidade de estabelecer uma regulamentação que esteja em oposição à regulamentação de uma norma hierarquicamente superior. O critério hierárquico, chamado também de *lex superior*, é aquele pelo qual, entre duas normas incompatíveis, prevalece a hierarquicamente superior: *lex superior derogat inferiori*."

(*ob. citada, p. 53*)

18. Tais colocações se fizeram necessárias para demonstrar que o art. 1º, "caput", da Lei nº 5.315/67, foi recepcionado parcialmente pelo art. 53 do A.D.C.T., com a supressão da parte final: "... e que, no caso de militar, haja sido licenciado do serviço ativo, e com isso retornado à vida civil definitivamente", ou seja, a partir de 05 de outubro de 1988, data de promulgação da constituição da República Federativa do Brasil, não há mais distinção entre civil e militar, para efeito do art. 1º, da Lei nº 5.315/67, daí advindo a conclusão lógica de que a Autora faz jus à percepção da pensão especial nos termos do art. 53, inciso III c/c inciso II, do A.D.C.T., suprimindo-se a pensão ordinária que até então vinha percebendo em virtude do falecimento de seu irmão.

19. O art. 53, do A.D.C.T., além de não restringir seu alcance aos civis, previu benefícios outros além daqueles anteriormente mencionados no art. 197, da Emenda nº 01/69, e estabeleceu como parâmetro da pensão especial o valor correspondente "à deixada por Segundo-Tenente das Forças Armadas", sendo certo que inúmeros militares que participaram efetivamente de operações bélicas durante a Segunda Guerra Mundial foram transferidos para a Reserva Remunerada com o valor de seus proventos em patamar inferior ao de Segundo-Tenente das Forças Armadas, como foi o caso do irmão da Autora.

Indubitavelmente, não foi intenção da Constituição Federal de 1988 privilegiar apenas os civis "ex-combatentes",

como já dito, pois se assim o fosse, haveria discriminação odiosa, considerando que a "ratio" da norma constitucional foi beneficiar todos aqueles que se submeteram a rigor extraordinários no conflito armado, em defesa dos interesses pátrios, bem como seus dependentes.

20. Note-se que na vigência do texto constitucional revogado, não havia qualquer benefício previsto no art. 197 que já não tivesse sido concedido aos militares em geral, razão pela qual tanto o dispositivo constitucional quanto à Lei nº 5.315/67 tinham como beneficiários apenas civis "ex-combatentes".

Contudo, com a alteração dos benefícios de "ex-combatentes", pela nova Lei Magna, houve coerência no alargamento do âmbito de beneficiários da pensão especial, além da "prioridade na aquisição da casa própria para aqueles que não a possuam ou para suas viúvas ou companheiras". (inciso VI, do art. 53).

21. Impõe-se, dessarte, o acolhimento do pedido, declarando-se o direito da Autora a receber "pensão especial correspondente à deixada por Segundo-Tenente das Forças Armadas", a partir de 05 de outubro de 1988, por ser dependente de ex-combatente, na forma prevista no inciso III, do art. 53, do A.D.C.T., substituindo a pensão que vinha recebendo até então, condenando-se a União Federal a pagar as diferenças entre o efetivamente pago e o devido.

III - "DECISUM":

Ante o exposto, **JULGO PROCEDENTE**, o pedido para:

(a) **DECLARAR** o direito da Autora a receber pensão especial, por morte de "ex-combatente", correspondente à deixada por Segundo-Tenente das Forças Armadas, na forma prevista no inciso III, do art. 53, do Ato das Disposições Constitucio-

nais Transitórias, c/c o inciso II, do mesmo dispositivo constitucional, bem como o direito às diferenças entre os valores devidos e os pagos, desde 05 de outubro de 1988, corrigidos monetariamente;

(b) **CONDENAR** a União Federal;

i) à obrigação de pagar a pensão especial à Autora na forma acima exposta, bem como às diferenças supramencionadas, desde 05 de outubro de 1988;

II) ao pagamento de correções monetárias, na forma da Lei nº 6.899/81;

III) ao pagamento de juros de mora de 12% (doze por cento) a.a., a contar do ajuizamento da ação;

IV) ao pagamento de honorário advocatícios de 10% (dez por cento) sobre o valor final desta condenação;

Custas "ex lege".

Submeto a presente sentença ao duplo grau obrigatório de jurisdição (art. 475, inciso II, do Código de Processo Civil).

P.R.I.

Rio de Janeiro, 04 de março de 1994.

GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA
Juiz Federal Substituto
da 7ª Vara

FINSOCIAL

DRA. LANA MARIA FONTES REGUEIRA

JUÍZA FEDERAL TITULAR

8ª VARA FEDERAL

SEÇÃO JUDICIÁRIA RJ.

PROC. Nº 91.0007088-2

DECLARATÓRIA

Processo nº 91.0007088-2 - 8ª Vara

Autora: ARPOADOR DE HOTÉIS E TURISMO LTDA.

(Adv. Dr. João Luiz Coelho da Rocha)

Ré: UNIÃO FEDERAL

(PFN Dra. Cenildes Nascimento Pereira)

Juíza Federal: Dra. LANA MARIA FONTES REGUEIRA

SENTENÇA

Vistos, etc.

ARPOADOR DE HOTÉIS E TURISMO LTDA. propõe Ação Declaratória em face da **UNIÃO FEDERAL**, objetivando a declaração de inobrigatoriedade do pagamento do **FINSOCIAL** nos termos da Lei nº 7738/89, com as modificações introduzidas pela Lei nº 7787/89, por inconstitucional.

Aduz, em síntese, que, como sociedade dedicada à venda de serviços, recolhia a contribuição para o **FINSOCIAL** à alíquota de 5% sobre o imposto de renda devido, ou como se devido fosse, na forma do Decreto-Lei nº 1940, de 25.05.82, base de cálculo que se tornou incompatível com o que estatuído no art. 195, I da C.F. de 1988, advindo a Lei nº 76 89, de 15.12 do mesmo ano, que, determinando a incidência do **FINSOCIAL** sobre o faturamento, somente obrigou as empresas que realizavam vendas de mercadorias, ficando as prestadoras de serviços desobrigadas, quando a Medida Provisória nº 38, de 03.02.89, transformada na

Lei nº 7738, de 09.03.89, estipulou-o diversamente, com alíquota de 0,5% sobre a receita bruta, percentual posteriormente alterado pela Lei nº 7787/89 para 1%.

Ocorre que, com a Constituição Federal de 1988, a contribuição para o FINSOCIAL ficou vinculada à Seguridade Social classificando-se como contribuição social, não mais se podendo entendê-la como verdadeiro imposto, apesar de assim ter decidido o Supremo Tribunal Federal, pois que sob a égide da Constituição Federal de 1967, devendo, como tal, nos termos do art. 195, § 4º, ser instituída com obediência ao disposto nos arts. 154, 1, e 149, da C.F. em vigor, ou seja, mediante Lei Complementar, não podendo, também, como os impostos, ter fato gerador ou base de cálculo de outra contribuição.

Admitindo-se, ainda, ser o FINSOCIAL o mesmo antigo imposto, passaria o Decreto-Lei nº 1940 que o criou a ter força de Lei Complementar pelo fenômeno da recepção, não admitindo alteração de sua base de cálculo por lei ordinária originária de Medida Provisória, de hierarquia interior.

Insustentável, portanto, a contribuição do FINSOCIAL como instituída, independentemente da natureza jurídica que lhe seja atribuída, pela inexistência de Lei Complementar.

Citada a Ré, apresentou Contestação de fls. 18/20, dizendo no mérito, que a lei nº 7738/89 se encontra perfeitamente compatibilizada com os ditames constitucionais em vigor, requerendo a improcedência.

Réplica às fls. 22/25, reiterando o pedido.

Determinada a especificação de provas, disseram as partes não terem outras a produzir (fls. 27 e 31).

É O RELATÓRIO.

DECIDO.

Pretende a Autora o reconhecimento de não estar obrigada a recolher o FINSOCIAL como estabelecido no art. 28 da lei nº 7738, de 09.03.89, e Instrução Normativa nº 41, de 28.04.89.

A contribuição do FINSOCIAL criada pelo Decreto-Lei nº 1940, de 25.05.82, apesar de titulada como "contribuição social" em seu art. 1º, tinha natureza diversa, enquadrando-se no art. 21, § 1º, da Constituição Federal de 1967, ou seja, na competência residual da União para instituir outros impostos, uma vez que não atendia a qualquer das hipóteses do art. 43, X daquela Constituição.

Com a nova Constituição, o FINSOCIAL, como instituído, foi acolhido transitoriamente, como se vê do art. 56 do ADCT, até o estabelecimento da contribuição social, na forma do disposto no art. 195, I da Carta Magna.

Para tal, foi editada a Lei nº 7689, de 15.12.88, vindo com esta o termo de vigência da legislação anterior que, a partir daí, deixou de existir, estabelecendo o seu art. 9º que as contribuições previstas na legislação em vigor, incidentes sobre as folhas de salários e as tratadas no Decreto-Lei nº 1940/82, com suas alterações, incidentes sobre o faturamento "ficariam mantidas", deixando, evidentemente, de manter em vigor a contribuição do FINSOCIAL prevista naquele Decreto-Lei, que incidia sobre o imposto de renda, ou como devido fosse, das empresas prestadoras de serviços.

Tal omissão, na realidade decorrente da má redação do art. 9º da Lei nº 7689/88, pois com certeza a intenção do legislador não foi deixar aquelas empresas desobrigadas, motivou o advento da Lei nº 7738/89, que definiu a obrigação dessa empresas prestadoras de serviço tanto quanto as que se dedicam à venda, como integrantes da sociedade, estão obrigadas a financiar a seguridade social, como disposto no art. 195, I da Carta Magna.

Estabelecida a natureza jurídica do FINSOCIAL, que é hoje, irrefutavelmente, de contribuição social, examino se referidas Leis atendem ao disposto na Constituição Federal de 1988, para obrigar as empresas ao recolhimento da mesma.

O art. 149 da Constituição Federal em vigor determina como da União a competência exclusiva para instituir contribuições sociais, observado o disposto nos arts. 146, III e 150, I e III, sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo.

Muito claro, portanto, que a União Federal, para instituição de contribuições sociais, está também sujeita aos princípios Constitucionais tributários, havendo apenas com relação ao da anterioridade uma modificação, sendo o prazo de 90 dias, independentemente do exercício financeiro em que publica a lei que a instituiu ou aumentou.

Necessário, portanto, a existência de Lei Complementar para estabelecer normas gerais em matéria de contribuições social, podendo para tal se considerar o código Tributário Nacional, recepcionado pela nova Ordem, uma vez que estão sujeitas aos mesmos princípios que os tributos, sendo necessário, também, Lei Complementar, especialmente sobre a definição das contribuições sociais e de suas espécies, bem como em relação às discriminadas no art. 195 da C.F., a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes (ar. 146, III, a).

A alusão expressiva no §. 4º do art. 195, ao art. 154, I, vem corroborar o entendimento de que as contribuições sociais se sujeitam aos mesmos limites tributários, tanto que para o exercício de sua competência residual em instituir outras fontes de custeio da seguridade social que não as contribuições já previstas, terá a União que fazê-lo da mesma forma em que no exercício de sua competência residual para instituição de novos impostos, ou seja, através de Lei Complementar, sem cumulatividade, com fato gerador e base de cálculo diferentes dos já previstos (art. 154, I da C.F.).

As Leis n^os 7689, de 15.12.88, e 7738, de 09.03.89, que se transformaram as medidas Provisórias n^o 22, de 06.12.88 e 38, de 03.02.89, respectivamente, são leis meramente ordinárias, como se vê do art. 62 da Constituição Federal e art. 68, § 1^o, no qual vedada a delegação de matéria reservada à Lei Complementar e, portanto, a sua iniciativa através de Medidas Provisórias.

Assim, ainda que tenha o Presidente da República iniciativa de Leis Complementares (art. 61, C.F.), tal competência deve ser exercida por projetos de leis, sendo tal assertiva irrefutável, pois em consonância com a previsão expressa do art. 59 do ADCT:

“Art. 59. Os projetos de leis relativos à organização da seguridade social e aos planos de custeio e de benefícios serão apresentados no prazo máximo de seis meses da promulgação da Constituição ao Congresso Nacional, que terá seis meses para apreciá-los.

Parágrafo único. Aprovados pelo Congresso Nacional, os planos serão implantados progressivamente nos 18 meses seguintes.”

Inconstitucional, portanto, a instituição da contribuição social para o FINSOCIAL, não estando as Autoras obrigadas ao seu recolhimento, como determinado pelo art. 28 da Lei 7738/89 com as alterações posteriormente introduzidas em sua alíquota.

Isto posto, a **JULGO PROCEDENTE** o pedido para declarar a inobrigatoriedade do recolhimento pela Autora da contribuição social para o FINSOCIAL, estabelecida na lei n^o 7738/89 e Instrução Normativa n^o 41/89, devendo a Ré abster-se de qualquer exigência nesse sentido, condenando-a ao reembolso

de custas e em honorários advocatícios que fixo em 20% sobre o valor da causa atualizado.

Sentença sujeita a reexame obrigatório (art. 475, II do C.P.C.) independentemente do valor da causa (Lei nº 6825/80 revogada pela Lei nº 7194, de 27.06.91).

P.R.I.

Rio de Janeiro, 15 de abril de 1992.

LANA MARIA FONTES REGUEIRA
JUÍZA FEDERAL - 8ª VARA

PRESERVAÇÃO AMBIENTAL

DRA. VALÉRIA MEDEIROS DE ALBUQUERQUE
JUÍZA FEDERAL TITULAR
9ª VARA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA RJ.
PROC. Nº 90.0007416-9

SENTENÇA

Vistos, etc...

Trata-se de AÇÃO CIVIL PÚBLICA promovida pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, pelo procedimento previsto na Lei 7.347/85, em face do INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS - IBAMA, tendo como causa de pedir a tutela jurisdicional, em síntese, o seguinte: que provavelmente em 02.02.90 ocorreu um incêndio na Reserva Biológica de Poço das Antas, no Município de Casemiro de Abreu, neste Estado; que como demonstrado no Inquérito Civil instaurado pelo Ministério Público Federal, com fulcro nos artigos 129, III, da Constituição Federal e § 1º, do art. 8º do diploma legal antes citado, restou demonstrado que o fogo permaneceu ativo por vários dias, causando incalculáveis prejuízos ecológicos à questionada Reserva Biológica; que a Reserva Biológica de Poço das Antas, situada na parte central costeira do Estado do Rio de Janeiro, foi criada pelo Decreto 73.791/74, com a finalidade precípua de salvar a subespécie nominal de mico-leão LEONTOPITHECUS R. ROSÁLIA, vulgarmente conhecido como mico-leão-dourado, primata mais ameaçado de extermínio no Brasil, e cujas últimas espécies calculada segundo informes técnicos, em apenas 400 indivíduos, restritos às matas baixas nas costas do Estado do Rio de Janeiro, constitui Propriedade Estatal (Lei 5.197/67) e patrimônio nacional, ameaçado de destruição pelo total descaso e desinteresse do órgão-Réu; que está demonstrado nos autos, de forma irrefutável, a inexistência efetiva de um esquema de segurança apropriado para a Reserva Biológica de Poço das Antas, limitando-se o órgão-Réu a informar a inexisten-

cia de recursos financeiros específicos para a segurança da Reserva, que os vultosos danos causados pelo incêndio são elencados pelo próprio órgão-Réu, que os classifica em danos de efeitos a curta prazo (destruição de vegetação de pequeno, médio e grande porte, destruição de equipamento, morte de pequenos animais, etc.) e danos de efeitos a longo prazo (recomeço das pesquisas destruídas, recuperação das áreas destruídas que, em muitos casos, podem demandar dezenas de anos e recursos financeiros, queima de parte de território dos grupos familiares de primatas como micos-leões-dourados, macaco-prego e bagio; necessidade de adoção de medidas preventivas para não ocorrer mais incêndios etc); que a obrigação de reparar os danos referidos decorre de norma constitucional (art. 225, § 3º), que responsabiliza aqueles que tenham dado causa à degradação do meio ambiente, acolhendo integralmente a teoria da responsabilidade objetiva, que a conduta do órgão-Réu foi, sem qualquer dúvida, de caráter omisivo, pois não logrou desempenhar sua missão precípua de bem zelar pelo patrimônio público constituído pela Reserva Biológica de Poço das Antas.

Aduz, por final, que é no sentido de dar tutela a tão grave ameaça que o Ministério Público Federal vem ao Poder Judiciário, para pedir a condenação do Réu, após perícia a ser determinada pelo Juízo, a reconstituir todos os elementos constantes do item 17 da petição inicial, como única forma de reparação dos danos, reparação esta que deverá ser feita pelo valor de mercado de todos os animais e vegetais destruídos pelo incêndio, bem como pelo valor dispendido nas pesquisas, calculando-se os prejuízos advindos de sua paralisação e danos futuros, devendo tais valores ser depositados à disposição do juízo, que os liberará na medida em que sejam necessários para a reparação do dano, à recomposição de todo material científico destruído; à aquisição, pelo réu, de todo o material necessário à proteção da Reserva de Poços das Antas contra incêndio e manutenção de pessoal adequado à referida segurança e, finalmente, a pagar multa cominatória de 3.000 Btn's por dia, se após o trânsito em julgado não for dado cumprimento à sentença.

A inicial veio acompanhada do inquérito Civil instaurado através da Portaria nº 001/90, de 13.02.90, pelo digno Procurador da República, Dr. Paulo de Bessa Antunes, dignatário da petição inicial (fls. 02/09) e documentos de fls. 10/30.

Processando sem liminar, foi o Réu, regularmente citado (fls. 32), oferecendo tempestiva contestação, alegando, em prol de sua defesa, preliminarmente, a incompetência desse Juízo, com escora na letra "f", do art. 102, da Constituição Federal (arguindo também, em instrumento apartado, a Exceção de Incompetência e, no mérito: que o inquérito instaurado pelo Ministério Público Federal e que serviu de base para propositura desta ação, baseou-se em informações de diversos jornais, sem conteúdo técnico que comprovasse a causa de pedir; que jamais houve omissão do órgão-Réu na proteção e cuidados com a Reserva Biológica de Poço das Antas, como demonstram os ingentes esforços por ele desenvolvidos para apurar as causas do incêndio noticiado no processo, do que faz prova o registro de ocorrência da 127ª Delegacia de Polícia de Silva Jardim; que não é apenas a preservação do mico-leão-dourado a finalidade precípua da criação da Reserva Biológica de Poço das Antas, mas sim a preservação de remanescentes, florestas da Mata Atlântica costeira e espécie indígenas ameaçadas de extinção, notadamente o mico-leão-dourado, a preguiça de coleira, o jacaré de papo-amarelo, etc, bem como, e simultaneamente, possibilitar a geração de tais espécies e outras mais através de métodos científicos desenvolvidos em laboratórios, e o repovoamento da área com exemplares da fauna e da flora; que inexistente relação de causalidade para imputação de responsabilidade pelo incêndio; que fatores estranhos ao controle do órgão-Réu (tais como as estradas de rodagem - BR 101 e de ferro - EF - 103 - RFF) impedem a circulação normal das águas da região, modificando o regime hidrológico e, conseqüentemente, alterando a cobertura vegetal, que o fogo continua sendo um dos principais agentes limitantes da sucessão vegetal, considerando a principal atividade econômica da região (pecuária extensiva), com periódicas queimadas dos pastos vizinhos; que também a construção da barragem de Jaturnaíba, represando o Rio São João e seus afluentes, elemento causador do ressecamento dos banhados da região; que tais fatores, aliados à reco-

nhecida insuficiência de recursos governamentais para os programas de controle e preservação ambientais, em que pesem os esforços desenvolvidos pelo IBAMA, impedem o perfeito e desejado desempenho dos órgãos voltados à tais atividades; que a prova trazida aos autos com a resposta do Réu demonstra inexistir ameaça à sobrevivência do primata mico-leão-dourado; que não pode alegar desinteresse do IBAMA, que inclusive desenvolve amplo programa de integração com o Corpo de Bombeiros das diversas cidades, incluindo o Rio de Janeiro, para preservação e combate a incêndios, com a assinatura de diversos convênios e repasse de verbas e treinamento especializados, além dos programas de educação ambiental promovido pelo Réu junto aos fazendeiros e moradores de Silva Jardim e Casemiro de Abreu, com excelentes resultados.

Conseqüentemente, não podem a União ou o IBAMA ser responsabilizados pelas conseqüências danosas resultantes de incêndio ocorrido por causas alheias e fortuitas decorrentes da seca e da prolongada estiagem na referida Reserva Biológica, assim, sendo o fato apontado pelo autor decorrente de fenômeno natural, não considerado como ilícito civil indenizável, valendo destacar que o direito e a doutrina pátria consagram a responsabilidade civil objetiva da administração, sob a modalidade do risco administrativo, sem contudo chegar ao extremo do risco integral.

Finaliza sua defesa, reafirmando que nenhuma indenização é devida pelo IBAMA à União, não prosperando a pretensão ajuizada de cobrar pelo valor de mercado, animais e vegetação em extinção, como se mercadorias fossem, e que nem se sabe se foram sacrificados no incêndio, para pedir a improcedência *in totum*, da ação proposta por falta de suporte legal e não configuração de ilícitos, requerendo, na oportunidade, o chamamento à lide, como litisconsortes ativos necessários, por terem instalações na Reserva Biológica e, conseqüentemente, responsáveis pela manutenção da mesma, o Departamento Nacional de Estradas e Rodagem - DNER, a União como sucessora do departamento Nacional de Obras e Saneamento - DNOS e a Rede Ferroviária Federal - RFFSA, para que protejam, fechem, cerquem e

recomponham os danos ambientais e ao DNER para que reprima severamente o estacionamento de veículos em toda a faixa da Reserva Biológica, estabelecendo passagem de animais e placas.

A contestação, acompanhada de procuração e documentos (exclusivamente fotografias), foi juntada às fls. 34/77.

Em réplica de fls. 79/83, o Autor refuta as alegações do IBAMA; destaca que os incêndios na região da Reserva Biológica de Poço das Antas são previsíveis, como confessa o Réu às fls. 35 e 36; que tal previsibilidade afasta qualquer argumentação que se baseia em ocorrência de caso fortuito; ressalta que o dever de zelo foi violado e que o Réu deve, por tal, ser responsabilizado, considerando que em matéria ambiental a norma regente da responsabilidade é a Lei Fundamental, que afasta, força do disposto no art. 225, § 3º, as normas do direito civil sobre a matéria, ratificando seu pedido de procedência da pretensão deduzida.

Atendendo determinação para que se manifestasse sobre o pedido de chamamento à lide do DNER, União e RFFSA e especificação de provas (fls. 84), o Autor impugna a pretensão do Réu e dispensa a feitura de provas outras além das já existentes nos autos (fls. 84 - verso).

Pelo despacho de fls. 85 foi indeferido o pedido de chamamento à lide do DNER, por inexistência de vinculação do mesmo com o feito e determinado o retorno dos autos para sentença.

Através de petição de fls. 86/87, o Ministério Público Federal pede seja priorizado o julgamento do presente feito, ainda que reconhecendo o grande volume de processos em tramitação nesta e nas demais Varas desta Seção Judiciária, juntando publicação de periódicos que noticiam a ocorrência de novo incêndio na Reserva Biológica de Poço das Antas, de proporções semelhantes às daquele ocorrido em fevereiro/90 e que, como o anterior, ameaça a extinção da espécie mico-leão-dourado.

Através de Exceção de Incompetência autuada em apartado (Proc: 90.0029718-4) a oferecida juntamente com contestação, o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA (fls. 02/03), argüi a incompetência deste Juízo para decidir a presente demanda, que atende proposta pelo Ministério Público Federal, em nome da União, contra uma autarquia Federal, invocando a competência originária do Egrégio Supremo Tribunal Federal, fixada na letra "f", do art. 102 da Constituição Federal.

Respondendo (fls. 07/11) o Ministério Público Federal entendeu improcedente a exceção oposta, argüindo sua capacidade processual própria que não se confunde processualmente com a da União.

Em sentença de fls. 13/14, e que transitou em julgado sem recurso, rejeitei a Exceção da Incompetência oferecida, considerando que o Ministério Público é instituição com capacidade processual própria, tendo capacidade para ser parte, para estar em juízo, não se confundindo processualmente com a União Federal, além do fato da lesão ambiental haver ocorrido nesta seção judicial do Rio de Janeiro, sendo este juízo competente, por conseguinte, para conhecer da causa, força do disposto no art. 2º da Lei 7.347/85/

É o relatório.

DECIDO

A presente Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público Federal em face do IBAMA, tem como base o procedimento de Lei 7.347/85, visando a proteção do meio ambiente, com a preservação do mico-leão-dourado, espécie animal em extinção, constantemente ameaçada por incêndios ocorridos na Reserva Biológica de Poço das Antas, ao Município de Casemiro de Abreu, neste Estado.

A preliminar de incompetência deste Juízo foi devidamente decidida nos autos da Exceção de Incompetência em apenso, decisão esta que permaneceu irrecorrida.

Antes de examinar o mérito da presente demanda cabe fazer um breve histórico do mico-leão-dourado e da sua importância para a preservação do meio ambiente.

O mico-leão é um dos exemplos mais expressivos da interferência humana aos processos da natureza. Depois de ter praticamente exterminado as três espécies pela degradação acelerada de seus *habitats* e pela caça intensiva, o homem está conseguindo deter e até reverter a ameaça de extinção. O mico-leão é primata endêmico da Mata Atlântica. O mico-leão de cara dourada, cuja proteção se visa obter com a presente ação, habita o pouco que resta da Mata Atlântica, onde se localiza a Reserva Biológica de Poço das Antas no Rio de Janeiro.

A preservação do mico-leão-dourado é um benefício para o meio ambiente e para todos. Proteger esta espécie é proteger a natureza. Como se encontra no topo da cadeia alimentar, o primata de 30 centímetros e 600 gramas tem o papel de indicador de saúde da mata. Onde há o mico há também outras espécies, isto é, o meio ambiente está equilibrada. Daí a sua importância e a relevância da presente ação.

A REBIO POÇO DAS ANTAS, onde estão localizados os primatas em tela é de responsabilidade do IBAMA, sucessor do antigo IBDF. Assim é que determina o art. 4º do Decreto nº 73.791, de 11 de março de 1974, *in verbis*:

"Art. 4º - Cabe ao Instituto Brasileiro de Desenvolvimento Florestal a administração da Reserva Biológica criada por este Decreto, devendo baixar, no prazo de 90 (noventa) dias, o respectivo regimento e as instruções que, para sua implantação e manutenção se fizerem necessárias."

Assim, se terceiros causarem prejuízo à Reserva Biológica ou aos Mico-Leões, compete ao ora Réu IBAMA evitar que o façam, usando todos os meios a sua disposição, inclusive acionando-os judicialmente, se for o caso, sendo improcedente o chamamento a presente lide de terceiros estranhos a mesma.

A presente ação tem como objetivo compelir o órgão responsável: IBAMA a proteger efetivamente a REBIO POÇO DAS ANTAS, que é um dos últimos locais, onde se pode encontrar o MICO-LEÃO-DOURADO, animal cujo valor é inestimável, pois além do seu valor ecológico é um dos símbolos mundiais na luta pela preservação da natureza, como vimos.

A inicial veio consubstanciada do inquérito civil, essencial a propositura da presente lide, instaurado pelo Ministério Público Federal, na forma do art. 129, III da C.F..

A documentação junta aos autos, às fls. 12 a 30, comprovam a constância dos incêndios na REBIO POÇO DAS ANTAS. Assim é, que os documentos que instruem o inquérito civil não discrepam dos recortes de jornais, juntos pelo Ministério Público Federal.

Aliás, na sua contestação o Réu não nega a existência de incêndios periódicos na REBIO POÇO DAS ANTAS, até confirma tal fato, como ressaltado pelo Ministério Público Federal na sua réplica.

A periodicidade dos incêndios referidos afasta de plano a alegação de caso fortuito, uma vez que este seria uma eventualidade ou excepcionalidade.

Para que o caso fortuito exonere a responsabilidade, na lição de CAIO HÁRIO DA SILVA PEREIRA, este deve ser inevitável, e inevitabilidade não se confunde com imprevisibilidade.

Logo, não se aplica a presente hipótese o caso fortuito, uma vez que, como demonstrado nos autos, não foram nem imprevisíveis nem inevitáveis os incêndios em POÇO DAS ANTAS.

Aplica-se a presente hipótese o art. 225 § 3º, que estabelece a responsabilidade objetiva em matéria ambiental. Assim dispõe o referido dispositivo constitucional:

“§ 3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”.

O inquérito civil junto a inicial é a principal prova dos fatos alegados na inicial, além dos documentos de fls. 23/29, que são oficiais da FEEMA, da Secretaria de Defesa Civil e do próprio IBAMA.

O documento de fls. 25 a 27 é verdadeira confissão do IBAMA, ora réu, ao alegar que por falta de recursos financeiros não possui a menor estrutura de segurança para a REBIO POÇO DAS ANTAS. Provado restou nos autos que não existe estrutura de apoio e de segurança para a referida Reserva.

O próprio Réu IBAMA reconheceu as queimadas ocorridas no local e não traz aos autos nenhum elemento que demonstre a sua atuação para com elas acabar.

Assim, caracterizada está, bem como provada a omissão com relação a guarda da reserva, e a proteção do mico-leão-dourado, o que enseja a procedência da presente AÇÃO CIVIL PÚBLICA.

O homem, assim como principalmente o Réu, deve procurar deter o processo de extinção a que o mico-leão-dourado parece condenado. O referido espécime não pôde ser extinto da natureza, em consequência das queimadas e degradações acentuadas dos trechos que restaram da infelizmente quase desaparecida Mata Atlântica. Deve haver o esforço, bem como a preservação, capaz de mudar a maneira irresponsável como o homem se relaciona com a natureza no nosso país.

Quanto a extensão dos danos causados pelo Réu e a sua reparação, por se tratar de dano ambiental, é matéria difícil e complexa, uma vez que é quase impossível quantificar-se o dano a flora e a fauna, por ser o mesmo inestimável. Assim, deve ser aplicado à espécie o art. 21 da Lei 7.347/85, que determina a aplicação subsidiária do Código de Defesa do Consumidor, que dispõe *in verbis*:

“ Art. 95 da Lei 8.137/90 - Em caso de procedência do pedido, a condenação será genérica, fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados.”

Restou provado nos autos que o Réu é responsável, por omissão, pelos constantes incêndios da Reserva Biológica de Poço das Antas e deve assim reparar os danos por estes causados, bem como adotar medidas que evitem a existência de novos sinistros ou lhes minimizem as consequências.

Logo, a reparação dos danos causados de acordo com pedido do Autor, deve ser definido a sua extensão em liquidação de sentença, que face a natureza da lide, deve ser precedida de complexa avaliação técnica, para que se apure a estrutura necessária para que se dote a reserva de adequada proteção.

Ante o exposto, **JULGO PROCEDENTE A PRESENTE AÇÃO CIVIL PÚBLICA**, condenando o Réu a reconstituir os danos causados a Reserva Biológica de Poço das Antas,

como ficar apurado em liquidação de sentença, reparação esta que deverá ser feita pelo valor de mercado de todos os animais e vegetais destruídos pelos incêndios, valores estes que deverão ser depositados a disposição deste Juízo, que os liberará, à medida que sejam necessários para a reparação do dano, além da recomposição de todo o material científico destruído e aquisição pelo réu de todo o material necessário à proteção contra incêndio da REBIO POÇO DAS ANTAS e manutenção de pessoal adequado para a referida segurança, como for apurado em perícia.

Condene ainda o Réu a pagamento de multa cominatória de Cr\$ 50.000,00, por dia, devidamente reajustada tal quantia pela TRB, ou outro fator de reajuste que venha a ser criado, se após o trânsito em julgado não for dado cumprimento a sentença, na forma do art. 11 da Lei 7.347/85.

Custas ex legis, e honorários advocatícios pelo Réu de 15% (quinze por cento) sobre o valor da causa atualizado.

P.R.I.

Rio de Janeiro, 06 de abril de 1992.

VALÉRIA MEDEIROS DE ALBUQUERQUE
Juíza Federal da 9ª Vara

DEFICIENTE FÍSICO

DR. ABEL FERNANDES GOMES
JUIZ FEDERAL SUBSTITUTO
9ª VARA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA RJ.
PROC. Nº 94.0009954-1

SENTENÇA

Vistos, etc.

EDSON SANTOS WANDERLEY JUNIOR, qualificado na inicial, impetra Mandado de Segurança em face do DIRETOR DA ESCOLA TÉCNICA FEDERAL DE QUÍMICA DO RIO DE JANEIRO, objetivando o cumprimento do art. 5º, § 2º da Lei nº 8.112/90.

Aduz que o percentual de vagas reservado a deficientes físicos, no concurso público para provimento de cargos de professores, realizado pela Escola Técnica Federal de Química - RJ, não respeitou a disposição legal supracitada, o art. 37, VIII da Constituição e o item 10.06 do Edital.

Juntou os documentos de fls. 08/26.

Custas pagas à fls. 07.

Liminar deferida às fls. 27.

Informações às fls. 28/30, alegando que o Edital não foi impugnado oportunamente pelo candidato, e que o percentual estabelecido, acabou por atender, dentro das possibilidades do número de vagas por disciplina, ao espírito da lei.

Juntou os documentos de fls. 31/251.

O Ministério Público oficiou às fls. 252, solicitando a juntada de novos esclarecimentos a cargo da autoridade impetrada.

Às fls. 255, o impetrado atendeu à solicitação do Ministério Público, aduzindo que 2 (dois) candidatos deficientes foram aprovados no concurso, um na disciplina de Química, e o impetrante em Educação Física.

Parecer final do M.P.F. às fls. 258/272.

É o relatório.

DECIDO:

O art. 37, VIII da Carta Magna, dispõe sobre a previsão em lei, de percentual de vagas para candidatos a cargos no serviço público, portadores de deficiências físicas.

O mesmo artigo determina que a lei definirá os critérios para admissão das pessoas portadoras de deficiência, nos cargos e empregos públicos.

A Lei nº 8.112/90 em seu art. 5º, § 2º, estabelecer o percentual de 20% das vagas OFERECIDAS NO CONCURSO, para portadores de deficiência, que por sua vez têm o direito assegurado de inscreverem-se em qualquer concurso.

Ora, na dicção da Lei nº 8.112/90, notamos o caráter imperativo do art. 5º, § 2º, que diz literalmente que é ASSEGURADO o direito dos deficientes, de inscreverem-se em concurso público para preenchimento de cargos.

Mas a inscrição pura e simples nada lhes seria útil, se fossem mantidas discriminações inerentes à impossibilidade de aproveitamento dos deficientes, em alguma função, com eles compatíveis.

Por essa razão, o artigo foi mais além, determinando, incisivamente: "para tais pessoas SERÃO reservadas até 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas NO CONCURSO".

Poderiam ser 5%, 10% ou até 20% de vagas reservadas, uma vez que assim prevê o artigo.

Entretanto, no que toca é esta reserva de vagas, dúvidas não há quanto à clareza, imperatividade e auto-executoriedade do artigo.

O edital, todavia, reservou 20% das vagas, apenas na disciplina de Química.

Argumenta-se que o impetrado inscreveu-se no concurso, tendo ciência deste fato, e se não se opôs ao edital, não poderia agora, vir a reclamar um direito que não tem, pois não lhe foi deferido pelo edital, não impugnado.

Aduz, ainda, o Ministério Público, com base em lição doutrinária de IVAN BARBOSA RIGOLIN, que o art. 5º, § 2º, não eximiu-se do encargo de definir e disciplinar os critérios de reserva destas vagas.

Da lição do mencionado autor, destaco o seguinte trecho.

"Trata-se de um artigo sem a mínima condição de auto-executoriedade, de eficácia absolutamente contida pela falta de regulamentação, à qual o artigo, com sua técnica fraquíssima, nem sequer se refere. Parece ter sido o parágrafo redigido às pressas, apenas para dar cumprimento a mandamento constitucional, já que assunto tão importante jamais poderia ter sido tratado com semelhante rapidez e frivolidade pela lei. Esta, com todo efeito, precisaria ter dis-

posto sobre maior número de institutos, e disposições capitais acerca do serviço de deficientes na Administração Federal."

(Comentários ao Regime Jurídico único dos Servidores Públicos Civis, Ed. Saraiva, pág. 30).

A própria doutrina, e até mesmo a jurisprudência, como se pode ver, reconhece a "frivolidade" e a "fraquíssima técnica", com que a Lei disciplinar o art. 37, VIII da Constituição.

O art. 5º, § 2º, supracitado, na verdade não cuidou, como deveria, de dar efetividade à determinação constitucional, e o edital do concurso, seguindo na mesma linha, afastou-se por completo da Magna Carta.

O art. 5º, § 2º, em que pese desprovido de boa técnica, cuidado e minúcias, não deixou, porém, de ter momentos de clareza e precisão.

Um destes é a determinação de até 20% de reserva de vagas oferecidas NO CONCURSO, para os portadores de deficiência.

Assim as vagas devem ser reservadas do total oferecido no CONCURSO TODO, e não em determinada matéria, até por que, ofende ao princípio da igualdade.

Se o deficiente físico só é igual à pessoa normal, na medida em que se lhe asseguram condições especiais para o concurso, por outro lado, entre todos os deficientes físicos que se inscrevem no certame, haverá uma igualdade a ser também assegurada.

Do momento em que o edital só reservou 20% das vagas para a disciplina de Química, discriminou os deficientes que, portadores de qualificação profissional em outras disci-

plinas, tinham o direito de se inscreverem no concurso, e terem reservadas 20% das vagas oferecidas.

Por que discriminar o deficiente professor de Educação Física diante do professor de Química, reservando vagas apenas para estes?

Os 20% a que se refere o edital (fls. 32), deveria ser reservado para todo o concurso, e o número mínimo de 4 vagas, correspondentes ao percentual, seria suficiente para classificar o impetrante e o outro candidato aprovado em Química.

Não é porque a Lei 8.112/90 não disciplinou convenientemente a matéria, que não se dará efetividade e interpretação correta e social ao art. 37, VIII da Constituição.

O Judiciário está aqui para isso mesmo. E desde que, não contrariando a Lei, impeça que o equívoco e negligência desta, continue a impedir a correta aplicação da Carta Maior, estará a cumprir a sua sublime função de distribuir a Justiça pretendida.

Não devem ainda prosperar as razões do Ministério Público, no que toca ao fato de o impetrante não ter, anteriormente, impugnado o edital.

Entendo, relevante, indisponível e de interesse público a questão das normas que assegurem aos deficientes condições que permitam a real aplicação do PRINCÍPIO DA ISONOMIA.

Aliás, assim também entende HUGO NIGRO MAZZILLI, que defende a intervenção obrigatória do Ministério Público, em todas as ações individuais ou coletivas, relativas aos direitos das pessoas portadoras de deficiência (in *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*, Revista dos Tribunais, 3ª ed., 1991, pág., 237/239).

Dada pois a relevância de tais direitos, de cunho indisponível, de interesse público e afetos ao princípio da isonomia, entendo que, não é porque o impetrante não impugnou o edital, que deva este prevalecer, a contrariar a Constituição e o art. 5º, § 2º, in fine, da Lei nº 8112/90, ainda que com suas imperfeições.

O impetrante, certamente, possui aptidões que o permitam desempenhar suas funções, ainda que adaptando-se às situações adversas, que sua deficiência impõe.

Não fosse assim, não teria conseguido concluir o Curso de Educação Física, e estar exercendo a profissão, dadas as constantes aulas práticas e demonstrativas das quais, com certeza, participou como aluno e professor.

Conforme lição de ALEXANDRE DE PAULA, ao comentar o art. 335 do CPC;

“Ar regras ou máximas da experiência comum a própria vida lhe ensinou (ao Juiz) e quanto maior seu poder de observação, tanto mais rico seu cabedal” (Código de Processo Civil Anotado, vol. II, R.T., pág 1424).

Por tais experiências, é que convenço-me que, não obstante a ausência de maiores detalhes na Lei e do edital, a respeito do aproveitamento do impetrante, na função de professor de Educação Física, do ponto de vista prático, ela é perfeitamente viável.

Destarte, restando amparado por direito constante da Carta Fundamental e da Lei, e entendendo viável do ponto de vista prático, deve o pleito do impetrante ser acolhido.

Isto posto, **JULGO PROCEDENTE**, o pedido e **CONCEDO A ORDEM**, para que o impetrante seja incluído em

uma das vagas reservadas no percentual de 20% das existentes no concurso, às pessoas portadoras de deficiência, devendo a homologação do concurso observar esta inclusão.

Custas pelo impetrado.

Sem honorários (Súmula 105 do STJ).

Preservo os efeitos da liminar concedida.

Matéria sujeita ao reexame necessário.

P.R.I

Comunique-se.

Rio de Janeiro, 27 de julho de 1994.

ABEL FERNANDES GOMES
Juiz Federal em exercício na 9ª Vara.

PRINCÍPIO DA ANALOGIA

DR. FERNANDO JOSÉ MARQUES
JUIZ FEDERAL TITULAR
10ª VARA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA RJ.
PROC. Nº 92.0054750-8

SENTENÇA

Vistos, etc...

SINDICATO DOS CONTADORES DE PORTO ALEGRE - SINDICONTA/PA impetra mandado de segurança contra ato do Sr. SUPERINTENDENTE DE SEGUROS PRIVADOS objetivando ordem no sentido de sustar "a aplicação de Circular n 10/92 da SUSEP, abstendo-se a impetrada de exigir dos contadores e escritórios de auditoria estabelecidos na base territorial o seu registro na Comissão de Valores Mobiliários para auditar as demonstrações financeiras das sociedades seguradoras, sociedades de capitalização e das entidades abertas de previdência privada" (sic).

Alega o impetrante: que a Circular nº 10/92, mero expediente administrativo, limita a atuação profissional do contador na função do auditor, violando as normas legais que disponham em contrário, inclusive a Lex Legem; que, pelo Decreto-lei nº 8.295/46, a fiscalização da profissão de contador é privativa dos Conselhos Federal e Regionais de Contabilidade; que, destarte, a impetrada não pode pretender fiscalizar atividade profissional regulamentada em lei com afronta à Constituição Federal; que, registrado no Conselho de Contabilidade, de sua região, o contador está apto a exercer a função de auditor; que, assim, é ilícita a obrigação, decorrente de ato administrativo, de um novo registro para o exercício de sua profissão; que a Comissão de Valores Mobiliários não possui competência para ingerir-se no trabalho executado por auditor, tão pouco cabendo à

impetrada atribuir-lhe tal competência via circular ou evocar atribuições que são da esfera de competência dos órgãos de fiscalização profissional.

Feito processado com liminar.

Informações com esclarecimentos de: que o patrono da entidade impetrante não atendeu ao disposto no art. 56 da Lei 4.215/63, razão por que é impugnado o respectivo patrocínio; que o mandado impetrado ataca "diploma cujo conteúdo não faz ver qualquer ato concreto de autoridade administrativa ensejador" (sic) da sua propositura; que, no mérito, possui ampla competência legal para fiscalizar e baixar instrução a atividades de contabilidade, dentre outras.

O Ministério Público Federal oficiou no sentido da concessão parcial se segurança "para que seja afastada a exigência de registro na CVM dos contadores para efeito de realização de auditoria de demonstrações financeiras das companhias fechadas permanecendo tal exigência, por inexistir qualquer ilegalidade a ser corrigida, em relação às companhias abertas" (sic).

Relatei.

DECIDO

Rejeito a preliminar de irregularidade da representação processual do impetrado, por não ser da alçada do Poder Judiciário a fiscalização do exercício da advocacia por aquele que o faça, de forma temporária ou eventual, fora da Seção respectiva. O art. 56 da Lei 4.215/63 trata da regularidade do vínculo entre o advogado e a OAB, não contendo cunho processual de modo a produzir efeitos sobre terceiro em relação jurídica diversa (T. Negrão, in CPC e Legislação Processual em Vigor, 21 ed. pág. 570).

Rejeito, igualmente, a preliminar de impropriedade da via eleita, pois, como já decidiu o STJ, é cabível o manda-

do de segurança se a lei gera situação específica e pessoal, sendo por si causa de probabilidade e ofensa a direito individual (ct. STJ, 2ª Turma, R Esp 1.482, DJU, 18-12-93, pág. 18.473). Logo, se a Circular SUSEP 10/72 se afigura ato administrativo, que a própria entidade impetrada evoca como diploma sem efeito concreto (fls. 51), não há como deixar de se aplicar a orientação jurisprudencial supra, pois a mesma possui feição de norma coagente, geradora de situação pessoal e específica. Demais disso, a hostilizada Circular é ato ordinatório, disciplinando, como tal, funcionamento de serviço e obrigando a pessoas que desempenham certas atribuições em especiais circunstâncias, como os filiados do impetrante.

No mérito, trata-se de remédio heróico colimando obtenção de ordem que garanta aos membros do impetrante não serem compelidos a se registrarem na Comissão de Valores Mobiliários para auditarem demonstrações financeiras de sociedades seguradoras, sociedades de capitalização e de entidades abertas de previdência privada.

Reza a novel Constituição da república de 1988 ser livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer (inc. XIII art. 5º).

Na espécie, a lei de regência do contador é o Decreto-Lei nº 9.295/46, regulamentado pela resolução nº 107/58 do Conselho Federal de Contabilidade que, para o exercício da função de contador e de auditor, exigem somente o respectivo registro no Conselho de Contabilidade da região.

Entretanto, a Circular nº 10/92, baixada pela impetrada, reza que as demonstrações financeiras de sociedades seguradoras, de capitalização e de entidades abertas de previdência privada tenham suas demonstrações financeiras auditadas por auditores independentes registrados na C.V.M.. Logo, limita a atuação do contador, quando em função de auditoria.

Sendo a situação tática; então, a de que ato administrativo estaria criando tal restrição, poderia ela ser validamente mantida? Essa a lide a ser composta.

O Decreto-lei nº 73 de 21.11.66, que dispõe sobre o Sistema Nacional de Seguros Privados, estatui em seu art. 36:

"Compete à SUSEP, na qualidade de executora da política traçada pelo CNSP, como órgão fiscalizador da Constituição, organização, funcionamento e operações das Sociedades Seguradoras:

b) baixar instruções e expedir circulares relativas à regulamentação das operações de seguro, de acordo com as diretrizes do CNSP;

g) fiscalizar a execução das normas gerais de contabilidade e estatística fixadas pelo CNSP para as Sociedades Seguradoras".

Por sua vez, nos incisos II e VI do art. 34, o Decreto nº 60.459, de 13.03.67, que regulamentou o aludido Decreto-lei nº 73/66, repetiu o texto das alíneas "b" e "g" do art. 36 acima transcrito.

Além disso, compete à entidade impetrada, como executora da política de capitalização traçada pelo CNSP, fiscalizar a constituição, organização, funcionamento e operações das sociedades do ramo, relativamente às quais exercerá atribuições idênticas às estabelecidas para as sociedades de seguros, nas seguintes alíneas do art. 36 do Decreto-lei nº 73, de 21 de novembro de 1966: a, b, c, q, h e i (§ 2º do art. 3º do Decreto-lei nº 261, de 28.02.67).

Também lhe cabe, como órgão executivo do Sistema Nacional de Seguros Privados, baixar instruções relativas à regulamentação das atividades das entidades abertas e aprovar seus planos de benefícios, de acordo com as diretrizes do órgão normativo do Sistema; e fiscalizar a execução das normas gerais de contabilidade, atuária e estatística, fixadas pelo órgão normativo do

Sistema (incisos I e III do art. 9º da Lei 6.435, de 15.07.77).

Desses dispositivos legais deflui claramente a primeira conclusão: a de que a entidade impetrada não tem competência legal para instituir a exigência do registro contra que se bate a entidade de classe impetrante.

Nada obstante, a impetrada entende válido apoiar a aludida exigência nos seguintes dispositivos da Lei nº 6.385, de 7.12.76, que criou a Comissão de Valores Mobiliários :

“ Art. 1º - Serão disciplinadas e fiscalizadas de acordo com esta Lei as seguintes atividades:

I - a auditoria das companhias abertas;

Art. 26 - Somente as empresas de auditoria contábil ou auditores contábeis independentes, registrados na Comissão de Valores Mobiliários, poderão auditar, para os efeitos desta lei, as demonstrações financeiras de companhias abertas e das instituições, sociedades ou empresas que integram o sistema de distribuição e intermediação de valores mobiliários.

§ 1º - A Comissão estabelecerá as condições para o registro e o seu procedimento, e definirá os casos em que poderá ser recusado, suspenso ou cancelado.

§ 2º - A empresas de auditoria contábil, ou auditores independentes, responderão civilmente pelos prejuízos que causarem a terceiros, em virtude de culpa ou dolo no exercício das funções previstas neste artigo.

Art. 27 - A Comissão poderá fixar normas sobre o exercício das atividades de consultor e analista de valores mobiliários."

Demais disso, informa a impetrada (fls. 55) que a aludida Lei nº 6.385/76 revogou todas as disposições a ela contrárias, inclusive, portanto, as que se contivessem no Decreto-lei nº 9.295/46.

Diante desse quadro legal e por meio de que ele, impetrada, denomina de "extensão por similaridade de norma cogente" (sic, fls. 54), resolve exigir que as demonstrações financeiras daquelas entidades antes referidas somente sejam, auditadas por profissionais registrados na referida C.V.M.

De conseguinte, uma segunda conclusão: a de que a impetrada tem diante de si normas de ação, constantes de legislação especial, e pretende aplicá-las por analogia.

O caso é de *analogia legis*, pois, apoiada em regra existente, aplicável a hipótese que a impetrante lhe entende semelhante na essência.

Todavia, como já acêntuaram Geny e Coviello a analogia funda-se no princípio de verdadeira justiça, de igualda-

de jurídica, o qual exige que as espécies semelhantes sejam reguladas por normas semelhantes (Carlos Maximiliano, in *Hermenêutica e Aplicação do Direito, Forense*, 10ª ed., pag. 210).

O manejo correto da analogia exige, dentre outros cuidados, rigor de lógica, não comportando ação meramente mecânica, pois é certo que facilmente pode conduzir a erros deploráveis.

Demais disso, em sede de privilégios, bem como em se tratando de dispositivos que limitam a liberdade, ou restringem quaisquer outros direitos, não se admite o uso da analogia. (opus cit. pag. 213). Tal o caso dos autos. Com efeito.

Diante de tal quadro, força é convir que o direito dos afiliados do impetrante está sendo ilegalmente restringido pelo uso da analogia, ao contrário, pois, da visão da impetrada igualmente, não poderá ser invencível o expediente por ela manejado porque, em sede de direito especial, ou excepcional, em oposição ao comum, a lei só se aplica aos casos que especifica, pois *ubi lex voluit dice, ubi noluit tacuit, vetusta máxima*, porém atualíssima.

Em apertada síntese, repete-se: a impetrada quer fazer valer exigência de lei especial, através analogia, que materializa em ato administrativo seu, para restringir direito dos filiados do impetrante.

Como evidenciado, é frágil o expediente utilizado, não resistindo a exame quando em confronto com a lei. Sem dúvida, o ato administrativo ordinatório, ou de que outra espécie for, que pretende chancelar a vontade da administração, eivada de vício por interpretação defeituosa da lei ou utilização inadequada da analogia, não tem o dom de produzir efeitos válidos, até porque, no caso dos autos, não concorrem fatos de igual natureza para serem regulados de modo idêntico: *ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositio*. Não se justificaria a chancela da analogia, ademais, por não ser possível atribuir-se, no caso dos

autos, os mesmos motivos e o mesmo fim da hipótese contemplada pela norma legal evocada.

De conseguinte, sendo evidente a inconstitucionalidade que acarreta a multiplicidade de registros, que se estaria a exigir dos afiliados do impetrante, através ato administrativo da impetrada, a pretensão merece o amparo judicial, maxime ante a regra do inciso XIII do art. 5º da Constituição Federal/88.

ISTO POSTO, CONCEDO DEFINITIVAMENTE A SEGURANÇA, para que a impetrada se abstenha de exigir o registro que alude a Circular SUSEP nº 10/92. Custas ex legge. Sem honorários de advogado *ut verbete* da Súmula da Jurisprudência do STF. Sentença sujeita ao duplo grau de jurisdição obrigatório, *ut verbete* 246 da mesma Súmula.

P.R.I.

Comunique-se.

Rio de Janeiro, 14 de outubro de 1993.

FERNANDO JOSÉ MARQUES
Juiz Federal da Décima Vara

RESPONSABILIDADE CIVIL

DRA. LILIANE DO ESPÍRITO SANTO R. DE ALMEIDA
JUÍZA FEDERAL SUBSTITUTA
10ª VARA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA RJ.
PROC Nº 91.011555-2-0

SENTENÇA

Vistos etc.

EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT, propôs, em face de SINDICATO DOS TRABALHADORES DA EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS E SIMILARES DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - SINTECT, ação sumaríssima, convolada em ordinária (fls. 19), objetivando ressarcir-se dos danos causados pelo Réu, por intermédio de seus dirigentes sindicais, delegados e grupos adrede preparados, no valor de Cr\$ 88.870,00 (oitenta e oito mil, oitocentos e setenta cruzeiros), acrescido de juros, correção monetária e honorários advocatícios.

Informa: que em junho de 1991 o Réu desfechou campanha de mobilização dos empregados da autora, conclamando-os a aderirem a greve a ter início no dia 11 daquele mês; que, em virtude do desinteresse dos empregados, o réu, por intermédio de seus dirigentes, delegados e grupos adrede preparados, destruíram fechaduras e cadeados de nove Agências Postais, colocando nas mesmas cola Durepox, impedindo o ingresso dos empregados nas unidades de Santa Cruz da Serra, Duque de Caxias, APT - Rua da Matriz, Nilópolis, Belford Roxo, São João de Meriti e Nova Iguaçu; que dispendeu a importância de Cr\$ 88.870,00 com reposição e troca das fechaduras e cadeados inutilizados, conforme notas fiscais anexadas.

Juntou procuração (fls. 6) e documentos de fls. 8/18.

Pagas as custas (fls. 7), foi expedido mandado de citação do réu (fls. 21), que não foi cumprido por motivo de mudança de endereço.

Cientificada a autora (fls. 22), indicou novo endereço (fls. 23), tendo sido o Réu devidamente citado (fls. 25), contestou, tempestivamente, a ação (fls. 26/27).

Alega o réu, preliminarmente, dolo processual, e no mérito, aduz: que efetivamente, em 11/06/91, a assembléia da categoria deliberou pela greve, tendo a mesma transcorrido ordeiramente; que os fatos alegados pela Autora eram do total desconhecimento dos dirigentes sindicais; que, à presente ação, tem por objetivo tão-somente causar prejuízo ao Réu.

Juntou procuração (fls. 28).

Réplica às fls. 30/31).

Deferida prova oral (fls. 37), foi realizada audiência (fls. 45), ocasião em que foram inquiridas as testemunhas arroladas pela autora (fls. 46/50), ressalvado no termo de audiência a regularização da representação do réu, cumprida às fls. 54/55.

É O RELATÓRIO. Passo a decidir

Inicialmente, rejeito a preliminar de dolo processual, eis que fundamentada no próprio mérito da ação.

Trata-se de ação de indenização, decorrente de danos sofridos pela autora, em diversas de suas unidades.

O dano restou devidamente comprovado, pelas notas fiscais de fls. 13/18.

O réu nega que o prejuízo tenha sido causado por prepostos seus, negando, em consequência, sua culpa.

Veza que se trata de responsabilidade civil aquiliana, deve, na forma do art. 159 do Código Civil, restar provada a culpa do agente.

Em casos como o presente, porém, em que os fatos acontecem na calada da noite, de forma furtiva, sem testemunhas presentes, o conjunto de meios regulares e admissíveis empregados para demonstrar a verdade fica assaz reduzido.

Admite-se, entretanto, tanto na doutrina quanto na jurisprudência pátrias, a prova indireta, circunstancial, artificial, oblíqua ou indiciária, ou seja, "a que revela imprecisamente, por meio de deduções, ou consequências, presunções, ou conjecturas a existência ou razão do fato que se investiga, estritamente ligado a um fato conhecido e notório" (*in* Dicionário de Tecnologia Jurídica, Pedro Nunes, Livraria Freitas Bastos S.A., 12ª edição, 1993, p. 695).

Duas testemunhas foram ouvidas (fls. 48/49), tendo ambas declarado que, na véspera do ocorrido, membros do sindicato compareceram, às respectivas unidades em que trabalhavam, para "panfletar", incitando os empregados à greve, à qual não aderiram os empregados da autora, tendo ressaltado, ainda, que incidente semelhante - a obstrução de fechaduras jamais ocorrera antes.

Pela perguntas formuladas pelo réu ao preposto da autora (fls. 47), ficou clara sua intenção de demonstrar a culpa exclusiva da vítima, por falha in vigilando, pretendendo atribuir o fato a transeuntes.

Se o fato tivesse ocorrido em apenas umas das unidades, poder-se-ia aceitar a excludente. mas fatos idênticos aconteceram em unidades distintas, espalhadas por vários municípios da Baixada Fluminense.

como imaginar que diversos transeuntes, em lugares diversos, tivessem, na noite de 10 para 11/06/91, sem motivo aparente, se determinado a entupir os cadeados de diversas unidades dos Correios, utilizando-se do mesmo produto? As circunstâncias indicam uma ação orquestrada e, por uma questão de lógica, feita por pessoas que tinham interesse no não funcionamento das unidades no dia 11.

Reza o art. 131, do C.P.C., que o juiz deve formar sua convicção pela livre apreciação das provas - sistema da persuasão racional - condicionado, entretanto, à verdade dos autos - princípio da verdade formal.

Ora não sendo possível a prova direta do fato principal, é dado ao juiz inferir sua existência e modo de através de indícios ou fatos circunstanciais. Há, nos dizeres de Vicente Greco Filho, "um salto mental entre a prova do indício e a convicção do fato principal" (*in* Direito Processual Civil Brasileiro, 2º volume, Ed. Saraiva, 5ª ed., 1992, p. 189). Para isso, utiliza-se o julgador da presunção judicial, que pode resultar da experiência comum, "extraída da observação do que ordinariamente acontece em dado grupo social, em determinadas circunstâncias" (*ibidem*, p. 190).

Interessante acórdão é transcrito no citado livro do ilustre processualista paulista:

"As máximas de experiência conduzem a uma inversão do "onus probandi", em exceção ao art. 333, não só nos casos de responsabilidade civil por culpa extracontratual como também à interpretação das declarações de vontades e atos jurídicos em geral, interpretações do silêncio como manifestação de vontade, responsabilidade por culpa profissional e extinção de obrigações (p. 191; aresto da 3ª Câmara do 1º Tribunal de Alçada Civil, Relator Carvalho Pinto, 1975)."

Guiando-me, pois, pela lógica, pelo raciocínio e pela experiência comum, dou como provada a culpa dos prepostos do réu, relativamente ao dano causado.

Cabe ainda ressaltar, conforme consta da RT 532/84, que preposto, em tema de responsabilidade civil, não é só o empregado, mas todo aquele que age em proveito ou sob as instruções do preponente, de modo permanente ou ocasional, desvinculado de rigorosa vinculação empregatícia.

Assim sendo, resulta presumida, por presunção *jure et de jure* a teor da Súmula nº 341, do STF, a culpa do preponente, ou seja, do sindicato (art. 1.521, III, do Código Civil).

Presentes o dano, a culpa e o nexo de causalidade, surge a obrigação de indenizar.

Veza que o pedido é certo e líquido, e seu valor não foi contestado pelo réu, cabível a condenação *in totum*.

Face ao exposto, **JULGO PROCEDENTE O PEDIDO EXORDIAL**, condenado o réu a indenizar a autora pelo dano emergente, no valor de Cr\$ 88.870,00 (oitenta e oito mil, oitocentos e setenta cruzeiros), corrigidos monetariamente na forma da lei, acrescidos de juros de mora fluentes a partir do evento danoso (Resp. nº 17.550-0-SP, 4ª T., STJ, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo, DJ-I-30/08/93, p. 17295), condenando-o ainda em custas e honorários que fixo em dez por cento do valor da condenação.

R.I.

de Janeiro, 10 de dezembro de 1993.

LILIAN DO ESPÍRITO SANTO RORIZ DE ALMEIDA
Juíza Federal Substituta na Décima Vara

PROPRIEDADE INDUSTRIAL

DR. MARCELO PEREIRA DA SILVA

JUIZ FEDERAL

11ª VARA FEDERAL

SEÇÃO JUDICIÁRIA RJ.

PROC. Nº 90.0054330-4

MANDADO DE SEGURANÇA

Impetrante: Sabona Rheumatic Relief Company Limited e Outra

(Adv. Dr. Antônio Ferro Ricci)

Impetrado: Diretor de Marcas do Instituto Nacional da Propriedade Industrial - INPI

M.P.F.: Dr. Newton Penna

Juiz: Marcelo Pereira da Silva

SENTENÇA

Vistos, etc...

Sabona Rheumatica Relief Company Limited e London Comércio de Pulseiras Ltda., qualificadas nos autos, impetram o presente mandado de segurança contra ato do Diretor de Marcas do Instituto Nacional da Propriedade Industrial, que extinguiu o registro nº 790.101.556 - marca nominativa: SABONA - classe 09.15, publicado na Revista da Propriedade Industrial nº 1.029, de 21.08.90, visando a obtenção de liminar e concessão de segurança, a final, para anular tal ato administrativo, através do reconhecimento da efetiva comprovação do uso da marca, com o conseqüente restabelecimento definitivo da vigência do mencionado registro, reconhecendo-se e declarando-se, ainda, tratar-se de anterioridade impeditiva aos requerimentos da mesma marca de titularidade de empresa Sabona Comércio de Produtos Ltda.

Como causa de pedir, alegam, em síntese, que tal ato administrativo, baseado no art. 93, item 3, da Lei Marcária, foi totalmente arbitrário, por fundar-se em interpretação subjetiva da lei e da classificação marcária, que entendeu que os produtos comercializados pelas impetrantes (pulseiras de cobre) não se inseriam na classe 9.15 (produtos terapêuticos), mas sim na classe 14.30 (jóias e suas imitações), julgando, portanto, não terem as impetrantes demonstrado o uso da marca, ferindo, assim, seu direito líquido e certo de propriedade sobre a marca SABONA.

Não houve concessão de liminar.

A autoridade impetrada prestou informações, alegando que a impetrante cometeu um erro ao registrar sua marca na classe 09.15 para distinguir aparelhos e instrumentos científicos, médicos, odontológicos e veterinários, tendo pretendido, posteriormente, acrescentar o termo "especialmente braceletes de cobre para aliviar dores reumáticas e artríticas e enfermidades semelhantes", o que não foi atendido por estarem tais produtos incluídos na classe 14.30 (jóias e suas imitações), e por este motivo é que houve o deferimento do pedido de caducidade do registro de marca da primeira impetrante, tendo em vista o princípio da especialidade das marcas.

Houve intimação da empresa Sabona Brasil Produtos e Comércios Ltda., que requereu sua admissão como litisconsorte passiva, o que foi deferido à fl. 227. Argüiu tal empresa preliminar de inadequação da via fundamental escolhida, vez que o direito não é líquido e certo, e a apreciação da demanda está a exigir dilação probatória. No mérito, alega que quando a impetrante depositou seu pedido de registro da marca SABONA, em nosso país, o mesmo já havia sido concedido para uma empresa nacional, na classe 14.30, o que impossibilitava o uso da marca para a produção dos braceletes de cobre, o que a fez registrar aquela marca em outra classe (9.15), pelo que requereu a denegação da ordem.

O Ministério Público Federal opinou, de forma fundamentada, pela improcedência da preliminar de iliquez e

incerteza levantada pela segunda ré, bem como pela concessão da segurança, entendendo que houve violação do art. 59, da Lei nº 5.772/71, ferindo direito líquido e certo das impetrantes.

Este é o relatório. Passo a decidir.

FUNDAMENTAÇÃO

Assiste razão ao ilustre órgão ministerial.

Rejeito a preliminar de inadequação da via mandamental e de iliquidez e incerteza do direito das impetrantes, com fundamento nas mesmas razões aduzidas pelo ilustre órgão ministerial.

A questão aqui discutida se resolve pelo aspecto temporal do depósito do pedido de registro da marca. Como se infere dos autos a primeira impetrante obteve o registro da marca SABONA, na classe 9.15, em 12.02.85, sendo que seu pedido de registro foi depositado em 19.04.79.

Embora a empresa Sabona Brasil Produtos e Comércio Ltda., litisconsorte passiva, diga que quando a impetrante depositou o seu pedido de registro na marca SABONA, na classe 9.15, em nosso país, o mesmo já havia sido concedido a uma empresa nacional na classe 14.30, tal não restou comprovado e nem mesmo é mencionado pela autoridade coatora em suas informações.

Ao contrário, a empresa "Sabona Brasil" diz, em petição juntada às fls. 208/209, que é cessionária dos direitos da empresa "Cobrex", que por sua vez era cessionária dos direitos da empresa "A. Arruda Sampaio Filho & Cia. Ltda.", que era a titular do registro da marca, desde 30.12.85, face à extinção por caducidade do registro da mesma marca que pertencia à empresa "Sabona Pulsex Ind. Com. Ltda." desde 25.02.82. Tal afirmação é absolutamente contraditória ao afirmado pela "Sabona Brasil" à fl. 204, porque 1982 é bem posterior a 1979.

É verdade que, *in casu*, o registro da marca da primeira impetrante se deu na classe 9.15, referente à aparelhos e instrumentos científicos, médicos, odontológicos e veterinários. Todavia, a eventual propriedade terapêutica dos braceletes de cobre produzidos pelas impetrantes não é negada nem pela "Sabona Brasil", como se vê do encarte promocional desta empresa à fl. 155, onde cita que as pulseiras sabona são indicadas para: dores reumáticas, artríticas e musculares, gota, stress e tensão nervosa, bursite, tennis elbow, excesso de eletricidade estática do corpo, falta de cobre no organismo e cáibra.

Ora, é evidente que o produto comercializado pelas impetrantes e pela "Sabona Brasil" é o mesmo, qual seja, braceletes ou pulseiras de cobre, ainda que possam apresentar variações de forma ou modelo.

É evidente também que o fato de ter a impetrante providenciado o registro de sua marca na classe 9.15 em nada justifica a possibilidade de registro posterior na classe 14.30 feito pela concorrente, por se tratar de imitação de marca para distinguir produto idêntico ou ao menos semelhante, do mesmo ramo de atividade, que importará em provável erro, dúvida ou confusão para o consumidor.

Havia, portanto, anterioridade impeditiva da marca da primeira impetrante, ex vi do art. 65, item 17, da Lei nº 5.772, de 21.12.71.

Não se diga, outrossim, que seria viável e compatível a coexistência de ambos os registros da mesma marca SABONA, pelo simples fato de serem as classes em que foram registradas (9.15 e 14.30) totalmente diferentes e inerentes a ramos de atividade bem distintos, quais sejam, "aparelhos e instrumentos científicos, médicos, odontológicos e veterinários" e "jóias e suas imitações" (Ato Normativo INPI nº 51, de 27.01.81), pois, ainda que fosse mais apropriado e adequado classificar os tais braceletes de cobre como imitação de jóia, não há que se negar suas propriedades terapêuticas, haja visto que a própria

empresa ré, como já mencionado, aponta tais propriedades terapêuticas nas propagandas desse produtos.

Logo, pulseira de cobre, bracelete de cobre, produto terapêutico, aparelho ou instrumento científico ou médico, imitação de jóia, jóia etc., tudo estaria a designar o mesmo produto comercializado pelas partes.

Ressalte-se, também, que ainda que devesse a primeira impetrante ter providenciado o registro de sua marca também na classe 14.30, o fato de não tê-lo feito, não impede sua devida proteção, em virtude do que dispõe o já citado item 17, do art. 65, da Lei Marcária, mesmo porque, ainda que o produto não tenha as qualidades terapêuticas anunciadas, tais qualidades constituem o "carro chefe" do marketing investido pela própria empresa ré na comercialização do mesmo. Nada mais trivial.

Aliás, a própria empresa ré, é titular de pedido de registro da mesma marca naquela mesma classe 9.15, o que mais uma vez confirma que atua no mesmo ramo de atividade e quer utilizar a mesma marca da primeira impetrante para distinguir produto idêntico.

Então, mesmo não se tratando de marca notória (art. 67, da Lei 5.772/71), que goza de proteção especial, extensiva a todas as classes, ainda que o conflito se estabeleça entre pessoas físicas ou jurídicas que não exerçam atividades comerciais idênticas, semelhantes, relativas ou afins (TJESP, AC nº 115.074-1-SP, de 7.02.90, in RJTJSP/Lex-125/241-243), existe a proteção de utilização exclusiva da marca para as impetrantes, com relação à empresa Sabona Brasil Comércio de Produtos Ltda., porque não só há afinidade mercadológica nos produtos, como há identidade absoluta no ramo de comércio das três empresas litigantes.

Apenas para ilustrar e demonstrar que, por muito menos, já se teria configurada a concorrência desleal e violação do direito ao uso exclusivo da marca transcrevo o seguinte entendimento jurisprudencial:

“Havendo afinidade mercadológica nos produtos, mesmo que sendo diversos os ramos de comércio, há possibilidade de confusão com o uso de marca idêntica, que constitua também parte fantasiosa de nome comercial, configurando concorrência desleal e violação do direito assegurado de uso exclusivo”.

(TJESP, AC nº 111.935-1-SP, de 24.08.89, in RJTJSP/Lex-122/205-207).

E, no presente caso, há também, como mencionado, identidade dos ramos de comércio.

Note-se, ainda, que o registro na classe 09.15, feito pela primeira impetrante, se justifica muito mais pela simplicidade do produto lançado no mercado naquela época - que se constituía de um verdadeiro bracelete todo feito em cobre e sem qualquer preocupação com aspectos estéticos ou de beleza mais apurada, já que a preocupação era mais voltada para o aspecto terapêutico do produto - do que pelos produtos comercializados pela “Sabona Brasil”, cujos exemplares se observa à fl. 135 destes autos, e que realmente seriam mais propriamente classificados como jóias e suas imitações.

Contudo, não há como se negar que se trata de imitação de marca para distinguir produto idêntico ou ao menos extremamente semelhante, do mesmo ramo de atividade, que importará em erro, dúvida ou confusão para o consumidor final.

Destarte, à toda prova, houve arbitrariedade e ilegalidade do despacho administrativo que extinguiu o registro nº 790.101.556 - marca nominativa SABONA - classe 09.15, publicado na Revista da Propriedade Industrial nº 1.209, de 21.08.90, fundado no art. 93, item 3, da Lei nº 5.772/71 (por caducidade), porque houve efetiva comprovação do uso da marca, na classe 9.15, sendo, portanto, nulo o ato administrativo em questão, vio-

lador do direito líquido e certo das impetrantes de que tratam os arts. 59 e 90, de Lei Marcária.

Outrossim, com o restabelecimento da vigência plena do mencionado registro, há que ser reconhecida também, e pela fundamentação acima expendida, tratar-se de anterioridade impeditiva aos requerimentos da mesma marca formulados pela Sabona Brasil Comércio de Produtos Ltda., à luz do que dispõe o art. 65, item 17, da Lei Marcária.

Adoto, ainda, como razões de decidir o bem fundamentado parecer do ilustríssimo Procurador da República, membro do Parquet, acostada às fls. 229/233, de onde vale repetir lição doutrinária citada de Tinoco Soares no sentido de que "para efeito de verificação de anterioridade ou mesmo de questões judiciais, prevalecerá naturalmente, o artigo, o produto, ou o serviço e não propriamente a classe em que se acha enquadrado".

DISPOSITIVO

Ex positis, JULGO PROCEDENTE O PEDIDO, concedendo a segurança requerida, nos exatos termos da fundamentação, para declarar nulo o ato administrativo que extinguiu o registro nº 790.101.556, marca nominativa SABONA, classe 9.15, publicado na Revista da Propriedade Industrial nº 1.029, de 21.08.90, reconhecendo a efetiva comprovação do uso da marca e restabelecendo em definitivo a vigência do mencionado registro, que se constitui, desta forma, em anterioridade impeditiva aos requerimentos da mesma marca de titularidade da empresa Sabona Brasil Comércio de Produtos Ltda.

Condene o impetrante e seu litisconsorte nas custas processuais, em parte iguais. Descabem honorários advocatícios (Súmula nº 512, do STF).

P.R.I.

Comuníque-se.

Rio de Janeiro, 30 de novembro de 1993.

**MARCELO PEREIRA DA SILVA
JUIZ FEDERAL SUBSTITUTO
11ª VARA FEDERAL**

DIREITO ADQUIRIDO

DR. ROY REIS FRIEDE
JUIZ FEDERAL TITULAR
12ª VARA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA RJ
PROC. N° 92.50152-4.

SENTENÇA

Vistos etc.

NAYDA COSTA D'OLIVEIRA FONTES, devidamente qualificado(s) na inicial, ajuizou(aram) a presente Ação, de rito comum ORDINÁRIO, em face do(a) **COLÉGIO PEDRO II**, objetivando o reajuste de seu salário no percentual de 93,54%; sendo 84,32% relativos ao índice da inflação de março de 1990 e 5% do resíduo remanescente do IPC de janeiro do mesmo ano.

Instrumentando a inicial, vieram os documentos, procurando comprovar, em síntese: que o(s) autor(es) é (são) funcionário(s) Público(s) Federal(is); que até fevereiro de 1990 recebia(m) seu(s) vencimentos regularmente, segundo a política nacional de salários, reajustados pelo IPC; que, com a instituição do conjunto de medidas intitulado "Plano Collor", deixou a(o) Ré(u) reajustar o(s) vencimento(s) do(s) autore(s) relativo(s) ao mês de março de 1990 em 84,32%, assim como do resíduo calculado em 5% remanescente do IPC de janeiro, que, ao vigorar a medida Provisória 154, a mesma encontrou adquirido pelo(s) Auto(es), em 15.03.90, o direito a ter seus vencimentos de abril reajustados pelo IPC do mês anterior (março).

Devidamente citada(o), contestou a(o) Ré(u), postulando a improcedência do pedido.

O feito foi preparado às fls. 12.

Valor da causa: Cr\$ 4.830.000,00 (quatro milhões oitocentos e trinta mil cruzeiros), à época da distribuição.

Relatei.

DECIDO

I - DO DIREITO ADQUIRIDO

Consoante a legislação constitucional e denomina-se "direito adquirido", todo o direito que, derivado do ato jurídico perfeito ou da coisa julgada, já tenha sido efetivamente incorporado ao patrimônio do titular e, por esta razão, - independente do prévio e anterior pleno exercício (conceito próprio de direito exaurido ou consumado) - não mais pode ser subtraído do mesmo, em face do advento de nova ordem jurídica normativa que regula, de forma diversa, a situação jurídica anterior.

Constituição Federal de 1988

"Art. 5º - XXXVI. A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada";

Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei 4657/42)

"Art. 6º. A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

§ 1º. Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou.

§ 2º. Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo prefixo, ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem.

§ 3º. Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso”.

() Redação de acordo com o art. 1º da Lei 3238/57.*

O problema do denominado “direito adquirido” (nomenclatura atécnica, alvo de diversos críticos por parte dos mais renomados juristas, fundados no fato de que a expressão “adquirido” é pleonástica, uma vez que, consumada ou não, toda a situação jurídica constituída sob a égide da efetiva existência de coisa julgada ou de ato jurídico perfeito (ato que se aperfeiçoou ou que reuniu todos os elementos necessários à sua formação, quando da vigência da lei revogada) é, em essência, um direito que, pela sua própria definição está sempre adquirido, porque se não estivesse, existiria apenas simples expectativa de direito, jamais efetivo direito, necessariamente, tem de ser examinado no plano constitucional e no plano da lei ordinária (ou da chamada lei geral federal (nacional), antiga Introdução ao Código Civil de 1916, votada e aprovada na vigência da Constituição Republicana de 1891, cujos parágrafos iniciais do art. 3º passaram a ser, até 1942, os fundamentos de nosso direito intertemporal).

No plano da legislação infraconstitucional, é conveniente ressaltar que, inicialmente, nossa Introdução ao Código Civil de 1916, votada e aprovada na vigência da Constituição Republicana de 1891, cujos parágrafos iniciais do art. 3º passaram a ser, até 1942, os fundamentos de nosso direito intertemporal).

No plano da legislação infraconstitucional, é conveniente ressaltar que, inicialmente, nossa Introdução ao Código

Civil, expressamente, afirmara que "a lei não prejudicará, em caso algum, o direito adquirido, o ato jurídico perfeito, ou a coisa julgada (art 3º). Tal norma entretanto foi posteriormente revogada com a nova Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto Lei 4657/42 - publicada durante a vigência da Carta de 1937) que, em seu art. 6º, §§ 1º, 2º e 3º, consagrara o princípio segundo o qual "A lei em vigor terá efeito imediato e geral. Não atingirá, entretanto, **SALVO DISPOSIÇÃO EM CONTRÁRIO**, as situações jurídicas definitivamente constituídas e a execução do ato jurídico perfeito", modificando radicalmente o princípio da absoluta irretroatividade da Lei nova, defendida pela legislação anterior.

O Decreto Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, esteve em vigor até 17 de setembro de 1946, data do advento da terceira Constituição da República, de cunho democrático, cujo art. 141, parágrafo 3º, vedada à lei ordinária prejudicar o direito adquirido, passando os parágrafos 1º, 2º e 3º do art. 6º, do Decreto Lei nº 4.657, de 04.09.1942, a valer apenas como doutrina. Antes mesmo do surgimento da Revolução de 1964 e do conseqüente advento da nova ordem constitucional (Constituição de 1967), contudo, a Lei 3238/57, em seu art. 1º, retirou a expressão "salvo disposição expressa em contrário" para impor a redação atual "A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitadas o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada", em perfeita consonância com o disposto nas Constituições de 45, 67 e 88.

No plano constitucional, - como de certa forma já mencionamos no parágrafo anterior -, a promulgação da Carta de 1946 promoveu o instituto à hierarquia máxima, consolidando a impossibilidade de retroatividade da nova lei às situações jurídicas perfeitamente constituídas sob o império da lei anterior, **mantendo, no entanto, a expressa definição do instituto do direito adquirido** (art. 6º, § 2º do D.L. 4657/42), em seu caráter originário, fundado na Teoria de Gabba, com todas as suas virtuais limitações.

C. F. GABBA:

"É adquirido todo direito que: a) é consequência de um fato idôneo a produzi-lo, em virtude da lei do tempo em que esse fato foi realizado, embora a ocasião de o fazer valer não se tenha apresentado antes do surgimento de uma lei nova sobre o mesmo; e que, b) nos termos da lei, sob o império da qual se deu o fato de que se originou, tenha entrado imediatamente para o patrimônio de quem o adquiriu." ("TEORIA DELLA RETROATIVITA' DELLE LEGGE", pág. 98) (os grifos são nossos).

Por via de consequência, nosso ordenamento jurídico - adotando a Teoria de Gabba -, afastou, por impositiva exclusão, a possibilidade de aplicação da Teoria de Paul Roubier (de muito maior inflexibilidade quanto a possibilidade de retroatividade da Lei nova, em relação às situações jurídicas ainda não reputadas perfeitamente acabadas sob a égide da Lei anterior), como também, de outros doutrinadores (a maioria da quais muito mais restritivas, a exemplo da doutrina de Roubier), como Pacifi Mazzoni (interpretada, em parte, por João Luiz Alves) e Pontes de Miranda.

PAUL ROUBIER

"Estamos aqui em presença de uma regra de direito transitório particularmente segura, já perfeitamente vislumbrada por SAVIGNY, e que se pode enunciar da seguinte forma "As leis que governam a validamente estabelecida segundo a lei então em vigor não pode ser considerada irregular em virtude de uma lei posterior; ou, em outros termos a validade desta situação, segundo a

lei do dia da sua criação, não pode ser posta em xeque por uma lei posterior. Pouco importa que a lei nova venha suprimir um modo de constituição anteriormente admitido, ou venha aumentar o número das condições necessárias para essa constituição, ou modificar uma ou algumas de suas condições. Em todos os casos, a lei será retroativa se pretender molestar a constituição regularmente processada dessa situação jurídica". (PAUL ROUBIER, "DROIT TRANSITOIRE"- 2ª edição - 1960, pág. 185).

(os grifos são nossos)

PACIFI MAZZONI

"O direito adquirido é a consequência de um fato idôneo a produzi-lo em virtude da lei existente ao tempo em que este se realizou tendo começado, antes de entrar em vigor a lei nova, a fazer parte do patrimônio de uma pessoa, ainda que esta não o tenha feito prevalecer por falta de oportunidade". (PACIFI MAZZONI, "INSTITUTIONI DI DIRITTO CIVILE" - vol. I, pág. 73).

JOÃO LUIZ ALVES

"Na noção de direito adquirido se compreende a irretroatividade da lei, em relação ao fato jurídico perfeito e à coisa julgada, pois, aquele e esta têm por objetivo direitos, cuja aquisição se verificou pela perfeição do ato jurídico ou pelo julgamento definitivo do litígio.

Por isso, P. MAZZONI diz que o critério do direito adquirido, para determinar a irretroatividade da lei, reúne as condições teóricas exigidas em todo o critério diretor: a unidade e a universalidade.

Distinguindo o Código as três noções este artigo, não teve outro intuito senão tornar claros o preceito e a noção do direito adquirido.

Esta é conforme a melhor doutrina. Não só os direitos que já se pode exercer, como aquele cujo exercício apenas depende de preço prefixado, é direito adquirido", (CÓDIGO CIVIL COMENTADO - Rio - 1ª edição - 1917, pág.)

PONTES DE MIRANDA

"O ato jurídico perfeito é fato jurídico que tem o seu momento-ponto no espaço tempo: entrou em algum sistema jurídico, em dado lugar e data.

O conceito é conceito no plano de existência: o ato entrou no mundo jurídico aqui e agora, e a sua ajuridicidade é a coloração que, assim lhe deu o sistema jurídico, tal como aqui e agora ele é. O direito adquirido é o direito que nasceu a alguém.

O conceito é conceito no plano da eficácia, porque todo direito é efeito, como são efeitos todo dever, toda pretensão, toda obrigação e todas as exceções"

Em verdade, a lei nova não incide sobre fatos pretéritos, sejam eles, ou não, atos, e - por conseguinte - não pode "prejudicar" os direitos já irradiados e os que terão de irradiar-se.

Desde que, com os documentos juntos, fica patente o direito do suplicante, líquido e certo é o seu direito. (Comentários à Constituição de 1967 - Tomo V e VI, págs. 67 a 70).

Invalidando, igualmente, qualquer interpretação conceitual do direito adquirido destoantes dos específicos contornos impostos por Gábba, mas ratificando valorativamente os conceitos doutrinários em perfeita harmonia com os alicerces fundamentais da Teoria de C. F. Gabba, como são exemplos os conceitos de Pedro Nunes, Plácido e Silva e, em parte, o do próprio Pontes de Miranda.

PEDRO NUNES

"Direito adquirido é toda vantagem que, provenientes do fato jurídico concreto que a determinou, consentâneo com a lei, então vigente, alguém incorpora definitivamente ao seu patrimônio, desde quando começa a produzir efeito útil, dele não podendo ser subtraída por mera vontade alheia" (PEDRO NUNES, Dicionário de tecnologia jurídica, 1948, sub voce, "Direito adquirido").

PLÁCIDO E SILVA

"Direito adquirido é o direito que já se incorporou ao patrimônio da pessoa, já é de sua propriedade, já constitui um bem, que deve ser protegido contra qualquer ataque exterior, que ouse ofendê-lo ou turbá-lo". (Vocabulário jurídico, sub voce "Direito adquirido").

PONTES DE MIRANDA

"Direito adquirido é definido como o direito irradiado de fato jurídico, quando a lei não o concebeu como atingível pela lei nova" (cf. Comentários, 3ª ed., 1987, v. V, p. 78-9).

A irretroatividade da Lei nova é, portanto, em nosso ordenamento, uma situação limitada apenas às situações jurídicas já perfeitamente constituídas sob a égide da lei anterior resta dizer impossível de atingir o ato jurídico perfeito (ou seja o ato jurídico que necessariamente se encontra acabado quanto aos elementos de sua formação) ou a coisa julgada (decisão judicial, transitada em julgado, protegida pelo efeito preclusivo próprio, que não mais permite a interposição de recurso ou outro meio idôneo para a sua possível modificação) e, por efeito, geradora de um direito (reputado adquirido) que necessariamente já poderia ter sido exercido durante a vigência da lei anterior e que por esta exata razão, não pode ser mais modificado pelo advento da Lei nova -, e nunca aplicável, de modo genérico, como aparentemente pretendem alguns juristas, fundados nos conceitos de Bonnecase e Josserand, e sem qualquer outro parâmetro normativo.

BONNECASE

"Admitir-se que a lei nova possa modificar todo um passado jurídico regularmente estabelecido seria transformá-la em instrumento de opressão e anarquia" ("INTRODUCCION AL ESTUDIO DEL DERECHO" - Citação de Paulo Dourado de Gusmão, in "Introdução à Ciência do Direito" - 7ª edição, pág. 289).

JOSSERAND

"Se não fosse a irretroatividade da lei, as transações estariam ameaçadas de destruições e a vida jurídica careceria de segurança, ficando arruinada a autoridade da própria lei". ("DERECHO CIVIL" - Citação de Paulo Dourado de Gusmão - op. cit., pág. 286).

Consoante, portanto, a Teoria de Gabba, colhida pelo novo ordenamento jurídico em vigor, conforme exaustivamente demonstrada, o reajustamento vindicado pelos autores, no percentual de 93,54% - correspondente ao IPC expurgado de março de 1990 e aos 5% de resíduo -, não pode configurar - **como inclusive já entendeu a Egrégia Suprema Corte** - num direito efetivo, uma vez que, possuindo fato gerador complexo (considerando tratar-se de legislação referente à política salarial e, conseqüentemente, às prestações de trato sucessivo), o momento de sua consumação - posterior incorporação ao patrimônio efetivo - só se daria com o advento do termo final do último dia do mês ou, na melhor das hipóteses, como chegou a sustentar alguns estudiosos, com o comprovado transcurso pleno do período médio do mês em questão, o que, de fato, não ocorreu, em nenhuma das acepções, face a edição da medida provisória 168, em 15 de março de 1990, com sua conseqüente vigência imediata.

Trata-se, *in casu*, portanto, o referido índice de reajustamento do vencimento de 93,54% de **mera expectativa de direito**, na qualidade de uma das modalidades de direitos futuros não-deferidos, como são exemplos o **direito condicional** (que depende de evento futuro incerto), e o **direito eventual**.

Consoante a teoria básica de **Gabba** a respeito, abraçada pela legislação brasileira, como já nos referimos, em nenhuma hipótese a simples **expectativa de direito** se confunde com o denominado **direito adquirido**, considerando, - como já expomos exaustivamente - que, no primeiro caso, existe apenas "**direito em construção**" -, virtualmente associada a um transcurso temporal absolutamente dependente da manutenção da vigência da égide da lei anterior até a conclusão de seu termo final, - enquanto no segundo caso, de forma diametrialmente oposta, existe um direito plenamente incorporado ao patrimônio do titular que, **embora possuindo todos os requisitos exigíveis para exercê-lo** -, por razões que não possuem qualquer relevância, ainda não o exerceu, embora a qualquer momento possa, sem qualquer restrição efetivamente exercê-los.

Por efeito, a lei nova somente não é inaplicável de forma retroativa, quando o direito, sob a égide da lei anterior, - antes do advento da nova lei -, já poderia ter sido exercido em sua absoluta plenitude e em perfeita sintonia com a teoria de **Gabba** esta ótica, a possibilidade da eventual retroatividade da lei nova em relação a lei revogada.

Demais disso, também é oportuno ressaltar que a **lei de ordem pública**, como pode ser em princípio presumida a Medida Provisória 168 (Lei 8024/90), sempre se aplica retroativamente, atingindo, em qualquer hipótese, as situações jurídicas, ainda não perfeitamente constituídos sob a égide da Lei anterior.

Portanto, para a incorporação do efetivo direito ao reajustamento dos 93,54% de forma conclusiva, no entender este Juízo, seria absolutamente necessário o pleno transcurso de todo o período em questão, - sob a égide daquela lei autorizativa que sinalizava no sentido de uma verdadeira **expectativa de rea-**

justamento nos vencimentos neste exato percentual, fundado na Política Econômica, então em vigor; mas revogada *in totum* com o advento da M.P. 168 (Lei 8024/90), que inaugurou novas regras, de vigência imediata, alcançando, por via de consequência, as situações ainda não plenamente exauridas sob o regime da Lei anterior revogada em aparente prejuízo do(s) Autor(es).

O reajustamento dos vencimentos pleiteados com base no índice de 93,54% não se configura, portanto, em nenhuma hipótese, direito adquirindo, uma vez que seu fato gerador é sem a menor sombra de dúvida, complexo, só se concluindo, de forma efetiva, com o transcurso efetivo do último dia do mês correspondente.

A atualização, com base no IPC de março, era, por via de consequência, somente uma "expectativa de direito", que se tornaria "direito adquirido", com o pleno decurso do prazo (no caso, de 30 dias).

Isto Posto, na forma da fundamentação supra, **julgo improcedente** o pedido registrado na inicial, negando, portanto, o reajuste do(s) vencimento(s) do(s) Autor(s), conforme pretendido.

Custas ex lege.

Honorários advocatícios em R\$ 30,00 (trinta reais), por autor, consoante o disposto no art. 20 § 4º, do CPC.

P.R.I.

Rio de Janeiro, 22 de agosto de 1994.

DR. R. REIS FRIEDE
Juiz Federal / 12ª Vara

ENTORPECENTES

DRA MARILENA SOARES REIS FRANCO
JUÍZA FEDERAL TITULAR
13ª VARA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA RJ.
PROC. Nº 93.35605-4 - S.87/93

SENTENÇA

Visto, etc...

O Ministério Público Federal ofereceu denúncia contra **AUSTIN AKAH**, nigeriano, natural de Ojoto, nascido em 15.04.57, filho de Ifoma Akah e Chika Akah, residente na 66 Bajulaiye Road Shomolu - Lagos/Nigéria, como incurso nas penas do artigo 12 c/c 18, inciso I da Lei nº 6.368/76 pelos fatos a seguir relatados.

Consta da denúncia que, no dia 25.01.93, no Aeroporto Internacional do Rio de Janeiro, policiais federais, encontraram com o denunciado 13.160 gramas de substância entorpecente.

Prossegue a denúncia, afirmando que a substância estava acondicionada em pacotes envoltos em plásticos e fita gomada, dentro de caixas de papelão com inscrições diversas despachada por Austin, em duas malas grandes, cujos dois canotos foram encontrados presos no bilhete de viagem dele, coincidindo com os rótulos de bagagem.

Acrescenta que a materialidade está demonstrada pelo laudo pericial de fls. 38/39, que conclui ser cocaína a substância apreendida com o denunciado, num total de 13.160 gramas.

Denúncia recebida em 12.02.93.

Interrogatório às fls. 06/09, na presença de intérprete nomeada e compromissada (fl. 05).

Relata a acusado que depois de despachar a bagagem, estava na sala de espera do aeroporto, aguardando o embarque quando foi conduzido por um agente da Polícia Federal, em companhia de outro nigeriano para uma sala e que posteriormente, lhe exibiram duas malas que não lhe pertenciam.

Apesar disto, forçaram-nas na sua frente, porém nada sabe sobre a cocaína encontrada. Alega não ter explicações para o fato dos tickets das malas corresponderem aos que trazia, considerando um equívoco. Esclareceu que tinha excesso de peso e precisou da ajuda financeira de um nigeriano que mora no Rio, deixando-lhe a caixa de vinho como garantia.

Ainda afirmou que viera ao Brasil a negócios, pois é empresário, e tem os documentos que comprovam.

Defesa prévia às fls. 10, cujas diligências foram atendidas através do laudo de exame em material às fls. 90 usque 94 dos autos.

Saneador às fls. 12 dos autos.

Audiência de instrução e julgamento às fls. 16 usque 21, onde foram ouvidas quatro testemunhas arroladas pela acusação. A testemunha arrolada pela defesa foi ouvida mediante precatória (fls. 44/47).

A primeira testemunha informou que o raio-X detectou as duas malas referidas na denúncia e que através da Varig foi localizado o acusado, como o portador dos tickets correspondentes.

Revela que as malas foram abertas na presença do acusado, não obstante a sua negativa de propriedade, e no interior de ambas foi encontrada a cocaína, embora houvesse também peças de automóveis.

Conclui afirmando que, posteriormente, foram encontradas as chaves das duas malas na bagagem de mão do acusado.

A segunda testemunha confirmou que, como empregado da Varig, identificou pelos tickets o proprietário das malas apreendidas. Afirma igualmente que viu a droga no interior das mesmas.

As demais testemunhas confirmaram o primeiro depoimento em linhas gerais.

Juntada de documentos pela defesa.

A testemunha de defesa prestou depoimento em Juiz de Fora onde afirmou que se encontrava no Aeroporto, quando percebeu que um contêiner seu estava com problemas de bagagem, por não ter dinheiro para pagar o excesso. Resolveu ajudá-lo por ser o costume da terra e em contrapartida ficou com a caixa de bebidas, que devolveria quando o acusado retornasse.

Relatou que já se afastava do aeroporto, quando foi detido pelos agentes federais que o conduziram para o interior do aeroporto, onde foi revistado e realizado o exame da caixa de bebidas.

Afirma que foi levado com o acusado para a sede da Polícia Federal, onde o réu não quis prestar declarações.

Disse ainda que não viu os pacotes com cocaína, nem no aeroporto, nem na polícia.

Finalmente declara que completou com cem mil cruzeiros os setecentos dólares que correspondiam ao excesso de bagagem.

Laudo solicitado pela defesa às fls. 90 a 94.

Em razões finais o Ministério Público assinalou que não há como prosperar a tese da negativa de vínculo de propriedade entre o acusado e o volume de cocaína em tráfico, pois as testemunhas, inclusive um funcionário da Varig que presenciou a apreensão, narçaram a mesma mecânica para identificação do dono das malas que continham cocaína, ou seja, o sistema de controle de bagagem através de tickets".

Enfatiza ainda que os agentes federais localizaram as chaves em poder do acusado.

Requer a condenação nos termos da denúncia.

A defesa, em longo memorial, após análise dos depoimentos e dos fatos relacionados com a vinda do acusado ao Brasil, apontando falhas, requereu a absolvição do acusado.

Folha sem antecedentes penais.

Relatados, decido.

Louve-se o esforço da defesa que numa causa sabidamente adversa, tentou reverter nos limites do impossível o conjunto probatório e a própria dinâmica processual para produzir em decreto absolutório.

Explorou à exaustão as já conhecidas imprecisões dos agentes policiais, sempre às voltas com excesso de procedimentos apuratórios, que parece ocasionar alguma confusão nos detalhes, para trazer substância à débil versão do acusado apresentada em juízo.

Se falhas há nas declarações das testemunhas de acusação, as do acusado comportam vácuos totais. Nada na sua história tem uma seqüência subsistente. A propósito, vale registrar passagem de seu interrogatório em que o magistrado considera extensa demais as explicações dadas e solicita objetividade.

Depois de ouvir vários interrogatórios dos nigerianos e ganenses envolvidos em tráfico, tem-se cada vez mais nítida a impressão de algo já familiar. Estes cidadãos, via de regra, fabricam misteriosos personagens sem corpo e sem rosto, ou se perdem em divagações oníricas, para se esquivar de explicações plausíveis.

A par das circunstâncias sempre presentes da origem, das condições de viagem e das longas histórias nascidas de uma cultura tribal dominada pelo fantástico, há um dado muito concreto que é a relação entre os tickets apreendidos e os que o acusado tinha em seu poder, circunstância confirmada taxativamente pelo funcionário da VARIG.

Isto não é ficção, e a justificativa do acusado para o fato é inconvincente. O equívoco é uma hipótese possível, mas não provável. Com a automatização crescente nas atividades do dia-a-dia, diminui cada vez mais a margem de erro. Se houve troca de malas o réu deveria demonstrá-la de maneira aceitável. Não basta referir-se apenas, como quem divaga.

Imprecisão por imprecisão, a defesa também tem as suas. O documento expedido da Nigéria e traduzido às fls. 27 afirma que o acusado é Diretor da empresa Kastyn Industries Limited e veio ao Brasil comprar um container de vinho sidra Mosel e juntou fatura.

Entretanto, o próprio acusado na sua qualificação não especifica a sua atividade, uma vez que "Business" é uma expressão genérica e afirma receber um salário de quinhentos dólares, o que é difícil de aceitar para um Diretor de empresa atacadista, aparentemente de médio ou grande porte.

Da mesma forma a presença ou não do acusado na firma Ceresser em São Paulo pode ou não ser possível, mas não é essencial.

É verdade que o relatório da missão policial de fls. 58 não refere-se ao acusado, mas a Austin Chika Uguaka que assina a declaração de fls. 26, porém esta circunstância isoladamente não invalida o fato principal, até porque pode ser usado como pretexto para disfarçar o real objetivo da viagem. Afinal treze kilos de cocaína vão gerar muito mais lucros que a venda de bebidas ou peças de automóveis. Sem falar que a versão samaritana da testemunha de defesa, é pueril.

Em suma, Austin Akah não está sendo incriminado por estigma racial ou social, mas porque não soube ou não pode explicar a relação de causa e efeito entre os tickets em seu poder e os da mala que se apurou conter cocaína, com destino à Nigéria.

Este é o fato, esta é a conduta. O resto é silêncio.

Pelo exposto e tudo mais que dos autos consta, **JULGO PROCEDENTE** a presente ação penal para **CONDENAR AUSTIN AKAH** como incurso nas penas do artigo 12 c/c o art. 18, inciso I da Lei nº 6.368/76.

Individualizando a pena, importa ter em conta as condições pessoais do acusado, que no particular não parece se identificar com as humildes "mulas" com que tenho me deparado nesta penosa jurisdição criminal. Ao contrário, trata-se de um indivíduo com melhores condições sociais para avaliar, discernir e decidir pela opção criminosa de assumir o risco de transportar treze quilos de cocaína e dele extrair proveito, pouco importam os males que acarreta a sua comercialização.

Assim, fixo-lhe a pena-base em 4 anos de reclusão e elevo-a para 6 anos e 8 meses de reclusão, por força da causa especial de aumento prevista no artigo 18, inciso I da Lei nº

6.368/76, fixando-a em definitivo neste patamar, o que julgo adequado para os fins de prevenção e repressão do delito praticado.

Arbitro-lhe a pena pecuniária em 100 dias-multa, fixando-lhe o valor em um salário mínimo cada um, a ser recolhido em dez dias a partir do trânsito em julgado da sentença.

Determino a perda da passagem aérea apreendida, vez que se destinava a efetivação do tráfico:

Pagará, ainda o réu as custas processuais, face à natureza e dimensão do crime.

A pena corporal imposta será em regime fechado, nos termos do artigo 2º, parágrafo primeiro da Lei nº 8.072/90, permanecendo o réu preso durante a fase recursal.

Lance-se-lhe o nome no rol dos culpados, bem como preencha-se e devolva-se o BIE.

Recomende-o na prisão onde se encontra.

Publique-se, registre-se e intime-se.

Rio de Janeiro, 15 de dezembro de 1993.

**Marilena Soares Reis Franco,
Juíza Federal.**

IPC - CADERNETA DE POUPANÇA

DR. MAURO SOUZA MARQUES C. BRAGA
JUIZ FEDERAL SUBSTITUTO
14ª VARA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA RJ
PROC. Nº 93.0022011-0

SENTENÇA

ADRIANA FLORES FUSARO, DANIELA FLORES FUSARO, PATRÍCIA FLORES FUSARO E ENÉAS FUSARO, qualificados na inicial, propõem AÇÃO ORDINÁRIA contra a UNIÃO FEDERAL E CAIXA ECONOMICA FEDERAL, objetivando o reajuste no índice de 84,32%, correspondente ao IPC de março de 1990 sobre os depósitos existentes em cadernetas de poupança que ficaram confiscados, e em virtude do prejuízo que tiveram, deverá ser tomado por base o índice inflacionário de 14,221%, com as demais cominações legais.

Juntaram os documentos de fls. 9/17. Pagaram custas (fls. 18).

É o relatório.

DECIDO:

Verifico, *in casu*, que inexistente direito adquirido violado. Neste sentido, vale transcrever ementa de decisão do Tribunal Regional Federal desta Região, cujo Relator foi o eminente Desembargador Federal Doutor SILVÉRIO CABRAL, que se aplica tanto aos casos de reposição salarial quanto à correção monetária de depósitos em cadernetas de poupança, adotando a tese de inexistência de direito adquirido em casos a este similares:

"CIVIL. CADERNETA DE POUPANÇA. ÍNDICE DE CORREÇÃO. EFICÁCIA DA RESOLUÇÃO 1338/87.

I - O Conselho Monetário Nacional, nos termos do art. 12 do Decreto-Lei nº 2.284/86, com redação que lhe deu o Decreto nº 2311, de 23.12.86, foi incumbido de fixar índice para correção monetária dos saldos de caderneta de poupança, segundo critério de conveniência e oportunidade.

II - A resolução 1338/87 estabeleceu o índice de correção dos saldos das cadernetas de poupança a serem creditados a partir de 01.07.87.

III - Não ocorreu a alegada violação a direito adquirido dos poupadores, pois não existe cláusula contratual nem legislação que assegure aos mesmos a correção do saldo por um determinado índice, ainda mais que o rendimento do saldo só se aperfeiçoaria em 01.07.87." (Revista do TRF - 2ª Região, nº 04. pág. 154).

Nesse diapasão, o Colendo Supremo Tribunal Federal vem reiteradamente reformando todas as decisões referentes à concessão do índice de 84,32%, verbis:

"MANDADO DE SEGURANÇA - LEIS NºS 7.788 E 7.830, AMBAS DE 1989 - MEDIDA PROVISÓRIA Nº 154/90 - LEI DE CONVERSÃO Nº 8.030/90 - REPOSIÇÃO SALARIAL (84,32%) - CLÁUSULA ASSECURATORIA DA IRREDUTIBILIDA-

DE DE VENCIMENTOS - INAPLICABILIDADE À ESPÉCIE. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO.

I - O recurso extraordinário representa um dos mais expressivos instrumentos jurídico-processuais de preservação da supremacia e da intangibilidade da ordem normativa contemplada na Lei Fundamental da República.

É suscetível de conhecimento, pois, o recurso extraordinário que, insurgindo-se contra decisão que fez inadequada aplicação de norma constitucional, busca restabelecer o sentido exato de princípio consagrado pela Carta Política.

Ventila tema constitucional o acordo que, para reconhecer em favor do servidor público a oponibilidade de sua afirmação decisória, pela Administração Pública, da garantia tutelar proclamada pelo art. 5º, inciso XXXVI da Carta Política.

A revogação da Lei nº 7.830/89 pela Medida provisória nº 154/90 - que se converteu na Lei nº 8.030/90 - verificou-se em momento anterior ao da consumação de fatos idôneos necessários à aquisição do direito ao reajuste de vencimentos previsto para 1º de abril de 1991. Tendo-se antecipado, validamente, à incorporação desse direito no patrimônio jurídico dos servidores, o ato abrogatório não ofende a cláusula constitucional que tutela a intangibilidade de situações definitivamente consolidadas. (CF, art. 5º, XXXVI).

A só condição de destinatário da proteção constitucional não basta para conferir ao beneficiário dessa expressiva garantia o direito à revisão corretiva dos efeitos nocivos gerados pelo processo inflacionário.

Os índices de desvalorização da moeda não geram direito, ação e pretensão à revisão automática dos valores remuneratórios pagos a servidores públicos, pois esses reajustamentos não constituem decorrência necessária da cláusula constitucional institutiva da garantia de irredutibilidade de vencimentos. Precedentes. (Recurso Extraordinário nº 148.763-8, Rel. Min. Celso de Mello, 1ª Turma - DJU 30/04/93, pág. 7569).

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. FUNCIONÁRIO. DIREITO ADQUIRIDO. VENCIMENTOS. REAJUSTE DE 84,32%. LEI 7.830, DE 28/09/89. LEI 8.030/90.

I - Vencimentos dos funcionários: reajuste de 84,32% decorrente da aplicação da Lei nº 7.830, de 28.09.89, revogada pela Medida Provisória nº 254, de 16.03.90, convertida na Lei. 8.030, de 1990. Inocorrência de direito adquirido ao reajuste: MS nº 21.216-DF, Tribunal Pleno, 05.12.90. RTJ 134/1112.

II - Ressalva ao entendimento pessoal do Relator em sentido contrário: voto vencido no citado MS 21.216-DF.

III - R.E. conhecido e provido.

(Recurso Extraordinário nº 140.763-8, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, 2ª Turma - DJU 14/05/93, pag . 9006).

Pelo que tem decidido a **CORTE SUPREMA**, conclui-se que o pedido não possui qualquer amparo legal, não havendo que se cogitar em pseudo direito adquirido por parte do autor.

Isto posto, **INDEFIRO A INICIAL**, com base no art. 295, I, do C.P.C. e **EXTINGO A AÇÃO ORDINÁRIA, SEM JULGAMENTO DO MÉRITO**, com fundamento no art. 267, I, do mesmo diploma legal, determinando o arquivamento do processo, com baixo na distribuição.

P.R.I.

Rio de Janeiro, 18 de janeiro de 1994

MAURO SOUZA MARQUES DA COSTA BRAGA
Juiz Federal - 14ª Vara/RJ

CONCURSO PÚBLICO - II

DR. AUGUSTO GUILHERME DIEFENTHAELER
JUIZ FEDERAL TITULAR
15ª VARA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA RJ
PROC. Nº 93.0006673-0

SENTENÇA

Vistos, etc.

ALEXANDRE BARROS DA CUNHA, brasileiro, solteiro, economista, residente na Av. Oswaldo Cruz, 101, apartamento 701, nesta Capital, impetrou **MANDADO DE SEGURANÇA** contra ato do **DELEGADO REGIONAL DO BANCO CENTRAL DO BRASIL**, com endereço na Av. Presidente Vargas, 730, nesta Capital,

consistente na determinação para que não fossem recebidos documentos de qualificação apresentados, após aprovação em concurso público para técnico, não tendo sido fornecida qualquer comprovação da recusa nem publicação, sob a alegação de que, na época dos fatos, o impetrante não havia concluído o Curso de Ciências Econômicas. Fundamento o pedido no art. 37, inciso I, da Constituição Federal, e nos arts. 5º, inciso IV, e 11 da Lei 8112/90 e menciona jurisprudência, alegando inexistir qualquer lei que estabeleça a necessidade de diploma de curso superior para a participação de concurso, bem como requer liminar.

É o relatório.

Ao tratar do princípio constitucional da igualdade, **JOSÉ AFONSO DA SILVA** (in Curso de direito constitucional positivo. 9ª ed. São Paulo, Malheiros, 1992. p.197) faz referência a **SEABRA FAGUNDES** quando diz que o legislador

“ao elaborar a lei, deve reger, com iguais disposições - os mesmos ônus e as mesmas vantagens - situações idênticas, e, reciprocamente, distinguir, na repartição de encargos e benefícios, as situações que sejam entre si distintas, de sorte a quinhó-las ou gravá-las em proporção às suas diversidades”. A seguir menciona FRANCISCO CAMPOS dizendo que “O executor da lei já está, necessariamente, obrigado a aplicá-la de acordo com os critérios constantes da própria lei. Se esta, para valer, está adstrita a se conformar ao princípio de igualdade, o critério de igualdade resultará obrigatório para o executor da lei pelo simples fato de que a lei o obriga a executá-la com fidelidade ou respeito aos critérios por ela mesma estabelecidos”.

No presente caso, um dos critérios de igualdade estabelecidos aos candidatos pela lei é a escolaridade de terceiro grau. Logo, evidente que no concurso para provimento de tal cargo deve o administrador de logo observar o cumprimento do requisito imposto pela lei, pena de ferir o princípio básico da administração pública que é o da finalidade, verdadeiro aspecto do princípio da legalidade, segundo o qual “todo o ato administrativo só é válido quando atende o seu fim legal”, pois “Na administração pública só é permitido fazer o que a lei autoriza”. Por isso a exigência no edital (fls. 22/23).

Como se vê, a interpretação literal de que não existe exigência legal de conclusão do curso de terceiro grau para a participação no concurso cede diante de uma interpretação sistemática, da qual deflui claramente que, ao inscrever-se no cargo, o impetrante imiscuiu-se em atividade para o qual não preenchia requisito de igualdade previsto na lei, não havendo, assim, qualquer direito a ser segurado.

Isso posto, com fundamento no art. 8º da Lei 1533/51, INDEFIRO A INICIAL.

Custas pelo impetrante.

Intime-se.

**Augusto Guilherme Diefenthaeler,
Juiz Federal.**

ADJUDICAÇÃO COMPULSÓRIA

DR. WANDERLEY DE ANDRADE MONTEIRO
JUIZ FEDERAL TITULAR
17º VARA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA RJ
PROC.Nº 88.0004652-5

SENTENÇA

Vistos, etc.

I - O RELATÓRIO

LÚCIA HELENA NEVES PESSOA, qualificada na inicial, propõe esta AÇÃO ORDINÁRIA em face da CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF, indicando o seguinte fato e fundamentos jurídico do pedido:

"a) - Sabedora a suplicante que o imóvel acima, onde residente com sua família, adquirido por Elza Lopes de Barros, por financiamento obtido pela CEF encontrava-se à venda por inadimplemento daquela e por não ter logrado arrematação quando da licitação, procurou a suplicada para a possibilidade de adquirir o imóvel mediante financiamento por ela, suplicada.

b) - Foi então, encaminhada à ASSOCIAÇÃO DO PESSOAL DA CAIXA ECONÔMICA - APCE, com endereço na Av. 13 de maio, nº 23 Centro, nesta Cidade, a quem, a CEF, entrega os imóveis não arrematados em praça, como intermediadora na revenda a novos pretendentes.

c) - Ocorre, no entanto, que, em 07.04.87, para garantir a compra do citado imóvel, a autora teve que desembolsar 10% do valor da avaliação, elaborado em 18.12.86, que atingiu o montante de Cz\$ 336.320,00, pagando, por conseguinte, a quantia de Cz\$ 33.632,00 (recibo nº 1446.3 anexo).

d) - A *via crucis* percorrida pela autora e exíguo tempo permitido, de 18.12.86 à 18.06.87, não deram chances para que a "papalada" fosse concluída, razão porque, em 23.09.87, foi exigida da suplicante, a complementação de Cz\$ 302.688,00 (recibo nº 1666.0 anexo), para pagamento à vista do preço da avaliação de 18.12.86, sob pena de, não pagando aquela importância, de perda na aquisição do imóvel.

e) - Só quando, sob ameaça de ajuizar processo de cumprimento de obrigação, pela autora, contra a ré, é que a CEF, em 10.02.88, respondendo ofício da APCE, pelo seu Departamento de Aplicação Habitacional e Hipoteca, disse que "achando-se expirado o laudo de avaliação, que o valor da venda deverá ser atualizado pela variação das OT-N's ...(sic)" e finaliza dizendo que o valor do imóvel, a partir daquela data, ou seja, de 10.02.88, era de Cz\$ 1.115.024,50 e que a autora deveria pagar a diferença de Cz\$ 747.377,00. Ou seja, deverá a autora ser penalizada da atitude culposa da CEF.

f) - Com tal expediente, todavia, se não comparece a lei, nem a moral dá agasalho, pois é princípio elementar das obrigações contidas em nossa lei civil, que ninguém pode impurar inadimplência contratual,

sem antes ter adimplido a sua parte, tanto mais certo que a quantia exigida pela ré, para satisfação do preço estipulado, encontra-se em poder da CEF, desde exigida”.

Requer, a final, dever “a ação ser julgada procedente para o fim de a suplicada ser condenada a prestar o fato a que está obrigada, isto é, a outorgar a escritura definitiva de venda do imóvel da presente, no prazo de 15 (quinze) dias, pena de ser contituído em mora, por manifestamente, inadimplente, respondendo, por conseguinte por perdas e danos, sem jactura da outorga definitiva da venda, condenando em qualquer hipótese, nas custas processuais e pagamento da verba honorária.”

Inicial instruída com os documentos de fls. 8/10.

Citada a Demandada (fls. 14 e v), esta ofereceu Resposta de fls. 16/30, asseverando, em resumo:

“a) - O imóvel foi avaliado, inicialmente, para venda, em 18.12.86, pelo valor de Cz\$ 336.320,00, avaliação essa com validade de 6 (seis) meses, conforme é das normas do Sistema Financeiro da Habitação (doc. I).

b) - A AUTORA, em 07.04.87, se propôs a comprá-lo oferecendo 10% à vista e o restante, 90% financiado, pelo preço acima, portanto, dentro do prazo de sua validade declarando, inclusive, sua sujeição as normas estipuladas pela CEF (doc. II).

c) - Por não conseguir apresentar, junto a Corretora da CEF, a documentação que exige para os financiamentos habitacionais, a AUTORA, já em 23.09.87, portanto, fora do

prazo de validade do laudo de avaliação, propos comprá-lo à vista, tendo a Corretora aceitado que a mesma depositasse os restantes 90%, sob condição de se consultar a CEF (doc. III).

d) - Consultada a Suplicada (doc. IV), esta, fora das normas do S.F.H., e no intuito de ajudar a AUTORA na aquisição do referido imóvel, propos, como solução, apenas a atualização monetária dos valores pela variação da OTN (doc. V), o que seria compensatório para a mesma, pois, caso se optasse pela reavaliação, o valor de venda do imóvel seria muito superior (reavaliação - doc. VI) (cálculo pela OTN - doc. VII).

e) - Sabendo do preço e do prazo de sua validade, a AUTORA o que fez, simplesmente não cumpriu com sua obrigação, que era de seu pleno conhecimento e que, várias vezes convocada a comparecer a CEF (doc. VIII) só o fazia após decorrer vários meses, dando causa ao retardamento da transação e infringindo as normas do S.F.H., as quais a Suplicada está adestrada e obrigada a dar cumprimento.

f) - Por se tratar de transação sob condições previamente estipuladas pela Suplicada e aceitas pela AUTORA, não pode esta exigir o cumprimento da obrigação, quando não cumpriu, dentro do prazo, a sua parte."

Pede e espera a Ré a improcedência da ação suportando a Autora os ônus da sucumbência.

Réplica às fls. 32/42.

A Autarquia-ré pronunciou-se sobre os documentos juntados com a Réplica (fls. 45/46).

A UNIÃO FEDERAL nada aditou à Contestação (fls. 47).

As partes instadas (fls. 48) protestaram pela produção de provas (fls. 49/51).

Saneador irrecorrido à fls. 52.

Audiência de Instrução e Julgamento conforme assentada de fls. 56, sendo inquiridas três testemunhas arroladas pela Autora. (fls. 57/59).

II - OS FUNDAMENTOS

Manifesta a Autora sua pretensão cominatória (art. 287 do CPC), de ver a Autarquia-ré compelida a prestar fato a que está obrigada, isto é, outorgar-lhe a escritura de compra e venda do imóvel especializado às fls. 27, "no prazo de 15 dias, pena de ser constituído em mora, por manifestamente inadimplente, respondendo, por conseguinte, por perdas e danos, sem jactura da outorga definitiva da venda".

Redargui a Demandada sustentando que "por se tratar de transação sob condições previamente estipuladas pela Suplicada e aceitas pela AUTORA, não pode esta exigir o cumprimento da obrigação, quando não cumpriu, dentro do prazo, a sua parte."

Funda a Autora seu pedido nos arts. 287 e 639 do CPC.

Este último dispositivo tem por escopo a execução específica da obrigação de fazer, 'ínsita em compromisso de compra e venda.

Só se aplica o art. 639 se o contrato preliminar contém todos os elementos necessários para que se converta em definitivo, o que incoorre na espécie.

De feito, não se ajustou entre as partes um contrato preliminar de uma venda futura, a efetivar-se assim que fosse pago o preço integral.

Admite-se, porém, que, na ação visando a compelir o promitente vendedor a outorgar escritura definitiva, proposta com base no art. 639 do CPC, se formule pedido sucessivo de indenização por perdas e danos para o caso de não acolhimento do primeiro pedido, não só porque essa possibilidade é prevista no art. 289 da-quele Código, como também porque mencionada ação é de conhecimento, havendo pois compatibilidade procedimental para o conhecimento de tais pedidos sucessivos.

A obstinada recusa da CEF em outorgar a escritura de compra e venda a Autora sob a alegação de que não implementou a sua obrigação, ou seja concordou com o reajuste de preço através da reavaliação do imóvel, não tem nenhum fomento jurídico, porquanto o preço foi complementado no tempo e modo exigidos. A mora é da vendedora que em razão dos entraves burocráticos - desaparecimentos do procedimento administrativo de compra - retardaram a concretização do negócio jurídico proposto.

Sem embargo de não haver um pré-contrato escrito, não se pode admitir o enriquecimento sem causa da Demandada, que, afinal, recebeu o preço avençado. Mesmo as perdas e

danos, que porventura se compusesse, para a Autora, não resultaria no complemento ressarcimento do prejuízo sofrido, até porque a devolução em dobro da quantia paga não lhe possibilitaria adquirir hoje um imóvel em idênticas condições ao de que tem a posse.

Os recibos que instruem a inicial podem ser tidos formal e instrumentalmente, como o primeiro pressuposto lógico a repercutir no mérito da ação, mormente se se considerar integrem a proposta de compra de imóvel de fls. 23.

Iniciada a execução do contrato, com o pagamento de parcela restante e integralização do preço, não poderá o compromitente negar-se a assinar o instrumento público de venda e pagar simplesmente perdas e danos, sob o argumento tardio de que os prazos de validade dos laudos de avaliação se encontravam expirados.

O Supremo Tribunal Federal em sessão plenária, vem decidindo reiteradamente ser inadmissível o arrependimento do promitente - vendedor quando o preço já se acha integralmente pago (RTJ. 47.822; 48/453; 45/849; 44/656; 52/109; RT. 467/253). É a hipótese dos autos, em que somente após o seu recebimento é que a promitente vendedora, criou um óbice ao cumprimento do que foi pactuado através da proposta de compra (fls. 23 e 24).

Estando pago o preço, repita-se, achava-se contrato executado, comportando execução específica a promessa de venda e compra do imóvel - sendo irrelevante a forma que tomou, mas bastante para demonstrá-lo os recibos firmados pela CEF e a proposta de compra acostada aos autos à fls. 23, onde estão presentes todos os elementos constitutivos do pré-contrato - tendo deixado a outorgante passar a oportunidade para manifestar o seu arrependimento.

O direito de arrependimento, como faculdade *hoc volo, sie jubeo*, de arbítrio da parte, somente é oportuno

antes da execução do contrato, não se admitindo quando integralmente pago pela autora.

É profundamente imoral acolher-se a pretensão da Ré depois de haver esta recebido o preço do imóvel. NEMO TURPITUDINEM ALEGANS POTEST.

III - O DISPOSITIVO

Isto posto, JULGO PROCEDENTE esta AÇÃO ORDINÁRIA proposta por LÚCIA HELENA NEVES PESSOA em face da CAIXA ECONÔMICA FEDERAL e condeno-a a outorgar à Autora escritura de compra e venda do imóvel constituído da casa na Rua Carlos Lacerda, nº 89, Jardim Belvedere, Havaí, Município de Araruama, neste Estado da Federação, de propriedade da Autarquia-ré. Condeno-a, ainda, ao pagamento das custas e honorários advocatícios, estes arbitrados em 20% (vinte por cento) sobre o valor da causa.

P.R.I.

Rio de Janeiro, 23 de junho de 1989.

WANDERLEY DE ANDRADE MONTEIRO
Juiz Federal

LIQUIDAÇÃO DE SOCIEDADE

DR. JOSÉ RICARDO DE SIQUEIRA REGUEIRA
JUIZ FEDERAL TITULA
18ª VARA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA RJ
PROC.Nº 7677090

SENTENÇA

Vistos, etc.

LUIZ CHOR, JACOB CHOR, NEY CARVALHO CORRETORES DE VALORES S.A. e CARLOS PIERUCCI DO ESPÍRITO SANTO ingressam com **AÇÃO ORDINÁRIA** em face da **UNIÃO FEDERAL** e do **BANCO CENTRAL DO BRASIL**, objetivando apuração de responsabilidade civil.

Dizem, em resumo, que, tendo adquirido letras de câmbio emitidas pela **Coroa S.A. Crédito, Financiamento e Investimento**, a qual, posteriormente, foi liquidada, são credores das quantias individualizadas de Cz\$ 79.271,00, Cz\$ 13.995,00, Cz\$ 212.087,94 e Cz\$ 14.965,00, respectivamente, as quais foram regularmente habilitadas junto à massa liquidanda, sucedendo à referida habilitação o escândalo financeiro da insolvência da devedora, que tinha a participação de autoridades públicas do 2º Réu, motivo de sua responsabilidade civil, nos termos do art. 107 da Constituição Federal de 1967.

Em um pequeno histórico, narram que a operação ruínosa para os investidores teria começado com a compra da **Corretora Laureano** pelo **Grupo Coroa-Brastel**, por instâncias do próprio poder público, ramo do Executivo, o qual teria, em troca, ofertado a não fiscalização de aludida empresa, omissão essa que teria gerado o derrame de letras de câmbio sem lastro de mercadorias, ou popularmente chamadas de frias, daí decorrendo a responsabilidade das Rés pois que a omissão decorreu de seus

prepostos, desrespeitando-se, frontalmente, as Leis nºs 4595, de 31.12.64 e 4278, de 14.07.65.

Após enumerarem as obrigações do Banco Central do Brasil e dizê-lo delegado da União Federal, que agiria por intermédio do Conselho Monetário Nacional, incumbindo a ambos não só facilitar o acesso do público a informações sobre títulos e valores mobiliários no mercado e sobre as sociedades que os emitirem, como também, proteger os investidores contra emissões ilegais ou fraudulentas de títulos e valores mobiliários (art. 2º, Lei nº 4728, de 14.07.65), pedem sejam condenados, solidariamente, no pagamento das diferenças entre os valores que deveriam receber à época do resgate de suas letras de câmbio e o valor que eventualmente receberão como resultado da liquidação extrajudicial, tudo com correção monetária, além de perdas e danos e lucros cessantes, custas processuais e honorários advocatícios de 20% sobre o valor final da condenação.

A inicial vem instruída com os documentos de fls. 11/14, sendo as custas pagas de acordo com a guia de fls. 15, sendo procedida a regularização da representação conforme fls. 17 e 167.

Contestação da União Federal (fls. 22/28), requerendo, de logo, a denúncia de Carlos Geraldo Langoni, Deli Borges, Herman Wagner Wey e Osvaldo de Oliveira, todos ex-diretores do Banco Central do Brasil à época dos fatos, certo que o primeiro, citado, apresentou a defesa de fls. 91/158; o segundo e o quarto não foram citados, havendo desistência quanto a este, homologada a fls. 40, ocorrendo quanto ao outro (fls. 38 e 81 verso) a consequência do art. 72, §2º, CPC; e, o último, simplesmente não apresentou defesa, apesar de regularmente citado (fls. 48 verso), sendo decretada a sua revelia (fls. 279).

Em seguida, preliminarmente, diz ser parte ilegítima passiva, vez que o Banco Central do Brasil tem personalidade jurídica própria, autarquia que é, sendo o responsável pela normalização do mercado financeiro, requerendo sua exclusão do feitos.

No mérito, diz improceder o pedido, pois que sendo a Ré acusada de omissão, não poder caber à Administração responder por ato omissivo de seu servidor, transcrevendo jurisprudência em tal sentido, aduzindo mais que o mercado financeiro é instituição de risco, tendo os Autores assumido os decorrentes da rentabilidade dos títulos e pretendendo imputar responsabilidade à contestante pelo que assumiram conscientemente.

Com as denúncias, o processo foi suspenso e determinada a citação dos denunciados, que ocorreram, como já narrado, nos termos do Mandado e cartas precatórias de fls. 33/35, 43/49 e 61/89, certo que o requerimento de suspensão do processo de fls. 37 para que se oficiasse à Receita Federal foi por mim indeferido pelo despacho de fls. 38, em que foi fixado o prazo de 10 dias para a citação dos denunciados, sob pena de continuação da ação somente quanto aos já citados e, naturalmente, o denunciante.

Contestação de Carlos Geraldo Langoni (fls. 91/101), juntando os documentos de fls. 102/158, aduzindo, preliminarmente, (a) a inadmissibilidade da denúncia requerida pela Ré, seja porque a União admite ser parte ilegítima, seja porque, em se tratando de responsabilidade objetiva, torna-se imprópria a mesma, exigindo a Constituição Federal ação regressiva, citando em seu favor vasta doutrina e jurisprudência; e (b) a inépcia da petição inicial, por não mencionar a mesma quando adquiriram os Autores as letras de câmbio mencionadas na inicial, nem também quais as autoridades públicas envolvidas no escândalo, nem, por fim, por não mencionar e época dos fatos noticiados na inicial.

No mérito, diz que exerceu o cargo de Presidente do Banco Central do Brasil e, como tal, não era de sua competência a fiscalização do mercado financeiro, tendo a instituição outros órgãos, sendo a sua função puramente normativa e macroeconômica, de modo a não ser o responsável pelos atos praticados, requerendo a improcedência do pedido contra ele.

Em virtude da declarada suspeição da MM. Juíza da 14ª Vara Federal, por motivo íntimo, o feito me foi redistribuído (fls. 159 e 160), sendo dada vista aos Autores sobre as defesas, que disseram a fls. 165/166 rebatendo os argumentos delas constantes.

Contestação do Banco Central do Brasil (fls. 187/208), também acompanhada de documentos (fls. 209/239), afirmando, preliminarmente, que não têm os autores interesse em vista de que o processo de liquidação não está concluído, não se sabendo, qual, sequer, o prejuízo, aduzindo, no mérito, que (a) não houve omissão por parte dos dirigentes do Banco Central do Brasil; (b) que não se trata de aplicação ao caso da teoria do risco administrativo; (c) que inexistente nexos causal, e (d) que, finalmente, o julgado da inicial refere-se a processo em que foram excluídos do feito ambos os Réus, ora litisconsortes, requerendo, assim, a improcedência do pedido.

O denunciado Carlos Geraldo Langoni juntou os documentos de fls. 242/269, sendo complementadas as custas (fls. 270 verso) e requerendo os autores o chamamento do feito à ordem (fls. 272/276) para as providências ali apontadas, sendo proferido o despacho de fls. 279, com diversas manifestações dos Autores sobre as defesas apresentadas e documentos (fls. 282/285; 287/288; 290/291), entendendo o Juízo como renunciada a denúncia da lide.

Saneador irrecorrido (fls. 288), deferindo-se a produção de provas orais e documentais, juntando os Autores os documentos de fls. 298/319 e realizando-se a audiência conforme termos de fls. 320, com apresentação de memoriais a fls. 322/325 e 327, vindo-me os autos conclusos para sentença.

Há, em apenso, exceção de incompetência deste Juízo apresentada pelo Banco Central do Brasil, a qual foi decidida nos termos da decisão de fls. 17/18 daqueles autos, havendo Agravo de Instrumento em apreciação junto ao Tribunal Regional Federal.

A impugnação ao Valor da Causa formulada pela União Federal foi objeto da decisão de fls. 07, fixando-se o valor da causa em 3.010.5165 ORTN's, complementando os Impugnados as custas processuais.

É o relatório.

DECIDO:

Rejeito a preliminar de ilegitimidade de parte da União Federal. Com efeito, não se discute que tenha, como autarquia que é, o Banco Central do Brasil personalidade jurídica própria, desempenhando serviço estatal específico de que é titular, definindo expressamente em sua lei criadora e tendo, portanto, em tese, responsabilidade com relação à fiscalização e controle do mercado financeiro.

No entanto, O Conselho Monetário Nacional é órgão autônomo da Administração e, como tal, por não ter personalidade jurídica, confunde-se com a própria União, em nome de quem age e de quem se obriga, decorrendo a sua responsabilidade do que preceituado nos arts. 1º e 2º da Lei nº 4728, de 14 de julho de 1965, que diz, expressamente:

“art. 1º - os mercados financeiros e de capitais serão disciplinados pelo Conselho Monetário Nacional e fiscalizados pelo Banco Central da República do Brasil.

Art. 2º - O Conselho Monetário Nacional e o Banco Central exercerão as suas atribuições legais relativas aos mercados financeiro e de capitais com a finalidade de:

I - facilitar o acesso do público a informações sobre os títulos ou valores mobiliários

distribuídos no mercado e sobre as sociedades que os emitirem;

II - proteger os investidores contra emissões ilegais ou fraudulentas de títulos ou valores mobiliários

Cumprindo, portanto, ao Conselho Monetário Nacional e ao Banco Central do Brasil a disciplina dos mercados financeiro e de capitais e, em tal mister, a garantia do acesso ao público de informações sobre os títulos respectivos e consequente proteção de investidores, resulta óbvia a responsabilidade, em tese, da União Federal, que, através de tal órgão, dita a política a ser adotada pela mencionada autarquia que, por sua vez, se obriga a cumprir suas determinações, consoante expresso no art. 9º da Lei nº 4595, de 31 de dezembro de 1964, verbis:

“Art. 9º Compete ao Banco Central do Brasil cumprir e fazer cumprir as disposições que lhe são atribuídas pela legislação em vigor e as normas expedidas pelo Conselho Monetário Nacional”

Assim, não há como se entender seja a União Federal parte ilegítima no feito, uma vez que cumprir-lhe-ia, dentro das determinações legais, através de seu órgão gestor da política monetária, agir, exercer o seu poder-dever ou, como acertadamente refere Celso Antonio Bandeira de Mello, o seu **dever-poder**, no que foi omissa, tendo essa falta consequências determinantes sobre o procedimento adotado em relação aos investidores.

Rejeito, igualmente, a preliminar do Banco Central do Brasil, quanto à falta de interesse dos Autores na propositura da presente ação, o que somente seria possível, no seu

entender, quando terminado o procedimento de liquidação extrajudicial da Coroa S.A. Crédito, Financiamento e Investimentos.

Admitir-se procedente tal argumento seria exigir-se a subordinação do ingresso em Juízo ao prévio exaurimento da via administrativa, o que não se afina com a disposição do art. 153, § 4º da Constituição Federal de 1967, sob cuja regência ocorreram os fatos ora em discussão, que era taxativo no sentido de não exclusão do Judiciário de qualquer lesão de direito individual, condicionando à lei o possível ingresso dependente das vias administrativas, desde que não fosse exigida garantia de instância e nem ultrapassado o prazo de 180 dias.

Inexistindo lei, impossível a assertiva, sendo certo, também, que a contestação do mérito do pedido, conforme pacífica jurisprudência do extinto Tribunal Federal de Recursos, anula qualquer possibilidade de acatamento da preliminar de falta de interesse.

Quanto aos denunciados da lide, Carlos Geraldo Langoni e Herman Wagner Wey, somente o primeiro apresentou defesa, deixando o outro decorrer o prazo sem qualquer resposta.

Entendo que a tese preliminar da defesa do primeiro - impossibilidade da denúncia da lide - não tem qualquer fundamento, posto que, ainda que a Constituição (art. 107, § único, da Constituição Federal de 1967) determinasse nesse tipo de responsabilidade que seria promovida ação regressiva em face do causador do dano (o servidor público que agiu em nome do órgão) nada impede a compatibilidade do art. 70, III, do Código de Processo Civil com o mencionado dispositivo constitucional, desde que não houvesse da parte do Autor qualquer manifestação em contrário.

É que na chamada responsabilidade objetiva, não está o Autor obrigado à prova do elemento subjetivo, mas tão somente da ação e a relação de causalidade com o resultado danoso, invertendo-se o ônus da prova de culpa para o Réu, que

no caso de ser a mesma exclusiva ou concorrente da vítima, poderá eximir-se total ou parcialmente de sua responsabilidade.

O inconveniente flagrante de tal denúncia é, fora de dúvida, o retardamento do processo em busca do órgão obrigado provar a responsabilidade de um terceiro cuja relação jurídica é estranha ao Autor, somente interessando a si próprio, mas não se chega ao ponto de entender-se que tal forma processual seja um direito para o denunciado, senão para o próprio Autor da Ação, que, no caso vertente, nada disse em contrário.

Demais, com relação à aceitação ou não da denúncia, compete ao denunciado manifestar-se apenas quanto ao seu descabimento e não com relação ao mérito do próprio pedido se procedente ou não - de modo que em defendendo a improcedência, como no caso, entende-se que fixou uma posição de defesa de mérito em relação à matéria discutida, o que não lhe caberia se fosse contestada apenas a sua condição de parte nessa relação jurídica, quer processual, quer material.

Por sua vez, defende-se o denunciado, em tese, da própria denúncia, descabendo-lhe defesa indireta contra o processo originário, isto é, a ação proposta de que o denunciante é parte, assumindo, no caso, com a preliminar de inépcia, a verdadeira posição de Réu, em litisconsórcio com os Réus.

Sobre a preliminar em si, chega a mesma a ser impertinente no sentido literal da palavra, não só no jurídico pois que é de um surrealismo, para se dizer o melhor (cinismo, seria a expressão adequada) completo, ao pretender desconhecer (a) qual a época em que foram compradas as ações; (b) as autoridades do Banco Central do Brasil na tal época; e (c) qual a época em que tais fatos se verificaram.

Rejeitadas as preliminares e examinada a denúncia da lide, no mérito, a controvérsia diz respeito a investigar-se a responsabilidade não mais em tese, mas efetiva, da União Federal e do Banco Central do Brasil, e de Carlos Geraldo Lango- ni e Herman Wagner Wey, em relação aos Réus, pela perda que

tiveram os Autores na aquisição de títulos emitidos pela Coroa S.A. Crédito, Financiamento e Investimentos, fixando-se, se existente, a consequente responsabilidade de cada um.

Os fatos de causa, que, afinal são notórios, dispensando quaisquer provas (art. 334, I, CPC), dão conta de que no final do ano de 1980, a Corretora Laureano encontrava-se com problemas de liquidez em suas contas, sendo o fato comunicado pelo Banco Central do Brasil ao Ministro da Fazenda, aduzindo, na ocasião a existência de apenas duas alternativas, que eram a **liquidação extrajudicial** ou a **absorção por outro grupo sem ajuda financeira do Governo**.

Prevalecendo a chamada **solução de mercado**, o controle da empresa foi assumido pelo Grupo Coroa-Brastel, o qual, então, era credor da instituição financeira de valores aproximados de Cr\$ 300.000.000,00 (trezentos milhões de cruzeiros), passando a mesma, com o beneplácito oficial, a operar no mercado, vindo, mais tarde, a ter um passivo descoberto de cerca de Cr\$ 418.000.000.000,00 (quatrocentos e dezoito bilhões de cruzeiros), equivalentes a US\$ 625.000.000,00 (seiscentos e vinte e cinco milhões de dólares norte americanos), o que ocorrera em decorrência da falta de fiscalização por parte do Banco Central do Brasil e pela emissão de letras de câmbio sem lastro a operações financeiras, certo que referia autarquia havia emprestado a título de assistência financeira de emergência o valor de Cr\$30.000.000.000,00 (trinta bilhões de cruzeiros) , sem as necessárias e imprescindíveis garantias.

Após a constatação de tais fatos, não tendo outra saída, o Banco Central do Brasil, decretou a liquidação extrajudicial da Coroa S.A. Crédito, Financiamento e Investimentos, dando origem, por seus desdobramentos, ao conhecimento público de uma das maiores fraudes praticadas contra os investidores e um dos grandes (o superlativo ainda não cabe, seja porque já existem outros anteriores, seja porque da forma como se administra neste país, outros poderão a qualquer hora surgir) rombos dos cofres públicos numa escala desmedida de favorecimentos pessoais, sem qualquer apuração de responsabilidade.

A defesa da União Federal é no sentido de que a assertiva dos Autores quanto à falta de fiscalização pelo Banco Central do Brasil não resta comprovada, devendo vir aos autos a prova de que efetivamente tal ocorreu (ou inocorreu), de modo a daí refutar a sua responsabilidade que decorreria de ato omissivo, não podendo existir responsabilidade objetiva em tal caso, citando precedente de jurisprudência local (fls. 22/28).

O Banco Central do Brasil, por sua vez, alinha toda uma série de argumentos em seu favor, entre os quais que (a) o poder de polícia para a fiscalização é discricionário, e, como tal, deve ser exercido quando de sua conveniência e oportunidade; (b) somente veio a ser detectada a situação da Coroa-Brastel quando da tentativa de assumir aquela o controle das empresas do Grupo Delfim, então sob liquidação extrajudicial, em 18 de abril de 1983 (fls. 220); sem prejuízo da concessão de empréstimos no montante de CR\$ 30.000.000.000,00 (trinta bilhões de cruzeiros), em 31 de maio e 21 de junho de 1983, sem quaisquer garantias (fls. 194); (c), que tais empréstimos teriam sido concedidos baseados em balanços ideologicamente falsos, que acusavam um lucro da Coroa, que, na verdade, era prejuízo; (d), que os investidores eram cúmplices das irregularidades praticadas no mercado, além de que o investimento oferecido pela empresa dava maior rentabilidade e, conseqüentemente maior risco; e (e), finalmente, que não era de sua responsabilidade a proteção dos investidores, sendo o art. 2º, incisos II e III, da Lei nº 4728, norma programática, descabendo, além do mais, a responsabilidade objetiva, a não ser que se partisse para a teoria do risco integral, o que não é aceito na doutrina.

Não tenha dúvida alguma, apenas da leitura do conteúdo de documentos que constam dos autos, que os Réus sonegaram documentos hábeis ao perfeito exame da questão por este Juízo, o que é altamente reprovável, em se partindo de instituições públicas que têm a obrigação de falar a verdade, principalmente em se tratando do dever que todos têm de colaborar com o Poder Judiciário, conforme expresso no art. 339 do Código de Processo Civil.

Com exceção da União Federal, cuja conduta do Dr. Procurador da República, não deixa margem a qualquer reparo, os demais Réus eximiram-se de esclarecer os fatos, apenas tentando apontar provas dos autos que ocasionalmente lhes favorecessem, como é o caso de Carlos Geraldo Langoni, ao juntar um exdrúxulo Parecer da Procuradoria da Fazenda Nacional que reputo tendencioso e verdadeira peça digna de uma defesa de quem deveria proteger o interesse público; o outro Diretor do Banco Central do Brasil que sequer compareceu para defender-se, Herman Wagner Wey; e, finalmente, o próprio Banco Central do Brasil, que não trouxe todo o histórico do caso a Juízo, limitando-se a fazer uma defesa baseada em suposições e na regularidade de seu procedimento.

A matéria de fundo, no entanto, é absolutamente singela, procedendo o pedido, como formulado.

Com efeito, independentemente, ente de ter resultado a aquisição da Corretora Laureano de uma investida nos cofres públicos por uma quadrilha armada - e bem armada! - do Poder e de poder, fato é que, de acordo com expressas disposições legais, cumpriria aos Réus - União Federal e Banco Central do Brasil - a fiscalização do mercado financeiro e a proteção dos investidores, providências de que se omitiram, deixando que, além do que seria normal num investimento de risco, os Autores perdessem, juntamente com outros milhares de investidores, tudo o que haviam investido.

A responsabilidade civil, no caso, em decorrendo de ato de autoridade administrativa que tem o dever de praticá-lo é objetiva, tanto que o não exercício de um dever por parte de quem investido de poder para tanto corresponde a um fazer em sentido contrário, equiparando-se aí o ato omissivo a um outro qualquer praticado em desacordo com a norma de competência.. Investigar-se o porquê e, eventualmente, buscar-se o resultado da consequência lesiva, constitui-se em objeto de outro tipo de relação jurídica, esta do Estado, entendido aí órgão público, com o seu servidor, nada tendo a ver com a originária entre aquele e o particular.

No caso dos autos, não favorece aos Réus o fato de não restar explicitada a forma como os Autores adquiriram os títulos da Coroa, pois, que quem teria oportunidade de comprovar tal forma de aquisição absolutamente não apresentou qualquer elemento (o Banco Centrao do Brasil), certo, por outro lado, que em nenhuma parte deixou de ser admitida a titularidade dos mesmos sobre os títulos, sendo incontroversa, portanto, a propriedade de títulos e invertendo-se o ônus quanto às características de cada um em virtude da alegação de fato impeditivo ou modificativo (art. 333, II, CPC).

Havendo, portanto, em conjunto com a obrigação legal de praticar um determinado ato, a prova de que o mesmo restou não praticado por quem incumbia a responsabilidade, em conjunto com o prejuízo patente dos que necessitariam de tais atos para minorarem ou deixarem de ter os alegados prejuízos, é evidente que existe responsabilidade civil objetiva.

Se investigada a questão, por sua vez, pelo âmbito de outro tipo de responsabilidade - a subjetiva - não é difícil de aferir-se a culpa pelo ato do preposto, agora praticado de forma deliberada para causar prejuízo a terceiros, ou ainda apenas assumindo o risco de produzi-lo.

Como informa o indecente Parecer da Procuradoria da Fazenda Nacional, que procura justificar os atos do Sr. Carlos Geraldo Langoni à frente do Banco Central do Brasil, optou esse, então, por uma solução de mercado da falida Corretora Laureano, entregando a sua administração "de mãos beijadas" a Assis Paim, titular da Coroa Brastel, credora de cerca de Cr\$ 300.000.000,00 (trezentos milhões de cruzeiros), permitindo assim "o ressarcimento integral dos recursos aportados antes de 1980, pelo Banco Central, à instituição através do BANES'PA (fls. 115/117), certo que aquele procedimento era o melhor para o mercado, porque tornava-se, então

... evidente que a insolvência da devedora repercutiria de modo excepcionalmente

oneroso na liquidez da credora, pondo em risco, face às repercussões do mercado, a sua liquidez, o que determinaria nova ação do Banco Central.(fls.117).

Certo é, portando, a partir daí que a tal "solução de mercado" proporcionaria lucro ao erário, já que não haveria qualquer assistência financeira de liquidez e que o ativo seria adquirido pelas dívidas da insolvente, não contando aparentemente com a aprovação de dois empréstimos de liquidez baseados numa tal Resolução 374 do Conselho Monetário Nacional, peça digna de Ali Babá, que levariam do erário público consequentemente do bolso do contribuinte, nada menos que Cr\$ 30.000.000.000,00(trinta bilhões de cruzeiros), em duas etapas, sem quaisquer garantias, e que seriam despejadas mais tarde sob a forma de crédito privilegiado dentro da masa liquidanda, não se dando qualquer satisfação a que quer que seja, sem descurar que os antigos administradores da Corretora Laureano vieram a ter a aplicação de uma pena de inabilitação (somente?) após 2 anos de encaminhado o processo dando conta de sua involvência à Presidência do Banco Central, onde lá permaneceu de 04 de fevereiro de 1981 a 23 de fevereiro de 1984.

Não conhenci em toda minha vida - nem creio que alguém conheça relação igual, senão a de pai para filho - banqueiro que empreste dinheiro sem garantia. Pela própria dinâmica de atividade exercida e pela necessidade de preservar o seu patrimônio pouco importa a ele se o tomador tem uma necessidade premente, inadiável, e se o credor daquele vai, no outro dia, apresentar o cheque à compensação e depois à Polícia ou ingressar na Justiça, sendo fato que somente se empresta dinheiro, no Brasil principalmente, a quem já tem e a quem tem bens livres e desembaraçados para oferecer em garantia.

No caso da Resolução 374 do Conselho Monetário Nacional, não. Como num curso completo para ser Ali Babá e fazer dos fraudadores da previdência meros aprendizes, "as soluções de mercado" tinham tanta velocidade que não era possível

falar-se em garantia senão após o mutuário já ter gasto a quantia mutuada, que sempre pertencia aos cofres públicos. E essa prática foi adotada pelo Sr. Langoni quando na Presidência do Banco Central do Brasil, com o beneplácito de Ministros e dos Procuradores da Fazenda Nacional Lindenberg da Mota Silveira e Cid Heráclito de Queiróz, constando do Parecer do primeiro aprovado pelo segundo, o seguinte:

“... quanto à atuação do Banco, ao prestar assistência financeira à Coroa, procedeu, nesse caso, do mesmo modo que em outros casos assemelhados.

Todavia, um aspecto que, normalmente, chama a atenção do observador menos afeito a esses assuntos diz respeito ao fato de a assistência financeira ser efetivada antes de constituição, mediante instrumentos formais, das garantias oferecidas, como é da prática das demais relações de crédito.

Acontece que a assistência de liquidez tem, ao contrário daquelas, a marca da **excepcionalidade** - excepcionalidade da situação que exige uma atuação extremamente rápida - e *desideratum* que a motivou.

Com efeito, a assistência à liquidez objetiva cobrir eventuais deficiências de liquidez e há de ser extremamente ágil. A sua efetivação deve se dar no curto prazo de tempo, que flui entre o pedido da instituição financeira e o instante em que deverá honrar suas posições devedoras dentro do mercado. A decisão do Banco Central, portanto, há de ser rápida, a exemplo do que ocorre em todos os Bancos Centrais do mundo. Do con-

trário, como acentua o BACEN (item 8.3), "" a ruptura da cadeia de resgate e aplicação pode levar à insolvência a mais sólida das empresas "". Enfim, a assistência à liquidez funciona como verdadeira U.T.I. hospitalar, onde a exigência no preenchimento de muitos formulários pode levar o paciente a uma terminação final.

É o que se verifica com esse mecanismo. A instituição financeira, que a ele recorre, apresenta, de imediato, as garantias que tem a dar. Verificada a necessidade de assistência financeira e a suficiência dessas garantias, dá-se o atendimento ao pleito, ficando a formalização daquelas garantias como uma etapa seguinte.

Não poderia, nem poderá ser de outra maneira. No caso, exigir-se prévia formalização de garantias - que pode demandar um período de até 30 dias - para a concessão do empréstimo de assistência à liquidez, significa torná-la inoperante e condenar a instituição que dele necessita, à insolvência "(fls.118/119).

Fato é que o tal empréstimo de liquidez, celebrado sem quaisquer garantias formais foi dado poucos dias antes da quebra da Coroa, jogando-se o patrimônio público à massa falida, não tendo o Banco Central, que dependia da atuação de seus diretores, fiscalizado como lhe competia a atuação do mutuário no mercado.

E esse raciocínio, que induziria a culpa, se subjetiva fosse a responsabilidade, seria o mesmo com relação à possível exoneração de responsabilidade de seus Diretores, que afirmam que não tinham obrigação legal de fiscalizar (no caso,

Carlos Geraldo Langoni, por ser Presidente), mas que teriam, certamente no de emprestar dinheiro público sem quaisquer garantias plausíveis, certo, portanto, que o argumento é absolutamente vazio de conteúdo.

Conclui-se, portanto, que, quer observada de uma forma - objetiva - ou de outra - subjetiva - em ambas destaca-se a responsabilidade civil de ambos os Réus, tanto a União Federal, por não ter velado para a proteção dos investidores, quando do Banco Central do Brasil,, por não ter efetivado essa proteção através de atos concretos de fiscalização, antes aportando capitais públicos a quem não devia e não merecia qualquer confiança para tal.

Cumprido, após fixada a responsabilidade civil, dos Réus, com base na posição de denunciados da lide, com a responsabilidade de ressarcir ao que perdeu a demanda, examinar a responsabilidade dos Srs. Carlos Geraldo Langoni e Herman Wagner Wey, ex-diretores do Banco Central, únicos sobreviventes à denúncia.

Com efeito, à época dos fatos, ocupava o primeiro a Presidência do Banco Central do Brasil e o segundo, a Diretoria de Mercado de Capitais, não sendo o primeiro, em tese, responsável diretamente pela omissão de fiscalização por não lhe caber diretamente tais atribuições, como afirma em sua defesa, estando ao segundo, por sua vez, subordinado do Departamento de Fiscalização do Mercado de Capitais, incumbido exatamente de fiscalizar as aplicações e emissões de títulos das instituições financeiras, cabendo-lhe, portanto, responsabilidade pela sua não efetivação.

Diante de todos os fatos narrados, no entanto, percebe-se que ao procurar solução diversa da natural para o caso da Corretora Laureano e "emprestar" quantia vultosa à Coroa para a solução de suas dívidas emergentes, sem quaisquer garantias e sem os cuidados que se fariam necessários a um bom emprego de capital, sob a desculpa do cumprimento de uma imoral Resolução do Conselho Monetário Nacional, no mínimo o denun-

ciado assumiu o risco de responder pessoalmente pelo fato, o que ocorre rotineiramente, se serve de consolo, com todo administrador que extrapola os poderes recebidos do administrado, tal como o procurador que exorbita o mandato.

Por tais fatos, portando, diante do Réus, deverão responder os Srs. Carlos Geraldo Langoni e Herman Wagner Wey com os seus patrimônios pessoais, sem prejuízo, evidentemente, de responsabilidade penal que coubr a cada um, conforme será apurado no Juízo próprio.

ISTO POSTO, JULGO PROCEDENTE O PEDIDO e condeno a União Federal e o Banco Central do Brasil a, solidariamente, pagarem aos Autores as diferenças das quantias que vierem a receber em decorrência do resgate de suas letras de câmbio após a liquidação da Coroa S.A. e as que teriam direito de acordo com as taxas contratadas, incidindo correção monetária e juros sobre as quantias já corrigidas desde as datas das obrigações e até o efetivo pagamento, respondendo, ainda, por perdas e danos e lucros cessantes, custas processuais e honorários advocatícios, que fixo no percentual de 20% (vinte por cento) sobre o valor total da condenação, procedendo-se a liquidação na forma do art. 606 do Código de Processo Civil.

JULGO, POR SUA VEZ, PROCEDENTE O PEDIDO DE DENUNCIÇÃO DA LIDE, e condeno Carlos Geraldo Langoni e Herman Wagner Wey ao ressarcimento à União Federal e ao Banco Central do Brasil, de todos os valores a que ficaram obrigados a pagar aos Autores decorrentes desta sentença.

Determino, outrossim, o encaminhamento de peças ao Sr. Superintendente de Polícia Federal para a apuração da possível existência de crime nos procedimentos adotados pelos então Diretores do Banco Central do Brasil, bem como dos Procuradores da Fazenda Nacional que redigiram e aprovaram o Parecer que exonera o ex-Presidente Carlos Geraldo Langoni de responsabilidade pelos fatos ora objeto de apuração, cientificando-se o órgão do Ministério Público Federal.

Sentença sujeita a reexame obrigatório (art. 475, II, Código de Processo Civil).

P.R.I.

Rio de Janeiro, 24 de maio de 1992.

JOSÉ RICARDO DE SIQUEIRA REGUEIRA
Juiz Federal da 18ª Vara - RJ

TEMPO DE SERVIÇO

DR. GUILHERME COUTO DE CASTRO
JUIZ FEDERAL TITULAR
19ª VARA FEDERAL
SEÇÃO JUDIÁRIA R.J.
PROC. Nº 93.27356-6

SENTENÇA

Vistos, etc...

GILBERTO PINTO, qualificado na inicial, promove o presente mandamus em face de ato da esfera do Chefe de Inscrição de Benéficos do INSS-RJ, objetivando seja reconhecido o seu direito de computar, para fins de aposentadoria por tempo de serviço, o tempo de atividade religiosa, prestado no Seminário Arquidiocesano de São José, Mitra Arquiepiscopal do Rio de Janeiro.

Como causa de pedir, alega que o referido tempo, cujo cômputo se pretende, já estava inclusive regularmente averbado no I.N.S.S., mas que, in verbis:

no entanto, a Sra. Euzelinda S. de Souza, Chefe de Inscrição de Benefícios/INSS (17-700.15), no Processo nº 42/44.208.543-5, entretanto iversamente e, sem que fosse revogada a decisão que já averbara o referido tempo de serviço, legitimante contado, entendeu de excluir o período aquisitivo de SETEMBRO/57 a DEZEMBRO/65, devidamente comprovado, exercido como atividade religiosa no Seminário Arquidiocesano de São José, da Mitra Arquiepiscopal do Rio de Janeiro, reduzindo, indevidamente, o referido tempo de contribuição.

A decisão da Sra. Euzelinda S. de Souza, Chefe de Inscrição de Benefícios/INSS-RJ **contraria o disposto na lei, o ato administrativo perfeito**, e viola direito individual líquido e certo, qual seja, o de ver computado como tempo de contribuição, para fins de aposentadoria, o tempo de atividade religiosa em instituto de vida consagrada, como assegura a Lei nº 3.807, de 26/08/1960, art. 5º, parágrafos 1º e 2º, com a redação da Lei nº 6.696, de 08/10/1979, verbis:

Parágrafo 1º - "São equiparados aos trabalhadores autônomos:

I - ...

II - Os ministros de confissão religiosa e os membros de instituto de vida consagrada ou de ordem religiosa, estes quando por elas mantidos..."

Daí a postulação, que vem acompanhada de mandato (fls.06) e documentos (fls. 07/21), estando as custas pagas (fls. 22).

Informações em fls. 27/31, com preliminares de impossibilidade jurídica do pedido e inidoneidade da via eleita, e, no mérito, no sentido da legalidade do ato atacado.

O Ministério Público Federal oficiou pela denegação da ordem (fls. 42/44)

É o relatório.

DECIDO.

II

As preliminares ofertadas não merecem acolhida, certo que a impossibilidade jurídica do pedido só ocorre quando o ordenamento, não comporta, sequer em tese, a postulação formulada.

No caso, o pleito é de simples cômputo do tempo de serviço, e a questão a ser dirimida não demanda dilação precatória.

No mérito, porém, nada ampara a posição do autor data vênua

O Impetrante pretende amparo na Lei nº 6.696/79, e postula computar o período de 1957 a 1965, dedicado ao serviço religioso, conforme indicação da inicial.

Ocorre que o impetrante (com 13 anos em 1957), era apenas seminarista, e não se enquadra como beneficiário daqueles atingidos pela modificação operada em virtude da Lei nº 6.696/79, que não abrange as situações do noviciado.

O contrário é admitir interpretação elástica e incompatível com a realidade do país e o que se quer e espera da previdência social.

Correta, pois, a tese jurídica das informações, assim resumida:

“Contagem de tempo de atividade religiosa para fins de aposentadoria referente aos períodos de Postulantado e Noviciado. Os efeitos da Lei nº 6.696 de 08.10.79, no que se refere às Ordens e Congregações Religiosas se aplicam somente aos membros e ex-membros das mesmas, não se enquadrando no dispositivo legal supracitado os períodos

de Postulantado e Noviciado onde os candidatos à noviço de uma Ordem ou Congregação Religiosa são estudados e observados por seus superiores e formadores, carecendo, nesse período de aprendizado, a emissão dos votos temporários ou perpétuos, não se coadunando o requerido com os princípios da previdência social, que visam, apenas a proteção do exercício de atividade remunerada.”

A administração, por sua vez, pode anular averbação anterior, nos termos do anunciado da Súmula 473 do Eg. S.T.F., e foi o que fez.

Observa-se, por último, que certas categorias aqui e ali conseguem a aprovação de leis que destoam, como já dito, do regime previdenciário geral, muita vez admitindo até o cômputo de tempo de estudo.

Evidentemente, isto são distorções, e não se pode ter como paradigma a distorção. Neste país, não será surpresa se um dia nos defrontarmos com lei que, para tal ou qual efeito, permita o cômputo dos meses passados na barriga da mãe antes do nascimento.

III

Do exposto, **DENEGO A SEGURANÇA**

Custas *ex lege*, sem verba honorária

P.R.T. e officie-se.

Rio de Janeiro, 23 de março de 1994.

GUILHERME COUTO DE CASTRO
Juiz Federal

REINTEGRAÇÃO DE POSSE

DRA. TANYRA VARGAS DE A. MAGALHÃES
JUÍZA FEDERAL TITULAR
20ª VARA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA RJ
PROC. Nº 000928491-5

SENTENÇA

Vistos, etc...

A UNIÃO FEDERAL propõe a presente ação de reintegração de posse contra OMERÓ LUIZ GIACOMAZZI E SUA MULHER ROSALINA PIZZOTO GIACOMAZZI, objetivando, tão-somente o mandado liminar de reintegração de posse e a citação dos réus para contestarem a presente ação.

Sustenta o que Próprio Nacional constituído de terrenos acrescidos de marinha, foi entregue à jurisdição do Tribunal Regional Eleitoral e invadido em uma parte pelo réus, que nele construíram uma cerca, impedindo a ultimação do projeto de construção de uma oficina mecânica.

Diz, ainda, que houve esbulho por parte dos réus, sendo impossível qualquer pretensão dos mesmos à posse de boa-fé.

Junta documentos (fls. 04/11).

Foi expedido mandado liminar de reintegração de posse, consoante o despacho prolatado às fls. 12, pelo Juízo da 7ª Vara Federal.

Os réus, às fls. 13/14, dizem que a posse do objeto desta lide, anexando aos autos prova documental, inclusive certidão e escrituras (fls. 15/48) e procuração (fls. 49).

Juntada a planta da "Casa dos Vinhos", às fls. 50/51.

Às fls. 52 e 52vº, o respeitável Juízo da 7ª Vara Federal ordena que seja feita perícia antes de se dar cumprimento ao mandado liminar de reintegração de posse, junto aos autos às fls. 54/60.

Nomeação de Assistente Técnico e apresentação de quisitos pelos réus às fls. 61/62.

Termo de compromisso assinado (fls. 64).

O Juízo de 7ª Vara Federal, deu-se por suspeito, em despacho de fls. 65, vindo os autos ter a este Juízo.

O laudo do perito do Juízo, foi juntado aos autos às fls. 70/80.

Laudo do assistente técnico (fls. 87/95) e documentos (fls. 96/102).

A União Federal pede a procedência da ação em sua cota de fls. 103/vº.

Este Juízo ordenou a expedição de novo mandado liminar de reintegração de posse (fls. 105), reconsiderado pelo despacho de fls. 134.

Os réus peticionaram às fls. 106/118, dizendo em síntese, que é inepto o pedido inicial em virtude da não determinação do objeto do alegado esbulho; que não possui, a autora, a posse, alegando que a posse dos mesmos, é quase centenária; que possuem títulos de domínio pleno, devidamente registrados no Registro Geral de Imóveis, fazendo prova, então, da plena propriedade; pedem o indeferimento da medida liminar.

Juntados documentos pelos réus (fls. 127/133).

Peticionaram os réus às fls. 143/150, juntando os documentos de fls. 151/153.

A autora manifestou-se, por fim, às fls. 165/168.

Foi realizada, por este Juízo, inspeção judicial, consoante Auto de Inspeção de fls. 172/173, tendo este Juízo formado seu livre entendimento.

É o relatório.

2 - DECIDE-SE

2.1 - Preliminarmente, este Juízo tem a declarar que na peça vestibular a Autora não pediu a procedência do pedido e apenas limitou-se a pedir a expedição de mandado liminar de reintegração da posse, sem comprová-la, tornando praticamente inépta a inicial.

2.2 - Mérito

No mérito, não há dúvida alguma que o bom direito encontra-se com os réus, diante da robusta prova documental que acostaram aos autos, enriquecida com a inspeção judicial, feita por este Juízo, a requerimento dos réus, para esclarecer o fato que interessa à solução da lide.

O laudo do ilustre perito do Juízo (fls. 73 em diante), declara que as casas n° 2, 24, 26 e 28 têm titulações datadas de 1938, sendo que as frentes lá indicadas, para o Beco das Escadinhas, nelas já mencionadas, foram respeitadas no levantamento de 1985, antes do início do presente litígio, e, conforme citado pelo ilustre perito, conferem "com precisão compatível à escala de 1:1000", da planta aerofotogramétrica de 1953. Consta ainda indicado trecho com mais de 35 m de meio-fio ao longo do lado esquerdo (Beco das Escandinhas) do prédio n° 228 da Rua Sacadura Cabral.

A posse dos réus, é posse velha, de mais de ano e dia.

A posse, no Direito Brasileiro, é um título de legitimidade para as coisas móveis com muito mais intensidade do que para as coisas imóveis, sendo nesse particular, a importância ocupada pelo Registro Público.

O Direito Brasileiro devota importância considerável ao Registro, que não admite que contra ele ocorra prescrição, há não ser que a ação adequada não seja proposta em prazo determinado.

A ordem jurídica protege o proprietário que não fica desatento aos seus bens, que zela pelas suas coisas, sobretudo quando são imóveis, pois que a função social e econômica dos imóveis exige a sua ininterrupta utilização e fruição, o seu ininterrupto e permanente aproveitamento econômico.

No caso *sub-judice*, os réus jamais se omitiram de defender a sua área. Não houve inércia por parte dos mesmos.

Os direitos reais atuam *erga omnes*, criando deveres jurídicos para a comunidade inteira e há necessidade de conhecimento da existência dele, por todos.

Interesse à ordem jurídica, para os fins mais diversos, anotar as transferências da propriedade imóvel, tornando o direito de propriedade passível de amplo conhecimento por parte de terceiros.

O Registro é indispensável, como modo de aquisitivo mais importante da propriedade imobiliária, não apenas para servir ao instituto da propriedade, mas também a todos os direitos que virtualmente a propriedade se desdobre, os direitos reais limitados, o Usufruto, a Enfiteuse, o uso à renda real e a Hipoteca.

O Registro de imóveis nasceu no Direito Brasileiro, por força da Lei nº 317, de 21.10.1943; ela criou o Registro Geral de Hipotecas.

A Lei nº 601, de 1850, criou o chamado Registro das Paróquias ou Registro do Vigário. A Lei em apreço ordenou que as terras particulares fossem registradas na Paróquia, perante o Vigário.

A Lei que se utilizou do Registro das Paróquias para saber quais as terras que não estavam sujeitas à nenhuma posse, quais as terras que haviam sido objeto de apropriação regular, e quais as outras abandonadas, e por conseguinte eram trazidas ao Patrimônio da União Federal, como terras devolutas.

O Registro de Paróquias serviu precisamente a este fim.

O Registro Geral de imóveis foi criado pela Lei 1.237 de 24.09.64.

Hoje em dia, o Registro de Imóveis, no Direito Civil Pátrio, é a Lei 6.015 de 31.12.65.

O Direito Francês entende que a propriedade imóvel nasce *ex contractu*.

No Direito Alemão, a propriedade imobiliária emerge do Registro Imobiliário. O Direito Alemão gera presunção *juris et jure* (presunção absoluta).

No Direito Português, igualmente como no alemão, gera presunção *juris et de jure*.

O art. 859, do nosso Código Civil, gera uma presunção: o direito real pertence à pessoa em cujo nome é feita a transcrição ou a inscrição, a propriedade ou o direito real limitado, respectivamente.

O art. 860 permite, todavia, que mediante ação própria seja atacado o Registro incorreto, gerando, assim, no Direito Brasileiro, a presunção *júris tantum* (presunção relativa).

Houve 02 (duas) grandes doações de terras à Câmara da Cidade, a ilustríssima Câmara de São Sebastião do Rio de Janeiro. Uma doação feita em 1565 e outra em 1567, respectivamente por Mem de Sá. Essas doações formam germe do patrimônio imobiliário da municipalidade. Com base nelas, e sobretudo numa medição que durou vários séculos, se arroga proprietário eminente de certas regiões da cidade, outrora Prefeitura do Rio de Janeiro, Estado da Guanabara, que atualmente, com a fusão, é o Estado do Rio de Janeiro.

Primeiro os Capitães-Mor, depois, Governadores, e a final, esta Câmara, tinham poderes para fazer concessões nessas terras doadas à particulares por aforamento. As terras eram divididas e surgiram dessas divisões, as Sesmarias, as importantíssimas SESMARIAS!

O regime de exploração dessas terras, aí incluídos os terrenos de Marinha, era o aforamento de forma geral; este era o regime de exploração dessas terras.

Esse Instituto tem uma grande utilidade para a prática Civil e Pública. O titular da Enfiteuse, chama-se Enfiteuta. O proprietário da faculdade tríplice inerente ao direito é o PROPRIETÁRIO.

Na Enfiteuse, opõe-se 02 (duas) pessoas: o Enfiteuta e o Proprietário. E segundo terminologia medieval, o Titular do Domínio Útil, e o Titular do Domínio Direto.

A Enfiteuse é um direito perpétuo.

Existem no Estado do Rio de Janeiro muitos imóveis foreiros particulares.

O Enfiteuta tem a senhoria integral; a utilização, fruição e disposição.

O Enfiteuta paga ao titular do domínio direto o equivalente a 20 foros anuais. Os imóveis da União e do Estado estão comumente sujeitos ao aforamento e não podem ser resgatados.

Não há o resgate dos bens públicos, inclusive os terrenos da Marinha.

O Enfiteuta pode dar o imóvel em Enfiteuse, não abandonando a relação jurídica que permanece como tal.

Ele paga os Foros e Laudêmios ao titular do domínio direto, e o Sub-Enfiteuta lhe paga os Foros e Laudêmios.

No laudo do Assistente-Técnico dos réus, temos a vista do BECO DAS ESCADINHAS, na Rua Sacadura Cabral, vendo-se à esquerda a Casa dos Vinhos e à direita os Prédios do T.R.E.; vista lateral da Casa dos Vinhos (BECO DAS ESCADINHAS), vendo-se antigos portais que para ele davam, agora fechados por conveniência funcional; uma das portas existentes, ainda está sendo utilizada. A existência desses prédios antigos, executados em granito trabalhado é, prova eloquente da antiguidade deste beco, podendo até datar do fim do século passado; vista dos fundos do BECO DAS ESCADINHAS, onde se vê à esquerda parte das áreas antigas casas nº 2, 24, 26, 28, atualmente servindo de estacionamento, com uma cerca precária ao longo do beco, vendo-se à direita o segundo prédio T.R.E., e os terceiro e quarto postes; vista do final do beco das escadinhas, onde parte do mesmo foi ocupada pelo do T.R.E., com um telheiro e um muro de alvenaria, junto e paralelo à cerca existente, na altura do final do segundo prédio, fechando e ocupando a parte final deste beco (fls. 90/91).

Os réus provaram possuir Títulos de Domínio pleno, devidamente registrados no Registro Geral de Imóveis fazendo prova plena dessa propriedade (júris et de jure).

Consoante Certidões do Registro Geral de Imóveis (fls. 15/29) e Escritura (fls. 44/47) que prova a corrente ininterrupta e legítima que confere aos réus o direito que lhe quer negar a autora.

Os réus para comprovar mais uma vez seus direitos, juntaram as certidões de fls. 120/124 e 125.

O Ofício no 57/86, do Registro de Imóveis, erroneamente confundiu o com o BECO DAS ESCADINHAS DO LIVRAMENTO com o BECO DAS ESCADINHAS.

Tendo em vista que o laudo do perito do Juízo não conseguiu esclarecer a localização dos imóveis, por não ter encontrado junto ao Departamento Geral de Obras e Urbanização, cópia do projeto de alinhamento correspondente ao logradouro denominado BECO DAS ESCADINHAS DO LIVRAMENTO, cujo nº de código junto ao Cadastro é 06343-8, esse juízo resolveu deferir a prova pedida pelos réus de inspeção judicial.

O próprio 2º Ofício de Registro de Imóveis confessou sua perplexidade quanto aos dados de seus próprios Registros e chega a neles admitir a existência de "equívoco que vem de longa data", como abaixo transcrito:

"Os imóveis 2, 24, 30, retromencionados, não poderiam ter testada para o logradouro "Beco das Escadinhas do Livramento", e, sim, para uma servidão de passagem, tendo sido ditos imóveis erroneamente localizados e numerados pelo mencionado beco."

Também, com ressaltado pelos réus, o perito do Juízo permitiu-se formular hipótese semelhante e, na resposta ao quesito 4.1, caracteriza como corredor, a via situada entre a área efetivamente ocupada pelo T.R.E. e aquela pretendida pela presente ação de reintegração de posse.

As matrículas do Registro Geral de Imóveis (fls. 15/29), indicam os imóveis dos réus como situados no **Beco das Escadinhas do Livramento**, nos terrenos onde existiram prédios nos 2, 24, 26 e 28. Também assim, os lançamentos do Imposto Predial, pela Prefeitura da Cidade do Rio de Janeiro se fazem por esse logradouro sob o código nº 06343-6.

Não obstante, o imóvel nº 2, confronta com o prédio da rua do Livramento nº 27, da Fundação Darcy Vargas, o qual por sua vez, como consta do Contrato de Cessão de Aforamento lavrado com o próprio Serviço do Patrimônio da União faz linde com Beco das Escadinhas.

De outra parte, o imóvel nº 28 confronta com de no 30 daquele mesmo Beco das Escadinhas do Livramento o qual divide com o prédio da rua Sacadura Cabral nº228.

Note-se que este prédio da rua Sacadura Cabral confronta, pelo lado esquerdo, com o Beco das Escadinhas, e pelos fundos com o prédio nº 30 do mesmo beco.

E, segundo o Registro de Imóveis, o imóvel do **Beco das Escadinhas do Livramento nº 2** confronta pelos fundos com um prédio do lado par da Rua Sacadura Cabral, o que ocorre também com os terrenos do **Beco das Escadinhas do Livramento**.

Também o Serviço do Patrimônio da União, em termo de Medição e Avaliação do Terreno da Rua Sacadura Cabral nº 228, constante do processo nº 148699/68, atesta que dito imóvel faz esquina com o **Beco das Escadinhas**.

A cadeia possessória e dominial dos réus, é perfeita.

O logradouro foi esquecido pelos Registros oficiais: o Beco das Escadinhas.

Em 1878, foi oficialmente editada a "Nova Numeração de Prédios da Cidade do Rio de Janeiro", onde constavam os seguintes logradouros:

Beco das Escadinhas - Começa este Beco no mar e termina na rua da Saúde em frente ao Beco das Escadinhas do Livramento.

Becos das Escadinhas do Livramento - Começa este Beco na Rua da Saúde e termina na Ladeira do Livramento (Morro do Livramento).

Mais uma vez, prova dos direitos dos réus: I.P.T.U. pago (fls. 96/101).

Os réus juntaram os documentos de fls. 154/163, provando, mais uma vez, a sua boa-fé.

A Prefeitura da Cidade do Rio de Janeiro, às fls. 176/180/vº, forneceu aos suplicantes a **certidão do Serviço de Documentação Permanente do Arquivo Geral da Cidade do Rio de Janeiro**, que atesta que desde 1843 os terrenos em questão encontram-se inscritos em nome de teceiros e particulares que pagaram imposto predial.

Por outro lado, a planta anexada pelos mesmos suplicantes (fls. 181) fornecida pela LIGHT, e levantada pela antiga Societé Anonyme du Gaz, o que foi constatado, pessoalmente, por este Juízo na inspeção que realizou no dia 22.04.88, conforme Auto de fls. 172, é mais uma prova a favor dos réus.

Esse Juízo, por tudo que consta nos autos chegou, sem dúvida alguma, no princípio que rege o processo, do livre convencimento do Juiz na apreciação das provas, à conclusão da veracidade do afirmado pelos réus e da falta de razão da autora.

ISTO POSTO

Pela fundamentação supra, julgo **IMPROCEDENTE** a ação de reintegração de posse, **condenando** a União Federal ao pagamento de honorários advocatícios que fixo em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa (art. 20, do C.P.C.).

Custas, ex lege.

Submeto ao duplo grau de jurisdição (art. 475, inciso II, do C.P.C.).

P.R.I.

Rio de Janeiro, 29 de abril de 1988.

TANYRA VARGAS DE ALMEIDA MAGALHÃES.
JUÍZA FEDERAL DA 20ª VARA - RJ

CORREÇÃO MONETÁRIA

DR. THEOPHILO ANTONIO MIGUEL FILHO
JUIZ FEDERAL SUBSTITUTO
20ª VARA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA RJ.
PROC. Nº 93.0060993-9

SENTENÇA

Vistos, etc...

Trata-se de demanda proposta onde objetiva-se a reincorporação de correção monetária expurgada em razão da efetivação dos sucessivos planos econômicos governamentais.

Sustenta(m) a violação de direito adquirido, eis que aludido(s) percentual(is) já teria(m) sido incorporado(s) ao patrimônio do(s) requerente(s) ante a ocorrência de fatos idôneos à produção do(s) mesmo(s).

A contestação rechaça tal tese, alegando incoerência de direito adquirido, mas tão somente a existência de mera expectativa de direito.

É o relatório.

Passo ao julgamento antecipado da lide, na forma permissiva do artigo 330, inciso I, do Código de Processo Civil, ante a desnecessidade de produção de prova em audiência.

DA FUNDAMENTAÇÃO

Consubstancia-se a tese autoral na alegação de violação ao preceituado pelo artigo 5º inciso XXXVI, da Constituição da República, vale dizer, as normas editadas pelo Poder Pú-

blico teriam alcançado direitos produzidos por fatos idôneos e definitivamente incorporados aos patrimônios dos requerentes.

Tal direito é alusivo aos expurgos sofridos em razão da criação de planos econômicos, onde o Governo edita normas que alteram a forma de mensurar a correção monetária aplicável aos vencimentos, proventos, salários, contas bancárias de poupança e vinculada ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, provocando, desta forma, lesão a direito patrimonial.

Ocorre que, em verdade, o deslinde da presente controvérsia encontra-se estreitamente relacionado ao problema da irretroatividade das leis.

Perquirir-se acerca da existência de direito adquirido não implica, apenas, em afirmar que o mesmo se constitui em consequência da ocorrência de fatos idôneos incorporados definitivamente ao patrimônio do titular, mas sim verificar questões concernentes à irretroatividade da lei nova, sua aptidão para alcançar situações consumadas sob o império da lei velha.

O deslinde da controvérsia situa-se no âmbito da política legislativa.

É o legislador que, ao criar a norma de caráter abstrato, impessoal e genérico, sopesará dois princípios fundamentais da ordem jurídica: de um lado, a segurança das relações sociais, sugerindo a irretroatividade da norma jurídica, e, no outro extremo, a prevalência do interesse público sobre o particular, a ensejar a retroatividade.

Na mesma linha de raciocínio tem-se a distinção entre norma jurídica cogente e dispositiva, respectivamente, de direito público ou de direito privado. Naquelas o interesse coletivo predomina sobre o interesse dos particulares, enquanto nestas resguarda-se o interesse dos indivíduos, garantindo a cada um uma esfera de intangibilidade em relação a situações preté-rias.

Destarte, observa-se que, em sendo de direito público, a lei retroage, caso contrário, opera-se a irretroatividade.

Em suma, a existência do direito adquirido engata-se à noção de retroatividade da lei, e esta, por sua vez, à hermenêutica jurídica, devendo-se perquirir acerca da *mens legis*.

Nas autorizadas de SAN TIAGO DANTAS, se o órgão legiferante sente que o bem comum está exigindo intervenção radical - seja na economia, com o escopo de conter a escala inflacionária -, quaisquer que sejam os sacrifícios impostos à segurança dos particulares, para este lado descambará. Por outro lado, se a tutela do bem público não é tão imediata, havendo interesse geral em acautelar a atmosfera de segurança em que os homens devem viver na sociedade juridicamente organizada, então proteger-se-á as situações individuais surgidas, fazendo-se com que a lei não retroaja.

Concluindo: o direito adquirido não é um *prius logicus* em relação à norma jurídica, mas sim um *posterius*, consistindo no direito que decorre de uma lei anterior, sempre que a nova não retroaja.

Da retroatividade ou irretroatividade da norma decorre, respectivamente, a inexistência ou existência do direito adquirido.

Errôneo supor-se a ocorrência de direito adquirido antes de constatar-se se a lei nova tutela ou não o interesse público, vale dizer, retroage ou não.

Cumpre-nos, desta forma, afirmar, categoricamente, inexistem direitos públicos adquiridos.

No caso em tela, a alteração dos critérios que fixam o *quantum* de correção monetária deu-se por norma de ordem eminentemente pública, cogente, indisponível por vanta-

de das partes, razão pela qual não poder prevalecer a tese autoral de violação de direito adquirido.

DO DECISUM

Isto posto, julgo IMPROCEDENTE o pedido e condeno os autores ao pagamento de honorários advocatícios no valor de 10% sobre o valor da causa, corrigido monetariamente, desde a data do ajuizamento da ação.

Custas ex lege.

P.R.I.

Rio de Janeiro, 05 de setembro de 1994.

THEOPHILO ANTONIO MIGUEL FILHO
Juiz Federal Substituto - 20ª Vara Federal

IMPF - PREVIDÊNCIA PRIVADA

DR. POUL ERIK DYRLUND
JUIZ FEDERAL TITULAR
23ª VARA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA RJ
PROC. Nº 9410463-4

SENTENÇA

Visto etc.

INSTITUTO BRAHMA DE SEGURIDADE SOCIAL, qualificado na inicial, impetra **MANDADO DE SEGURANÇA** contra ato do **DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO RIO DE JANEIRO**, objetivando a segurança para o fim de não ser compelido ao recolhimento do **IPMF** sobre o valor dos lançamentos do exercício de 1994, que tenha feito ou que venha a efetuar, a débito de suas movimentação financeiras.

Como causa de pedir alega, em suma, que o Ato Declaratório nº 12, do Sr. Coordenador Geral do Sistema de Tributação, determinando que entidades de previdência privada, como é o seu caso, não estavam entre aquelas passíveis de serem beneficiadas pela Portaria nº 38/94, do Ministério da Fazenda, é totalmente arbitrário e despido de qualquer lógica, uma vez que a condição de imunidade não vem do teor da Portaria, mas de um mandamento constitucional.

Inicial de fls. 02/13, instruída com os documentos de fls. 14/63 e 65/108.

Recolhidas as custas judiciais (fls. 64).

Deferida a liminar, tão-somente, para determinar que as instituições financeiras, elencadas às fls. 62/63, procedessem ao repasse dos valores descontados a título de **IPMF**, das

contas do impetrante, desde 3 de janeiro a 18 de março, para conta à disposição deste Juízo, continuando a efetuar o desconto, com o repasse imediato, nas épocas próprias, até decisão final (fls. 109), o que foi cumprido pelas referidas instituições, conforme guias de depósitos juntas aos autos.

A autoridade impetrada presta informações às fls. 136/145, sustentando a legalidade do ato, ao argumento, em suma, de que a exação fiscal em pauta decorre de legítima competência tributária atribuída à União pela Emenda Constitucional nº 03/93 e obedeceu aos princípios constitucionais tributários e demais normas relativas à matéria, não sendo vulnerado, destarte, o devido processo legal para sua cobrança.

O Ministério Público Federal opina pela denegação da segurança (fls. 186/194).

A impetrante vem aos autos, em fls. 196, juntando as peças de fls. 197/269.

É o relatório.

DECIDO

Preliminarmente, afasta-se a invocação de coisa julgada, vez que os limites objetivos, e subjetivos, da mesma restringem-se à lide, na qual foi prolatada a decisão, não interferindo em outros litígios.

A *vexata quaestio* cinge-se à determinação, se a impetrante - entidade de previdência privada - ostenta, ou não, a natureza de - instituição de assistência social - para o fim de usufruir da imunidade tributária, prevista no artigo 150, VI, c, da Lei Básica da República, especialmente no que concerne ao não pagamento do IPMF.

Estabelece o artigo 150, VI, c, da Constituição Federal, in verbis:

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

.....

VI - instituir impostos sobre:

.....

c) patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei;

.....”

Há que, portanto, extrair-se do Texto Básico, a exegese teleológica da norma constitucional, para, após, aferir-se a compatibilidade da normatização infraconstitucional reguladora da matéria referida.

A questão basilar, pois, é definir-se o conceito do vocábulo - Instituição.

O doutrinador Leopoldo Braga *in* “Instituições de Educação e de Assistência Social”, Rep. Enc. do Dir. Bras., Carvalho Santos, vol. 27, p. 256, fornece a acepção jurídica própria do vocábulo, afirmado, em suma, que “esta é reservada à qualificação de uma certa e determinada categoria de pessoas

que, por sua ingênita vocação a fim público, acham-se situadas além e acima das entidades não lucrativas e daquelas nascidas das influências do interesse particular, destinadas à satisfação de necessidades ou gozo de benefício de seus membros ou associados.

Assim sendo, os elementos substanciais, integrantes do conceito de - instituição - para o efeito de usufruir da imunidade tributária são o fim público institucional preponderante; a gratuidade e ausência de intuito lucrativo; e, a generalidade na prestação de serviços ou na distribuição de utilidade e benefícios.

Colocadas estas premissas, infere-se que o ente, para ser enquadrado como - instituição -, deve ter sua criação inspirada em sentimentos altruísticos, norteadas pela idéia de servir ao bem comum. Os serviços prestados não devem ficar condicionados, obrigatoriamente, a subsídios dos utentes, devendo haver uma margem de não cobrança, aos impossibilitados de remunerarem aqueles, de molde a ficar sublinhado o aspecto de prestação dos mesmos, em prol do interesse comum.

Por derradeiro, os serviços devem ser prestados com caráter de universalidade, ou seja, sem discriminações, preferências ou condições a todos que deles necessitem e estejam, na hipótese, a merecê-los.

Este último aspecto é que, fundamentalmente, aparta a - instituição - (ente dotado de sentido e alcance social amplo e impessoal), da - associação -, na qual o gozo dos direitos, e serviços, é restrito apenas às dos membros ou associados, e suas famílias, ou seja, a um grupo determinado de indivíduos que pagam contribuições, com exclusão dos demais.

Neste diapasão, o escólio de Bernardo Ribeiro de Moraes, *in Doutrina e Prática do ISS*, RT, SP, 1975, p. 480, *ad litteram*:

"Acima de tudo, a imunidade tributária em questão se refere às instituições (instituições de educação e de assistência social). Reconhecemos que a palavra "instituição" constitui nome genérico a revestir as diversas modalidades de organização das atividades humanas (fundações, associações, irmandades, etc.) para o fim de unificar pelo objetivo ou finalidade, que nunca possuem intuítos econômicos. A instituição é uma entidade sem finalidade lucrativa ou especulativa. Todavia, o Texto Constitucional em exame emprega a palavra na sua acepção específica em especial sentido técnico-jurídico, imunizando as entidades de fim público, desinteressadas e altruísticas, inspiradas e criadas para colaborar com o Estado. É o espírito de cooperação com o Poder Público, fixado na sua criação, o elemento que caracteriza a instituição. É a realização desinteressada de uma obra social de caráter altruístico, com sentido de colaboração à coletividade que se procurou beneficiar.

Sublinhado este último requisito intrínseco de **instituição - a generalidade - é que delimita a fronteira entre aquela, que é constituída com o escopo de beneficiar a coletividade indiscriminadamente, ou, na dicção do Código Tributário do Estado do Rio de Janeiro, artigo 3º, III, § 4º, letra a, in DOERJ, Parte I, de 8/4/94, página 8:**

"Art. 3º. Os impostos estaduais não incidem sobre:

I - omissis.

II - omissis.

III - o patrimônio, a renda ou os serviços dos partidos políticos e de instituições de educações ou de assistência social, observados os requisitos fixados em lei:

IV - omissis;

§ 1º - omissis;

§ 2º - omissis;

§ 3º - omissis;

§ 4º - O reconhecimento da imunidade de que trata o inciso III, deste artigo, é subordinado à efetiva observância dos seguintes requisitos estatutários pelas entidades nele referidas:

a) fim público, sem qualquer discriminação quanto aos beneficiados;

b) omissis;

c) omissis;

d) omissis;

e) omissis;

f) omissis."

(sem grifos no original)

Da Associação ou Sociedade, que tem por escopo beneficiar, tão-somente, os seus associados, e não terceiras pessoas.

O requisito da **generalidade** vem, outrossim, de molde a se vislumbrar uma instituição, **enão** uma associação, realçada por Aliomar Baleeiro, *in* "Direito Tributário Brasileiro", 10ª edição, comentando o artigo 9º, IV, c, do Código Tributário Nacional, p. 91:

"A estrutura jurídica da instituição também não é decisiva porque, **sob máscara de associação civil ou mesmo de fundação**, pode funcionar uma unidade de interesse exclusivo dum **grupo restrito** ou **duma família**." (grifou-se).

Adotando o entendimento doutrinário, em epígrafe, o Tribunal de Alçada Cível do Rio de Janeiro, 3ª Câmara, Rel. Juiz Luiz Fux, un., julg. 18/2/93, AC 6224/93, *in* DOERJ, 21/9/93, p. 200, decidiu:

"Direito Fiscal - Imunidades e Isenções - Entidade de Previdência Privada. Imunidade Tributária. Art. 150, VI, "c", da Constituição Federal.

As entidades de previdência privada não se enquadram naquelas beneficiadas pela Constituição Federal porque prestam os seus objetivos à determinada categoria de pessoas e não a toda coletividade. Não se revela justo sob o plano do Direito que a contribuição prestada por toda a sociedade favoreça a entidade que atende a um grupo específico de pessoas. a "*mens legis*" da imunidade é isentar a pessoa jurídica que atende aos interesses da sociedade na sua concepção genérica e indeterminada."

(sem grifos no original)

Enquadrada a *quaestio* configuração da figura constitucional - da instituição - cabe verificar, inicialmente, se a impetrante se subsume àquele conceito, independente do preenchimento dos requisitos indicados no artigo 14, do Código Tributário Nacional, integradores da eficácia do artigo 150, VI, c, da Carta Magna.

Os Estatutos da impetrante indicam, que os serviços prestados restringem-se aos seus associados, não aproveitando a terceiros, mediante contribuição financeira dos primeiros.

O Supremo Tribunal Federal, RE nº 0108120/SP, in DJ 08/04/88, decidiu:

"Imunidade tributária (ISS). Instituição de Assistência Social. Art. 19, III da CF c/c Arts. 9º, IV, n, e 14, III do Código Tributário Nacional.

Não bastam, para esse efeito, que a entidade preencha os requisitos do art. 14 e seus incisos do CTN. É preciso, além disso, e em

primeiro lugar, que se trate de instituição de assistência social. Hipótese não caracterizada, pois a recorrente, conforme os estatutos, só presta serviços de assistência onerosa a seus associados, mediante contraprestação mensal, como entidade de previdência privada ou de auxílio mútuo, sem realizar atendimento de caráter estritamente social, como o de assistência gratuita a pessoas carentes."

(grifou-se)

Havendo o Pretório Excelso, no RE 89.012/SP, Rel. Min. Moreira Alves, assentado:

"O fato de uma entidade que presta serviços de assistência receber recursos de empresas para a sua remuneração, não lhe retira a finalidade social; mas é condição indispensável para o seu funcionamento. O que importa é que a contribuição não advenha dos beneficiários dos serviços de assistência, porquanto nesta hipótese, não há a gratuidade indispensável à caracterização do fim social: a contraprestação de quem necessita de assistência."

(grifou-se)

Desta forma, além de circunscrever sua atuação a determinada clientela de beneficiários (empregados de certas empresas), o que afasta o requisito da generalidade; também, os associados contribuem para o custeio dos próprios benefícios, o que torna defeso o reconhecimento da impetrante como instituição, permanecendo na categoria de associação.

Como desdobramento deste último aspecto, é de verificar-se que o Texto Básico de 1988 delineou a distinção entre previdência, e assistência, ramos diversos da Seguridade Social.

A previdência é destinada aos segurados ou contribuintes (art. 201, CF), ao passo que a assistência, custeada por recursos orçamentários, dirige-se, independentemente da contribuição, a quem dela necessitar (art. 203, CF).

A impetrante, sob este enfoque, portanto, não preenche, outrossim, a qualidade de instituição de assistência social, na medida em que é mantida com a contribuição de beneficiários.

Preteritamente à edição do verbete nº 05, da Súmula do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, esta Corte de Justiça esposava o mesmo entendimento, conforme se colhe *in verbis*:

Previdência Privada. Inexistência de imunidade.

As entidades de previdência privada, sendo de natureza fechada e só prestando assistência aos seus associados, mediante contribuição financeira, não são beneficentes, nem podem ser consideradas entidades de assistência social para fins de gozo de imunidade tributária prevista no art. 19, III, c, da Constituição Federal anterior e no artigo 150, VI, c, da atual.

Ao revogar a isenção a elas concedida anteriormente pela Lei 6.435/77, quanto ao imposto de renda retido na fonte, o Decreto-lei 2.065/83 não incorreu no vício da inconstitucionalidade."

(TRF/2R, REO 90.02.22604-7/RJ, Rel. Des. Fed. Clélio Erthal, 1ª T, m.v., julg. 5/12/90).

No mesmo diapasão: TRF/2R, 1ª T, Rel. Des. Fed. Clélio Erthal, un., AC 90.02.05887-0/RJ, *in* DJ 18/9/90; e , TRF/2R, AMS 89.02.02524-1/RJ, 2ª T, m.v., julg. 6/9/89, *in* DJ 7/11/89, Rel. Des. Fed. Julieta Lídia Lunz.

Além de perfilhar as teses da doutrina, e jurisprudência, extrai-se de forma categórica, e absoluta, do acórdão, epigrafado, que o § 3º, do artigo 39, da Lei 6.435/77 restou revogado pelo artigo 6º, do Decreto-lei 2.065/83, sendo inoportuna a invocação daquele primeiro diploma legislativo a sustentar a tese da impetrante.

Por outro lado, a Constituição Federal prevê expresso regramento dirigido às entidades de previdência privada, sendo despidendo o uso de recursos integrativos para a subsunção da impetrante no artigo 150, VI, c, da CF.

Com efeito, o artigo 201, § 8º, do Texto Básico, encartado na Seção III - da Previdência Social - no Capítulo da Seguridade Social - a repisar que não se trata de assistência social - estatui:

"É vedado subvenção ou auxílio do Poder Público às entidades de previdência privada com fins lucrativos."

Desta forma, estas pessoas jurídicas são conhecidas do Texto Constitucional, e possuem regime tributário próprio - calcado nas subvenções - quando não tiverem fins lucrativos, o que torna impertinente ao deslinde da causa, o deslocamento da discussão para o artigo 150, VI, c, da CF, vez que a norma especial prefere à geral, que de resto, conforme visto, seria inaplicável à impetrante.

Ad argumentandum tantum, mesmo que se vislumbrasse a incidência do artigo 150, VI, c, da Carta Magna, este

ficaria afastado, *in casu*, face o parágrafo 4º, do artigo 150, do mesmo Diploma, *ipsis verbis*”:

“As vedações expressas no inciso VI, alíneas b e c, compreendem somente o patrimônio, a renda e os serviços, relacionados com as finalidades essenciais das entidades nelas mencionadas.”

O tributo IPMF - Imposto Provisório sobre a movimentação ou a transmissão de valores e créditos e direitos de natureza financeira - instituído pela LC 77/93, incide sobre os rendimentos auferidos, ou movimentos, em aplicações financeiras, estes desvinculados da finalidade essencial da impetrante, cujos objetivos não são alcançados pela exação.

Por derradeiro, o Supremo Tribunal Federal, recentemente, confirmando acórdão prolatado pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região, no RE 136.332-1/RJ, Relator Ministro Octávio Gallotti, Primeira Turma, m.v., julg. 24/11/92, *in DJ* 6/8/93, decidiu:

“Entidade de previdência privada.

Sendo mantida por expressiva contribuição dos empregados, ao lado de satisfeita pelos patrocinadores, não lhe assiste o direito ao reconhecimento da imunidade tributária prevista no art. 19, III, c, da Constituição de 1967, visto não se caracterizar, então, como instituição de assistência social.”

Improsperável, pois, a tutela jurisdicional invocada, impondo-se o seu inacolhimento.

Ante o exposto, **DENEGO** a segurança, ressaltando a eficácia da liminar, até o trânsito em julgado, quando cessarão seus efeitos, sendo os depósitos convertidos em renda União.

Custas ex lege.

Sem honorários advocatícios.

P.R.I.

Oficie-se.

Rio de Janeiro, 10 de junho de 1994.

POUL ERIK DYRLUND
Juiz Federal Titular da 23ª Vara

EFEITOS DA COISA JULGADA

DR. LUIZ PAULO DA SILVA A. FILHO
JUIZ FEDERAL SUBSTITUTO
24ª VARA FEDERAL
PROC. Nº 93.0027332-9

SENTENÇA

Vistos, etc.

I

1. **PAULO AFONSO RHEINGANTZ**, qualificado na petição inicial, propõe o presente mandado de segurança em face da **SUB-REITORA DE PESSOAL E SERVIÇOS GERAIS DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO**, pleiteando a concessão da ordem para restabelecimento do pagamento do percentual de 84,32% sobre os seus vencimentos.

Alega o Impetrante, como fundamento de seu pedido, que em 29.01.93, foi transferido da Universidade Federal de Pelotas para a Universidade Federal do Rio de Janeiro, por força da Portaria conjunta nº 11, 12.12.92, mas, embora tenha recebido, em folha suplementar, o acréscimo remuneratório dos 84,32% a que tinha direito, em razão de sentença transitada em julgado do T.R.T. da 4ª Região, acréscimo este que já havia sido "implantado na folha de pagamento de sua Universidade de origem", a Impetrada suspendeu, a partir de maio de 1993, o respectivo pagamento, a pretexto de que não estava obrigada a respeitar dita decisão.

A petição inicial vem instruída com procuração (fls. 11), documentos (fls. 12/66) e comprovante do pagamento das custas (fls. 69).

2. A liminar requerida pelo Impetrante foi deferida, consoante os motivos expostos na decisão de fls. 71, mas teve sua eficácia suspensa por decisão da Excelentíssima Desembargadora Federal Presidente de nosso Tribunal Regional Federal da 2ª Região (fls. 75/78), tendo a Impetrada, ademais, interposto recurso de agravo de instrumento.

Em suas informações, sustenta a Impetrada a inexistência de direito líquido e certo a ser amparado por mandado de segurança, porque não foi parte na reclamação trabalhista que deu azo à parcela de 84,32% (fls. 80-3).

Às fls. 93/95 o Impetrante peticiona reclamando o não cumprimento da liminar, decerto desconhecendo a supra-mencionada suspensão de eficácia.

3. O Ministério Público Federal, por sua vez, oferece seu parecer às fls. 98/102, opinando pela denegação da segurança, uma que "qualquer direito do autor concernente ao questionado percentual de 84,32% em face da Universidade Federal do Rio de Janeiro apenas poderia surgir como decorrência do fato de já se haver o direito que resulta da decisão trabalhista incorporado ao seu patrimônio quando da edição da Portaria Conjunta que o transferiu para a URFJ", vale dizer, "a decisão da Justiça do Trabalho deveria haver transitado em julgado quando o impetrante ainda fazia parte do Corpo Docente da Universidade Federal de Pelotas" (*verbis*, fls. 101).

4. As fls. 104-5, requer o Impetrante a expedição de ofício à Autoridade Coatora para tomar conhecimento "do revigoreamento da liminar", por força de decisão Plenária de nosso Tribunal em Agravo Regimental julgado em 24.03.94, o que foi deferido (fls. 108), dando lugar a petição de fls. 111-2.

5. Em seguida, os autos vieram conclusos para sentença.

É o relatório.

DECIDO

II

1. o exame do *thema decidendum* se desdobra em dois pontos que se complementam: um, a incorporação do direito ao patrimônio do Impetrante; e dois, a sujeição da Universidade Federal do Rio de Janeiro à *rés iudicata*.

No que tange ao primeiro desses pontos, embora não seja correto afirmar que o direito do Impetrante só poderia surgir acaso a decisão trabalhista houvesse transitado em julgado antes de sua transferência, como parece ao *Parquete* Federal, pela simples verificação de que, em primeiro lugar, a sentença (*lato sensu*), de ordinário, produz efeitos retroativos à propositura da ação, mesmo quando se afirma que produz efeitos *ex nunc*, e que, em segundo lugar, o sistema de Código de Processo Civil é infenso a alteração de legitimidade *ad causam* pela alteração de titularidade da relação jurídica litigiosa (art. 42, *caput*), e estende expressamente os efeitos da sentença (*recitus*: da autoridade da coisa julgada) ao terceiro, independentemente de sua intervenção no processo (§ 3º), a verdade é que ninguém seria capaz de negar a incorporação do direito ao patrimônio jurídico do Impetrante se a decisão da Justiça do Trabalho já estivesse transitado em julgado quando ocorreu a transferência ... e foi isso precisamente o que aconteceu !

Com efeito: o problema é que o momento do trânsito em julgado da decisão da Justiça do Trabalho foi mal apreciado, o que importa em relembrar conceitos elementares de Direito Processual Civil.

Veja-se que na decisão da 2ª Junta de Conciliação e Julgamento de Pelotas, foi proferida em 21.09.90 (fls. 24-28), dando lugar à interposição do competente recurso Ordinário (fls. 29/31), ao qual foi dado provimento em parte, para excluir da condenação o pagamento de diferenças salariais decorrentes do reajuste pelo IPC de abril de 1990, de 44,80%, sendo mantida, no

entanto, a condenação relativa ao IPC de março de 1990, de 84,32% (fls. 33/37), sendo publicado o Acórdão em 10.02.92 (fls. 38).

Contra esse Acórdão, foi interposto Recurso de Revista, inadmitido pela Presidência do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, porque intempestivo (fls. 39/40), dando à interposição de Agravo de Instrumento (fls. 48/50), o qual também foi inadmitido pelo Ministro Relator do Tribunal Superior do Trabalho (fls. 52), conforme o Enunciado 270 da respectiva Corte.

Vale dizer: a decisão *de meritis* transitou em julgado quando expirou o prazo de cabimento do Recurso de Revista, ou seja, em 26.02.92, como acerto declarou a decisão de fls. 39/40.

2. Ao propósito, não se pode deslembrar que diz-se transitada em julgado,, "no direito brasileiro, a sentença contra a qual não se admite recurso algum, ordinário ou extraordinário (cf. o art. 467), nem está sujeita *ex vilegis* ao duplo grau de jurisdição (art. 475 ou regra análoga). Feita abstração desta última circunstância, concebem-se, duas hipóteses: a) a sentença é **originariamente irrecorrível**; neste caso, o trânsito em julgado ocorre com a publicação; b) a sentença é **recorrível**; neste caso, o trânsito em julgado ocorre no momento em que ela o deixe de ser, por força de algum fato que, antes ou depois da interposição, torne inadmissível o recurso (a causa mais freqüente, não porém a única, é o esgotamento *in albis* do prazo de interposição), ou em virtude da desistência do recurso interposto" (JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, *in Comentários ao Código de Processo Civil, Forense*, v. V, 6ª ed., 1993, p. 104, item 70 - os destaques são do original).

É evidente, e quase se pede desculpas por analisar o óbvio, que o fato de haver sido interposto agravo contra a decisão que declarou a intempestividade do recurso de revista, agravo esse também inadmitido, é absolutamente irrelevante, porque "positivo ou negativo, o juízo de admissibilidade é o essencialmente declaratório. Ao proferi-lo, o que faz o órgão judicial é verificar se estão ou não satisfeitos o requisitos indispensáveis à legítima apreciação do mérito do recurso. A existência ou a

inexistência de tais requisitos é, todavia, anterior ao pronunciamento, que não a gera, mas simplesmente a reconhece”.

“Quando se diz que faz coisa julgada a decisão ‘não mais sujeita a recurso’ (art. 467), o que se diz, com outras palavras ... é que a *res iudicata* se produz desde que não haja, contra a decisão, recurso admissível, ou aquele que acaso o fora tenha deixado de o ser. Recurso inadmissível, ou tornado tal, não tem a virtude de empecer ao trânsito em julgado: nunca a teve, ali, ou cessou de tê-la, aqui. Destarte, se inexistente outro óbice (isto é, outro recurso ainda admissível, ou sujeição da matéria, *ex vi legis*, ao duplo grau de jurisdição), a coisa julgada exsurge a partir da configuração da inadmissibilidade. Note-se bem: não a partir da decisão que a pronuncia, pois esta, como já se assinalou, é declaratória, limita-se a proclamar, a manifestar, a certificar algo que lhe preexiste”(JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, *ivi*, ps. 235-6, item 147 - os destaques são do original). Nesse mesmo sentido vale a pena examinar a lição de PONTES DE MIRANDA, inserta em seus *Comentários ao Código de Processo Civil* (de 1973), t. VIII, pág. 297.

Nenhum valor jurídico tem, nesse contexto, a certidão de remessa (e não de trânsito em julgado !) de fls. 52vº, na qual se baseou o M.P.F. para asseverar que o trânsito em julgado “ocorreu em 04.02.93” (fs.101), mas que, ao se referir genericamente a trânsito em julgado, pode - e deve - ser interpretada como referindo-se à preclusão da decisão processual declaratória da inadmissibilidade do recurso (que na verdade ocorreu em 07.12.92, à falta de interposição de Agravo Regional - v. fls. 52 e vº), embora a inadmissibilidade mesma de recursos seja muito anterior, i.e., desde 26.02.92, quando, ao transcorrer *in albis* o prazo de interposição do recurso de revista, o decisum de *meritis* do T.R.T. transitou em julgado, incorporando-se definitivamente ao patrimônio jurídico do então reclamante-substituído, ora Impetrante.

Dessa forma, corrigido o equívoco do Ministério Público Federal, parece que seu parecer anima a procedência do pedido formulado, já que o trânsito em julgado da decisão trabalhista ocorreu quase um ano antes da transferência do Impetrante.

3. Resta ainda enfrentar, porém, o outro ponto relevante da questão submetida a julgamento, ou seja, a sujeição da Universidade Federal do Rio de Janeiro aos efeitos da *res iudicata* da supra-examinada Reclamação Trabalhista.

Convém salientar, no entanto, como parece claro, que esta sentença não comporta o exame estritamente científico do ponto, a fim de definir se na hipótese haveria submissão à coisa julgada, extensão de efeitos da coisa julgada, eficácia reflexa da sentença, eficácia natural da sentença, ou qualquer outra concepção, que no último século, vem embatendo os mais sábios doutrinadores. A nós cabe tão-somente descobrir se a supramencionada decisão persiste, ou melhor, se ela subsiste, em relação a U.F.R.J., a despeito da transferência do Impetrante, porque tanto basta para a solução do *meritum causae*.

Veja-se que na devida colocação do problema, não se cuida de executar no sentido técnico a decisão trabalhista, mesmo porque o cumprimento do Acórdão exequendo se deu pela própria Universidade Federal de Pelotas, mas sim de analisar se a transferência do funcionário para a Universidade Federal deste Estado, permitiria que esta não o recepcionasse na situação jurídico-funcional que ostentava, mercê da supra-referida decisão transita em julgado.

Não se busca aqui a execução forçada dessa decisão, mas sim proteger o patrimônio jurídico-funcional do Impetrante, que embora decorra da supracitada decisão judicial definitiva, foi alterado por ocasião de sua transferência... O que antes era a cobrança de expurgo inflacionário de salário, se transformou em questão administrativa de transferência de funcionário público...

Aqui, todavia, é evidente que a transferência do Impetrante não poderia permitir à U.F.R.J. ignorar a decisão judicial transita em julgado, a fim de não pagar os 84,32% definitivamente concedidos, mesmo porque se "a transferência não é um direito do titular do cargo, mas uma simples possibilidade jurídica, e a Administração realizá-la-á em função das conveniências

do serviço" (CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO), *Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta*, Ed. RT, 2ª ed., 1991, p. 37, item 37), deve-se pressupor que se efetuou sempre por conveniência do serviço, não sendo jurídico conceber que o funcionário seja prejudicado, ao atender às necessidades públicas de prestação de serviço.

Independentemente desse último aspecto administrativo do problema, entretanto, o simples exame dos limites subjetivos da coisa julgada, no caso concreto, poria um fim à questão.

Realmente, embora seja até intuitivo que a coisa julgada apenas atue, em princípio, entre as partes do processo, que tiveram oportunidade de postular e provar, como reza a primeira parte do artigo 472 do Código de Processo Civil, a doutrina e a jurisprudência vêm admitindo outras exceções que não a expressamente indicada na segunda parte do prefalado artigo, sendo absolutamente tranqüilas, essas duas exceções: 1) a sucessão e 2) a substituição processual.

Em relação à primeira dessas duas exceções - a que nos interessa primacialmente -, entende a doutrina e consagra a jurisprudência, que formada a coisa julgada, se a relação jurídica decidida de modo definitivo pela sentença que passou em julgado, é transmitida a uma outra pessoa, quer por ato *inter vivos*, quer por sucessão *causa mortis*, esta outra pessoa que sucede àquela que foi parte, recebe sobre si a autoridade da coisa julgada, ao tomar o lugar da outra pessoa na relação jurídica, e o como a relação já foi julgada, ela recebe tal qual foi julgada. Não pode mais discutir o assunto.

A não ser assim, a sucessão teria efeitos rescisórios do julgado, e, no particular, como bem disse o Impetrante, "bastaria que" a Administração "remanejasse de uma para outra Universidade aqueles que obtivessem qual quer benefício em sede judicial, para tornar inócua a decisão transitada em julgado" (fls. 8).

Por isso, está assentado, *nemine discrepante*, para continuar sob os ensinamentos de JOSÉ CARLOS BARBOSA

MOREIRA, que os "sucessores das parte, que, tendo-se mantido estranhos ao processo (durante cuja pendência talvez nem existissem...), entram indistintamente no conceito de terceiros, mas cuja sujeição à *auctoritas rei indicatae* ninguém ... hesita em afirmar"(Direito Processual Civil (Ensaio e Pareceres), Borsari, 1971, p. 287 - destaques são do original.

Essa é a lição que nos vem dos clássicos (*vide* CHIOVENDA, *Instituições do Direito Processual Civil*, Saraiva, trad. da 2ª ed. italiana, 1942, Vol. I, págs. 571-4, itens 133 e 134), e permanece consagrada pelos doutrinadores modernos, como se vê desse trecho de LIEBMAN:

"E eis-nos diante dos casos de subordinação de terceiro, que seria causa de comunicar-se a este a coisa julgada que se formou entre as partes:

a) Como figura primeira, indica-se a da sucessão do terceiro à parte na relação jurídica já deduzida em juízo'...

Embora se dê a sucessão na relação litigiosa, depois que se acha formada a coisa julgada, não há dúvida de que é esta oponível... O sucessor, nesse caso, sofre a coisa julgada simplesmente porque não é um terceiro; sucedendo à parte em relação já decidida, sucede-lhe em idêntica posição jurídica e torna-se titular da relação, tal como vem configurada pela sentença que interveio anteriormente..." (*Eficácia e Autoridade da Sentença e Outros Estudos sobre a Coisa Julgada*, Forense 3ª ed., 1984, in "Limites Subjetivos da Coisa Julgada", ps.79/112, esp. ps. 96-7).

"A argumentação de LIEBMAN é totalmente aceita pela doutrina brasileira", como esclarece, em preciosa nota ao ensaio *supra*, ADA PELLEGRINI GRIMOVER (ob. e loc. cit. ps. 114-5).

De fato: embora com diferentes explicações, a doutrina é unânime em reconhecer a sujeição do sucessor aos eleitos da coisa julgada, como podemos observar da consulta a HUMBERTO THEODORO JÚNIOR: "Não é terceiro, porém, o sucessor, a título singular ou universal, da parte" (*Curso de Direito Processual Civil, Forense, v. I, 5ª ed., 1989, p. 587*); MOACYR AMARAL SANTOS: "... na condição de partes, para o efeito de serem atingidos pela coisa julgada, se encontram ... o espólio delas, os seus herdeiros e sucessores, e ainda o adquirente ou cessionário delas" (*Primeiras Linhas de Direito Processual Civil, Saraiva, 3ª v., 11ª ed., 1990, p. 76*); JOSÉ FREDERICO MARQUES: "Terceiros, no caso, não são todos os que foram estranhos ao processo, porque dele não participaram, nem para tanto foram citados: o sucessor a título universal ou singular, por exemplo, não é terceiro em relação à decisão passada em julgado" (*Manual de Direito Processual Civil, Saraiva, v. III, 3ª ed., 1978, p. 230*); ERNANE FIDÉLIS DOS SANTOS: "Nos casos de sucessão na relação jurídica e na substituição processual, tanto os sucessores quanto os substituídos sofrem a incidência da coisa julgada, pois não são propriamente terceiros" (*Manual de Direito Processual Civil, Saraiva, v. 1, 3ª ed., 1994, p. 496*); VICENTE GRECO FILHO: "São casos de verdadeira extensão da coisa julgada decorrente do tratamento legal dado a certas relações de direito material. Entre esses casos podem ser citados: o dos sucessores das partes, os quais, a despeito de não terem sido partes, estão sujeitos à coisa julgada porque receberam os direitos e ações no estado de coisa julgada" (*Direito Processual Civil Brasileiro, Saraiva, 2º v., 5ª ed., 1992, p. 246*).

Na jurisprudência, da mesma forma, colhe-se a seguinte decisão da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, na apelação Cível 4.859: "O Código de Processo Civil, no seu artigo 472, adotou o princípio de que a coisa julgada só opera entre as partes, salvo quanto às causas relativas ao estado das pessoas se houvessem sido citadas no processo todos os interessados,

como litisconsortes necessários, caso em que a coisa julgada produziria seus efeitos sobre eles. Forçoso é convir, entretanto, que nas hipóteses de sucessão, de substituição processual ... os limites subjetivos da coisa julgada são alongados, para atingir terceiros (Revista dos Tribunais, Vol. 510, p. 215/216 - *apud* OVÍDIO A. BATISTA DA SILVA, *Sentença e Coisa Julgada*, Fabris, 2ª ed., 1988, p.126.)

E de outro modo não poderia ser, uma vez que essa conclusão é a única assimilável à interpretação sistemática do Código de Processo Civil, que em seu artigo 471 prescreve, *expressis verbis*, que "nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide"... Ora, ninguém duvida que, apesar da sucessão, em verdade a lide, o litígio, permanece o mesmo.

III

Do Exposto, **JULGO PROCEDENTE O PEDIDO, e concedo a segurança**, a fim de ordenar que a Impetrada restabeleça o pagamento do percentual de 84,32% sobre os vencimentos do Impetrante. Custas pela Impetrada, sem honorários de advogado (Súmula 512 do S.T.F.).

Transcorrido o prazo de recurso, remetam-se os presentes autos ao Egrégio Tribunal Regional Federal da 2ª Região, para reexame obrigatório em segundo grau de jurisdição (art. 12, parág. único da Lei nº 1.533/51).

P.R.I.

Rio de Janeiro, 9 de maio de 1994.

LUIZ PAULO DA SILVA ARAÚJO FILHO
Juiz Federal Substituto da 24ª Vara

TARIFA DE ARMAZENAGEM

DRA. MARIA TERESA DE A. R. CÁRCOMO LOBO
JUÍZA FEDERAL TITULAR
28ª VARA FEDERA
SEÇÃO JUDICIÁRIA
PROC. Nº 90001886-1

SENTENÇA

Vistos, etc.

SANDOZ S/A, qualificada na inicial de fls. 02/10, representada por Advogada regularmente constituída, impetrou o presente **MANDADO DE SEGURANÇA** contra ato do Sr. **CHEFE DA DIVISÃO DE CARGA AÉREA DA EMPRESA BRASILEIRA DE INFRA-ESTRUTURA AEROPORTUÁRIA DO AEROPORTO INTERNACIONAL DO RIO DE JANEIRO**, objetivando a segurança para que a Autoridade Impetrada se absteinha de exigir o pagamento da denominada "Tarifa de Armazenagem" pela Tabela 01 anexa à Portaria nº 204/GM 5/89, relativa a mercadorias importadas com a cláusula C & F.

Como causa de pedir a prestação jurisdicional, alegou, em síntese, que adquiriu mercadoria originária e procedente da Suíça, país signatário do GATT, como noticiam as Guias de Importação acostadas; que o preço de compra é C & F, nele incluídos pressupostos do preço - custo - e o valor do frete aéreo internacional, pagando o importador sobre esse montante o Imposto de Importação "*ad valorem*"; que, em consequência, o preço comercial da mercadoria importada é a base de cálculo do I.I.; que, não obstante, a Portaria nº 928/89 passou a incluir na Tabela 01, prevista no art. 6º da Portaria nº 204/89, não só por mercadoria importada cujo preço comercial fosse oriundo da cláusula CIF, como as mercadorias cujo preço comercial não seja CIF, mas C & F ou C & I, calculando com base nela o valor da Tarifa de Armazenagem que é uma Taxa, estando essa base de cálculo defi-

nida na nova redação dada pela Portaria 928/89 o art. 9º e 1º da Portaria 204/89 (sic); que é flagrante a ilegalidade desta cobrança que usa a mesma base de cálculo que serve para a cobrança do I.I.; que o serviço de armazenagem foi criado pela Lei nº 6009/73 sendo impróprio qualificá-lo de tarifa, posto que de taxa se trata e que em sendo taxa não pode ter a mesma base de cálculo do I.I. - art. 145, § 2º, da CF/88; que, de conseguinte, é ilegal a Portaria 928/GM 5, de 07/12/89, uma vez que, excluindo sumariamente o item 7 do inciso III, do art. 6º da Portaria 204/89, que incluiu na Tabela 03 as mercadorias cujo documento de importação não mencionasse o valor CIF, pretendeu impedir que a base de cálculo fosse o peso da mercadoria, usando a mesma base de cálculo do I.I..

Instrumentando a inicial, vieram os documentos de fls. 11/52, estando o feito preparado às fls. 53.

A liminar foi deferida por despacho de fls. 54, precatado o Juízo pelo depósito da importância questionada.

Às fls. 56 o Impetrante regularizou sua representação judicial, em cumprimento ao despacho de fls. 54.

Às fls. 63 entendi os efeitos da liminar às Guias de Importação mencionadas na petição de fls. 57/58 e vistas às fls. 59/62.

Notificada, a Autoridade prestou as informações de fls. 66/87, sustentando a legalidade do ato, ao fundamento de que entre suas atribuições está a de administrar o Terminal de Passageiros, a operacionalidade das pistas e o Terminal de Carga Aérea; que o desembarço de cargas e mercadorias obedece a critérios fixados pelo Ministério da Aeronáutica, mediante Portarias específicas, fixando os valores das conseqüentes tarifas de armazenagem e capatazia que remuneram tais serviços, que são serviço público federal, serviço de fiscalização alfandegária, de armazenagem e manuseio de mercadorias importadas; que, contrariamente, ao que alega a Impetrante não se trata de taxa, mas sim de preço público.

Depois de historiar a evolução da denominada tarifa ressaltando a edição do Decreto-Lei nº 683, de 15/7/69 e da Lei nº 6009, de 26/12/73, alterada pelo Decreto-Lei nº 2060, de 12/9/83, regulamentada pelo Decreto nº 89.121, de 06/12/73, argumentou que através da Portaria 624/86 foram aprovados critérios e fixados os valores para a aplicação e cobrança das Tarifas Aeroportuárias de Armazenagem e/ou Capatazia de mercadorias importadas e que a matéria relativa as tarifas aeroportuárias se insere no âmbito específico do Ministério da Aeronáutica, sendo remançoso que a remuneração dos serviços e facilidades aeronáuticas e aeroportuárias se caracteriza como preço público ou tarifa; que, beneficiando a contraprestação os usuários, o caso é de tarifa, além de que, contrariamente aos impostos e taxas, as tarifas têm preços diferenciados, de harmonia com o respectivo custo operacional.

O Ministério Público Federal, às fls. 92/94, opinou pela denegação da segurança.

Valor da causa: Cr\$ 723.512,17

RELATEI

DECIDO:

Confrontam-se duas teses.

A da Impetrante argumentado que a denominada Tarifa de Armazenagem é uma taxa, via do que encontra-se subsumida ao normativo do artigo 145, § 2º, da Lei Maior.

A da Impetrada sustentando que a referida Tarifa constitui um preço público, em razão do que é descabida a postulação mandamental.

Inicialmente, impende afastar a preliminar de inadequação do remédio heróico, porquanto o pressuposto do direito líquido e certo afere-se documentado nas guias de impor-

tação acostadas aos autos, que servem de suporte à aplicação da Tarifa de Armazenagem, objeto da impetração.

O cerne da questão diz com a natureza jurídica da Tarifa instituída pela Lei nº 6009, de 26/12/73, alterada pela Lei nº 6085, de 15/7/74 e pelo Decreto-Lei nº 2060, de 12/09/83, regulamentada pelo Decreto nº 89.121, de 06/12/83.

Taxa ou preço público?

Reproduzindo o texto anterior, a nova Carta Magna define as taxas como tributos e faculta aos Poderes Tributantes instituí-las "em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição".

De acordo com o texto constitucional existem, assim, duas espécies de serviços públicos remuneráveis por taxas: o exercício do poder de polícia, cujo principal beneficiário não é o sujeito passivo, mas a coletividade, e o de oferta de serviços específicos e divisíveis para utilização, efetiva ou potencial, pelo sujeito passivo, que se apresenta como o seu grande beneficiário, e cuja remuneração é disciplinada pelo direito tributário, uma vez que a taxa é um tributo, nos termos do artigo 145 "caput" e inciso II, da Lei Maior de 1988.

Os preços públicos inscrevem-se no campo do direito administrativo e constituem receitas dos serviços públicos prestados ou postos à disposição dos administrados.

O ponto crucial consiste, pois, em saber se determinado serviço público é remunerável por taxa ou por preço público.

O campo que oferece dificuldades de conceituação é o que diz com os serviços públicos específicos e divisíveis, destinados diretamente ao contribuinte e indiretamente à comuni-

dade, que ora têm sido tratados como sendo remunerados por preço público, ora por taxa.

Com sua habitual excelência observa Ives Gandra da Silva Martins que,

“a conformação jurídica das taxas e preços no ordenamento legal do país continua a desafiar a inteligência dos juristas pátrios, principalmente os que ofertam tratamento exegético às áreas do direito constitucional, econômico, tributário e administrativo.

Sobre ele o STF já se manifestou por Súmula, mas em algumas decisões avançou o campo de detecção fenomênica, ainda de contornos indefinidos na doutrina e jurisprudência comparada, no direito anterior e no fluir de legislação hierarquizada presente”. (*in* “Taxa e preço público” separada da Revista Forense nº 291, p. 77).

A questão impõe, assim, uma abordagem mais abrangente sob o ponto de vista do direito econômico, ultrapassada a fase dicotômica do direito tributário e do direito administrativo.

Assiste razão àquele ilustre Tributarista quando afirma que apenas o direito econômico tem instrumental suficiente para dirimir os variados conflitos que os tratamentos por via do direito administrativo e do direito tributário acabaram por produzir.

Os serviços prestados aos importadores pela Infraero, no que se refere ao armazenamento, guarda, controle, movimentação e manuseio de mercadorias nos Armazéns de Carga Aérea dos Aeroportos, estão vinculados ao comércio exterior, que

representa setor de decisiva importância no desenvolvimento econômico e social do País, objetivando o equilíbrio do balanço de pagamentos e a inserção do Brasil no contexto das economias do 1º Mundo.

É consabido que o intercâmbio é fundamental na coexistência das nações, nenhuma se podendo eximir a esse imperativo. Recordem-se os exemplos da China e da União Soviética, abrindo suas fronteiras ao comércio internacional.

Atende-se, outrossim, para o permissivo, constitucional do art. 22, inciso VIII, conferindo privativamente à União competência para legislar sobre comércio exterior, para se ter a exata dimensão da problemática à luz da qual deverá ser decidida a espécie.

Não se trata, como pretende a Autoridade Coatora, de uma realação de coordenação, em que os usuários podem deixar de importar para, assim, poderem deixar de utilizar os serviços da Impetrada.

Ao revés, o imperativo da importação averba se presente, não só por função do mercado interno como, também, em função do mercado internacional, uma vez que o comércio externo é uma via de mão dupla, em que os termos de troca assumem capital importância no quadro das relações comerciais necessárias ao desenvolvimento do País.

Conseqüentemente, à luz do direito econômico, e sob o enfoque da macroeconomia, a relação em causa é uma realação de subordinação.

A bem dizer, esta subordinação foi reconhecida implicitamente pela Autoridade Impetrada, na medida em que para a descaracterizar não encontrou outro argumento que não o de poderem os usuários deixar de importar, vale dizer, deixarem, de exercer a sua atividade social, pela qual auferem lucros, remuneram postos de trabalho e pagam impostos.

A evidência, a relação de subordinação ou de coordenação não está em poder o importador deixar de utilizar os serviços de armazenagem e capatazia da Infraero. Está, sim, em que na utilização desses serviços essenciais específicos e divisíveis, necessários ao exercício de sua atividade, não tem ele outra alternativa que não seja a de utilizar os serviços da empresa estatal.

Em comentário à Súmula 545 da Suprema Corte, pondera Ives Gandra que afora as relações de subordinação e coordenação inerentes, respectivamente, às taxas e preços públicos "necessário se faz encontrar outro elemento de composição, ou seja, a existência, ou não, de alternativa para o usuário".

E conclui:

"Se o Estado fornecer um serviço público de necessária utilização, sem que o usuário possa escolher outra alternativa para dele prescindir, a relação que se vislumbra não é de mera coordenação entre as partes, mas de imposição" (ob.cit.p.83).

É o que acontece na hipótese em exame.

O importador não pode recorrer a outras prestadoras de serviços de armazenamento, guarda, controle, movimentação e manuseio das mercadorias que importa.

Em assim sendo, a relação estabelecida é necessariamente, de subordinação.

De cosegüinte, é mister que a remuneração desses serviços seja feita por taxa.

A inexistência de alternativa e a obrigatoriedade de pagamento por serviço público prestado pela Infraero, específico e divisível, porque quantificável, conferem à remuneração a natureza de taxa, sujeitando-se a exigência a todas as implicações tributárias decorrentes de legislação constitucional.

O eminente Ministro Moreira Alves, na representação de inconstitucionalidade do Decreto nº 16.685/81 definiu a questão em termos de meridiana clareza,

“Preço público é preço contratual, que constitui contraprestação de serviços de natureza comercial ou industrial - e que, por isso mesmo, podem ser objeto de concessão a particulares -, serviços esses prestados por meio de contrato, de adesão. Para haver preço público é necessário existir contrato, ainda que tacitamente celebrado, e o contrato, ainda quando de adesão, dá a quem pretende celebrá-lo, se aderir às condições dele, a liberdade de não contratar, atendendo a sua necessidade por outro meio lícito. Quem não quiser tomar ônibus, e aderir, portanto, ao contrato de transporte, poderá ir licitamente, por outros meios, ao lugar de destino. O que não tem sentido é pretender-se a existência de contrato quando o que deve aderir não tem sequer a liberdade de não contratar, porque, licitamente, não tem meio algum para obter o resultado de que necessita e a que atende o contrato de adesão. É até por isso que quando o Estado presta serviço que só ele pode prestar, não tendo o particular meio outro lícito de obtê-lo, não pode haver preço público, porque não há contrato”. (Referido por Ives Gandra, na ob. cit. pg. 83, nota 29).

Logo, a exigência instituída pela Lei nº 6009/73 a que se referem as Portarias 204/GM 5, de 30/3/89 e 928/GM 5, de 07/12/89, é taxa, de harmonia com o disposto no artigo 145, inciso II, da Lei Fundamental de 1988.

E sendo taxa, que é uma das modalidades de tributo, está ela sujeita às restrições constitucionais do poder de tributar, que são garantias estabelecidas em favor do contribuín-

te, restrições que não existem em matéria de preços públicos, que consultam ao direito administrativo.

Como bem observou o Ministro Moreira Alves, na célebre questão da "tarifa" de limpeza pública, a favor da Comlurb, no Rio de Janeiro:

"Como o Poder Público não pode fugir as essas restrições de seu poder de tributar, é evidente que, nos casos em que é devida a taxa, não pode ele, - sob pena de fraude às limitações constitucionais -, esquivar-se destas, impondo, ao invés de taxa, preço público". (*in* RE nº 89.876 - RJ - Pleno).

Não tem, pois, o legislador ordinário liberdade para remunerar indiferentemente como taxa ou preço público os serviços públicos que presta ao particular.

Outras distinções podem, ainda, ser assinaladas, em ordem a consolidar a natureza tributária da denominada "Tarifa de Armazenagem".

Segundo Einaudi, quando a prestação do serviço deixa margem de lucro, está-se diante de um preço; quando se limita a cobrir o custo do serviço, está-se diante de uma taxa.

Por força dos artigos 1º e 2º, e parágrafo único, da Lei nº 6009 a remuneração destina-se a cobrir o custo operacional do serviço aeroportuário, ainda em termos de progressividade em função do tempo despendido na prestação dos serviços.

A própria redação do parágrafo, dividido em duas alíneas "a" e "b", a primeira para tarifas e a segunda para preços específicos, desvenda a real natureza tributária da remuneração paga pelos serviços aeroportuários, encoberta sob a designação de "tarifa", havendo invocar, no ponto, o disposto no art. 4 do CTN.

Revela notar que a própria Autoridade Impetrada reconhece às fls. 77 que a remuneração tem vínculo com o custo operacional para a produção de serviço, sendo, obviamente irrelevante para a caracterização da remuneração, como taxa ou preço, ser o seu montante fixo ou variável.

Cabe observar, ainda, que a outorga de isenção do pagamento da exigência diz com a sua natureza tributária, em vista da desconsideração de qualquer critério de lucro no serviço prestado - artigo 7º, incisos IV e V da Lei nº 6009, com as alterações do Decreto-Lei nº 2060/83.

Outro traço distintivo é apontado por Duverger ao referir que quando o Estado presta o serviço em condições de concorrência, está-se diante de um preço; em contrapartida, quando o faz diretamente, ou por delegação, sem competição, está-se diante de uma taxa.

No caso em exame, a prestação dos serviços aeroportuários de armazenamento e capatazia competem exclusivamente à Infraero - art. 1º da Lei nº 6009/73, c/c os artigos 2º, § único, e 5º do mesmo diploma.

Tem, pois, razão a Impetrante.

A denominada "Tarifa" é taxa e, como tal, não pode ter a mesma base de cálculo do Imposto de Importação, por força do disposto no art. 145, § 2º, do Novo Texto Constitucional, a teor do qual,

"As taxas não poderão ter base de cálculo própria de impostos".

No que tange ao Imposto sobre a Importação, "*ad valorem*", a sua base de cálculo é determinada na, forma do artigo 2º, II, do Decreto-Lei nº 2472, de 01/9/88, que alterou disposições da legislação aduaneira, consubstanciada no Decreto-Lei nº 37, de 18/11/66, nos seguintes termos:

A base de cálculo do imposto é:

I - ...

II - quando a alíquota for "*ad valorem*", o valor aduaneiro apurado segundo as normas do artigo VII do Acordo Geral Sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio - GATT".

O valor aduaneiro é fornecido pelo Decreto nº 92.930, de 16/7/86, que promulgou o Acordo sobre a implementação do aludido artigo VII, cujo artigo 2º de Parte Preambular estabelece que

"Na base de cálculo do Imposto sobre a Importação, definida de conformidade com o Acordo que com este Decreto se promulga, serão incluídos os elementos a que se referem as alíneas "a", "b" e "c" do parágrafo 2, de seu Artigo 8º".

Dito preceito discrimina esses elementos, na forma abaixo:

a) o custo de transporte das mercadorias importadas até o porto ou local de importação;

b) os gastos relativos ao carregamento, descarregamento e manuseio, associados ao transporte das mercadorias importadas até o porto ou local da importação; e

c) o custo do seguro.

De seu turno, a Portaria nº 928/GM 5, de 07/12/89, que suprimiu o item 7, do inciso III, do artigo 6º e alterou o artigo 9º e o § 1º do artigo 14, da Portaria nº 204/GM 5, de 30/3/89, dispôs que,

“Art. 9º - A Tarifa de Armazenagem da mercadoria importada será quantificada em função do seu valor CIF (custo, seguro e frete) ou quando este não for declarado no documento de importação, pelo seu valor comercial e do tempo de armazenamento, e será progressivamente crescente com o período em que a mercadoria permanecer no Terminal de Carga Aérea do Aeroporto (TECA).

Parágrafo único - Define-se como valor comercial a soma das parcelas inseridas na Declaração de Importação homologada pela Receita Federal, ou documento equivalente, efetivamente pagas, relativas ao custo e frete da mercadoria”.

Art. 14 - ...

§ 1º - Na hipótese do parágrafo único do artigo 9º, a tarifa de armazenagem, Tabela 01, será calculada com base no valor CIF (custo, seguro e frete) o no valor comercial, declarado pelo consignatário ou por seu representante”.

A Tabela 01, anexa à Portaria nº 204/89 fixa percentuais sobre o valor CIF, em função do período de armazenagem.

Evidencia-se, destarte, a identidade entre a base de cálculo do Imposto sobre a Importação e a da denominada Tarifa de Armazenagem.

Vale observar que a Autoridade Impetrada se calou a respeito desta identidade, o que importa no seu reconhecimento.

Pelas razões expendidas, há declarar ferida de inconstitucionalidade a Portaria nº 928/GM 5, de 07/12/89 por utilizar a mesma base de cálculo do Imposto sobre a Importação para Tarifa de Armazenagem.

ISTO POSTO, na forma da fundamentação supra, declarando incidentemente a inconstitucionalidade da Portaria nº 928/GM 5, de 07/12/89, **CONCEDO A SEGURANÇA**, ratificando a liminar concedida às fls. 54, para o efeito de determinar que a Autoridade Impetrada se abstenha de exigir à Impetrante o pagamento da Tarifa de Armazenagem calculada pela Tabela 01 da Portaria nº 204/GM 5, de 30/3/89 incidente sobre as Guias de Importação, referidas nos autos às fls. 14/33 e 59/62.

Sem custas, devendo, porém, a Impetrante ser reembolsado do "*quantum*" adiantado àquele título.

Desprocedem honorários advocatícios, *ut* Súmula 512 do STF.

Oficie-se

Sentença sujeita ao duplo grau de jurisdição

P.R.I.

Rio de Janeiro, 25 de janeiro de 1991

MARIA TERESA DE ALMEIDA ROSA C. LOBO
Juíza Federal Titular da 28ª Vara

CONCURSO PÚBLICO - III

DRA. CÉLIA GEORGARÓPOULOS
JUÍZA FEDERAL TITULAR
1ª VARA FEDERAL DE NITERÓI
SEÇÃO JUDICIÁRIA RJ
PROC. Nº 900043989-3

SENTENÇA

Visto, etc.

LUISE GOMES DA MOTTA, com a devida qualificação, impetrou o presente mandado de segurança contra ato ilegal de ter sido preterida no diretio de nomeação, em face do surgimento de três vagas no Departamento de Odontécnica, por ter sido aprovada nos concursos de Professor Auxiliar na área de Odontologia.

Esclarece a impetrante não ter sido respeitada a ordem de classificação obtida nos concursos para o preenchimento das vagas surgidas após os editais destes concursos. Considera que, dentro da validade do concurso a ordem classificatória deve ser repetida, possuindo a impetrante direito a uma das vagas.

A medida liminar foi concedida a fls. 32.

Informações foram prestadas fls. 29/31, em que se alegou que a impetrante logrou aprovação nos dois concursos (disciplinados pelos Editais de n. 1 e 2/89) para Professor Auxiliar, alcançando o 5º lugar na área de Prótese e o 4º lugar na de Dentística, tendo sido obedecida a ordem rigorosa de classificação na nomeação dos candidatos. No entretanto, as vagas que surgiram depois da realização dos certames públicos foram preenchidos de modo a atender à necessidade da própria Instituição, em face da autonomia universitária.

A impetrante a fls. 39/40 comunicou o não cumprimento da medida liminar, o que motivou o ofício de fls. 42, tendo a autoridade impetrada cumprido a liminar (fls. 43/44).

O Dr. Procurador da República opinou pela concessão da segurança a fls. 46/51, ressaltando assistir razão à impetrante, eis que o remanejamento de vagas, em plena vigência da validade do concurso público, em prejuízo dos concursados agride o princípio da moralidade administrativa, ensejando o eventual favorecimento pessoal.

Documentos instruíram a inicial.

É o relatório.

Decido:

Na autuação se omitiu a primeira autoridade impetrada que é o Reitor da Universidade Federal Fluminense, o qual foi devidamente notificado e prestou informações, restando sanar a omissão na autuação.

A impetrante prestou dois concursos públicos para o exercício do Magistério Superior, na categoria de Professor Auxiliar do Departamento de Odontécnica da Universidade Federal Fluminense, cujos editais forma publicados em outubro e novembro de 1989, classificando-se em 5º e 4º lugar respectivamente.

A questão principal dos autos se cinge à pergunta: será que candidatos classificados em concursos podem ser alijados da nomeação, mediante um remanejamento ditado com espeque na autonomia universitária, para o preenchimento de vagas surgidas após a publicação do edital?

O Dr. Procurador da República em magnífico parecer analisou a questão com minúscias, concluindo que a matéria não se restringe ao mérito do ato administrativo, mas sim à

moralidade administrativa, cujo conceito está implícito no da legalidade.

Com efeito, tendo surgido as vagas, com o falecimento de um Professor e aposentadoria de outro, na área em que foi realizado o concurso, impõe-se a nomeação dos concursados, obedecida a ordem de classificação.

Tal remanejamento para ser válido só poderia ser efetuado se não houvesse prejuízo para os concursados, vislumbrando-se o que na teoria de Direito administrativo se chama de "*détournement du pouvoir*", isto é, o desvio do poder.

Não resta a menor dúvida de que a impetrante possui direito líquido e certo para ocupar uma das vagas emergentes na área dos concursos realizados, devendo se conceder o presente "*writ of mandamus*".

Pelo exposto, **CONCEDO** a segurança impetrada por **LUISE GOMES DA MOTTA** contra ato do **REITOR DA UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE, DIRETOR DA FACULDADE DE ODONTOLOGIA e DIRETOR DO DEPARTAMENTO DE ODONTOTÉCNICA**, tornando definitiva a medida liminar concedida.

Sentença sujeita ao duplo grau de jurisdição.

Custas "*ex lege*".

P.R.I. e Oficiem-se.

Niterói, 14 de maio de 1991.

CÉLIA GEORGAKÓPOULOS
Juíza Federal - 1ª Vara de Niterói

PROTEÇÃO A FAUNA SILVESTRE

DR. WILLIAN DOUGLAS RESINENTE DOS SANTOS
JUIZ FEDERA; SUBSTITUTO
2ª VARA FEDERAL DE NITERÓI
SEÇÃO JUDICIÁRIA RJ
PROC. Nº 92011700-0

SENTENÇA

Vistos etc.

I - RELATÓRIO.

Consta, às fls. 2, e naqueles termos, denúncia do Ministério Federal contra o Réu em epígrafe, imputando ao mesmo a prática da infração penal prevista no art. 1º da Lei nº 5.197/67.

Segundo a promoção do M.P. do Estado do Rio de Janeiro, fls. 4, os espécimes de fauna selvagem pertencem à União Federal, dizendo ser o fato crime e não contravenção, sendo a competência da Justiça Federal.

Os atos de inquérito encontram-se às fls. 2 *usque* 71. Destaca-se o registro de entrada dos animais, fls. 11 e a oitava do acusado, fls. 40/41. A FAC está às fls. 54, com anotações e sem condenações. Relatório às fls. 68s

Interrogatório, fls. 75, seguido da defesa inicial, fls. 80.

Testemunhas ouvidas às fls. 89, 106, 106.

O Ministério Público Federal não quis diligências, fls. 108, nem tampouco a defesa, fls. 114.

Alegações últimas do Ministério Público Federal às fls. 115v, pedindo a condenação, seguidas das da defesa, às fls. 117/120.

II - FUNDAMENTAÇÃO

DOS FATOS, CONFORME PROVADOS NOS AUTOS.

As provas colhidas, desde o início, são convergentes no sentido de que o acusado tinha a posse de aves silvestres. O Réu admite tal fato em seu interrogatório, às fls. 75. Não se nega em qualquer momento, a posse das aves. A tese central do acusado, em sua autodefesa, é a de que desconhecia a proibição e de que tratava os animais com os devidos cuidados.

Em sede policial o Réu chegou a dizer que tentou obter autorização junto ao IBAMA, fls. 41, o que não é confirmado por fls. 64 e 66. Todavia, é verossímil que a tentativa de obter a autorização não tenha sido formalizada ante notícia de que não seria facilmente concedida ou algo semelhante. O fato de se pretender pedir autorização é indicativo sério, ainda que não insuperável, da consciência da necessidade normativa da obtenção da pretendida autorização.

Certo é, também, que estamos diante de animais silvestres e que os mesmos estavam em bom estado, o que se depreende de fls. 11, documento lavrado por bióloga. A pata esquerda sem dedos narrada às fls. 11 pode confirmar parte das alegações do Réu.

A notícia de que os animais vinham da Bahia para Cantagalo, fls. 36, poderia ser útil, mas deixo de considerá-la por não ter sido a informação jurisdicionalizada, fls. 89.

O depoimento de fls. 106 não me convenceu: a testemunha é Delegado da Polícia Federal aposentado e afirma que desconhecia que era proibido manter animais apreendidos. Não acho razoável que um policial federal, máxime um Delega-

do, desconheça dado tão elementar para quem tem o ofício mencionado. Além disso, afirma que o Réu ficou com os animais a pedido do declarante, o que destoa sensivelmente do que dos autos consta, onde os animais teriam sido recebidos / adquiridos de terceiro, tendo o Réu ficado com ele a pedido dos filhos (conforme oitivas do Réu em sede policial e judicial). Não se saber fazer distinção entre animais domésticos e silvestres também me parece algo exagerado. Por tais razões, desconsidero o depoimento como fonte de informações fidedignas, o que pode ser devido à amizade com o Réu, da qual se orgulha o depoente, como afirmou.

O depoimento de fls. 107 confirma que o Réu tratava bem os animais e o fato de que não escondia a posse das aves. Este dado - não esconder a posse - surge com razoável frequência na apuração dos fatos.

Na análise da causa, até o momento, tenho por certa a posse de aves silvestres por parte do Réu, o que resta soberanamente demonstrado nos autos.

Tenho por demonstrado, também, que o Réu é pessoa integrada na sociedade, pai de família, com atividade laborativa etc., pelo que tomo como favoráveis a eles as circunstâncias referentes à pessoa do acusado. Tecnicamente, é primário, apesar de anotações, principalmente por estelionato, em sua FAC. Não entendo, porém, que o fato de lidar com administradora de consórcios possa ser explicação para ter respondido à inquérito, como quer a defesa, fls. 119. No mais, nada há contra o Réu e prevalece a presunção constitucional de inocência. Ao meu ver, se a Constituição presume a inocência, devemos presumir de qualquer um (já que não se presume a má fé) tratar-se de pessoa boa, honesta e contra quem não se tem notícia de fatos desabonadores. O fato em julgamento também não pode ser pesado contra o Réu senão após decisão condenatória transitada em julgado. Deixo certo, então, as condições favoráveis ao Réu, tudo de acordo com o art. 5º, LVII da Constituição.

Tenho por demonstrado, também, que o Réu detinha as aves por prazer, sem se dedicar a caça ou mercancia de tais espécies, bem como tratando bem os referidos animais. Não tenho por importante definir se obteve os animais para proteção dos mesmos já que um estaria doente etc. Se o Réu tivesse pegado a ave doente, curado-a e entregue a mesma às autoridades, certamente não haveria dúvida alguma sobre a licitude de sua conduta. Porém, tendo adquirido as aves em 1985, fls. 75, o argumento não justifica manter as mesmas até 1991, quando foram apreendidas. Não diria que se tem um animal silvestre por "amor" ou "carinho" pois tal consideração seria apenas unilateral, já que o próprio animal, em regra, não tem opção de paradeiro ou companhia.

DA AUTORIA E DA MATERIALIDADE. TIPICIDADE DA CONDUTA.

O art. 1º da Lei nº 5.197/67 estabelece que a fauna silvestre é propriedade do Estado, sendo proibida a sua utilização, perseguição, destruição, caça ou apanha. O descumprimento da proibição é crime, a teor do art. 27 § 1º da mesma norma, parágrafo este introduzido pela Lei nº 7.653/88, cominando pena de reclusão de um a três anos. Como bem anotado pela defesa, os padrões repressivos nacionais são bastante estranhos. Uma lesão corporal ao ser humano tenha pena inferior, e é afiançável.

Observe-se que a norma não faz qualquer distinção, para fins de tipicidade, sobre a destinação dada aos animais, ou a razão íntima para a prática das condutas descritas. Assim, não importa se a caça é para mera e torpe satisfação de abate, se o animal é apanhado para ser revendido ou apenas mantido em cativeiro, para ornamentação, por diletantismo ou intuito assemelhado. O que a lei não quer é que se retire animais silvestres do *habitat* natural. Conceitos humanos de boa ou má razão para a retirada dos animais do seu ambiente não têm qualquer significação para a natureza e seu ecossistema. Logo, entendo que a simples conduta consciente e voluntária dirigida a uma das

atividades descritas no art. 1º da Lei nº 5.197/67 basta para a tipificação.

As eventuais diferenciações valorativas referidas acima deverão ser consideradas na fixação da pena. Assim, quem mata pelo prazer de caçar, ou caça para revenda ou apenas mantém o animal em seu domicílio serão diferentemente apenados.

Observo, ainda, que o indivíduo que mantém a posse de um animal silvestre por prazer, ainda que tratando bem do mesmo, é um dos elos de uma cadeia predatória que contém em si aqueles que caçam e vendem os animais para os primeiros. Assim, não considero inofensiva a conduta do cidadão que mantém o animal em cativeiro, mesmo que só para ornamentação e tratando bem o animal (o mínimo que se espera, aliás). Repiso mais uma vez que não considero admissível justificativas baseadas em "amor" pelos animais, pois tal sentimento, ao desprezar a natureza silvestre do animal mantendo-o em cativeiro, é egoísta demais para ser classificado beneficentemente.

Há, devo anotar, decisões favoráveis aos acusados dessa classe de delitos, em determinadas circunstâncias, como por exemplo a abaixo citada:

EMENTA

PENAL. CRIME CONTRA A FAUNA. POSSE DE ANIMAL SILVESTRE E SUA UTILIZAÇÃO. LEI Nº 5.197, DE 03/01/67.

I - A mera conduta de possuir animal silvestre não configura crime contra a Lei de Proteção à Fauna, salvo se o próprio agente o tiver caçado ou apanhado, sem que, para tal, haja sido legalmente autorizado.

II - A utilização a que se refere o art. 1º, *caput*, da Lei nº 5.197, de 03/01/67, é de ser entendida como a atividade através da qual alguém obtém relevante proveito pelo efetivo emprego ou pela exibição de animal silvestre.

(Recurso Criminal nº 93.01.01293-6/MG, Relator: JUIZ TOURINHO NETO, Publicado no DJ de 14/06/93. Seção II. Pág. 22.765)

Divirjo, porém, dessas posições, em que pese o respeito pela cultura jurídica de onde promanam.

Prossigo para dizer que o bom ou mal tratamento dos animais silvestres, o uso com fins de lucro ou apenas por prazer não deve fazer distinção entre condenação ou absolvição do Réu. Como já disse, a lei não faz esta distinção: ela não quer que os animais silvestres sejam retirados de seu *habitat*, seja para que fins forem. Obviamente, porém, tais circunstâncias devem ser consideradas, pois entre uma pessoa que age por prazer em ter o animal, tratando bem dele, e outra que age em larga escala e visando lucro há colossal abismo. Todavia, os primeiros incentivavam a existência dos segundos. Tenho que a relevância do tratamento dado aos animais tem lugar na fixação da pena.

Além disso, permitir a conduta de ter o animal prejudica em muito a repressão estatal aos crimes contra o meio ambiente. Seria como punir o tráfico de drogas e não o seu consumo. As penas devem ser maiores para os traficantes de animais silvestres, mas não se pode deixar impunes os destinatários de atividade nociva à manutenção do ecossistema.

Discordo, ainda, por não interpretar o vocábulo utilização de modo tão restritivo quanto fazem outros intérpretes. A manutenção em cativeiro de um animal, o seu uso ornamental, a posse por diletantismo, a posse de um animal silvestre

para finalidades lúdicas, tudo isto é utilização. A lei não define finalidades, apenas a conduta.

Além do mais, ainda que não seja o objetivo descritivo do núcleo "destruição", a manutenção destes animais, o mero possuir, importa em conseqüente destruição da espécie, pela sua impossibilidade de reprodução.

Adotando um princípio de Lógica Formal, *reductio ad absurdum*, qual seria o destino da fauna se cada cidadão pudesse possuir um animal destes, desde que não o tenha caçado ou apanhado?

Por estes fundamentos considero que a conduta do Réu, mantendo os animais em cativeiro, afrontou o dispositivo legal em consideração. Tal conduta está suficientemente provada, por tudo o que se depreende dos autos, inclusive a confissão. Não se nega, pela evidência, a natureza silvestre das aves. Autoria e materialidade restam cristalina, pois. Dessa forma, estabelecido este ponto, passarei a considerar as teses defensivas ainda não abordadas, e eventuais fatos que alterem a classificação jurídica da conduta.

TESES DA DEFESA

A tese mestra é a de ignorância da lei. O argumento é de que o Réu não sabia da proibição, não agindo com dolo, mas antes protegendo os animais. Volto a frisar que a intenção de se cadastrar como criador demonstra certa consciência sobre a matéria. Não levarei tal dado em consideração, todavia, porque o Réu não reafirmou isto em sede judicial e considero a prova em sede policial como insuficiente salvo se confirmada em Juízo. A prova em sede policial se dirige ao *Parquet*, para fins de eventual denúncia. Para fins de julgamento, prevalece apenas o que em Juízo se tiver apurado ou confirmado. Tudo isto dito, obviamente, com as ressalvas relativas às provas periciais.

Retornando à matéria dos autos, basta dizer que o desconhecimento da lei é inescusável, nas precisas palavras do art. 21 do Código Penal. Restaria apenas a alegação de erro sobre a ilicitude do fato, que se inevitável isenta o agente de pena e, caso contrário, diminui a mesma de um sexto a um terço.

Assim, desde logo recuso a tese de desconhecimento da lei, claramente negada pela lei. Com efeito, perder este norte (a lei se presumir conhecida) tornaria a defesa social impossível. Evitando injustiças, a lei prevê ou a isenção de pena ou a diminuição, conforme o caso (art. 21 e parágrafo único do CP). Sobre o cabimento ou não da tese de erro sobre a ilicitude do fato, tratarei adiante.

Como já anotei ao analisar os fatos, se o Réu tivesse adquirido as aves em mau estado, cuidado delas e as entregue ao órgão competente, inexistiria conduta a ser punida. Porém, adquiriu-as em 1985 e as mantinha até 1991.

O delito, na forma praticada ("utilização") é permanente, só cessando quando da apreensão das aves.

O tratamento satisfatório, cuidadoso, dado aos animais era o esperável. Caso outro, teríamos também crueldade contra animais. Todavia, tomo em consideração a falta de vontade de destruir por parte do acusado, bem como a ausência de finalidade lucrativa. Tais eliminações, se não repercutem na tipificação da conduta, serão de importância para fins de fixação da pena. Como já anotado, o dito "amor" pelos animais, referido às fls. 118, não basta à absolvição. O tratamento dispensado e as finalidades relativamente menos nocivas da posse serão consideradas no local oportuno.

Quanto à tese, fls. 118, item 7, de que há similitude entre o tratamento aos animais e crianças carentes, não posso deixar de dizer que a comparação entre uma criança abandonada e aves silvestres é, no mínimo curiosa: **"O Suplicante tem 3(três) filhos e cria uma criança pobre. Retirou esta criança da margem da criminalidade. Afastou-a de todas as maldades que poderiam**

advir durante a sua trajetória de vida. Trata-a como suas ex-aves silvestres, com a mesma forma de carinho, dedicação e amor." Não vejo relação entre as condutas, até porque a lei não proíbe, antes incentiva, a adoção de crianças abandonadas, ao passo que proíbe que se capture fauna silvestre. A comparação não é muito agradável, mas, reconheçamos, o tratamento dispensado à infância brasileira (pelo Estado e pela sociedade), às vezes chega a ser animalesco, no sentido ruim da palavra.

A preocupação com crianças abandonadas pode, no entanto, ser levada em conta como atenuante especial, por ser conduta socialmente digna e desejável, não devendo restar desconsiderada pelo Juízo. Trata-se de circunstância relativa ao caráter do Réu que, embora não relacionada na lei, merece consideração, nos termos do art. 66, CP.

A referência da defesa à não reincidência futura não afeta a punibilidade eventual do delito presente.

O item 9 parece-me olvidar que a legislação prevê benefícios vários para os acusados, e, *in casu*, a própria dosimetria da pena leva em consideração - como já disse - o tipo de tratamento dado pelo agente aos animais, e a finalidade da utilização, perseguição, destruição, caça ou apanha. As demais observações sobre injustiças praticadas pela lei, que vem sendo incapaz de dosar condutas reprováveis e suas penas, parecem-me bem lançadas mas não alteram a situação do Réu. As soluções para os disparates legislativos, bem mostrados também por DAMÁSIO DE JESUS, pertencem à sociedade frente ao Poder Legislativo.

O caso em tratamento não é das hipóteses que a lei permite o perdão judicial requerido pela defesa às fls. 119, nem vê este Julgador seja o caso de aplicação analógica. O perdão judicial tem cabimento quando o fato causa enorme prejuízo ao agente ou conforme as circunstâncias. A única circunstância alegada pela defesa foi o tratamento dispensado às aves. Porém, se por um lado cuidou o Réu delas, por outro as manteve conscientemente em cativeiro, longe de seu lugar natural, sem sequer

entregá-las ao órgão competente, que seria quem poderia julgar sobre a conveniência ou não de devolvê-las ao meio ambiente ou fazer readaptação prévia. Assim, nego o perdão judicial requerido à falta de base legal e de razões para aplicação analógica *in bonam partem*.

O argumento de fls. 120, de que as aves estavam melhor em cativeiro do que na floresta não pode prosperar. A uma, tal escolha deveria pertencer às aves: se eventualmente permanecessem no domicílio do Réu sem que fosse por estarem presas, a tese seria preciosíssima e talvez intransponível. Porém, sem que as aves escolham, acho o argumento insubsistente. Nós homens, sem asas, já detestamos limites, cadeias, correntes, quem dirá as aves! Haveria crueldade caridosa? Penso que não.

Não ousaria optar, em nome da fauna silvestre, pelo cativeiro tranqüilo e estéril, sem prole ou perpetuação da espécie, com fronteiras, ao invés dos riscos da liberdade.

ERRO SOBRE A ILICITUDE DO FATO.

Já rejeitei, acima, a tese de desconhecimento da lei para fins de escusa, aceitação que me é proibida pela 1ª parte do art. 21 do CP.

Não antevejo erro inevitável ou escusável. O Réu é empresário, noticia ser administrador de empresas, ter estudado dois anos do Curso de Direito, possui inserção social de boa monta, vive num grande centro. Atualmente se fala com relativa freqüência, por todos os meios de comunicação, sobre as questões do meio ambiente e, vez por outra, se noticia o absurdo da infiançabilidade de delitos contra a fauna. O Réu teve contato com um veterinário, comprou ou mandou comprar gaiolas, possuiu os pássaros por mais de um lustro. Tudo isso torna impossível dizer que, se não sabia, ao menos deveria saber da proibição em tela. Logo, o erro era evitável, já que nas circunstâncias era possível ao agente ter ou, ao menos, atingir consciência..

Por outro lado, tendo em conta os mesmos dados, entre eles o conhecido desconhecimento que empresários às vezes têm em relação a questões específicas distantes do seu ramo de negócios, que os Cursos Jurídicos não ensinam muita coisa nem em 5 anos, que a conduta de possuir animais silvestres não é tão incomum na sociedade, e, principalmente, concedendo ao Réu o benefício da dúvida, acho por bem que se defira ao acusado a diminuição legal destinada ao erro evitável sobre a ilicitude do fato.

Não se diga, desde logo ressalvo, que a prática comum de aprisionar fauna silvestre poderia ser motivo para a absolvição. Ao contrário, não entendo que a prática de delitos às escâncaras, sem a devida repressão estatal, possa retirar a consciência da ilicitude ou a ausência de reprovação da conduta. Por mais que seja desprezada, a lei ainda serve como norte indispensável. Veja-se, por exemplo, a atividade do "jogo do bicho", sob o manto da qual inúmeros delitos são perpetrados, inclusive a corrupção do aparelho estatal. Por mais que ela seja praticada às escâncaras, sabe-se que a atividade é ilegal e, principalmente, sabe-se que ela deve ser combatida. A conduta a ser adotada não é a aceitação dos delitos que são praticados largamente no seio social, mas sim a devida repressão pelas autoridades ou, quando for outro o melhor caminho, a descriminalização. Aliás, ainda sobre o "jogo do bicho", a sociedade vem acompanhando elogiável atuação moralizadora do ente estatal.

Veja-se que não houve erro sobre elemento do tipo, o que resultaria em erro de tipo e falta de tipicidade na conduta. Temos aqui um agente que tem sua culpabilidade diminuída porque se admite possa ter obrado sem completa consciência da ilicitude, inconsciência essa evitável nas circunstâncias. Considero que o agente, apesar de ser possível não obrar com erro, pode ter agido sem suficiente compreensão da ilicitude, que é a relação de reprovação entre o fato e o Direito. Logo, entendo cabível a diminuição da pena.

DA DOSIMETRIA DA PENA E SUA FUNDAMENTAÇÃO.

Inobstante abalizados doutrinadores incluírem a fixação da pena na terceira parte da sentença, entendo mais técnico, bem como mais respeitante à lógica, que os motivos da aplicação constem do segundo tomo da decisão. Com efeito, uma coisa é fixar a pena e outra é dizer porque tal se faz. Veja-se que o dispositivo julga a pretensão procedente mas o fundamento de tal decisão encontra-se na fundamentação e não no próprio dispositivo. Sendo assim, passo a dar as razões que lanço mão para fixar a pena que será, no dispositivo, aplicada ao Réu.

A pena cominada para a infração penal em tela é de reclusão, de 1 a 3 anos.

A Primeira fase, consiste na análise das circunstâncias jurídicas, diante do art. 59 do CP. Nesse campo, o Réu é primário e de bons antecedentes. Presumo isto por força do art. 5º, LVII, da Constituição Federal e o confirmo pela FAC que consta dos autos, inobstante com anotações. Se fatos anotados na FAC não foram julgados, neles houve arquivamento ou absolvição, em nada pode ser o Réu prejudicado. Bem é verdade que um rol de arquivamentos ou absolvições pode indicar na prática um delinqüente bem sucedido (e a FAC imaculada o quase perfeito), mas a Constituição nos obriga a presumir a inocência, presunção que só cede frente a uma sentença penal condenatória transitada em julgado. Logo, não se pode considerar como "mau antecedente fatos onde não houve condenação. Em seu favor, do Réu somam-se as circunstâncias referidas pelo prefalado art. 59 do CP.

Além disso, como já me referi, pelo fato de não pretender a destruição direta do exemplar da espécie (esta ocorre mediatamente, pela não reprodução), por não pretender lucro, por não exercer a caça ou perseguição pessoalmente mas apenas ser o destinatário daqueles que tal fazem, e, ainda, por ser Réu primário e de bons antecedentes, justifica-se a fixação da pena-base em um ano de reclusão, que é o mínimo legal.

Na segunda fase, atenuantes ou agravantes, considero não serem aplicáveis à hipótese as agravantes específicas do art. 29 da Lei nº 5.197/67, nem da Parte Geral do Código Penal.

Deixo de considerar como eventual atenuante o desconhecimento da lei pois este compartimento do caso se soluciona na hipótese dos autos pelo reconhecimento de erro sobre a ilicitude evitável, que será tratada na diminuição de pena com base no art. 21 do CP.

Identifico a atenuante da confissão espontânea, art. 65, III, "d" e, por ter demonstrado cuidados com crianças abandonadas, fls. 45 e 76, reconheço a atenuante especial do art. 66 do CP, como circunstância relativa à personalidade do acusado que levo em consideração na fixação da pena.

Ocorre aqui que a pena já estava fixada no mínimo legal. Se o Réu não tivesse qualquer atenuante a seu favor sua pena seria de 1 ano de reclusão. Logo, seria quase um absurdo, senão um exemplo de absurdo, que tendo o Réu duas atenuantes a pena permanecesse no mesmo 1 ano de reclusão. Seria desprezar a confissão e a circunstância especial já referida. Dizer, como fazem alguns, que bastaria fixar a pena um pouco acima do mínimo (mesmo sendo o caso de pena mínima) apenas para depois diminuí-la é artifício que dispensa comentários.

Não acho demais transcrever artigo sobre o tema, já que circunstância atenuante diminuir a pena aquém do mínimo legal é ainda tese nova e, inobstante acertada, pouco reconhecida.

"ATENUANTE" **Pena Abaixo do Mínimo**

Após quase três anos de vigência da nova Parte Geral do Código Penal, prosseguem os doutrinadores esposando o entendimento de que as circunstâncias atenuantes le-

gais, ou obrigatórias, não possuem o condão de trazer a pena aplicada aquém do grau mínimo previsto na lei.

De forma iterativa, a jurisprudência tem respeitado e acatado a posição da doutrina, onde se destacam as seguintes vozes:

- Antonio José Miguel Feu Rosa: "Caso o Juiz condene o réu à pena mínima, não precisa justificar atenuante, porque a pena não pode ser reduzida abaixo do mínimo" (O novo Código Penal, Parte Geral, Forense, 1985, p. 270);

- Damásio E. de Jesus: "Há um caso em que as circunstâncias atenuantes não têm incidência: quando a pena-base foi fixada no mínimo legal. Elas não podem atenuar a pena aquém do mínimo abstrato. Suponha-se que o Juiz, atendendo ao art. 59, *caput*, fixe a pena no mínimo (pena-base). Na segunda operação, encontra uma atenuante. A pena não pode ser inferior ao mínimo legal" (Direito penal, 10 ed., Saraiva, 1985, 1ºv., p. 495 e 506);

- Heleno Cláudio Fragoso: "As circunstâncias legais atenuantes são de aplicação obrigatória. Elas atuam diminuindo a reprovabilidade da ação e, pois, a culpabilidade. Não pode, porém, a pena ser diminuída abaixo do mínimo da escala legal". "Pela aplicação da circunstância atenuante da menoridade, a pena não pode ser reduzida abaixo do mínimo. Assim operam todas as circunstâncias" (Lições de direito penal, a

nova Parte Geral, 10 ed., Forense, 1986, p. 355 e 361);

- Juarez Cirino dos Santos: "As circunstâncias atenuantes ou agravantes genéricas (incluídas as do concurso de pessoas) não podem **EXCEDER** os limites mínimo e máximo da pena cominada ao tipo legal" (Direito penal, a nova Parte Geral, Forense, 1985, p. 250);

- Julio Fabbrini Mirabete: "Ao contrário das causas de diminuição, não se permite, com o reconhecimento das atenuantes, a redução da pena abaixo do mínimo previsto na lei" (Manual de direito penal, Atlas, 1985, v.1, p.298);

- William Wanderley Jorge: "Fixada pena mínima, nenhuma atenuante porventura existente deve ser considerada para trazer a pena abaixo desse limite" (Curso de direito penal, 6 ed., Forense, 1986, v.1, p.528).

Trata-se, como se observa das transcrições acima, de um ponto de vista desacompanhado de qualquer fundamentação, seja de ordem jurídica ou legal. Diga-se mais, aceito ser reservas e também imotivadamente pelos Tribunais, tal qual ocorria antes da vigência da nova Parte Geral.

Exemplifiquemos a postura jurisprudencial como um Acórdão recente, unânime, prolatado na Apelação Criminal nº 911/86-RJ, que de modo espontâneo, ou seja, sem pro-

vocação das partes, atacou o aspecto atinente à fixação da pena abaixo do mínimo em decorrência do reconhecimento, pelo subscritor da sentença recorrida, de uma atenuante legal. Além de verberar o *decisum* do Juiz *a quo*, salientou o Acórdão ser este tema comezinho, e que nem com a presença de todas as atenuantes do art. 65 do CP seria possível aplicação da pena aquém do mínimo cominado.

Sabe-se, demais disso, que o Acórdão, embora despido de um só alicerce legal ou jurídico nesse tocante, deu azo à Ementa nº 3, do Ementário nº 27/87, da Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, do seguinte teor: "Os limites máximo e mínimo da cominação legal só podem ser ultrapassados por força de causa de especial aumento ou diminuição de pena, não por força de simples agravante ou atenuante" (DO, 24 set 1987, p. 127).

Diante desse quadro, é válido perguntar-se: estamos, por acaso, frente a frente com um fato notório, uma evidência, que no dizer de Manzini se constitui na própria prova, desnecessitando de subsídios à embasá-la?

Logicamente, não. Resposta afirmativa só seria plausível se houvesse alguma norma legal, clara e precisa, a proibir EXPRESSAMENTE a aplicação da pena abaixo do mínimo cominado, o que não existe na legislação penal em vigor.

Bem de ver que, na antiga Parte Geral, a situação era outra; o parágrafo único do art. 48, preconizava uma atenuante **ESPECIAL**, proclamando que a pena não poderia, neste caso, ser inferior ao mínimo previsto para o crime cometido. Assim, tal proibição se estendia, a fortiori, às atenuantes **GERAIS** elencadas no *caput* do artigo citado, pois, como é sabido, o que não cabe para o mais, não cabe, por maior razão, para o menos.

Também o Código Penal de 1969, que não chegou a vigor, proclamava no art. 59 que, no caso de atenuação ou de agravação da pena, deveriam ser guardados os limites da pena cominada ao delito (*idem*, o atual Código Eleitoral, art. 285).

Sucede, porém, que a norma insculpida no referido parágrafo único do art. 48 não se viu repetida na Parte Geral; a atenuante outrora considerada - "se o agente quis participar de crimes menos grave"- foi deslocada, com nova redação para o § 2º do atual art. 29, e já sem a proibição que existia.

A nosso ver, tal seria suficiente, de per si, para fazer emergir a certeza de que, com a nova legislação, que não mais proíbe o que a legislação antiga proibia, tornou-se plenamente viável a aplicação da pena abaixo do mínimo legal.

Mas não é só. Se hoje a Parte Geral não veda expressamente a possibilidade de a pena aplicada ser inferior ao grau mínimo, a exe-

gese do atual art. 68 conduz, implicitamente, à conclusão oposta. Senão, vejamos:

a) Inicialmente, a pena será fixada "atendendo-se ao critério do art. 59". Esse artigo diz que o Juiz estabelecerá "a quantidade de pena aplicada dentro do limites previstos", nada obstando que seja estabelecida a pena mínima.

b) Em seguida, "serão consideradas as circunstâncias atenuantes". Forçoso convir que, uma vez estabelecida a pena mínima, e reconhecida uma atenuante, não se faculta, mas se impõe ao Juiz, a atenuação correspondente. a lei, nesse passo, é inegavelmente imperativa.

Poder-se-ia entender, apressuradamente, que a proibição ora rechaçada esteja constando do atual art. 53, que alude aos limites estabelecidos na sanção correspondente a cada crime. No entanto, esse artigo pertence ao Capítulo da cominação de pena, constituindo-se em equívoco baralhar os conceitos pertinentes às fases de **COMINAÇÃO** e de **APLICAÇÃO** das sanções penais, já que tão diferenciados os objetivos que se pretendem alcançar com a pena abstrata e com a pena concretizada na sentença.

Que dizer-se, por outro lado, de a pena poder ser aplicada acima do grau máximo? Não seria o caso de afirmar-se *a pari* tal possibilidade?

Não, é claro que não. A analogia, em seu conceito de raciocínio lógico, realiza-se de três maneiras: *a pari* (por igual razão), *a fortiori* (por maior razão) e *a contrario sensu* (por razão inversa). Ao constatar-se algum aspecto legal que envolva a possibilidade de prejuízo ao acusado, não é válida a aceitação, em seu desfavor, daquilo que esteja somente implícito na lei, isto por força da analogia *a contrario sensu*. Cabem, aqui, os mesmos argumentos que levaram doutrina e jurisprudência a identificar, unanimemente, a inconstitucionalidade da norma talhada no art. 384, *caput*, do CP, que cerceia o direito de defesa ao referendar condenação por acusações meramente implícitas na denúncia ou na queixa.

Avançando nesse terreno, diríamos ainda que, se a lei não alude de modo expresse à possibilidade de a pena ser aplicada com extrapolação do limite máximo, nem mesmo as causa especiais de aumento de pena são aptas a tanto, uma vez que haveria, inclusive, desrespeito ao consagrado princípio da reserva legal.

Todavia, a recíproca não é verdadeira. Em benefício do réu, além do que esteja implicitamente contido na lei, mister não olvidarmos aqueles institutos jurídicos que, malgrado não tenham sido cunhados na lei, podem e devem ser utilizados, como a analogia *in bonam partem* e a equidade, ambas arrefecendo o rigor da lei, até porque o princípio da legalidade não será ofendido.

Entendimento contrário, é bom frisar, só é possível por meio de argumentação equivo-

cada, ingênua ou de má-fé, daqueles que vêem a criminalidade crescente motivada pela frouxidão da lei, de seus aplicadores e de seu fiscais.

As leis penais e processuais penais, ao regulamentarem os institutos jurídicos que abordam, omitem-se, algumas vezes, sobre certos aspectos, daí emergindo um poder discricionário a ser utilizado pelas autoridades (Promotor, Juiz, Delegado). Para não fugir ao tema, observemos a omissão do Código Penal acerca do *quantum* da atenuação e da agravação da pena. O Diploma de 1969 fixava esse *quantum* em um quinto a um terço, art. 59. E hoje, como deve o Juiz proceder? Necessariamente, com toda prudência, que não é sinônimo de economia ou parcimônia, mas de sabedoria.

Pois bem. se reconhecermos que o Magistrado possa vir com a pena abaixo do mínimo legal, em homenagem a circunstâncias relevantes favoráveis ao acusado, estaremos conferindo-lhe mais um voto de credibilidade, de confiança, quanto à sua atuação prudente, sábia, cautelosa, oportuna, e ensejando que a individualização da pena - mandamento de ordem constitucional - seja por certo melhor efetivada.

Permitam-nos trazer algumas vivências de caráter prático:

1ª) Certa vez, procurou-nos um colega Magistrado a fim de troçarmos idéias sobre um delito de estupro que ele estava a senten-

ciar: o agente de dezenove anos confessara espontaneamente perante as autoridades ter mantido conjunção carnal com a ofendida, que sabia ter treze anos; era ela moça sexualmente experiente, emergindo a violência presumida *iuris et de iure* em razão de sua idade; o réu, além das atenuantes obrigatórias da menoridade e da confissão espontânea, tinha a favorecer-lhe a totalidade das circunstâncias judiciais, destacando-se sua exemplar escolaridade, já inscrito no 3º ano da faculdade de engenharia. Meu colega pretendia uma forma de não aplicar pena celular, notoriamente contra-indicada no caso. Terminamos chegando à mesma conclusão: aplicação da pena mínima, reclusão de três anos, reduzida de um terço pelo reconhecimento das atenuantes, e concessão de *sursis* que genericamente só atinge sanções de até dois anos;

2ª) Num processo relativo a delito tipificado na Lei de Tóxicos, o agente primário, de bons antecedentes e com dezoito anos recém-completados, confessara espontaneamente ter sido preso quando trazia consigo pequena quantidade de maconha pertencente a seu irmão viciado. Não se tratando de posse para uso próprio, não cabia desclassificação do art. 12 para o art. 16. Aplicamos, então, a pena mínima, reclusão de três anos, com redução de um terço em virtude das atenuantes e o *sursis* também pôde ser concedido. O NP não discordou a esse respeito;

3ª) De outra feita, presidimos um Júri em que o Conselho de Sentença afirmou homicídio simples com atenuante; o acusado, já com mais de sessenta anos, tinha em seu

prol todas as circunstâncias judiciais. Fixamos a pena no grau mínimo, reclusão de seis anos, atenuando-a de um terço, o que ensejou o início de seu cumprimento em regime ABERTO, que só é cabível frente a sanções de até quatro anos. Não houve apelação do MP.

Não pretendemos pioneirismo em nossa dissertação. Mirabete, embora filiando-se à corrente tradicional, já assinalou de maneira bastante sugestiva que, diante da redação imprimida ao Código Penal pela Lei nº 7.209, pode-se defender a possibilidade de violação dos limites mínimo ou máximo na hipótese de reconhecimento de atenuantes ou agravantes, respectivamente (ob. cit., p.303, nota 160).

Àqueles que não estejam concordando, ou permanecendo em dúvida com pertinência a nossas conclusões, oferecemos o seguinte questionamento: é verossímil que uma determinada circunstância possa trazer a pena abaixo do mínimo, em homenagem a um delito de gravidade máxima, e não o possa, diante de um delito menor?

Quem nos responde afirmativamente, e aqui talvez sejamos pioneiro, é o próprio Código Penal. Com efeito, o "motivo de relevante valor moral ou social", considerado (I) PRIVILÉGIO no homicídio, art. 121, § 1º, pode reduzir a pena de um sexto a um terço, sem respeitar o limite mínimo. Porém, se se tratar de delitos menos graves, como por exemplo o furto, nada mais é do que uma atenuante genérica, art. 65, III, a, incapaz,

segundo a teoria dominante, de transpor o grau mínimo.

Absurdo maior, convenhamos, é bem difícil detectar-se na legislação penal vigente.

Estamos, em suma, digladiando-nos com um posicionamento doutrinário-jurisprudencial carente de supejãneos jurídicos e legais, arcaico, preconceituoso e defasado, na medida em que vem restringir, *in malam partem*, o que a nova Parte Geral do Código Penal não restringe. Por não dizer respeito, como se viu, a nenhum fato notório ou evidente, deve ser combatido, na teoria e na prática, até sua expunção.

Fazemos questão de consignar que o objetivo exclusivo do presente trabalho é sugerir uma reapreciação do tema abordado. O Direito Penal que nos inspirou não é aquele Direito Penal conservador, inerte e trôpego pela anciandade, solerte na missão de inibir a atividade funcional do Poder Judiciário e do Ministério Público, por intermédio de normas legais, ou não, de legitimidade duvidosa, colocando barreiras às vezes intransponíveis ao alcance da meta vislumbrada por Ulpiano, a de dar cada um o que é seu.

Ao contrário nosso Direito Penal é o mensageiro aguerrido capaz de estimular, mais e mais, exegeses impregnadas de essência racional, democrática, progressiva e mutante.

Por assim ser, não olvidando que a sociedade é o nosso alvo de benfeitorias, e que os réus-culpados também fazem parte dessa sociedade, impõe-se reconhecer, por não há razão para negar o que a lei não proíbe, a atenuação de suas penas abaixo do mínimo, se a ela fizerem jus." (ADV/COAD, nº 416, 1987).

A tese, que tenho como correta, vem recebendo aos poucos novos seguidores, inclusive entre a doutrina e voz areópagos pátrios. Logicamente, a tese ser minoritária não significa que está equivocada, pois o que é justo não se decide por maioria, mas pela constante evolução da legislação e de sua interpretação. Nesse passo, basta recordar que, até **CESARE BECCARIA**, a tortura era tranqüilamente aceita como instrumento de apuração criminal.

Assim, reconheço as duas atenuantes referidas e entendo que mereça a pena ser reduzida, por ambas, num total de três meses. Pelo exposto, justifica-se a redução da pena em três meses. Pelo exposto, justifica-se a redução da pena em três meses em face das duas atenuantes.

No terceiro momento, cabe a diminuição da pena pela ocorrência de causas legais para tanto. Como já fundamentei, cabe, pelo benefício da dúvida e pela circunstância da causa, a diminuição da pena com base no erro sobre a ilicitude, na modalidade evitável. Diminuo a pena em um terço, que, por ser a redução máxima permitida dispensa maior fundamentação.

Assim, justifica-se a redução no valor de um terço, com base no art. 21 do CP.

O regime inicial de cumprimento da pena deverá ser semi-aberto inobstante o *quantum*. O art. 33, 2ª, "c" não obriga o Juiz, mas apenas abre uma opção ("poderá"). Tendo em vista a gravidade do delito, como a lei faz transparecer pela espécie e quantidade da pena (reclusão, de 1 a 3 anos) e pela inafiançabilidade

de, entendo que o regime semi-aberto seja o mais recomendado para o início do cumprimento da pena. O Réu já teve sua pena reduzida, mas o cumprimento dela não deve iniciar-se no regime aberto.

Lançados os fundamentos da dosimetria e feitos os cálculos, a pena-base de uma ano reduziu-se pelas atenuantes a nove meses, os quais, reduzidos de um terço, alcançam pena final de seis meses de reclusão, a serem cumpridos inicialmente no regime semi-aberto.

Por fim, cabe fundamentar a substituição da pena, na forma do art. 59, IV, CP.

Não entendo que a substituição por pena de multa, com base no art. 60 § 2º do CP, seja suficiente para a punição e reparação do mal causado. O próprio art. 60, § 2º remete o aplicador da pena ao art. 44 do CP, onde se deixa claro que o objetivo e aplicação de pena que, sendo menos draconiana, seja suficiente para os fins declarados pelo art. 59 do CP (reprovação e prevenção do crime). A aplicação de mera multa, ainda que de valor majorado, me pareceria muito pouco para delito da gravidade cometida.

Assim, nego a substituição por pena de multa, mas prossigo para apreciar a substituição por pena restritiva de direitos, que, evitando a cláusula do condenado, permite punição não só mais humana como, creio, mais eficiente.

A teor do art. 44 do CP, as penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privadas de liberdade quando a pena privativa de liberdade for inferior a um ano, o réu não for reincidente, a culpabilidade, antecedentes, conduta social e personalidade do condenado, os motivos e as circunstâncias indicarem a substituição do delito praticado.

Tenho que os resultados acima estão cumpridos: a quantidade da pena é inferior a um ano, o réu é primário, sua

culpabilidade é reduzida, os antecedentes, conduta social e personalidade são favoráveis. Julgo que a substituição da pena será o suficiente para a reprovação e prevenção do delito praticado.

Pelas condições do acusado, considero que a pena de prisão seria mais grave do que a reprimenda estatal merecida e que a substituição será bastante para atender aos fins declarados pelo Direito Penal.

Entre as duas penas restritivas de direitos passíveis de aplicação ao caso, prestação de serviços a comunidade e limitação de final de semana, considero a segunda desaconselhável até pela triste falta de estabelecimentos e programas adequados ao cumprimento do disposto no art. 48 do CP.

Assim, entendo que a substituição deva ser feita por prestação de serviços à comunidade, na forma do art. 46 do CP, já que - mesmo à falta de instituição credenciada (149, LEP), existem inúmeras instituições que podem ser utilizadas e beneficiadas com a prestação de serviço.

Como já se refere DELMANTO, o prazo de prestação dos serviços é idêntico ao da pena que seria cumprida em regime carcerário. Assim, o condenado deverá prestar seis meses de serviços comunitários, por oito horas semanais, na forma do art. 46 e parágrafo único do CP.

Tal pena, sem dúvida, é mais branda do que seis meses em regime semi-aberto (passível de progressões ou regressões), o que faz homenagem a todas as circunstâncias favoráveis ao acusado já mencionadas. A pena aplicada também me parece a mais útil a sociedade, vítima de delito efetivamente praticado pelo Réu e que não deve passar *in albis*.

Ao Juízo da execução caberá a aplicação dos arts. 149 e 150 da LEP, designando a entidade ou programa comunitário ou estatal junto ao qual o condenado deverá trabalhar gratuitamente de acordo com suas aptidões, entidade esta que

encaminhará mensalmente ao Juízo relatório circunstanciado das atividades do condenado e, a qualquer tempo, comunicará ausências ou faltas disciplinares. Em caso de descumprimento injustificado da restrição imposta, a pena restritiva de direitos será convertida em privativa de liberdade (art. 45, CP).

Não cabe a aplicação de suspensão condicional da pena, a teor do art. 77, III do Código Penal, que admite o *sursis* apenas aquando não seja indicada ou cabível a substituição prevista no art. 44, que, como já fundamentei, é a solução indicada para a hipótese em apreciação neste feito.

O exame criminológico antes do início da execução (art. 34 e 35 do CP, 6º e parágrafo único da LEP), só será necessário se o condenado, descumprindo a substituição deferida, tiver a pena convertida em privativa da liberdade.

III - DECISÃO

Face ao exposto, **JULGO PROCEDENTE A PRETENSÃO PUNITIVA** condenando, como condenado tenho, LUIS ALBERTO PEREIRA GONÇALVES pela prática do delito previsto no art. 1º da Lei nº 5.197/67. Fixo, nos termos da fundamentação lançada supra, a pena-base no mínimo legal, um ano de reclusão, reduzo-a de três meses pela presença de duas atenuantes (confissão e atenuante do art. 66 do CP), alcançando-se nove meses de reclusão, pena que reduzo em um terço pelo reconhecimento de erro sobre a ilicitude evitável (art. 21, CP). Assim, a pena aplicada é de seis meses de reclusão, a ser inicialmente cumprida em regime semi-aberto. substituo esta pena pela prestação de serviços à comunidade, com base nos art. 44 e 46 do CP, cujas condições serão fixadas pelo Juízo da execução (arts. 149 e 150 da LEP). Condeno o Réu também nas custas processuais.

O condenado apenas será submetido a exame criminológico (arts. 34 e 35 do CP, 6º e parágrafo único da LEP), se, descumprindo a substituição, tiver sua pena convertida em privativa de liberdade.

Por força do próprio art. 1º da Lei nº 5.197/67, as aves apreendidas pertencem a União Federal, já tendo sido entregues ao órgão competente (fls. 11).

Quanto à liberdade do Réu, e tendo sido condenado à pena restritiva de direitos, deverá permanecer no estado em que se encontra até o trânsito em julgado da decisão e posterior cumprimento dos arts. 149, II e § 2º da LEP.

Transitada em julgado a decisão, lance-se o nome do Réu no rol dos culpados e oficie-se comunicado ao IFP e INI.

Custas ex lege.

P.R.I.

Niterói, 10 de junho de 1994.

WILLIAM DOUGLAS RESINENTE DOS SANTOS
Juiz Federal Substituto