

SUMÁRIO

SENTENÇAS

I.....	11-17
II.....	18-21
III.....	22-36
IV.....	37-46
V.....	47-51
VI.....	52-58
VII.....	59-64
VIII.....	65-67
IX.....	68-75
X.....	76-78
XI.....	79-82
XII.....	83-86
XIII.....	87-89
XIV.....	90-97
XV.....	98-101
XVI.....	102-104
XVII.....	105-112
XVIII.....	113-117
XIX.....	118-124
XX.....	125-126
XXI.....	127-136
XXII.....	137-141
XXIII.....	142-153
XXIV.....	154-158
XXV.....	159-166
XXVI.....	167-173
XXVII.....	174-187
XXVIII.....	188-193
XXIX.....	194-203
XXX.....	204-208
XXXI.....	209-220
XXXII.....	221-224
XXXIII.....	225-230
XXXIV.....	231-234
XXXV.....	235-236
XXXVI.....	237-239
XXXVII.....	240-242
XXXVIII.....	243-259

DECISÕES

I.....	261-264
--------	---------

DOCTRINA

DIREITOS DA PERSONALIDADE E PESSOA JURÍDICA.....	266-278
REFLEXÕES SOBRE O <i>HABEAS DATA</i>	279-284

SÚMULAS

SÚMULA VINCULANTE: DESNECESSIDADE E REDUNDÂNCIA.....	286-287
---	---------

SENTENÇA

DR^a. MARIA AMÉLIA ALMEIDA SENOS DE CARVALHO
JUÍZA FEDERAL SUBSTITUTA
1^a VARA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA - RJ
PROCESSO Nº 96.0018955-2

SENTENÇA

MOYSSES CLICKLICH, devidamente qualificado na inicial, propõe a presente ação de rito ordinária, com pedido de antecipação de tutela, em face da **UNIÃO FEDERAL**, declarando-se a inconstitucionalidade da contribuição para seguridade social instituída pela **Medida Provisória nº1415 de 29.04.96 e suas reedições**, fazendo-a incidir sobre os proventos dos servidores inativos, segundo as mesmas alíquotas estabelecidas para servidores em atividade. Requer a devolução dos valores descontados acrescidos de juros legais, custas judiciais e honorários advocatícios.

Inicial acompanhada de documentos e custas recolhidas (fls. 02/14).

Fls. 15: Guia de encaminhamento ao M.M. Juízo da 14^a Vara Federal para verificação de possível prevenção, hipótese afastada pela informação da Secretaria às fls. 16 e despacho de fls. 19.

Certidão da Secretaria às fls. 20 atestando incompatibilidade do valor atribuído à causa para com o rito eleito.

Despacho deferindo o pedido de antecipação de tutela às fls. 21.

Citada, a União Federal contesta às fls. 27/33, com pedido de restituição às fls. 34/41. Alega que, além de inadmissível a antecipação da tutela, há ausência de fundamentação no deferimento de seu pedido, sendo legítima a cobrança da contribuição social em questão.

Em provas, as partes nada requereram, na réplica de fls. 43/52 e na petição da Ré às fls. 54.

Fls. 56/57: Ofício do Serviço de Inativos e Pensionistas do Ministério da Marinha informando a não incidência de desconto

previdenciário sobre os proventos do autor, em cumprimento à tutela deferida pelo M.M. Juízo, apesar de sua obrigatoriedade, imposta pela Medida Provisória nº 1415.

Relatados, **decido**.

Primeira indagação a ser feita é saber se a contribuição social de servidores precisa ser instituída por lei complementar face ao disposto §4º da Constituição.

Cumpra lembrar que esta contribuição social instituída para custear as aposentadorias e pensões dos servidores públicos está fundamentada no referido dispositivo e no §6º do art. 40 da Constituição que prevê:

art. 40...

§ 6º - As aposentadorias e pensões dos servidores públicos federais serão custeadas com recursos provenientes da União e das contribuições dos servidores, na forma da lei.

O art. 149 da Carta Magna ao dispor sobre a instituição de contribuições sociais em sentido lato confere competência à União Federal e para três hipóteses ou espécies: contribuições sociais em sentido estrito ou para financiamento da seguridade social (disciplinada especificamente no art. 195 e seus §§), contribuições para intervenção no domínio econômico e contribuições no interesse de categorias profissionais ou econômicas.

art. 149 - Compete exclusivamente a União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observando o disposto nos arts. 146, II e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, §6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo.

O art. 40, ao tratar do regime previdenciário específico dos servidores públicos é expresso ao determinar que o mesmo será custeado não só com recursos provenientes da União mas também com "contribuições de servidores". Logo, tratando-se de execução compulsória para financiamento de regime previdenciário, ainda que específico, outra não é sua natureza que não a de contribuição social, devendo a ela ser aplicados os princípios contidos não só no Capítulo Constitucional sobre Sistema Tributário, mas também aqueles previstos no art. 195, inserido no Capítulo sobre Seguridade Social.

Ora, se a fonte de custeio do Plano de Seguridade Social do Servidor já veio prevista na Constituição, no art. 40 §3º, *a contrario sensu*

o que dispõe o §5º do art. 195, não se exige para sua instituição a utilização de lei complementar. Além disso, o próprio dispositivo que elegeu a fonte de custeio dispôs igualmente que sua instituição dar-se-ia por lei ordinária, conforme transcrição supra, não sendo lícito exigir-se a lei complementar onde a Constituição não é expressa nesse sentido.

Superada essa questão resta ainda saber se é possível o disciplinamento de contribuições para a seguridade social por meio de Medidas Provisórias eis que, segundo a tese do autor, tal espécie legislativa seria incompatível com o Princípio da Anterioridade Mitigada insculpido no art. 195, §6º da Constituição.

Analisando-se a Carta Magna pode-se concluir que nada impede seja um tributo instituído ou modificado por medida provisória. Cabe à lei complementar estabelecer as normas gerais do tributo (definição do fato gerador, base de cálculo e contribuintes - art. 146, inc. III, alínea a). Já a instituição da contribuição social far-se-á por lei ordinária (art. 149 e 150, inc. I). A medida provisória é espécie legislativa que destina-se a ser convertida em lei, o que não impede ter eficácia imediata.

Assim, a medida provisória atua como se lei fosse, devendo submeter-se a todos os limites ordinariamente previstos para esta. No caso, a lei instituidora da contribuição social está sujeita ao Princípio da Anterioridade Mitigada que impede a exigibilidade do tributo antes de 90 dias da data de sua instituição ou modificação.

Nesse sentido louvamos a opinião de **IVANI SILVA DA LUZ**, Juíza Federal da Seção Judiciária do DF, que, em artigo publicado no jornal Tribuna da Imprensa, assim manifestou-se defendendo a constitucionalidade da Medida provisória nº 1415/96, ora discutida:

"A Medida Provisória que instituiu a questionada contribuição, tem, por força do exposto no art. 62 da Carta Magna, vigência imediata, mas a sua exigibilidade só é cabível após decurso do prazo nonagesimal estabelecido no art. 195, §6º da Constituição Federal, a ser contado a partir da data da sua respectiva publicação. Com efeito, reeditada a Medida Provisória - o que só é possível porque a Lei Maior não proíbe no caso de não-manifestação do Legislativo - o termo a quo do prazo de noventa dias continua sendo o da primitiva Medida Provisória pelo princípio da continuidade de sua vigência. Assim, restará preservado o princípio da não-surpresa do contribuinte - aposentado, fixado no art. 195, §6º da Lei Maior.

Tal entendimento encontra respaldo na Jurisprudência de nossos Tribunais:

"Tributário - Contribuição Social - Medida Provisória nº 22/88, convertida na Lei nº 7689/88 - arts. 154 e 195 da Constituição Federal.

I- O Plenário deste Tribunal Regional Federal da 2ª Região declarou a constitucionalidade dos arts. 1 a 8 da L. 7689/88 após estabelecer o seguinte:

a) A medida provisória é instrumento hábil para criar ou extinguir tributo sempre que for convertida em lei;

b) Estando definidos o fato gerador, o sujeito passivo e a base de cálculo da exação no diploma constitucional, a sua instituição independe de lei complementar;

c) A circunstância de ter a contribuição social idêntico fato gerador e base de cálculo igual a do imposto de renda não fere o inciso I do art. 154 da Constituição, eis que este tem aplicação a outra fontes de financiamento da seguridade social não previstas na própria Constituição (art. 195, §4º);

d) Foi observado o princípio da não-surpresa do contribuinte (anterioridade), uma vez que só foi exigida após o prazo 90 dias da sua instituição.

II- Remessa oficial provida para denegar a segurança.

(TRF - 2ª Região, 3ª Turma, Rel. Juiz Valmir Peçanha, RE) 0204042-91/RJ, in DJ II de 01/10/91).

Assim, a rigor, para instituição da contribuição social para custeio da previdência dos servidores públicos, é possível a utilização da Medida Provisória a ser convertida posteriormente em lei ordinária, com eficácia imediata, sujeitando-se, porém, ao princípio da anterioridade comum, ou seja, impondo a exigibilidade do tributo.

Ultrapassando mais este aspecto, surge nova indagação. Seriam os servidores inativos contribuintes do referido tributo ?

O art. 40 em seu §3º, ao tratar especificamente da contribuição social para custeio do Plano de Seguridade do Servidor, diz que a mesma será devida por **servidores**. Resta então saber se servidor inativo ainda é servidor.

A resposta parece ser mais uma vez afirmativa. Ao contrário do que ocorre com trabalhadores, sujeitos ao regime celetista quando ativos e ao Regime Comum da Previdência quando inativos e que quando se aposentam têm rompido qualquer vínculo com seu empregador, os servidores públicos, regidos pelo regime legal ou estatutários e submetidos

a regime previdenciário próprio mantém seu *status* de servidores. Vários dispositivos constitucionais apontam para tal entendimento, estabelecendo, limitações e igualmente privilégios.

Para começar, cite-se o disposto no § 4º do art.40 da Constituição e que constitui privilégio único do funcionalismo público. Tal dispositivo estabelece o direito de revisão dos proventos de aposentadoria dos servidores "na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, sendo também estendidos aos inativos quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade, inclusive quando decorrentes da transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria, na forma da lei". Não há outra explicação a justificar tal dispositivo, sem qualquer paralelo quanto aos trabalhadores do regime privado, que não o fato de que o vínculo estatutário mantém-se, ainda que com outro fundamento, quando da inativação do servidor.

Ainda a corroborar tal entendimento é de bom alvitre lembrar que o Supremo Tribunal Federal ao interpretar o disposto no art. 37, inc. XVI, concluiu que a Constituição ao vedar a acumulação remunerada de cargos públicos proibiu tanto a acumulação de vencimentos quanto a de proventos, em outra clara demonstração de que a inativação do servidor não o faz perder o vínculo com o Poder Público (RE nº 163.204-6/SP in RDA 199/121). Nesse sentido, definitiva é a opinião adotada pelo Min. **CARLOS VELLOSO**, relator do acórdão, repetindo a lição do prof. **HAROLDO VALADÃO**, contida no parecer publicado na RDA nº 15/304:

"Como já acentuamos, e a lição é, ainda, do prof. VALADÃO, "a aposentadoria e a reforma são dadas, também, num certo cargo ou num determinado posto, sendo, o funcionário inativo, professor aposentado da Faculdade X, Ministro aposentado do Tribunal J, contra-almirante reformado, general reformado etc. É que a aposentadoria e a reforma acham-se também ligadas diretamente ao cargo ou a posto do inativo, como direito ou vantagem dele conseqüente. Os aposentados são funcionários públicos de uma categoria especial, são funcionários inativos"

Há ainda os que afirmem a inconstitucionalidade da exação ao argumento de que seria um tributo injusto, já que o servidor contribuiu toda sua vida sendo a inativação momento de usufruir e não de continuar a contribuir. Tal visão, entretanto, é completamente incompatível com o moderno entendimento sobre Seguridade Social.

A Previdência Social vem evoluindo gradativamente, passando da era do Assintencialismo (quando a ação de proteção do cidadão

garantindo-lhe as necessidades básicas contra os riscos da vida era um bem-estar ou caridade do Estado ou de entidades privadas como as Casas de Misericórdia), à era da previdência como um mero contrato de seguro nos moldes da iniciativa privada passando pela era do Mutualismo até chegarmos à era do Solidarismo ou Seguridade Social.

"O princípio fundamental da solidariedade social extrema-se na seguridade social. Nesta técnica protetiva superior, avançada em comparação com o seguro social e as ações de saúde com a Previdência Social, o nível de solidarismo é maior, alcançando toda a população do País como clientela protegida.

Mas, não é essa a principal característica da seguridade social e sim, a universalização dos filiados, instrumentalizada por um regime único de Previdência Social, organizado nacionalmente sob uma única lei orgânica, mesmo se administrado pulverizadamente por diferentes órgãos gestores. Uma Previdência Social com critério igual para todos, apenas ressalvados os segmentos específicos, profissões distintas e casos particulares.

Uma técnica protetiva com um objetivo a ser alcançado: contribuição conforme a capacidade do trabalhador e direito segundo a necessidade dos segurados. Para isso, uma pluralidade de fontes de custeio, uma multiplicidade de bases de cálculo e uma participação maior da sociedade. Isto é, a captação de mais recursos utilizados frequentemente em investimentos para serem canalizados à proteção social."

(Wladimir Novaes Martinez, "Princípios de Direito Previdenciário", 3ª edição, pgs. 92/93, Ed. Ltr.).

Hoje entende-se que todo cidadão está sujeito aos chamados riscos sociais e que compete à coletividade a proteção de cada indivíduo. Assim o Estado, através de contribuições de todos os cidadãos, promove as ações relacionadas à previdência, assistência e saúde:

Art. 195 - A seguridade social será financiada por toda sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:...

Os princípios consagrados do Solidarismo encontram-se fulcrados também em diversos outros dispositivos constitucionais tais como art. 1º, inc. III, art. 3º, inc. I e V, art. 7º inc. II, XXIV, XXV, XXVIII, e sobretudo, nos artigos 193, 194 p. único incs. I, II e V.

As contribuições são tributos parafiscais, ou seja, possuem finalidade específica e dela jamais se desvinculam. Se o seu fim é financiar a Seguridade Social, ou, mais especificamente, as aposentadorias dos servidores na hipótese, a exação submete-se aos princípios que regem a área, no caso o já falado Solidarismo. Assim, é justo que os inativos participem do financiamento da Seguridade pagando contribuição incidente sobre seus proventos.

Por outro lado, sem olvidar-se sua especial natureza, não nos podemos afastar do fato de que, como tributo, a contribuição social está igualmente submetida aos princípios insertos do Sistema Tributário previsto na Constituição, dentre eles o da Capacidade Contributiva, perfeitamente compatível com o princípio da solidariedade.

O único reparo a ser feito à referida Medida Provisória toca à alíquota eleita. Efetivamente, não nos parece da melhor política fiscal que os inativos contribuam sob a mesma alíquota que os ativos. Entretanto, também não se pode afirmar que houve lesão ao princípio da Capacidade Contributiva eis que o tributo assim instituído não chega a ser proibitivo ou confiscário, ou seja, não chega a absorver parcela substancial da renda do servidor inativo.

Por fim, note-se que a garantia da irredutibilidade dos proventos não pode impedir a incidência de tributos já que a esses não são imunes.

Isto posto, JULGO IMPROCEDENTE O PEDIDO e condeno o autor nas custas processuais e em honorários de sucumbência de 5% sobre o valor atualizado da causa.

P.R.I.

Rio de Janeiro, 07 de Abril de 1997.

MARIA AMÉLIA ALMEIDA SENOS DE CARVALHO
Juíza Federal Substituta

DR^a. MARIA ALICE PAIM LYARD
JUÍZA FEDERAL SUBSTITUTA
2^a VARA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA-RJ
PROCESSO Nº 00.4333560

SENTENÇA

COMPANHIA BRASILEIRA DE ALIMENTOS-COBAL, empresa pública qualificada às fls. 02, propõe ação ordinária contra MARCELO MENDES FRANCO e CECÍLIA MARIA FLACK, sustentando que em 18.12.79 celebrou com o primeiro suplicado contrato de compra e venda pelo qual se obrigou a comprar do 1º suplicado e este a vender-lhe 990 caixas de cenoura Extra A e 660 caixas de cenoura Extra, conforme cláusula primeira, pelos preços estipulados na cláusula segunda daquele contrato. Ficou pactuado que os produtos alienados deveriam ser entregues ao mercado produtor Região Serrana no período de 01.04.80 a 15.05.80 e que, em caso de inadimplemento, a autora executaria a nota promissória emitida pelo 1º Suplicado e avalizada pela 2ª Suplicada. Segundo alega, o 1º Suplicado apesar de receber as quantias correspondentes aos percentuais de 50% e 30%, previstos na cláusula 2ª, §§ 1º e 2º, não cumpriu com as obrigações pactuadas, eis que não entregou nenhuma das caixas a que se comprometera. Requereu a condenação dos suplicados ao pagamento da quantia que especificou, acrescida de juros de mora e correção monetária até a data do efetivo pagamento.

Com a inicial vieram os documentos de fls. 05/ 14.

Guia de custas recolhidas às fls. 16 verso.

Às fls. 36 consta Ofício do Delegado da Receita Federal informando o endereço da 2ª Suplicada e a informação de que nada consta a respeito do 1º Suplicado.

Às fls. 66, edital de citação do 1º Suplicado, e nomeação de curador especial às fls. 69.

Contestação do 1º Suplicado às fls. 71/72, sustentando, em síntese, tratar-se o contrato, em questão, da compras de coisas futuras e incertas subordinado à existência futura de cenouras, sendo que, em

decorrência das fortes chuvas que assolam a região, o 1º Suplicado não pode responder pela falta de colheita, inexistindo culpa da parte do Réu. Requereu a improcedência do pedido.

A autora manifestou-se, em réplica, às fls. 74 alegando que existe risco em qualquer tipo de negócio, sendo que o réu não cumpriu o contrato pois não plantou as cenouras e nem devolveu a importância que recebeu, ficando evidenciada a sua má-fé, eis que desapareceu do endereço conhecido.

A União Federal manifestou-se, às fls. 76, verso no sentido de nada ter a requerer.

Instadas a manifestarem-se em provas, as partes quedarem-se silentes.

É o relatório. DECIDO.

Trata a hipótese de contrato de compra e venda de coisas futuras, contrato aleatório, que pode assumir duas modalidades, considerando-se a diversidade de seus efeitos:

- Emptio spei - aqui, as coisas futuras que são compradas podem vir a não ter existência como é o caso, por exemplo, da compra ao pescador do lanço da rede, em que mesmo que nenhum peixe venha a ser pescado, o contrato será válido, uma vez que ocorre a compra de uma esperança de que venham a ser pescados.

- Emptio rei sperate - aqui, as coisas futuras que são compradas devem vir a existir, sob pena de se desfazer o contrato, consistindo o risco apenas à quantidade.

Conforme ensina Orlando Gomes, em seu livro CONTRATOS, edit. Forense, 9ª edição, pág. 255/256, nem sempre é fácil identificar, na prática, diante do caso concreto, tratar-se de venda da esperança ou de venda de coisa esperada. O ilustre doutrinador sustenta que prevalece o critério, segundo o qual, há venda da esperança se a existência das coisas futuras depende do acaso e venda de coisa esperada, se a existência das coisas futuras está na ordem natural das coisas. Uma colheita, conforme este entendimento, será objeto de emptio rei sperate, uma que é de se esperar, normalmente, que haja frutificação. Na dúvida, há sempre que se preferir a emptio rei sperate, que é mais favorável ao comprador.

Ainda, quanto aos efeitos, tanto na primeira modalidade, emptio spei, quanto na segunda, emptio rei sperate, o vendedor há que empregar todos os esforços para que a esperança, total ou parcial, se converta em realidade, entregando ao comprador o que vier que a existir no primeiro.

caso, e a quantia obtida, no segundo caso.

A presente hipótese, versa acerca de *emptio rei sperate*, em que se nada vier a existir o vendedor é obrigado a restituir o preço recebido.

Consta da Cláusula Quinta Contrato de Compra e Venda acostado às fls. 06/10, que:

"Cláusula Quinta - da Multa

O não cumprimento de quaisquer das cláusulas ou condições do presente Contrato ensejará a rescisão do mesmo, pagando a parte infratora, multa de 10% (dez por cento) do valor do mesmo.

§ 1ª - Se a parte infratora for o PRODUTOR, além da multa estipulada no caput desta cláusula, devol verá o mesmo no ato da rescisão todos os valores recebidos da COBAL, a título de adiantamento.

§ 2ª - Se chuvas excessivas, geada, granizo, seca, tromba-d'água, variações excessivas de temperatura, raio ou pragas sem métodos de combate, controle ou profilaxia difundida e técnica e economicamente exequíveis, impedir o PRODUTOR de cumprir integral ou parcialmente o presente Contrato, a EMATER-RIO elaborará LAUDO sobre o evento, mediante solicitação por escrito do PRODUTOR, encaminhando-a à COBAL, cabendo a esta a decisão final."

De fls. 13, consta Relatório de Assistência Técnica da EMATER-RIO EMPRESA DE ASSISTÊNCIA TÉCNICA E EXTENSÃO RURAL, datado de 10/03/80, atestando que do plantio programado, 20% ficou prejudicado durante o mês de janeiro em virtude de fortes chuvas na região mas que, no entanto, a produção a ser obtida, poderá atender à programação prevista, uma vez que o 1º Réu dispõe de outras áreas de plantio em outro Município. Às fls. 14, em 20/03/80, a EMATER-RIO informa que, através de supervisão realizada na propriedade em que se faria o plantio das coisas futuras vendidas em questão, foram constatadas diversas irregularidades, tais como: - a área programada que se encontrava em fase de plantio não foi complementada, encontrando-se as áreas de cultivo em total abandono, não tendo, ademais, sido localizado o paradeiro do responsável pelo cultivo.

Do Contrato de Compra e Venda, consta que os produtos alienados deveriam ser entregues ao Mercado Produtor da Região Serrana no período de 01.04.80 a 15.05.80 (Cláusula Terceira), o que obviamente não ocorreria, eis que em 20/03/80 foi constatado o abandono da área de cultivo pela EMATER-RIO.

O 1º Réu concorreu para que as coisas futuras vendidas não existissem uma vez que abandonou a área de plantio, tendo restado comprovado, pelo documento de fls. 13/14, que sequer chegou a complementar o plantio contratado.

Nos termos do artigo 1119, parágrafo único do Código Civil e da Cláusula Quinta do Contrato de fls. 08/10, deverá devolver o preço recebido acrescido de multa.

Quanto à segunda Ré, avalista da nota promissória de fls. 12, poderá a Autora, se preferir, utilizar-se de ação própria para reaver os valores devidos, eis que detém título.

Pelo exposto, JULGO PROCEDENTE O PEDIDO PARA DETERMINAR que o primeiro Réu, MARCELO MENDES FRANCO restitua à CIA. BRASILEIRA DE ALIMENTO-COBAL os valores que recebeu conforme Cláusula Segunda, §§ 1º e 2º do Contrato firmado em 18/12/79 (Fls. 06/10), acrescidos de multa de 10% sobre o valor do contrato, nos termos da Cláusula Quinta do referido contrato, tudo corrigido monetariamente. Juros de mora de 6% a.a. a partir de 15.05.80, nos termos do artigo 962 do Código Civil.

P.R.I.

Rio de Janeiro, 08 de maio de 1997.

MARIA ALICE PAIM LYARD
JUÍZA FEDERAL SUBSTITUTA
(EM EXERCÍCIO NA 2ª V. FEDERAL-RJ).

DR. RALDÊNIO BONIFÁCIO COSTA
JUIZ FEDERAL TITULAR
2º VARA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA-RJ
PROC. Nº 96.0000558-3

SENTENÇA

VISTOS, ETC.

1 - A **Impetrante**, devidamente qualificada na inicial de fls. 02/20, assistida de seus Nobres Advogados (proc. de fls. 28), juntando os docs. de fls. 21/27 e 29/48, recolhendo as custas às fls. 49 e complementadas às fls. 72, impetrou o presente *mandamus* contra o **DIRETOR DO DEPARTAMENTO NACIONAL DE COMBUSTÍVEIS - DNC - REPRESENTADO PELO DELEGADO DO MINISTÉRIO DAS MINAS E ENERGIA NO RIO DE JANEIRO**, colimando, em síntese, o seguinte:

1- Trata-se de uma empresa que se dedica à atividade de Transportadora-Revendedora-Retalhista - TRR, e que sempre adquiriu, os produtos que revende, fora do Estado, a preços mais baixos.

2- Ocorre que, o Ministério das Minas e Energia editou a Portaria nº 062/95, que inviabilizará a atividade da Impetrante, através do seu art. 9º que obriga a aquisição dos produtos na base mais próxima da sede da Empresa.

3- Fundamentou o seu direito em preceitos constitucionais e doutrinadores, referentes à violação dos princípios da hierarquia das normas, da livre concorrência, da legalidade e da isonomia, quando a Autoridade Impetrada edita uma Portaria contrariando a norma constitucional e impede a livre concorrência ao limitar as condições de compra.

4- Esclareceu que as Companhias Distribuidoras baseiam-se no Decreto-Lei nº 395/38, como fundamento da Portaria nº 062/95-MME. Tal orientação é magistralmente contraditada pelo Eminentíssimo Juiz Federal do Eg. TRF da 5ª Região **HUGO DE BRITO MACHADO** que assim se pronunciou como Relator do feito nº 95.05.08236-3/MAS 48537/RN:

"...O antigo Decreto-Lei nº 395/38 foi editado em momento no qual vigorava o Estado Novo, ditatorial e totalitário, controlador de tudo e de todos. Não se concilia, de nenhum modo com a vigente Constituição, e por esta não foi recepcionado.

Nos termos do art. 170, Parágrafo Único da vigente Constituição Federal, somente a Lei pode estabelecer casos nos quais restrições podem ser impostas ao desempenho de atividade econômica.

E não temos Lei a emprestar fundamento à Portaria cuja aplicação é impugnada pela impetrante..."

6- Finalizou requerendo a concessão de liminar determinando que a Autoridade Impetrada não impeça a "livre comercialização por parte da impetrante, de modo a que possa adquirir da base que puder conseguir o melhor preço, sustando-se por consequência os efeitos do art. 9º da Portaria nº 062/95 - MME".

7- Requerêu, ainda, a citação de Companhias Distribuidoras de Petróleo e da União Federal, como **litisconsortes passivas necessárias**, bem como, o deferimento definitivo da segurança e "a declaração judicial pela via de exceção da inconstitucionalidade do artigo 9º da Portaria nº 062/95 do MME, por ofensa ao art. 170, inciso IV da Constituição Federal."

8- Às fls. 50, pelo Inclito Juiz Federal Distribuidor foram os autos encaminhados ao M.M. Juiz Federal da 16ª Vara Federal/RJ para o exame de possível prevenção deste feito em relação ao de nº 95.0024703-8, o que, por força da determinação de fls. 51, foi esclarecido pela Impetrante, às fls. 52/53, resultando no respeitável despacho de fls. 54, decidindo pela inexistência da prevenção à livre distribuição.

9- Pelo respeitável despacho de fls. 58, a M.M. Juíza Federal **Dra. MARIA HELENA RIBEIRO PEREIRA NUNES**, deixou para apreciar o pedido de liminar após o oferecimento da contrariedade.

10- Regularmente notificada, a digna **Autoridade Impetrada** prestou as informações de fls. 60/66, juntando os docs. de fls. 67/69, esclarecendo, preliminarmente, que a Portaria 062/95, já foi objeto de Mandado de Segurança impetrado pela mesma empresa **UBIGÁS TRR LTDA.**, ajuizado em 30.11.95, em curso na 16ª Vara Federal do Rio de Janeiro.

11- Sustentando a carência do direito de ação e a ilegitimidade da autoridade apontada como coatora, requerêu a extinção do processo com julgamento do mérito.

12- Em petição de fls. 76/78, juntando os docs. de fls. 79/82, a Impetrante fez esclarecimentos quanto às diferenças existentes entre os dois Mandados de Segurança impetrados. Rebateu a arguição da ilegitimidade passiva da autoridade coatora e a alegação de que o *Mandamus* foi impetrado contra lei em tese, alertando que se insurgia contra os efeitos da norma em sua atividade, e não contra a norma em si. Referindo-se à alegação da consumação do prazo decadencial, justificou a postulação face à alegação da consumação do prazo decadencial, justificou a postulação face à renovação diária do prazo.

13- A liminar requerida foi concedida às fls. 83/84, pela Eminente Juíza Federal, **Dra. MARCIA HELENA RIBEIRO PEREIRA NUNES**, quando do exercício pleno de suas funções nesta 2ª Vara, determinado que a Autoridade Impetrada se abstinhasse de impedir, sob qualquer forma, a livre comercialização por parte da Impetrante, de modo a poder adquirir da base onde obtivesse o melhor preço, sustando-se os efeitos do art. 9º, II, da Portaria nº 062/95 - MME, até o final julgamento desta via mandamental. Ordenando, também, a inclusão no pólo passivo das Companhias Distribuidoras objeto da relação de fls. 21 dos autos, com remessa à SEADÍ para as devidas anotações na distribuição, o que se cumpriu às fls. 88/89; 91; 92/93 e 94/99.

14 - Às fls. 103/104, juntando docs. de fls. 105/113 e 133/134, a Empresa **CASTROL BRASIL LTDA.**, regularmente assistida de sua Nobre Advogada (proc. de fls. 134), requereu sua exclusão da relação processual face a inexistência de interesse de agir e a sua ilegitimidade para figurar na lide.

15 - **ESSO BRASILEIRA DE PETRÓLEO LIMITADA**, devidamente assistida de sua Nobre Advogada (procs. de fls. 122/124), em petição de fls. 115/121, juntando docs. de fls. 122/131, contestou a inicial sustentando o não cabimento do *mandamus* e a legalidade da Portaria 62/95, suplicando a revogação da liminar e denegação da segurança pleiteada.

16 - **PETROBRÁS DISTRIBUIDORA S.A.**, às fls. 136/137, através seu Nobre Advogado (procurações de fls. 169/173), requereu esclarecimentos quanto à extensão dos efeitos da liminar concedida, pois não faz parte da relação jurídica de direito material discutida neste *mandamus*, inexistindo mandamento judicial à petionária para que faça ou deixe de fazer alguma coisa.

17 - **TEXACO BRASIL S/A - PRODUTOS DE PETRÓLEO**, regularmente assistida de seu Nobre Advogado (proc. de fls. 150/151), argumentando sobre o não cabimento de Mandado de Segurança contra ato normativo em tese e a constitucionalidade da norma atacada, pois, "a

portaria ministerial sub censura está em linha com os preceitos constitucionais vigentes que autorizam o Poder Público a intervir na ordem econômica de forma a garantir os interesses da coletividade." Requereu a extinção do processo sem o julgamento do mérito ou a improcedência do pedido.

18 - **PETROBRÁS DISTRIBUIDORA S.A.**, às fls. 155/163, regularmente representada por seu Nobre Advogado (procs. De fls. 169/173), juntando os docs. de fls. 164/189, defendeu sua exclusão do feito, uma vez que, "a decisão a ser proferida na lide, seja de conteúdo positivo ou negativo, somente afirmará direitos inerentes às TRR's, de modo algum atingindo por via direta, direito da petionária."

19 - Procurou demonstrar que a Impetrante obrou em má-fé, ao ingressar com dois Mandados de Segurança (16ª V.F. e 2ª V.F.), com as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido. Disse que "a Impetrante pretende simular uma operação interestadual para se beneficiar da imunidade outorgada às operações interestaduais de derivados de petróleo como meio de garantir a distribuição em todo o território nacional sem ônus para as unidades da Federação que não são produtores. Ou seja, é uma norma que visa garantir a distribuição de combustível (indispensável à vida moderna) em todo o País, sem onerar injustificadamente os Estados não produtores, eis que os produtores já têm direito aos *royalties* pela sua extração."

20 - Requereu, ao final, o acolhimento da legalidade da Portaria 062/95 - MME, com conseqüente denegação da segurança pleiteada; a revogação da liminar concedida, "como única medida de se evitar prejuízos irreparáveis à petionária, pela concorrência desleal da impetrante que poderá, caso mantida a liminar, adquirir derivados de petróleo e distribuí-los sem os gastos inerentes à atividade de distribuição e sem o pagamento do imposto devido (ICMS)."

21 - **SHELL BRASIL S/A**, regularmente assistida de seu Nobre Advogado (proc. de fls. 101) ofereceu contestação às fls. 191/200, sustentando preliminarmente não ter legitimidade para figurar no pólo passivo, postulando a extinção da ação, a cassação da liminar concedida e a denegação da segurança. Rebateu as alegações de inconstitucionalidade apresentadas pela Impetrante.

22 - **A UNIÃO FEDERAL**, às fls. 204/208, em contestação, arguiu ilegitimidade da autoridade apontada como coatora, por competir ao Delegado Regional do Ministério das Minas e Energia, representar os interesses do MME no âmbito do Estado do Rio de Janeiro. No caso, a ação deveria ser proposta contra o Ministro de Estado de Minas e Energia,

perante o Superior Tribunal de Justiça. Arguiu, ainda, a decadência, requerendo seja a Impetrante julgada carecedora do direito de ação, devendo o processo ser extinto sem julgamento do mérito.

23 - SOCIEDADE TÉCNICA E INDUSTRIAL DE LUBRIFICANTES - SOLUTEC S/A, respondeu a impetração às fls. 216/223, acompanhada dos docs. de fls. 224/235, requerendo sua exclusão do feito por ilegitimidade passiva, revogação da liminar concedida e a denegação da segurança pleiteada, sendo incabível o presente *Mandamus*, pois se discute lei em tese.

24 - Às fls. 238/242, o Nobre Representante do **Ministério Público Federal**, opinou pela concessão da segurança, assim fundamentando seu parecer, *verbis*:

"Trata-se de mandado de segurança preventivo, impetrado com a finalidade de se ordenar à Autoridade que se abstenha da prática de qualquer ato que impeça a Impetrante de adquirir os produtos que comercializa na base de distribuição onde conseguir o melhor preço. Assim, tratando-se de restrições impostas à Impetrante, não há que se falar em decadência, pois a lesão ao direito se renova a cada restrição.

Ainda por se tratar de "writ" preventivo, não há que se falar também em impetração contra lei em tese, pois o que a Impetrante pretende é que não se concretize qualquer ato de punição que possa ser imposto pela Autoridade.

A repetição da Impetrante de fls. 76/78 esclarece a legitimação da Autoridade Impetrada, pois, conforme se observa às fls. 80, faz parte da estrutura da Delegacia do Ministério das Minas e Energia no Rio de Janeiro a Seção de Fiscalização de Combustíveis. Assim, compete ao Delegado das Minas e Energia no Rio de Janeiro ordenar aos seus subordinados que se abstenham da prática de qualquer ato contra a Impetrante.

"Data Venia", entendemos que as Companhias Distribuidoras não são legitimadas como litisconsortes, pois não se pede nada contra ou em face delas. Possuem elas, apenas, exclusivo interesse econômico na solução da lide, que não lhes confere a qualidade de partes na relação jurídica.

No mérito, entendemos que a segurança deve ser concedida.

O art. 9º, inc. II, da Portaria nº 62, de 6.3.95, do Ministro de Estado de Minas e Energia, dispõe, "verbis":

Art. 9º. O transportador-Revendedor-Retalhista obriga-se a:
[...]

II- somente recebe produtos de base de distribuição de outra Unidade da Federação, quando esta for a mais próxima da sede do TRR.

Tal restrição não encontra nenhum amparo legal. O Decreto-lei nº 395, de 29.4.38, se recepcionado, deve ser interpretado de acordo com os princípios estabelecidos pela atual Constituição, que assegura o livre exercício de qualquer atividade econômica, esclarecendo que só a lei pode estabelecer restrições (art. 170 e p.u.).

Cumpra observar que até as informações prestadas pela Autoridade não defendem a legalidade do ato. Cingem-se a argumentar com aspectos processuais, mas nada esclarecem quanto ao embasamento legal do ato. Da mesma forma a contestação ofertada pela União.

Assim, não encontrando-se justificativa legal nem razoável para a restrição imposta pelo art. 9º, inc.II, da mencionada Portaria nº 62, fr 6.3.95, que obriga as empresas a só receber produtos da base de distribuição de outra unidade da Federação quando esta base for a mais próxima da sede do TRR, entende o MP que a segurança deve ser concedida a fim de que seja assegurado à Impetrante o direito de adquirir as mercadorias que comercializa na base de distribuição que lhe aprovar, abstendo-se a Autoridade Impetrada da prática de qualquer ato que ameace ou possa restringir este direito da Impetrante.

Nesse sentido é o nosso pronunciamento."

25 - Em petição de fls. 251/252, a Impetrante informou que a Petrobrás Distribuidora S/A se nega a comercializar os combustíveis autorizados à Impetrante, requerendo assim, que seja determinado que a BR Distribuidora cumpra a liminar.

26 - Em despacho de fls. 257, foi indeferido o pedido de fls. 251/252.

27 - Às fls. 258, foi lançada certidão de que, apesar de regularmente citadas às fls. 96/96 vº; 96/97; 96/98; 212/214 e 248/248 vº, as litisconsortes **CIA. ATLANTIC DE PETRÓLEO; COMPANHIA BRASILEIRA DE PETRÓLEO IPIRANGA; DISTRIBUIDORA WAL - PRODUTOS DE PETRÓLEO; SALEMCO BRASIL PETRÓLEO LTDA.** e

FRANNEL DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA., não se manifestaram.

28 - É o relatório, **D E C I D O**:

29 - Trata-se de postulação onde se colima a comercialização livre de derivados de petróleo de álcool carburante de modo a possibilitar adquirir da base que puder conseguir o melhor preço e não da mais próxima, sustando-se, em decorrência os efeitos do art. 9º da Portaria nº 062/95-MME, sustentando a inconstitucionalidade do apontado art. 9º, por ofensa ao art. 170, IV, da *LEX MAGNA*.

30- No exame da *quaestio à lux* da *LEX MAGNA*, entende este Juízo que o sistema econômico por ela definido é, em última *ratio*, o da economia descentralizada, baseada no mercado. De se notar que na atual Carta Política se encontram presentes todas as suas peças essenciais: a propriedade, inclusive dos meios de produção (art. 5º, inciso XXII, e o art. 170, inciso II), a livre iniciativa (erigida em "fundamento" da República Federativa do Brasil, art. 1º, inciso IV, e reiterada como fundamento da "ordem econômica" no art. 170, *caput*), a livre concorrência (esta pela primeira vez mencionada numa Constituição Brasileira, art. 170, inciso IV).

31 - Dess' arte, indiscutível que na ampla visão da Constituição, a empresa, regularmente constituída pela livre iniciativa, exerce sua atividade em livre concorrência, estimulada pelo incentivo estatal, norteadada pelo planejamento, sob a fiscalização do Estado para o respeito às leis e às normas essenciais ao interesse público (art. 174, da CF).

32 - Não se podendo negar, portanto, que a Constituição vigente consagra o tipo descentralizado de economia.

33 - Também consagra o princípio da livre concorrência, consoante o disposto em seu art. 170, inciso IV.

34 - O insígne e emérito Constitucionalista **JOSÉ AFONSO DA SILVA**, em sua festejada Obra CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL POSITIVO, 9ª Edição, 2ª tiragem, Malheiros Editores, pág. 674, assim preleciona sobre o tema, *verbis*:

A livre concorrência está configurada no art. 274, IV, como um dos princípios da ordem econômica. Ela é uma manifestação da liberdade de iniciativa, e, para garanti-la, a Constituição estatui que a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros (art. 173, § 4º).

Os dois dispositivos se complementam no mesmo objetivo. Visam tutelar o sistema de mercado e, especialmente, proteger a livre

concorrência contra a tendência açambarcadora da concentração capitalista.

35- Válidas, também, as ensinanças do ínclito Constitucionalista **MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO**, em sua conceituada Obra DIREITO CONSTITUCIONAL ECONÔMICO, Editora Saraiva, 1990, págs. 193/194, que seguem transcritas, verbis:

Por outro lado, é expressa a Constituição ao consagrar o princípio da livre concorrência (art. 170, IV).

Que significa ele?

Recorde-se a lição de André de Laubadère:

" O princípio de livre concorrência permite aos particulares exercer suas atividades industriais e comerciais num sistema de competição que não deve ser entravado nem por prescrições nem por prestações providas dos poderes públicos " (Droit public économique, 4. ed., Paris, Dallos, n. 152).

É evidente, portanto, que, num sistema de livre concorrência, cada um fixa o preço do que produz, ou vende. Somente assim poderá competir com outros produtores ou vendedores. E o respeito à livre concorrência exige - reitere-se o ensinamento - que a fixação de preços pelo produtor ou vendedor não seja entravada pelo Poder Público.

A livre concorrência não é incompatível com a intervenção do Estado na atividade econômica. Ela apenas exige que esta intervenção seja "indireta, quer dizer, respeitosa da liberdade de decisão dos que procuram e dos que oferecem os bens, e da liberdade de formação dos preços. Certamente, o Estado pode influenciar estas liberdades por uma política financeira, monetária ou social. Mas a liberdade de determinação dos agentes econômicos, em última análise, não é eliminada. A economia é somente orientada" (Raymond Barre, Économie politique, cit., p.186).

Acrescenta-se que a Constituição vigente admite a legitimidade do lucro, portanto, de preços, que, além de cobrir o custo do bem e as despesas a ele relativas, enseje uma margem de proveito para o vendedor ou produtor.

36- No mesmo sentido os profícuos ensinamentos do conceituadíssimo e emérito Jurista **MIGUEL REALE**, que ao discorrer sobre o tema A ORDEM ECONÔMICA LIBERAL E A CONSTITUIÇÃO DE 1988,

publicado na obra conjunta CONSTITUIÇÃO DE 1988 - O AVANÇO DO RETROCESSO, coordenada por **PAULO MERCADANTE**, Rio Fundo Editora, 1990, págs. 20/22, conforme transcrições que seguem, verbis:

A importância da sociedade civil é de tal ordem que o legislador constituinte não hesitou em repetir a idéia no artigo inicial do título pertinente aos princípios gerais da atividade econômica, fixando no caput do art. 170, o seguinte:

"A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios":

Como se vê, a iniciativa privada não constitui mero princípio, mas é o fundamento do Estado Democrático de Direito, colocado como se acha no caput do artigo. Por outro lado, os princípios que devem nortear a realização e o respeito à iniciativa privada são vários, como a soberania nacional e a propriedade privada; mas quero ressaltar dois deles, que servirão de base para o nosso discurso: o princípio da livre concorrência e o princípio da defesa do consumidor. Penso, salvo engano, que é a primeira vez que num texto constitucional brasileiro se faz referência, de maneira tão clara e tão expressa, não apenas à iniciativa privada lato sensu, mas especificamente à livre concorrência.

Ora, que é a livre concorrência? É um conceito econômico nitidamente explicitado pelos mestres da economia. Quem fala em livre concorrência fala na economia de mercado. A própria expressão "livre concorrência" guarda esse sentido na sua gênese vocabular. Concorrência vem de concorre, "correr com", "disputar", "fazer jogo". A livre concorrência é a concepção da ordem econômica em virtude da qual se diz que, fundamentalmente, os valores econômicos têm que se revelar e se positivar através do livre jogo das forças econômicas. Ou seja: a livre concorrência significa a liberdade como pressuposto fundamental da atividade econômica.

Salvo engano, repito, é a primeira vez que a livre concorrência é de maneira tão clara colocada no texto constitucional.

Falei da livre concorrência e da defesa do consumidor. Lembro desde logo que antes a Constituição já se refere à defesa do consumidor no art. 5º, XXXII:

"XXXII - O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do

consumidor."

Sublinho, acentuo e realço essas palavras: "na forma da lei". Vemos, como efeito, o princípio de legalidade consagrado e firmado como pressuposto da defesa do consumidor. Esta somente pode ser feita segundo normas legais, e não com base em portarias, circulares e outros instrumentos, dos quais o Executivo tem abusado, como se a Constituição inexistisse.

Tem-se dito que a Constituição atual não prevê a intervenção no domínio econômico. É lançar o dardo longe demais, contra a estrutura mesma da sociedade atual, sem o Estado intervencionista. O importante, porém, é saber como e quando essa intervenção se dá de maneira lícita. A intervenção no mundo econômico é referida, aliás, pela própria Constituição, no art. 149, que reza:

"Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico..."

Devemos reconhecer que essa intervenção está implícita nos textos do Capítulo I do Título VII, e mais propriamente no art. 173 do seguinte teor:

"Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei."

Se analisarmos esse artigo, podemos inferir que, em princípio, o Estado não deve intervir na vida econômica. A vida econômica deve ser deixada ao livre jogo das forças espontâneas do mercado, ou seja, à livre concorrência, salvo quando a exploração direta de atividade econômica pelo Estado se torne necessária em virtude de motivos de natureza imperativa, de duas ordens:

- segurança nacional;*
- relevante interesse coletivo.*

Donde se conclui que a intervenção do Estado no domínio econômico tem esta característica: em princípio, não deve haver intervenção na economia que deve obedecer à espontânea lei da livre concorrência, colocada antes como princípio iluminador da livre iniciativa. Mas quando surge um imperativo fundamental de segurança nacional ou do interesse coletivo, o Estado deve interferir.

Cabe salientar aqui uma diferença fundamental: enquanto que a Constituição anterior de certa maneira dava ao Executivo ampla competência para dizer o que era interesse coletivo e segurança nacional, o legislador atual opta pelo princípio de legalidade, exigindo uma prévia definição legal.

Creio que não há necessidade de mais exemplos para mostrar que um dos pontos básicos que a Constituição traz, de novo, é o princípio da legalidade como condicionante e pressuposto lógico e axiológico da intervenção no mundo econômico. É a razão pela qual, tendo a Constituição dado primazia à sociedade civil sobre o Estado, também no parágrafo primeiro do art. 173, favorece a empresa privada frente à empresa pública.

37 - Ainda sobre o mesmo tema, mas tecendo comentários sobre o instituto da concorrência sob os princípios ditados pela **Lei nº 4.137, de 10/09/1962, que regula a repressão ao abuso do poder econômico**, o consagrado Jurista CARLOS BARBIERI FILHO, traçou os seguintes ensinamentos em excelente obra monográfica publicada na *RESENHA TRIBUTÁRIA*, 1984, PÁGINAS 15/17 E 119/120, sob o Título "DISCIPLINA JURÍDICA DA CONCORRÊNCIA - ABUSO DO PODER ECONÔMICO", *verbis*:

"O direito antitruste norte-americano tem uma duplo significação para o Brasil: em 1º lugar, possui valor de natureza legal, o mesmo valor que teria para qualquer país que se dispusesse a legislar e executar uma lei antitruste. Esse valor provém do fato de que a legislação federal norte-americana, proibindo restrições da concorrência e monopólios, data de 2 de julho de 1890, quando foi promulgado o Sherman Act, e que, desde então, esta lei foi aperfeiçoada e vigorosamente executada pelo Governo dos Estados Unidos da América.

Durante estes anos, os tribunais e órgãos dos Estados Unidos tinham a oportunidade de julgar milhares de casos baseados na legislação antitruste, e os juristas, de escrever igual número de estudos doutrinários sobre o direito antitruste.

Não há exagero em se dizer que a matéria jurídica, econômica e social sobre o direito antitruste norte-americano é de grande valia, não só para o Brasil como para o mundo todo. Essa matéria serve de arquivo da experiência antitruste e do pensamento baseado nesta experiência, de um país que, sob o regime de uma lei antitruste, cresceu e progrediu ao ponto em que os Estados Unidos se encontram hoje.

O direito antitruste norte-americano indica problemas e aponta soluções: a lei nasceu e foi aplicada diretamente na vida econômica e social do povo dos Estados Unidos. Assim, por meio da execução desta lei, a indústria cinematográfica norte-americana foi completamente reestruturada, de tal modo, que afetou desde as grandes empresas que produziam, distribuíam e exibiam filmes, até o cinema do bairro.

E esta reestruturação foi feita a custo de grandes empresas cinematográficas, que pagaram milhões em dólares em indenizações às empresas e indivíduos, danificados por suas ações ilícitas.

Esse caso não só exemplifica a significação do direito antitruste norte-americano, mas também mostra a potência de uma lei como instrumento destinado a amparar um regime baseado no princípio da concorrência. Não será toda a experiência norte-americana válida para o Brasil, visto ser o nosso país diferente e com problemas econômicos diversos dos existentes nos Estados Unidos.

Em 2º lugar, citamos o valor mais direto com a legislação antitruste brasileira. A primeira legislação antitruste brasileira foi o Decreto-lei n. 869, de 18 de novembro de 1938. Segundo Néelson Hungria e o então Consultor-Geral da República, tal decreto estava baseado em grande parte no direito norte-americano.

Em seu livro, escrito após a instituição do Decreto-lei n. 869, Néelson Hungria declarou que teria sido, este, inspirado no projeto do então novo Código Penal Argentino, nas propostas da Comissão de direito penal na Alemanha e na legislação e jurisprudência norte-americana (vide Néelson Hungria - Dos crimes contra a Economia Popular, págs. 17/RJ em 1939).

Sobre o direito antitruste norte-americano, aponta o Clayton Act de 1914, como uma fonte para a exegese do Decreto-lei n. 869: "O Clayton Act, de 1914, contém, os seguintes dispositivos, que podem servir para vários esclarecimentos e orientação na exegese de vários artigos do Decreto-lei n. 869..."

Como vimos, a legislação antitruste da América do norte iniciou-se com a lei Sherman de 1890. Nessa lei, o que se objetivava, precipuamente, era combater qualquer restrição ao comércio interestadual e também impedir que se formassem monopólios.

São dois os órgãos do Governo dos Estados Unidos encarregados da aplicação da legislação antitruste: "Antitrust Division" do Departamento de Justiça e a "Federal Trade Commission". É assim que o combate aos trustes e cartéis tem dupla natureza: judicial e administrativa".

A concorrência é elemento fundamental para o democrático desenvolvimento da estrutura econômica. É ela a pedra de toque das liberdades públicas no setor econômico.

Concorrência é disputa, em condições de igualdade, de cada espaço com objetivos lícitos e compatíveis com as aspirações nacionais.

Consiste, no setor econômico, na disputa entre todas as empresas para conseguir maior e melhor espaço no mercado.

O objetivo da legislação antitruste é proteger e amparar aqueles que participam deste jogo.

Na legislação brasileira a concorrência aparece sempre como elemento vital, e tal é a sua importância que, na Lei n. 4.137, o artigo 2º tem em seu extenso:

Consideram-se formas de abuso do poder econômico:

1 - Dominar os mercados nacionais ou eliminar total ou parcialmente a concorrência, por meio de:

- a) ajuste ou acordo entre empresas, ou entre pessoas vinculadas a tais empresas ou interessados no objeto de suas atividades;*
- b) aquisição de acervos de empresas ou de cotas, ações, títulos ou direitos;*
- c) coalizção, incorporação, fusão, integração ou qualquer outra forma de concentração de empresas;*
- d) concentração de ações, títulos, cotas ou direitos em poder de uma ou mais empresas ou de uma ou mais pessoas físicas;*
- e) acumulações de direção, administração ou gerência de mais de uma empresa;*
- f) cessação parcial ou total das atividades de empresa promovida por ato próprio ou de terceiros;*
- g) criação de dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa.*

Ao estudar a legislação antitruste brasileira, percebemos nitidamente dois elementos ideológicos vitais. O primeiro deles é a opção pelo sistema capitalista, que tem na concorrência seu melhor método. É a base econômica. O segundo elemento é essencialmente social, e traduz-se na importância de restringir o poder dos particulares sobre a economia, o Estado e outros particulares.

A defesa da concorrência é o interesse de obtenção de preços que condigam no real preço industrial, a amplitude da produção e a renovação tecnológica e seu aperfeiçoamento.

38 - Julgando caso semelhante ao versado neste procedimento constitucional a Colenda Primeira Turma do Egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região, acolhendo o respeitável voto (Acostado na íntegra, às fls. 35/37) do Eminente Juiz Federal. **Dr. HUGO DE BRITO MACHADO**, à unanidade, decidiu, ao apreciar o Recurso de Apelação nº 95.05.00434-6, (47.623-PE), que, *verbis*:

EMENTA:

CONSTITUCIONAL. LIVRE INICIATIVA. CF. ART. 170, § ÚNICO. COMÉRCIO DE ÁLCOOL COMBUSTÍVEL E SUBPRODUTOS DE PETRÓLEO. PORTARIA 250/91 DO MINFRA.

- As restrições ao comércio de álcool combustível e de subprodutos de petróleo, estabelecidas na Portaria 250/91 do MINFRA, são desprovidos de fundamento legal, posto que o Decreto/lei nº 395/38 não foi recepcionado pela CF/88.

- Apelação provida.

39 - Por estas razões é que, acompanhando o entendimento dos renomados tratadistas suso citados e a Veneranda Decisão da Eg. Primeira Turma do Col TRF da 5ª Região, e acolhendo, também, os fundamentos que serviram de supedâneo ao alentado e profícuo Parecer de Nobre e Culto Procurador da República **Dr. LUIZ MENDES SIMÕES**, lançado às fls. 238/241, mantenho a liminar deferida às fls. 83/84, pela Inclita Juíza Federal - **Dra. MARCIA HELENA RIBEIRO PEREIRA NUNES**, e, em caráter definitivo **CONCEDO A SEGURANÇA**, conforme e para os fins a que foi inicialmente requerida, determinando à autoridade impetrada que se abstenha de impedir que a impetrante adquira as mercadorias que comercializa na base de distribuição que lhe aprover, vez que o art. 9º, inciso II, da Portaria nº 62, de 06/03/95, do Ministério de Minas e Energia, se encontra eivado de inconstitucionalidade, por não respeitar o princípio da livre concorrência, assim consagrado pelo

artigo 170, inciso IV, parágrafo único da CONSTITUIÇÃO FEDERAL e art. 2º da lei nº 4.137, de 20/09/62, bem como por ser o ato atacado, nesta via mandamental, simples Portaria e não Lei, como assim o exige o art. 173 e seu parágrafo 4º, da LEX MAGNA, não podendo, portanto, ser aplicado contra as atividades comerciais da suplicante.

40 - Quanto ao pedido de exclusão da lide, sob o argumento de que são partes ilegítimas, indefiro com âncora no disposto no art. 47 da Lei de Ritos, eis que possuem indiscutível interesse econômico na solução da "quaestio", por força de suas próprias e públicas atividades empresariais, certo ainda que se chamadas a negociar com a impetrante não se sentirão constrangidas ante a inconstitucionalidade do art. 9º, inciso II, da Portaria nº 62, de 06/03/95, do Ministério de Minas e Energia.

41 - Custas, como de lei.

42 - Sem honorários advocatícios, consoante orientação dada pela SÚMULA Nº 512, do STF.

43 - Dê-se ciência à UNIÃO FEDERAL (A.G.U.) e ao Ministério Público Federal.

44 - Sentença sujeita ao duplo grau de jurisdição.

P.R. COMUNIQUE-SE.

Rio de Janeiro, 25 de outubro de 1996.

RALDÊNIO BONIFÁCIO COSTA
JUIZ FEDERAL

OBS. Final da sentença prolatada nos autos do Mandado de Segurança - proc. nº 96.0000558-3, impetrado contra o DIRETOR DO DEPARTAMENTO NACIONAL DE COMBUSTÍVEIS - DNC - REPRESENTADO PELO DELEGADO DO MINISTÉRIO DAS MINAS E ENERGIA NO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, por UBIGÁS TRR LTDA..

DR. MARCELLO FERREIRA DE SOUZA GRANADO
JUIZ FEDERAL SUBSTITUTO
4ª VARA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA-RJ

SENTENÇA

Vistos, etc.

I.

O **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**, em 02.03.94 (fls. 156, verso), ofereceu denúncia em face de MICHEL SALIN ELIA, qualificado às fls. 02, imputando-lhe a prática do crime descrito no artigo 9º, da Lei nº 7492/86. Assim, estão descritos os fatos na denúncia:

"Como se comprova pelo contrato social constante às fls. 64/72, em suas cláusulas sétima, parágrafo terceiro e décima quinta, ao ora denunciado, exercendo o cargo de Diretor Técnico da CREDINVEST - DISTRIBUIDORA DE TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS LTDA., competia isoladamente o gerenciamento das operações do mercado de capitais praticada pela Distribuidora.

Em 1992, o Banco Central do Brasil, no exercício de suas atribuições legais, através de Processo Administrativo, concluiu que as Notas de Negociação de Títulos de números 60764 a 60767 e 60715, datadas de 31/10/89, elaboradas pela Distribuidora referenciada e cujas cópias se encontram às fls. 11/15, continham a falsa informação de que aos títulos correspondentes às operações nelas mencionados haviam sido entregues aos clientes, o que de fato não teria ocorrido.

Efetivamente, no decorrer da fiscalização levada a efeito na Distribuidora, origem do Processo Administrativo retro mencionado, os técnicos do Banco Central, ao efetuarem a decomposição da Nota de Negociação de Títulos de nº 60715 (fls. 12), constataram que os valores efetivamente pagos pelos clientes para a compra de cotas do Fundo de

Curto Prazo é aqueles pagos pela Distribuidora aos clientes em virtude de resgate são diferentes dos valores correspondentes aos títulos e constantes dos certificados, o que invalida a afirmação aposta nas Notas, de que os títulos teriam sido entregues aos clientes.

Ainda a confirmar tal assertiva, o fato de que entre os 35 (trinta e cinco) cheques emitidos pela Distribuidora para proceder ao resgate dos títulos correspondentes apenas à Nota nº 604715 e relacionados às fls. 78, estão identificados os nomes de quatro diferentes clientes que estariam vinculados a essa operação, evidenciando a venda de frações ideais dos certificados, em desrespeito ao item I da Circular nº 859 do Banco Central que veda esse procedimento, revelando ainda a impossibilidade de terem sido realmente entregues os títulos aos clientes, como pretendia fazer crer o denunciado.

Assim, verifica-se que o denunciado, voluntária e conscientemente, fez inserir, em documento comprobatório de investimento em títulos, falsas declarações, com o objetivo de fraudar a fiscalização, razão pela qual encontra-se sujeito às penas previstas no art. 9º da Lei 7.492/86."

A denúncia recebida em 08/03/94 (fls. 157), veio acompanhada dos autos do inquérito policial que lhe serviu de base e rol de testemunhas.

Citação do acusado por edital às fls. 169.

FAC às fls. 168 sem anotações.

Decretada a revelia do acusado às fls. 172.

Defesa prévia às fls. 173 com rol de testemunhas.

Oitiva de testemunhas arroladas pelo MPF às fls. 184/185, tendo o Parquet desistido das demais (fls. 183).

Às fls. 191/198, oitiva de testemunhas arroladas pela defesa.

Em diligências as partes nada requereram, tendo a defesa juntado aos autos os documentos de fls. 204/205.

Alegações finais do MPF às fls. 207/208 onde requereu a condenação por entender, depois de analisar a prova produzida, comprovada a autoria e a materialidade do crime imputado.

A defesa apresentou alegações finais às fls. 211/219, onde sustentou "impossibilidade constitucional de condenação" (sic fls. 213), alegando que a prova foi produzida exclusivamente no curso do inquérito administrativo procedido pelo Banco Central; acrescentou atipicidade do fato por ausência de dano, ainda que potencial e, analisando a prova

testemunhal, negou a autoria.

II.

Examinados, passo a decidir.

O crime imputado ao acusado traz na sua figura típica a noção do falso ideológico, embora sem a presença do elemento subjetivo neste previsto (art. 299 do CP), e por tal razão, ao contrário do que pretendeu a defesa em suas alegações finais não requer prova pericial para sua comprovação.

Falsa, portanto, é a idéia que o documento, no caso o título contém. Não há de exigir exame de corpo de delito, como pretendido pela defesa.

Rejeito, assim, embora não argüida de forma expressa a preliminar de nulidade do procedimento.

De igual forma não procede a alegação defensiva no sentido de que toda a prova funda-se exclusivamente no inquérito administrativo procedido pelo Banco Central.

Certo é que o contraditório, como condição de validade das provas dá-se como possibilidade de participação das partes no instante da produção do material probatório e que servirá para a formação do livre convencimento do órgão julgador.

A impossibilidade de integração extrajudicial do contraditório é clara na doutrina, como leciona Ada Pellegrini Grinover, in *Novas tendências do Direito Processual...*, (ed. Forense Universitária, p. 23 e 24, 2ª edição, RJ/1990): "na medida em que as provas constantes quer do inquérito policial, quer do procedimento ou sindicâncias administrativas em geral, não se prestam senão à formação da *opinio delicti*, para efeito de oferecimento da denúncia. E, oferecida a denúncia, cabe ao Ministério Público provar o que alega, sendo inaceitável que alguém seja condenado apenas com base nos elementos do inquérito policial de quaisquer outros procedimentos administrativos prévios".

Não obstante tal assertiva, não é este o caso em questão.

A denúncia veio instruída com o procedimento administrativo, integrante do inquérito policial onde consta defesa formulada e assinada pelo acusado (fls. 75/81), depois de regularmente intimado pelo Banco

Central do Brasil para exercer seu direito de ampla defesa (fls. 09).

Todo o procedimento administrativo, aí incluída a defesa lá formulada pelo acusado, acompanhou a denúncia e assim foi submetido ao contraditório como documento.

Sobre ele a defesa exerceu seu constitucional direito, a ponto de, *antes mesmo do momento processual oportuno* apresentar 'considerações' (sic fls. 258) o que fez por cinco laudas pretendendo demonstrar a "correção do seu comportamento".

Diante do princípio da oralidade, dentre outros norteadores da prova em sede processual penal, sem dúvida há uma tendência natural da concentração da prova em audiência, na grande maioria dos casos.

Porém, o princípio da liberdade probatória, embora com a restrição contida no artigo 155 do Código de Processo Penal, lá está insculpido e vigente no direito pátrio.

Seria uma superfetação, em casos como este, exigir-se nova prova em Juízo, com oitiva de testemunhas que participaram do procedimento administrativo e que vêm a Juízo tão-somente para, em regra, "confirmar o teor e assinaturas apostas nos documentos constantes do inquérito".

Além disso, a própria tese sustentada pela defesa em Juízo, guarda perfeita harmonia com os elementos trazidos pelo MPF com o oferecimento da denúncia.

O objeto da prova é o fato delituoso suas circunstâncias objetivas e subjetivas.

Às fls. 191, **ANTÔNIO MARTINS DUARTE**, testemunha arrolada pela defesa disse:

"... que o depoente, como contador, embora não participasse diretamente da emissão dos títulos, teve ciência da emissão daquelas notas naquele dia ..."

"... que a operação narrada em denúncia era permitida por normas do próprio BACEN..."

"... o que caracterizou aquela operação, é que era uma operação de venda de títulos de curto prazo ao portador".

"... gostaria de acrescentar que não foi um caso isolado desta operação interna..."

"... que naquele caso aconteceu isso, e o cliente entregou os cheques ao portador..."

Adiante, às fls. 195/197, **LUIZ IVAN GUIMARÃES SOARES**,

testemunha também arrolada pela defesa, narrou:

"...que isto era uma prática da CREDINVEST;... que a operação era permitida, e foi feita conforme as normas da época;... que só tomou conhecimento da irregularidade mencionada na denúncia; quando o BACEN notificou a empresa sobre ela;... que o elemento fórmula de liquidação, que relacionava todos os cheques, não constava naquela operação, porque o investidor pediu muitos cheques, o que tornava inviável colocá-los um a um na NNT, não havendo espaço físico para isso; que na cópia dos cheques, fazia-se referência àquela nota;...que pode afirmar que os títulos de que trata a denúncia foram entregues no ato da operação, porque tratava-se de operação ao portador;... que, como a operação era rotineira, regular e normal, não tinha porque notificar a MICHEL a sua ocorrência...".

Assim, os fatos narrados na denúncia e demonstrados pelos documentos que fazem parte do inquérito administrativo e policial que instruiu a peça vestibular, tiveram sua existência confirmada pelas testemunhas ouvidas em Juízo.

Não há como se admitir que na presente ação penal só haja provas coletadas na fase inquisitorial. Os depoimentos mencionados demonstram a existência dos fatos, embora em seu contexto pretendam indicar conseqüências jurídicas diversas das postuladas na denúncia.

Desta forma, não se trata de simples hipótese de integração extrajudicial do contraditório, mas sim de realização deste, no curso da relação processual litigiosa, com plena possibilidade de exercício da ampla defesa, como manda a Constituição da República.

Por tais razões rejeito tal tese defensiva.

O crime imputado ao acusado é, segundo doutrina majoritária, formal e comissivo.

O núcleo do tipo é representado pelo verbo fraudar acrescido das expressões "inserindo" ou "fazer inserir", sendo esta última forma de conduta indireta, ou seja, descreve comportamento do agente realizado materialmente por interposta pessoa que pode não ostentar a posição de partícipe.

Consuma-se o crime, portanto, quando é feita no documento, ainda que de forma indireta, a inserção de declaração falsa ou diversa da que deveria constar, não se exigindo produção do resultado naturalístico.

Alegou a defesa a atipicidade da conduta imputada, sustentando

que, em razão da sanção administrativa aplicada (multa) foi caracterizada "mera irregularidade administrativa" (sic fls. 213); que "os elementos substantivos da operação foram corretamente consignados de modo a garantir o investidor e a fiscalização do Banco Central" (sic fls. 214) e que "o fato jamais causaria dano, ainda que potencial elemento exigido para a configuração do crime em tela".

A natureza mais ou menos severa da sanção administrativa aplicada à instituição financeira pelo Banco Central nenhum reflexo tem sobre a caracterização ou não da conduta originária como infração penal, pois são independentes como fazem certo os princípios de direito e a disposição final do artigo 44 da Lei n ° 4595/94.

As falsas declarações inseridas no documento comprobatório de investimento em títulos, diante da norma complementadora ditada pela circular n ° 859, de 15/05/84, item I, do Banco Central do Brasil, constitui fato juridicamente relevante e elemento substancial do documento, não prosperando, assim, a tese defensiva.

Quanto à alegada inexistência de dano, ao menos potencial, faz-se mister análise mais detalhada.

É de sabença que em crimes de falso impõe-se a identificação, no fato, da ocorrência de dano, ainda que potencial.

Acentua Manoel Pedro Pimentel, na obra citada pela defesa em suas alegações finais que:

"O falso inócuo, que nem ao menos ponha em perigo o bem jurídico protegido, não é considerado elemento substancial do crime, consoante o aforismo: não há falso sem dano, pelo menos potencial" (grifei).

Não resta qualquer dúvida, pois, acerca da imprescindibilidade do elemento implícito dos crimes de falso - a potencialidade lesiva - para a sua consumação.

Dir-se-ia, assim, que exigindo-se potencialidade lesiva, o crime em questão não seria de dano, mas sim de perigo, consumando-se com a possibilidade de dano. É mais, que a conduta imputada - fraude à fiscalização - importaria em perigo presumido ou concreto, como os que são contrários àquela figura no Direito Penal moderno.

Contudo, tal classificação da natureza do crime em questão torna-se irrelevante na medida em que se trata de crime de subjetividade passiva dupla e objetividade jurídica múltipla.

Manoel Pedro Pimentel na obra citada, menciona os objetos jurídicos do crime em questão, indicando-os como a "boa execução da

política econômica", a fé pública e o patrimônio, do primeiro decorrendo o sujeito passivo principal que é o Estado, segundo o autor "ofendido na boa execução da política econômica do Governo" e do último eventuais vítimas particulares da fraude, investidores "prejudicados efetiva ou potencialmente" por sua ocorrência.

É de se notar que a dupla subjetividade passiva pode se dar de forma alternativa ou cumulada, ou seja, o Estado sempre será sujeito passivo. Contudo, o investidor, nem sempre, como é o caso sob exame.

O objeto jurídico atingido pela conduta em questão não foi um bem específico, como seria o caso de um investidor ter sofrido lesão ou perigo de lesão.

O objeto jurídico, além da posição simplista colocada pelo tão festejado autor citado, vem representado, sobretudo, pelo interesse que a norma penal tutela e acima foi mencionado.

Adotando a teoria jurídico-normativa, segundo a qual não há crime sem resultado, pois todo crime produz dano ou perigo, ao menos a um interesse, e considerando que objeto jurídico determinado (interesse estatal, no sentido de coletividade de regular desenvolvimento do sistema financeiro), tenho que o dano ao interesse (não só perigo) ocorreu.

O fato constitutivo do crime imputado, (adotando o entendimento do prof. Damasio E. de Jesus, in Lei de Tóxicos Anotada, onde abordou a questão dos crimes de perigo abstrato, perfeitamente aplicável ao caso sob exame), em confronto com o objeto jurídico difuso, qual seja, a regular atividade do Sistema Financeiro, foi ofendido e não somente submetido a perigo de dano.

Ocorreu, assim, lesão ao interesse estatal de que o sistema funcione corretamente.

Tenho, por estas razões como típica e consumado o fato imputado.

Resta, ainda, identificar-se a autoria.

A testemunha LUIZ IVAN GUIMARÃES SOARES, na época gerente administrativo da CREDINVEST, em seu depoimento de fls. 195/198 disse que:

"...o problema narrado na denúncia ocorreu em razão de uma fiscalização rotineira do BACEN, em que o fiscal, ao invés de considerar uma conjunto de notas relativas a uma operação, considerou apenas uma anotação feita no verso de um cheque, mencionando apenas uma das notas; que isso era uma prática da CREDINVEST..."

"...que a CREDINVEST era uma empresa que não operava no "varejinho" e sim, com um número muito pequeno de clientes, e naquele dia, só tinha feito aquela operação ao portador..."

Referindo-se a MICHEL disse:

"...que a ele eram apresentadas as operações como um todo, depois de feitas, mas delas não participaram diretamente, só tomava conhecimento de seus resultados e conseqüências..."

"...que a gerência operacional e administrativa se reportava a MICHEL, e entre ambos havia um contrato e entrosamento, mas a operacionalização era feita na mesa...

"...que como a operação era rotineira, regular e normal não tinha porque notificar a Michel a sua ocorrência..."

"...naquele dia, só tinha feito aquela operação ao portador..."

No sentido de ser comum a realização daquele tipo de operação pela CREDINVEST e feita daquela forma, a testemunha ANTONIO DUARTE afirmou às fls. 192 que:

"...com todos os clientes da CREDINVEST adotava-se o mesmo procedimento, por isso, gostaria de acrescentar que não foi um caso isolado desta operação interna..."

Pela análise dos depoimentos verifico que operações daquela espécie e realizadas daquela forma eram comuns na CREDINVEST, sendo que naquele dia, na instituição que tinha como responsável o acusado, só fora realizada uma única operação daquele tipo. Verifico, também, pela expressa afirmação de LUIZ IVAN, que entre as gerências e MICHEL havia contato e entrosamento, mesmo porque, a MICHEL eram apresentadas as operações "como um todo".

Natural que as testemunhas arroladas pela defesa pretendessem excluir a responsabilidade do acusado dizendo que MICHEL era apenas "o grande relações públicas da empresa" incumbido da função de relacionamento com bancos e clientes, não lidando diretamente com as operações.

Contudo, natural também, em depoimentos como tais, de pequenas afirmações, podermos concluir pela efetiva autoria dos fatos.

Do conjunto dos depoimentos transcritos, tenho, como bem salientou o MPF em sua alegações finais, que "a operação investigada revela uma opção gerencial" e que partiu daquele a quem se reportavam os gerentes subalternos.

Não se trata, pois, de simples responsabilidade objetiva (tão repudiada no Direito Penal moderno que não tolera presunções contrárias ao réu), mas sim de vínculo fático de conduta praticada por interposta pessoa em decorrência das determinações superiores de gerenciamento das práticas corriqueiras da instituição.

O responsável por uma distribuidora de títulos e valores mobiliários que não opera no "varejinho" como disse a testemunha LUIZ IVAN e que naquele dia realizou uma única operação, tendo dela conhecimento, tinha disponibilidade sobre a consumação do delito, ostentando, pois, pela Teoria do Domínio do Fato e condição de autor.

Tenho que o acusado, voluntária e conscientemente fez inserir, no documento comprobatório de investimento em títulos, declaração falsa, fraudando a fiscalização.

III.

DISPOSITIVO

Pelo exposto, presente o juízo de reprovabilidade da conduta desvalorada do acusado, JULGO PROCEDENTE o pedido contido na denúncia e CONDENO MICHEL SALIM ELIA, qualificado às fls. 02 pela prática do crime descrito no artigo 9º, da Lei nº 7492/86.

Diante das circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal, considerando que o crime na modalidade praticada demonstra a finalidade de maiores lucros através de expediente que dificulte o controle e fiscalização do mercado financeiro, sendo crime de difícil percepção, tendo o gerente se valido dessa circunstância para a prática criminosa. Assim, por entender necessário para a reprovação e suficiente para a prevenção geral e especial, fixo a **pena-base em 2(dois) anos de reclusão e 150 (cento e cinqüenta) dias-multa, pena que torno definitiva diante da ausência de circunstâncias atenuantes, agravantes, causas de diminuição ou de aumento da pena.**

Fixo o valor do dia-multa, atendendo à privilegiada situação econômica do réu e por entender necessário para a reprovação e suficiente para a prevenção do crime (art. 60 c/c art. 59, ambos do Código Penal), **em 5 (cinco) vezes o valor do salário mínimo vigente ao tempo do fato** (art. 49, § 1º do CP c/c art. 33 da Lei nº 7492/86).

O regime inicial de cumprimento da pena será o aberto (art. 33, § 2º, "c", do CP).

Atendidos os requisitos objetivos e subjetivos previstos no artigo 77 do Código Penal, suspendo pelo prazo de 2 (dois) anos a execução da pena privativa de liberdade aplicada, como medida alternativa de execução de pena mediante o cumprimento das seguintes condições:

- a) proibição de ausentar-se da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro, sem autorização do Juiz competente e
- b) comparecimento pessoal e obrigatório a Juízo, trimestralmente, para informar e justificar as suas atividades.

O réu poderá recorrer em liberdade por ser primário e de bons antecedentes, tendo se defendido solto durante a ação penal.

Verifico, entretanto, que entre a data do fato (31/10/89) e do recebimento da denúncia (08/03/94) - fls. 157 - decorreu lapso temporal superior a 4 (quatro) anos o que imposta na extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva retroativa por força do disposto no artigo 110, §§ 1º e 2º c/c artigo 109, V, e artigo 107, IV, todos do Código Penal.

Não obstante respeitáveis posições contrárias entendo, como em outras oportunidades assim já decidi, que não só é possível, como a economia processual aconselha, o reconhecimento e declaração de extinção da punibilidade ainda em primeira instância, ficando a decisão, naturalmente subordinada a uma condição de eficácia, qual seja o seu trânsito em julgado.

Por tais razões, transitada em julgado esta sentença, JULGO EXTINTA A PUNIBILIDADE do acusado pela prescrição da pretensão punitiva retroativa, com fundamento no artigo 107, IV, 1ª figura, c/c artigo 110, §§ 1º e 2º e artigo 109, todos do Código Penal, devendo a Secretaria certificar o trânsito e fazer conclusão dos autos.

Anota-se e comunique-se.

P.R.I.

Rio de Janeiro, 21 de março de 1997.

MARCELLO FERREIRA DE SOUZA GRANADO
JUIZ FEDERAL SUBSTITUTO - 4ª VARA

DR. THEOPHILO ANTONIO MIGUEL FILHO
JUIZ FEDERAL TITULAR
6ª VARA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA-RJ
PROC. N.º 94.0005063-1

RELATÓRIO

Vistos etc.

Bruno Carvalho Lopes, representado por sua mãe Lúcia Silva de Carvalho, propõe a presente Ação Ordinária em face da União Federal onde postula a condenação da mesma a ressarcir-lhe os danos morais e materiais causados em razão de cirurgia de apendicite realizada no Hospital da Piedade, vinculado ao INAMPS, sucedido pela União Federal, o que lhe acarretara parada cardíaca respiratória e conseqüentes seqüelas neurológicas, gerando estado tetraplégico.

Sustenta como causa de pedir a responsabilidade civil médica prevista no art. 1.545 do Código Civil, juntando, ainda, os documentos de folhas 06/20 e 41/46.

Às folhas 29/33 e 58/60, apresentam o INAMPS e a União Federal, respectivamente, suas respostas, salientando que não se verificou, no caso em tela, qualquer modalidade de culpa, estando ausente o nexo de causa e efeito no evento danoso que vitimou o autor, razão pela qual impugnaram pela improcedência do pedido.

Intervenção ministerial de folhas 209/210 pela procedência do pedido.

É o relatório. Passo a decidir.

FUNDAMENTAÇÃO

Se faz totalmente procrastinatória e despicienda, mormente diante da situação de saúde em que se encontra o autor, a produção de prova em audiência, encontrando-se o presente feito suficientemente instruído a ensejar o julgamento antecipado da lide, na forma permissiva do artigo 330, inciso I, da Lei Adjetiva.

Adentro o mérito.

Uma das funções mais importantes que justificam a existência do Estado é a prestação de serviços públicos ao cidadãos. E dentre estes, o

que de forma mais veemente reclama uma maior ingerência estatal, é o serviço de saúde pública, vigorando, inclusive, de forma inafastável em relação ao mesmo, o Princípio da Continuidade, eis que são permanentes e ininterruptos os anseios da coletividade nesta área. Daí ser tão repugnante a greve dos que militam no desempenho desta função tão relevante.

Já vai longe o período absolutista em que vigorava a irresponsabilidade do Estado pelos atos praticados pelo Monarca no desempenho das atividades inerentes ao exercício do poder, fazendo-se como regra as máximas *The king can do no wrong* ou *Le roi ne peut mal faire*.

Atualmente, o Estado é obrigado a recompor os decréscimos patrimoniais causados por seus agentes aos administrados.

Por uma questão da Justiça Social, intimamente ligada ao advento do Estado de Direito, e em nome da pacificação das relações sociais, evoluiu-se, passando pelas Teorias da Responsabilidade Subjetiva - com culpa do agente e, em seguida, do serviço - até hodiernamente abraçar-se a Teoria Objetiva, consagrada na Constituição da República de 1988, artigo 37, parágrafo 6º; *verbis*:

"As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviço público responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros..."

Analisando-se esta Teoria do Risco Administrativo, é impulsivo o ato de, emendando a mão do legislador, acrescentar às reticências a expressão "**não se perquirindo acerca da culpa do agente público ou do serviço, tendo-se por suficiente a prova da lesão, bem como de que esta fora oriunda de atividade desempenhada por agente da Administração Pública**".

Entretanto, impende consignar que, originando-se o evento lesivo de força maior, caso fortuito ou concorrência da vítima para o resultado danoso, elidida estará a obrigação estatal de indenizar.

Nenhuma dessas hipóteses acima indigitadas coaduna-se com o caso em questão.

Ponderação que se apresenta essencial para o deslinde da presente *lide* é indagar a *ratio* que induziu a evolução da Teoria da Irresponsabilidade para a extremada Teoria do Risco Integral, onde basta a presença do Estado na relação para fazer surgir a obrigação indenizatória. Tal rigorismo exacerbado parece-nos ter sido acolhido tão - somente no que concerne aos danos nucleares, conforme assevera o artigo 21, inciso

XIII, alínea "b", da Constituição da República.

Em verdade, procurou-se atenuar o ônus probandi do administrado no que tange à árdua missão, senão impossível, de demonstrar o evento lesivo e o elemento subjetivo para configurar o dever de indenizar do ente estatal. Daí satisfazer-se a Teoria Objetiva do Risco Integral, para efeitos de gerar obrigação indenizatória, com a prova do ato danoso e do nexu casual entre este e a conduta do servidor público, inferindo-se a culpa do risco que o desempenho de atividade pública gera para aqueles que vivem em sociedade.

Não se pode olvidar a verdadeira e bem lançada alegação da petição inicial no sentido da dificuldade que se enfrenta neste país para configurar a imperícia médica, em razão de um estreito código de ética seguido à risca pelos profissionais militantes. Ora, a fim de configurar erro médico, tendo o juiz de valer-se de auxílio pericial (artigo 145, caput, do Código de Processo Civil), só através do outro profissional da classe, daí agarrar-se com unhas e dentes à excelente oportunidade oferecida pela atual Constituição de se ter que comprovar única e exclusivamente o liame que une o resultado à ação ou omissão, independentemente de dolo ou culpa, desde que não tenha a vítima concorrido para ocorrência do evento danoso ou este seja oriundo de caso fortuito ou força maior.

Sustenta-se, em contestação (folhas 30), que **"a cirurgia indicada para ser feita no Autor foi cercada de todas as técnicas em que exigia na ocasião a doença, o fato que aconteceu durante a mesma foi, provavelmente, uma reação causada pelo efeito anestésico usado. O medicamento aplicado para a anestesia foi o Thionembutal, medicamento esse comum em todas as anestésias que necessitam de maior relaxamento, sem nenhuma contra - indicação aparente. Portanto, o ocorrido foi um acidente que não poderia ter sido previsto, pois o quadro clínico requeria um tratamento cirúrgico urgente."** (grifos nossos)

É cediço que a previsibilidade é elemento ontologicamente substancial da culpa. Como afirmar-se, portanto, que a equipe médica que submeteu o autor a uma corriqueira intervenção cirúrgica de apendicite cercou-se de todas as técnicas que se exigiam na ocasião, se a possibilidade de choque anafilático - reação contrária a anestésicos - é um fantasma que paira sobre toda cirurgia, de conhecimento de todo profissional, extrapolando os níveis da possibilidade para atingir os da probabilidade? A hipótese em tela é de evidente imperícia médica.

Passemos à análise das premissas subordinantes do acolhimento da pretensão autoral: o autor teve parada cardíaca respiratória em razão de cirurgia de apendicite realizada no Hospital da Piedade, subordinado ao INAMPS, sucedido

pela União Federal, gerando irreversíveis seqüelas neurológicas, deixando-o tetraplégico. Em sendo aquele Autarquia Federal, cuja natureza é de pessoa jurídica de direito público, responde, nos exatos termos do parágrafo sexto do artigo trinta e sete da Constituição da República, pelos danos que seus agentes, no desempenho de suas funções, causarem a terceiros.

Perfeita, portanto, é a adequação típica do fato subsumindo-se à norma.

Pela fundamentação acima esposada, considero como satisfatório o conjunto probatório carreado aos autos a fim de consubstanciar a responsabilidade objetiva da União Federal em ressarcir o autor pela perda total de sua capacidade laborativa, tornando-o irremediavelmente tetraplégico, incapaz para o gozo de uma vida normal em sociedade e dependente de constante atenção por parte de seus responsáveis.

Em assim sendo, passo à árdua missão de valorar a compensação a ser atribuída ao autor, levando em consideração, para efeitos de liquidação, o estatuído pelos artigos 1.538, *caput* e seu parágrafo primeiro, 1539 e 1545 do Código Civil Brasileiro, bem como, por analogia, o disposto no artigo 49 e seu parágrafo primeiro do Código Penal.

Tendo em vista a tenra idade do requerente (9 anos à época do fato), muito abaixo da expectativa média de vida do homem brasileiro, parto da fixação de 200 (duzentos) dias - multa . Quanto ao valor deste, fixo em R\$ 420,00 (quatrocentos e vinte reais), o que perfaz um total parcial de R\$ 84.000,00 (oitenta e quatro mil reais). Por fim, aplicando-se a regra do parágrafo primeiro do artigo 1.538 do Código Civil, em face do ferimento ter resultado aleijão, duplico o valor alcançado acima, chegando-se ao definitivo quantum de R\$ 168.000,00 (cento e sessenta e oito mil reais).

Subsume-se, ainda, o caso em tela na tipificação prevista pela parte final do disposto no artigo 1.539 do Código Civil, reclamando a incidência de pensionamento por parte da União Federal, tendo em vista que da ofensa resultou defeito pelo qual a vítima não possa exercer seu ofício (estado de tetraplegia), fulminando qualquer pretensão profissional almejada pela mesma, entendimento este corroborado pelo Douto Representante do Ministério Público Federal.

Entretanto, faz-se mister ressaltar a premência da necessidade da imediata instituição de indigitada pensão, conforme, mais uma vez , ressalta o *Parquet* Federal (folhas 210), haja vista ter anteriormente sido proposta Ação Cautelar, cuja exordial fora indeferida, razão pela qual impender a antecipação dos efeitos da tutela alimentar (RT 589/177), independentemente da observância de reexame necessário, com a imediata consignação do autor em folha de pagamento da demandada, sob pena de irremediável iniquidade da presente sentença.

DECISUM

Isto posto, **julgo procedentes os pedidos**, no sentido de **condenar a União Federal a ressarcir o autor Bruno Carvalho Lopes a quantia de R\$ 168.000,00** (cento e sessenta e oito mil reais), acrescidas de juros de mora no valor de meio por cento ao mês, contados a partir de 29 de setembro de 1993 (data da intervenção cirúrgica), conforme entendimento jurisprudencialmente consagrado através da edição do Verbete 54 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, até a data da efetiva entrega; a prestar alimentos ao autor da presente demanda, no valor de dois salários mínimos mensais, fixando como termo *a quo* o dia 29 de setembro de 1993, devendo incidir sobre *quantum* vencido correção monetária e juros de mora de seis por cento ao ano (Enunciado número 54 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça), e como termo *ad quem* o falecimento do demandante, e por derradeiro, ao pagamento de honorários advocatícios em quinze por cento sobre o valor total da condenação.

Para tanto, determino a imediata e incontinenter inserção de Bruno Carvalho Lopes em folha de pagamento da União Federal, independentemente da observância de reexame necessário.

Deixo de proceder à determinação do artigo 602 do Código de Processo Civil por entender a constituição de capital dispensável em caso de notória solvabilidade do devedor, conforme entendimento jurisprudencial dominante (STJ-3a. Turma, Resp. 29.257-1 -RJ, Relator Ministro Nilson Naves, julgamento em 1/12/92, não conheceram, votação unânime, DJU de 15/2/93, página 1.686, 1a. coluna, ementa).

Custas *ex lege*.

P.R.I.

Dê-se ciência ao Ministério Público Federal.

Sentença sujeita ao reexame necessário, na forma prevista pelo artigo 745, inciso II, do Código de Processo Civil.

Rio de Janeiro, 12 de Novembro de 1996.

THEOPHILO ANTONIO MIGUEL FILHO
JUIZ FEDERAL

DR^a. FÁTIMA MARIA NOVELINO SEQUEIRA
JUÍZA FEDERAL SUBSTITUTA
7^a VARA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA-RJ
PROC. N.º 95.0065851-8

SENTENÇA

1. Vistos, etc.

1.1. Marcelo Paes de Guterres Martins impetrou o presente Mandado de Segurança pretendendo obter determinação judicial para que fosse nomeado para o cargo de delegado de Polícia Federal, apresentando pedido de concessão de ordem liminar.

Relata que, tendo sido ilegalmente excluído do referido concurso, antes mesmo da realização do exame médico, foi-lhe assegurada a permanência no concurso, por força de medida liminar concedida nos autos do Mandado de Segurança n.º 94.0027657-5, a qual foi confirmada por sentença.

Obteve então aprovação nos exames médico e físico e cursou a Academia Nacional de Polícia em Brasília, logrando aprovação com a 96^a classificação final e frequência integral.

Alega o impetrante que, embora tivesse adquirido o direito à nomeação e posse no cargo, observada a classificação final dos candidatos, tal ordem não foi respeitada vindo a autoridade coatora a nomear candidatos situados entre a 97^a e a 103^a classificações.

Argumenta que tal ato contraria princípios constitucionais e revela estar sendo o impetrante discriminado em virtude da decisão judicial anteriormente proferida nos autos do Mandado de Segurança n.º 94.0027657-5.

Com a petição inicial vieram documentos.

1.2. Concedida a ordem liminar, com base nos fundamentos apresentados às fls. 22 e 22 verso, foi o impetrante nomeado através da Portaria n.º 1071 de 28/11/95 (fls. 28).

1.3. Transcorreu *in albis* o prazo para as informações, sendo os

autos remetidos ao Ministério Público Federal, que requereu fosse esclarecido pelo impetrado o caráter real da nomeação do impetrante - se efetivo ou provisório.

1.4. Ofício do Coordenador da Academia Nacional de Polícia, às fls. 37, esclarecendo tratar-se de nomeação em caráter efetivo, sendo porém provisória enquanto não houver decisão judicial com trânsito em julgado.

Na mesma oportunidade, a autoridade informou a instauração de inquérito policial por delito de falsidade ideológica cometido pelo impetrante ao firmar declaração falsa de que seria bacharel em Direito já no ato da inscrição do concurso, em 18/05/93, quando, na realidade, ainda era estudante, vindo a concluir o curso somente em 19/01/94.

1.5. Retornando os autos ao MPF veio parecer de fls. 45/46, opinando pela denegação da segurança com base no fundamento de que o ato supostamente arbitrário foi praticado pela autoridade por falta de habilitação do concursando à época de sua inscrição, questão omitida na petição inicial.

É o relatório.

2. Decidido.

2.1. Sem preliminares.

2.2. O Mandado de Segurança é o remédio constitucional destinado à proteção de **direito líquido e certo**, não amparado por habeas corpus, o qual, por ato **ilegal e abusivo de autoridade, reste lesado ou ameaçado de lesão**.

Através de sentença proferida nos autos do Mandado de Segurança nº 94.0027657-5, publicada em 27/09/95, o impetrante teve assegurada sua participação nas ulteriores etapas do concurso público para provimento do cargo de Delegado da Polícia Federal, tendo o *decisum* o seguinte teor:

"Por estas razões, na presente ação, julgo o pedido procedente quanto a realizar a última prova do concurso para o cargo de Delegado da Polícia Federal e quanto à aprovação no exame médico determinado nova perícia pela Junta Médica do certame, concedendo a segurança em parte ..."

A sentença que concede a segurança, embora sujeita ao duplo grau de jurisdição obrigatório, pode ser executada provisoriamente, não estando, pois, sujeita a efeito suspensivo em razão do reexame necessário,

nem mesmo de recurso de apelação interposto pelas partes.

Somente por expressa determinação judicial advinda da Presidência do Tribunal seria cabível a suspensão da excoutoriedade da referida sentença, medida de que não se tem notícia nos autos.

Teve assim o impetrante assegurada a realização da última prova e do exame médico, nos estritos termos da sentença proferida; presumindo-se tenha obtido integral aprovação, uma vez que lhe foi permitido o acesso ao Curso de Formação Profissional de Delegado de Polícia Federal, no qual também logrou ser aprovado.

Publicado o resultado final, não foi o impetrante nomeado e empossado no cargo, por encontrar-se sua aprovação ainda *sub judice*; embora o tenham sido candidatos pior classificados, motivo pelo qual veio, mais uma vez, buscar a tutela jurisdicional.

2.3. A solução da questão encontra-se na eficácia que deve ser atribuída à sentença que assegurou a permanência do impetrante no certame, haja vista a provisoriedade atribuída à sua execução.

Para tal, vale recorrer à lição de Liebman, nas palavras do Dr. Vicente Greco Filho:

"Devemos a segundo concepção, dominante na doutrina processual brasileira, a Liebman, e se assenta na clara distinção que deve ser feita entre os efeitos ou eficácia da sentença e a sua possível imutabilidade. Esclarece Liebman que **"a declaração oriunda da sentença, assim como seus outros efeitos possíveis, pode conceber-se e produz-se independentemente da coisa julgada;** na aptidão da sentença em produzir os seus efeitos (quaisquer que sejam, segundo o seu conteúdo) consiste a sua eficácia e esta se acha subordinada à validade da sentença, isto é, à sua conformidade com a lei" (*in* Direito Processual Civil Brasileiro, vol. 2 Editora Saraiva, 11ª edição, 199, p. 264/265). (grifei)

A sentença, regularmente proferida e publicada, constitui ato jurídico eficaz, capaz de produzir os efeitos jurídicos e naturais que lhe são pertinentes, representando a manifestação concreta da lei.

Não fosse assim, seria desnecessária a imposição legal de efeito suspensivo em decorrência da interposição de recurso em algumas hipóteses, o qual não incide ordinariamente no caso da sentença concessiva do *mandamus*.

Não há que se confundir "provisoriamente de efeitos" com "não

geração de efeitos"; sequer vincular a produção de efeitos pela sentença, ou mesmo sua validade, à coisa julgada.

Coisa julgada é a qualidade dos efeitos da sentença que a torna imutável - não é condição à produção de efeitos.

2.4. Estabelecidas tais premissas, tem-se que a sentença proferida nos autos do Mandado de Segurança n.º 94.0027657-5, embora não trãnsita em julgado, é ato jurídico perfeito, válido e eficaz, até que sobrevenha sua reforma, anulação ou rescisão, através das pertinentes vias processuais.

E, não estando sujeita ao efeito suspensivo, deverá ser executada provisoriamente; devendo-se entender que a **provisoriedade** a que se refere a lei **não representa restrição ou redução de eficácia**, mas ressalva de não se tratar de decisão imutável.

2.5. No que concerne ao questionamento feito pelo MPF acerca da provisoriedade ou não da nomeação realizada em virtude da liminar concedida nestes autos, há que ser registrado que a provisoriedade da execução de sentenças concessivas em mandados de segurança não prejudica o caráter efetivo da nomeação do servidor público.

A natureza efetiva da nomeação e provimento do cargo em questão, que se contrapõe aos de natureza comissionada, estes de livre exoneração, não impede porém a demissão do servidor investido, observadas as respectivas hipóteses legais; sequer obsta ao reconhecimento da nulidade da investidura.

Assim, o impetrante vem exercendo o cargo de Delegado da Polícia Federal, necessariamente, em caráter efetivo, mesmos tendo sido a nomeação e posse promovidas por força de ordem judicial.

Isto, no entanto, não impede que, com a eventual reforma da sentença que assegurou sua permanência no certame, venham a ser tornar inválidas posse e nomeação para o cargo.

2.6. A partir de tais fundamentos, a sentença proferida nos autos do MS 94.0027657-5 reconheceu como válida a aprovação do impetrante, devendo ser respeitados seus efeitos, mesmo que ainda sujeita a reforma, uma vez que consiste no pronunciamento jurisdicional que ora retrata a vontade concreta da lei.

Devem ser, pois refutados os argumentos de que estaria o impetrante investido "precaricamente" em cargo público de natureza efetiva, por não ter sido ainda julgado apto, ensejando o respectivo exercício risco ao interesse público.

Isto porque logrou aprovação em diversas etapas do concurso, tendo sido sua exclusão julgada ilegal pelo órgão judicial que apreciou a matéria no anterior mandado de segurança.

Mesmo que por força de manifestação judicial, cujos fundamentos não cabe aqui apreciar, fato é que o impetrante foi julgado apto para o exercício do cargo, obtendo inclusive aprovação no Curso de Formação promovido pela Academia de Polícia Federal.

Não há que falar em inversão de risco, sequer em risco, tendo-se como preservado o interesse público, pressuposto decorrente da anterior apreciação judicial da matéria.

2.7. Assim, aprovado e classificado o candidato, aprovação esta não invalidada ou reformada, ao que consta dos autos, impunha-se a decorrente nomeação, observada a rigorosa ordem de classificação.

A respeito leciona o Dr. Hely Lopes Meirelles:

"Vencido o concurso, o primeiro colocado adquire direito à nomeação com preferência sobre qualquer outro, desde que a Administração se disponha a prover o cargo, ... O que não se admite é a nomeação de outro candidato, que não o vencedor do concurso, pois nesse caso haverá preterição do seu direito, salvo a exceção do art. 37, IV." (in Direito Administrativo Brasileiro. Editora Revista dos Tribunais, 15ª edição, 1990, p. 372).

No mesmo sentido a Súmula nº 15 do E. STF:

"Dentro do prazo de validade do concurso, o candidato aprovado tem direito à nomeação, quando o cargo for preenchido sem observância da classificação.

Tendo a Administração provido o cargo, através de nomeação de candidatos classificados entre as posições 97ª e 103ª, preterindo direito do impetrante que obteve a 96ª classificação, há que ser reconhecido seu direito à nomeação, independentemente do trânsito em julgado da sentença que assegurou sua permanência no concurso.

2.8. No que concerne ao inquérito policial cuja instauração foi solicitada, para apuração de crime de falsidade ideológica, nos termos do ofício de fls. 43, ao contrário do que aduziu o MPF, não se evidencia ter sido o motivo do ato atacado nestes autos.

Com efeito, a nomeação dos demais aprovados se deu através da Portaria nº 1012 de 31/10/95, na qual não constam **todos os 37 candidatos** aprovados e enquadrados pela Administração na situação **sub judice**.

Nomeado o impetrante, por força da liminar concedida, em 28/11/95, a autoridade não apresentou informações, vindo em 07/10/96, por ocasião dos esclarecimentos demandados pelo MPF, informar ter sido pedida a instauração do inquérito somente em 29/01/96.

O conjunto dos fatos demonstra que nem o eventual descumprimento de requisito do edital, nem o suposto cometimento de crime, motivou o ato ora apreciado, posto que sua verificação se deu em data posterior à nomeação do impetrante. Tanto que o contrário não alegou a autoridade, restringindo-se, quase um ano após o recebimento do ofício nos termos do inciso I do art. 7º da Lei nº 1.533/51, a informar o fato **sem juntar inclusive qualquer documento pertinente** - sequer os há nos autos do MS. 94.0027657-50.

Não veio aos autos qualquer elemento que permitisse a verificação dos requisitos impostos pelo edital e sua exigência já à data das inscrições; sequer a declaração firmada pelo impetrante, seu diploma ou certificado de conclusão do curso de Direito.

2.9. A ciência da conduta dita delituosa foi posterior à nomeação do impetrante, demandando o pertinente encaminhamento, que poderá resultar, se confirmada, por via e motivo diversos, na desconstituição da investidura; o que não interfere na apreciação de ato da autoridade que do fato sequer tinha conhecimento.

Fatos que não apresentem vínculo de causalidade com o ato, que demandem inclusive apuração em sede própria, não podem interferir na presente decisão, sob pena de ser desrespeitado o devido processo legal, com ampliação do objeto do *mandamus* - *ex officio*.

Sem dúvida, não mencionou o impetrante o fato em sua petição inicial porque não se constituiu em motivo do ato administrativo atacado.

Decidir com base nele implicaria em uma de duas hipóteses: permitir ao impetrante a oportunidade de manifestar-se - contraditório inadmissível em sede mandamental; ou negar-lhe o direito de defesa acerca do fato mencionado pela autoridade - inadmissível por ferir princípio constitucional. Sem falar na indispensável dilação probatória, inadmissível em sede mandamental.

Ademais, impõe-se registrar que, se não era o candidato formado no curso de Direito, à data da inscrição, o era à data da nomeação, conforme informado pelo impetrado.

2.10. Decerto a autoridade adotará as providências pertinentes, como de fato já vem diligenciando, conforme notícia o ofício de fls. 43, no

sentido da invalidação da nomeação e posse, se for o caso.

O que não se admite é que o órgão judicial, substituindo a autoridade administrativa, adote providências que não lhe competem, sobre fato que não guarda correlação de causa e efeito com o ato objeto da impetração; inclusive sem a devida apreciação dos elementos pertinentes, não trazidos aos autos.

A presente decisão, ressalte-se, restringe-se à apreciação da *legalidade do ato atacado em relação ao direito líquido e certo do impetrante*, o que abrange somente seus elementos, quais sejam, competência, finalidade, forma, motivo e objeto.

A concessão da segurança, assegurando ao impetrante a nomeação, observada a ordem de classificação no concurso, não o exime de responder, em sede própria, pelos atos praticados, antes ou após a nomeação, sequer impede seja invalidada a investidura; seja por reforma, anulação ou rescisão da sentença proferida nos autos do MS 9403327657-5, seja em virtude de fatos outros, não pertinentes à presente impetração.

Em suma, restringindo-se ao fato da preterição do impetrante, exclusivamente por encontrar-se a questão *sub judice*, a sentença ora proferida não obsta a adoção das medidas cabíveis quanto aos fatos noticiados às fls. 43 pelo impetrado.

3. Pelo exposto, **CONCEDO** a sentença, mantendo a liminar concedida, restrita a assegurar a nomeação do impetrante no cargo de Delegado da Polícia Federal em estrita observância à ordem de classificação final no concurso.

Sem honorários advocatícios, a teor da Súmula nº 512 do E. STF.
Sentença sujeita ao duplo grau de jurisdição obrigatório.

Custas *ex lege*;

P.R.I.

Rio de Janeiro, 18 de fevereiro de 1997.

FÁTIMA MARIA NOVELINO SEQUEIRA
JUÍZA FEDERAL SUBSTITUTA EM EXERCÍCIO NA 7ª VARA FEDERAL

DR^a. SALETE MARIA POLITA MACCALÓZ
JUÍZA FEDERAL TITULAR
7^a VARA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA-RJ
PROC. Nº 90.0046567-2

SENTENÇA

1. Vistos, etc.

1.1. Trata-se de ação ordinária proposta em face da UNIÃO FEDERAL, onde a parte autora objetiva a condenação da UNIÃO FEDERAL a sua promoção ao posto de tenente coronel com os proventos de brigadeiro, com as gratificações e prerrogativas do último posto e indenização de compensação orgânica do posto de brigadeiro.

Alega ser major especialista em armamentos da reserva remunerada da Aeronáutica, que, por ocasião do golpe de 1964 foi transferido para a reserva remunerada da Aeronáutica com fundamento no artigo 7º do AI nº 1, quando detinha o posto de capitão.

Com a lei 6683/79 foi anistiado e transferido para a reserva remunerada com o mesmo posto que possuía antes de seu afastamento. Foi promovido ao posto de major com proventos de coronel, que, no entanto, não obedeceu aos ditames da EC nº 26/85, onde deveria ter sido promovido ao posto de tenente-coronel com proventos de brigadeiro.

Acresce que não pode ser alcançado pelas limitações impostas pelas leis 4902/65 e 5774/71, pois, através da EC 26/85, foi-lhe restituído o direito adquirido pelas leis 1156/50 e 2370/54.

A indenização de compensação orgânica, que vem sendo paga ao autor, também não atende à legislação vigente, pois deve ser calculada sobre soldo-base do posto em que receber os seus proventos, de tenente-coronel, no caso de procedência do pedido ou de brigadeiro quando de sua promoção ao posto acima.

Pelo exposto, espera(m) pela procedência.

Com a inicial vieram documentos.

1.2. Devidamente citada, a UNIÃO FEDERAL alega que o autor teve sua situação de inatividade baseada no §3º do artigo 4º da EC 26/85, tendo sido aplicado a legislação vigente à época, ou seja, a lei 5821/ 72.

De acordo com o § 8º do artigo 4º da EC 26/85, a administração deve respeitar as características e peculiaridades próprias da carreira militar e também a observância do regime jurídico. Destaca que esta norma evidencia a preocupação em não se estabelecer, não se criar direitos, mas tão só restabelecer, restituir os direitos por ela anistiados, ou seja, repor aos militares anistiados a situação que deveriam ter desfrutado se não tivessem sido punidos com atos de exceção, sem garantir-lhes, no entanto, mais do que aquilo que a qualquer militar em atividade e igualdade de condições fosse assegurada pelo regime jurídico da hierarquia.

Espera, pois, pela improcedência.

1.3. Réplica da parte autora, às fls. 31/34, rebatendo o contido na contestação e reportando-se, no mais, às suas alegações da inicial.

Sem mais provas a serem produzidas vieram os autos conclusos para sentença.

É o relatório.

2. Todo examinado, decido:

2.1. Sem preliminares.

2.2. Este é o caso exemplar onde o sujeito paga por não ter culpa nenhuma. Essa imagem nos foi passada na síntese, feita pela União Federal, em sua defesa, *in verbis*:

"Por força do Alto Institucional, de 12 de abril de 1964, foi compulsoriamente incluído na Reserva Remunerada quando Capitão.

Com o advento da Lei nº 6.683, de 28 de Agosto de 1979, postulou os benefícios anistiadores, tendo o Exmo. Sr. Ministro da Aeronáutica, por despacho de 25 Fev 80, decidido declará-lo anistiado das punições que lhe foram aplicadas, determinando as providências administrativas concernentes a regularização da sua situação na inatividade, no mesmo Posto, ou seja, Capitão.

Promulgada a Emenda Constitucional nº 26, de 27 Nov 85, a administração, de ofício, consoante Portaria nº 298/GM1, de 17 Abr 86, resolveu promovê-lo, na inatividade, ao Posto de Major, a

contar de 23 Out 70."

A transferência para a inatividade aconteceu no 28 de abril de 1964, Ato nº 07 do Comando Supremo da Revolução, conforme ficha de alterações, fls. 10 dos autos. Segundo esta mesma ficha, fls. 16, dos autos, pedido de prisão, mandado de prisão e prisão acontecerem todos no mesmo dia 9 de abril de 1964. O I.P.M., com a finalidade de apurar atividade subversivas, foi instaurado no dia 1º de abril do mesmo ano e no dia 29 de abril de 1964, por ordem do Chefe do Estado Maior da Aeronáutica, o Autor foi posto em liberdade.

Já na reserva o Autor continuou à disposição do encarregado do IPM, pois o seu desligamento só veio acontecer em 30 de junho de 1964.

2.3. As informações supra nos passam as seguintes conclusões:

.primeiro, o militar é colocado na reserva remunerada com o soldo do próprio posto;

.depois, é instaurado o inquérito para apurar as suas responsabilidades;

.encerrado o inquérito administrativo, no qual provavelmente não foram encontradas as provas de seu envolvimento com as virtuais "atividades subversivas" (digo virtuais porque os registros históricos sobre as mesmas só contemplam a Assembléia dos Marinheiros no Sindicato dos Metalúrgicos, no Rio de Janeiro, como único evento subversivo à ordem militar antes da República do 1º de Abril), ele, o Autor é mantido na reserva remunerada;

.se o inquérito, por ventura, tivesse encontrado provas da participação ativa do Autor em atividades subversivas ele teria permanecido na reserva remunerada? Não. Teria sido expulso, como foram todos os marinheiros da Assembléia dos metalúrgicos. Teria permanecido preso, respondendo processo judicial militar, sujeito, inclusive à pena de morte, dependendo dos atos praticados e contra quem.

2.4. A total ausência de informações sobre o motivo da prisão, sobre os elementos de investigação, sobre a sua participação em eventos, sobre a configuração da culpa e materialidade do ilícito, determinam essa conclusão: o Autor não cometeu subversão e foi aposentado por subjetividade, na alegada figura do "crime de opinião".

Punido com a aposentadoria compulsória, provavelmente por pensar diferente, ou, por não agradar aos militares que se instalavam no

poder, com o golpe de 31 de março. Nos países democráticos esse tipo de repressão é tida como hedionda: perseguir e punir as pessoas por pensamento, idéias e ideais diferentes. É bem verdade que o país, que se intitula campeão das liberdades democráticas, foi o mentor das ditaduras militares na área geográfica de sua dominação. Tais conjecturas são possíveis na medida que não existem outras informações no processo. Também é possível a conclusão de que o Autor era o militar típico, vez que aguardou pacientemente todas as etapas da evolução política para apresentar a sua reivindicação, pelo que foi promovido administrativamente.

2.5. Depois das conjecturas, repisamos o fato de não ter sido declarada a sua responsabilidade funcional e criminal. Tomando como espelho os casos de reparação, já examinados por esta Justiça, melhor seria que o Autor tivesse sido expulso das Forças Armadas, porque a sua anistia seria a partir do posto e funções, desempenhados no momento da expulsão e com direito a todas as vantagens e promoções por antigüidade, cabíveis no período de afastamento. Esta tem sido a reparação daqueles que estiveram considerados mortos, expulsos, exilados etc.

O Autor já era capitão, com 20 anos, de serviço militar, no momento em que foi transferido para a reserva remunerada, e, se esse ato é apanhado pela lei de anistia, ele não obteve nenhuma reparação. Uma promoção, por ocasião da transferência para a reserva remunerada, alguns militares têm direito. Se o momento não fosse de exceção, ele poderia ter conseguido essa mesma promoção, ainda em 1964, pois a motivação do ato era do interesse da administração pública.

O Autor, para ser beneficiado pela Anistia, de forma a reparar e recompor uma carreira interceptada abruptamente, tem direito ao mesmo tratamento dado aos demais militares anistiados, como decidido em muitas sentenças desta Justiça.

Para a aplicação das promoções por antigüidade toma-se o tempo transcorrido, entre o início do afastamento, de 1964 até a Lei da Anistia em 1979, e, verifica-se quantas promoções por antigüidade teriam ocorrido aí, se na ativa tivesse permanecido.

É a aplicação do princípio da isonomia, o mais próximo do que ele contém de justiça em seu interior, isso porque, segundo a ótica dos próprios militares encarregados da repressão, a anistia estaria beneficiando os "mais culpados", aqueles que tiveram efetiva participação nos atos, considerados subversivos, porque processados, presos, torturados, mortos, exilados etc. Para esses, ou seus sucessores, toma-se o *status quo ante* e, a partir daí, inicia o prazo para as vantagens, entre elas as promoções. Não estamos falando de promoção por merecimento, para não trabalhar com

Subjetividades.

2.6. A anistia é o ato pelo qual a mesma autoridade vai reconhecer publicamente que o seu ato anterior não estava embasado na ordem jurídica permanente (daí a eterna referência à excepcionalidade). Como se tratam dos mesmos atores, o processo de reparação nem sempre é total e o mais justo, pois ele continua sendo um ato de negociação política, onde as condições são ajustadas ou concedidas.

Os prejudicados não se conformam e continuam reivindicando uma anistia ampla, geral e irrestrita, cuja tradução, em termos práticos, é a reparação integral de todos os prejuízos, inclusive uma reparação moral, isso no plano econômico. No plano político o desagravo público, com a reposição das honras e dignidade, como forma de devolver a auto-estima, através da devolução do cargo e funções, para efetivo desempenho.

Muitas vezes, os anistiados esquecem que o inverso da anistia seria a vitória do seu movimento, onde não se cogitaria de sistemáticas de reparação, pois nenhuma interrupção aconteceu, e, eles seriam os artífices da nova ordem. A anistia não pode apagar o acontecido, aquele tempo não existe mais, é mera lembrança e sentimento de frustração, por isso: anistiar é uma tentativa de compensar as perdas possíveis de serem traduzidas economicamente. No caso do servidor público uma recolocação no quadro funcional, no caso dos mortos uma indenização por danos morais, e assim por diante.

Neste tema a tarefa da lei é criar as condições para o processo de reparação no plano administrativo, e, a finalidade do Judiciário é ajustar a cada caso as particularidades do sistema, da lei, da filosofia e da política, visando ao resultado final mais satisfatório possível.

2.7. Os registros apresentados e os atos, espontaneamente já praticados pela administração pública, configuram um caso objetivo de anistia política, cuja reparação, determinada judicialmente, deve estar em harmonia com as demais. Lembramos aqui de um caso, julgado na 3ª Vara Federal do Rio de Janeiro, pelo MM. Juiz Bendito Gonçalves, relativo a um funcionário de Embaixada, cassado ainda no início da carreira diplomática, cuja reparação o designou para o cargo de embaixador.

A jurisprudência consagra o aproveitamento do tempo de punição, contado como tempo de serviço, para as vantagens decorrentes, dentre as quais contemplamos a promoção requerida, como sendo por antigüidade.

3.- Por estas razões, na presente ação, julgo o pedido **PROCEDENTE** para:

.DECLARAR o direito do autor, Sr. TERTULIANO ROCHA FILHO, ao posto de tenente-coronel com proventos de brigadeiro, em decorrência da aplicação da lei 6.880/80;

.CONDENAR a UNIÃO FEDERAL a:

1. fazer a promoção, ora determinada, lançando em todos os registros militares;
2. pagar a diferença de remuneração mensal deste o ajuizamento desta ação;
3. pagar as diferenças, acima especificadas, com correção monetária;
4. pagar juros de mora a contar desta sentença;
5. devolver ao Autor as custas processuais;
6. pagar honorários de advogado em 10% (dez por cento) sobre as diferenças corrigidas.

A presente decisão está sujeita à remessa obrigatória.

Custas ex lege.

P.R.I.

Rio de Janeiro, 11 de abril de 1997.

SALETE MARIA POLITA MACCALÓZ
JUÍZA FEDERA DA 7ª VARA DO RIO DE JANEIRO

DR^a. LANA MARIA FONTES REGUEIRA
JUÍZA FEDERAL TITULAR
8^a VARA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA-RJ
PROCESSO Nº 95.0022327-9

SENTENÇA

BANCO DIMENSÃO S/A, impetra **MANDADO DE SEGURANÇA** contra ato do **DELEGADO DA RECEITA FEDERAL NO RIO DE JANEIRO**, objetivando a declaração de inobrigatoriedade de pagamento da Contribuição Social sobre o lucro com alíquota diversa das demais empresas.

Aduz, em síntese, que pessoa jurídica atuando no ramo bancário, está obrigada ao pagamento da Contribuição Social sobre o lucro, prevista no inciso I do art. 195 da Constituição Federal e instituída pela Lei nº 7689/88, pela qual deveria ser calculada à alíquota de 8%, ressalvadas as instituições financeiras que ficariam sujeitas à alíquota de 10% em relação ao resultado apurado em 1988, e 12% quanto ao resultado apurado em 1989.

Com a Lei nº 7856/89, a alíquota básica da contribuição foi majorada para 10%, e a das instituições financeiras para 14% no exercício de 1990, vindo depois a ser majorada para 15%, a partir de 1991, com a Lei nº 8114/94, e para 23% a partir de 1992, em face do disposto no art. 11 da Lei Complementar nº 70/91, e nos exercícios de 1994/1995 para 30%, em virtude do inciso III do art. 72 do ADCT, com redação dada pela Emenda Constitucional de Revisão nº 1, de 01/03/94.

Que por entender inconstitucional as majorações, ante a violação ao princípio da isonomia, insculpido no art. 5º, *caput* e inciso I, bem como no art. 150 e inciso II, ambos da Constituição Federal, encontrando-se sem qualquer respaldo Constitucional a distinção estabelecida para as instituições financeiras, passou a recolher a contribuição sob a alíquota de 10%, como as empresas em geral, ingressando com a presente ação para não se ver autuado.

A inicial veio instruída com os documentos de fls. 19/37, não

concedendo o Juízo a liminar requerida.

A Autoridade Impetrada prestou informações a fls. 42/47, dizendo em preliminares da inexistência de direito líquido e certo, uma vez que o direito invocado é contrário às leis existentes, bem como da decadência, já que o Impetrante se insurge contra leis de mais de três anos, pretendendo transformar o presente feito em verdadeira ação de cobrança, requerendo no mérito a improcedência, dizendo não haver violação ao princípio da isonomia, quando a Impetrante, como entidade financeira, não está nas mesmas condições das demais empresas comerciais, industriais e de serviços, com apuração de lucros relativos superiores a outros tipos de empresas, encontrando-se a exigência tributária em harmonia com a Constituição Federal

Ministério Público Federal manifestou-se a fls. 50/53, pela concessão da segurança.

É O RELATÓRIO.

DECIDO.

Sem razão a Autoridade Impetrada quanto a preliminar de inexistência de direito líquido certo, que se constitui em fato certo, comprovável de plano, não elidindo a sua existência a norma contrária em vigor, quando objeto do próprio mérito do pedido.

Quanto a existência de decadência, esta não se caracteriza no presente mandado de segurança, já que o pedido não se refere aos exercícios pretéritos, e sim ao pagamento da contribuição social a partir da distribuição da presente; época em que a Impetrante, como declarado na inicial, passou a recolher o tributo sob a alíquota das demais empresas, pretendendo ver reconhecido o direito de continuar a fazê-lo, sem que fique sujeita a qualquer autuação.

No mérito, pretende a Impetrante a declaração de não estar obrigada ao pagamento da Contribuição Social sobre o lucro na forma como estatuído na legislação, com alíquota diferenciada das empresas em geral, pela inconstitucionalidade da exigência, por quebra do princípio Constitucional da isonomia.

Inconteste a sujeição da União Federal, para instituição de contribuições sociais, aos princípios Constitucionais tributários,

consubstanciando-se o previsto no inciso II do art. 150 acima referido, no próprio direito e garantia individual inserto no art. 5º e inciso I da Constituição Federal.

Assim, com razão a Impetrante, bem como o órgão do Ministério Público Federal, que examinou a questão em seu cerne, quanto a impossibilidade de objeto de emenda qualquer proposta tendente a abolir direitos e garantias individuais, conforme o art. 60, 4º, inciso IV da Constituição Federal, do que se conclui, que muito menos a legislação infraconstitucional, não havendo dúvida, portanto, da impossibilidade em discriminar contribuintes em situação equivalente, permitindo a Constituição Federal, entre os sujeitos passivos da Contribuição social sobre o lucro, apenas no que diz respeito à capacidade contributiva, não se podendo pressupor que determinada entidade tenha maior capacidade que outra em função da atividade que exerce, distinguindo-se os contribuintes de referida contribuição, apenas pelo montante do lucro obtido.

Conclui-se, portanto, que a Impetrante está obrigada ao pagamento da Contribuição social sobre o lucro em iguais condições que as demais empresas e, portanto, sob a mesma alíquota.

Isto posto, **CONCEDO A SEGURANÇA**, para desobrigar a Impetrante ao recolhimento da Contribuição social sobre o lucro em alíquota majorada, garantindo-lhe o direito de continuar o recolhimento sob o mesmo percentual atribuído às empresas em geral, abstendo-se a Autoridade Impetrada de qualquer ato contrário à presente decisão.

Custas *ex-lege*.

Sem honorários advocatícios (Súmulas nºs 512 do STF e 105 do STJ).

Sentença sujeita a reexame obrigatório, na forma do Parágrafo único do art. 12 da Lei nº 1.533/51.

P.R.I.

Rio de Janeiro, 10 de maio de 1996.

LANA MARIA FONTES REGUEIRA
JUÍZA FEDERAL - 8ª VARA

DR. MAURO LUÍS ROCHA LOPES
JUIZ FEDERAL SUBSTITUTO
9ª VARA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA-RJ
PROCESSO N 97.001074-0.

SENTENÇA

Vistos, etc.

AÇÚCAR GUARANI S.A., qualificada nos autos, impetra mandado de segurança, com pedido liminar, contra ato do Sr. DELEGADO DA RECEITA FEDERAL NO RIO DE JANEIRO, referente à tributação pelo IPI do açúcar que produz e comercializa. Sustenta que durante muitos anos o açúcar comercializado pelo produtor não era onerado pelo IPI, eis que a legislação previa alíquota zero para o produto, mas que a partir de 1992, com a edição da Lei n 8.393/91, que extinguiu a contribuição interventiva e o subsídio de equalização de custos e produção do açúcar, a carga fiscal do produto sofreu drástica elevação, sendo que, em contra-partida, o referido diploma estabeleceu isenção para as saídas do produto nas áreas de atuação da SUDAM e da SUDENE, autorizando, ainda, a redução da alíquota em até 50% para as operações realizadas pelos produtores dos Estados do Rio de Janeiro e do Espírito Santo. Alega que a cobrança incidente sobre o açúcar que produz e comercializa viola o princípio da igualdade, extraído dos arts. 5º, caput, 150, II e 151, I da Constituição e que viola o princípio também constitucional da seletividade do IPI em função da assencialidade do produto (art. 153, § 3, I). Argumenta que a alíquota de 18% somente poderia ser exigida enquanto os preços do açúcar fossem uniformes, o que já não mais ocorre em função da edição da Portaria nº 04/92 do Ministério da Economia. Por fim, aduz que a utilização do IPI como instrumento de intervenção no domínio econômico representa desvio de finalidade e que a cobrança do IPI lastreada na Lei 8.383/91 e no Decreto 420/92 ofende o princípio constitucional da livre concorrência (art. 170, IV). Requer, pois, "seja afastada a descabida exigência fiscal, objeto da presente ação mandamental".

Com a inicial vieram a procuração e os documentos de fls. 20/25 e 31/55.

Comprovante de recolhimento de custas a fls. 26.

O juízo houve por bem deferir a medida liminar, suspendendo a exigibilidade do IPI incidente sobre as operações de saída do açúcar do estabelecimento comercial da impetrante, consoante as fundamentações de fls. 56/57.

As informações do impetrado estão às fls. 60/65, onde o mesmo sustenta a validade da exigência fiscal em tela, em resumo porque: o açúcar de cana não é produto essencial à alimentação humana; é irrelevante, para efeito de incidência tributária, o fato de integrar a cesta básica; a essencialidade de determinado produto não obsta a cobrança do IPI; a política de preço unificado não significa preço uniforme; não ocorreu desvio de finalidade; e inexistente ofensa ao princípio da isonomia quando a lei trata diversamente situações igualmente diversas.

Instado a se pronunciar sobre a demanda, o MPF anota, preliminarmente, a ilegitimidade ativa *ad causam* por não ter a impetrante demonstrado de plano que não repassa ao consumidor final, contribuinte de fato, o ônus fiscal em exame, e a não demonstração da ameaça representada por atos concretos e preparatórios do fisco, tratando a hipótese de mandado de segurança contra lei em tese, o que contraria o verbete n. 266 do STF. No mérito, opina o *Parquet* Federal pela denegação da segurança, por entender legítima a imposição tributária questionada (fls. 67/78).

É o relatório. Passo a decidir.

Como já visto, pretende a impetrante obstaculizar a tributação pelo IPI do açúcar que produz e comercializa.

Examinando-se as preliminares levantadas pelo MPF, em seu judicioso parecer de fls. 67/78, tem-se que as mesmas não estão a merecer acolhida.

Com relação a legitimidade ativa *ad causam*, resulta a mesma evidente, na medida em que a impetrante, tendo relação pessoal e direta com a situação constituidora fato gerador na hipótese, vale dizer, procedendo à saída de seu estabelecimento do açúcar que produz, caracteriza-se como contribuinte do IPI, *ex vi* dos arts. 121, parágrafo único, I; 46, II e 51, II, todo do CTN.

A questão da repercussão econômica do IPI não assume relevo, *in casu*, seja porque a impetração é preventiva, vale dizer, anterior ao eventual surgimento do contribuinte "de fato", seja porque o repasse do ônus fiscal ao consumidor final é facultativo, sendo impossível antever sua ocorrência, que se condiciona às instáveis regras da economia de mercado.

Justifica-se a exigência de prova da não repercussão quando o contribuinte "de direito" postula em juízo restituição do indébito referente a impostos indiretos como o IPI (art. 166 do CTN), posto que nesse caso poderia haver enriquecimento ilícito de quem não suportou efetivamente o encargo tributário.

Outro, contudo, é o caso da presente impetração, onde se questiona a exigência fiscal buscando-se decisão que não possuirá efeito patrimonial pretérito (súmula 271 do STF), restando absurda a inviabilização da demanda por ausência de prova de repercussão de tributo irrefutavelmente não ocorrida.

Igualmente equivocada a argumentação de que a presente impetração se dirige contra lei em tese, por isso que o caráter obrigatório da atividade administrativa de lançamento (art. 142, parágrafo único do CTN) somado à comprovação de que a impetrante exerce atividade de exploração de indústria e comércio de açúcar - mercê de seus atos constitutivos acostados aos autos - permitem concluir pela real ameaça de eventual lesão a direito, consistente na tributação impugnada, tanto que a própria autoridade dita coatora postula tão somente pela denegação da segurança, ao sustentar a legitimidade da imposição fiscal.

Passa-se, pois, ao exame do *meritum causae*.

Em seu arrazoado inicial, a impetrante sustenta, de plano, que ao autorizar a elevação da alíquota do IPI incidente sobre a produção de açúcar até 18%, definindo redução de 50% do imposto para o açúcar produzido nos estados do Rio de Janeiro e Espírito Santo e estabelecendo isenção total para o açúcar produzido nas áreas da SUDAM e da SUDENE, a Lei n. 8.393/91 desrespeitou o princípio da igualdade, previstos nos arts. 150, II, e 151, I, da Constituição da República de 1988.

Os preceptivos constitucionais invocados tratam do princípio da igualdade, mais precisamente, na seara estudada, delineam a isonomia tributária que deve informar toda a atividade fiscal do Estado. Assim, escudado na decantada lição de **Rui Barbosa**, cuja maior contribuição à perfeita compreensão da isonomia foi esclarecer que o tratamento desigual deve ser dispensado somente aos seres desiguais, o legislador constituinte vedou a instituição de "tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos" (art. 150, II).

Como é notório, a isenção da aludida norma no corpo da Lei Maior teve por escopo, entre outros, afastar o tratamento diferenciado no

de tange ao Imposto de Renda, de cuja regra de incidência estavam afastadas determinadas categorias, como a dos jornalistas e a dos magistrados. É dizer, dirige-se a referida proibição aos chamados impostos pessoais, que são os que levam em conta a situação pessoal do contribuinte, não se enquadrando em tal espécie, à evidência, o IPI.

De toda sorte, do próprio teor do dispositivo constitucional em questão infere-se não ser o mesmo aplicável ao caso, já que a norma legal cuja validade é questionada na impetração não estabeleceu distinção entre contribuintes em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, nem tampouco dispensou tratamento diferenciado de forma ilegítima entre a impetrante e empresas açucareiras situadas nas áreas de atuação da SUDAM e da SUDENE, tendo em vista a evidente inequivalência de situações em que se encontram.

Aliás, a norma constitucional do art. 151, I, proibindo a União Federal de instituir tributo não uniforme em todo o território nacional ou **"que implique distinção ou preferência em relação a Estado, ao Distrito Federal ou a Município"**, na verdade reforça a tese de que contribuintes, ainda que exerçam atividade idêntica, por se situarem em diferentes regiões do País não se encontram em situação equivalente. O raciocínio inverso permitiria concluir pela inutilidade do texto contido na norma do referido art. 151, I, absorvido que estaria pela regra geral do art. 150, II, em verdadeiro absurdo pela hermenêutica jurídica.

Nada obstante, a proibição de tratamento tributário diferenciado estabelecida no art. 151, I da Carta Política também não respalda a pretensão deduzida na inicial.

Com feito, não se deve olvidar que o aludido preceptivo, em sua parte final, permite a concessão de incentivos fiscais destinados a promover o equilíbrio do desenvolvimento sócio-econômico entre as diferentes regiões do País, sendo este exatamente o caso da isenção total concedida unicamente aos produtores de açúcar cuja saída ocorra nas áreas de atuação da Superintendência do Desenvolvimento da Amazônia (SUDAM) e da Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste (SUDENE) (art. 2º, *caput*, da Lei 8.393/91) .

Não prospera o argumento de que ao se referir a diferentes regiões do País (art. 151, I), a Assembléia Constituinte refere-se especificamente às regiões geográficas, vale dizer, Sul, Sudeste, Norte etc. A intenção do legislador é bem clara e se refere às áreas menos desenvolvidas sócio-economicamente, cuja posição inferiorizada diante das demais poderia vir a se acentuar em função da tributação indistinta.

Aliás, a fixação das áreas de atuação da SUDENE e da SUDAM

(respectivamente Lei 3.692/59, art. 1º e 2º e Lei 5.173/66, art. 2º) foi efetivada tomando por base as regiões Nordeste e Norte, às quais foram acrescentadas outras localidades - v.g., no caso da SUDENE, o "Polígono das Secas" (MG) - assemelhadas no que toca ao atraso econômico e social.

Ademais, ainda que a tese da impetrante prevalecesse, i.é, reconhecendo-se que a concessão da isenção total do IPI pela Lei 8.393/91 revestiu-se de inconstitucionalidade, o caminho a ser tomado pelo Judiciário, abstraindo-se o aspecto processual obstaculizador, seria declarar a nulidade do benefício fiscal (incluindo a redução em 50% do IPI que favoreceu a impetrante, *ex vi* do parágrafo único, do art. 2º, da lei supra referida e Decreto 420/92), e nunca estendê-lo a outros contribuintes sob o fundamento da isonomia, hipótese em que estaria legislando positivamente.

Por oportuno, confira-se a posição adotada pelo STF em questão semelhante:

"Isonomia: alegada ofensa por lei que concede isenção a certa categoria de operações de câmbio, mas não a outra, substancialmente assimilável àquelas contempladas (DI 2.434/88, art. 6º): hipótese em que, do acolhimento da inconstitucionalidade argüida, poderia decorrer a nulidade da norma concessiva da isenção, mas não a extensão jurisdicional dela aos fatos arbitrariamente excluídos do benefício, dados que o controle da constitucionalidade das leis não confere ao Judiciário funções de legislação positiva"- RE Nº 191522-6, 1ª Turma, unânime, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 21.03.97, P. 8540.

Como se vê, a alegada violação ao princípio constitucional da livre concorrência (Art. 170, IV) igualmente não se presta a viabilizar a extensão da isenção total concedida pela lei 8.393/91 à impetrante, ressaltando-se que, prosperando a tese da inicial, a anulação do mencionado benefício também produziria o pretendido restabelecimento das "condições de igualdade de oportunidade para os diferentes produtores".

Na sequência, importa aferir a constitucionalidade da tributação atacada, sob o âmbulo da seletividade que deve informar a cobrança do IPI, por força do comando constitucional do art. 153, § 3º, I.

Recordando, alega a impetrante que o IPI não deveria ser exigido sobre o açúcar por uma alíquota tão elevada como a de 18%, por se tratar de produto essencial ao consumo humano, ressaltando, a título ilustrativo, que produtos como biscoitos para cães e gatos e amêndoas, conquanto

supérfluos, são tributados de maneira menos onerosa pelo IPI (respectivamente, às alíquotas de 10% e 0%).

A seletividade do IPI reflete em parte a extrafiscalidade que lhe é inerente, conquanto não se possa desprezar - muito pelo contrário - a capacidade que tem o referido tributo de gerar receita para o Estado. Ao determinar que o IPI deve ser seletivo, o legislador constituinte pretendeu que mesmo assumisse "**o papel de orientação da economia, ou mesmo de incentivo, de estímulo para investimentos**", no dizer de Celso Ribeiro Bastos (in Caderno de Pesquisas Tributárias, vol. 18, Ed. Resenha Tributária, 1993, p. 67). Além disso, artigos de consumo indesejável como cigarros e bebidas alcoólicas podem vir a merecer alíquota proibitiva, com o que se evidencia a faceta extrafiscal do IPI.

Concretiza-se, pois, a referida característica do IPI na medida em que a respectiva carga tributária cresce de forma inversamente proporcional à essencialidade do produto onerado, como forma, inclusive, de se respeitar a capacidade contributiva do consumidor final, no mais das vezes quem suporta o encargo fiscal. É dizer, aquele que se dá ao luxo de consumir produtos *supérfluos* pode ser qualificado como detentor de significativa capacidade de contribuir para o custeio das despesas do erário público, o que não ocorre com os que se limitam a consumir o indispensável à sobrevivência.

Discussão relevante, notadamente ao deslinde da controvérsia estabelecida nos autos, refere-se à correta aceção do vocábulo *essencialidade*, inserido na norma do art. 153, §3º, da Carta Magna. Seria possível precisar que qualidade deve o produto ostentar para ser considerado *essencial*?

A subjetividade da matéria é irrefutável e a comparação entre alíquotas de produtos diversos pretendida pela impetrante não enseja exata compreensão do dilema. Como bem ressaltou o impetrado, "**para milhares, senão milhões de pessoas diabéticas, o açúcar é apenas e tão somente um letal veneno**". Pode-se ir mais adiante, afirmando-se que para uma velhinha diabética e solitária, cuja único e fiel companheiro que lhe estimule a viver seja seu gatinho de estimação, essencial será, entre outros produtos (excluídos obviamente o açúcar), a ração com que alimentará o felino.

Apesar de grotesco, o exemplo presta-se a definir a impertinência da comparação de produtos, que ainda assim não importaria, a vingar a tese da impetrante, na imediata redução da alíquota do açúcar, pois como esclareceu o culto membro do MPF oficiante nos autos, "**diante da alternativa de aumento das alíquotas dos *supérfluos*, estaria**

mantida a seletividade do IPI". Ademais, o ensinamento jurisprudencial do STF emandado da ementa retro transcrita também se aplica à hipótese, porquanto definida a não observância de norma constitucional na fixação legal da alíquota do IPI para o açúcar, não caberia ao julgador estabelecer alíquota diversa, ao seu talante, ou mesmo reduzi-la à zero, por lhe ser estranha a função legislativa.

O fato é que a melhor doutrina, preocupada com o tema, procura ao menos delimitar o campo da essencialidade, como forma de viabilizar a efetiva aplicação do comando constitucional analisado, havendo consenso em que essencial é o que é indispensável à vida. Neste sentido, esclarece **José Carlos Graça Wagner** que "sem que a lei complementar esclareça o que se deve entender por essencialidade, é por demais evidente que, no mínimo, ter-se-á que considerar essencial o que é indispensável à vida, como primeiro patamar de aplicação prática desse princípio constitucional" (Curso de Direito Tributário, Ives Gandra da Silva Martins - Coordenador, Ed. Cejup, 1993, p. 34/35).

Partindo de tal premissa, **Gustavo Miguez de Mello** relaciona a essencialidade "à importância do produto para a vida do homem" (in Caderno de Pesquisas Tributárias, vol. 18, Ed. Resenha Tributária, 1993, p. 130) e **Paulo de Barros Carvalho** divide os produtos em três categorias: "a) os necessários à subsistência; b) os úteis mas não necessários; c) os produtos de luxo. Aos primeiros - pontificava o mestre, comentando o §3º, do art. 21, da Constituição pretérita - correspondem alíquotas mais suaves, a fim de não majorar o valor aquisitivo do produto e, com isso, torná-lo acessível às bolsas modestas. Os segundos serão tributados com alíquotas moderadas, atendendo sua utilidade. E, finalmente, os produtos de luxo sofrerão tributação rigorosa, dado o caráter de inteira prescindibilidade de que se revestem" (Introdução ao Estudo do Imposto sobre Produtos Industrializados, RDP, v. 11, p. 77).

Nesse passo, não é difícil enquadrar o açúcar com sendo um produto útil mas não necessário à subsistência humana, além de perfeitamente substituível por outros, adequando-se, pois, a alíquota de 18%, estabelecida moderadamente pela legislação de regência (que prevê alíquotas de até 60%), como observadora da seletividade do IPI.

Argumenta-se também que o IPI incidente sobre o açúcar somente poderia ser exigido pela alíquota de 18% temporariamente, "enquanto os preços do açúcar fossem uniformes, situação que cessou em 14.01.92, com a alteração dos preços dos produtos, nos termos da Portaria nº 04 do então Ministro da Economia".

Primeiramente, deve-se esclarecer que o aludido argumento

encontra-se órfão de prova nos autos, não tendo a impetrante nem mesmo procedido à juntada da "Portaria nº 04 do então Ministério da Economia", dita operadora de alteração dos preços do açúcar.

Além disso, o texto do art. 2º da Lei 8.393/91 é claro e não alude a política de preço **uniforme**, i.é., invariável, do açúcar, mas à **unificação** daquele, vale dizer, ao ato de reunir em um só corpo ou de fazer convergir para um só fim (V. **Aurélio Buarque de Holanda Ferreira**, Novo Dicionário da Língua Portuguesa, 2º Edição, Ed. Nova Fronteira, p. 1738).

Por fim, a utilização do IPI como instrumento de intervenção no domínio econômico, longe de representar desvio de finalidade na tributação, retrata a já mencionada extrafiscalidade inerente à espécie tributária em exame, característica que espelha função moderna do tributo.

A propósito, didática é a lição de **Hugo de Brito Machado**:

"No estágio atual das finanças públicas, dificilmente um tributo é utilizado apenas como instrumento de arrecadação (...) Assim, quanto ao seu objetivo, o tributo é: a) Fiscal, quando seu principal objetivo é a arrecadação de recursos financeiros para o Estado. b) Extrafiscal, quando seu objetivo principal é a interferência no domínio econômico, buscando um efeito diverso da simples arrecadação de recursos financeiros"

(Curso e Direito Tributário, 10ª edição, Malheiros, p. 46/47).

Conclui-se, portanto, não haver qualquer mácula na tributação questionada pela impetrante, não mais subsistindo a alíquota zero referente ao IPI do açúcar estabelecida pela Lei 7.798/89 (art. 10).

Isto posto, torno sem efeitos a liminar concedida à fl. 56/57 e **DENEGO A SEGURANÇA**. Custas *ex lege*. Sem honorários (súm. 105 do STJ).

P.R.I. Oficie-se.

Rio de Janeiro, 07 de abril de 1997.

MAURO LUÍS ROCHA LOPES
JUIZ FEDERAL SUBSTITUTO NO EXERCÍCIO DA TITULARIDADE DA 9ª
VARA SJ/RJ

DR^a. VALÉRIA MEDEIROS DE ALBUQUERQUE
JUÍZA FEDERAL SUBSTITUTA
9^a VARA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA-RJ
PROCESSO Nº 93.0025745-5

SENTENÇA

Vistos, etc.

GERDA FELSKE DE MOURA, qualificada na inicial, propõe AÇÃO ORDINÁRIA em face da UNIÃO FEDERAL alegando que, inobstante tenha sido admitida no serviço público para o cargo de auxiliar operacional em 1982, concluiu, em 09/01/87, curso de auxiliar de enfermagem, função que vem exercendo desde então, sem, contudo, estar enquadrada e recebendo vencimentos correspondentes ao cargo efetivamente desempenhado.

Requer, por conseguinte, seu enquadramento no cargo de Auxiliar de Enfermagem retroativo a 09/01/87, bem como o pagamento de todas as diferenças de proventos decorrentes, adicionais de insalubridade e noturno, sua inclusão no Plano de Cargos e Salários correspondentes, bem como o recebimento de vários índices de reajuste salarial resultantes dos diversos planos econômicos implantados na economia nacional.

Juntou procuração e documentos às fls. 07 e 09/108.

Custas pagas às fls. 08 e 111.

Citado, o Réu apresenta contestação às fls. 114/126 alegando prescrição quinquenal e sustentando a improcedência do pedido.

Réplica às fls. 133/135, com documentos de fls. 136/143.

A autora requer prova testemunhal às fls. 198, tendo a mesma sido deferida às fls. 200.

Audiência de Instrução e Julgamento realizado conforme assentada de fls. 209/212.

Memorial apresentado pela Autora às fls. 214/216.

Este é o relatório.

DECIDO:

DA PRESCRIÇÃO:

Tratando-se de parcelas salariais sucessivas, que se vencem mês a mês, ACOLHO PARCIALMENTE no tocante às parcelas anteriores a 5 (cinco) anos da propositura da ação, isto é, anteriores a 23/11/88.

MÉRITO:

Trata-se de ação de reenquadramento funcional no cargo de auxiliar de enfermagem que vem exercendo.

Efetivamente comprovou a Autora com os documentos de folhas 30/32 que possui qualificação técnica de enfermeira.

O depoimento das testemunhas de fls. 209/211 comprova a alegação da Autora, uma vez que assim dispôs:

"Que sendo colega da autora as atividades desempenhadas pela mesma são mais complexas do que as do cargo que exerce, auxiliar operacional, exercendo a Autora a função de auxiliar de enfermagem apesar de não ser enquadrada como tal, que a Autora trabalha no horário de 19:00 às 7:00 hs com escala de serviço de 12/60, que não sabe informar se a Autora recebe adicional noturno, o qual a depoente já recebe, que também não sabe informar se a Autora recebe o adicional de insalubridade corretamente e que houve um período de cálculo errado, já corrigido".

Assim, o desvio funcional da Autora restou provado nos autos, tendo sido inclusive declarado pela testemunha em tela que a Autora vem desempenhando funções de auxiliar de enfermagem, enquanto as funções de auxiliar operacional estão sendo terceirizadas.

No tocante ao adicional noturno, ficou comprovado pelo depoimento testemunhal, bem como pelo documento de folha 137, que a Autora sempre trabalhou em horário noturno. O cotejo dos recibos salariais demonstra que em vários deles não consta o pagamento do referido adicional, pelo que assiste razão à Autora.

Quanto ao pedido de adicional de insalubridade, não provou a Autora que não recebeu ou mesmo que tenha sido pago erroneamente.

Quanto aos reajustes de 84,32% e 26,05%, não tem direito a Autora aos mesmos face ao disposto na Súmula 13 do TRF 2 REGIÃO e a jurisprudência dominante de Egrégio Superior Tribunal de Justiça que dispõe *in verbis*:

"Súmula 13 - Os servidores públicos federais civis e militares ainda não haviam implementado a condição temporal para a incorporação à sua remuneração do índice de reajuste de 84,32% correspondente ao IPC de março de 1990, quanto sobreveio a medida provisória nº 154, de 15 de março de 1990, que incidiu

imediatamente."

"SERVIDORES PÚBLICOS, REAJUSTES SALARIAIS. PLANO BRESSER/VERÃO/ COLLOR. URP DE ABRIL/ MAIO DE 1988.

1. Não São devidos aos servidores os reajustes do IPC de 26,05% de junho de 1987 - Plano Bresser, da URP de 26,05%, de fevereiro de 1989 - Plano Verão, e do IPC de 84,32%, de março de 1990 - Plano Collor.

2. Parcial procedência da URP de 16,19%, de abril e maio de 1988.

3. Precedentes do Supremo Tribunal Federal.

4. Recurso Conhecido e parcialmente provido."

(REsp. 57015/94-DF, 5ª Turma - Rel. Ministro EDSON VIDIGAL - Julg. Un. Em 03.04.95 - Publ. D.J. 22.05.95. pg. 14.426)."

"SERVIDOR PÚBLICO. VENCIMENTOS. REAJUSTE.

Improcedência da pretensão à reposição do IPC de 26,06% de junho de 1987 (Plano Bresser), e da URP de 26,05% de fevereiro de 1989 (Plano Verão). Precedentes do STJ e do STF."

(REsp. 75646/94-RJ, 5ª Turma-Rel. Ministro José Dantas-Julg. Un. Em 22.02.95 - Publ. D. J. 13.03.95, pg. 05314)

Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE, EM PARTE, a presente ação, condenado a Ré a enquadrar a Autora no cargo de Auxiliar de Enfermagem, retroativa a 23/11/88, período não prescrito, com pagamento das diferenças salariais, inclusive no tocante às férias, 13º salário e FGTS, quanto ao período não prescrito.

Condeno ainda a Ré a incluir a Autora no PCCS - Plano de Cargos e Carreiras Salariais no cargo de Auxiliar de Enfermagem e a pagar adicional noturno desde 23/11/88, período não prescrito, tudo acrescido de juros e correção monetária, calculada na forma da lei e honorários advocatícios de 10% sobre o valor da condenação, tendo em vista a condição da Ré de pessoa jurídica de direito público.

Sentença sujeita a duplo grau obrigatório.

P.R.I.

Rio de Janeiro, 16 de Outubro de 1996.

VALÉRIA MEDEIROS DE ALBUQUERQUE

JUÍZA FEDERAL DA 9ª VARA/RJ

DR. FERNANDO JOSÉ MARQUES
JUIZ FEDERAL
10ª VARA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA-RJ
PROC. Nº 95.0012703-2

SENTENÇA

Vistos, etc...

SGGK DISTRIBUIDORA DE TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS LTDA. impetra mandado de segurança contra ato do Sr. **DELEGADO DA RECEITA FEDERAL NO RIO DE JANEIRO**, objetivando calcular e recolher a contribuição de que trata a Lei Complementar nº 07/70, na forma prevista do art. 72, V, do ADCT, desconsiderando-se, para tal fim, o disposto na Medida Provisória nº 975/95, ou outra que a substitua, e determinando-se à autoridade coatora que se abstenha de praticar qualquer ato de cobrança, no que diz respeito ao citado tributo.

Em defesa de sua pretensão, sustenta a impetrante a inconstitucionalidade da Medida Provisória, nº 678, de 27/10/94, aduzindo que a mesma viola o art. 73 do ADCT e desrespeita o princípio da hierarquia das normas jurídicas, conforme previsão do art. 59, da CF/88.

Feito processado com liminar (fls. 55/56).

Informações da autoridade impetrada, sustentando, em síntese, a legalidade do tributo, vez que a Medida Provisória nº 678 não regulamentou o Fundo Social de Emergência, dispondo, ao invés, dentro de sua área de competência, sobre os ajustes e exclusões na base de cálculo do PIS, que por sua vez não foi alterada, permanecendo a receita bruta operacional.

O ministério Público Federal oficiou no sentido da denegação da segurança.

Relatei. **DECIDO.**

Trata-se de mandado de segurança em que a impetrante objetiva calcular e recolher a contribuição de que trata a Lei Complementar nº 07/70, na forma prevista no art. 72, inc.V, do ADCT, desconsiderando o disposto na Medida Provisória nº 975/95, ou noutra que a substitua, e determinando-se à autoridade coatora que se abstenha de praticar qualquer

ato de cobrança, no que diz respeito ao citado tributo.

Com efeito, tem razão a impetrante quando se insurge contra as alterações ao texto da Emenda Constitucional de Revisão nº 01/94, introduzidas pela Medida Provisória nº 517/94 e as que lhe sucederam, todas sem apreciação pelo Congresso Nacional. Essas sucessivas reedições de medidas provisórias, regulamentadoras da base de cálculo do PIS, encontram-se claramente proibidas no art. 73 do ADCT, *verbis*:

" Art. 73 - Na regulamentação do Fundo Social de Emergência não poderá ser utilizada o instrumento previsto no inc. V, art. 59 da Constituição"

O inc. V. do art. 59 da CF/88, acima referido, assim dispõe:

" Art. 59 - O processo legislativo compreende a elaboração de:

...omissis...

V - medidas provisórias."

Na verdade, as medidas provisórias em questão, pretendem alterar a base de cálculo do tributo. Ao determinarem inclusões /deduções, o fazem em desrespeito à regra do inciso V do artigo 72 do ADCT. Com efeito, a ECR 1/94 incorporou o PIS ao Fundo Social de Emergência, com base de cálculo e alíquotas previamente estabelecidas, pois a receita bruta operacional, base de cálculo do tributo, já se encontrava definida na legislação do I.R. (art. 44 da Lei 4.506/94; art. 12 do D.L. 1.598/77 e 226 do Dec. 1.041/94).

Portanto, não tendo a referida regra de conduta, contida no art. 72, V do ADCT sido observada pelo legislador ordinário, evidencia-se vício de inconstitucionalidade da aludida Medida Provisória nº 975/95.

Nesse sentido, orientam as decisões do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, abaixo transcritas:

"TRIBUTÁRIO. CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. PROGRAMA DE INTEGRAÇÃO SOCIAL. PIS EMENDA DE REVISÃO N. 1/94. ART. 72, V, DO ADCT. BASE DE CÁLCULO RECEITA BRUTA OPERACIONAL. NORMA DE CONDUTA, PORTANTO DE APLICAÇÃO IMEDIATA. DEFINIÇÃO NA LEGISLAÇÃO DO IMPOSTO DE RENDA. MODIFICAÇÃO PELO ART. 1, DA MEDIDA PROVISÓRIA N. 517/94 E REEDIÇÕES. INCONSTITUCIONALIDADE. ALEGAÇÃO ACOLHIDA PELA TURMA. SUBMISSÃO DA MATÉRIA AO ÓRGÃO ESPECIAL.

I - A EMENDA CONSTITUCIONAL DE REVISÃO N. 1, DE 1 DE

MARÇO DE 1994, INCORPOROU O PIS AO FUNDO SOCIAL DE EMERGÊNCIA, A TEOR DO ART. 72, INCISO V, DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS, COM SUA BASE DE CÁLCULO E ALÍQUOTAS PREVIAMENTE ESTABELECIDAS.

II - A BASE DE CÁLCULO DO TRIBUTO, TAL SEJA, A RECEITA BRUTA OPERACIONAL, JÁ ESTAVA DEFINIDA NA LEGISLAÇÃO DO IMPOSTO DE RENDA (ART. 44 DA LEI N. 4506/64; ART. 12 DO DECRETO-LEI 1598/77 E 226 DO DECRETO N. 1041/94) E, DESSA FORMA, FOI RECEBIDA PELA EMENDA DE REVISÃO N. 1/94.

III - A NORMA DO ARTIGO 72, INCISO V, DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS É ENTENDIDA COMO REGRA DE CONDUTA, DE APLICAÇÃO IMEDIATA, DIRETA E INTEGRAL, INDEPENDENTEMENTE DE QUALQUER OUTRA LEGISLAÇÃO.

IV - DESSEMELHANÇA ENTRE OS CONCEITOS DE RECEITA OPERACIONAL BRUTA E RECEITA BRUTA OPERACIONAL, ESTANDO O SEGUNDO COMPREENDIDO NO PRIMEIRO, QUE É BEM MAIS AMPLO. LOGO, ACEITAR-SE O TERMO RECEITA OPERACIONAL BRUTA IMPLICA VIOLAR O TEXTO CONSTITUCIONAL POR AMPLIAÇÃO INDEVIDA DA BASE DE CÁLCULO.

V - IMPOSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO DA LEGISLAÇÃO VIGENTE À ÉPOCA POR NORMA INFRACONSTITUCIONAL, MAIORMENTE QUANDO HÁ VEDAÇÃO EXPRESSA TRAZIDA PELO ARTIGO 73 DO ADCT.

VI - ACOLHIDA A ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1, DA MEDIDA PROVISÓRIA N. 517/94 E SUAS REEDIÇÕES PELA TURMA, ENCAMINHANDO-SE AO AUTOS AO ÓRGÃO ESPECIAL DA CORTE, A TEOR DO ARTIGO 481 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E 174 DO REGIMENTO INTERNO DESTES TRIBUNAL."

(PROC:AMS NUM:03052376 ANO:95 UF:SP TURMA:04 REGIÃO:03 DJ:26-12-95 REL: JUÍZA LUCIA FIGUEIREDO).

"TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. PROGRAMA DE INTEGRAÇÃO SOCIAL. RECOLHIMENTO NOS TERMOS DA EMENDA CONSTITUCIONAL DE REVISÃO N. 1/94 (ADCT, ARTIGO 72, V). SENTENÇA DENEGÁTORIA. APELAÇÃO RECEBIDA NO EFEITO

DEVOLUTIVO. MEDIDA CAUTELAR INTERPOSTA PARA REVIGORAR A LIMINAR CASSADA. LIMINAR CONCEDIDA. AÇÃO PROCEDENTE.

1. O ARTIGO 72, INCISO V DO ADCT, FRUTO DA EMENDA CONSTITUCIONAL DE REVISÃO N. 1/94 DETERMINA QUE O RECOLHIMENTO DO PIS SEJA FEITO "MEDIANTE APLICAÇÃO DA ALÍQUOTA DE SETENTA E CINCO CENTÉSIMOS POR CENTO SOBRE A RECEITA BRUTA OPERACIONAL, COMO DEFINIDA NA LEGISLAÇÃO DO IMPOSTO SOBRE A RENDA E PROVENTOS DE QUALQUER NATUREZA".

2. O CONCEITO DE RECEITA BRUTA OPERACIONAL É DADO PELO ART. 44 DA LEI N. 4.506/64; ART. 12 DO DECRETO-LEI N. 1.598/77 E 226 DO DECRETO N. 1.041/94, QUE VEICULOU O REGULAMENTO DO IMPOSTO DE RENDA EM VIGOR. ESTAS AS NORMAS APLICÁVEIS QUANDO DA EDIÇÃO DA EMENDA CONSTITUCIONAL DE REVISÃO N. 1/94, QUE NÃO PODERIAM SER ALTERADAS POR LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL SUPERVENIENTE, MORMENTE POR MEDIDA PROVISÓRIA, INSTRUMENTO EXPRESSAMENTE VEDADO PELO ARTIGO 73 DO ADCT.

3. EVIDENTE O "*PERICULUM IN MORA*", VISTO COMO, SE NÃO CONCEDIDA A LIMINAR, TORNAR-SE-Á INEFICAZ A ORDEM, ACASO CONCEDIDA A FINAL.

4. AÇÃO CAUTELAR JULGADA PROCEDENTE, MANTENDO A LIMINAR DEFERIDA ATÉ QUE A TURMA JULGUE O RECURSO INTEPOSTO PELA REQUERENTE."

(PROC:MC NUM:03036471 ANO:95 UF:SP TURMA:04 REGIÃO:03 DJ:10/10/95 PG:68985 REL: JUIZ HOMAR CAIS).

Isto posto, confirmando a liminar, **CONCEDO DEFINITIVAMENTE A SEGURANÇA**, nos termos do pedido exordial. Custas *ex lege*. Sem honorários de advogado *ex vi* do verbete nº 512 da Súmula da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Sentença sujeita ao duplo grau de jurisdição obrigatório, por força do verbete nº 246 da mesma Súmula, e parágrafo único do art. 12 da Lei nº 1533/51.

P.R.I. e comunique-se.

Rio de Janeiro, 11 de setembro de 1996.

FERNANDO JOSÉ MARQUES
JUIZ FEDERAL DA DÉCIMA VARA

DR. JOSÉ ANTONIO LISBOA NEIVA
JUIZ FEDERAL TITULAR
11ª VARA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA-RJ
PROCESSO Nº 94.0043548-7

DECISÃO

Vistos etc,

Trata-se de ação civil pública ajuizada pelo MPF em face da UNIÃO FEDERAL, SUSEP, GOLDEN CROSS SEGURADORA E GOLDEN CROSS ASSISTÊNCIA INTERNACIONAL DE SAÚDE visando:

1) A condenação da 4a. ré na obrigação de cumprir os contratos originariamente celebrados com os associados e da 3a. ré de abster-se de impor o seu contrato seguro-saúde aos contratantes vinculados a 4a. ré, sob pena de imposição de multa.

2) A condenação dos réus, solidariamente, pelos danos causados aos associados das 3as. e 4as. rés.

Foi levantada a ilegitimidade do "Parquet".

É o breve relatório. Decido.

O Superior Tribunal de Justiça, como ressaltado no presente feito (REsp. 47.019-6/MG; Resp. 35.644-0), tem feito restrição na pertinência subjetiva do "Parquet" quanto a tutela de direito individual homogêneo, na medida em que o mesmo é disponível e destacável, fugindo a "ratio" da atuação Ministerial.

O importante é fixar a distinção entre o direito ou interesse coletivo "stricto sensu" do dito individual homogêneo (CDC, 81, p. único, II e III).

O coletivo, na definição legal, é o transindividual (não exclusivo de cada indivíduo) e indivisível (impossível de ser destacado), da titularidade de grupo, categoria ou classe, ligados com a parte contrária por uma relação jurídica base, enquanto os individuais homogêneos têm origem comum.

Destaca Nelson Nery Júnior (Dir. Consumidor, RT, vol. 1, p. 202) que a pedra de toque para distinção é o tipo de tutela pretendida. Assim, um mesmo fato poderia configurar defesas de naturezas diversas. Vejamos:

"O acidente do "Bateau Mouche IV", que teve lugar no Rio de Janeiro há alguns anos, poderia ensejar ação de indenização individual por uma das vítimas do evento pelos prejuízos que sofreu (direito individual), a ação de obrigação de fazer movida por associação das empresas de turismo que teriam interesse na manutenção da boa imagem desse setor da economia, a fim de compelir a empresa proprietária da embarcação a dotá-la de mais segurança (direito coletivo), bem como ação ajuizada pelo Ministério Público, em favor da vida e segurança das pessoas, para que se interditasse a embarcação a fim de se evitarem novos acidentes (direito difuso)."(grifos nossos)

Paulo Cezar P. Carneiro (Livro de Estudos Jurídicos, 2a. ed., p.203) ressalta didaticamente:

"a) ação coletiva destinada a retirar um produto nocivo de circulação; o interesse aqui é difuso. Toda a coletividade se beneficia desta situação, quer tenha ou não sofrido dano;

b) ação coletiva destinada a obter indenização para pessoas que tiveram dano resultante da ingestão daquele produto. Somente aqueles que sofreram dano efetivo se beneficiam.

21. Facilmente se verifica que no primeiro exemplo, proteção de interesse difuso, ou mesmo se fosse coletivo, o direito em jogo é indivisível, enquanto no segundo exemplo o direito à indenização individual é evidentemente divisível." (grifos nossos)

O caráter ressarcitório envolvendo pessoas do grupo tem a característica de divisível e disponível, integrando o patrimônio individual, com permissão para cessão, renúncia e transação (Teori Albino Zavascki, Revista de Processo, 78/34).

Cometendo o pecado de nos tornarmos repetitivos, mas ante a importância do tema, destacamos a lição de Sérgio Ricardo de A. Fernandes (Dir. Consumidor, RT, 14/95): "se imaginarmos, no mesmo exemplo, que muitas pessoas viessem a sofrer prejuízo em sua saúde, derivado do consumo de leite estragado? Esse direito a uma possível indenização constituiria interesse estritamente particularizado. Antes da inovação trazida pela Lei 8.078/90, quanto à tutela coletiva de direitos individuais homogêneos, somente o indivíduo prejudicado, de per si, poderia demandar judicialmente..."

O caráter da pretensão indenizatória, a beneficiar os segurados, qualifica o interesse como individual homogêneo. Basta verificarmos o título do capítulo II do Título III da Lei 8.078/90 (CDC) e o seu art. 91.

Nesse diapasão, acórdão do TRF-4a. Região, 2a. Turma, Ag. 93.04.03959-3/PR, rel. Teori Albino Zavascki, DJU 16.04.93:

"A ação coletiva em defesa de direitos individuais homogêneos (CDC 91), tem necessariamente natureza condenatória."

A indenização de segurados de plano de saúde (item 3º de fls. 21) envolve tutela de direitos disponíveis e divisíveis, não tendo sentido que a Instituição do Ministério Público formule demanda em favor dos respectivos titulares, quando o "Parquet" se encontra afetivo a defesa de indisponibilidades.

"*Mutatis mutandis*", a decisão abaixo retrata esta visão (RT 712/224):

"O MP não possui legitimidade *ad causam* para propor ação civil pública para defesa de interesses individuais que visam a responsabilização de danos sofridos, fundada na responsabilidade aquiliana."

Em caso envolvendo medicina do trabalho, em proteção aos empregados da VARIG S.A., o Eg. STJ voltou a afirmar a impossibilidade da defesa envolvendo interesse individual homogêneo, concedendo ordem contra a Instauração de Inquérito civil (RMS 5.563, rel. Cesar Asfor Rocha, ac. Un., RDA 204/209).

Entendo, portanto, ser o MPF carecedor do direito de ação em relação a pretensão indenizatória (item 3º fls. 21), sendo certo que apenas o mencionado pedido foi formulado em face da União Federal e SUSEP, pessoas com foro na presente Justiça.

Afastadas da relação processual, torna-se incompetente a Justiça Federal para apreciar o pedido restante, na medida que a pretensão formulada pelo "Parquet" federal tem que guardar vínculo com os interesses ou as pessoas elencadas no art.109 da Constituição da República.

O MPF não pode submeter a Justiça Federal qualquer pretensão, ante a circunstância de que sua competência é expressa e enumerada, de índole constitucional (RTJ 44/364, 73/221, 63/117, 65/632).

Poderá sustentar, eventualmente, perante a Justiça Estadual, a conveniência e a pertinência do litisconsórcio previsto no p. 50 do art. 50 da Lei 7.347/85 com o MP estadual.

Nelson Nery e Rosa Maria Nery (CPC Comentado, RT, p. 1025)

admitem que tanto "o MP da União pode ajuizar ACP na Justiça Estadual, quanto o MP estadual na Justiça Federal."

Assim, TRF 2ª Região , 2ª Turma, AC 39738, rel. Carreira Alvim.

O MPF, concretamente, já pretendeu atuar perante a Justiça Estadual (cf. RSTJ 82/337), cuja conclusão do relator se afina com o ponto de vista pessoal deste magistrado.

Em última hipótese, haveria substituição da entidade pela Estadual, como tem ocorrido em sede de processo penal, com chancela jurisprudencial. É o que entende Paulo de Bessa Antunes (Curso de Dir. Ambiental, Renovar, 1ª. ed., p. 149/150); mutatis mutandis:

"Em caso de uma ação ter sido ajuizada pelo MP dos estados - membros e o juiz se der por incompetente, remetendo os autos à Justiça Federal, haverá substituição de parte (...) devendo a ação prosseguir patrocinada pelo MPF."

Ocorre, In casu, o inverso.

ISTO POSTO,

- 1) Julgo o Ministério Público Federal carecedor do direito de ação quanto a pretensão do Item 3º de folhas 21, nos termos de fundamentação.
- 2) Excluo, por consequência, a SUSEP e a União Federal.
- 3) Determino a remessa dos autos a Justiça Estadual, após a devida baixa na distribuição.
- 4) Dê-se vista ao MPF.

P. I.

Rio de Janeiro, 21 de outubro de 1996.

JOSÉ ANTÔNIO LISBÔA NEIVA
JUIZ FEDERAL

DR. R. REIS FRIEDE
JUIZ FEDERAL TITULAR
12º VARA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA-RJ
PROCESSO Nº 96.774145 (AÇÃO ORDINÁRIA)

SENTENÇA

Vistos, etc. . .

SUPERMERCADO ALTO DA POSSE LTDA., devidamente qualificado na inicial , ajuizou a presente ação, de rito comum ordinário, em fase do **INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS**, objetivando, em síntese, ver declarada a inexistência da relação jurídico-tributária entre a Autora e o Instituto-Réu, em face da pretensa *inconstitucionalidade do art. 3º, I, da Lei 7.787/89, posteriormente alterada pelas Leis 8212/91, com a devida compensação (e / ou a repetição do débito) com outros tributos devidos pela Autora, além dos acréscimos legais e honorários advocatícios .*

Instrumentando a exordial, vieram os documentos de fls. 29/47 e 54/61 .

Custas recolhidas à fl. 48.

Devidamente citado, contestou o Réu, às fls. 65/72, argumentando, em resumo, pela improcedência do pedido autoral .

Réplica às fls. 75/77.

Valor da causa : R\$ 1.600,00 (hum mil e seiscentos reais) , à época da efetiva distribuição .

Relatei. DECIDO.

Desprocede, de forma efetiva, no entender deste Juízo, *data maxima venia*, a presente pretensão deduzida, consoante a exordial.

É que, - conforme já decidimos reiteradas vezes a respeito do tema - , as normas jurídicas e sobretudo as que compõem o texto constitucional não devem ser interpretadas isoladamente. Antes devem ser analisadas em conjunto com os demais preceitos com elas relacionados, de forma a extrair-se a exegese que melhor expresse a *mens legis* no seu

todo. Assim, a interpretação meramente gramatical há de ceder espaço às demais formas de hermenêutica, que na hipótese dos autos conduzem a conclusão oposta à pretendida, pela parte autora, na peça vestibular.

Ao disciplinar as formas de financiamento da seguridade social, a Carta Magna procurou distribuir os respectivos encargos de forma ampla ("por toda sociedade") e equilibrada, conforme restou consignado ao fazê-los recair sobre os segmentos direta e indiretamente interessados (empregadores e trabalhadores) e sobre as receitas derivadas de atividades menos essenciais (concursos de prognósticos).

Aos empregadores coube contribuir com valores calculados sobre a "**folha de salários**", o "faturamento" e o "lucro", restando indefinida a forma de cálculo da contribuição dos demais trabalhadores.

Sendo há muito existente e inafastável que a seguridade social contemple também os trabalhadores autônomos, os sócios de sociedades de pessoas e os dirigentes de empresas, a exclusão destes tipos de trabalhadores, no sentido amplo, do recolhimento da contribuição previdenciária simplesmente romperia o equilíbrio que o texto constitucional certamente procurou estabelecer, não se justificando admiti-lo somente em atenção a uma rigorosa interpretação gramatical conducente a afirmar, em última análise, que na expressão "folha de salário" não poderiam estar compreendidas as remunerações dos referidos trabalhadores.

Não há dúvida, por outro lado, que a matéria vertente já foi, como é de amplo conhecimento, apreciada e decidida, em caráter definitivo, pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido da declaração da inconstitucionalidade do art. 3º, I, da Lei 7.787/89 e, posteriormente, em caráter cautelar, do art. 24, I, da Lei 8.212/91 (ADIM - 1.102-2).

Todavia, deve ser lembrado e devidamente registrado, neste contexto, que o reconhecimento da inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, em regra, somente produz efeitos *inter partes*, (ou seja, entre as partes e naquele caso concreto em que foi ventilada). Apenas como exceção, entretanto, a ação declaratória de inconstitucionalidade (ADIN), permite produzir efeitos *erga omnes* quando o Supremo Tribunal Federal, julga o pedido delaratório ínsito na ação em questão de forma procedente (retirando de imediato a plena efetividade da lei ou ato normativo *sub examen*), comunicando, a seguir, ao Senado Federal a sua decisão para que este suspenda, de forma ampla, a vigência da lei através de Resolução.

É pela publicação da Resolução do Senado Federal, suspendendo a vigência da lei declarada inconstitucional, que se confere normatização completa a decisão do Supremo Tribunal Federal, transmudando-se a inconstitucionalidade restrita ao escopo de atuação da eficácia normativa

para a esfera ampla da vigência com efeitos *erga omnes e ex nunc* (não retroativo).

Pela Resolução do Senado Federal, nº 14, de 19.04.95, suspendeu-se, por efeito, a vigência do art. 3º, I, da Lei 7.787/89, tornando-se inexigível qualquer contribuição social, nos termos da referida Lei 7.787/89, incidente sobre o **pro-labore dos autônomos, avulsos, e administradores**.

Ocorre, entretanto, que a referida cobrança da contribuição previdenciária *sub examen* também se encontra prevista no inciso I do art. 22 da Lei 8.212/91 [que apenas difere da anterior Lei 7.787/89 (reputada inconstitucional) por utilizar a expressão "empresários" em lugar de "administradores"], que segundo a efetiva aplicação das regras hermenêuticas vigente (lei posterior sempre revoga tacitamente a lei anterior quando disciplina a mesma matéria), teria revogado o anterior dispositivo normativo insito no art. 3º da Lei 7.787/89 tornando, sem qualquer efeito prático, a suspensão de sua vigência pela Resolução nº 14 do Senado Federal.

Muito embora o questionamento basilar (quanto a constitucionalidade ou não) da referida lei revogadora também já tenha chegado à Suprema Corte, a mesma ainda não decidiu (salvo cautelarmente, por intermédio do deferimento da medida liminar prevista no ADIN) o aspecto da questão, em caráter definitivo, não existindo, por conseqüência, o efeito vinculante (previsto na EC-3/93) a orientar as decisões das instâncias inferiores.

Por efeito conclusivo, este Juízo não vê razões para não manter, por todos os argumentos já consignados, o seu anterior entendimento no sentido da sinérgica improcedência do pedido autoral, tanto no que alude à compensação como também, alternativamente, da repetição do indébito.

Isto Posto, na forma da fundamentação supra, **julgo improcedentes** todos os presentes pedidos registrados na inicial da presente ação de rito comum ordinário.

Honorários advocatícios em R\$ 50,00 (cinquenta reais), consoante o disposto no art. 20, § 4º, do CPC.

Custas *ex lege*.

P. R. I.

Rio, 02 de junho de 1997.

DR. R. REIS FRIEDE
JUIZ FEDERAL / 12ª VARA

DR. ALEXANDRE LIBONATI DE ABREU
JUÍZO FEDERAL SUBSTITUTO
13ª VARA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA-RJ
PROCESSO Nº96.0067659-3

Vistos etc.

O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL ofereceu denúncia em face de GILVAN SILVA DO NASCIMENTO, filho de Deovã Jubiracy do Nascimento e Luzia Vieira da Silva, inscrito no IFP sob o nº 11446096-7, nascido em 09.11.75, natural do Rio de Janeiro, pela prática das condutas descritas nos artigos 12, da Lei nº 6.368/76 e 180, *caput*, do Código Penal, em concurso material.

Consta da acusação que o réu, em 10.08.96, foi preso, durante operação policial realizada nesta capital na Travessa Egron, nº 13, Cidade de Deus, onde residia, ocultando em seu quarto substância entorpecente e pesado armamento de procedência nacional e estrangeira, este fruto de internação clandestina em território nacional.

Denúncia recebida em 06.11.96 (fl.38).

Auto de prisão em flagrante às fls. 12/15. Auto de apresentação e apreensão à fl. 09. Relatório da vida pregressa às fls. 21/23. Laudo prévio à fl.11. FAC à fl. 43.

Citado pessoalmente (fl. 46), compareceu o réu a interrogatório (fls. 47/48), negando a acusação e aduzindo que o material apreendido em sua residência pertencia a um traficante conhecido como "GIN", e que fora coagido, mediante arma, a ocultá-lo.

Defesa prévia à fl. 52, com pedido de diligências.

Durante a instrução foram ouvidos três policiais que participaram da prisão do réu (fls. 54/59). Não foram arroladas testemunhas pela defesa.

Na fase no art. 499, do CPP o MPF requereu a juntada dos laudos periciais das armas e das drogas (fl. 61). A defesa, juntando documentos, a realização do exame mencionado na defesa prévia (fls. 63/71).

Este Juízo indeferiu a realização do exame ante a aptidão física e mental do acusado, deferindo, outrossim os requerimentos do MPF(fl. 72).

Laudo pericial das armas juntado às fls. 76/77. Laudo de exame

de entorpecentes, à fl.85.

Mandado de Busca e Apreensão do armamento devidamente cumprido (fl. 97).

O Ministério Público Federal postulou a condenação do réu, defendendo a prova da materialidade e da autoria, além do elemento subjetivo do tipo. Saliou que a versão policial restou confirmada em Juízo; que o réu, valendo-se de sua experiência adquirida no Serviço Militar Obrigatório, desviou sua conduta, voluntariamente, para o crime, e que tal atitude era desconhecida de seus familiares. Requereu, outrossim, a fixação da pena acima do mínimo legal, o regime fechado para o cumprimento inicial da pena, a perda, em favor da União, do armamento apreendido, bem como fosse negado o direito de apelar em liberdade. Por fim, postulou a remessa de cópia de peças a uma das varas criminais regionais de Jacarepaguá (fls.92/96).

A defesa requereu a absolvição com fundamento no art. 22, do Código Penal e, subsidiariamente, em caso de condenação, a aplicação de pena branda, com a incidência do art 65, I e III, do Código Penal. Ressaltou, ademais, a conduta pessoal e social do réu, sua primariedade, bem como o precário nível de escolaridade e cultural.

É O RELATÓRIO. Passo a decidir.

Ao réu GILVAN SILVA DO NASCIMENTO foi atribuída a receptação de arma estrangeira de uso proibido, bem como a guarda/depósito de substância entorpecente, para fins de tráfico. Segundo consta da peça acusatória, tanto as armas como a droga encontravam-se ocultas, no interior do quarto do acusado, em sua residência.

O réu não prestou declarações em sede policial, dizendo, em interrogatório, basicamente, que o material não lhe pertencia, mas que fora obrigado a guardá-lo, mediante ameaças dos traficantes locais. Disse, ainda que a guarda do material dera-se pela manhã, no próprio dia dos fatos.

Desse contexto, depreende-se que a guarda, tanto da droga como das armas, não é contestada pelo réu.

Os policiais militares ouvidos sob as garantias do contraditório, em depoimentos harmônicos, informaram que chegaram à residência do réu após denúncia anônima, que declinava, não só o nome do acusado como descrevia sua moradia. Em chegando no local, conhecido como "boca de fumo", várias pessoas fugiram, dentre as quais o acusado, que se dirigia à própria residência. Que o policial CARLOS MAGNO bateu na porta perguntando por "GIL", sendo atendido pela mãe e o padrasto do acusado,

e recebendo como resposta a informação de que tratava-se de "GILVAN", que acabara de chegar. Que o quarto do acusado estava trancado, bem como os móveis que o guarneciam. Que os familiares do acusado acompanharam a revista, aparentando calma por não desconfiarem das atividades do acusado, desesperando-se, todavia, a partir das descobertas procedidas pela Polícia.

Restam, assim, sobejamente demonstrados os fatos narrados na denúncia, ratificando os termos do auto de prisão em flagrante.

Insta observar que as condutas tipificadas pelo art. 180, *caput*, do Código Penal e 12, da Lei nº 6.368/76, subsumem-se a que a realizada pelo acusado, independentemente dele ser ou não ser o proprietário do material apreendido. Ainda que o estivesse guardando para terceiros, o delito consumir-se-ia pela mera guarda/ter em depósito, em relação às drogas, e pelo recebimento em proveito alheio, ou pela ocultação, em relação às armas.

Não é verdadeira a alegação do réu de que recebera as armas e as drogas no exato dia dos fatos. Isto porque seu quarto mantinha-se trancado, o que teria sido o erro de sua mãe ao permitir, conforme a mesma dissera e relatado pela testemunha MARCO ANTÔNIO DE GÓES ALVES (fl. 58).

Também não procede o argumento defensivo de que o réu agira sob coação irresistível. Em primeiro lugar, porque não há prova dessa coação. Em segundo lugar, porque as circunstâncias indicam o contrário (escondeu o fato da família, ocultou em seu próprio quarto, trancou o cômodo etc).

Os depoimentos acima referidos, o interrogatório do réu, bem como os demais elementos de convencimento trazidos aos autos trazem ao Juízo a perfeita compreensão dos fatos ocorridos, suas circunstâncias bem como permitem a ferição da certeza quanto à autoria.

Confirmados os fatos, bem como a procedência estrangeira das armas pelo laudo de fls. 76/77, fruto de internação criminosa em território nacional, e a natureza entorpecente das substâncias encontradas (laudo de fl. 85), faz-se mister a procedência da pretensão punitiva, com a conseqüente condenação do réu pelos crimes pelos quais denunciado.

O elemento subjetivo do tipo também restou demonstrado pela ciência do réu quanto ao caráter ilícito da aquisição das armas e da droga. Aliás, nesse particular, valiosa é a orientação jurisprudencial, no sentido de que "a prova do conhecimento da origem delituosa da coisa, no crime de receptação pode extrair-se da própria conduta do agente e dos fatos

circunstanciais que envolvem a infração"(TACRIM -SP - AC -Rel. Jesus de Oliveira Sobrinho - RT 548/386). É fato notório que as quadrilhas hoje organizadas são abastecidas pelo "mercado negro" de armas, utilizando-se os traficantes de conexões internacionais, via Paraguai normalmente, para a internação clandestina de pesado armamento. O réu, ademais, foi preso em estado de flagrância, em local conhecido como "boca de fumo". A circunstância, atestada pelos policiais, de que o quarto do acusado encontrava-se trancado, ademais, denota o medo de que seu comportamento fosse descoberto por seus familiares, que não concordariam com as ações delituosas.

As armas encontradas em poder do réu são de uso proibido, a teor do art. 161, do Decreto nº 55649/65. Seu ingresso em território nacional, portanto, deu-se de forma criminosa, já que a importação de mercadoria proibida é tipificada pelo art. 334, *caput*, do Código Penal.

ISTO POSTO, JULGO PROCEDENTE O PEDIDO, para condenar o réu pela prática das condutas descritas pelos arts. 180, *caput*, do Código Penal e 12, da Lei nº 6.368/76.

O réu integra organização criminoso dedicada ao tráfico de entorpecentes na Cidade de Deus. As quadrilhas instaladas nos morros e favelas cariocas levam pânico às comunidades que, cada vez com maior freqüência, se confrontam com verdadeiro poder de fato à margem da sociedade legalmente organizada.

Qualquer qualificativo que se queira elocubrar a demonstrar a gravidade do problema de segurança na cidade do Rio de Janeiro é insuficiente. A segurança pública constitui preocupação de todos os grandes conglomerados humanos do mundo, isso é fato, mas assume especial relevância quando o Estado passa a se defrontar com grupos fortemente armados, cuja superioridade bélica desafia e afronta os Poderes Constituídos.

Nesse passo, cumpre destacar, como já adiantado, que os motivos do crime ligam-se à manutenção do tráfico de entorpecentes, mediante violência; e que suas conseqüências, de tão e graves e diversas, afiguram-se imprevisíveis no seio da sociedade. As atividades desses bandos organizados, fortemente armados, deitam reflexos, além do tráfico que controlam, no roubo de automóveis, em extorsão mediante seqüestro, para nos atermos, apenas, a algumas condutas, exigindo um tratamento mais severo e afinado nos anseios da coletividade.

As circunstâncias judiciais a serem consideradas nesta oportunidade, portanto, devem refletir, além das condições subjetivas,

personais e sociais do agente, como não poderia deixar de ser a teor do art. 59, do Código Penal, fundamentalmente os motivos, as circunstâncias e as conseqüências dos crimes ora tratados.

O art. 59, do Código Penal, impõe que se considere, na fixação da pena, os critérios de reprovabilidade da conduta do réu, sem prejuízo da aferição objetiva e concreta do caráter educativo que essa pena terá tanto para o acusado como para a sociedade, agindo de forma a acentuar a prevenção geral.

A nova parte geral do Código Penal adota princípios firmados pela política criminal, como se depreende por sua exposição de motivos, no sentido de que a individuação da pena "importa em optar, dentre as penas cominadas, pela que for aplicável, com a respectiva quantidade, à vista de sua necessidade e eficácia para "reprovação e prevenção do crime". No mesmo diapasão, observa Damásio de Jesus que "a imposição da pena está condicionada à culpabilidade do sujeito. Na fixação da sanção penal, sua qualidade e quantidade estão presas ao grau de censurabilidade da conduta (culpabilidade)" (Direito Penal, 1º vol., Saraiva, 1992, p. 508).

O grau de censurabilidade da conduta do réu é alto, razão pela qual a quantidade da pena deve acompanhá-lo proporcionalmente. A proporcionalidade entre a pena e a censurabilidade da conduta norteia o legislador ao elaborar o tipo penal e a sanção por sua realização, mas, fundamentalmente, deve nortear o julgador, visto que o direito não é estático e a imposição sancionária não é automática. O prudente arbítrio do magistrado, na escolha da pena, dentre as legalmente permitidas, e a respectiva quantidade, dentro dos limites estabelecidos, constitui exteriorização desse princípio de proporcionalidade.

Todavia, o princípio da proporcionalidade constantemente é ferido pelo legislador, cabendo ao juiz restabelecê-lo, de forma a assegurar não só a coerência das suas decisões, como também do ordenamento jurídico e ressaltar o senso de justiça na sociedade.

Com essa preocupação - de assegurar a eficácia do princípio da proporcionalidade - é que a escala legal para a fixação da sanção prevista para as condutas perpetradas pelo acusado deve ser apreciada.

QUANTO À RECEPÇÃO

Causa espécie, com efeito, que a receptação de arma de uso proibido enseje pena muito inferior à do tráfico de entorpecentes, quando a censurabilidade das condutas é, no mínimo, idêntica, e aquele crime é praticado em função e para garantir o segundo.

A receptação de arma de uso proibido não pode sofrer o mesmo

tratamento conferido à receptação de um objeto qualquer furtado, já que os motivos de sua realização, bem como as respectivas consequências, evidentemente, diferem em grau de reprovabilidade.

A receptação de arma de uso proibido não pode ser enfrentada como mero crime contra o patrimônio, ainda que formalmente o seja, já que o bem jurídico maior que se quer provar é outro.

A realidade social hoje difere daquela outra que ensejou a tipificação da receptação clássica, ensinada em nossas faculdades e explanada pela doutrina. É fenômeno natural que as mutações sociais precedam às do direito. Para muitos é até conveniente que assim o seja. Todavia, o quadro social a que ora o juiz é chamado a intervir exige um tratamento diferenciado para a receptação de arma proibida para aquela que chamamos de "clássica", cujo bem jurídico protegido é apenas ou fundamentalmente o patrimônio.

Tal exigência decorre, como já visto, do critério de proporcionalidade que deve existir entre a pena e o grau de reprovabilidade da conduta, bem como dos motivos do crime - a proteção ao tráfico - e suas consequências.

Especificamente com relação às consequências do crime, cumpre destacar, novamente, o estado de violência marginal que se instaurou em determinadas áreas, notadamente nas mais pobres, onde o poder do Estado é substituído e afrontado pelo poder de fato de quadrilhas organizadas, criando zonas de exclusão em que os mais basilares princípios do Estado de Direito se afiguram como ficção.

Diante do grau de culpabilidade, do princípio da proporcionalidade, dos motivos do crime e das consequências respectivas, a pena-base deve afastar-se do mínimo legal. A apreciação das circunstâncias judiciais indicadas no mencionado artigo 59, do Código Penal, não pode ser equitativa, como se cada uma delas merecesse o mesmo peso sobre o convencimento do juiz. Aliás, não há um critério legal para esse exercício de pensamento, sendo rica a doutrina e a jurisprudência na indicação de fórmulas, como se toda questão jurídica pudesse se enquadrar em equações matemáticas.

No caso vertente, e como já exposto, é conveniente e desejável que determinadas circunstâncias judiciais prevaleçam sobre outras, de forma a responder, técnica e racionalmente, aos anseios da sociedade, cuja compreensão do sentido de justiça ver-se-ia comprometida caso outra fosse a solução.

Vale ressaltar, por oportuno, precedente jurisprudencial do

Supremo Tribunal Federal em *habeas corpus* em que foi relator o Min. Moreira Alves, salientando que:

" - Não obstante o réu tenha bons antecedentes e seja primário, a pena-base pode ser fixada acima do mínimo legal com fundamento nos demais fatores referidos no *caput* do art. 59 do Código Penal"(HC 73444-8, Informativo STF nº 48, DJ 16.10.96).

Justifica-se, assim, a fixação da pena-base em patamares superiores ao mínimo legal. O grau de reprovabilidade do delito deve ser aferido "conforme a consciência valorativa da comunidade, e não como as idéias morais do juiz ou de uma doutrina ou tendência filosófica. De todos os modos, não é possível uma determinação da pena no atual direito sem recorrer a critérios morais" (Jescheck, Tratado de Derecho Penal, vol. I, p. 1209/1210, 1978).

Fixo, assim, a pena base do réu em 3 (três) anos de reclusão e 262 (duzentos e sessenta e dois) dias-multa.

O réu era menor de vinte e um anos na data do fato, razão pela qual diminuo a pena-base, com fundamento no art. 65, I, do Código Penal, em 1 (um) ano e 87 (oitenta e sete) dias-multa. Não havendo causas especiais de aumento ou diminuição, **torno a pena definitiva em 2 (dois) anos de reclusão e 175 (cento e setenta e cinco) dias-multa.**

QUANTO AO TRÁFICO

No que concerne ao crime descrito no art. 12, da Lei nº 6.368/76, em razão das mesmas circunstâncias judiciais ressaltadas acima, à exceção dos motivos e das circunstâncias do crime, que não julgo tão relevantes quanto ao crime de receptação de arma proibida, fixo a pena-base do réu em 4 (quatro) anos de reclusão, mais o pagamento de 75 (setenta e cinco) dias-multa.

O réu era menor de vinte e um anos na data do fato, razão pela qual diminuo a pena-base, com fundamento no art. 65, I, do Código Penal, em 1 (um) ano e 25 (vinte e cinco) dias-multa. Não havendo causas especiais de aumento ou diminuição, **torno a pena definitiva em 3 (três) anos de reclusão e 50 (cinquenta) dias-multa.**

QUANTO AO CONCURSO MATERIAL:

Em razão do concurso material de crimes (art. 69, do Código Penal), somo as penas cominadas, perfazendo o total de 5 (cinco) anos de reclusão e 225 (duzentos e vinte e cinco) dias-multa.

Fixo o dia-multa, considerando a situação econômica do réu, em um trigésimo do salário mínimo vigente à época do fato, devendo ser

recolhida em 10 (dez) dias do trânsito em julgado da sentença.

O regime inicial de cumprimento da pena corporal será fechado, pelas razões que justificaram a sua fixação, com base no art. 59, do Código Penal, acima do mínimo legal, permanecendo o réu preso no prazo recursal vez que pode, pela natureza do crime e situação social, furtar-se da aplicação da lei penal.

Inobstante o teor da respectiva FAC, deve o juiz formular um juízo de probabilidade, tendo como fundamento não só o que "o réu é" (primariedade e antecedentes), mas também o que o réu pode fazer se permanecer ou conseguir a liberdade. Ao decidir sobre o disposto no art. 594, do CPP, o juiz "está atento, nesse caso, à periculosidade do réu, à sua capacidade de por em risco a ordem pública, se mantido solto" (Weber Martins Batista, Direito Penal e Processual Penal, Forense, 1987), formulando, assim, verdadeiro juízo de probabilidade projetado para o futuro.

Condene o réu, ainda, nas custas judiciais, isentando-o, todavia, a teor do art. 4º. II, da Lei nº 9.289/96.

Decreto o perdimento do armamento apreendido em favor da União Federal, devendo ser encaminhado ao Comando Militar do Leste.

Proceda a Polícia Federal à incineração da substância entorpecente no prazo de 30 (trinta) dias, guardada, apenas, uma amostra, devendo remeter laudo circunstanciado a respeito.

Atenda-se ao que disposto no Provimento nº 73, da Eg. Corregedoria do Tribunal Regional Federal da 2ª Região.

Extraia-se peças para encaminhamentos à Vara Criminal Estadual de Jacarapaguá, vez que, a teor do art. 109, IV da Constituição Federal, e dos termos da Súmula nº 38, do STJ, refoge à competência da Justiça Federal o julgamento de contravenções, sendo qualquer norma infraconstitucional que determine o julgamento conjunto inaplicável à hipótese, conforme já salientara o MPF em alegações finais.

Fixo os honorários da Dra. LILLIAN WEEKS no máximo do item I, "c" da tabela vigente, e da Dra. MÁRCIA FARIA LIMA, que só funcionou para um ato, no mínimo da mesma tabela. Oficie-se.

P.R.I.C.

Rio de Janeiro, 24 de janeiro de 1997.

ALEXANDRE LIBONATI DE ABREU
JUIZ FEDERAL SUBSTITUTO, NO EXERCÍCIO DA TITULARIDADE
DA 13ª VARA FEDERAL

DR. AUGUSTO GUILHERME DIEFENTHAELER
JUIZ FEDERAL TITULAR
15ª VARA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA-RJ
PROCESSO Nº 96.0014543-1

SENTENÇA

CLAUDETE NOGUEIRA CAMPOS, qualificada na inicial, impetrou Mandado de Segurança em face do **TITULAR DA PAGADORIA DE INATIVOS E PENSIONISTAS DO MINISTÉRIO DO EXÉRCITO NO RIO DE JANEIRO**, objetivando a concessão de pensão estatutária com fundamento na Lei nº 3.373/58.

Alega ser filha maior solteira do ex-servidor público federal **VICENTE NOGUEIRA CAMPOS**, o qual foi aposentado em 09.08.77, vigente a Lei nº 1.711/52, falecido em 02.07.96.

Afirma que a lei que deve reger a pensão pugnada é aquela vigente à data de aposentação do ex-servidor, qual seja, a lei nº 3.373/58, sendo, portanto, direito adquirido a fruição do aludido pensionamento.

Junto com a inicial vieram o instrumento de mandato e documentos (fls. 10/25).

Liminar indeferida (fl. 26).

Informações requisitadas pelo ofício nº 314/96-AE, fl. 28.

Em suas informações, o Chefe da Seção de Inativos e Pensionistas da 1ª Região Militar, argúi sua ilegitimidade passiva e, no mérito, aduz que a Lei nº 8.112/90 é que deve reger a postulação autoral, não havendo neste Diploma Legal dispositivo a amparar a postulação.

O Ministério Público opinou pela extinção do processo sem julgamento do mérito, quer seja por ilegitimidade passiva.

É o relatório.

A - Interesse processual.

O interesse processual, como condição de ação, deve se fazer presente quando do momento de prolação da sentença.

Se por um lado a Impetrante não demonstrou a ocorrência de negativa da Autoridade à sua pretensão, por outro lado, a referida Autoridade, em suas informações, nega a existência do direito perseguido e, assim agindo, demonstra claramente a necessidade e utilidade do provimento jurisdicional para o deslinde da questão.

Preliminar rejeitada.

B - Legitimidade Passiva.

Em sendo a Autoridade indicada o agente responsável pelo trato dos assuntos relativos aos aposentados e pensionistas da 1ª Região Militar, como a denominação do cargo ocupado permite concluir e, não tendo sido indicada a suposta Autoridade que, segundo o entendimento do Impetrado, deveria figurar no pólo passivo, sendo indicado apenas o local (setor) para o qual seria remetida documentação, há que se ter como legítima a Autoridade que prestando as informações assume a defesa do ato impugnado.

C - Mérito.

O evento material que enseja o surgimento do direito dos prováveis dependentes à fruição de uma pensão é a morte do indivíduo de quem dependiam, tenha sido ele servidor civil, militar ou segurado da Previdência Social.

Até que o momento fúnebre ocorra, persiste para os virtuais dependentes apenas mera expectativa de direito à pensão, pois só neste momento é que todos os requisitos necessários à implementação do direito se farão presentes.

Desse modo, a qualidade de dependente há que ser apurada quando do passamento do instituidor, tomando-se como base a legislação então vigente. Neste sentido é firme o entendimento pretoriano:

A pensão por morte rege-se pela legislação vigente na data do óbito do servidor (TRF 1ª Reg., REO 95.0107695-4, rel. Juiz Jirair Meguerian, DJ 30.05.96).

1. Não obstante todo o caráter social infringido ao caso em tela, este não é suficiente para mitigar o princípio do qual: é no momento em que a lei entra em vigor, que é determinada a Regulação dos atos jurídicos incidentes a partir dali, ou seja, "tempus regit actum."

2. O falecimento do genitor da apelante ocorreu em 23 de agosto de 1992, ou seja, sob a vigência das lei 8112/90 e 8213/91, afastando o benefício de pensão aos filhos maiores

de 21 anos não inválidos (TRF 5º Reg., AC 95.00581678-4, rel. Juiz Jose Delgado, DJ 10.11.95).

A esposa do servidor autárquico falecido em consequência de Neoplasia maligna faz jus a pensão especial, nos termos da Legislação vigente na data do óbito (TRF 4º Reg., AC 93.0413209, rel. Juíza Dias Cassales, DJ 20.09.95).

O óbito do ex-servidor se deu em 02 de julho de 1996 (fl. 16) quando já vigente a Lei nº 8.112/90, a qual, ao dispor sobre os beneficiários da pensão, não contemplou os filhos ou filhas maiores de 21 anos, salvo se inválidos (art. 217, I "a").

Em sendo maior de 21 anos (fl. 14) e não comprovada, ou melhor, sequer mencionada, a condição de inválida, não faz jus a Impetrante ao estipêndio pugnado.

Neste sentido:

ADMINISTRATIVO. PENSÃO TEMPORÁRIA. FILHA DE MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. BENEFÍCIO CONSOANTE À LEGISLAÇÃO VIGENTE À ÉPOCA DO ÓBITO. ART. 96 DA LEI N. 1.341/51 C/C ART. 217, II, A, DA LEI N.8.112/90.

1. Regula-se a pensão pela lei vigente à época do óbito do instituidor do benefício.

2. À época do óbito do genitor da impetrante - 30/03/93 - vigia a lei n. 1.341/51, que, omissa sobre a Previdência Social dos membros do Ministério Público da União, estatua, em seu art. 96, que, "no que for omissa a presente lei, aplicar-se-á o estatuto dos funcionários civis da União".

3. O art. 271, II, a, da lei n. 8.112/90 - vigente à época do óbito do genitor da impetrante - não assegura a pensão temporária a filha solteira, maior de 21 (vinte e um) anos e não inválida.

4. Apelação improvida (TRF 1ª reg., AM S 95.0134281, rel. Juíza Assusete Magalhães, DJ 20.05.96).

Por fim, há que se observar a não aplicabilidade ao caso do princípio da não revogação da lei especial pelo advento de lei geral.

A lei nº 3.373/58 teve por escopo dispor sobre o Plano de Assistência ao Funcionário e sua Família, a que se referiam os artigos n.º 161 e 256 da Lei nº 1.711/52, tendo o artigo 253 da Lei nº 8.112/90 revogado a Lei nº 1.711/52 e respectiva legislação complementar, nesta se incluindo a Lei nº 3.373/58.

Contudo, mesmo que não houvesse expressa menção à legislação complementar, a revogação tácita se faria presente, pois extinto o antigo Estatuto Funcional da União que previa o plano de assistência extintas restaram às demais normas que visavam dar organização, funcionamento e implementação ao aludido plano.

Por outro giro, não há que se considerar a Lei nº 3.373/58 como norma especial em relação à Lei nº 8.112/90, pois ambas tratam de idêntica matéria, qual seja, Seguridade Social do Servidor e de sua família, sendo dedicado para tal fim Título específico abrangendo os artigos 183 a 231 do atual Estatuto Funcional.

No abalizado magistério de Carlos Maximiliano: *"Se a lei nova cria, sobre o mesmo assunto anterior, um sistema inteiro, completo, diferente, é claro que todo o outro sistema foi eliminado. Por outras palavras: dá-se ab-rogação, quando a norma posterior se cobre com o conteúdo todo da antiga"* (Hermenêutica e Aplicação do Direito, 9ª edição, pág. 458).

Valendo-se da autoridade que lhe é inerente para inovar a ordem jurídica, o Legislador reformulou o rol de beneficiários dos servidores públicos da União, não incluindo entre eles as filhas maiores solteiras não detentoras de cargo público. Desse modo, obstada por meio legítimo, a expectativa de direito da impetrante não conseguiu se aperfeiçoar a ponto de se converter em direito adquirido.

Isso porto, **DENEGO A SEGURANÇA.**

Custas na forma da Lei. Sem honorários advocatícios (Súmula 512 do STF).

P.R.I.C.

Rio de Janeiro, 06 de fevereiro de 1996.

AUGUSTO GUILHERME DIEFENTHAELER.
JUIZ FEDERAL.

DR. SÉRGIO SCHWAITZER
JUIZ FEDERAL TITULAR
16ª VARA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA-RJ
PROC. 6109365

Vistos, etc...

MINERAÇÃO SÃO FÉLIX LTDA. move a presente **ação de procedimento ordinário** em face da UNIÃO FEDERAL, alegando, em síntese, que obteve do Ministério das Minas e Energia autorização de pesquisa de jazidas de rutilo e diamante industrial, conforme os Alvarás expedidos pela autoridade competente, adquirindo, destarte, direito de prioridade à pesquisa na área demarcada.

Aduz que iniciou as pesquisas na área de maior vulto, dispendendo alta qualificação técnica e de trabalho, além de maciços investimentos, para concluir pela exequibilidade e aproveitamento econômico da jazida, e, dentro do prazo legal, entregou à Ré o relatório dos trabalhos de pesquisa, habilitando-se à garantia real do direito de exploração da jazida.

Sucede, contudo, que a Ré, de forma inusitada e arbitrária, decidiu reduzir as áreas de pesquisa deferidas à Autora, desconSIDERANDO as autorizações anteriormente concedidas. Tal redução, pondera, inviabiliza a continuidade do projeto de lavra, obrigando a Autora a requerer a baixa dos Alvarás acima mencionados.

Sustenta que o ato ilícito praticado pela Administração gera o dever de indenizar, porquanto reduziu ilegalmente a área a ser explorada pela Autora.

Requer a procedência do pedido para ser ressarcida dos danos emergentes, consubstanciados em todas as despesas diretas ou indiretas suportadas pela Autora.

Acompanham a inicial os documentos de fls. 17/134.

Regularmente citada, a Ré apresentou a contestação de fls. 140/141, aduzindo, em resumo, que não basta a simples entrega do Relatório dos Trabalhos de Pesquisa para ser habilitada à exploração da área pesquisada; é necessária, ainda, a verificação *in loco* pelo DNPM, segundo os arts. 30 e 31 do Código de Mineração.

Quanto aos demais fatos articulados na peça vestibular, contesta

por negação geral.

Réplica às fls. 143/146.

Documentação juntada pela UNIÃO às fls. 151/156, com manifestação da Autora (fls. 159/160).

Sâneador, irrecorrido, às fls. 161, deferindo a produção de prova pericial, cujo laudo se encontra às fls. 173/618, e consideração das partes às fls. 623 e 625/631.

Pelo despacho de fls. 654 foi deferida a requisição do procedimento administrativo, sendo realizado o traslado das peças indicadas (fls. 673/680).

Memoriais da Autora (fls.689/699) e da Ré (702/708).

É o relatório. Decido.

Cuida-se de ação através da qual pretende a Autora, empresa do ramo de mineração, obter indenização relativa aos gastos que dispendeu para pesquisa de viabilidade de exploração de lavra de rutilo e diamante industrial no município de Poxeréu, Estado do Mato Grosso.

Tal indenização seria devida à Autora, segundo se depreende da causa de pedir, em razão de a Ré (através do Departamento Nacional de Produção Mineral - DNPM) ter reduzido o total da área a ser explorada, o que teria inviabilizado economicamente o empreendimento.

São fatos incontroversos que à Autora, efetivamente, foram concedidas autorizações de pesquisa, mediante alvarás, em áreas de 10.000 ha e 1.000 ha (Alvarás de fls.29/31), e que em data posterior às aludidas autorizações, houve significativa redução da área total, consoante se depreende da Portaria 2230/79, do Ministro de Estado das Minas e Energia (fls. 119).

Tal delimitação da área encontra expresse respaldo legal no próprio Código de Mineração (Decreto-Lei 227/67, art. 76), inexistindo, nesse particular, qualquer nódoa na mencionada Portaria Ministerial, que visava garantir o trabalho de garimpagem no local antes destinado à Autora.

O mesmo Código prevê , em hipóteses semelhantes (art. 42) como seria apurado o montante da indenização ao beneficiário do Alvará, se recusada a autorização por interesse público, no exame da conveniência e oportunidade do ato administrativo.

Para que a Autora fizesse jus à vindicada indenização, seria necessária, entretanto, a comprovação, *quantum satis*, de que a redução da área de prospecção teria impossibilitado a exploração econômica da

jazida. Explica-se: não lhe foi negada a autorização de lavra, após a elaboração do relatório de trabalho de pesquisa; simplesmente diminuiu-se a área a ser explorada.

Somente se a Autora demonstrasse que na área excluída encontrava-se a maioria das reservas minerais, ou mesmo que na área a ser explorada (mais de 7.000 ha) não seria economicamente viável a extração, é que faria jus ao ressarcimento.

No caso vertente, em nenhum momento comprovou este fato - ônus que lhe competia - limitando-se a produzir prova pericial que apurou unicamente o total dos gastos efetuados pela Autora.

Não se nega que a Autora realmente suportou gastos com a pesquisa objetivando futura exploração. Porém, teria de provar que o suposto ato ilícito da administração trouxe-lhe exclusivamente o prejuízo reclamado nestes autos, até mesmo porque expressamente requereu ao Ministério das Minas e Energia (fls. 130/134) baixa dos Alvarás de Pesquisa, invocando também nesses requerimentos as dificuldades com os garimpeiros da região.

Face ao exposto, **JULGO IMPROCEDENTE** o pedido, e condeno a Autora nas despesas do processo e honorários advocatícios que arbitro em 5% sobre o valor atribuído à causa, *ex vi* do art.20, § 4º do CPC.

P.R.I.

Rio, 8 de março de 1995.

SERGIO SCHWAITZER
JUIZ FEDERAL - 16ª VARA

DR. JOSÉ RICARDO DE SIQUEIRA REGUEIRA
JUIZ FEDERAL TITULAR
18ª VARA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA-RJ
PROCESSO Nº 96.0005285-9

SENTENÇA

Vistos etc.

General Ore International Corporation Limited impetra mandado de segurança contra ato do Capitão dos Portos do Rio de Janeiro, objetivando a liberação do navio, dizendo, em resumo, que adquiriu referida embarcação por força de leilão realizado pelo Juízo da 18ª Vara Cível desta Comarca, efetivado em execução que foi promovida em face da Companhia de Navegação Lloyd Brasileiro, pagando da quantia líquida de R\$ 15.457.153,61 (quinze milhões, quatrocentos e cinquenta e sete mil, cento e três reais e sessenta e um centavos) pelo casco do navio *Lloyd Pacífico*, que antecedeu ao de propriedade do impetrante.

Afirma que, de posse da carta de arrematação regularmente expedida, promoveu junto ao Tribunal Marítimo a transferência da bandeira e nacionalidade da embarcação, recebendo autorização da Receita e da Polícia Federal para a retirada do Porto do Rio de Janeiro, o que não foi possível em razão de obstáculo criado pelo impetrado em virtude de ter este recebido ordem do MM. Juiz da 34ª Junta de Conciliação e Julgamento desta Capital sobre um arresto realizado nos autos de uma execução trabalhista, em trâmite naquela Junta, originária de Reclamação ajuizada pelo Sindicato Nacional dos Marinheiros e Moços de Máquinas em Transportes Marítimos e Fluviais para garantia de crédito de salários.

A inicial vem instruída com os documentos de fls. 06/28, e os esclarecimentos de fls. 30/67, estando a impetrante devidamente representada por sua agente no Brasil, Serviship Serviços Marítimos Ltda..

Pela decisão de fls. 68/69, deferi a liminar, determinando a liberação do navio, vindo aos autos requerimento da União Federal (fl. 72), requerendo vista dos autos, e ofício da 34ª Junta de Conciliação e Julgamento, acompanhada de documentos (fls. 72/127), solicitando informações.

O ofício da autoridade apontada coatora está a fls. 129, também com os documentos de fls. 130/150, dando notícia que cumpriu a liminar, despachando o navio Patsy N, aduzindo que não liberou o bem em vista de arresto anteriormente realizado pela Justiça do Trabalho.

A União Federal (fls. 152/156) apresenta contestação (?) afirmando ser o impetrado parte ilegítima, requerendo a revogação da liminar, inclusive pelos vultosos prejuízos causados à mesma pela liberação, uma vez questionado o leilão do navio, dizendo, ainda, que este Juízo deferiu liminar contra decisão do Juiz do Trabalho, dando mais notícias na interposição de agravo junto ao Tribunal Regional Federal da 2ª Região (fls. 212/219).

O M.P.F., pelo Parecer de fls. 221/224, opina pela extinção do processo, entendendo ser ilegítima a parte impetrada, já que não caberia ao mesmo desobedecer a ordem de Juiz do Trabalho, bem como que teria este Juízo se investido de competência para decidir sobre conflito entre juízes vinculados a tribunais diversos.

É o relatório.

DECIDO: Duas são as questões a serem enfrentadas para efeito de se decidir o mérito da presente impetração, quais sejam (a) ilegitimidade de parte da autoridade apontada coatora e (b) a existência de conflito de competência entre o MM. Juiz de Direito da 18ª Vara Cível da Comarca da Capital e o MM. Juiz da 34ª Junta de Conciliação e Julgamento do Rio de Janeiro.

A primeira preliminar evidentemente não tem fundamento, uma vez que tanto era competente o impetrado que, obedecendo à ordem judicial, liberou o navio, não se confundindo, com certeza, a faculdade da escolha da obediência com o poder dispositivo de proceder a liberação, que já tinha sido antecedida por outras da Receita e da Polícia Federal, motivo porque a rejeito.

A segunda, que diz respeito ao possível conflito de competência, tenho-a, igualmente, como inexistente.

Com efeito, o que houve, no caso, foi o arresto de um bem em causa trabalhista concomitante à penhora desse mesmo bem por Juízo Cível Estadual, que, mais rápido, efetivou o leilão do bem, incidindo, automaticamente, o ato de apreensão judicial que pesava sobre o bem no dinheiro depositado à disposição do Juízo da 18ª Vara Cível da Comarca do Rio de Janeiro, já que o Judiciário, a despeito de diversos ramos, é uno, um só poder.

A interpretação dos arts. 711 e 712, ambos da Código de Processo

Civil, não deixa margem à dúvida sobre a questão, já que, como ali determinado, havendo, em concorrência, diversos credores, o dinheiro deve ser distribuído e entregue de acordo com a ordem de preleção, cabendo, não havendo ordem de preferência, o primeiro recebimento ao que promoveu a execução, seguindo-lhe os demais, observada a anterioridade de cada penhora.

No caso, a despeito do crédito trabalhista, não se tinha sequer formalizada, mas apenas um arresto, o qual somente ocorre na hipótese de não localização do devedor ou na recusa desse em receber a citação, havendo procedimento próprio para a conversão em penhora.

Ademais, a despeito de levantado pelo credor que promoveu a execução do valor do seu crédito, o remanescente dá com sobra para a satisfação integral da dívida de natureza trabalhista, sendo certo, ainda, que, tanto na Justiça do Trabalho, onde foi tentada uma espécie de caução real, com administração provisória da empresa, quanto na Justiça Comum Estadual, com petição no Juízo da 18ª Vara Cível e recurso no Tribunal de Justiça, de tudo se tentou no sentido de impedir o leilão, até sob o argumento com certeza metajurídico de que o Lloyd Brasileiro é patrimônio nacional, numa referência de que o Estado não está obrigado a honrar suas obrigações e se como culpados da situação falimentar da empresa fossem os seus credores...

Tanto é assim que o depósito na arrematação compreendeu a soma de R\$ 15.457.153,61 (quinze milhões, quatrocentos e cinquenta e sete mil, cento e cinquenta e três reais e sessenta e um centavos), dos quais com levantamento do credor, restou mais de R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais) depositados, sem que tenha tido o Sindicato Reclamante a iniciativa de postular qualquer retenção em seu favor, nem tampouco transferir o gravame para qualquer outra embarcação de propriedade do reclamado, no caso, a Companhia de Navegação Lloyd Brasileiro, numa clara demonstração de que apenas pretendia procrastinar o andamento do feito e não resolver efetivamente as pendências financeiras de seus representados.

José Frederico Marques, discorrendo sobre o processo de execução bem assinala a propósito:

"Os bens penhorados, na execução contra o devedor solvente, servem de garantia ao exequente pelo crédito por este exigido na ação executiva que propôs.

Neste passo, profunda alteração trouxe o vigente Código de Processo Civil ao processo executivo, uma vez que,

não se tratando de devedor insolvente, não mais vigora a regra do par conditio creditorum, a qual, no dizer de Liebman, "estabelece o princípio da distribuição do produto, segundo a ordem para os credores privilegiados e hipotecários e par contribution para os quirografários".

Segundo bem explica Alfredo Buzaid, na Exposição de Motivos do projeto de Código de Processo Civil, - "o projeto distingue execução contra o devedor solvente e execução contra o devedor insolvente. Enquanto o devedor possui bens livres e desembaraçados, o credor obtém a satisfação do seu direito em execução singular. Pela penhora adquire o credor um direito real sobre os bens penhorados, a exemplo do que o § 804 do Código de Processo alemão. Quando, porém, as dívidas excedem a importância dos bens do devedor, dá-se a insolvência civil"(Exposição de Motivos, n.22).

Se mais de uma penhora recai sobre o mesmo bem ou bens, o produto da execução é pago ao credor que promoveu, em primeiro lugar, a penhora, de acordo com a regra prior tempore, potior jure; a não ser que haja "sobre os bens alienados qualquer outros privilégio ou preferência, instituído anteriormente à penhora"(art. 709).

(Manual de Direito Processual Civil, Saraiva, São Paulo, 1986, 6ª ed. Atualizada, vol. IV, págs. 207/208).

No mesmo sentido é o magistério de nosso maior jurista, Pontes de Miranda, assinalando que:

"O art. 711 não se refere a concurso de credores, devido à insolvência do devedor, mas sim à possível pluralidade de credores, se o dinheiro ou o produto das arrematações deu para se cobrirem todos os débitos. Mesmo assim, tem-se de obedecer à ordem das prelações, isto é, dos direitos de privilégio e preferência, quem exerceu, em primeiro lugar, a ação executiva, seja de sentença ou seja de título extrajudicial, é quem primeiro recebe. A data de cada penhora é que importa para as outras pessoas. Note-se que a data do despacho da petição da primeira ação de execução é que importa. No tocante às posteriores, o art. 711, *in fine*, pôs relevo a continuidade de cada penhora. Se alguém teve despacho admissivo da primeira ação proposta, não importa se outra pessoa, que, só após levou

ao juízo a sua petição, consegue a penhora antes do credor que obtivera a admissão em primeiro lugar.

Se há pluralidade de credores e alguns deles, que não é o que tem prioridade, requer o levantamento do que lhe toca, uma vez que o depósito é suficiente para ser levantado pelo credor ou pelos credores que lhe estão à frente, tem o Juiz de deferir o requerimento. Se o que há não basta para os credores com anterioridade de penhora, não. O que importa é a ordem, pela data das penhoras, e não a ordem pela data dos requerimentos. Se os bens penhorados não bastavam para a solução de todas as dívidas, o que tinha de ser requerido era a declaração de insolvência por qualquer dos credores quirografários, pelo devedor ou pelo inventariante do espólio do devedor (art. 753)"(Comentários ao Código de Processo Civil, Forense, Rio, 1ª ed, 1976, tomo X, págs. 425/426).

A jurisprudência por sua vez, é igualmente unânime em tal interpretação, como se pode aferir pelos arestos ora transcritos, *verbis*:

TRIBUNAL DE ALÇADA DO ESTADO DO PARANÁ - AGRAVO DE INSTRUMENTO NÚMERO DO PROCESSO 79 - TERCEIRA CÂMARA CÍVEL - DATA DE JULGAMENTO: 22.04.86 - RELATOR: JUIZ WOLFF DECISÃO: UNÂNIME - NÚMERO DE ARQUIVO DO ACÓRDÃO: 23592

"Execução. Leilão. Depósito do produto. Concorrência de credores. Inadmissibilidade do levantamento isolado de crédito. Observância dos arts. 711 e 712 do CPC. Efetivado o leilão de bem pertencente ao devedor comum e depositado o respectivo produto, impõe-se, na hipótese de ser solvente o devedor e concorrerem vários credores, que o dinheiro lhes seja distribuído e entregue consoante a ordem das respectivas prelações (art. 711 do CPC), pois que a disputa entre os credores versa unicamente sobre o direito de preferência e a anterioridade da penhora (art. 712, parte final), sendo inadmissível, assim, o levantamento, isoladamente, do produto por credor. Agravo provido"(in **INFORMA JURÍDICO**, edição CD-ROM, 1997).

TRIBUNAL DE ALÇADA DO ESTADO DO PARANÁ - AGRAVO DE INSTRUMENTO - NÚMERO DO PROCESSO: 263 - TERCEIRA CÂMARA CÍVEL - DATA DE JULGAMENTO: 17.09.85 RELATOR: JUIZ WILSON REBACK - DECISÃO: UNÂNIME -

NÚMERO DE ARQUIVO DO ACÓRDÃO: 85022217

"Execução de título extrajudicial. Duas execuções contra o mesmo devedor, ajuizadas por diferentes credores. Penhora do mesmo bem, levada a praça em cada uma, distintamente, e arrematados. Nulidade da segunda arrematação. Recurso provido. Correndo paralelamente duas execuções, nas quais tenha a penhora recaído sobre o mesmo bem, a arrematação efetivada em uma delas, impede o prosseguimento da outra. Consequentemente, a segunda arrematação reveste-se de nulidade, de vez que um bem já arrematado não pode ser novamente levado a praça ou leilão enquanto prevalecer a primeira alienação"(in INFORMA JURÍDICO, edição CD-ROM, 1997).

"... o protesto de preferência do Código anterior não foi mantido pelo atual. Se há pluralidade de credores, e o produto obtido basta para o atendimento de todos com penhora, sem que haja insolvência do devedor, os créditos podem ser atendidos pela forma prevista nos arts. 711 e 712 do CPC, com a disputa versando exclusivamente sobre o direito de preferência e a anterioridade da penhora. Mas se o caso é o da insolvência do devedor, a execução instala-se pelo rito dos arts. 754 e os seguintes do estatuto processual, indispensável a declaração de insolvência, ou pela falência se o devedor é comerciante"(ac. Unân. Da 12ª Câm. do TJSP de 29.12.81, na apel. 19515-2, rel. Des. Antonio Garrigós Vinhaes; RJTJSP 77/99) in Código de Processo Civil Anotado, Alexandre de Paula, RT, São Paulo, 3ªed. revista e ampliada, 1986, vol. III, pág 543.

"...É possível que em execução contra devedor solvente se instaure concurso de preferências. Mas, a preferência, em tal caso, decorre ou da anterioridade da penhora, ou de outro título - arts. 612 e 613 do CPC. Regula-se o concurso, neste caso, pelos arts. 711 e 713 do CPC. A hipótese será, então, de concurso de ações executórias, docorrente da pluralidade de penhoras sobre os mesmos bens"(ac. unân. Da 9ª Câm. do TJSP de 25.03.82, na apel. 20810-2, rel. Des. Mário Salles Penteado; RJTJSP 77/173) in Código de Processo Civil Anotado, Alexandre de Paula, RT, São Paulo, 3ª ed. revista e ampliada, 1986, vol. III, pág . 544.

"... enquanto o típico concurso de credores universaliza a execução sobre a plenitude dos bens do devedor insolvente, admitindo a participação de todos os credores, tenham ou não penhorado bens desse devedor comum, o concurso de preferências - só admitido enquanto não caracterizada a insolvência - põe em confronto concorrentes com créditos garantidos por penhoras sobre os bens especificamente afetados pela execução, tal como resulta do art. 613 do CPC; sem que importe, aqui, se a preferência decorre da anterioridade da penhora ou do próprio título"(Do ac. unân. da 7ª Câm. do TJSP de 23.09.82, no agr. 46990-2, rel. Des. Vieira De Souza: RJTJSP 81/278) *in* Código de Processo Civil Anotado, Alexandre de Paula, RT, São Paulo, 3ª ed. revista e ampliada, 1986, vol. III, págs. 544/545.

Não se pode, portanto, transformar, como pretendem o Ministério Público Federal e a União Federal, um concurso de preferências em um conflito de competência, que, na realidade, nunca existiu, porque, como já dito, com o leilão do bem, restou transferido o gravame para o dinheiro depositado, o qual cobria sobejamente a importância da reclamação trabalhista.

No mérito, a questão é pacífica, assistindo inteira razão à impetrante.

Como se vê dos autos, em regular execução, foi procedida a venda de bem penhorado para a satisfação do credor, comparecendo a impetrante à hasta pública e arrematando o navio de nome Lloyd Pacífico, de bandeira brasileira, depositando integralmente o valor da venda, recebendo carta de arrematação e tornando-se, conseqüentemente, legítimo proprietário do bem.

Devido à unidade do Judiciário, a despeito de suas múltiplas facetas especiais ou comuns, a venda realizada por um Juízo entende-se perfeita e acabada, inexistindo submissão a outro, transformando-se a possível apreensão da coisa por outro Juízo no valor que lhe corresponde, certo que, em se tratando de crédito, como no caso, de natureza trabalhista, gozará de todos os privilégios em relação a todos os demais credores.

O que não é possível é a manutenção de um arresto que não mais existe com certeza, pois que com a arrematação do bem, desfeitos foram todos os vínculos da coisa, não havendo mais direito de seqüela, pelo que sub-rogado no produto da arrematação se encontra o credor, que, se não o perseguiu foi porque, evidentemente, não pretendeu assim fazer.

Além do mais, tanto foi clara a transferência de propriedade que o próprio Tribunal Marítimo, incumbido de fazer o registro das embarcações acedeu ao novo registro, havendo licenciamento por parte da Receita Federal e da Polícia Federal, não podendo sobreviver a indiossincrasia de quem, somente, pretende, por motivos políticos mal explicados, manter a apreensão de um bem que não mais existe.

ISTO POSTO, JULGO PROCEDENTE O PEDIDO e, em consequência, **CONCEDO A SEGURANÇA**, confirmando a liminar, para liberar definitivamente a embarcação denominada Patsy N, de bandeira panamenha, de propriedade da impetrante.

Condene o impetrado nas custas. Sem honorário (Súmula 512, do STF).

Sentença sujeita a reexame obrigatório, sem prejuízo de sua imediata execução (art. 12, § único, Lei n. 1533/51).

Remetam-se cópias da presente aos Exmos.Srs. Drs. Juízes da 18ª Vara Cível da Comarca e 34ª Junta de Conciliação e Julgamento do Rio de Janeiro.

P.R.I.

Rio de Janeiro, 25 de Abril de 1997.

JOSÉ RICARDO DE SIQUEIRA REGUEIRA
JUIZ FEDERAL - 18ª VARA FEDERAL

DR. GUILHERME COUTO DE CASTRO
JUIZ FEDERAL TITULAR
19ª VARA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA-RJ
PROCESSO Nº 96.233226-8

SENTENÇA

Vistos, etc...

CERNO INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE MÓVEIS LTDA., qualificada na inicial, propõe a presente demanda em face do **CONSELHO REGIONAL DE ADMINISTRAÇÃO**, objetivando o trancamento da execução, em consequência da desconstituição dos autos de infração contra si lavrados.

Como causa de pedir, alega, em síntese, que o Conselho sustenta que a Embargante infringiu a Lei 4769/69, ao prover cargo privativo de administração por funcionária não habilitada, e que, em razão disto, está obrigada a pagar multa que lhe foi aplicada, já esgotadas as vias administrativas.

Junta mandato e documentos (fls. 18/50), estando pagas as custas inicialmente devidas (fls. 51).

O Conselho réu apresentou impugnação em fls. 56/64, pela improcedência do pedido, já que não se trata de execução pelo não registro no Conselho e, sim, de multa pelo não cumprimento de exigência feita, qual seja a de substituição da ocupante de cargo privativo de administrador, o que, não sendo cumprido, ensejou a lavratura dos autos de infração.

Em provas, o Conselho requereu juntada de novos documentos e a Embargante se manifestou ao final em fls. 74/75, com documentos em fls. 76/79.

Em cumprimento ao despacho de fls. 81, o Embargante apresentou documentos em fls. 82/86.

É o relatório. DECIDO.

II

Inexiste necessidade de produção de novas provas, merecendo o feito imediato julgamento (art. 330, I, do C.P.C.).

No caso concreto, nítido é o abuso da Autarquia Ré, por motivos vários. A atividade central da Embargante está afeta à área de indústria, comércio e exportação de móveis e objetos de arte e decoração, estando, em princípio, infensa às investidas do Conselho embargado, nos exatos termos do artigo 1º da Lei 6.839, *in verbis*:

"Art. 1º - O registro de empresas e a anotação dos profissionais legalmente habilitados, delas encarregados, serão obrigatórios nas entidades competentes para a fiscalização do exercício das diversas profissões em razão da atividade básica ou em relação àquela pela qual prestem serviços a terceiros."

Repita-se, a atividade central da Embargada situa-se em outra área, e assim é descrito seu objeto social na cláusula segunda, de seu Contrato Social, *in verbis*:

"CLÁUSULA SEGUNDA: O objeto da Sociedade é indústria, comércio e exportação de móveis e objetos de arte e decoração. A duração da Sociedade será por tempo indeterminado."(fls. 84)

Mas, no caso dos autos, a questão principal nem é esta, mas sim a ingerência totalitária que o Conselho se julga ter sobre as atividades privadas, a todo momento emitindo ofícios, requerendo tais e quais informações. Depois, e aqui a questão principal, autuando a Embargante por não proceder à substituição de alegado cargo privativo de administrador (cf. fls. 60 e 61, e autos de infração de fls. 24/36, em especial 34, v.º e 35).

Antes de examinar a questão referente ao alegado exercício irregular, frise-se que já é abusivo o envio indiscriminado de ofícios requisitando informações a empresas privadas. Não que o Poder Público não possa fazê-lo. Pode, e inclusive as autarquias corporativas o podem, no uso de seu poder de polícia.

Assim, fosse o caso, incumbiria ao Conselho provar, com base em fatos efetivo e diretamente apurados, estar ocorrendo qualquer hipótese de inscrição obrigatória, exercício irregular da profissão, ou algo similar. Só então, com base em elementos concretos, poderia cogitar em oficiar à empresa privada.

Ficar enviando correspondência, sem premissas específicas e

concretas, e autuar ante a ausência de resposta não é exercício de poder de polícia, mas sim arbítrio puro e simples.

O caso dos autos é até caricatural, faria inveja a Hitler, pois a empresa tem que ficar respondendo a requerimento de estatutos, balanços patrimoniais, C.G.C., nº de empregos etc. Dia haverá em que o cidadão, em casa, terá de responder, sob pena de multa, sem base em fatos especificados, se alguma vez atravessou o sinal, se já fez isto ou aquilo...

O Conselho alega, na hipótese destes autos, que o Departamento Pessoal da empresa é chefiado por advogada, que executa tarefas privativas de bacharéis em administração, com ofensa ao teor da lei 4769/65 (fls. 61 e seguintes fls. 23).

Ora, para fixação de raciocínio que decide a hipótese, algumas considerações devem ser feitas, em torno da liberdade profissional.

Quando nossa Constituição Federal estabelece, em seu art. 5º, inciso XIII, que é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelece, consagra princípio da mais alta envergadura, que deve ser entendido em seu correto enquadramento.

O mais eminente publicista JOSÉ CELSO DE MELLO FILHO, hoje dos mais destacados integrantes do Supremo Tribunal Federal, assim esclarece o conteúdo da regra constitucional, *in verbis*:

"A norma constitucional em análise é de eficácia contida ou restringível, visto que autoriza expressamente a lei ordinária a limitar-lhe o alcance pelo estabelecimento de requisitos de capacidade que condicionem o exercício de qualquer atividade profissional. Isso significa que as profissões ainda não regulamentadas são plenamente acessíveis a qualquer pessoa. Essa plena acessibilidade decorre da ausência de lei estipuladora das condições de capacidade a que se refere o texto constitucional. A partir do momento, porém, em que sobreviver a lei o exercício da atividade regulamentada ficará condicionado à prévia satisfação dos requisitos nela fixados, vedadas as cláusulas discriminatórias. A liberdade de atividade profissional não é absoluta, portanto, já que a própria Constituição torna possível ao legislador ordinário fixar condições para o exercício de determinados trabalhos, ofícios ou profissões. Essas condições devem, como regra geral, restringir-se aos requisitos de ordem técnica, embora outros possam ser estipulados segundo critérios racionais (RT,

283:473, 338:255), impostos por uma razão de interesse público. Restrições, ainda que legais, mas ditadas por interesses de grupos, que assumam nítido caráter corporativo, são inconstitucionais." (in Constituição Federal Anotada, Saraiva, 1ª Edição, 1984, pág. 358, com grifo nosso)

Na mesma linha, o Egrégio Supremo Tribunal Federal sempre decidiu que as restrições legais à liberdade de trabalho só podem ser feitas quando existirem condições técnicas de capacidade, e sempre diante de critérios razoáveis (cf. RTJ 58/279, 89/367, 110/967 etc...).

Daí, por exemplo, para clinicar ser exigido o diploma de medicina, e o registro no Conselho fiscalizador. Há evidente interesse social, na hipótese, e a saúde de terceiros é imediatamente colocada em risco. Igual fenômeno ocorre na engenharia, química, advocacia etc..., nas quais as leis respectivas, em vista do interesse de terceiros afetados, e do aspecto técnico inerente, fazem exigência próprias para o exercício dos ministérios em questão. Note-se que várias exigências, quando puramente corporativas, já foram derrubadas pelos Tribunais.

No caso, para funções de departamento pessoal, explícitos em fls. 23, ou gerenciamento de certos setores, a Embargante que contrate quem quiser, dentro do sistema da livre iniciativa, arcando com as conseqüências das boas ou más escolhas.

Cuida-se de consectário do sistema de livre iniciativa (Art. 170 da Constituição).

Caso queira, a administração da empresa pode seguir o mapa astral, ou as previsões de Nostradamus, ainda que revistas e atualizadas, mesmo por psicografia.

A posição do Conselho Regional de Administração, data venia, é nitidamente corporativista, ao tentar obrigar a Embargante a contratar administrador, para exercer profissão que não toca a interesses sociais de terceiro, e sim apenas ao dos contraentes (empregador e empregado).

Como mencionado nas decisões citadas, do Egrégio Supremo Tribunal, a lei não pode fazer exigência puramente corporativa, ou com único objetivo de fechar o mercado, pois seria inconstitucional.

No caso, não se está afirmando que a Lei 4769 é inconstitucional, mas apenas se afasta, mediante adequada interpretação, o caso da Embargante de seu alcance, adotando a chamada interpretação conforme a Constituição. O que se deve esperar, em relação à iniciativa privada, é que o mercado sinta a importância dos bacharéis em administração e os procure, e para tanto o Conselho deve, inclusive, fiscalizar a qualidade

dos Administrados registrados.

O país é um festival de corporativismo, é sabido. Todos lembram que, há pouco, um grande clube de futebol contratou como técnico um locutor esportivo, mas logo foi dito que, antes de tudo, deveria ele ter um diploma de técnico de futebol (!).

Nenhuma admiração existe, portanto, quando se abre o jornal e se lê que o Conselho dos Corretores de Imóveis quer proibir, por lei, que qualquer pessoa possa intermediar venda sem estar inscrita na repartição, pagando as anuidades. Nenhuma surpresa causa lei objetivando fechar a possibilidade de uma televisão contratar qualquer comentarista ou locutor, não portador de diploma de comunicação, inscrito no registro próprio.

Felizmente, ainda há juízes em Berlim, e há pouco, por exemplo, o Egrégio Supremo manteve a possibilidade de atuação das partes sem advogado, em questões de causas menos complexas, trabalhistas ou *habeas corpus*, não obstante o teor contrário do Estatuto dos Advogados (Lei 8906/95).

Mas o corporativismo e a sede fiscal (aumentando o **CUSTO BRASIL**), estão em todo lugar e também não será surpresa se, dia mais dia menos, nos defrontarmos com lei exigindo, para quem queira pensar, diploma de pensador, com registro e anuidade em tal ou qual Conselho.

Mas este será um Conselho natimorto, pois no dia em que lei assim for aprovada ninguém mais estará pensando.

III

Do exposto, **ACOLHO OS EMBARGOS, JULGANDO PROCEDENTE O PEDIDO** formulado, para declarar a nulidade dos atos administrativos contra a Embargante impostos, determinando o trancamento da execução fiscal.

Condeno o Conselho, por último, no reembolso das custas e em honorários que fixo em 10% do valor atualizado da causa.

Sentença sujeita ao duplo grau obrigatório.

P.R.I., trasladando-se cópia do *decisum* para os autos da execução fiscal, e expeça-se alvará de levantamento, após o trânsito em julgado.

Rio de Janeiro, 20 de junho de 1997.

GUILHERME COUTO DE CASTRO
JUIZ FEDERAL

DRA. TANYRA VARGAS DE ALMEIDA MAGALHÃES
JUIZA FEDERAL TITULAR
20ª VARA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA-RJ
PROC. N. 94.0022548-2

SENTENÇA

Vistos, etc.

SPERRY TOP-SIDER, INC., sociedade norte-americana, estabelecida em Cambridge Center, 5, Cambridge, Massachussetts, Estados Unidos da América, devidamente representada ajuíza Ação Ordinária, com fundamento no artigo 5º., II, da Constituição Federal, no artigo 3º., do Código de Processo Civil, artigo 2º., letra d, artigo 94, do Código de Propriedade Industrial e artigos 2º e 5º da Convenção da União de Paris, onde postula a anulação da decisão proferida pelo INPI que decretou a extinção do registro nº 730.175.308, referente a marca "SPERRY", na classe 25.

Em resumo, a autora alega que por força do procedimento administrativo instaurado pela empresa IRWIN INDUSTRIAL E COMERCIAL LTDA. junto ao INPI, o mesmo intimou a autora a apresentar provas de uso da marca "SPERRY", no período de 11 de outubro de 1987 a 11 de outubro de 1989.

A autora ofereceu justificativa acostando aos autos extensa documentação, esclarecendo que os calçados assinalados pela marca "SPERRY" eram manufaturados no Brasil por empresas nacionais, sob encomenda de sua "trading company", STRIDE RITE INTERNACIONAL LTDA., mediante ajuste celebrado entre as partes denominado "*manufacturing agreement*" (acordo de fabricação). Nessa oportunidade, a autora acostou extensa documentação composta de faturas relativas ao referido contrato, ordens de compra e documentação alfandegária, bem como comprovantes de embarque das mercadorias sob a marca "SPERRY" aos Estados Unidos da América.

Explica também a Autora que uma série de atos de comércio que tipificam o uso da marca para efeito de comprovação legal, nos termos do artigo 94, do Código de Propriedade Industrial, como fabricação do produto

sobre determinada marca no Brasil e a respectiva exportação dos mesmos implicam em prática de atos do comércio que, em conseqüência, demonstram o uso da marca.

O INPI, a despeito de tudo alegado pela Autora, acolheu o pedido de caducidade alegado pela demandada, conforme despacho publicado em 29/09/92 (Doc. 4/5).

Irresignada com a decisão a Autora interpôs recurso administrativo (Doc. 6) e posterior petição de esclarecimentos (doc. 7).

Acentuou a Autora que no período de 11/10/81 a 11/10/89 as importações de calçados esportivos estiveram proibidos, o que por si só constituiria motivo de força maior que elidiria a caducidade proclamada pelo INPI. A Autora deu explicações, também, do que caracterizava o uso da marca, mostrando que o INPI em outros procedimentos proferiu decisão mantendo em vigor o registro nº 811.932.605, para a marca "STRIDE RITE".

Outrossim, alegou outros motivos para jamais ter sido tomada decisão da forma que foi tomada pelo INPI em relação a ela.

Cita jurisprudência a seu favor; alega a ilegitimidade da empresa requerente da caducidade, também se refere a proteção de sua marca para não haver desvio da clientela e, finalmente, requer a citação do INPI e da outra Ré, fornecendo os endereços, bem como requer a intimação da União Federal e a anulação do despacho que determinou a extinção do registro nº 730.175.308 e, em conseqüência, a restauração dos seus regulares efeitos, publicando o INPI o restabelecimento desse título na Revista da Propriedade industrial, para a marca "SPERRY, na classe 25.

Junta documentos e procuração comprovando o alegado às fls. 15/146.

O IRWIN INDUSTRIAL E COMERCIAL LTDA., devidamente citado, vem junto com a Autora declarar que foi celebrado um acordo entre as mesmas. E diz que desistiu do procedimento de caducidade do registro nº 730.175.308, relativa a marca "SPERRY", na classe 25.

Declara, ainda, que analisando bem as provas apresentadas pela Autora observou que o uso da marca "SPERRY" foi amplamente registrado e que não tem mais interesse em integrar o feito. As partes (Autora e 2ª Ré) requerem a exclusão da 2ª Ré do polo passivo, bem como sua exclusão como litisconsorte, isentando a mesma do pagamento de honorários advocatícios e custas.

Junta procuração e documentos às fls. 154/157.

Às fls. 159, a Autora pede que o INPI se manifeste favoravelmente e que o acordo seja homologado.

O INPI, às fls. 160/167 não concorda com o referido acordo e sua homologação, sustentando não haver motivo de força maior para justificar o desuso da marca. Pede a improcedência do pedido.

Junta procuração e documentos às fls. 168/171.

Devidamente intimada, a autora se manifesta, em réplica, às fls.183/187, demonstrando seu direito e juntando documentos (fls.188).

Às fls. 189/190, a autora junta substabelecimento.

Às fls. 192 e 193, a autora e o INPI declaram que não tem provas a produzir, requerendo o julgamento antecipado da lide.

É o relatório.

FUNDAMENTAÇÃO

MÉRITO

O bom direito está ao lado da autora.

Toda legislação pertinente ao caso em tela tem como objetivo a proteção à propriedade industrial, como: o antigo Código de Propriedade Industrial - Lei n.5.772, de 12/12/1971, a Convenção de Paris para Proteção da Propriedade Industrial, revista em Estocolmo em 1967, em que o Estado Brasileiro foi signatário, aprovada pelo Decreto Legislativo n.72, 31/10/74 e a Nova Lei de Propriedade Industrial - Lei n.9.279, de 14 de maio de 1996, sancionada, sem veto pelo Presidente Fernando Henrique Cardoso, que regulamenta atualmente a propriedade intelectual no Brasil, e que obedece o critério da Organização Mundial do Comércio,

Quanto ao alegado pelo INPI de que qualquer interessado, através de requerimento poderia pedir a caducidade do registro de uma marca e de que não teria necessidade de ter legítimo interesse, com base no artigo 94 do Código de Propriedade Industrial anterior, *in verbis*: "Salvo motivo de força maior caducará o registro, *ex officio* ou mediante requerimento de qualquer interessado,..."Não vigora mais, na vigência da Lei Atual nº 9.279, de 14/04/66, que exige no seu artigo 173 *caput* que a pessoa que requer tem que ter legítimo interesse.

Artigo 173, *caput, in verbis*:

"A ação de nulidade poderá se proposta pelo INPI ou por qualquer pessoa com legítimo interesse."

O artigo 94, do antigo Código de Propriedade Industrial, 1971 aplica-se à espécie para excluir a autora da caducidade.

Expressa o artigo 94, do antigo Código de Propriedade Industrial, *in verbis*:

"Salvo motivo de força maior, caducará o registro, *ex officio* ou mediante requerimento de qualquer interessado, quando o seu uso não tiver sido iniciado no Brasil dentro de 2 (dois) anos contados da concessão do registro, ou se for interrompido, por mais de 2 (dois) anos consecutivos".

No caso em tela ocorreu o motivo de força maior, pois vigoravam os comunicados da CACEX de nºs. 177, 204 e 208 de, respectivamente, 21.09.87, 02.09.88 e 21.11.88 (fls. 126/131), proibindo a importação de calçados, o que implica em **motivo de força maior justificador do desuso da marca.**

O citado artigo 94, do antigo Código de Propriedade Industrial contempla o motivo de força maior como excludente das conseqüências legais previstas por falta de uso da marca.

In casu, o fato invocado como força maior é a suspensão de emissão de licença para importação dos produtos concernentes ao registro da marca, sendo ato praticado pelo Estado, por meio de órgão delegado e caracterizado com *factum principis*, que se enquadra na categoria geral, motivo de força maior.

A Lei nº 9.279/96, em seu artigo 126 especifica que a marca notoriamente conhecida goza de proteção especial independentemente de estar registrada. Estabelece o artigo 126, *in verbis*:

"A marca notoriamente conhecida em seu ramo de atividade nos termos do art. 6º. Bis (I), da Convenção da União de Paris para Proteção da Propriedade Industrial, goza de proteção especial, independentemente de estar previamente depositada ou registrada no Brasil.

O artigo 143, da nova Lei se referindo à caducidade se expressa da seguinte forma:

"Caducará o registro, a requerimento de qualquer pessoa com legítimo interesse se, decorridos 5 (cinco) anos da sua concessão, na data do requerimento:

I-.....

II-.....

§ 1º. Não ocorrerá caducidade se o titular justificar o desuso da marca por razões legítimas."

Toda a jurisprudência é neste sentido, entendendo que a empresa estrangeira que possui marca devidamente registrada no Brasil e, por motivo de força maior, viu-se impedida de utilizá-la, não há que se falar em caducidade (artigo 94, parágrafo único, do antigo Código de Propriedade Industrial).

Além de haver a excludente de força maior que impedia o INPI de declarar a caducidade e anular o registro da autora, a mesma não deixou também de fazer uso da marca, pois pelas declarações juramentadas e traduzidas para o português por Tradutor Público e Intérprete Comercial e anexados aos autos (Doc. 08, fls. 121), a empresa Stride Trade Corporation integra o mesmo grupo econômico da autora, sendo indubitável que estas declarações comprovam a aposição da marca "SPERRY" em todos os produtos embarcados nos portos do Brasil com destino aos Estados Unidos da América.

As operações agenciadas pela "*trading-company*", cuja função precípua é de servir de mera intermediária no comércio exterior de produtos de calçados, podem perfeitamente ser classificadas como ato de comércio, na acepção clássica do Direito Comercial. A seqüência de operações mercantis, iniciadas no território nacional com a fabricação do produto, ultimação do processo de acabamento do mesmo, estoque e conseqüente exportação ao exterior se enquadra, por completo, na tipificação de ato de comércio.

Na verdade, a comercialização realizada nos Estados Unidos da América, na hipótese concreta, representa apenas a fase final dos atos comerciais iniciados no Brasil e de utilização da marca "SPERRY", cujo uso começou no território nacional e se prolongou naquela nação americana.

A fabricação dos sapatos no Brasil, realizado por encomenda, o estoque e a exportação dos mesmos sob marca específica são suficientes para o atendimento do requisito legal de uso de marca, pois constituem em ato de comércio, aptos a afastar a caducidade do registro da marca. Aliás, o que não é exigido pela Nova Lei, que não torna indispensável o prévio depósito e registro no Brasil, como se verifica de seu artigo 126, *in verbis*:

"A marca notoriamente conhecida em seu ramo de atividade nos termos do art. 6º. Bis (I), da Convenção da União de Paris para Proteção da Propriedade Industrial, goza de proteção especial, independentemente de estar previamente depositada ou registrada no Brasil."

O fato de não ter ocorrido a venda direta ao consumidor no Brasil não invalida a tese de que a marca foi efetivamente aqui utilizada, por ter ocorrido o que acima nos referimos, a fabricação e exportação sob a epígrafe "SPERRY".

Para reforçar que o bom direito está ao lado da autora, pode-se verificar, pelo documento nº 09, fls. 125, que o INPI, em outros procedimentos em que figurava a autora, proferiu decisão mantendo em

vigor o registro nº 811.932.605, para a marca "STRIDE RIDE", que é a mesma classe da marca "SPERRY", classe 25, cujo uso foi comprovado da mesma forma que no caso *sub-judice*.

Não foi cometida pela autora nenhum ato abusivo que possa justificar a declaração de caducidade do registro de sua marca, deixando a mesma ao desabrigo da lei, ou seja, marca notoriamente conhecida com valor patrimonial inquestionável, com projeção internacional.

A Lei nº 9.279/96 é enfática na proteção da marca de alto renome, como se pode ver do previsto em seu artigo 125, *in verbis*:

"À marca registrada no Brasil considerada de alto renome será assegurada proteção especial, em todos os ramos de atividade.

Outrossim, ficaria a sua marca com a caducidade decretada e sem o devido amparo, possibilitaria que outro cliente conseguindo o registro desviasse a clientela, pois as leis que visam a proteger a propriedade industrial se dirigem especificamente ao tipo de clientela, não se trata aqui de clientela técnica, que não se confunde com o nome de marca, mas sim clientela em geral, a qual o produto em questão, ou seja, sapatos esportivos é dirigida.

Ensina José da Gama Cerqueira que se a marca de alguma forma está sendo usada, não se pode falar em caducidade por falta de uso, e que o registro de marca que se encontra em uso não pode ser declarado caduco.

Ao se referir à caducidade, o ilustre autor também dá a entender que a presunção que não houve abandono nem renúncia tácita demonstra inequivocamente a intenção de conservar a propriedade da marca e de manter em vigor o seu registro.

João da Gama Cerqueira ensina, ainda, que no caso de força maior, jamais pode ser dada a caducidade da marca. Considera o autor odioso haver caducidade com a conseqüente extinção do registro, quando o proprietário da mesma demonstra o seu interesse no efetivo uso.

Vê-se, assim, que o princípio que rege a propriedade industrial é o da proteção à mesma, agora, enfatizado pela Nova Lei.

Se a tese esposada pelo INPI fosse acolhida ficariam desamparados os titulares estrangeiros que realizassem produção no território nacional visando o exterior, e como seria contrariada a Nova Lei!

As relações da propriedade industrial são vivas nas relações no âmbito internacional, por esta razão os Tratados Internacionais que protegem os países signatários dos mesmos.

João da Gama Cerqueira também diz que a única finalidade da caducidade é coibir monopólios odiosos, o que não ocorre de modo algum no caso em tela, em que a marca jamais foi abandonada. E apenas não tendo sido vendida em território nacional pela proibição da importação.

Aliás, este é o entendimento do Egrégio Tribunal Regional Federal da 2ª. Região, na Apelação Cível n. 91.0206741-2/RJ, em que é apelante Questor Corporation e apelado Instituto Nacional de Propriedade Industrial e Outro:

"ADMINISTRATIVO E COMERCIAL - PROPRIEDADE INDUSTRIAL - MARCA - CADUCIDADE - INOCORRÊNCIA.

- Se a empresa estrangeira possui marca devidamente registrada, no Brasil e, por motivo de força maior, viu-se impedida de utilizá-la, não há que se falar em caducidade. (Código de Propriedade Industrial, art.94, parágrafo único)

Honorários de advogado fixados em 10% sobre o valor da causa.

- Provida a apelação para reformar a sentença e julgar a ação procedente, invertidos os ônus da sucumbência, em decisão unânime."

ISTO POSTO

Pela fundamentação supra, julgo **PROCEDENTE O PEDIDO**, condenando o INPI a anular o despacho que determinou a extinção do registro n.730.175.308, restabelecendo este título para todos os efeitos, bem como publicando tal restabelecimento na Revista de Propriedade Industrial, para a marca SPERRY, na classe 25.

Condeno o INPI ao pagamento de honorários advocatícios que arbitro em 10% sobre o valor da causa corrigidos monetariamente desde a data do ajuizamento da ação.

Extinto o processo sem o julgamento do mérito, em relação a ré IRWIN INDUSTRIAL E COMERCIAL LTDA., na forma autorizadora do artigo 267, inciso VI, do Código de Processo Civil, tendo em vista a ausência de interesse, nos termos de sua manifestação de fls. 152/153 e documento de fls. 155/157.

Custas ex lege.

P.R.I.

Rio de Janeiro, 27 de maio de 1996.

TANYRA VARGAS DE ALMEIDA MAGALHÃES
JUÍZA FEDERAL DA VIGÉSIMA VARA/ RJ

DR. CARLOS GUILHERME FRANCOVICH LUGONES
JUIZ FEDERAL SUBSTITUTO
20ª VARA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA-RJ
PROCESSO Nº 92 .0063013-8

SENTENÇA

Vistos, etc.

CIA. BRASILEIRA DE FOTOSSENSÍVEIS ajuizou a presente ação contra a UNIÃO (FAZENDA NACIONAL), pretendendo a anulação do Auto de Infração n. 298/90 e do conseqüente crédito tributário.

Alega, como causa de pedir, que importou determinado produto, declarado como DIMETIL TETRAZOIDENO; que após o desembaraço da mercadoria foi reclassificada para PRODUTO QUÍMICO ORGÂNICO 5-METIL-5-TRIAZOLO PIRIMIDIM 7-01, que constitui um composto heterocíclico (METAL HIDROXI TETRAZOIDENO); que em face desta nova reclassificação foi obrigado a recolher um multa; que na realidade o Fisco alterou lançamento anterior definitivo sem respaldo legal e sem atentar para o prazo decadencial previsto no art. 50 do DL 37 de 18.11.1966.

Com a inicial, vieram procuração e documentos de fls. 08/17.

As custas foram pagas (fls. 18).

Regularmente citada, a União (Fazenda Nacional) alegou em contestação (fls. 26/29) que a pretensão do autor não se justifica, pois este assumira o compromisso de recolher a diferença de tributos e multas caso se comprovasse a inexatidão do produto declarado através de exame laboratorial, com base na IN da SRF n. 14/85; que se trata de mero erro de fato e não de erro de direito a sinalizar mudança de critério jurídico; que a revisão de lançamento pode ser efetuada no prazo de cinco anos, face ao disposto no art. 149, IV c/c os arts. 455 e 457 do Regulamento Aduaneiro.

Juntou a Ré os documentos de fls. 30/38.

O Autor apresentou réplica de fls. 42/44, reiterando os termos da inicial.

Em função do disposto no art. 330, I do Código de Processo Civil, não havendo provas a produzir, vieram os autos conclusos para sentença.

É o relatório. Decido.

Consoante quedou demonstrado nos autos, o Requerente importou o produto químico orgânico 5-METIL-5-TRIAZOLO (1,5-A) PIRIMIDIM-7-01, e quando

do desembaraço da mercadoria, declarou ao Fisco que se tratava do produto DIMETIL TETRAZOIDENO.

Ora, desta narrativa fática já se pode observar que a declaração efetuada pelo Autor junto à Receita Federal com vistas ao necessário esclarecimento sobre a natureza do produto não correspondeu efetivamente à realidade. Portanto, impõe-se concluir que a responsabilidade pela insinceridade deve-lhe ser imputada, sancionando inclusive este ato com a imposição de multa.

A alegação de que as autoridades alfandegárias teriam examinado cuidadosamente o produto não se justifica, pois faz-se óbvio que a certeza quanto à natureza físico-química deste produto só poderia ser atestada com segurança mediante exames laboratoriais. Neste sentido, imperioso é ressaltar que o Autor comprometeu-se perante o próprio fisco a recolher a diferença do tributo e multas, nos termos da Instrução Normativa - SRF n. 014/85, caso os referidos exames de laboratório demonstrassem que a natureza do produto químico divergia da apontada pelo importador.

Frise-se outrossim que a imposição da multa não derivou de revisão do lançamento por força de mudança de critério jurídico. Na realidade, a multa teve sua gênese na declaração irregular pelo Autor acerca da natureza do produto importado.

Portanto, o lançamento deveria ser efetuado e revisto de ofício pela fiscalização, aplicando-se à espécie o disposto no art. 149, IV do Código Tributário Nacional, cuja dicção transcrevo:

"O lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa nos seguintes casos:

(. . .)

IV- quando se comprove falsidade, erro ou omissão quanto a qualquer elemento definido na legislação tributária como sendo de declaração obrigatória;"

Destarte, em se tratando de lançamento *ex officio*, o prazo decadencial para sua efetivação é de 05 (cinco) anos, face ao expresso comando do art. 173, I do Código Tributário Nacional.

ISTO POSTO, JULGO IMPROCEDENTE O PEDIDO, e condeno o Autor a pagar os honorários advocatícios, que fixo em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa monetariamente corrigido.

P.R.I.

Rio de Janeiro, 11 de abril de 1997.

CARLOS GUILHERME FRANCOVICH LUGONES
JUIZ FEDERAL SUBSTITUTO AS 20ª VARA FEDERAL

DR^a. LILIANE DO ESPIRÍTO SANTO RORIZ DE ALMEIDA
JUIZA FEDERAL TITULAR
21^a VARA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA-RJ
PROC. N^o 91.0133037-3

SENTENÇA

Vistos etc.

CIGNA SEGURADORA S/A, qualificada na inicial, propõe, em face da UNIÃO FEDERAL, ação de rito ordinário objetivando a condenação da ré na obrigação de: a) ressarcir-la do prejuízo causado pelo pagamento a menor dos BTN's Cambiais, no montante de Cr\$ 52.300.000,00, atualizado monetariamente desde 3/9/90, pela variação do IPC e INPC, ou outro índice geral de preços, e acrescido de juros moratórios de 6% ao ano; b) restituir-lhe a quantia de Cr\$ 5.524.000,00, paga indevidamente a título de IOF, decorrente do resgate dos referidos BTN's Cambiais, à alíquota de 8% sobre o valor resgatado, também acrescida de correção monetária e juros em 1% ao mês, desde a data do pagamento indevido, ocorrido em 3/9/90.

Informa que, em 1/9/89, adquiriu do Tesouro Nacional, através de colocação feita no mercado pelo Banco Central do Brasil, 1.000.000 de Bônus do Tesouro Nacional, com cláusula de opção de resgate pela variação cambial, de acordo com a desvalorização do cruzado novo (moeda vigente à época), todos com vencimento em 1/9/90, e com valor nominal atualizado desde a data de sua emissão até a do vencimento, de acordo com a variação do IPC ou, à opção do titular, com a variação da cotação do dólar norte-americano, no mercado de câmbio fixado pelo Banco Central, além de remuneração por juros de 6% ao ano, pagáveis semestralmente, calculados sobre o valor atualizado do título, vigente no mês em que os juros fossem devidos.

Antes do vencimento dos títulos, porém, o método do reajuste do valor nominal dos BTN's Cambiais foi substancialmente alterado pelas Leis n^o 8.024/90 e 8.088/90, passando a ser feita pelo Índice de Reajuste de Valores Fiscais - IRVF, persistindo, porém, a possibilidade de ser feita pela variação cambial, prevalecendo o índice que fosse maior, mas que a alteração, ainda assim, provocou uma perda de remuneração dos títulos, em violação ao direito adquirido da autora, decorrente de ato jurídico

perfeito e acabado.

Destaca, ainda, que a Lei nº 8.030-90 criou um IOF sobre o resgate dos BTNs Cambiais, à alíquota de 8% sobre o valor resgatado, razão pela qual se viu compelida a pagar, já deduzido na fonte, o mencionado tributo.

Alega que tinha direito adquirido à correção monetária dos títulos pelo IPC, e que a cobrança do IOF no resgate dos mesmos fere os princípios constitucionais da anterioridade, da anualidade e da vedação do confisco, ressaltando, ainda, que por não se tratar de IOF, mas sim de tributo novo, somente poderia ter sido criado por lei complementar e não pela via de simples medida provisória.

Junta procuração e documentos de fls. 40/50 e 55.

Paga as custas (fls. 51), após devidamente citada (fls. 57), apresenta a ré sua defesa (fls. 61/64).

Aduz, em preliminar, a incompatibilidade dos pedidos cumulados na inicial, por terem natureza distinta, sendo civil, ao primeiro, e tributário, o segundo; sua ilegitimidade passiva para responder quanto ao primeiro; por se tratar de negócio *inter alius*; e a ilegitimidade ativa da autora, para pedir a repetição do IOF, por não ter sido provado seu recolhimento efetivo. No mérito, argumenta que inexistente nexos causal entre o enriquecimento do Tesouro Nacional, como devedor, e o empobrecimento da autora, como credora, e que é legítima a cobrança do IOF, na forma instituída pela Lei nº 8.030/90.

Réplica às fls. 66/83, aduzindo, em preliminar, a extemporaneidade da apresentação da peça contestatória.

Junta as peças de fls. 84 e 88.

Sem mais provas a produzir (fls. 90/91 e 93), e após a promoção do MPF (fls. 96/98), tendo as partes falado às fls. 103 e 104, v, vêm os autos conclusos para sentença.

É O RELATÓRIO. Passo a decidir.

Inicialmente, conheço da contestação de fls. 61/64, em face de ter sido previamente apresentada, temporaneamente, a petição de fls. 59, pretendendo a devolução do prazo para contestar, em face de fatos causados pela Secretaria do Juízo, petição essa que não foi apreciada, novamente por falha do Juízo, razão pela qual entendo que a parte não pode ser prejudicada, se não deu causa ao atraso.

Ainda inicialmente, rejeito todas as preliminares levantadas.

A uma, por não ser vedado pela lei processual que pedidos de distinta natureza sejam cumulados no mesmo processo, desde que

legitimados para ambos seja o mesmo réu.

As duas, por ser a ré legitimada passivamente para ambos os pedidos, vez que trata de responsabilidade civil por ato legislativo federal e de repetição de indébito tributário, de sua competência.

E, a três, porque a autora é a contribuinte do IOF, vez que se os títulos eram de sua propriedade, tendo assim, legitimidade ativa para pretender sua restituição. O fato de ter ou não restado comprovado o pagamento do tributo, ou de ter ou não havido indébito, é matéria de mérito, que somente adentrando-o pode ser definida.

Pretendem os autores pronunciamento sobre fatos de dupla natureza: a) o ressarcimento pelos danos que, entende, foram-lhe causados, em decorrência da mudança, por via legislativa, do indexador do BTN Cambial, por outro que resultou em atualização do valor nominal do título a menor do que aquele pactuado no momento da compra; e b) a repetição do IOF recolhido em função do resgate dos títulos, sob o argumento de ser o tributo em questão indevido.

Como se observa, a natureza do primeiro pedido é de direito civil, enquanto que a do segundo é de direito tributário.

1º PEDIDO - DO RESSARCIMENTO

Inicialmente, cabe destacar que não se trata de ressarcimento decorrente de alteração contratual, visto inexistir contrato firmado entre as partes.

O Bônus do Tesouro Nacional é um título de crédito, emitido pelo Poder Público, cujas normas reguladoras não dependem de contrato, mas sim de normas de ordem pública.

Questões de Direito Intertemporal, como novos critérios fixados por planos econômicos, podem ou não afetar essas normas.

Estabelece o art.5º, XXXVI, da Constituição Federal que "a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito ou a coisa julgada".

A Lei de Introdução ao Código Civil, por sua vez, define como direito adquirido todo aquele "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" (art. 6º, § 2º).

Argumentam alguns, que o direito adquirido ou ato jurídico perfeito não protegem as partes em face de leis de ordem pública, porque essas alcançam a generalidade das pessoas, sem qualquer referência ou discriminação de ordem subjetiva, não podendo o interesse particular

prevalecer sobre o interesse coletivo, por representarem função estatal típica e indelegável, não passível de modificação pela vontade das partes.

Ademais, para aqueles mesmos juristas, as medidas monetárias têm amparo nos poderes do Congresso Nacional para legislar sobre a matéria, não podendo os particulares remover o ato jurídico do alcance dessa competência, não cabendo, tampouco, ao Judiciário, adentrar o mérito do ato legislativo.

Encontra-se forte resistência, porém, tanto no âmbito da doutrina como no da jurisprudência, a esses argumentos.

Em primeiro lugar, conforme destacado pelo eminente Ministro Moreira Alves, na ementa da ADIn nº 493-0:

"Se a lei alcançar os efeitos futuros de contratos celebrados anteriormente a ela, será essa lei retroativa (retroatividade mínima), porque vai interferir na causa, que é um ato ou fato ocorrido no passado.

O disposto no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal se aplica a toda e qualquer lei infraconstitucional, sem qualquer distinção entre lei de direito privado, ou entre lei de ordem pública e lei dispositiva. Precedente do STF."

Demais disso, não há linha demarcatória clara entre os dois conceitos, o que possibilitaria a anulação da garantia constitucional do direito adquirido ou do ato jurídico perfeito, invocando o Poder Público a exceção da lei de ordem pública, a cada vez que lhe interessasse mudar as regras estabelecidas, especialmente no campo monetário.

Destaque-se, ainda, como bem ressaltado pelo Ministro Moreira Alves, ainda no citado voto, que **"a lei retroativa é, em princípio, contrária à ordem pública"**.

Assim sendo, pode-se afirmar que a oponibilidade do direito adquirido e do ato jurídico perfeito à lei de ordem pública, e vice-versa, é sempre relativa, ora prevalecendo um, ora outro, cabendo o exame casuístico das situações concretas, em ordem se apurar qual o instituto prevalente.

No caso específico dos autos, temos um título de crédito, protegido do desgaste inflacionário através da correção monetária do valor nominal do título, por um dos dois indexadores fixados na lei, cabendo a opção ao portador, a ser feita por ocasião do resgate.

Assim sendo, a mudança também das regras, após a colocação do título no mercado, também veiculada através de lei, não viola o direito adquirido ou ato jurídico perfeito, vez que, nesses casos, há prevalência

da norma de ordem pública, podendo o Poder Público alterar os indexadores, bem como sua forma de apuração.

Por outro lado, pode-se conceituar a inflação, em definição simplista, como um aumento constante e generalizado do nível de preços, em decorrência de inúmeras razões, as quais não cabe aqui enumerar.

A consequência imediata desse fenômeno é a desvalorização da moeda, o que, por sua vez, repercute no campo das obrigações, especialmente as pecuniárias de trato sucessivo, obrigando à busca de um remédio que proteja os créditos, revalorizando-os, a fim de evitar o enriquecimento sem causa de uma das partes, arcando a outra com ônus excessivo, em decorrência, unicamente, da perda do valor da moeda, durante a vigência da obrigação.

O pressuposto da correção monetária é, pois, a inflação, e seu fundamento lógico e ético é essa necessidade de assegurar a preservação do equilíbrio econômico-financeiro das obrigações.

A metodologia de apuração da inflação em determinado período, entretanto, leva sempre à ocorrência de defasagens, vez que o trabalho de coleta de preços demanda tempo, resultando, invariavelmente, em resíduos inflacionários, decorrentes do lapso temporal havido entre o período da coleta e o do cálculo, divulgação e aplicação dos índices respectivos.

Essa defasagem repercute, principalmente, sobre os contratos de trato continuado, em que o valor mensal termina por correr, permanentemente, atrás da inflação, especialmente porque, conforme já destacado, os índices que são aplicados em determinado período - o da obrigação - refletem a desvalorização da moeda ocorrida em outro período - o da apuração.

Essa defasagem é naturalmente compensada no período seguinte, pois incluída na apuração deste, não gerando qualquer insatisfação às partes, desde que, é claro, não haja modificação no comportamento dos preços.

A situação é diferente, entretanto, quando ocorre uma queda brusca na inflação, especialmente se resultante de um fato do príncipe, imprevisto e imprevisível pelas partes, no momento da celebração da obrigação.

Por outro lado, ao ser editado um plano econômico, é necessário que as regras de medição dos índices sejam adaptadas à nova situação, não só para que se comparem preços já no novo período, com a inflação baixa, como para que se evite o fenômeno da defasagem, pois, caso

contrário, o excedente se transformaria em juros reais e, conseqüentemente, em inflação.

Sobre as obrigações pecuniárias de médio ou longo prazo, porém, as novas regras repercutem afetando seu equilíbrio econômico-financeiro, vez que, como já dito, as regras de correção monetária das mesmas se baseiam na expectativa de permanente inflação, a fim de se compensar o fenômeno da defasagem.

Foi exatamente o que ocorreu, quanto aos fatos narrados nestes autos.

Por ocasião da aquisição dos títulos - os chamados BTN's Cambiais - pela autora, estava fixado na lei de sua criação que a atualização de seu valor nominal se daria mensalmente, pelo IPC, mas que poderia também se dar com base na variação pelo Banco Central do Brasil, cabendo ao adquirente a opção, por ocasião do resgate (Lei nº 7.777, de 19/6/89, art. 5º, §§ 2º e 3º).

Posteriormente, por via da Lei nº 8.088, de 31/10/90, alterou-se o indexador dos BTN's, passando estes a serem atualizados pelo índice de Reajuste de Valores Fiscais - IRVF, divulgado pelo IBGE.

Alega a autora que essa alteração legislativa causou-lhe prejuízos, visto que, mantida a atualização pelo IPC, teria tido rendimentos maiores nos títulos.

Uma vez que, como já visto, não se trata de obrigação contratual, a natureza jurídica da indenização pretendida pela autora que só pode decorrer de responsabilidade civil pelo ato legislativo editado, cujo mérito passo agora a examinar.

A responsabilidade civil, que consiste na obrigação de alguém reparar o dano que causou a terceiros, pode ser extracontratual, também chamada aquiliana (art. 159, do CC).

A responsabilidade civil da União Federal é, em princípio, objetiva, bastando, para isso, que o dano tenha sido causado por agente público, no exercício de suas funções.

Evoluiu a doutrina desde a irresponsabilidade total do Estado - baseada na máxima inglesa "*The king can do no wrong*", felizmente já superada - passando pelo conceito da responsabilidade com culpa, também já abandonado, em face das dificuldades evidentes de sucesso em demandas dessa ordem, e finalmente aportando na teoria da responsabilidade objetiva ou independente de culpa.

Por essa teoria, na forma mitigada do risco administrativo, a

obrigação de indenizar surge do próprio ato lesivo e injusto causado à vítima por um dos agentes do Poder Público.

Quando o dano decorre, entretanto, do desempenho, pelo Estado, da função de legislar, é necessário que se tenha em vista certos parâmetros, na apuração de responsabilidade pelo ato lesivo.

O primeiro deles diz respeito à constitucionalidade da norma, *parâmetro essencial*, haja vista que o Poder Legislativo não pode exorbitar dos limites da outorga constitucional, sob pena de obrigar o Estado a indenizar os danos dela decorrentes.

Ora, *in casu*, não foi apontada nenhuma inconstitucionalidade na Lei nº 8.088/90.

Ademais, as normas contidas nessa lei, atendem ao disposto no art. 174, da Constituição, que determina que o Estado é agente normativo e regulador da atividade econômica, devendo atuar na forma da lei. Ora, se a norma editada obedeceu ao devido processo legislativo, se atendeu à competência do ente federativo, se não fungiu aos limites de sua atribuição, nenhum princípio ou norma constitucional restou violado.

Cabe buscar, pois, o outro parâmetro, defendido pela doutrina mais atualizada, para justificar a responsabilidade civil do Estado, por ato legislativo.

Consiste ele na possibilidade de indenização, ainda que o dano de lei constitucional e regular, bastando, para tal, que o dano tenha sido de tal monta, que haja rompido o equilíbrio entre os encargos e vantagens de determinada pessoa, diante da lei e em comparação com os demais cidadãos, também atingidos pela norma. É o princípio da distribuição dos *ônus e encargos sociais*.

Nos dizeres do eminente Juiz Federal Guilherme Couto de Castro: **"sob o padrão geral e abstrato, a lei não ofende a Constituição, mas a situação danosa individualizada acontecida com o lesado tem proteção constitucional, sob o prisma da correta distribuição dos ônus pela coletividade, que afinal será a beneficiada"**. (A Responsabilidade Civil Objetiva no Direito Brasileiro, Forense, 1997, 1ª ed., p.62)

Assim, em princípio, o lesado tem direito à reparação do dano causado pelo legislador.

É necessário, porém, que o dano fique provado e que tenha sido um dano desproporcional ao sofrido pelo restante da sociedade, a fim de justificar a compensação por essa desigualdade individual, criada pelo

legislador, a ser suportada por todos os outros componentes da coletividade, através do erário público, em vista da doutrina da solidariedade social.

Às fls. 50, encontra-se quadro comparativo, apresentado pela autora, que indica quais seriam os valores de resgate dos títulos, considerados os três indexadores mencionados nas normas:

1º IPC + IRVF = \$ 60,810,000.00

2º IPC = \$ 121,350,000.00

3º DÓLAR COMERCIAL = \$ 69,050,000.00

Pela norma anterior, a autora receberia o valor constante da 2ª opção; pela posterior, optou por receber o da 3ª, em vez do da 1ª.

Ora, quer-me parecer que a autor não está sendo razoável em sua análise do que seja dano.

Optou ela pelo resgate com base na variação cambial (3ª) que, como é de todos sabido, naquela época, vencia sempre a inflação ocorrida em qualquer período, constituindo-se em investimento rentável e seguro.

Há que se destacar que estamos falando de uma época em que ocorreu o confisco das cadernetas de poupança, além de uma série de outras normas que, desnecessário listar, acarretam prejuízos de diversa monta para a sociedade como um todo. Trata-se de história bem recente, de trágica memória, cujos resultados estão ainda bem presentes, mas apenas um lucro menor.

Assim sendo, a meu ver, não haveria justiça em se coletivizar esse "lucro maior" que a autora deixou de haver, por conta de uma norma legal constitucional, distribuindo o ônus por uma sociedade já tão duramente atingida pelas normas econômicas do Plano Collor.

Seus direitos não foram sacrificados a esse ponto.

Improcede, portanto, essa parte do pedido.

2º PEDIDO - DA REPETIÇÃO DO IOF

Intituído pela lei nº 5.143, de 20/10/66, o IOF incidia apenas sobre operações de crédito e seguro. Após o Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172, de 25/10/66), passou a incidir também sobre operações de câmbio e relativas a títulos e valores mobiliários. A Constituição de 1967, bem como a Emenda Constitucional de 1969, manteve todas essas hipóteses de incidência, também preservadas pela Carta atual.

Por outro lado, a CF/88 introduziu modificações no Sistema Tributário Nacional, que alteraram, parcialmente, o perfil do IOF.

Já a Lei nº 8.033/90, por seu art.1º, instituiu as seguintes incidências do IOF:

I - Transmissão ou resgate de títulos e valores mobiliários, públicos e privados, inclusive aplicações de outro prazo, tais como letras de câmbio, depósitos a prazo com ou sem emissão de certificado, letras mobiliárias, debêntures e cédulas hipotecárias;

II - Transmissão de ouro definido pela legislação como ativo financeiro;

III - Transmissão ou resgate de título representativo de ouro;

IV - Transmissão de ações de companhias abertas e das conseqüentes bonificações emitidas;

V - Saques efetuados em cadernetas de poupança."

Com efeito, embora o art. 1º, I, c/c o art. 3º da mesma lei, estabeleceram como base de cálculo para o tributo o valor da operação, o fato é que foi criado um sistema de dupla incidência, com obrigação alternativa, à livre escolha do contribuinte.

De fato, da aplicação concreta dos arts. 4º e 6º, resultava uma faculdade ao contribuinte de antecipar o pagamento do imposto, até o dia 18/5/90, com significativa redução da alíquota, embora não houvesse ocorrido, ainda, o fato gerador, ou seja, o resgate efetivo do título.

Restou, dessa forma, mascarada em antecipação de pagamento a verdadeira natureza da operação, que não passava da introdução de mais uma nova hipótese de incidência, ou seja, a simples posse do ativo financeiro na data da vigência da lei.

Outro não pode ser o entendimento, em vista de que o pagamento antecipado representa a quitação de tributo cujo fato gerador é eventual e futuro, podendo, nem mesmo, vir a ocorrer.

Como destaca Alberto Xavier, em interessante ensaio sobre a matéria,

"Criou-se, pois, um sistema de dupla incidência alternativa: uma incidência dinâmica - que se verificará no momento em que se concretizarem as operações enunciadas no art. 1º - e uma incidência estática - que se verifica pela existência ou não da titularidade de ativos financeiros no dia 16.3.90, cujo caráter antecipado decorre de a posse destes ativos ser lógica e cronologicamente anterior à realização das operações que os têm como objeto.

Estas duas incidências não são contudo independentes, antes se encontram ligadas entre si por um vínculo orgânico, de tal modo que se o contribuinte optar por cumprir uma delas fica automaticamente exonerado de cumprir a outra.

Verifica-se, assim, a figura das obrigações alternativas, ou seja, obrigações que englobam duas ou mais prestações, mas em que o devedor se libera mediante a realização de uma delas apenas. A obrigação recai sobre duas ou mais prestações, mas em simples alternativa, que a escolha virá desfazer, concentrando o seu objeto numa delas, através do exercício, pelo devedor, de um direito potestativo de escolha ou opção (Cf. Antunes Varela, Direito das Obrigações, v. I, Forense, p. 332).

Em matéria de IOF o contribuinte pode, na verdade, optar entre cumprir a obrigação tributária que decorrerá da transmissão dos ativos (incidência dinâmica) ou a que decorre de sua simples posse (incidência estática), liberando-se mediante o cumprimento de uma só."

(Revista de Direito Tributário, nº 52, p. 98/99).

Assim sendo, o chamado pagamento antecipado, ou a incidência estática de Alberto Xavier, terminou por resultar na criação de um novo imposto sobre a mera existência de patrimônio, uma vez que inexistia operação, na data da antecipação, seja de crédito, seja financeira.

Não comprovou a autora, entretanto, que tenha optado pelo pagamento antecipado, em ordem a haver pago um tributo indevido.

Por outro lado, o pagamento do IOF na data de resgate do título, não é inconstitucional, eis que, como visto, foi instituído pelo próprio CTN.

Descabe, assim, também essa parte do pedido.

ISTO POSTO, JULGO IMPROCEDENTE O PEDIDO, com fulcro no art. 269, I, do CPC. Condeno a autora em custas e honorários, que fixo em 10% sobre o valor atualizado da causa.

P.R.I.

Rio de Janeiro, 01 de abril de 1997.

LILIANE DO ESPÍRITO SANTO RORIZ DE ALMEIDA
JUÍZA FEDERAL DA VIGÉSIMA-PRIMEIRA VARA

DR^a. NIZETE ANTÔNIA LOBATO RODRIGUES
JUIZA FEDERAL TITULAR
22^a VARA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA-RJ
PROC. Nº 94.0028358-0

SENTENÇA

Vistos etc.

I.

Trata-se de ação ordinária ajuizada em 10/08/94, para possibilitar aos Autores, cabos do Ministério da Aeronáutica, todos praças de 14 de janeiro de 1982, a sua reintegração ao serviço ativo da Força Aérea Brasileira, após terem sido licenciados quando contavam com nove anos e 174 dias de atividade.

Alegam ter direito adquirido à estabilidade nos termos do art. 50, IV, "a", da Lei nº 6.880/80 c/c art. 43 do Decreto nº 92.577/86, e por isonomia com vários praças colegas seus, com o mesmo tempo de serviço.

Instruíram a inicial com os documentos de fls. 20/116.

Respondendo, a **UNIÃO FEDERAL** argumentou, em síntese, que o licenciamento dos Autores foi legitimamente determinado, com base na Lei nº 6.880, art. 121, § 3º, "b" (fls. 122/126).

Não vislumbro necessidade de produção de provas em audiência. Passo ao julgamento antecipado da lide.

II.

Os autores ingressam no serviço militar em 14.01.82. Não provaram que tinham direito a serem reengajados após 9 (nove) anos e meio de serviço ativo, mas a ré tampouco comprovou, no que tange ao paradigma invocado, que existiam circunstâncias pessoais que legitimaram o reengajamento dele em detrimento dos autores.

Deveras, o despacho de indeferimento não se encontra fundamentado, não havendo sequer a indicação do escólio legal que legitimou a denegação do pedido de cada um dos autores.

No Boletim pertinente foi publicado despacho concessivo do reengajamento a outros colegas dos requerentes, com igual tempo de

serviço, do teor seguinte:

"Deferido por satisfazerem o previsto no art. 43 do RGPAer, aprovado pelo Dec. 92.577, de 24 de abril de 86".

Observam os autores, ademais, que, em complementação ao despacho, há declaração expressa de que tais militares são reengajados até 12 de janeiro de 1992, data da aquisição da estabilidade, antes de completarem o decênio.

Ora, é certo que as prorrogações do tempo de serviço submetem-se, além do atendimento de outras exigências, à conveniência do Ministério da Aeronáutica. Portanto, o ato em exame é discricionário, uma vez que se confere àquela autoridade liberdade para determinar o seu conteúdo, atendendo aos critérios de conveniência e oportunidade da administração.

Hely Lopes Meirelles ensinava, a propósito, que os atos administrativos discricionários prescindem de motivação, ressaltando apenas que, se a autoridade declinar o motivo de seu ato, mesmo discricionário, fica a tal motivo vinculada (ver Hely Lopes Meirelles, Direito Administrativo Brasileiro, Ed. Revista dos Tribunais, 16ª Ed. pags. 175 e 176). Acontece que tem prevalecido na doutrina e jurisprudência novo entendimento: os atos administrativos - discricionários ou vinculados - devem ser sempre motivados, eis que, informados pela finalidade pública. E mais: o controle da legalidade e da constitucionalidade de um ato administrativo só é possível pelo conhecimento dos motivos que o ensejaram. Permitir à autoridade pública que tome decisões sem decliná-los, é retirar do Judiciário o poder de controlar tais decisões, verificando sua conformidade com o direito.

No caso, transparece evidente que a decisão impugnada não respeitou o direito à igualdade consagrada no art. 5º, da Constituição Federal. O Decreto 92577/66, art. 43, ao enumerar os requisitos necessários ao deferimento do reengajamento dos militares temporários, não estabelece critérios objetivos a serem seguidos, caso haja número excedente de militares pleiteando tal benefício, mas é certo que a autoridade administrativa não tem o poder de, arbitrariamente, acolher alguns e excluir outros, dentro de um grupo de militares que estão em idêntica situação. Num regime democrático, o poder discricionário deve ser exercido de forma transparente. Como bem observa a eminente juíza federal titular da 29ª VF, Exmã. Sra. Simone Schreiber, "a autoridade tem liberdade para decidir, mas deve, obrigatoriamente, declinar os motivos que a levaram a excluir "joão" e a acolher "josé", demonstrando que tal escolha atendeu ao interesse público".

Na lição de José Afonso da Silva, "o princípio da igualdade consubstancia uma limitação ao legislador, que, sendo violada, importa na inconstitucionalidade da lei" (cf. Curso de Direito Constitucional Positivo, Malheiros Editores, 9ª ed. pág. 199). Com mais forte razão, as limitações impostas ao legislador aplicam-se às autoridades administrativas na edição de regulamentos ou quaisquer atos administrativos, como aquele em exame.

A Juíza Federal Maria Izabel Pezzi Klein, da Seção Judiciária de Florianópolis, em memorável artigo publicado na Revista da Associação dos Juízes Federais, sob o título EXAME DE UM CASO CONCRETO, bem analisou a matéria. Confirmam-se os seguintes trechos:

"O fato de os atos administrativos serem vinculados não impede, como se sabe, o exame pelo Judiciário de todos os seus elementos constitutivos e pressupostos, com o intuito de aferir sua compatibilidade legal.

O fundamento será na própria Lei Magna, art 5º XXXV, segundo o qual, nenhuma lesão ou ameaça a direito poderá ser subtraída à apreciação do Poder Judiciário. Além do mais, a Administração, no Estado Democrático de Direito, só pode agir em obediência à lei, buscando cumprimento das finalidades por ela assinaladas. É o caráter instrumental da atividade administrativa, na lição de Ruy Cirne Lima, em seu "Princípios de Direito Administrativo", 3ª ed., 1954, § 21, segundo o qual a Administração é a "atividade do que não é senhor absoluto".

Justamente aí, assume relevo o papel do juiz, verificando objetivamente, os fatos concretos que influíram na formação do ato administrativo. Para tanto, examina-se, especialmente, motivo, finalidade e causa, entre outros aspectos, podendo-se, inclusive, penetrar no restrito campo da discricionariedade, sempre que a autoridade administrativa tenha extrapolado seus limites. Aliás são os próprios pressupostos legais do ato administrativo (finalidade e causa) que delimitam o âmbito da discricção.

(...)

Relembrando, motivo nada mais é do que o suporte fático. Na sua exposição, o administrador deve anunciar a regra de direito respectiva, os fatos que alicerça sua decisão e relação de pertinência entre os fatos ocorridos e o ato. Se não se motiva, é o que é importante, a motivação deve ser contemporânea à prática do ato, este é inválido. A razão de tal exigência é muito simples. Um dos princípios basilares do Direito Administrativo é a Supremacia do Interesse Público (coletivo) sobre o particular. Ora, se o cidadão, em função de interesses coletivos que a lei assinala mais relevantes (e só ela pode fazer isto), tem de restringir sua atuação, nada mais lógico o seu interesse de saber porque assim é. Motivar

é isto.

Já a finalidade é o objetivo inerente à categoria do ato. Isto porque os poderes administrativos originam-se na lei e são meramente funcionais, visando um fim específico. Então, nunca se pode utilizar um ato com o fim de alcançar uma finalidade que só poderia ser atingida por meio de outro.

(...)

Por último, entende-se por causa a correlação entre o motivo e a finalidade tipológica do ato. Por meio dela, o Juiz tem a possibilidade de examinar se os motivos apontados pelo administrador, em sua exposição, guardam relação de pertinência com sua decisão, tendo em vista a finalidade legal do ato específico.

Portanto, o controle judicial dos atos administrativos, mesmo aqueles que contém uma parcela de discricionariedade, passa necessariamente, pela análise de seus motivos, finalidade e causa, garantindo-se, assim, o atendimento da lei.

Cabe ao Judiciário fulminar todo o comportamento ilegítimo da Administração, quer quando agrida frontalmente a lei, quer quando, sob a justificativa de exercício de poder discricionário, transbordar de seus limites. Nesta ordem de idéias, começa-se por analisar os pressupostos de fato (motivos) que embasaram a atuação administrativa, cotejando norma e caso concreto. Após perquire-se da possibilidade de ocorrência de desvio de poder, avaliando se a intenção do agente está afinada com o objetivo colimado, pelo fato especificamente escolhido. Por fim, traça-se um paralelo entre o fato, em si, e o conteúdo do ato, tendo em vista a sua finalidade legal. Assim, só através de uma verificação objetiva da matéria de fato, pode-se perceber as afrontas à legalidade, garantindo-se, através da censura judicial, a afirmação do direito.

(...)"

Na hipótese dos autos, como visto, houve discriminação: uns postulantes tiveram deferido o pedido de reengajamento e assegurada a estabilidade; outros não obstante contarem com o mesmo tempo de serviço e estarem em absoluta igualdade de condições, não obtiveram. O marco divisor considerado foi apenas o efetivo militar e a conveniência da Aeronáutica. Desconhece-se o critério realmente norteador do reengajamento e da conseqüente aquisição da estabilidade.

Uma escolha aleatória, expressando a vontade do Administrador é inadmissível. Hely Lopes Meirelles observa que, o que há de menos relevante no Direito Público é a vontade do Administrador. Não é a sua chancela que valida o ato e o torna respeitável e obrigatório. A pedra de

toque de todo ato administrativo é a sua legalidade. Portanto, ao Administrativo cabe demonstrar a conformação de sua atividade com todos os pressupostos de direito e de fato que condicionam a eficácia e a validade do ato. Se existiam excedentes de postulantes ao reengajamento e à estabilidade em face do efeito fixado, cabe-lhe definir os critérios da seleção a ser feita, demonstrando que os autores não se enquadravam nos parâmetros fixados.

III.

Por tais motivos, julgo procedente o pedido para declarar a nulidade da decisão que indeferiu o pedido de reengajamento dos autores, por insuficiência de fundamentação, restituindo-se as partes ao *status quo* anterior, isto é, à situação existente entre as partes no momento em que foi proferida a decisão administrativa, até que sobrevenha outra decisão administrativa, devidamente fundamentada, analisando os pleitos dos autores.

Fixo os honorários em 5% sobre o valor da causa, corrigido monetariamente.

Sentença sujeita a reexame necessário.

P.R.I.

Rio de Janeiro, 26 de junho de 1996.

NIZETE ANTÔNIA LOBATO RODRIGUES
JUÍZA FEDERAL - 22ª VARA - RJ

DR. POUL ERIK DYRLUND
JUIZ FEDERAL TITULAR
23ª VARA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA-RJ
PROCESSO Nº 95.26136-7

SENTENÇA

Vistos etc.

DIVISA AUTO PEÇAS LTDA., qualificada na inicial, propõe a presente demanda, em face do **INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS**, objetivando seja declarada a inexistência de relação jurídico-tributária entre as partes, no tocante à exigência do recolhimento da contribuição social previdenciária, instituída pelo art. 3º, da Lei 7.787/89, e mantida pela Lei 8.212/91, art. 22, I, incidente sobre o pagamento de autônomos e administradores, sendo-lhe assegurado o direito de compensar o indébito pago a esse título, com parcelas devidas da contribuição patronal incidente sobre a folha de salários dos empregados, na forma do art. 66 da Lei 8.383/91, ou a restituição do indébito, juros e correção monetária, além da condenação do réu nas verbas de sucumbência.

Como causa de pedir alega, em suma, que face à declaração da inconstitucionalidade, pelo STF, da exação referida, e da Resolução nº 14/95 do Senado Federal, faz jus à compensação pleiteada, na forma requerida, eis que estão presentes os requisitos básicos necessários.

Inicial de fls. 02/13, instruída com os documentos de fls. 14/41.

Recolhidas as custas judiciais (fls. 42).

Tendo em vista o despacho de fls. 44, a autora anexa os documentos de fls. 47/74, sendo determinado o desentranhamento das cópias de fls. 19/33 (fls. 75 e 76).

Às fls. 82/85, com a peça de fls. 86, a parte autora reitera o pedido de antecipação parcial da tutela, para expedição de certidão negativa de débito, sendo o mesmo indeferido, na forma da decisão de fls. 111/112.

Contestação às fls. 88/110, argüindo, preliminarmente, a prescrição quinquenal, e, no mérito, aduzindo, em síntese, que a declaração de inconstitucionalidade do artigo 3º, inciso I, da Lei 7.787/89 proferida nos autos do RE 166.772-2/RS não alcança a relação jurídico-tributária existente entre o INSS

e a autora, não produzindo, a Resolução 14/95 do Senado Federal, efeitos no presente caso concreto, pois tal comando normativo só possui efeitos *ex nunc*, além de que não é possível a compensação, por não serem líquidos e certos os créditos que a autora pretende compensar.

Réplica às fls. 115/126, ratificandó o pedido inicial.

A parte autora, às fls. 128, comparece aos autos, anexando cópia da petição do agravo de instrumento interposto (fls. 129/134), sendo mantida a decisão agravada (fls. 136).

Sem outras provas (fls. 137).

É o relatório.

DECIDO.

O instituto da compensação vem regulado no artigo 170 do Código Tributário Nacional, que tem por base o artigo 146, III, b, da Constituição Federal, que remete à lei ordinária a especificação das condições, e garantias, que deverão ser observadas pela autoridade administrativa para autorizar a compensação de créditos tributários com créditos líquidos e certos, vencidos ou vincendos, do sujeito passivo contra a Fazenda Pública.

Esclarece o parágrafo único, do dispositivo legal do CTN, que sendo vincendo o crédito do sujeito passivo a lei determinará a apuração do seu montante, vedando, em qualquer caso, a cominação de redução maior que o correspondente ao juro de 1% ao mês, pelo tempo que decorrer entre a data da compensação e a do vencimento.

Segundo o artigo 156, II, do CTN, a compensação constitui-se uma modalidade de extinção do crédito tributário.

Da normatividade exposta, tem-se que, face à natureza jurídica do CTN de Lei Complementar, em decorrência do Texto Básico, qualquer lei que sobrevenha, posteriormente, para os fins de regular a compensação, terá que obrigatoriamente observar os parâmetros nela estabelecidos.

Inicialmente, uma vez editada a lei referida no artigo 170, do CTN, caberá a autoridade administrativa competente, uma vez provocada pelo interessado, aferir se a situação encaminhada enquadra-se, ou não, no quadro legal, e, em caso positivo, autorizar a compensação, não podendo a mesma ser feita unilateralmente pelo contribuinte, por força desta norma do CTN, descabendo lei ordinária inovar sob este aspecto, sob a pena de vulnerar o artigo 146, III, b, da Constituição Federal.

O Superior Tribunal de Justiça, REsp 56355-0, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, 1ª Turma, unânime, julgamento em 14/12/94, in DJ-I 20/2/95, pág. 3162, decidiu:

"Tributário. Compensação. Impossibilidade.

A compensação prevista pelo art. 66 da Lei 8.383/91 não pode ser efetuada pelo contribuinte ao seu livre arbítrio. Necessário se faz, para começar, o reconhecimento, em definitivo, de seu crédito pelo órgão fazendário competente ou pelo Poder Judiciário."

Neste diapasão - impossibilidade de compensação unilateral pelo contribuinte face aos termos do artigo 170 do CTN - vem se orientando a jurisprudência dos Tribunais Regionais Federais:

- TRF/4R, AC 89.04.0409737/PR, 1T, julg. 27/10/94, Rel. Juíza Maria Lúcia Luz Leiria, DJ 18/1/95, pág. 1355;

- TRF/1R, MS 93.01.0123989/MG, julg. 19/4/94, 2T, Rel. Juiz Vicente Leal, DJ 8/8/94, pág. 41738;

- TRF/1R, AC 94.01.127108/AM, julg. 13/3/95, Rel. Juiz Osmar Tognolo, DJ 20/4/95, pág. 22610;

- TRF/3R, MS 94.03.03073576/SP, julg. 18/10/95, 1T, Rel. Juiz Sinval Antunes, DJ 7/11/95, pág. 76106;

- TRF/3R, MS 93.03.03029417/SP, julg. 7/12/93, 2T, Rel. Juíza Annamaria Pimentel, DJ 23/3/94, pág. 11488.

Dessa circunstância deflui, que para haver, em princípio, interesse jurídico, a autorizar a propositura de uma demanda judicial, impõe-se que haja lide, preteritamente, em decorrência de anterior apreciação administrativa de requerimento da autorização para compensação, que não tenha sido acolhido nos termos pleiteados pelo contribuinte.

Dal já ter advertido o Tribunal Regional Federal da 1ª Região:

"A extinção do crédito tributário por meio de compensação é efetuada pela autoridade administrativa, no exercício de competência vinculada, que não pode ser substituída pela atuação do Judiciário, pois o direito de ação pressupõe resistência e um direito vindicado." (TRF/1R, julg. 19/4/94, MS 93.01.0123989/MG, 2ª Turma, Rel. Juiz Vicente Leal, DJ 8/8/94, pág. 41738).

"Processual Civil. Agravo de Instrumento. Compensação de crédito tributário. Mandado de Segurança. Liminar indeferida.

O instituto da compensação em sede tributária pressupõe a existência de créditos líquidos, certos, vencidos e vincendos, do contribuinte contra a Fazenda Pública (CTN, art. 170).

A extinção do crédito tributário por meio de compensação é

efetuada pela autoridade administrativa, no exercício de competência vinculada, que não pode ser substituída pela atuação do Judiciário, pois o direito de ação pressupõe resistência a um direito vindicado." (TRF/1R, AI 91.01.153647/DF, Rel. Juiz Vicente Leal, unânime, julg. 22/6/94.).

Ainda, à luz do artigo 170 do CTN, a compensação de créditos tributários pressupõe a liquidez e certeza dos créditos a serem compensados, decorrendo dessa imposição legal, a necessidade de se especificar as parcelas a serem compensadas, de molde a se efetuar o encontro dos créditos.

O Superior Tribunal de Justiça, REsp 79.801/DF, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, 1ª Turma, unânime, julgamento em 15/4/96, in DJ-I 27/5/96, pág. 17821, definiu:

"Tributário. Compensação de créditos. FINSOCIAL com o COFINS e PIS. Ausência de pressupostos autorizadores. Lei 8.383/91. Art. 170 do CTN.

A Lei 8.383/91 não revogou normas consignadas no Código Tributário Nacional (art. 170), que é Lei Complementar e dispõe acerca dos pressupostos necessários a autorizar o instituto da compensação.

Hipótese expressa na legislação (art. 156 do CTN) de extinção do crédito tributário, a compensação, nos termos em que está definida em lei (art. 170 do CTN), só poderá ser autorizada se os créditos do contribuinte em relação à Fazenda Pública, vencidos ou vincendos, se revestirem dos atributos de liquidez e certeza.

Líquidos e certos, na definição legal (para justificarem a compensação), são os créditos tributários expressamente declarados pelo Fisco e os reconhecidos, como tais, por sentença judicial com trânsito em julgado.

A liquidez e certeza do crédito é pressuposto indesjungível da compensação, tal qual como concebida na legislação pertinente e devem ser provados pelo credor, sendo inválido, para tal fim, a confissão ficta da Fazenda respectiva.

A jurisprudência se firmou no sentido de que a compensação de contribuição para o FINSOCIAL paga indevidamente depende de reconhecimento judicial de inconstitucionalidade em cada caso concreto, desservindo de título para esse fim os precedentes judiciais que, incidentalmente, deixarem de aplicar o art. 9º da Lei 7.689/88.

Recurso a que se nega provimento. Decisão unânime".

Ainda o Superior Tribunal de Justiça:

"Tributário - Compensação de créditos (CTN - art. 170) - Parcelas não especificadas.

Não é possível a compensação de créditos tributários, se quem pretende efetuar-la não especifica quais as parcelas a serem envolvidas na operação." (STJ, REsp 78301/BA, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, 1ª Turma, unânime, julg. 5/2/96)

"Tributário - Compensação de créditos (CTN - art. 170 e Lei 8.383/91, art. 66) - Parcelas não especificadas.

Fixação de honorários - Revisão do Percentual - Matéria de Fato - Inviabilidade (Súmula 07/STJ).

Não é possível a compensação de créditos tributários, se quem pretende efetuar-la não especifica quais as parcelas a serem envolvidas na operação.

É inviável, em sede de Recurso Especial, apreciar pedido de redução de verba honorária que, se traduz no reexame de questões de fato - Súmula 07/STJ." (STJ, REsp 82379/MG, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, 1ª Turma, unânime, julg. 7/3/96, DJ-I 15/4/96, pág. 11498)

"Tributário. Compensação. Art. 66, da Lei 8.383/91. Inexistência de crédito líquido e certo.

O direito de compensar crédito tributário indevidamente pago, conforme permitido pelo art. 66 da Lei 8.383/91, exige que se apure, previamente, por via administrativa ou judicial, a sua liquidez e certeza, homenageando-se o devido processo legal.

Iterativos precedentes jurisprudenciais desta Corte no sentido acima exposto, a saber:

a) RMS 5754-2/PB, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, in DJU de 18/9/95;

b) RMS 5102/SP, Rel. Min. Américo Luz, in DJU de 2/6/95;

c) RMS 4442-4 SP, Rel. Min. Antonio de Pádua Ribeiro, in DJU de 28/8/95;

d) RMS 4513-7/SP, Rel. Min. Antonio de Pádua Ribeiro, in DJU de 12/12/94;

e) RMS 4935-6/DF, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, in DJU 16/10/94.

Recurso provido." (STJ, REsp 83770/MG, Rel. Min. José Delgado, 1ª Turma, unânime, julg. 18/3/96)

"Tributário - FINSOCIAL, COFINS, PIS - Compensação - CTN, art. 170 - Lei 8.383/91 (art. 66).

A compensação legal pressupõe a liquidez e certeza de créditos da mesma espécie e subsequentes ao haver tributário do sujeito passivo. Necessidade do reconhecimento, em definitivo, do crédito pela autoridade fiscal competente ou pelo Poder Judiciário. A jurisprudência do STJ é contrária à compensação entre créditos de débitos, respectivamente, decorrentes do FINSOCIAL e COFINS (RMS 4035-6/DF e ROMS 5754-PB, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros).

Recurso improvido."

(STJ, REsp 78493/MG, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, 1ª Turma, unânime, julg. 15/2/96, in DJ-I 25/3/96, pág. 8555).

Os Tribunais Regionais Federais vêm se manifestando, no mesmo sentido:

"A pretensão de compensar créditos tributários depende de decisão acerca do direito de repetição (an debeat) e o principal a ser compensado (quantum debeat)." (TRF/1R, AC 93.01.0127589/DF, julg. 25.5.94, 4T, Rel. Juiz Eustáquio Nunes da Silveira, DJ 23/6/94, pág. 33440)

- TRF/2R, MAS 92.02.0213429/ES, 1ª Turma, Rel. Des. Fed. Castro Aguiar, DJ 26/9/95;

- TRF/3R, MS 93.03.03029417/SP, julg. 7/12/93, 2T, Rel. Juíza Annamaria Pimentel, DJ 23/3/94, pág. 11488.

Assentados que os requisitos que defluem do CTN (art. 170) são, a uma, a necessidade de prévia manifestação da autoridade administrativa, autorizando a compensação, a duas, a liquidez e certeza dos créditos a serem compensados, e, a três, a especificação das parcelas envolvidas na referida operação.

Com base no permissivo do artigo 170, do CTN, editou-se a Lei 8.383, de 30/12/91, que em seu artigo 66, caput, que foi modificado pela Lei 9.069, de 29/6/95, que passou a admitir a compensação de pagamento indevido de receita patrimonial, estabeleceu:

"Nos casos de pagamento indevido ou a maior de tributos, contribuições federais, inclusive previdenciárias, e receitas patrimoniais, mesmo quando resultante de reforma, anulação, revogação, ou rescisão de decisão condenatória, o contribuinte poderá efetuar compensação desse valor no recolhimento de

importância correspondente a período subsequente."

Tendo o § 1º, do artigo 66, da Lei nº 8.383/91, com a redação determinada pela Lei 9.069, de 1º/6/95, estipulado:

"A compensação só poderá ser efetuada entre tributos, contribuições e receitas da mesma espécie."

Havendo o artigo 39, da Lei 9.250, de 26/12/95, determinado em relação ao parágrafo 1º, do artigo 66, da Lei 8.383/91, que a compensação não se dará mais, entre tributos da mesma espécie, e sim entre imposto, taxa, contribuição federal ou receitas patrimoniais da mesma espécie, e destinação constitucional, apurado em períodos subsequentes.

No que tange especificamente às contribuições previdenciárias - a Lei 9.032 de 28/4/95, impôs restrições ao exercício da compensação, determinando um limite de 25% do valor a ser recolhido em cada competência. Havendo a Lei 9.129, de 20/11/95, alterado o limite para 30% do valor a ser recolhido para a empresa como compensável.

Ainda, quanto às contribuições sociais previdenciárias, há que se consultar o artigo 89, da Lei 8.212/91, com a redação da Lei 9.129/95, que só admitiu a compensação das mesmas na hipótese de pagamento, ou recolhimento indevido, e não quando haja pagamento a maior.

O artigo 89, da Lei 8.212/91, e seus parágrafos, na forma da Lei 9.129/95, estabeleceram, ainda, em matéria de compensação para as contribuições sociais previdenciárias, o seguinte:

"§ 1º - Admitir-se-á apenas a restituição ou compensação de contribuição a cargo da empresa, recolhida ao INSS, que, por sua natureza, não tenha sido transferida ao custo do bem ou serviço oferecido à sociedade."

§ 2º - Somente poderá ser restituído ou compensado, nas contribuições arrecadadas pelo INSS, o valor decorrente das parcelas referidas nas alíneas "a", "b", e "c" do parágrafo único do artigo 11 desta Lei."

Estipulando as alíneas "a", "b", "c" do parágrafo único do artigo 11, da Lei 8.212/91:

"Parágrafo único: Constituem contribuições sociais:

- a) as das empresas, incidentes sobre a remuneração paga ou creditada aos segurados a seu serviço;***
- b) as dos empregadores domésticos;***
- c) as dos trabalhadores, incidentes sobre o seu salário-de-contribuição."***

Excluem-se, pois, do âmbito das contribuições sociais previdenciárias, para efeito de compensação, as das empresas, incidentes sobre o faturamento, e lucro.

Há assim, que se atentar para efeito de compensação, se se cuida de crédito envolvendo - contribuição social previdenciária -, ou não, eis que existem regimes jurídicos distintos, conforme exposto em epígrafe.

Sendo o pleito de compensação calcado em contribuições sociais previdenciárias, observar-se-á o artigo 66, da Lei 8.383/91, até a edição da Lei 9.128, de 20/11/95, que alterou o artigo 89, da Lei 8.212/91, quando seguir-se-á este novo modelo geral.

Não sendo esta espécie de exação ter-se-á o regime integral do artigo 66, da Lei 8.383/91, com suas modificações subseqüentes.

O § 3º, do artigo 66, da Lei 8.383/91, com a redação da Lei 9.069, de 29/6/95, determinou que a compensação será efetuada pelo valor do tributo, ou contribuição, corrigido monetariamente pela variação da UFIR.

Por derradeiro, o § 4º, do artigo 66, da Lei 8.383/91, alterado pela Lei 9.069/95, determinou que a Secretaria da Receita Federal e do Patrimônio da União, bem como o INSS expedissem as instruções necessárias ao cumprimento deste dispositivo legal.

A Secretaria da Receita Federal, calcada no § 4º, do artigo 66, da Lei 8.383/91, editou a Instrução Normativa 67, de 26/5/92.

Inicialmente, tem-se proclamado a legitimidade do referido ato administrativo normativo, no que concerne à apreciação administrativa do pedido de compensação, eis que possibilita à autoridade administrativa apurar a liquidez e certeza dos créditos, e seus respectivos vencimentos (TRF/3R, REO 94.03.03098477/SP, julg. 16/8/95, Rel. Juiz Marcio Moraes, DJ 8/11/95, pág. 76570).

Tem-se questionado no tocante a esta Instrução Normativa, apenas os aspectos referentes à atualização monetária, que só seria devida a partir de 2/1/92, com base na variação da UFIR, sendo indevida anteriormente, e, a questão da compensação somente se operar entre códigos de receita relativos a um mesmo tributo, ou contribuição.

Quanto ao segundo ponto, o § 1º, do artigo 66, da Lei 8.383/91, com a redação da Lei 9.069/95, que deve ser inferido à luz da Lei 9.250/95, determinou que a compensação se dará entre imposto, taxa, contribuição federal ou receitas patrimoniais da mesma espécie, com mesma destinação constitucional, pelo que o comando do ato administrativo não desbordou os termos legais, tendo apenas os explicitado, a nível administrativo.

Mutatis mutandis confira-se julgados dos Tribunais Regionais Federais,

neste sentido:

- TRF/2R, julg. 5/10/94, AMS 94.02.0202802/RJ, 1ª Turma, Rel. Juiz Julio Cezar Martins, DJ 17/11/94, pág. 66088;

- TRF/2R, julg. 11/4/95 AMS 94.02.0215047/RJ, 3ª Turma, Rel. Des. Fed. Castro Aguiar, DJ30/5/95, pág. 32895;

- TRF/4R, julg. 12/7/95, REO 94.04.0400920/RS, 1ª Turma, Rel. Juiz João Surreaux Chagas, DJ 9/8/95, pág. 50013;

- TRF/1R, AC 94.01.28875-5/MG, Rel. Juiz Tourinho Neto, 3ª Turma, unânime, julg. 9/11/94.

Ratificando este posicionamento, o Superior Tribunal de Justiça, REsp 76.435/MG, Rel. Min. José de Jesus Filho, 1ª Turma, unânime, julg. 15/4/96, in DJ-I 27/5/96, pág. 17818:

"Tributário. Finsocial. Compensação de créditos com outros tributos federais. Impossibilidade.

A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a compensação tributária pressupõe o confronto do débito e crédito provenientes de tributos da mesma natureza. Portanto, afigura-se correto o V. acerto hostilizado que indeferiu tal compensação - do excesso recolhido ao FINSOCIAL com outros tributos federais - ao fundamento de que a mesma não pode dar-se senão entre crédito líquido e certo do sujeito passivo, da mesma espécie do crédito tributário da Fazenda Pública. Recurso Especial não conhecido."

Quanto ao segundo aspecto, também não extrapola o ato administrativo, os termos legais, eis que a própria Lei nº 8.383/91, instituidora da UFIR, é que determinou que a atualização monetária se faria com base na UFIR, inexistindo inovação desta com relação a este aspecto.

A questão que tem aflorado sobre este tema - atualização monetária - é não ter o Diploma Legal (Lei 8.383/91) criado previsão do índice de atualização monetária para o período anterior a 1/1/92, havendo a jurisprudência se orientado que a correção monetária neste período deve ser calculada com base na variação do BTNFI até a data da sua extinção, e pelo INPC de fevereiro a dezembro /91 (TRF/4R, Rel. Juíza Tania Teresinha Cardoso Escobar, julg. 26/10/95, AMS 95.04.0414789/SC, 2ª Turma, DJ 22/11/95, pág. 80920).

Com base no § 4º, do artigo 66 da Lei 8.383/91, editou o INSS, a Circular 40/94, determinando que os pedidos de compensação de importâncias já recolhidas àquela autarquia previdenciária, somente seria feita pela via judicial, que conforme examinado, extrapola os termos do artigo 170, do CTN, que determina tal encargo à autoridade administrativa sendo, neste ponto, ilegal o ato administrativo

normativo.

Noutro giro, cabe fazer referência à legislação específica sobre compensação de contribuições sociais previdenciárias, vez que, conforme posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, em epígrafe, só quando reconhecido administrativa, ou judicialmente, o direito a realizar a compensação proposta, ter-se á direito adquirido, enquanto tal circunstância não ocorrer, haverá expectativa de direito, com a incidência imediata, e não retroativa, da legislação superveniente sobre aquela modalidade de extinção do crédito tributário.

Com relação ao limite imposto de compensação às contribuições sociais previdenciárias esta exigência legal se mostra harmônica com o artigo 170, do CTN, que permite que a legislação correlata estabeleça as condições para o exercício do direito de compensação, incorrendo qualquer mácula sob este ângulo, quanto às restrições impostas.

Ainda, em sede de compensação de contribuições previdenciárias, a exigência do § 1º, do artigo 89, da Lei 8.212/91, com a redação da Lei 9.129/95, se entrosa com os artigos do CTN, que vêm ratificados pelo verbete nº 546, da Súmula do Supremo Tribunal Federal, sendo estes complementados pelo artigo 95, alínea "e", da Lei 8.212/91, pelo que há que se aquilatar da incidência deste, quando da apreciação do pleito de compensação destas exações.

Sob outra perspectiva comum às exações que guardam natureza de contribuição previdenciária, ou não, sendo a compensação, uma modalidade de repetição de indébito, há que se avaliar a ocorrência do prazo decadencial, regulado no artigo 168, do CTN, estando caducas, para efeito de compensação, os valores recolhidos há mais de 5 anos, contados retroativamente da data do ajuizamento da demanda.

No caso *sub judice* a demanda foi ajuizada em 19 de dezembro de 1995, estando, assim, caducas as prestações anteriores a 19/12/90, para efeito de compensação.

No que concerne ao pedido principal, tem-se que a exigência da contribuição social previdenciária sobre a remuneração de administradores, autônomos e avulsos, calcada na Lei 7.787/89, art. 3º, teve sua eficácia suspensa *ex tunc*, por força da Resolução 14, de 1995, do Senado Federal, in DO de 28/4/95, em virtude da declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, RE 1772964/210, conforme comunicação pelo ofício 130 - P/MC, STF, de 23/9/94.

Quanto ao artigo 22, da Lei 8.212/91, o Supremo Tribunal Federal na ADIn 1102-2/DF, Rel. Min. Maurício Corrêa, Plenário, julg. 5/10/95, maioria de votos, DJ-I 16/10/95, pág. 34.570, declarou a inconstitucionalidade das palavras "empresários", e "autônomos", contidas no inciso I, do referido dispositivo legal.

O Supremo Tribunal Federal, afinal, na ADIn 1153-7/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, Plenário, julg. 11/11/94, in DJ-I 18/10/95, pág. 36331, deferiu liminar para suspender, até decisão final da ação, a eficácia do vocábulo "avulsos", contido no inciso I, do artigo 22, da Lei 8.212/91.

Verifica-se, assim, que os pagamentos efetuados, a título de contribuição social previdenciária dos administradores, autônomos, avulsos, e empresários, exigida pela Lei 7.787/89, e pela Lei 8.212/91, foram indevidamente, autorizando, em tese, que se realize a compensação alvitada, e prejudicando parte do pedido principal.

Há, outrossim, o permissivo do § 2º, do artigo 89, da Lei 8.212/91, com a redação da Lei 9.129/95, de compensar-se esses valores com a contribuição patronal incidente sobre a folha de salários (TRF/4R, AMS 95.04.0409750/RS 1ª Turma, julg. 26/7/95, Rel. Juiz João Surreaux Chagas, DJ 20/9/95, pág. 63.275).

Quanto à liquidez, e certeza dos créditos a serem compensados, e a especificação das parcelas envolvidas, inexistem estes requisitos, porquanto não há como aferir-se a exatidão dos valores alegadamente recolhidos indevidamente, posto que desconhecidas as bases de cálculo utilizadas, bem como se houve, ou não, o aperfeiçoamento da hipótese definida no § 1º, do artigo 89, da Lei 8.212/91, cabe invocar-se o julgado do Superior Tribunal de Justiça, REsp 84231/MG, Rel. Min. Ari Pargendler, 2ª Turma, unânime, julg. 18/4/96, in DJ-I 27/5/96, pág. 17860, ratificador do julgado proferido no REsp 78270 /MG, Rel. Min. Ari Pargendler, 2ª Turma, unânime, julg. 28/03/96, in DJ-I 29/4/96, pág. 13406:

"Tributário. Crédito compensável e Compensação. Distinção.

A compensação demanda provas e contas, mas nada impede que, sem estas, se declare que o recolhimento indevido é compensável, porque a discussão até essa fase não desborda das questões de direito.

FINSOCIAL. A Contribuição para o Finsocial é denominação que identifica dois tributos juridicamente diversos: a) o imposto chamado Contribuição para o FINSOCIAL, instituído pelo Decreto-lei 1.940, de 1982; b) a Contribuição para o FINSOCIAL instituída pelo artigo 28, da Lei 7.738, de 1989. Uma terceira espécie de Contribuição para o FINSOCIAL foi declarada inconstitucional, aquela criada pelo artigo 9º da Lei 7.689, de 1988 (RE 159.764-1), os valores recolhidos a esse título são, depois de corrigidos monetariamente desde a data do pagamento, compensáveis com aqueles devidos à conta da Contribuição para Financiamento da Seguridade Social - COFINS. Recurso especial conhecido, e provido em parte.

Observada esta orientação da Corte Superior, tem-se como certo, como anotado, que quaisquer pagamentos efetuados, nos moldes acima referidos, são indevidos, e, portanto, compensáveis.

Quanto aos pedidos envolvendo os consectários legais, a atualização monetária, observará o § 4º, do artigo 89, da Lei 8.212/91, sendo devida da data de cada pagamento indevido, utilizando-se os índices apontados, nesta fundamentação, conforme orientação do Tribunal Regional Federal da 4ª Região; e, os juros compensatórios e moratórios são indevidos, por ausência de previsão legal, que deveria constar de lei autorizadora de compensação, na forma do artigo 170, do CTN, que sendo, *in casu*, norma específica não atrai a incidência do artigo 161, deste diploma legislativo.

Ante o exposto, **JULGO procedente, em parte, o pedido**, para declarar o direito da parte autora promover a compensação dos valores recolhidos a título de contribuição social previdenciária referentes aos avulsos, administradores, empresários e autônomos, determinada pelas Leis 7.787/89, e 8.212/91, do período de 19 de dezembro de 1990 em diante, sendo estes valores atualizados monetariamente no período pretérito a janeiro/92, de acordo com a variação do BTNFB até a data de sua extinção, e pelo INPC de fevereiro a dezembro/91, e após pela UFIR, com a contribuição social previdenciária patronal incidente sobre a folha de salários, mediante requerimento administrativo à autoridade administrativa competente, que aferirá os valores, e o período a ser compensado, observando-se o limite fixado no § 3º, do artigo 89, da Lei 8.212/91, com a redação da Lei 9.129/95, e o § 1º, do mesmo dispositivo legal.

A ré deverá fiscalizar a regularidade da compensação efetuada, na forma autorizada por este Juízo.

Custas pro rata, com honorários compensados.

P.R.I.

Rio de Janeiro, 06 de fevereiro de 1997.

POUL ERIK DYRLUND
JUIZ FEDERAL TITULAR DA 23ª VARA

DR^a. FERNANDA DUARTE LOPES LUCAS DA SILVA
JUÍZA FEDERAL TITULAR
24^a VARA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA-RJ
PROCESSO N. 95.0012246-4

SENTENÇA

I-

CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF, qualificada na exordial, vem propor Execução por Título Judicial em face de **PAULO ROBERTO DE JESUS ALVES** objetivando "a citação do devedor para pagar, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, a quantia que, em 30/04/95 alcançava o valor de R\$ 5.314,00 (cinco mil e trezentos e quatorze reais), acrescida de todas as cominações legais e contratuais, inclusive custas, multa, despesas judiciais extrajudiciais".

A inicial vem instruída com procurações e documentos (fls. 05/30), com comprovante de custas às fls. 31.

Citado, o Réu requereu às fls. 36/37 fosse declarado a nulidade da presente execução de acordo com os preceitos elencados no art. 618, inciso I do CPC.

Mandado de citação, penhora e avaliação às fls. 41, sendo certificado pela Oficiala de Justiça às fls. 41, v. que citou o executado, tendo o mesmo recebido a contra-fé e dado o ciente. Certificado também que deixou de proceder à penhora dos bens do executado por desconhecer se o mesmo os possui, não logrando localizá-los.

Conforme despacho de fls. 42 foi dado à CEF, que às fls. 44 pediu suspensão da execução por 30 dias dentro dos quais diligenciaria na localização de bens penhoráveis do devedor, abstendo-se manifestar-se a respeito das alegações contidas na contestação do réu às fls. 36/37, classificando as mesmas como absurdas e inoportunas.

Despacho do MM. Juiz Dr. Lafredo Lisboa Lopes suspendendo a execução por 30 dias (fls. 46).

Às fls. 47 requereu a CEF o prosseguimento da execução requisitando fosse expedido o ofício ao Detran /RJ, Telerj, e Secretaria da Receita Federal/RJ, solicitando aos referidos Órgãos as competentes certidões comprobatórias de propriedade de veículos e telefones, bem como da última declaração de renda do devedor. Requereu também fosse anexado aos autos extratos da conta do devedor (fls. 47/238).

É o relatório.

II -

O manejo da via de execução, por razão da exclusão de cognição (a não ser em sede de embargos, mas que procede em outros autos, em uma nova ação), manifesta-se bastante contundente - tanto que o devedor é citado "para, no prazo de 24 horas, pagar a importância devida, ou nomear bens à penhora" (art. 652, CPC).

Inclusive, o "Estado para pôr sua força de coação a serviço do credor precisa certificar-se da existência, pelo menos aparente, do direito do Exeqüente. O título justifica, assim a utilização dos meios de realização da vontade sancionatória, porque dá aos órgãos de jurisdição a certeza de que o Exeqüente tem razão. (**"Humberto Theodoro Júnior, in Processo de Execução, Edição Universitária de Direito, 1993, p.19**)

Desta forma, o título executivo acaba por desempenhar um tríplice papel:

É o título que franquia ao credor a utilização da via executória.

É o título que define o fim da execução.

E é exatamente sobre este terceiro aspecto as reflexões de HUMBERTO THEODORO JÚNIOR:

"É o título que fixa os limites da execução, estipulando com precisão o conteúdo, da obrigação do devedor, tal como um montante que se deve pagar, a coisa que se deve entregar, a natureza e as características do fato que o devedor está obrigado a prestar. Estes limites da obrigação, comprovados pelo título, são justamente os limites da execução". (ob. Cit. P. 20)

Entretanto, seguindo esta esteira, não é qualquer documento - onde se encontra uma obrigação a ser cumprida - que se reveste com características de título executivo, sendo que nos artigos, 584 e 585 do CPC se encontram elencados os títulos judiciais e extrajudiciais, respectivamente.

Mais : É ESSENCIAL - para que seja facultada a via de execução, para a cobrança de crédito - que o título seja LÍQUIDO, CERTO e EXIGÍVEL, sem o que perde sua força executória (art. 586, CPC).

E, portanto, *nulla executio sine título*.

Passando-se ao caso em tela, verifico que a execução se baseia em contrato de abertura de crédito rotativo, acompanhando de demonstrativo de débito.

Em que pesem as orientações jurisprudenciais na vertente de considerar tal instrumento como hábil para fundamental uma execução, é necessário que algumas observações sejam tomadas em conta.

De fato, entendo que tal documento não preenche os requisitos exigidos pelo art. 586, II do CPC.

Especialmente por não possibilitar a determinação da quantia devida, mediante a emissão unilateral do demonstrativo, como se tal gozasse de presunção de veracidade, como os atos do Poder Público.

A propósito, o próprio STJ decidiu que:

"CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO. Limitando-se a ensejar a utilização de determinada quantia, não consubstancia obrigação de pagar quantia determinada, inexistindo correspondência com o modelo previsto no art. 586,II, do CPC.

Impossibilidade de o título completar-se com extratos fornecidos pelo próprio credor que são documentos unilaterais.

Não é dado à instituição de crédito criar seus próprios títulos executivos, prerrogativa própria da Fazenda Pública." (STJ - REsp 0029597 - T3 - Rel. Min. Eduardo Ribeiro - DJ 13.03.93)

"EXECUÇÃO. TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO EM CONTA CORRENTE.

O contrato de abertura de crédito em conta corrente não constitui título executivo extrajudicial, segundo o previsto no art. 586, II do CPC, por não consubstanciar obrigação de pagar quantia determinada. Precedentes. Recurso conhecido e provido." (STJ REsp 00363491 - Rel. Min. Costa Leite - DJ 23.05.94)

"PROCESSUAL CIVIL - EMBARGOS À EXECUÇÃO - TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL - ART. 745, DO CPC.

I - A teor da norma insculpida na art. 745, da Lei Processual Civil,

na execução, sendo o título originário de contrato de abertura de crédito (cheque especial), tem o embargante o direito de questionar a origem do valor em dinheiro nele expresso, sobretudo, quando se vislumbra, de imediato, a possibilidade de erro, ou até mesmo dolo, na apuração do montante do crédito.

II - Inexistindo certeza quanto ao valor expresso na cambial, consequentemente, não será o título líquido, nem exigível (art. 586, do CPC).

III - Recurso não conhecido." (STJ - REsp 0030445 - ReL. Min. Waldemar Zveiter - DJ 04.05.93 - p. 05837)

Ademais, veja-se a lição de CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO:

"No dispositivo agora vigente falta explicitude de requisito de liquidez, que há de estar presente nas obrigações de dar coisa fungível sob pena de inviabilizar-se a execução. Mas o legislador deu demonstração clara de estar atento a essa exigência, que é inerente ao sistema e vem exigido em outros pontos do Código (arts. 586 e 618, inc. I) e jamais poderia ser dispensada em relação às quatro figuras de títulos algum . Disse a justificativa do projeto que se converteu na lei n. 8.953:

"assim, os documentos alusivos a dar coisa certa, ou de fazer ou não fazer, também são conceituados como título executivo extrajudicial, sempre no pressuposto da liquidez, certeza e exigibilidade da prestação de pagar, dar ou fazer".

.....omissis.....
O requisito da liquidez não foi dispensado, nem poderia (art. 586, art. 618, inc. I): ele deve estar presente em todas as obrigações a serem satisfeitas em via executiva, e **mais do que isso, a declaração feita e assinada pelo obrigado deve desde logo explicitar o valor da obrigação assumida. Em outras palavras, a liquidez deve estar presente quando da celebração do negócio e constituição do documento que o instrumentalizará.**

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça nega executoriedade aos contratos de abertura de crédito em conta-corrente (cheque especial), porque ao momento da celebração inexistente qualquer débito. Débitos poderão vir no futuro, mas *no título* eles não estarão." (A reforma do Código de Processo Civil, Malheiros, 2ª ed., ps. 228-9 - o negrito não está no original, apenas o itálico).

Essa questão para terminar, deve ser apreciada *ex officio* pelo juiz, sendo:

"preciso debelar o mito dos embargos, que leva os juizes a uma atitude de espera, postergando o conhecimento de questões que poderiam e deveriam ter sido levantadas e conhecidas liminarmente, ou talvez condicionado o seu conhecimento à oposição destes. Dos fundamentos dos embargos (CPC, art. 741), muito poucos são os que o juiz não pode conhecer de ofício, na própria execução".

(CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *Execução Cível*, 3ª ed., Malheiros, p. 448).

"O que diz propriamente com o processo de execução, seus pressupostos e condições, existência, validade e eficácia dos atos que integram o seu procedimento, tudo isso, embora argüível em embargos, representa objeções que comportam argüição no próprio processo de execução, porque matéria posta no dever do magistrado de prover sobre a validade do processo..." (J.J. CALMON DE PASSOS, *Inovações no Código de Processo Civil*, Forense, 1995, p. 47).

Assim, considerando que *nullus titulus sine lege* e que *nulla executio sine titulo*, no cumprimento do dever de prover sobre a validade deste processo, impende indeferir a petição inicial.

III -

Isto posto, **INDEFIRO A PETIÇÃO INICIAL E DECLARO EXTINTO O PROCESSO, SEM JULGAMENTO DO MÉRITO**, nos termos do art. 618, I, c.c art. 267, VI, ambos do CPC.

Custas pelo Exeqüente.

Sem honorários de advogado.

P.R.I.

Rio de Janeiro, 14 de fevereiro de 1997.

FERNANDA DUARTE LOPES LUCAS DA SILVA
JUIZA FEDERAL EM EXERCÍCIO NA 24ª VARA

DR. ROGÉRIO VIEIRA DE CARVALHO
JUIZ FEDERAL TITULAR
24ª VARA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA-RJ
PROC. Nº 91.0136356-5:

Aos seis dias do mês de dezembro de mil novecentos e noventa e seis, nesta Cidade do Rio de Janeiro, na Sala de Audiências da Vigésima Quarta Vara Federal, da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro, presente o MM. Juiz DR. ROGÉRIO VIEIRA DE CARVALHO, comigo o Diretor de Secretaria, adiante declarado, foi aberta a audiência e apregoadas as partes nos autos em epígrafe, tudo de acordo com formalidades de praxe, tendo respondido ao pregão as partes abaixo-assinadas. Pelo MM. Juiz foi proferida a seguinte **SENTENÇA**: "Vistos, etc... **CREMILDO JOSÉ WEBER E MARIA AUXILIADORA MENDES WEBER**, qualificados às fls. 2, com a assistência judiciária da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, ajuízam ação ordinária, em face do DEPARTAMENTO NACIONAL DE ESTRADAS DE RODAGEM, às fls. 8, a indenização da Ré no pagamento das seguintes parcelas: "3.1 Indenização pelo falecimento de Orlando Weber, no estado civil de solteiro e sem filhos, aos 60 (sessenta) anos de idade, levando-se em consideração a repercussão de sua morte causada ao primeiro requerente; 3.2- Indenização pela perda da casa dos requerentes, no valor atual CR\$ 7.657.275,30 (sete milhões, seiscentos e cinquenta e sete mil cruzeiros e trinta centavos), aqui incluída a mão de obra; 3.3 - Despesas efetuadas com a segunda requerente, relativas a remédios e injeções (miacalcic injetável - 50 - 100, Céfamox 500, Keflex, Calcium, Sandoz, Refaril, Bactrium, Parenzime analgésico, Novalgina, mercúrio cromo, trofodermim, iruxol, éter sulfúrico, nitrato, gaze, algodão, ataduras, e esparadrapo), no valor de CR\$150.000,00 (cento e cinquenta mil cruzeiros); 3.4 - Despesas efetuadas com a segunda requerente, no mês de julho de 1991, relativas às botas ortopédicas, no valor de CR\$ 120.000,00 (cento e vinte mil cruzeiros); 3.5 - Verba correspondente a três salários mensais a ser paga aos requerentes, enquanto vivos, retroativo à data da ocorrência, e, após a sua morte, se e enquanto frequentar curso superior; 3.6 - Indenização pelo dano estético e moral, em seu limite máximo, duas vezes (200 salários mínimos), tendo em vista não só as perdas materiais, lesões graves sofridas, inclusive estéticas,

mas o descaso com que se houve o requerido, expondo a perigo grave a vida dos requerentes (cf. Antonio W. Montenegro, *in* Ressarcimento de danos, 3ª edição, pág.134, e José Carlos B. Moreira, *in* Direito Aplicado, ed. 1987); 3.7 Juros e correção monetária de todas as verbas fixas, na forma da Lei, incidente sobre a totalidade dos valores fixos acima pleitados. 3.8 - Honorários do advogado, na base de 20% sobre o total da condenação (§ 5º do art. 20, do CPC), a serem recolhidos, em guia própria, em favor do Centro da Defensoria Pública, na forma da Lei Estadual nº 1.1467/87". O pedido, assim posto, quer ser deduzido das fáticas alegações, em resumo, de que "1.1 Os requerentes são senhores e possuidores, há mais de 25 anos, do imóvel situado à Rua João Xavier, nº1.025, Bingen, nesta Cidade, composto de terreno e casa, esta com 6 quartos, 2 banheiros, 1 sala, 2 cozinhas, 1 copa, e 1 garagem; 1.2 - Referido imóvel fica localizado a poucos metros da Estrada BR-040, sentido Rio-Juiz de Fora, com quem confronta aos fundos, em declive muito acentuado; 1.3 - Anteriormente à referida estrada, existia no lugar e direção de referido imóvel e proximidades uma imensa pedreira. Em 1966, para a construção da Estrada BR-040, sentido Rio - Juiz de Fora, foi efetuado o primeiro corte em referida pedreira, em nada afetando a estrutura das moradias, face à distância destas. Contudo, para a duplicação da mencionada Estrada, sentido Rio - Juiz de Fora, referida pedreira sofreu um segundo corte próximo ao imóvel dos requerentes, efetuado, inclusive, com explosões de dinamite. Após as explosões, as pedras imensas eram recolhidas por caminhões e as menores, embora de porte razoável, detritos e muita terra, eram jogados à margem da estrada BR-040 e terreno dos requerentes, caindo, em consequência, muito entulho em cima de sua casa. Os requerentes, por vezes, foram ao escritório do requerido reclamar com o engenheiro responsável, o acúmulo de detritos em cima de sua casa provenientes do 2º corte da pedreira. Inclusive, o engenheiro chegou a comparecer ao local, constatando a existência do perigo, chegando a mandar fazer um muro de contenção. Entretanto, o muro de contenção foi construído muito baixo; 1.4 - Em decorrência de tais fatos, com as chuvas que caíram sobre a cidade, no dia 05.02.88, referido entulho (pedras de porte razoável, detritos e muita terra) desceu da margem da Estrada Br-040 e terreno dos requerentes, derrubando árvores, inclusive eucaliptos, atingindo e destruindo totalmente a casa de Orlando Weber, irmão do primeiro requerente, e praticamente a dos requerentes, atravessando o Rio Piabanha, interditando a rua João Xavier, tamanho a acúmulo de entulho; 1. 5 - E mais, da ação (primeira) e ação por omissão (segunda), por parte do requerido, com as chuvas de 05.02.88, Orlando Weber, irmão do primeiro requerente, foi soterrado juntamente com sua modesta casa, tendo morte imediata, enquanto os

requerentes tiveram soterrados três quartos, um banheiro, a copa e a sala de sua casa, restando, apenas, um banheiro, a cozinha e dois quartos deteriorados, sem condições de habitabilidade. Com o soterramento da casa dos requerentes, estes e seus filhos que nela se encontravam foram lesionados. Ana Taise Weber e Leandra Maria Weber, filhas dos requerentes, sofreram leves escoriações. O primeiro requerente teve fratura exposta da perna esquerda. A segunda requerente, que se encontrava no momento da tragédia, no banho, teve fratura exposta da perna direita e esmagamento da perna esquerda, sofrendo 8 (oito) cirurgias, tendo encurtamento da referida perna e amputação de um dedo, ficando, em consequência, utilizando cadeira de rodas até maio de 1990 (emprestada por um padre), encontrando-se, até a presente data, deficiente física, com o corpo esteticamente deformado, locomovendo-se com muita dificuldade com auxílio de muletas, tendo que usar botas ortopédicas, a partir de julho de 1991, no valor de CR\$ 120.000,00, além de encontrar-se incapacitada para qualquer atividade laborativa; 1.6 - A ocorrência de referidos soterramentos, notadamente com a morte de Orlando Weber, irmão do primeiro requerente, deixaram este profundamente traumatizado, com descontrole nervoso, chegando ao ponto de tentar suicídio, em 28.10.88, com um tiro no ouvido direito, não podendo o projétil ser retirado, eis que localizando-se próximo ao cérebro, este poderia deslocar-se em operação e acarretar-lhe a morte, encontrando-se, por tais razões, em tratamento psiquiátrico, sem condições de prover as suas mínimas necessidades e de sua família, eis que sua única fonte de renda mensal provém do INSS, no valor de CR\$ 20.301,78, quando auferia remuneração equivalente a 3 (três) salários mínimos na firma em que trabalhava a 12 anos, sendo afastado em razão dos fatos supracitados. "Inicial instruída com procurações e documentos (fls. 13/81). Redistribuído o feito, mercê de incompetência declarada pelo MM. Juiz de Direito da 4ª Vara Cível da Comarca de Petrópolis, a quem o feito foi originalmente distribuído (fls. 03), deferida JG aos AA. (fls 83), a Autarquia Ré, em sua contestação (fls. 87/96), afirmando que o dano, alegado na exordial, resultou de "tragédia" que se abateu sobre Petrópolis, como de resto nos demais municípios do Estado, (...), de proporções inimagináveis"; que "não só os Autores, mais muitos milhões de fluminenses, e, em particular, de petropolitanos, foram ou viram sacrificados seus familiares e seus bens por ocasião da força das trombas d'água, maiores do que qualquer outra no passado"; que "difícil, muito difícil, apontar nos últimos cinqüenta anos, no Estado, fato típico de força maior - excludente total da responsabilidade genérica - igual ao do que se ocupa e serve de suporte a este processo (art. 1058, parágrafo único, do CCB)"; que "como confessadamente consta da inicial (item 1.3, in fine), a Autarquia Ré até que fez erigir no local, quando da construção da rodovia,

um muro de contenção da encosta, a fim de impedir que, em situações normais, e portanto, previsíveis, fossem os Autores vitimados por eventuais deslizamento de terra", pleiteia a improcedência do pedido. Em atenção ao princípio da concentração da defesa, aduz que a "indenização pelo falecimento do irmão do primeiro Autor não tem cabimento"; que a "indenização pela casa danificada também não procede o valor exigido. Com efeito, foram os próprios Autores que afirmaram que os danos foram parciais;; que "sobre as despesas no item 3.4 da inicial nada foi comprovado, pelo que indevida a indenização. Ademais, sendo o primeiro Autor segurado da Previdência Social (vd. fls. 52 e 65) presume-se que sua mulher, a segunda Autora, é sua dependente, e como tal fez jus aos serviços gratuitos prestados pelo sistema previdenciário"; que "no que se refere ao ressarcimento pela aquisição das botas ortopédicas também a prova feita às fls. 81 é deficiente"; que "se devidos fossem os alimentos, restringir-se-iam ao valor do que era percebido pelo primeiro Autor antes do acidente, devidamente compensado com a verba previdenciária, bem como limitado seu pagamento à filha ANA TAIXE até que completasse a maioridade"; que quanto à indenização por dano estético, "a matéria está regulada pelo § 1º do art. 1538 do CCB, considerando-se inaplicável o art. 1539, do mesmo Código, porque não se fez a prova de que a vítima exercia algum tipo de ofício ou profissão". Manifestou-se a defesa dos AA. sobre a contestação, às fls. 126. Saneador, irrecorrido, às fls. 132, deferindo provas pericial, testemunhal, e depoimento pessoal dos Autores. Laudo do Perito Engenheiro, às fls. 170/212, a cujo respeito disseram as partes, às fls. 216/217 e 221/224. Laudo do Perito Médico Ortopedista, às fls. 230/232 e do Perito Médico Psiquiatra, às fls. 234/249, a cujo respeito disseram os AA., silenciando a Autarquia Ré. Documentos juntados pelos AA., às fls. 273/281. Audiência de instrução e julgamento, conforme assentada de fls. 282/283, em que foram dadas vistas de fls. 273/281, à Ré, sem impugnação; foram colhidos depoimentos de uma testemunha e dois informantes e, sem mais provas, as partes, em alegações finais, aduziram os argumentos que lhes pareceram hábeis, tendo sido marcada data para a leitura e publicação de sentença, que veio a ser adiada (fls.287). **RELATEI. DECIDIDO:** Reconhece, expressamente, a construção da pedreira, para fins de duplicação da Estrada BR-040, sentido Rio - Juiz de Fora, com a colocação de entulho, acima da casa dos AA., configurou situação de perigo. Vale produzir os dizeres, contestantes da Autarquia-Ré, às fls. 90/91: "como confessadamente consta da inicial, a Autarquia-Ré até que fez erigir no local, quando da construção da rodovia, um muro de contenção de encosta, a fim de impedir que, em situações normais, e , portanto, previsíveis, fossem os Autores vitimados por eventual deslizamento de terra". Os dizeres de

contestação revelam reconhecimento de que o eventual deslizamento de terra - a vitimar os AA. era perigo, era conseqüência previsível, resultante da construção da rodovia. Se se afasta a força maior, inexistente dúvida quanto ao nexo de causalidade entre a lesão, a que se refere a exordial, e o serviço do DNER. Além do mais, a prova oral espancou qualquer dúvida que pudesse existir quanto à circunstância de que a causa eficiente da destruição, mencionada na exordial, da casa dos AA., foram pedras, deixadas, acima da casa dos AA., quando da construção da rodovia BR-040, que se abateram sobre a casa, destruindo-a e lesando seus ocupantes, com a força das chuvas, que, em 1988, caíram em Petrópolis, motivando a decretação do estado de calamidade pública. Registra JOSÉ DE AGUIAR DIAS, à pág. 308 do vol. II, de "Da Responsabilidade Civil", 5ª edição, edit. Forense: "Na minuciosa investigação a que procedeu, ARNOLDO MEDEIROS dá testemunho de que a jurisprudência se manteve sempre fiel ao conceito clássico do caso fortuito, procurando caracterizá-lo pela imprevisibilidade ou inevitabilidade. Segundo a autorizada lição de ARNOLDO MEDEIROS, a noção de caso fortuito ou de força maior decorre de dois elementos: um interno, de caráter onjetivo, ou seja, a inevitabilidade do evento; outro, externo, ou subjetivo, a ausência de culpa. Adota, pois, um conceito misto e não há senão aceitar-lhe a lição, no sentido de que: "... não há acontecimentos que possam, a priori, ser sempre considerados casos fortuitos; tudo depende das condições de fato em que se verifique o evento. O que é hoje caso fortuito, amanhã deixará de sê-lo, em virtude do progresso da ciência ou da maior previdência humana". (...) De tudo quanto ficou dito, podemos, em fórmula prática, dizer que um fato poderá, ou não, ser classificado como de força maior, e isentará de responsabilidade, conforme se possa caracterizar, ou não, em face do critério misto de ARNOLDO MEDEIROS, pelo pressuposto da inevitabilidade da ausência de culpa do agente (...) Para completar as noções que aí esboçamos, em apertada síntese, julgamos conveniente recordar as mais interessantes soluções jurisprudenciais a respeito do caso fortuito ou de força maior: (...) d) a produção de um fenômeno da natureza, a que se não pode obstar, mas que se pode prevenir, nos seus efeitos possíveis, *mormente em cidade sujeita a periódicas inundações em conseqüências de chuvas torrenciais*". O laudo do Perito Engenheiro, às fls. 174/175, desabona a assertiva da Autarquia-Ré de que o dano, experimentado pelos AA., se deveu a força maior. O dado subjetivo, a afastar a força maior. - presença da culpa do agente - está perfeitamente configurada na descrição da não adoção da prevenção necessária: "No tocante à calha existente, deve ela ser reformada e é necessária continuação da mesma até o local onde desague não provoque erosão ou infiltração. A parte restante da talude deve sofrer tratamento de banquetas com captação da água pluvial.

Deverá ser plantado capim ou grama nos taludes resultantes. Todas as pedras (fotos 12 e 14) deverão ser enterradas / colocadas em local seguro, afastada a possibilidade de rolarem do morro abaixo, situação que hoje é iminente". Respondendo ao quesito de nº 4 dos AA., diz o *expert*, às fls. 175, que "a má drenagem foi a principal causa do acidente, e, em especial a calha (fotos) existentes, ou uma possível falta de manutenção e observação de situações que agravam-se com o tempo". E, ao quesito nº 8, dos AA., afirma o laudo do Perito Engenheiro, às fls. 176: "Omissão na construção provavelmente não, porém na manutenção da drenagem, entendo que sim, principalmente no tocante à calha, já enfocada no corpo do laudo, pois o local era abaixo". A circunstância de haver sido decretado o estado de calamidade pública, de eventos da espécie descrita na exordial haver atingido outros bairros do Município de Petrópolis, bem assim outros Municípios do Estado do Rio de Janeiro (fls.177), não é fato que, por si só, configure a concorrência dos dois pressupostos, referidos por JOSÉ DE AGUIAR DIAS: a inevitabilidade do evento e ausência de culpa do agente. Não há notícia, nos autos - nem, muito menos, prova, de que, por exemplo, todas as residências, situadas em encostas, como a dos AA., foram destruídas com o advento das chuvas, em Petrópolis, em 1988, que ensejaram a declaração do estado de calamidade pública, pelo que não há, nos autos, base para se inferir inevitável o dano dos AA., narrado na exordial, e que serve de fundamento ao pedido de reparação, E, de outro lado, descreve o laudo pericial do Engenheiro, incúria do DNER, na adoção de providências, hábeis a prevenir o acidente, experimentado pelos AA., assim como outros iminentes. Afastando-se, por tais motivos, a alegação de força maior, entendendo presentes os pressupostos da responsabilidade civil objetiva da Autarquia-Ré. A destruição da casa, embora parcial, tornou-a totalmente imprestável para o uso a que se destinava, como se depreende da prova dos autos. Procedo, da conseguinte, o pedido do item 3.2 de fls. 8, com a restrição de que o quantitativo correspondente deverá ser apurado em liquidação, respeitando, como limite máximo, o valor, indicado, para não incidir em julgamento *ultra petita*. É que a avaliação do Perito Engenheiro, às fls. 172/174, não revela se o valor apurado corresponde, ou se é maior ou menor, que o valor indicado às fls. 8, no item 3.2. Procedem os pedidos dos itens 3.3 e 3.4, como se apurar em liquidação de sentença. Medicamentos não eram e não são fornecidos, de ordinário, pela Previdência Social, nem tampouco botas ortopédicas. Quanto ao pedido de indenização pelo dano estético e moral, reproduzo o que registrei na motivação da sentença, proferida na ação rodinária nº00.0734379-5:"(...) Tendo sido causado ao A. lesão no olho direito, suprimindo sua função, cumpre dizer que no ato cirúrgico resultou DEFORMIDADE ao A. Faz jus,

sim, à indenização por dano estético. A pág. 205 da 1ª edição de "Perdas e Danos", de ARNALDO MARMITT, edit. Aide, se lê: "O artigo 1.538, parágrafo primeiro, do Código Civil, consagra a reparação do dano estético (...) Basta que a vítima tenha alterado suas funções originais, para merecer a indenização (...)". (...) Quanto ao dano moral pretendido, reproduzo os dizeres de JOSÉ DE AGUIAR DIAS, a pág. 374/375 do vol. II de "Da responsabilidade Civil", 5ª edição, edit. Forense: "A alteração do aspecto estético, se acarreta maior dificuldade no granjeio da subsistência, se torna mais difíceis para a vítima as condições de trabalho, se diminui as suas probabilidades de colocação ou exercício da atividade a que se dedica, constitui, sem nenhuma dúvida, um dano patrimonial. Não se pode objetar contra a sua reparação, nem quando, erradamente, se considere dano moral, porque nem apresenta dificuldade para avaliação. Deve ser indenizado, pois, como dano patrimonial, o resultado prejudicial da ofensa ao aspecto estético, sempre que se traduza em repercussão de ordem material, porque a lesão a sentimento ou a dor psíquica, com repercussões patrimoniais, traduzem dano patrimonial. É dessa natureza o dano estético que deforme desagradavelmente as feições, de modo que cause repugnância ou ridículo e, portanto, dificuldade à atividade da vítima. Ao lado desse há, porém, o dano moral este consiste na penosa sensação da ofensa, na humilhação perante terceiros, na dor sofrida, enfim, nos efeitos puramente psíquicos e sensoriais experimentadas pela vítima do dano, em consequência deste, seja provocada pela recordação do efeito ou da lesão, quando não tenha deixado resíduo mais concreto, seja pela atitude de repugnância ou de reação a ridículo tomada pelas pessoas que o defrontam". Ressaltando assentado na jurisprudência uniforme, sumulada, do Colenda Superior Tribunal de Justiça, a cumulabilidade da indenização por dano patrimonial com o dano moral, entendo caber, neste caso, a cumulação, objeto do pedido, tendo em vista a dor psíquica advinda da deformidade, resultante do dano - lesão ao olho direito, retirando-lhe a função. Recente julgado da Colenda Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, de 03 de setembro de 1996, no Agravo Regimental nº 100.877 (96.00009757-7) - RJ, de que foi Relator o Eminentíssimo Ministro BARROS MONTEIRO, afirmou a cumubilidade do dano estético com o dano moral, consoante se depreende dos dizeres da ementa, publicada à pág. 41663 da Seção I do Diário da Justiça de 29 de outubro de 1996: **RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO ESTÉTICO. PERDA DE UM DOS MEMBROS INFERIORES. ACUMULAÇÃO COM O DANO MORAL. Devido a título diverso de que justificou a concessão do dano moral, é o dano estético acumulável com aquele, ainda que oriundos do mesmo fato. precedentes. Agravo improvido. O valor da indenização, reconhecida como devida ao A., deverá ser acrescida de correção**

monetária, desde a data do evento, pelos indexadores oficiais, sendo que, com a extinção do BTN, pelo INPC, divulgado pelo IBGE, consoante remansosa jurisprudência dos Tribunais, devendo resultar alcançado, pela indenização, o 13º salário. Cuidando a hipótese de responsabilidade extracontratual, os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, consoante Súmula nº 54, do Colendo Superior Tribunal de Justiça. Os honorários, na hipótese de reparação do ato ilícito, deve incidir sobre o valor da condenação, incluindo doze prestações vincendas, no percentual de 10%. "Do acidente, a que se refere a exordial, resultou DEFORMIDADE à 2ª Autora, retirando a função normal dos membros inferiores. Procede o pedido 3.6 de fls. 8, como se apurar em liquidação de sentença. A indenização, pretendida no item 3.5, deve corresponder ao que percebido pelos AA., antes do benefício previdenciário, e até que a filha do casal A., ANA TAIXE complete a maioridade. Sem que os AA., dependessem de ORLANDO WEBER, não fazem jus ao que pretendido no item 3.1 de fls. 8. **ISTO POSTO: JULGO PROCEDENTE EM PARTE A PRETENSÃO AUTURAL, CONDENANDO A RÉ NO PAGAMENTO AOS AA., COMO SE APURAR EM LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA, E, NELA, RESPEITANDO, COMO LIMITE MÁXIMO, OS VALORES CORRESPONDENTES AOS INDICADOS NOS ITENS 3.2 A 3.6 DE FLS. 8/9, DE INDENIZAÇÃO PELA PERDA DA CASA DOS AA. ; DESPESAS COM MEDICAMENTOS DOS AA. E BOTAS ORTOPÉDICAS DA SEGUNDA AUTORA; PENSÃO VITALÍCIA, EM QUANTITATIVO CORRESPONDENTE AO QUE PERCEBIDO PELOS AA., ANTES DO ACIDENTE, E ATÉ A MAIORIDADE DA FILHA ANA TAIXE, DEDUZIDOS OS VALORES, PERCEBIDOS, A TÍTULO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO; INDENIZAÇÃO PELO DANO ESTÉTICO E MORAL, ACRESCIDOS DE CORREÇÃO MONETÁRIA, DESDE QUANDO DEVIDAS AS PRESTAÇÕES, PELOS INDEXADORES OFICIAIS, SENDO QUE, COM A EXTINÇÃO DO BTN, PELO IPC/INPC, DIVULGADO PELO IBGE, E JUROS DE MORA, IGUALMENTE A PARTIR DE EVENTO DANOSO, SOBRE O PRINCIPAL CORRIGIDO. CONDENO A RÉ, AINDA, A PAGAR HONORÁRIOS ADVOCÁTICOS DE 15% DO VALOR DA CONDENÇÃO, INCLUINDO, INCLUSIVE, SOBRE DOZE PARCELAS VINCENDAS DAS PRESTAÇÕES, BEM COMO A PAGAR OS HONORÁRIOS PERICIAIS, ESTIMADOS ÀS FLS. 214,251 E 267. REGISTRE-SE. SENTENÇA PUBLICADA EM AUDIÊNCIA. RIO DE JANEIRO, 06 DE DEZEMBRO DE 1996 ROGÉRIO VIEIRA DE CARVALHO, JUIZ FEDERAL DA 24ª VARA". NADA MAIS havendo, mandou o MM. Juiz encerrar esta audiência, do que, para constar foi lavrado este termo, que lido e achado conforme, vai devidamente assinado. Eu, _____, Técnico Judiciário, datilografei. E eu _____, Diretor de Secretaria, subscrevo.**