

DR. ALCIDES MARTINS RIBEIRO FILHO
JUIZ FEDERAL TITULAR
25ª VARA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA-RJ
PROC. Nº. 95.0032804-6

SENTENÇA

Vistos, etc.

Christiaan Wynand Snyders, qualificados as fls. 05, dos inclusos autos de Inquérito Policial, foi denunciado pela suposta prática do crime descrito no artigo 12, circunstanciado pelo inciso, I, do artigo 18, ambos os dispositivos legais da Lei no. 6.368/76, porque em 17 de outubro de 1995 foi preso em flagrante delito no Aeroporto Internacional do Rio de Janeiro, quando tentava embarcar no voo nº D742, da TAAG, com destino a Luanda, na África do Sul, pois trazia consigo 4.450g (quatro mil e quatrocentos e cinquenta gramas) da substância entorpecente cloridrato de cocaína. Os agentes da Polícia Federal encontraram a substância na bagagem do denunciado, acondicionada no interior de 56 (cinquenta e seis) peças de ferro para automóveis, quando procediam à vistoria em todas as bagagens e passageiros do referido voo, eis que havia suspeita de que um indivíduo de nome Carlos Teixeira Júnior, mantido sob vigilância, iria embarcar para o exterior com cocaína.

Acompanham a denúncia, os autos do inquérito policial, do qual consta o auto de apresentação de fls. 08/10 e o laudo de constatação em substância em pó de fls. 12.

Recebida a denúncia, por decisão datada de 27/10/1995, foi o acusado citado e interrogado, conforme consta de fls. 58/62, tendo oferecido a defesa prévia às fls. 69.

Despacho Saneador às fls. 71, realizando-se o sumário da acusação, com a inquirição das testemunhas Eduardo, Delcir e Amynths (fls. 98/102). Realizou-se, ainda, o sumário da Defesa, com a inquirição das testemunhas Flávio e George (fls. 103/106), tendo a Defensora do acusado desistido da inquirição das demais testemunhas que, embora arroladas na defesa prévia, estavam ausentes, o que foi homologado. Os

debates foram convertidos em memoriais. Laudo Pericial, às fls. 111/112. Documentos de fls. 147/165, apresentados pelo Primeiro Secretário da Embaixada da República da África do Sul em Brasília - D.F.

O Ministério Público Federal apresentou memorial (fls. 174/182), no qual conclui que houve Erro de Proibição inevitável por parte do acusado, requerendo a absolvição.

A Defesa, também em memorial escrito (fls. 187/201), requereu a absolvição do acusado, reiterando os argumentos apresentados pelo M.P.F.

É o relatório.

Decidido.

Antes de examinar o *meritum causae*, permito-me tecer algumas breves considerações sobre a figura jurídico-penal do Erro de Proibição, assim vejamos:

Em primeiro lugar é preciso que se diga que a questão do Erro de Proibição, constitui matéria ainda bem controvertida, tanto a nível doutrinário quanto jurisprudencial, sendo certo que o chamado juízo de reprovabilidade (culpabilidade) recai sobre o agente, mesmo quando tenha atuado sem a real consciência da ilicitude, bastante para tanto a POTENCIAL consciência do injusto.

Aliás, é a própria doutrina pátria que seguindo a dogmática alemã, considera como elementos estruturais da culpabilidade a imputabilidade, a POTENCIAL CONSCIÊNCIA DA ILICITUDE e inexigibilidade de comportamento diverso.

O nosso atual CP, no parágrafo único, do artigo 21, estabelece o seguinte:

"Considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite SEM a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência." (grifo nosso)

Munhoz Conde, *in* "El Error en Derecho Penal", Ed. Tirant lo Blanch, Valência, 1989, pág. 45, assim doutrina:

"...el reproche que lo mismo puede formularse contra quien realiza el hecho consciente de su antijuridicidad, como contra quien lo realiza sin consciencia actual de la misma, pero teniendo la posibilidad de haberla adquirido, si se hubiera esforzado para ello. El conocimiento de la antijuridicidad basta, pues, que sea, según Welzel, potencial." (grifos nossos)

No tocante à evitabilidade do Erro de Proibição, Luiz Flávio Gomes,

em seu livro "Erro de Tipo e Erro de Proibição", Editora RT, 1993, pág. 95, uma das melhores e mais completas obras acerca de matéria no Brasil, manifesta-se no sentido de que:

"...Considera-se, assim, inescusável o erro de proibição: a) quando o agente podia conhecer a ilicitude de sua conduta, mediante o esforço de sua inteligência; b) quando propositadamente não quis se informar e, c) quando não se informou sobre sua atitude regulamentada. (grifos nossos)

Conforme transcrição de parte da famosa sentença, proferida pela Corte Suprema Alemã, datada de 18/03/52, BGHSt, 2, 194 e segs. - feita no livro "Tipo y Error", do Professor Enrique Bacigalupo, Eminent Magistrado do Supremo Tribunal da Espanha, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1988, pág. 176, o Erro de Proibição deve ser analisado à luz das seguintes considerações:

"El ser humano, precisamente por su disposición a al autodeterminación moral libre, está llamado en cada momento a la toma de decisiones responsables, comportándose de acuerdo a derecho como miembro de la comunidad jurídica y, portanto, a evitar la realización de ilícitos. Este deber nos es satisfecho cuando el hombre sólo deja de hacer aquello que ante sus ojos aparece como claramente ilícito. Por el contrario, tiene que tomar conciencia en todo lo que piensa hacer de la consonancia de ello con los principios del deber jurídico. Las dudas tienen que despejarse mediante reflexión o información".

Após tais reflexões, verifica-se no caso em julgamento, que o réu conta com bom nível intelectual posto que, conforme por ele mesmo declarado no interrogatório, cursou até o nível superior incompleto, tendo sido aproveitado pela Polícia de seu país para atuar como agente infiltrado porque "tinha tato para aquela atividade", sendo que as missões eram desenvolvidas também no âmbito internacional, motivos esses que devem ser considerados quando da formação do juízo de inevitabilidade do erro de proibição que incidiu o réu.

Nesse compasso, deve ser salientado que inexistem nos autos provas de que em algum momento dessa operação desastrada, fora autorizado expressamente ao réu - e nem poderia ser de outro modo - o transporte de considerável quantidade de substância entorpecente em território nacional, situação que se agrava ainda mais, quando se sabe que o narcotráfico é um crime submetida a chamada Justiça Penal Universal, pertencente ao denominado núcleo do Direito Penal, portanto, nem de longe se poderia aceitar o argumento de que não seria possível ao réu

saber ou vir a ter conhecimento de que sua conduta poderia ser condenável no Brasil, ainda mais se praticada às ocultas, clandestinamente, SEM AUTORIZAÇÃO EXPRESSA e, portanto, na dúvida deveria ter se informado melhor, não sendo admissível invocar qualquer sigilo de suas atividades em prejuízo da soberania nacional.

É de se notar que a Autoridade Policial da África do Sul que depôs em Juízo, como testemunha arrolada pela defesa, foi sintomaticamente evasiva ao afirmar:

"que o acusado iria ser utilizado pelo sindicato para vir ao Brasil para o serviço de controle de fornecimento de entorpecente".

"que a vinda do acusado para o Brasil teve por finalidade a obtenção de provas para prender os líderes da organização".

Ora, a missão de "controle de fornecimento" e de "obtenção de provas" não importa necessariamente na obrigatoriedade do transporte de substância entorpecente, mormente quando em um país estrangeiro, não restando outra conclusão de que, se o réu assim procedeu, o fez por sua conta e risco.

Sobre esse mesmo ponto, o Delegado de Polícia Federal, Dr. Flávio Assis Gomes Furtado, que foi a diligente Autoridade Policial que presidiu a lavratura do Auto de Prisão em Flagrante do réu, declarou em Juízo que:

"... no telefonema foi dito que a solicitação partiu do DEA do Cairo, mas em nenhum momento foi dito que a pessoa transportaria ou de alguma forma levaria droga;"

O Erro de Proibição inescusável, vencível e imperdoável, conforme Walter Marciligit Coelho:

"ocorre quando o agente do crime não tem consciência do ilícito, porque não procurou informar-se, convenientemente, para o exercício da profissão ou atividade, sendo o dever de conhecimento da norma jurídica plenamente exigível, e não vago, irreal e fictício. É o caso típico de *ignorantia vincibilis*, que já era novidade no Direito Eclesiástico."

Também sobre a evitabilidade do Erro de Proibição, vale a transcrição do seguinte precedente judicial:

"A reforma penal definiu a evitabilidade do erro em função da consciência potencial da ilicitude (Exposição de Motivos, parágrafo 17), não o reconhecendo quando o agente age sem consciência

profana do injusto, mas, nas circunstâncias, com o esforço de sua inteligência e vivências hauridas na comunidade, poderia atingir a real consciência da ilicitude do fato praticado ou, ainda, quando age na dúvida, deixando propositadamente de informar-se sobre a ilicitude de seu comportamento, para não ter de se abster da conduta proibida. (ignorantia affectata do Direito Canônico) - (TACRIM - SP - AC - Rel. Dante Busana - JUTACRIM 84/346)

Feitas essas considerações passo a examinar os demais elementos estruturais do *decisum*:

DA AUTORIA

A autoria do delito é certa e indubitosa, porquanto o réu em seu interrogatório em Juízo, às fls. 58/62, confessou a sua prática, sendo que suas afirmações encontram ressonância nos demais elementos de prova colhidos durante a instrução criminal.

Os testemunhos de fls. 98/106, São uníssonos em apontar o réu como a pessoa que estava transportando a substância entorpecente do Brasil para o exterior, sendo dispensável transcrever parcial ou totalmente tais declarações.

MATERIALIDADE

A materialidade do crime encontra-se comprovada através do Auto de Apresentação de fls. 08 e do Laudo Pericial de fls. 111/112, atestando que a substância transportada pelo réu, pesando 4.450 g (quatro mil, quatrocentos e cinquenta gramas) é cloridrato de cocaína.

ELEMENTO SUBJETIVO

O dolo com que se houve o réu restou plenamente configurado, tendo em vista que livre e conscientemente aceitou o encargo de transportar a substância entorpecente do Brasil para o estrangeiro.

CULPABILIDADE

O réu é pessoa imputável, sendo-lhe nas circunstâncias exigível um atuar conforme o direito e, embora não possuísse conhecimento do caráter ilícito de sua conduta no momento da realização, poderia ter alcançado tal entendimento através da reflexão e do exercício do dever de buscar informações com as autoridades responsáveis tanto do Brasil, quanto de seu país, principalmente quanto à autorização para transportar substância entorpecente em nosso território, daí estar caracterizado a figura doutrinária do ERRO DE PROIBIÇÃO INDIRETO evitável, por supor indevidamente o réu, a exemplo da legislação de sua pátria - diga-se de passagem, circunstância não comprovada nos autos - de que lhe seria legítimo o transporte do narcótico do Brasil para o exterior, como elemento infiltrado, sendo tal erro inescusável, vencível, imperdoável, não ficando excluída, por via de consequência, a culpabilidade.

Deve incidir a circunstância de aumento de pena contida no inciso I, do artigo 18, da Lei nº 6.368/76, eis que era a África do Sul o destino do réu.

No entanto, incide também, a causa geral de diminuição de pena contida na parte final do artigo 21, do CP, tendo em vista que deve ser minorada a reprovabilidade que recai sobre a conduta do réu, devido aos *motivos e circunstância anteriormente mencionadas na presente fundamentação.*

Isto posto.

JULGO PROCEDENTE, em parte, o pedido contido na denúncia para o fim de condenar o réu CHRISTIAAN WYNAND SNYDERS, qualificado nos autos, pelo cometimento do crime descrito no artigo 12, circunstanciado pelo inciso I, do artigo 18, ambos os dispositivos legais da Lei nº 6.368/76, incidindo a causa geral de diminuição de pena contida no artigo 21, do Código Penal.

Fixo a pena como se segue:

Em cumprimento às diretrizes estabelecidas no artigo 59, do Código Penal e, tendo em vista a primariedade do réu; sua culpabilidade diminuída; aos motivos que o levaram a prática da infração, pois segundo notícia os autos, estaria a serviço de seu país; às circunstâncias e consequências do crime; entendo seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime, fixar a pena base em 03 (três) anos de reclusão e ao pagamento de 50 (cinquenta) dias-multa.

Aumento a pena base em um terço, em razão da incidência da causa de aumento contida no inciso I, do artigo 18, da Lei 6.368/76, e com isso, fixo a pena intermédia em 04 (quarto) anos de reclusão e ao pagamento de 66 (sessenta e seis) dias-multa.

Por fim, reduzo de um terço, em razão da autorização contida no artigo 21, do Código Penal, pelos motivos já expostos na fundamentação da presente, fixando definitivamente a pena em 02 (dois) anos e 08 (oito) meses de reclusão e ao pagamento de 44 (quarenta e quatro) dias-multa.

Fixo o dia-multa no valor mínimo cominado ao tempo da prática do crime.

A pena restritiva de liberdade será cumprida em regime fechado, conforme estabelecido na Lei 8.072/90.

Dê-se ciência, mediante cópia da presente, ao ITAMARATI, inclusive para a adoção das medidas legais pertinentes em relação às autoridades responsáveis pela mal-sucedida operação em território brasileiro, bem como à Embaixada da República da África do Sul em Brasília, D.F., com as mesmas finalidades.

Lance-se o nome do réu no rol dos culpados e converta-se o valor da passagem em renda da União, após o transito em julgado desta.

Anote-se e comunique-se.

P.R.I.

Rio de Janeiro, 18 de dezembro de 1995.

ALCIDES MARTINS RIBEIRO FILHO
JUIZ FEDERAL - 25ª VARA FEDERAL

DR. GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA
JUIZ FEDERAL TITULAR
25ª VARA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA-RJ
PROC. Nº 91.0040922-7

SENTENÇA

I. VISTOS.

1. HAMILTON DE CAMPOS FILHO E FLÁVIO ASSIS DA GUIA, qualificados às fls. 159 e 158 do IP, respectivamente, foram denunciados como incurso nas sanções do artigo 168, *caput*, do Código Penal (primeiro acusado) e artigo 138 c.c. artigo 141, inciso II, ambos do Código Penal (segundo acusado), porque o primeiro acusado, na qualidade de advogado do segundo acusado na reclamatória trabalhista intentada por este (processo nº 1912/90, perante a 2ª Junta de Conciliação e Julgamento), apropriou-se indevidamente da parcela ponderável da quantia devida ao seu cliente, ou seja, Cr\$ 15.000,00 (quinze mil cruzeiros) do total de Cr\$ 50.000,00 (cinqüenta mil cruzeiros) nos meses de outubro e novembro de 1990. No dia 07 de dezembro de 1990, o segundo denunciado, na Secretaria da 2ª Junta de Conciliação e Julgamento, acusou falsamente, na presença de testemunhas, a magistrada de ter recebido a quantia referida pela feitura do acordo.

Acompanha a denúncia o competente inquérito policial, de que consta, de relevante, requisição do Procurador da República (fls. 07), representação da autoridade ofendida (fls. 09/15), cópias de documentos (fls. 158), interrogatório policial do acusado Hamilcar (fls. 159/160).

2. Recebida a denúncia por despacho datado de 19 de junho de 1992, foram os réus regularmente citados e interrogados (fls. 189/191 e 244/246). Ofereceram-se Defesas Prévias (fls. 194 e 247/248). O MPF requereu a juntada de cópias de documentos (fls. 197/241). Colheu-se a prova de acusação, com a oitiva da ofendida a Juíza Dra. Vera Lúcia, bem como das testemunhas Fábio, José Jadir, Maria Nícia e Antonio Braz (fls. 271/279).

3. O MPF ofereceu aditamento à denúncia (fls. 281), para incluir

outra imputação em relação ao primeiro acusado, mencionando que o mesmo também está incurso nas sanções do artigo 138 c.c. artigo 141, inciso II, ambos do Código Penal, pois, à guisa de justificar perante o segundo acusado a apropriação do numerário mencionado na denúncia, disse-lhe, falsamente, que a quantia histórica de Cr\$ 15.000,00 (quinze mil cruzeiros), correspondente a uma parcela do total pago pela reclamada no curso do feito trabalhista, seria repassado à Juíza da 2ª Junta de Conciliação e Julgamento.

Recebido o aditamento (fls. 292), tendo sido lavrado o competente termo (fls. 295).

4. Foi deferida a abertura de vista à Defesa do acusado Hamilcar (fls 299), tendo o mesmo interposto recurso de apelação, e posteriormente apresentado documentos (fls. 302/314). O recurso não foi recebido (fls. 315).

5. A ofendida apresentou cópia de várias peças dos autos extraviados (fls. 319), diante da informação do Diretor de Secretaria em exercício (fls.388). Foi juntado o termo do depoimento da testemunha Cristina (fls. 350).

6. Por decisão proferida as fls. 377/378, foi homologada a restauração dos autos, tendo sido interrogado o acusado Hamilcar (fls. 379/380). Colheu-se a prova de Defesa, com a oitiva das testemunhas Gilmar e Sérgio (fls. 384/385).

7. Em alegações finais, o Procurador da República requereu a condenação do acusado Hamilcar nos termos da denúncia e do aditamento oferecidos, requerendo a absolvição do acusado Flávio por atipicidade de sua conduta, já que faltou dolo (fls. 395/396).

O Defensor do acusado Flávio, em alegações finais (fls. 399), requereu a absolvição do acusado, ratificando as razões apresentadas pelo MPF diante da falta do elemento subjetivo do tipo.

Finalmente, em alegações finais (fls. 417/418), a Defesa do acusado Hamilcar requereu a absolvição do mesmo, porquanto a prova se baseia tão somente no depoimento do co-réu. Há prova de que houve o pagamento das verbas devidas ao reclamante. A precariedade da prova não pode ensejar uma condenação ao acusado. Assim, requer a absolvição do acusado.

É o relatório.

II. DECIDO:

8. Inicialmente, é imperioso salientar os percalços enfrentados

na condução do presente feito, inclusive com o extravio dos autos referentes à ação penal no mês de dezembro de 1995, conforme informação exarada pelo Diretor de Secretaria em exercício (fls. 338), o que impôs a necessária restauração de autos, com o devido êxito diante do acompanhamento da ofendida, posto que assim que apurado o extravio, prontamente forneceu cópias de praticamente todo o processado.

Contudo, o desaparecimento dos autos originais, a despeito do êxito na restauração, ocorreu em situação anômala, porquanto não houve qualquer retirada dos autos de Secretaria, e assim, inviável seria o extravio senão com interferência de servidor da Justiça.

9. Conforme já havia sido determinado verbalmente à Sra. Diretora, deverá ser instaurada Sindicância com o objetivo de apurar o ocorrido, e desse modo, determino que seja oficiado imediatamente o Excelentíssimo Senhor Juiz Diretor do Foro para que indique o nome de três servidores para que componham a Comissão de Sindicância, com a urgência que o caso requer.

10. Com relação aos fatos cuidados na causa, é de se concluir pela procedência da denúncia e do aditamento em relação ao acusado Hamilcar, e a improcedência da denúncia no tocante ao acusado Flávio.

Restou provado que o acusado Hamilcar, na qualidade de advogado do acusado Flávio nos autos da Reclamação Trabalhista nº 1912/90, que tramitou perante a 2ª Junta de Conciliação e Julgamento, apropriou-se da importância histórica de quinze mil cruzeiros, do total de cinquenta mil cruzeiros, que era devida ao seu cliente. E, para justificar tal apropriação, o acusado Hamilcar disse ao seu cliente, o acusado Flávio, que a quantia referida havia sido repassada à Juíza da 2ª Junta de Conciliação e Julgamento. Em síntese: o acusado Hamilcar se apropriou de coisa alheia móvel, de que tinha a detenção, qual seja, a importância em dinheiro devida ao seu cliente, reclamante perante a Justiça do Trabalho, e em concurso material, caluniou a Drª. Vera Lúcia, então Juíza Titular da 2ª Junta de Conciliação e Julgamento, imputando-lhe falsamente fato definido como crime: o de corrupção passiva (artigo 317, do Código Penal). Com relação ao acusado Flávio, é de rigor a sua absolvição, diante da caracterização de que em sua conduta, o acusado Flávio não agiu aqui com *animus injuriandi vel diffamandi*. Senão vejamos:

11. A representação oferecida pela Juíza Titular Drª. Vera Lúcia é bastante detalhada a respeito dos acontecimentos, motivo pelo qual imperiosa é a sua análise. Naquela peça, a magistrada, hoje aposentada, narrou que no dia 13 de dezembro de 1990, quando ainda estava no exercício de suas funções de Juíza Titular da 2ª Junta de Conciliação e

Julgamento do Rio de Janeiro, foi comunicada pelo Diretor da Secretaria a respeito do comparecimento do reclamante, ora acusado, Flávio Assis da Guia, na Secretaria da Junta alardeando não ter recebido o total da quantia acordada com a reclamada, mencionando que havia sido lesado pela Juizã. Conforme consta do teor da representação, Flávio disse que seu patrono, o acusado Hamilcar, lhe informara que a segunda e última parcela do acordo, no valor de dezesseis mil cruzeiros, havia sido dada ao Juiz, como gratificação pela feitura do acordo. Mencionou que o Diretor de Secretaria certificou o ocorrido nos autos, tendo o próprio Flávio assinado o teor da certidão.

Após ter sido cientificada dos fatos, a Juíza designou audiência especial, pública, para a data de 18 de dezembro de 1990, determinando a intimação das partes, dos patronos, além da presença dos vogais e do Diretor de Secretaria, sendo que o acusado Hamilcar compareceu à Secretaria da Junta no dia 14 de dezembro, levando seu cliente, o acusado Flávio, apresentando uma declaração de Flávio isentando-o da autoria do crime. Como bem acentua a Juíza, o acusado Hamilcar havia sido intimado da audiência especial no mesmo dia em que compareceu na Secretaria. Na audiência, o acusado Flávio confirmou o dito na Secretaria da Junta, informando ainda que no dia 14 de dezembro esteve no escritório do acusado Hamilcar, quando então recebeu vinte e três mil cruzeiros, e no mesmo ato assinou as declarações, quando teria se retratado.

Posteriormente, o acusado Hamilcar juntou aos autos da Reclamação Trabalhista escritura declaratória na qual consta a assinatura do acusado Flávio, novamente se retratando do dito em relação ao primeiro acusado.

12. A ofendida apresentou cópias de documentos e de peças processuais, inclusive da audiência especial realizada. Assim, é importante a análise de tais provas. As cópias de fls. 17/22 são demonstrativas da reclamação trabalhista promovida pelo acusado Flávio contra a reclamada Manoel Fernandes Lanches Ltda., sendo que o acusado Hamilcar figurou como patrono do reclamante. No curso do processo, as partes se conciliaram, conforme faz certo o termo de conciliação de fls. 22, sendo importante notar o teor do acordo: a) a reclamada se comprometeu a pagar cinquenta mil cruzeiros ao reclamante, em duas parcelas de vinte e cinco mil, com vencimentos em 26/10 e 30/11, sendo que os pagamentos deveriam ser feitos em Secretaria.

No dia 07 de dezembro de 1990, o Diretor de Secretaria José J. Miranda certificou o comparecimento do reclamante na Secretaria e o teor das alegações apresentadas: a) que da primeira parcela do acordo, o

reclamante recebeu doze de mil cruzeiros; b) que da segunda parcela, o reclamante nada recebeu, já que o advogado lhe disse que a reclamada estava atrasando com o pagamento, e que Flávio receberia doze mil cruzeiros; c) que a diferença do total de quarenta mil cruzeiros havia sido dada ao Juiz como gratificação pela feitura do acordo (fls. 27).

Na audiência, realizada no dia 18 de dezembro de 1990, ficou consignado o comparecimento do acusado Hamilcar na Secretaria da Junta no dia 14, sendo que em seguida providenciou o comparecimento do acusado Flávio na Secretaria para se retratar do que havia dito. Ao ouvir o acusado Flávio a respeito dos acontecimentos relatados, a Juíza recebeu a confirmação de que Flávio compareceu na Secretaria, e que realmente dissera o que foi certificado, tendo inclusive conferido a certidão, ao assiná-la. Mencionou que no dia 14 de dezembro foi ao escritório do acusado Hamilcar quando então recebeu vinte e três mil cruzeiros, e assinou uma declaração no escritório do advogado. Finalmente, disse que havia sido abordado por uma pessoa na portaria do prédio, que lhe disse que dezesseis mil cruzeiros era efetivamente dados ao Juiz. O Diretor de Secretaria, José Jadir de Miranda, confirmou ter colhido as declarações do reclamante na data em que o mesmo esteve na Secretaria da Junta, e que após pronta a certidão, a leu para o reclamante que confirmou o teor, e inclusive a assinou conjuntamente.

13. Curiosamente, o acusado Hamilcar apresentou escritura declaratória (fls. 44), na qual o acusado Flávio disse que nunca afirmou que os Juízes do Trabalho levam dinheiro, e que o depoimento prestado perante a Juíza do Trabalho não estava de acordo com a realidade dos fatos.

14. Ao ser ouvido em declarações perante a autoridade policial, o acusado Flávio informou que recebeu comunicação do acusado Hamilcar de que o reclamante somente iria receber vinte e quatro mil cruzeiros, o que causou espanto ao acusado Flávio, e assim solicitou esclarecimentos. Diante da solicitação do acusado Flávio, Hamilcar disse que "*dezesseis mil eram do Juiz e dez por cento do advogado*". Assim, ao acusado Flávio disse ter recebido a primeira parcela de doze mil cruzeiros, e na segunda parcela esteve no escritório do advogado, quando a secretária lhe informou que Hamilcar estava viajando, e que a reclamada não havia pago a segunda parcela. Assim, por indicação da funcionária, esteve na Junta de Conciliação e Julgamento quando foi informado que a empresa já havia pago a segunda parcela, tendo o funcionário da Junta indagado acerca da sua dúvida, quando Flávio narrou todo o ocorrido. Mencionou que o funcionário certificou o que foi dito, sendo que o acusado confirmou o inteiro teor da certidão. Disse que posteriormente retornou ao escritório,

quando o acusado Hamilcar lhe disse que teria que mudar toda a versão apresentada, pois caso contrário os dois estariam "complicados". Mencionou que foi levado pelo acusado Hamilcar ao Tabelionato, e que disse na audiência que alguém lhe teria dito que juiz recebia dinheiro por orientação do próprio Hamilcar.

Em Juízo, o acusado Flávio confirmou a versão oferecida na Delegacia de Polícia, esclarecendo que o acusado Hamilcar lhe dissera certo que do total objeto de acordo cerca de quinze mil cruzeiros seriam entregues à Juíza. Mais uma vez disse que esteve na Secretaria da Junta, quando informou tudo o que o advogado lhe dissera. Com base na informação obtida na Secretaria, segundo a qual a empresa havia pago a segunda parcela, o acusado Flávio voltou ao escritório, tendo recebido então o pagamento de vinte e quatro mil cruzeiros do acusado Hamilcar, que ainda lhe solicitou que "limpasse a barra dele".

15. O acusado Hamilcar, ao ser interrogado na fase policial, negou as imputações, esclarecendo que Flávio compareceu de livre e espontânea vontade no 11º Ofício de Notas para lavrar escritura declaratória.

Em Juízo, ao ser interrogado, o acusado Hamilcar disse que são falsas as afirmações feitas pelo MPF na denúncia. Reconheceu ter recebido a quantia de cinquenta mil cruzeiros, decorrentes de acordo trabalhista firmado na Reclamação movida pelo acusado Flávio, cabendo-lhe a importância de quinze mil cruzeiros à título de honorários advocatícios, mas em virtude de problemas "criados pelo cliente, acabou lhe devolvendo a quantia recebida". Disse nunca ter afirmado que parcela do dinheiro recebido iria para o Juiz. No reinterrogatório realizado por força do aditamento, o acusado Hamilcar negou haver afirmado para o acusado Flávio que parte do dinheiro recebido teria sido repassado à Juíza.

16. Verifica-se, pois, que as versões apresentadas pelos acusados são diametralmente opostas, sendo que no confronto com os demais elementos de prova, e considerando as ilações decorrentes de fatos ocorridos, é de atribuir razão ao acusado Flávio, não merecendo acolhida a versão apresentada pelo acusado Hamilcar. Senão vejamos:

17. Ao ser ouvida em Juízo, a ofendida Vera Lúcia confirmou o teor da representação oferecida, esclarecendo que o acusado Flávio estivera na Secretaria da Junta, quando soube que a reclamada já havia pago a segunda parcela do acordo celebrado, apesar de somente ter recebido valor pequeno relativo a primeira parcela. Disse que foi informado de que o reclamante dissera que o advogado mencionara que parte do pagamento se destinaria à Juíza. Assim, a ofendida mencionou ter designado audiência especial, sendo que o acusado Hamilcar tentou

convencê-la a não realizar a audiência. Disse que após os fatos, foi comunicada por outros magistrados trabalhistas de que o acusado Hamilcar estivera envolvido em irregularidades em processos trabalhistas.

A testemunha José Jadir de Miranda, ao ser ouvido em Juízo, confirmou a versão contida na denúncia e no aditamento, esclarecendo que o contato mantido com o acusado Flávio se deu por encaminhamento de funcionário da Junta, e que após ter ouvido o reclamante, exarou certidão sobre o afirmado. Recordou-se que o reclamante dissera que parte do dinheiro seria destinado à Juíza da Junta. No mesmo sentido, foi o depoimento da testemunha Fábio Fraga, auxiliar judiciário, servidor que atendeu ao balcão no dia do comparecimento do acusado Flávio na Secretaria da Junta, quando esclareceu que o Flávio se mostrou surpreso com a afirmação do funcionário de que o processo seria arquivado, pois já ocorrera o segundo pagamento. Assim, orientou o reclamante a procurar o seu advogado, o que foi feito, sendo que passado algum tempo o reclamante retornou dizendo que o advogado informara que a empresa não havia pago a segunda parcela, quando foi providenciada fotocópia dos recibos de pagamento, e posteriormente o acusado Flávio retornou dizendo que só receberia doze mil, já que dezesseis mil se destinariam à Juíza. Tal depoimento se mostra importante, para realçar que o acusado Flávio repetia o que o advogado lhe disse, tendo a testemunha mencionado que o conceito do acusado Hamilcar na Justiça do Trabalho não é bom.

A testemunha Maria Nícia, ao ser ouvida, disse que presenciou o acusado Flávio apontar para o acusado Hamilcar quando questionado sobre quem lhe teria dito que parte do dinheiro seria destinado ao magistrado. A testemunha Cristina Maria confirmou a versão acusatória, inclusive quanto à audiência especial realizada com a indicação do acusado Hamilcar como sendo a pessoa que dissera a Flávio que parte do dinheiro do acordo era destinado à Juíza.

As testemunhas Gilmar e Sérgio nada acrescentaram ao contexto probatório existente.

18. Com efeito, os elementos de prova existentes são uníssonos em demonstrar que o acusado Flávio efetivamente imputou a então Juíza Titular da 2ª Junta de Conciliação e Julgamento a prática do delito de corrupção passiva, conforme farta prova oral e documental produzida.

Outrossim, ficou caracterizado que até o dia 07 de dezembro de 1990, o acusado Flávio nada havia recebido da segunda parcela correspondente aos vinte e cinco mil cruzeiros restantes do acordo celebrado, apesar de tal parcela já haver sido recebida pelo acusado

Hamilcar desde pelo menos 30 de novembro. De se assinalar que o conjunto probatório aponta a responsabilidade penal ao acusado Hamilcar, porquanto ficou configurado que a atuação do acusado Flávio somente ocorreu por ter sido informado pelo acusado Hamilcar que parte do dinheiro objeto do acordo seria repassado à Juíza Titular como "gratificação" pelo acordo celebrado, e tal afirmação feita pelo acusado Hamilcar, além de ofender a honra objetiva da magistrada, tinha também o objetivo de justificar a apropriação indébita da importância que, segundo o Hamilcar, teria sido repassada à Juíza.

19. É imperioso notar que as evidências materiais, a seguir elencadas, dão conta da responsabilidade do acusado Hamilcar pelos acontecimentos ilícitos perpetrados. De antemão, é importante salientar que, em se tratando de pessoa humilde, sem recursos materiais e conhecimento técnico, não é possível crer-se que o acusado Flávio fosse inventar a circunstância de nada haver recebido da segunda parcela do acordo, sendo que a declaração de fls. 34 dos autos é datada de 14 de dezembro de 1990, ou seja, em data posterior aos acontecimentos narrados na denúncia e no aditamento. Ao verificar que o valor relativo a segunda parcela já havia sido pago, Flávio procurou obter informações de seu advogado sobre a quantia que lhe era devida, quando então recebeu a informação de que o valor a ser pago seria aquém do inicialmente previsto, já que parte daquele dinheiro se destinaria à Juíza.

Ora, a insurreição de Flávio, ao saber do destino de parte do dinheiro que lhe pertencia, foi espontânea e representativa da realidade, não somente dada a sua condição humilde, mostrando-se indignado com a injustiça havida, razão pela qual resolveu tornar pública a informação que lhe havia passada. Note-se que não havia qualquer razão para o acusado Flávio mencionar o nome do seu advogado como sendo o informante daquele episódio, caso realmente não o fosse. Não há nos autos qualquer indicação de rixa ou problemas havidos entre os acusados, antes evidentemente do ocorrido; ao contrário, a princípio o acusado Hamilcar gozava de toda a confiança do acusado Flávio, já que atuava como seu procurador nos autos da Reclamação Trabalhista.

De outra sorte, é válida a observação de que o acusado Flávio compareceu perante o 11º Ofício de Notas da Comarca da Capital curiosamente no mesmo dia em que se realizou a audiência especial designada pela Juíza. Ora, é de se estranhar que o acusado Flávio, pessoa que não completou o primeiro grau (fls. 189), soubesse da possibilidade de comparecer perante um Tabelião para prestar declarações que acabara de relatar perante a Juíza do Trabalho. Ficou evidenciado que tanto as

sujeito no meio social, o juízo que fazem dele na comunidade." (Manual de Direito Penal, volume 2, p.132)

23. O dolo do acusado Hamilcar se extrai das próprias expressões utilizadas pelo acusado Flávio na Secretaria da Junta, que demonstram, à sociedade, o "*animus injuriandi vel diffamandi*", ou seja, a vontade livre e consciente de praticar o fato ofensivo, com a intenção de ofender a honra objetiva da magistrada.

24. Nas precisas palavras de DAMÁSIO E. DE JESUS, "**para a configuração do delito de calúnia é necessário que o sujeito atribua ao ofendido, falsamente, a prática de fato definido como crime; (...); a calúnia constitui crime formal, porque a definição legal descreve o comportamento e o resultado visado pelo sujeito, mas não exige sua produção**" (ob. Citada, p. 231). Como bem ressalta o aludido jurista, são várias as formas de calúnia: "**a) inequívoca ou explícita; ex: "fulano de tal é o sujeito que a polícia está procurando pela prática de vários estupros"; b) equívoca ou implícita; ex: "não fui eu que, durante muitos anos, me agasalhei nos cofres públicos; c) reflexa; ex: dizer que um Promotor Público deixou de denunciar um indiciado porque foi subornado. No caso, o indiciado também é vítima de calúnia.**" (ob. Citada, p. 232)

Como se sabe, a calúnia é delito formal, pois para que exista não é necessário que a vítima se sinta ofendida, sendo suficiente que a atribuição de conduta criminoso seja capaz de ofender um homem prudente e de discernimento.

No mesmo sentido, são as palavras de E. MAGALHÃES NORONHA, segundo as quais "**além da honra objetiva, isto é, do conceito ou apreço que a pessoa goza na vida comunitária, tem ela também honra subjetiva, ou seja, a estima própria, o juízo que faz de si mesma, a sua dignidade ou decoro, que podem ser ofendidos pela injúria. Esta exprime sempre uma opinião do agente, que traduz desprezo ou menoscabo do injuriado. Lexicologicamente, dignidade e decoro são sinônimos, mas, na lei, apresentam nuances. A primeira é o juízo que a pessoa tem da própria honra ou honorabilidade, que é ofendida com expressões como "ladrão", "estelionatário", "pederata" etc. Decoro é decência, respeitabilidade e consideração que merecemos e que é lesado, v.g., quando se chama alguém de "estúpido", "ignorante", "arara" etc.**" (Direito Penal, volume 2, p. 124). O elemento subjetivo do tipo, nas palavras de MAGALHÃES NORONHA, é o "*animus injuriandi vel diffamandi*", ou seja, a vontade livre e consciente de praticar o fato calunioso, com intenção de ofender.

25. No que se refere ao tipo objetivo da calúnia, lembra **JULIO FABBRINI MIRABETE** que *"o tipo é composto de três elementos: a imputação da prática de determinado fato; a característica de ser esse fato um crime (fato típico); e a falsidade da imputação. Assim, há calúnia tanto quando o fato não ocorreu quando ele existiu, mas a vítima não é o seu autor. (...) É necessário para configuração da calúnia que a imputação verse sobre fato determinado, concreto, específico, embora não se exija que o agente o descreva com todas as minúcias."* (Manual de Direito Penal, volume 2, p.135)

26. A referência de que a magistrada teria recebido ou iria receber parte do dinheiro objeto do acordo configura, indubitavelmente, a prática do delito de calúnia, pois é ofensiva à honra objetiva da magistrada.

O elemento subjetivo do tipo deflui da intenção de macular a honra objetiva da Juíza do Trabalho que atuou com insenção na condução da Reclamação Trabalhista promovida pelo acusado Flávio, além do cunho de seriedade das expressões utilizadas, e da conduta haver sido perpetrada no escritório de advocacia do acusado Hamilcar, momento em que o acusado lá esteve para obter esclarecimentos sobre o dinheiro recebido e que não lhe fora pago, quando evidentemente inexistia ânimo exaltado.

27. Diversamente do alegado pela Defesa, não se trata de simples confronto de palavras: a do acusado Hamilcar contra a do acusado Flávio, mas sim a consideração de evidências materiais, conforme acima analisadas, para se alcançar a conclusão do que efetivamente ocorreu. Ora, a quem interessaria justificar o repasse de parte do dinheiro a magistrada, visando com isso que o reclamante não mais procurasse esclarecimento sobre a quantia faltante? A resposta é óbvia, dispensando maiores comentários. A circunstância de não ter havido testemunhas na conversa mantida entre os acusados em nada altera a conclusão acima mencionada, pois caso fosse adotada a tese defensiva não haveria responsabilização penal de qualquer pessoa por delitos perpetrados fora dos olhares de pessoas do povo, como o furto, o estupro e outros.

28. Para a prática do delito de calúnia, não é requisito indispensável que a imputação falsa de crime seja feita na presença de várias pessoas, bastando que tal afirmação chegue ao alcance de outra pessoa para que o delito se aperfeiçoe. A "declaração" firmada pelo acusado Flávio, por instrumento particular, e mesmo a escritura pública, não têm o condão de isentar o acusado Hamilcar de sua responsabilidade penal. Ao contrário, tais documentos reforçam a conclusão de que, ciente das consequências dos atos praticados, o acusado Hamilcar tentou reverter o quadro, sem êxito.

29. Inequivocamente, é de se concluir que o acusado Hamilcar

tinha pleno conhecimento da imputação falsa que fazia em relação a magistrada, inexistindo qualquer elemento de prova nos autos indicativo de que a representante tivesse interesse outro na homologação do acordo judicial que não o simples cumprimento de dever funcional inerente à sua função de integrante do Poder Judiciário. Ao contrário, resultou provado documentamente que a Juíza do Trabalho, Dra. Vera Lúcia de Castro Rodrigues Ferreira, apenas exerceu regular e licitamente os poderes inerentes ao seu cargo, no sentido de receber as vontades manifestadas pelas partes, na Reclamação Trabalhista, e juntamente com os Vogais, decidir homologar o acordo alcançado entre os litigantes.

30. A causa especial de aumento de pena, prevista no inciso II, do artigo 141, do Código Penal, também ficou evidenciada, diante da constatação de que a calúnia foi praticada contra integrante do Poder Judiciário, no exercício de suas funções constitucionais e legais, e portanto, a sanção é mais rigorosa por envolver interesse da própria Administração Pública no resguardo de seus funcionários em pleno exercício de suas funções.

Para que seja reconhecida a causa especial de aumento de pena, acima aludida, é necessário que exista relação de causalidade entre o fato e o exercício da função, e no caso em tela a magistrada sofreu violação à sua honra objetiva no exercício da sua função como Juíza Titular da 2ª Junta de Conciliação e Julgamento, o que torna mais grave a sanção aplicável ao acusado Hamilcar.

31. Quanto ao delito de apropriação indébita, restou evidenciada a responsabilidade do acusado Hamilcar, porquanto dentre outros objetivos, a afirmação feita perante o acusado Flávio de que parte do dinheiro era destinada a magistrada tinha por finalidade resguardar a apropriação indevida de tal dinheiro, posto que o advogado somente tinha direito a parcela correspondente aos honorários advocatícios, sem ultrapassar tal quantia. Assim, caracterizados estão os elementos do tipo penal previsto no artigo 168, do Código Penal.

32. Finalmente, cumpre anotar que há referência a envolvimento do acusado Hamilcar com outro ilícito, conforme documentos apresentados pelo MPF.

33. No tocante ao acusado Flávio, constata-se a ausência do *animus injuriandi vel diffamandi*, porquanto ele apenas narrou aquilo que lhe foi dito pelo acusado Hamilcar, sem qualquer outra conotação. A prova colhida é esclarecedora nesse particular, ao ressaltar que o acusado Flávio sempre se mostrou uma pessoa humilde, e que aparentava apenas estar narrando aquilo que seu advogado lhe dissera.

Assim, em relação ao acusado Flávio, é de rigor o reconhecimento de que o mesmo não agiu com dolo, e sim apenas atuou com *animus narrandi* que, conforme reconhecido doutrinariamente, não configura a prática do delito de calúnia. Assim, é de rigor a absolvição do acusado Flávio.

34. Com relação ao acusado Hamilcar, considerando presentes os elementos dos tipos penais previstos nos artigos 168, 138 c.c. 141, inciso II, na forma do artigo 69, caput, todos do Código Penal, é de rigor a sua condenação, com a consideração das circunstâncias judiciais que lhe são desfavoráveis.

III. "DECISUM" :

35. Na aplicação da pena ao acusado Hamilcar devo considerar, antes de mais nada, que apesar de primário, o acusado registra antecedentes criminais, conforme consta dos autos, existindo circunstâncias judiciais que lhe são desfavoráveis, atento a que, no critério previsto no artigo 59, do Código Penal, ainda as circunstâncias que cercaram as práticas delitivas foram anormais, dada a intensidade do dolo com que se conduziu.

O conjunto de tais elementos me leva na aplicação da pena devida ao acusado pelo delito de calúnia qualificada, a estabelecer pena-base em 1 (um) ano, de detenção e 40(quarenta) dias-multa, sendo cada dia-multa equivalente a três salários mínimos, ao tempo do fato, levando em conta ainda a situação econômica do acusado para a fixação da pena pecuniária.

Numa segunda e última fase, considerando a incidência da causa especial de aumento de pena no inciso II, do artigo 141, II, do Código Penal, aumento a pena-base em 1/3, para estabelecer pena definitiva ao acusado em 1 (um) ano e 4 (quatro) meses, de detenção, e pagamento de 53 (cinquenta e três) dias-multa, no critério já estipulado, tornando tais penas definitivas à falta de outras causas de aumento ou de diminuição da pena.

36. Quanto ao delito de apropriação indébita, levando em conta os motivos já aduzidos, no tocante às circunstâncias judiciais desfavoráveis, estabeleço como pena-base ao acusado 1(um) ano e 6 (seis) meses, de reclusão, e pagamento de 50 (cinquenta) dias-multa, sendo cada dia-multa equivalente a três salários mínimos vigentes ao tempo do fato, levando em consideração a situação econômica do acusado.

37. Por se tratar de hipótese de concurso material de delitos (artigo 69, *caput*, do Código Penal), como as penas privativas de liberdade

para estipular pena 2 (dois) anos e 10 (dez) meses, sendo que o período inicial de um ano e seis meses será cumprido sob reclusão, e o restante sob detenção.

38. Estabeleço como regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade o regime aberto, considerando que a despeito das circunstâncias judiciais desfavoráveis, o acusado é primário e os crimes cometidos não são de suma gravidade.

39. Ante o exposto, **JULGO PROCEDENTE**, em parte, os pedidos deduzidos na presente ação penal denúncia de fls. 02 e complementada pelo aditamento de fls. 281, para condenar **HAMILCAR DE CAMPOS FILHO, OAB/RJ nº 61.498**, filho de Hamilcar de Campos e de Alzira Marle de Campos, nascido em 04/10/61, as penas de 2 (dois) anos e 10 (dez) meses, sendo o primeiro período de reclusão e o segundo de detenção, na forma acima estipulada, em regime aberto, e pagamento de 53 (cinquenta e três) dias-multa (calúnia) e 50 (cinquenta) dias-multa (apropriação indébita), sendo cada dia-multa equivalente a 3 (três) salários mínimos ao tempo do fato, por incurso nas sanções dos artigos 168, *caput*, 138, *caput*, c.c. artigo 141, inciso II, na forma do artigo 69, *caput*, todos do Código Penal, e absolver **FLÁVIO ASSIS DA GUIA**, filho de Jorge Félix da Guia e de Maria Auxiliadora de Assis, nascido em 14/08/69, da imputação contida no artigo 138, *caput*, c.c. artigo 141, inciso II, ambos do Código Penal, fazendo-o nos termos do artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

40. Concedo ao acusado Hamilcar o direito de recorrer em liberdade, considerando a sua primariedade e a ausência dos motivos que ensejariam a decretação de sua prisão preventiva.

Transitada esta em julgado, lance-se o nome do acusado Hamilcar no rol dos culpados.

Custas "ex lege".

P.R.I.C.

Rio de Janeiro, 19 de novembro de 1996.

GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA
JUIZ FEDERAL DA 25ª VARA

DR. MARCELO PEREIRA DA SILVA
JUIZ FEDERAL TITULAR
27ª VARA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA-RJ
PROCESSO Nº 95.0024046-7

SENTENÇA

Vistos etc.

Ariosto Bretanha Jorge, qualificado nos autos, move a presente ação contra a União Federal, objetivando tutela antecipatória no sentido de "garantir e assegurar ao autor que seja investido e tome posse no cargo de Professor Assistente, Nível 01, da Escola Federal de Engenharia de Itajubá (MG), assumindo o exercício das funções de acordo com o critério da autoridade federal daquele estabelecimento, devendo o mesmo atender ao edital de convocação para o referido ato de investidura, no local, dia e hora fixados e, em consequência, proceder-se como prescrito no art. 42, § 3º da CF e art. 98 da Lei 6.880/80", sendo, ao final, julgado procedente o pedido para o fim de declarar e reconhecer o direito do autor de ser investido no cargo público para o qual foi aprovado em concurso público, consoante as diretrizes e efeitos constitucionais e legais, condenando-se a ré nas penas sucumbenciais.

Como causa de pedir, alega que prestou concurso público para o cargo de magistério superior da Escola Federal de Engenharia de Itajubá (MG), sendo aprovado no certame, tendo o edital de convocação para a investidura fixado o dia 29/11/95 para a posse no cargo, constituindo-se a ausência como desistência ao mesmo; que, em obediência ao art. 98, XIV, § 3º, "a", da lei 6.880/80, solicitou autorização ao Presidente da República para ser nomeado e ser transferido para a reserva remunerada *ex officio*; que, porém, já tendo data aprazada para tomar posse no cargo de magistério, teme perdê-la e ser considerado como desistente, entendendo, ainda, que o Presidente da República não poderá negar tal autorização porque esta não é exigida pela Constituição Federal nos artigos 42, § 3º, e art. 37, incisos I e II.

Juntou documentos e recolheu custas.

Houve deferimento da tutela antecipatória às fls. 39/40, decisão esta agravada e que ensejou impetração de mandado de segurança no E. TRF da 2ª Região.

Regularmente citada, a parte ré apresentou contestação, onde alega preliminar de incompetência absoluta do Juízo, e, no mérito, pugna pela improcedência do pedido, entendendo não haver qualquer conflito entre a exigência legal de autorização do Presidente da República para a nomeação e posse em cargo de magistério, como condição para a transferência para a reserva remunerada, e as normas constitucionais citadas pela parte autora, sendo aquela decisão do Presidente da República, um ato administrativo discricionário, que enseja avaliação de seu mérito, segundo critérios de oportunidade e conveniência administrativa, e por isso não pode ser substituído por manifestação do Judiciário.

Este é o relatório. Passo a decidir.

FUNDAMENTAÇÃO

Trata-se de hipótese prevista no art. 330, inc. I, do Código de Processo Civil, que impõe o julgamento antecipado da lide.

Preliminarmente

Rejeito a preliminar de incompetência absoluta argüida pela União Federal, uma vez que não estamos em sede de ação cautelar e muito menos mandamental, não sendo admissível confundir-se a antecipação da tutela, como preceituada no art. 273, do CPC, com a tutela cautelar. Logo, ainda que o ato de Presidente da República seja, no fundo, a matéria sob questionamento, o polo passivo aqui não poderia ser outro que não a União Federal, o que, então, afasta a competência ao Supremo Tribunal Federal.

Antes de adentrar-se ao mérito da lide, é de se ressaltar que o pedido se encontra mal formulado, uma vez que se postula declaração de *direito de investidura em cargo público*, o que seria impossível, pois a ação declaratória só pode ter por objetivo a **declaração de existência ou inexistência de relação jurídica, ou declaração de autenticidade ou falsidade documental**, sendo este o único fato passível de ser declarado em sentença em nosso direito processual, conforme expressamente dispõe o art. 4º, do CPC.

Só é possível, então, compreender o pedido "declaratório" formulado, utilizando-se o pedido de tutela antecipatória como principal, o que é impróprio e atécnico, mesmo porque a formulação tem natureza mais mandamental do que condenatória.

Todavia, já havendo tutela antecipatória concedida, contestação, agravo de instrumento interposto, mandado de segurança impetrado junto ao TRF-2ª Região, este Juízo tentará aproveitar o processo, ainda que em prejuízo da boa técnica processual, para considerar o pedido como sendo declaratório de relação jurídica pela qual teria o autor possibilidade de ser investido no cargo público de magistério, passando à reserva remunerada, sem autorização do Presidente da República, o que somente faço porque não houve prejuízo à defesa da parte ré.

Observo, contudo, de antemão, que na ação declaratória seria impossível a antecipação da tutela, como ocorreu, uma vez que seria impossível a execução. Destarte, só por este aspecto a tutela antecipatória concedida já merece ser revogada.

No mérito

É de se ver que os argumentos da parte autora se sobrepõem, com larga vantagem, os expendidos pela parte ré.

À toda evidência, não existe o direito alegado pela parte autora, de passagem para a *reserva remunerada*, para o militar que passa a exercer cargo público estranho à sua carreira, mesmo quando o cargo for o de magistério, quando imprescindível se faz a autorização do Presidente da República, na forma do art.98, inciso XIV, §3º, "a", da Lei 6.880/80, *ipsis verbis*:

"Art 98 - A transferência para a reserva remunerada, ex-officio, verificar-se-á sempre que o militar incidir em um dos seguintes casos:

...omissis...

XIV - passar a exercer cargo ou emprego público permanente estranhos à sua carreira, cujas funções sejam de magistério;

...omissis...

§2º - A transferência para a reserva do militar enquadrado no item XIV deste artigo será efetivada no posto ou graduação que tinha na ativa, podendo acumular os proventos a que fizer jus na inatividade com a remuneração do cargo ou emprego para o qual foi nomeado ou admitido.

§3º - A nomeação ou admissão do militar para os cargos ou empregos públicos de que tratam os itens XIV e XV deste artigo somente poderá ser feita se:

a) oficial, pelo Presidente da República ou mediante sua autorização quando a nomeação ou admissão for da alçada de qualquer outra autoridade federal, estadual ou municipal; e

b) praça, mediante autorização do respectivo Ministro."

Não vislumbro incompatibilidade desta exigência legal com o disposto no art. 42, § 3º, da Lei Maior, que diz:

Art. 42...omissis...

§3º O militar em atividade que aceitar cargo público civil permanente será transferido para a reserva.

Como é evidente, o dispositivo constitucional não está se referindo apenas à reserva remunerada, mas também à reserva não remunerada. Tanto que o art. 117 da Lei nº6.880/80 faz previsão de outra forma de passagem para a reserva, agora **não remunerada**, quando o oficial da ativa passar a exercer o cargo público permanentemente estranho à carreira e cuja função não seja de magistério. Veja-se sua redação:

"Art. 117 - O oficial da ativa que passar a exercer cargo ou emprego público permanente, estranho à sua carreira e cuja função não seja de magistério será, imediatamente, mediante demissão ex-officio, transferido para a reserva, onde ingressará com o posto que possuía na ativa e com as obrigações estabelecidas na legislação que trata do serviço militar, não podendo acumular qualquer provento de inatividade com a remuneração do cargo ou emprego público permanente."

Ora, no caso então do art. 117 - que é o do autor - também houve incidência daquele dispositivo constitucional (§ 3º, do art. 42, da CF). E, no entanto, a reserva não é remunerada.

Logo é de se concluir que o art. 42, § 3º, da Carta Constitucional não se refere exclusivamente à reserva remunerada.

Além disso, não vejo como acolher a tese de que a Constituição Federal de 1988 teria recepcionado os dispositivos da lei 6.880/80 em questão, mas não teria recepcionado as exigências que esta mesma lei criou, como a autorização do Presidente da República para o oficial ser nomeado ou admitido para o cargo público de magistério. E isto porque, na Carta Constitucional anterior também não havia qualquer referência à referida autorização, e, no entanto, esta sempre prevaleceu normalmente. Neste aspecto, portanto, não houve qualquer ruptura ou modificação gerada pela nova ordem constitucional.

Não se alegue, outrossim, que os incisos I e II, do art. 37, da CF/88 estariam a socorrer a parte autora, porque, em verdade, o autor não está sendo impedido de tomar posse do cargo de magistério para o qual foi aprovado, mas sim está impossibilitado de ingressar na reserva remunerada, enquanto não atendidos os requisitos legais, o que é bem

diferente. Sendo assim, nada impede que o militar em questão peça demissão para tomar posse no cargo público de magistério, para o qual teria atendido os requisitos dos incisos I e II, do art. 37, da C.R.F.B.. Agora, tais disposições não autorizam que o aprovado em concurso ingresse na atividade militar, na reserva REMUNERADA, como pretende. A diferença é mais do que óbvia.

Com relação à questão da autorização do Presidente da República para a nomeação e posse do autor, entendo que esta é indispensável à passagem do militar oficial para reserva remunerada. A uma porque, em se tratando de ato administrativo, o princípio da legalidade deve ser observado de forma muito mais vinculada, ou seja, a transferência para a reserva remunerada deve se enquadrar perfeitamente nos estritos limites legais. A duas, porque deve mesmo a Administração avaliar e sopesar a oportunidade e conveniência da transferência do autor para a reserva remunerada, ainda mais que neste caso a inatividade importará em ônus para a Administração, e o militar, "após o curso da Escola Naval, foi graduado pelo Instituto Tecnológico de Aeronáutica (ITA), em 1987, como Engenheiro Mecânico-Aeronáutico, e pós-graduado na "Ecole Nationale Superieure D'Ingenieurs de Constructions Aeronautiques (ENSICA)", em Toulouse - França, em 1992, no curso "Specialisation en Techniques de l'Hélicoptère", tendo sido, portanto, bastante elevados os investimentos feitos pela Marinha Brasileira na formação e no aprimoramento técnico do referido Oficial" (*sic. doc. de fl. 17, item 3*).

E não há como o Poder Judiciário se fazer substituir à Administração para autorizar o autor a ser nomeado empossado em cargo de magistério, passando à reserva remunerada, porque tal autorização é ato administrativo discricionário, o qual deve ter seu mérito formado pelo Administrador, único competente para avaliar os critérios de oportunidade e conveniência para a Administração Pública da passagem do autor para a reserva remunerada.

Recentemente, os administrativistas vêm adotando a tese de que é possível ao Poder Judiciário rever o mérito do ato administrativo (motivo e objeto) - ainda quando não descaracterizada a discricionariedade pela determinação dos motivos - desde que tenha o Administrador decidido sem obediência ao princípio da razoabilidade, o que, todavia, a despeito das opiniões em contrário, enseja juízo de valor sobre questões administrativas, com confronto subjetivo incompatível com a discricionariedade do mérito administrativo, ressalvadas raríssimas exceções.

Todavia, nem isso aqui seria possível, pois se quer ainda uma

apreciação do pedido de autorização formulado ao Presidente da República, que não se pode ainda dizer que seria contrário ao autor.

Outra questão que vislumbro na hipótese, e que está a impedir a pretensão autoral, é a relativa à cumulação de vencimentos com proventos de militar na reserva remunerada. A Constituição Federal, no art. 37, incisos XVI e XVII, preceitua os casos possíveis de acumulação remunerada de cargos públicos, sendo certo que o militar não se enquadra em nenhuma das exceções ali previstas, nem poderia ser, em princípio, classificado como cargo técnico ou científico.

Neste sentido, aliás, decidiu o Egrégio Supremo Tribunal Federal em caso, que, por coincidência, envolvia militar inativo que acumulava proventos com vencimentos de professor, o que foi tido como atentatório ao texto constitucional.

Assim, entendo que a passagem do oficial militar para a reserva remunerada por passar a exercer cargo público permanente estranho à carreira em função de magistério, é inconstitucional, e as disposições da Lei nº 6.880/80 neste sentido não foram recepcionadas pela novel Constituição.

Assim, a única reserva para a qual poderia o autor ser transferido é a reserva não remunerada, em situação análoga à prevista no art. 117, da Lei nº 6.880/80, compatibilizando-se, desta forma, sua situação aos mandamentos da atual Carta Magna.

Não há, portanto, qualquer fundamento legal ou jurídico a amparar a pretensão autoral, que, conseqüentemente, não pode prosperar

DISPOSITIVO

Isto posto, **JULGO IMPROCEDENTE O PEDIDO**, em seu inteiro teor, nos exatos termos da fundamentação, **REVOGANDO A TUTELA ANTECIPATÓRIA** inicialmente concedida.

Condeno a parte autora nas custas processuais e honorários de advogado, estes na base de 15% sobre o valor corrigido da causa.

P.R.I.

Oficie-se à Administração Militar e ao TRF - 2ª Região, comunicando.

Rio de Janeiro, 06 de fevereiro de 1996.

MARCELO PEREIRA DA SILVA
JUIZ FEDERAL

DR. EUGÊNIO ROSA DE ARAÚJO
JUIZ FEDERAL SUBSTITUTO
28ª VARA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA-RJ
PROCESSO 94.0020682-8
MEDIDA CAUTELAR - PROCESSO 93.0021783-6

SENTENÇA

O INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, ajuizou a presente ação cautelar em face de **DAMÁSIO DA COSTA BAPTISTA, PEDRO DINIZ PEREIRA, PAULO RICARDO DE ARAÚJO MESQUITA, ANTONIO FERNANDES DE ARAÚJO, WALDIR LEMOS DE ANDRADE e LUIZ MENDES FILHO**, qualificados na inicial, narrando como causa de pedir os seguintes fatos:

Trata-se de ação visando o ressarcimento por danos causados ao INSS em decorrência de fraude ocorrida na ação acidentária nº 32827 perante a 5ª Vara Cível da Comarca de Nova Iguaçu e que foi objeto de persecução penal perante o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, na ação penal nº 05/91, onde todos os réus foram denunciados.

Segundo a exordial, o autor da ação, Artino Salvador, patrocinada por Damásio, teve problemas de saúde agravados pelos serviços que prestava como vigia, tendo então o Juiz Pedro Diniz determinado refazer diversas perícias até que os réus Antônio Fernandes e Paulo Ricardo decidissem pelo percentual de 100% de invalidez do autor, que já era morto.

Houve homologação de acordo nestes termos, firmados por Damásio e um procurador já falecido, tendo o réu Pedro homologado o acordo.

Determinada a remessa ao contador Waldir, este réu procedeu a um cálculo cujo montante superava os dois milhões de dólares, valor que foi objeto de concordância de réu Luiz Mendes em petição conjunta com Damásio.

Foi homologada a conta pelo réu Pedro Diniz e o mandado de pagamento expedido foi exarado de Damásio.

Juntou documentos (fls. 13/132).

Liminar deferida a fls. 133.

Compareceu a fls. 332 o réu Paulo Ricardo de Araújo Mesquita requerendo desbloqueio de contas bancárias, deferido a fls. 365.

Luiz Mendes Filho contestou a fls.368, alegando a impossibilidade jurídica do pedido face de coisa julgada e no mérito, que agia em obediência a portarias dos superiores hierárquicos e pedindo seja deferida caução.

Réplica a fls. 397.

Demissão do réu Luiz Mendes Filho a fls. 411 pelo Presidente da República.

Antônio Fernandes de Araújo, contestou a fls. 471 alegando que participou do processo apenas para ratificar um laudo por determinação do procurador Sayão Belduque, sendo por este ludibriado, já que não era e não é perito e não estava preparado para a função.

Continua, afirmando que chegou a ser coagido pelo procurador e pelo Juiz Pedro Diniz e que estes, se uniram ao contador para dilapidar o patrimônio público.

Damásio da Costa Baptista, contestou a fls. 480, alegando não ter ocorrido a revelia face seu comparecimento espontâneo a fls. 390, a existência de coisa julgada, ilegitimidade passiva para a causa e no mérito que o processo acidentário transcorreu dentro da normalidade, sendo que a demanda cautelar é abusiva.

Pedro Diniz Pereira, contestou a fls. 494 aduzindo a incompetência absoluta do Juízo, declaração incidental da exatidão do acordo homologado e dos respectivos cálculos, falta de interesse de agir, coisa julgada, ilegitimidade passiva para causa, impossibilidade jurídica do pedido, no mérito obtempera que as regras de Processo Civil foram observadas, não respondendo o Juiz senão por dolo ou fraude, ausente os requisitos do processo cautelar.

Réplica a fls. 532.

Waldir Lemos de Andrade, contestou a fls. 537 alegando ilegitimidade passiva para a causa e no mérito que agia por determinação do juízo assim procedendo na elaboração dos cálculos, as peças estariam sob o pálio da coisa julgada.

Audiência de impressão a fls. 540.

É o relatório.

RELATÓRIO DA AÇÃO ORDINÁRIA - PROCESSO 94.0020682-8

O INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, ajuizou a demanda em face de **DAMÁSIO DA COSTA BAPTISTA, PEDRO DINIZ PEREIRA, PAULO RICARDO DE ARAÚJO MESQUITA, ANTÔNIO FERNANDES DE ARAÚJO, WALDIR LEMOS DE ANDRADE e LUIZ MENDES FILHO**, qualificados na inicial, narrando como causa de pedir os seguintes fatos:

Trata-se de ação visando ao ressarcimento por danos causados ao INSS em decorrência de fraude ocorrida na ação acidentária nº 32827 perante a 5ª Vara Cível da Comarca de Nova Iguaçu e que foram objeto de persecução penal perante o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, na ação penal nº 05/91, onde todos foram denunciados.

Segundo a exordial, o autor da ação, Artino Salvador, patrocinada por Damásio, teve problemas de saúde agravados pelos serviços que prestava como vigia, tendo então o Juiz Pedro Diniz determinado refazer diversas perícias até que os réus Antônio Fernandes e Paulo Ricardo decidissem pelo percentual de 100% de invalidez do autor, que já era morto.

O acordo foi homologado pelo Juiz Pedro Diniz nestes termos e firmado por Damásio e um procurador já falecido.

Determinada a remessa ao Contador Waldir, este elaborou um cálculo cujo montante superava a marca dos dois milhões de dólares, valor que foi objeto de concordância pelo procurador Luiz Mendes, o advogado Damásio e homologado por Pedro Diniz que determinou fosse paga a quantia ao advogado Damásio.

Pede danos emergentes, lucros cessantes, dano moral, juros, correção e os consectários legais.

Juntou documentos (fls. 14/135).

Antonio Fernandes de Araújo contestou a fls. 148, alegando que, muito embora tenha sido chamado para ratificar a perícia do autor na ação acidentária, não era e não é perito, não possuindo nenhuma qualificação para o exercício da perícia médica, asseverando que o seu laudo era nulo, sendo certo que houve conluio entre o Juiz, contador e o procurador do INSS para o desvio dos valores.

Paulo Ricardo de Araújo Mesquita contestou a fls. 156, suscitando a suspensão do processo, inépcia da inicial, falta de interesse de agir, coisa julgada, ilegitimidade passiva para a causa e, no mérito, a ausência do dever de indenizar e ausência de prova de falsa perícia, devendo o feito ser julgado improcedente.

Waldir Lemos de Andrade contestou a fls. 173, suscitando a suspensão do processo, inépcia da inicial, falta de interesse de agir, coisa julgada, ilegitimidade passiva para a causa, e no mérito a improcedência do pedido.

Réplica a fls. 204.

Damásio da Costa Baptista contestou a fls. 272 alegando coisa julgada, ilegitimidade passiva para a causa, inépcia da inicial e no mérito ausência de prova dos fatos narrados na inicial, devendo o feito ser julgado improcedente.

Citado Luiz Mendes Filho a fls. 323, v., não contestou o feito.

Audiência de impressão a fls. 345.

Pedro Diniz Pereira contestou a fls. 357 alegando incompetência absoluta do juízo, falta de interesse de agir, coisa julgada, ilegitimidade passiva ad causam e no mérito a ausência de provas de fraude e dolo, bem assim dos prejuízos sofridos pelo autor devendo o feito ser julgado improcedente.

Réplica a fls. 378 e 381.

O MPF não demonstrou interesse no feito.

Pedro Diniz apresentou Impugnação ao Valor da Causa.

É o relatório.

DECIDO.

Reúno os processos para julgamento conjunto, a teor do art. 105 do CPC, sendo caso de julgamento antecipado da lide.

Verifico que se encontram presentes os pressupostos processuais de existência subjetivos (competência do Juiz para a causa, capacidade civil das partes e representação por advogado) e objetivos (forma processual adequada à pretensão, presença de mandato deferido ao advogado, inexistência de litispendência, coisa julgada, compromisso, inépcia da inicial ou eventuais nulidades).

É competente a Justiça Federal, tendo em vista o comando do § 1º do art. 109 da Constituição Federal, não sendo objeto da lide de cunho acidentário, mas de responsabilidade civil decorrente de ato ilícito, daí porque firmo a competência absoluta.

Não há que se falar, também, em coisa julgada vez que no processo acidentário em epígrafe eram outras partes - o autor da demanda e o **INSS** - sendo que no caso vertente as partes são os patronos das partes, Juiz do processo e os auxiliares da Justiça, sendo hipótese clara do

art. 472 do CPC, decorrendo por tal razão a rejeição do ponto.

Imperceptível, do mesmo modo, a inépcia da inicial. Ela descreve a causa de pedir de forma clara, bem assim o pedido, permitindo a todos os réus ampla defesa.

Presentes, também, as condições da ação, requisitos de ordem processual, intrinsecamente instrumentais, para admitida a ação, ser julgado o mérito, vez que a providência deduzida em juízo existe, abstramente, dentro do Ordenamento Jurídico Brasileiro (possibilidade jurídica do pedido), existe a necessidade e a utilização de obter através do processo a proteção ao interesse substancial (interesse de agir) e presente, por derradeiro, a legitimidade ativa para a causa, tendo em vista que estarão legitimadas as partes quando forem as possíveis titulares do direito pretendido.

No caso em testilha, todos os réus têm pertinência subjetiva de direito de ação para figurarem como réus vez que em Juízo provisório de recebimento da demanda é plausível a invocação do direito material posto em análise, sendo impertinente a preliminar.

Incorre a legitimidade passiva em relação aos agentes públicos, Juiz ou, serventário ou auxiliar da Justiça vez que o julgamento jurídico do pedido (enquadramento jurídico dos fatos) não se refere à responsabilidade objetiva do Estado e como nosso código adotou a chamada teoria da substanciação, ficou definida a causa de pedir baseada na responsabilidade subjetiva.

Yussef Said Cahali no seu ciclópico "RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO" leciona que:

"...É tranqüila e reiterada a jurisprudência do STF no sentido de que a responsabilidade objetiva do estado pelos prejuízos causados por seus agentes não afasta o direito que tem o prejudicado de postular a necessária reparação diretamente do funcionário ou servidor que causou o dano; tese freqüentemente afirmada em casos de ação de responsabilidade civil movida contra escrivão ou serventes de cartórios judiciais ou extrajudiciais, oficializados ou não. (Malheiros 2ª ed. 1995, pág. 214)

Soterrada, portanto, a questão da ilegitimidade passiva para a causa, rejeito a preliminar invocada.

Incabível a declaração acidental sobre a exatidão do acordo que homologou cálculos no processo fraudado, vez que não se trata de relação jurídica a ser declarada, não sendo o caso nem do art. 5º, e tampouco do art.325.

Ademais, o pedido não veio em termos, mas no bojo da defesa e a destempo, razões pelas quais descabe a declaração incidental.

Trata-se de demanda visando ao ressarcimento de quantias pagas pelo INSS em razão de fraude cometida no processo acidentário nº 32827 perante a 5ª Vara Cível de Nova Iguaçu.

O réu Damásio ajuizou a demanda acidentária pelo Sr. Artino Salvador, relatando que o mesmo tinha função de vigia e teve problemas de saúde, motivo pelo qual o réu Pedro Diniz, Juiz da causa, determinou fosse realizada perícia médica.

Na primeira perícia, o perito Cláudio da Silva, constatou a morte do segurado e concluiu que o trabalho de vigia não contribuiu para a doença do autor (fls. 90).

O réu Pedro Diniz, então, rejeitou o laudo e nomeou o Dr. Ronaldo Steel a fls. 91, que apresentou o laudo negativo a fls. 43.

O réu Pedro Diniz, malgrado duas perícias concluindo pela negatividade de nexos causal para a concessão de benefício, nomeou o réu Paulo Ricardo de Araújo Mesquita que concluiu ser o autor credor de aposentadoria na razão de 100% (fls. 90/100), do mesmo modo concluindo o assistente do INSS, o réu Antônio Fernandes de Araújo (fls. 103).

O acordo de fls. 104 foi homologado a fls. 106, os autos foram ao contador (fls. 108), as contas foram elaboradas pelo réu Waldir, na soma astronômica de Ncz\$ 25.115.175,74, e homologada pelo réu Pedro Diniz a fls. 114.

O réu Pedro Diniz alega ter cumprido o Ordenamento Processual Civil, mas na realidade omitiu dolosamente a fundamentação a qual estava obrigado a fazer ao designar novas perícias, rejeitando as anteriores, sem a mínima fundamentação.

O nosso Ordenamento Jurídico, por certo consagra o princípio do livre convencimento do Juiz, e disso ninguém duvida ou discute; mas certo também é que não pode rejeitar a prova técnica sem indicar as razões pelas quais está fazendo.

Prova disso é o art. 335 do CPC, segundo o qual "em falta de normas jurídicas particulares, o Juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial". (grifo)

Disso se conclui que o exame pericial, como fruto de experiência técnica que o Juiz de regra não possui, não pode ser desconsiderado sem

razões ponderáveis, e nesse sentido decidiu o Superior Tribunal de Justiça no REsp. 30380/92, RJ, 3ª Turma, publicado no DJ de 13/2/95, pág. 2235, Rel. Min. Nilson Naves, *verbis*:

"SENTENÇA - FUNDAMENTO - PERÍCIA - LIVRE CONVICTÃO DO JUIZ . O Juiz sem dúvida alguma, não está vinculado às conclusões do laudo pericial; é-lhe lícito apreciar livremente a prova realizada nos autos (CPC arts. 436 e 131, 1ª parte). Mas, ao recusar o laudo, há o juiz de indicar, na sentença, de modo satisfatório, os motivos de seu convencimento (CPC art. 131, 2ª parte e 458 II); hipótese em que faltou a sentença suficiente motivação, pressuposto de sua validade e eficácia, recusando as conclusões de dois laudos periciais.

Recurso especial conhecido e provido em parte."

O perito Antônio Fernandes de Araújo na sua contestação - confessa - alegando que participou do processo apenas para ratificar um laudo por determinação do procurador de então e chegou a ser coagido pelo Juiz, contador e procurador, para juntos dilapidarem o patrimônio público. Arremata alegando que não tinha qualificação para atuar como perito e portanto, seu laudo era nulo e se inseria no plano de conluio entre os demais réus da demanda.

O perito Paulo Ricardo de Araújo Mesquita defende seu laudo como escorreito avisando que as partes concordaram com ele ...(foi por isso que foram denunciados)...e que até o Ministério Público concordou (por que não foi denunciado?).

Defende a lisura do laudo, mas por precaução resolve fundamentar o que devia ter fundamentado, avisando que compareceu no local do trabalho do segurado mas não descreve uma linha sequer sobre o lugar.

Chegou a dizer que pautou-se pela legislação previdenciária então em vigor e na literatura médica, mas este juízo não encontrou vestígios de fundamentação convincente no laudo.

Curioso, também, o argumento do qual se vale para dizer que é possível que a perícia indireta em casos de fechamento de empresa por haver encerrado as atividades etc. Mas ele não disse que foi no local? Se foi no local, nada há que indique isso; se não foi no local o laudo é falso porque nele inseriu a informação de que esteve no local e examinou as condições de trabalho do autor da ação.

Contribuiu o réu sobremodo para a fraude, sendo clara sua responsabilidade.

Temos aqui um réu que confessa, outro que não esclarece a falsidade do laudo e um ex-juiz que não esclarece porque desconsiderou, sem motivo nenhum, dois laudos negativos para adotar um laudo fraudulento e desmotivado.

Chega a vez da conta. Não é preciso profundo conhecimento de matemática, correção monetária ou direito para se saber que um vigia que se acidenta não pode ganhar de atrasados mais de dois milhões de dólares, nem mesmo uma indenização pela amputação de duas pernas ou morte, sequer passaria perto disso. Foi uma pura magia que o réu Waldir Lemos de Andrade operou com a vara mágica da súmula 4 do Tribunal de Alçada Cível do Rio de Janeiro, não havendo nenhuma explicação para tal procedimento, por se tratar de um profissional de contas e não um leigo no assunto.

Nota-se que em sua contestação o réu Waldir não nega a soma astronômica a que chegou, limitando-se a afirmar que se valeu dos comandos que lhe eram impostos, nada mais esclarecido e não impugnando o ponto especificamente. Evidente sua responsabilidade, portanto.

O réu Damásio em sua contestação não só nega que tenha recebido a soma astronômica mas aponta, com razão até, que o Ministério Público foi grandemente omissos no caso concreto. O que ocorre é que as omissões não são de molde a gerar sua responsabilidade no caso.

Talvez tenha sido esquecido pelo réu que o advogado exerce munus público e na sua atuação está impedido de prestar concurso a clientes ou terceiros para realização de ato contrário à lei ou destinado a fraudá-la, de locupletar-se, por qualquer forma à custa do cliente ou da parte adversa, por si ou por interposta pessoa, e de modo geral de portar-se de modo incompatível com a advocacia, contribuindo para o desprestígio da justiça.

Afirmar que recebeu os honorários legitimamente e que não está obrigado a devolvê-los implica em sua confissão na prática da fraude, na vã esperança de homiziar-se sob o pálio da coisa julgada, que repito, não lhe favorece.

Sua responsabilidade é flagrante e ele mesmo não nega.

O réu Luiz Mendes Filho citado às fis. 323/verso não contestou o feito, operando a confissão quanto à matéria do fato, somada à circunstância de o Exmo. Sr. Presidente da República tê-lo demitido com base no art. 141, inciso I e inciso XIII do art. 132, da Lei 8112/90, por valer-se do cargo em detrimento da dignidade da função pública e desídia, ato este que goza de presunção de legitimidade.

Tais circunstâncias geram, por conseguinte, a responsabilidade do réu.

Os réus, portanto, estão de modo solidário responsáveis pelos prejuízos causados ao autor.

Dois pedidos há, porém, que não podem ser atendidos: dano moral e lucros cessantes.

A autarquia, na inicial, reputa ser credora de importância a título de dano moral, vez que a quadrilha teria desgastado a imagem e a reputação do Sistema Previdenciário Nacional.

Não se discute a possibilidade de reparabilidade de dano moral provocado em pessoas jurídica, apenas necessário se torna a prova do dano, o que não se comprovou suficientemente nos autos, até porque o INSS não é o sistema, apenas faz parte dele, não ficando comprovado o fato constitutivo do direito do autor.

Nesse passo, ressalto a necessidade de prova do dano, como se verifica da Ap. Cível 1.447/92, relatada pelo eminente Dr. Sérgio Cavalieri Filho, segundo a qual:

"RESPONSABILIDADE CIVIL - DANO MORAL - PESSOA JURÍDICA - RESSARCIMENTO

A pessoa jurídica, embora não seja titular de honra subjetiva, que se caracteriza pela dignidade, decoro e auto-estima, é detentora da honra objetiva, fazendo jus à indenização por dano moral sempre que o seu bom nome, reputação ou imagem forem atingidos no meio comercial por algum ato ilícito".

Verifica-se, portanto, que a autarquia deveria provar o atingimento de sua reputação ou imagem no meio de relacionamento para a comprovação do dano, o que de fato não ocorreu.

Descabido e até inusitado o pedido de lucros cessantes. É que no dizer-se de Sérgio Cavalieri Filho "consiste o lucro cessante, na perda de ganho esperável, na frustração da expectativa de lucro, na diminuição do potencial do patrimônio da vítima". (*in* programa de Responsabilidade Civil, Malheiros, 1996, pág. 71)

É de clareza solar que o INSS não se dedica a atividades lucrativas, nem a qualquer atividade econômica sendo grave erro de perspectiva do pedido inicial, daí porque é de ser julgado improcedente.

Os juros serão compostos (art. 1544 do CC), porque muito embora não tenham sido requeridos nessa modalidade na exordial, pode o Juiz, na

presença de sentença penal condenatória , assim fixá-los, a teor do art. 243 do CPC e do verbete 254 da Súmula predominante do Supremo Tribunal Federal, e verbete 186 do Superior Tribunal de Justiça.

Os valores devidos ao INSS serão objeto de liquidação para apuração de *quantum* devido.

ISTO POSTO, JULGO PROCEDENTE A MEDIDA CAUTELAR para confirmar a liminar concedida e a vista dos requisitos do perigo da demora e da fumaça do bom direito decreto a indisponibilidade dos bens apurados no processo cautelar, bem assim **JULGO PROCEDENTE EM PARTE O PEDIDO INICIAL** para condenar os réus à reposição do que foi indevidamente pago pelo autor, solidariamente a ser apurado em liquidação através da perícia contábil, tudo devidamente corrigido, juros compostos, a contar do desembolso das quantias pagas, custas, compensando-se os honorários e despesas face a sucumbência recíproca.

P.R.I.

Rio de Janeiro, 14 de maio de 1997.

EUGÊNIO ROSA DE ARAÚJO
JUIZ FEDERAL SUBSTITUTO - 28ª VARA FEDERAL

DR^a. MARIA TERESA DE ALMEIDA ROSA CÁRCOMO LOBO
JUÍZA FEDERAL TITULAR
28^a VARA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA-RJ
PROCESSO Nº 96.0006077-0

SENTENÇA

Vistos etc.

BANCO DIMENSÃO S/A, qualificado na inicial, representado por advogado regularmente constituído, impetrou **MANDADO DE SEGURANÇA**, com pedido de liminar, contra ato do **Sr. DELEGADO DA RECEITA FEDERAL NO RIO DE JANEIRO**, objetivando ver garantido o seu direito de recolher a contribuição social sobre o lucro pelos critérios estabelecidos na Lei nº 9249/95 afastando-se a incidência da contribuição social sobre o lucro cobrado pela alíquota de 30% nos moldes do inciso III do artigo 72 do ADCT, sucessivamente durante a vigência do Fundo de Estabilização Fiscal, ou durante o exercício de 1996 ou pelo menos de janeiro a julho de 1996; e do PIS pelos critérios estabelecidos pela Lei Complementar 7/70, afastando-se a incidência da sua cobrança pela alíquota de 0,75% da receita bruta operacional, nos moldes do inciso V do artigo 72 do ADCT e como definida na série de medidas provisórias iniciadas com a de nº 517/94, sucessivamente durante a vigência do Fundo de Estabilização Fiscal, ou durante o exercício de 1996 ou, pelo menos de janeiro a julho de 1996.

Como causa de pedir a prestação jurisdicional alegou, em síntese, que é contribuinte da Contribuição Social sobre o Lucro prevista no inciso I do art. da CF e instituída pela Lei 7689/88, bem como do PIS, instituído pela Lei Complementar 7/70; que extinto o Fundo Social de Emergência, em 1995, por força da Emenda Constitucional de Revisão nº 1/94, passou a pagar a contribuição social sobre o lucro pela alíquota de 18%, conforme previsto no art. 19, § único da Lei 9249/95; que com a extinção do FSE e levando-se em conta a suspensão dos Decretos-Leis 2445 e 2449/88 pelo Senado Federal (Resolução 49/95), passaram a ser aplicados os critérios estabelecidos na Lei Complementar 7/70; que, entretanto, foi surpreendida pela Emenda Constitucional 10/96, que revigorou o FSE, sob a

denominação de Fundo de Estabilização Fiscal, impondo-lhe maior carga tributária e ofendendo vários princípios constitucionais, como o da irretroatividade e anterioridade das leis tributárias, o da legalidade e o da observância do devido processo legal.

Juntou documentos e preparou o feito.

Reservei-me para apreciar a liminar após as informações (fls. 34).

Em suas informações (fls. 36/40), a Autoridade Impetrada sustentou a legalidade do ato impugnado, aduzindo, preliminarmente, que não cabe Mandado de Segurança, porquanto inexistente direito líquido e certo a ser protegido e, no mérito, aduzindo, em suma, que a contribuição social sobre o lucro dos empregados é uma das fontes de recursos previstas no art. 195 da Lei Magna, destinando-se a atender ao Programa de Seguridade Social e, de acordo com o § 6º do referido artigo, não se sujeita ao disposto no art. 150, do III, "b", da CF/88, exigida após decorridos noventa dias da publicação da lei que as houver instituído ou modificado; que o PIS foi instituído pela LC 7/70 e se destina a promover a integração do empregado na vida e no desenvolvimento das empresas, tendo sido recepcionado pelo art. 239 da CF/88; que as contribuições citadas não são espécies tributárias e, portanto, não se aplicam os princípios tributários elencados no Capítulo de Sistema Tributário Nacional; que não houve ofensa aos princípios da legalidade e da irretroatividade, visto a Emenda Constitucional nº 10/96 não ter criado ou majorado tributo algum, vindo tão somente a prorrogar a vigência do Fundo Social de Emergência, instituído pela Emenda Constitucional de Revisão nº 01/94, passando a se denominar Fundo de Estabilização Fiscal, mantendo para o exercício de 1996 as alíquotas para apuração da Contribuição Sobre o Lucro (30%) e para o PIS (0,75%) que vigoraram nos exercícios financeiros de 1994 e 1995, não havendo, pois, nenhuma alteração destes dispositivos.

Indeferida a liminar (fls. 41).

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 42/78, opinando pela concessão da segurança.

Valor da causa: R\$ 50.000,00.

RELATEI.

FUNDAMENTO E DECIDO:

No trato do tema já me pronunciei no sentido da legitimidade do Fundo de Estabilização Fiscal, apenas com a ressalva da sua sujeição ao disposto no art. 165, § 6ª, da CF/88.

Transcrevo o decreto sentencial.

"Inicialmente, impende rejeitar a preliminar de idoneidade da via mandamental.

A sua viabilização encontra suporte no Texto Constitucional que enseja ao cidadão o acesso ao Poder Judiciário, em caso de ameaça a direito, com o que se deu berço constitucional ao mandado de segurança preventivo.

No mérito, há de acolher, em parte, a postulação autoral.

A Emenda Constitucional de Revisão nº 1, de 01.03.94, incluiu no ADCT os artigos 71, 72 e 73, a teor dos quais foi instituído, nos exercícios financeiros de 1994 e 1995, o Fundo Social de Emergência, excluída a exação do disposto no inciso II, § 9, do art. 165, e integrado, no que interessa à espécie, pela parcela do produto da arrecadação de 30% da contribuição social sobre o lucro das empresas, nos exercícios de 94 e 95.

Entretanto, no exercício de 1996, a Lei nº 9249, de 26.12.95, em seu art. 19, § único, fixou a alíquota para as instituições financeiras em 18%, com efeitos a partir de 01.01.96.

Posteriormente, a Emenda Constitucional nº 10, de 04.04.96, publicada em 07.03.96, alterou os arts. 71 e 72 do ADCT, introduzidos pela ECR 01/94, vigindo a partir da data de sua publicação.

Sob o ângulo oblíquo de alteração, o que houve, em verdade, foi a recriação do tributo, assim sujeito, necessariamente, ao comando do art. 195, par. 6, c/c o art. 150, inciso III, alínea "a", da CF/88.

Esta é a mácula que inquina de ilegalidade o ato administrativo da imposição tributária, pela aplicação retroativa da alíquota de 30%, contrariando a regra da anterioridade mitigada - art. 195, § 6, e violando o princípio constitucional da irretroatividade - art. 150, III, "a".

Por força dos mandamentos constitucionais em comento, a exação só passou a ser exigível à alíquota majorada pela EC 10/96, a partir de 07/06/96.

No trato do tema, revestem-se de inegável interesse as ponderações do Eminentíssimo Ministro Celso de Mello, da Suprema Corte, nos dizeres abaixo:

"Os princípios constitucionais tributários sobre representarem importante conquista político-jurídica dos contribuintes, constituem expressão fundamental dos direitos individuais outorgados aos particulares pelo ordenamento jurídico. O princípio da irretroatividade da lei tributária deve ser visto e interpretado, desse modo, como garantia constitucional instituída

em favor dos sujeitos passivos da atividade estatal no campo da tributação"(in DJ, I, de 19.02.93, pg. 2032).

Não quero, todavia, deixar de tecer breves considerações sobre a isonomia em matéria tributária.

Entendo desprocedente a alegação de maltrato ao mandamento constitucional.

O princípio da capacidade contributiva pode fundamentar uma imposição tributária com alíquotas diferenciadas, desde que a qualidade do contribuinte aponte, com razoabilidade, nesse sentido.

Observa Lobo Torres que o princípio da igualdade significa proibição de arbitrariedade, de excesso ou não-razoabilidade, devendo o critério do discríme ser razoável ou proporcionado, o que afasta desde logo as diferenças que não se cifram na situação econômica do contribuinte, "A igualdade fiscal para a Constituição é proibição de arbitrariedade, excesso ou desproporção" (in "Os Direitos Humanos e a Tributação", Ed. Renovar, pág. 264).

A irresignação do Impetrante teria que vir calcada em prova relativa à inexistência de diferença de qualquer qualidade, em ordem a se concluir pela arbitrariedade da entidade tributante na fixação da alíquota diferenciada.

Noutro falar.

A aferição da alegada inconstitucionalidade, demandaria dilação probatória que, como sabido, é inviável na via célebre e estreita da ação mandamental."

A presente Impetração, entretanto, apresenta aspectos novos consistentes na configuração da imposição tributária emergente da EC 10/96 como imposto e não contribuição, em razão do que haveria que viger o princípio genérico da anterioridade, a inviabilização da determinação das alíquotas via medida provisória e, ainda, a indefinição dos elementos integrantes da exação, considerando que a receita bruta das instituições financeiras e assemelhadas tem peculiaridades ainda não definidas na legislação do imposto sobre a renda.

Em relação ao primeiro ponto, entendo que se a destinação do produto da arrecadação define o instituto tributário da contribuição não é suficiente, no entanto, para descaracterizá-lo tão só em função de uma destinação mais abrangente.

Quanto à inidoneidade do uso das medidas provisórias, afigura-se-me desprocedente a alegação fulcrada no art. 246 da CF, porquanto,

na espécie, a EC 10/96, em rigor, não alterou o disposto no art. 239, apenas lhe conferiu maior abrangência.

No que tange à indeterminação da base de cálculo do PIS, ainda aqui não me parece assista razão à Impetrante. Quando o legislador fala em lei ordinária, abrange no seu âmbito a medida provisória de acordo com a sistemática legislativa inscrita no art. 62 da CF.

ISTO POSTO, na forma da fundamentação supra, **CONCEDO, EM PARTE, A SEGURANÇA**, para o efeito de as Impetrantes recolherem a contribuição social sobre o lucro, à alíquota de 30%, na forma da Emenda Constitucional nº 10/96, a partir de 07.07.96 e o PIS pela alíquota de 0,75% da receita bruta operacional a partir de 07.07.96.

Custas ex lege.

Descabem honorários advocatícios, *ut* Súmulas 105 e 512 dos C.STJ e E. STF.

Oficie-se.

Sentença sujeita ao duplo grau de jurisdição.

Rio de Janeiro, 02 de agosto de 1996.

MARIA TERESA DE ALMEIDA ROSA CÁRCOMO LOBO
JUÍZA FEDERAL TITULAR DA 28ª VARA

DR^a. SIMONE SCHREIBER
JUÍZA FEDERAL TITULAR
29^a VARA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA-RJ
PROCESSO Nº 96.0014046-4

SENTENÇA

Vistos, etc...

NILO TEIXEIRA RODRIGUES, JANDYRA ROSA SILVA FERREIRA E GERSINA SILVA REIS impetram mandado de segurança contra ato do **DIRETOR DA FUNDAÇÃO NACIONAL DA SAÚDE NO RIO DE JANEIRO**, objetivando o não recolhimento da contribuição incidente sobre proventos dos servidores inativos, para custeio do Plano de Seguridade Social da União, instituída pela Medida Provisória 1415, de 29.4.96 e reedições.

Aduzem em síntese que são servidores inativos da Fundação Nacional da Saúde, e como tal estão obrigados ao recolhimento da contribuição social incidente sobre proventos de servidores inativos, na forma estabelecida pelo art. 231 da Lei 8112/90, com a redação dada pelo art. 7º da medida provisória 1415; de 29.4.96.

Que tal dispositivo legal é inconstitucional, pelos seguintes motivos: 1. Viola o princípio da capacidade contributiva; 2. Nova fonte de receita destinada a garantir a manutenção e expansão da seguridade social só poderia ser instituída por Lei Complementar; 3. Viola o princípio da vedação de imposição de tributo com efeito de confisco; 4. Viola a irredutibilidade de proventos.

Por tais fundamentos, requerem a concessão da segurança, para que não lhes seja descontada a contribuição social instituída pela MP 1415/96.

A inicial veio instruída com os documentos de fls. 13/26. As custas judiciais foram recolhidas (fls. 27). A liminar foi deferida (fls. 29/30). A autoridade impetrada apresentou informações, aduzindo em síntese.

Em preliminar, que a sede da Fundação Nacional da Saúde se localiza no Distrito Federal, sendo que compete à Procuradoria Geral da Instituição representá-la em Juízo, ativa e passivamente. Como a "citação"

foi recebida pelo substituto do Coordenador Regional do Rio de Janeiro, requer seja declarada a nulidade, determinando-se a citação da FNS na pessoa de seu Presidente ou de seu Procurador Geral.

Que no caso, a ilegalidade apontada pelos impetrantes exige dilação probatória para sua apreciação.

Que a contribuição social para custeio dos benefícios dos servidores públicos é distinta da contribuição prevista do art. 194 e seguintes, da CF. Que "considerando que o mérito da questão envolve intrinsecamente matéria legal e face a necessária dilação probatória, a suposta ilegalidade dos descontos relativos ao Plano de Seguridade Social" não pode ser discutida no bojo desta ação (*sic*).

Intimada a União Federal do presente feito, interpôs agravo de instrumento da liminar deferida.

O Ministério Público Federal opina no sentido de que é ilegítima a autoridade impetrada, uma vez que a atribuição pode proceder aos descontos impugnados é do Secretário de Recursos Humanos do MARE (fls. 59/60).

No mérito, sustenta que não é necessária, no caso, lei complementar para regular a contribuição instituída pelo art. 40, § 6º, da CF.

Que, não havendo restrição na redação do art. 40, § 6º, da CF, a instituição de contribuição para financiamento dos servidores públicos pode incidir também sobre proventos de funcionários inativos. Também não vislumbra o RMPF violação de direito adquirido ou no princípio da irredutibilidade de proventos na instituição ou majoração de tributo.

Que, não obstante, o prazo de 90 dias após o qual seria exigível a contribuição em exame só poderá escoar após a aprovação da medida provisória instituidora pelo Congresso e sua conversão em lei, e como tal conversão ainda não se deu, neste aspecto é ilegal a exigência da exação, devendo ser concedida, assim, a segurança.

Os autos vieram em conclusão para sentença.

RELATEI.

DECIDO.

Preliminarmente,

A autoridade impetrada argúi "nulidade de citação", requerendo proceda-se à citação do Presidente da FNS, na pessoa do Procurador Geral, no Distrito Federal.

O Ministério Público entende ser ilegítima a autoridade impetrada, pois o desconto da contribuição instituída pela medida provisória 1415/96 é do Secretário de Recursos Humanos do MARE.

Entretanto, deixarei de acolher ambas as alegações. A primeira, tendo em vista que a ação de mandado de segurança não enseja a citação do órgão ao qual pertence a autoridade impetrada, através de sua Procuradoria. Assim, não houve neste aspecto nulidade de citação. A questão estaria em verificar-se qual é a autoridade que efetua os descontos impugnados pelos impetrantes, devendo ser a mesma notificada para apresentar suas informações.

Nesse aspecto, adoto decisão do MM. Juiz Federal Substituto que exerceu a titularidade da 29ª Vara por ocasião de minhas férias, demonstrando que a descentralização administrativa decorre do sistema do Decreto Lei 200/67, e que, tratando-se de Fundação Pública Federal, a atribuição legal de elaborar os contra-cheques de seus servidores e aposentados, e de efetuar descontos, é da própria Fundação, através do agente de ocupar o cargo respectivo, não sendo admissível que normas administrativas emitidas pelo MARE violem os princípios legais da descentralização administrativa e autonomia dos entes de administração indireta. Trancrevo, pois, a lição daquele Ilustre Juiz Federal:

"A autoridade apontada como coatora pretende, em suas informações, afastar sua legitimidade passiva, sob a alegação de que a competência para a prática do ato guerreado (desconto da contribuição prevista pela MP 1.415/96 e muitas reedições) seria exclusiva do MARE - Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, através do chamado SIAPE - Sistema Integrado de Administração de Recursos Humanos, a quem compete o controle de pagamento dos servidores federais ativos e inativos, já incumbido ainda da emissão de folhas de pagamento dos servidores públicos civis.

Entendo deva ser prontamente afastada a tese lançada nas informações. O Ministério - qualquer Ministério - pode efetuar o controle que julgar necessário sobre as autarquias a ele relacionadas. Acredito mesmo que seja de bom tom que se faça este controle no que concerne especificamente a pagamentos, já que não são poucas as denúncias envolvendo servidores fantasmas, pagamentos irregulares e tantas outras ilegalidades, situação que não é em nada admissível, se considerarmos os níveis salariais miseráveis da imensa maioria dos servidores públicos neste País.

Todavia, o controle aqui mencionado (salutar, compatível com a ordem democrática e necessário para prestar contas à população usuária

e contribuinte) é diferente de uma camisa-de-força burocrática em que pretensos "neo-eficientes" buscam manter controle total e absoluto sobre todas as entidades administrativas do País, em uma ânsia centralizadora que é, no mínimo, radicalmente incoerente com o discurso neoliberal do Governo.

A reforma administrativa levada a efeito em plenos anos sessenta (no bojo da ditadura militar, uma ditadura firmemente marcada pelo seu caráter burocrático-repressivo e tecnocrático, como já analisaram muitos importantes autores) era infinitamente mais "moderna" e "tolerante" que a gana ultracentralizadora vigente na atualidade. Marcava-se basicamente pelos conceitos de descentralização e desconcentração, com o que pretendia aumentar a eficácia da máquina administrativa, rompendo com os cerceamentos do controle absolutista e priorizando o controle finalístico e a coordenação racional de esforços (DL 200/67).

Legislação, doutrina e jurisprudência são unânimes, em nosso país, em caracterizar autarquias como serviços autônomos, criados por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada (art. 5º, I, do Decreto-Lei 200/67). As autarquias não são subordinadas hierarquicamente aos órgãos centrais aos quais se vinculam, sofrendo apenas, de sua parte, mero controle finalístico (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1993, pp. 307-316; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas 1992, pp. 268-272; MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1993, pp. 75-81).

Ora, neste contexto, que não é apenas o do DL 200/67, e sim um elemento da cultura administrativa deste país (ao menos até aqui), buscar eximir-se de suas responsabilidades por conta de uma centralização administrativa de caráter meramente interno, burocrático, não embasada na lei e contrariando toda a estrutura e sistemática jurídica da Administração, não pode encontrar qualquer guarida do Judiciário.

Autoridade coatora é aquela que pratica o ato com poderes de disposição sobre o mesmo, ou melhor, aquela que tem condições juridico-materiais de reverter o ato atacado como ilegal. No caso presente, a Autoridade apontada como coatora tem este poder, porque é dirigente de autarquia federal, cujo estatuto em nosso sistema jurídico lhe confere autonomia de gestão financeira e patrimonial. Se silencia diante da supressão ilegal de suas próprias competências administrativas, é fato que deve ser mantido estranho ao processo, não podendo arcar o

Impetrante com a inércia e a desídia do Impetrado para com suas prerrogativas institucionais.

Ademais, como bem assinala o Parecer do douto Ministério Público, o Decreto nº526/92 corrobora a legitimação passiva da autoridade apontada como coatora na inicial. Somada ao disposto no art. 3º da lei 4.348/68 e no art. 6º do Dec. 2.028, de 11 de outubro último, demonstra-se cabalmente a legitimidade da autoridade indicada na inicial.

Por fim, é de se ponderar que a Coordenação Geral de Recursos Humanos do Ministério da Fazenda, mediante a mensagem nº 256073, datada de 20 de agosto de 1996 e dirigida a todos os Delegados de Administração do país, já havia "autorizado" os diversos órgãos da Administração Federal a procederem ao atendimento das liminares concedidas com vistas à suspensão dos descontos relativos ao PSS dos ex-servidores inativos, atendimento este que deveria ser feito mediante crédito do respectivo valor descontado (estorno).

Mais tarde, através da Mensagem nº 256047, da mesma data, o mesmo órgão informou que "para o SIAPE não descontar PSS de inativos com mandado de segurança basta desligar o parâmetro do referido desconto", com o que evidencia-se, ainda, a viabilidade técnica, além da jurídica, de acatamento da ordem judicial, com o que mais do que se caracteriza a perfeita legitimação passiva. Logo, a questão resta claramente superada".

A análise levada a efeito no trecho acima aplica-se ao caso em tela, pois os impetrantes são aposentados de Fundação Pública Federal, a qual possui idêntica autonomia administrativa. Assim, rejeito a arguição de ilegitimidade passiva ad causam e de "nulidade da citação", passando ao exame do *meritum causae*.

No mérito,

.I.

Antes de qualquer coisa, é preciso definir-se com precisão a natureza da exação contra a qual insurgem-se os impetrantes: contribuição social para custeio do Plano de Seguridade Social do Servidor Público, incidente sobre proventos dos chamados servidores inativos (art. 231 da Lei 8112/90, com redação dada pela medida provisória 1415/96 e reedições).

A Constituição Federal, em seu art. 149, prevê que compete à União Federal instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas.

Conforme ensinamento de Sacha Calmon Navarro Coelho, as contribuições sociais e os impostos não se distinguem substancialmente. Diferem apenas no destino do produto da arrecadação. Neste sentido também se manifestou o E. Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 146.733 - SP, afirmando a natureza de contribuição da exação instituída pela Lei 7689/88 (Contribuição Social sobre o Lucro das Pessoas Jurídicas), apesar da arrecadação ser atribuída à União Federal, através da SRF. Ao proferir seu voto, o Ministro Relator Moreira Alves, observa:

"...tais circunstâncias não afastam a natureza de contribuição da exação referida, inconfundível como imposto de renda, uma vez que... desde que bem delimitados os contornos jurídicos de cada uma das espécies tributárias de que se cuida e, assegurada a correta destinação do produto da arrecadação das contribuições, sempre será possível distinguir, no plano teórico, os dois tributos".

De fato, enquanto os impostos são tributos cujo fato gerador refere-se a uma situação relativa ao contribuinte e independente de qualquer atividade estatal específica, as contribuições sociais são instituídas para financiamento de determinadas atividades sociais do Estado.

Já as contribuições para financiamento da seguridade social são espécie do gênero contribuições sociais. "A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social" (art. 194, da CF).

(Outra espécie de contribuições sociais, ao lado das de seguridade social, seriam, v.g., as chamadas contribuições sociais gerais (art. 149 da CF), como são, v.g., o FGTS, o salário-educação (art. 212, § 5º), as contribuições do SENAI, SESI e SENAC art. 240) etc.

A questão está em saber se podemos incluir a contribuição prevista no art. 231 da Lei 8112/90 no rol das contribuições para financiamento da seguridade social. Ora, que tal exação tem natureza de contribuição social, considerando o disposto no art. 149 da Constituição, eu não tenho a menor dúvida.

Isto porque a contribuição incidente sobre vencimentos e proventos dos servidores públicos ativos e inativos é tributo instituído para financiamento de determinada atividade estatal, ou em outras palavras, instituído pela União como fonte de receita de seguridade social do servidor público.

Mas afirmar-se que tal exação é "contribuição para financiamento da seguridade social" exige cautela. Não há dúvida de que a seguridade

social do servidor público assegura os direitos referentes à saúde, previdência e assistência deste servidor. No entanto, quando a Constituição Federal fixa as regras da "seguridade social"(art. 194 e segs.), ela é específica e traça as normas de seguridade social dos trabalhadores das empresas privadas, sujeitos à previdência social organizada pelo MPAS e pelo INSS. Ou seja, as chamadas contribuições para financiamento de seguridade social estabelecidas no art. 195 não se referem em nenhum momento ao servidor público e a seu plano de seguridade social.

Tanto isto é verdade que, ao estabelecer as fontes de custeio da seguridade (art. 195), a CF vai citar os empregadores e trabalhadores (privados, evidentemente). Não se incluem aí os servidores e a União, categorias que estão previstas lá no art. 40, § 6º, o qual inclusive foi acrescentado à Constituição pela EC 03/93.

Outro indicador de tese ora defendida são os artigos 201 e seguintes, que regem a "previdência social". São regras atinentes à aposentadoria dos trabalhadores celetistas, pois as referentes aos servidores públicos estão traçadas no art. 37 e seguintes da CF.

Então, onde, na Constituição Federal, pode ser enquadrada a contribuição social exigida dos servidores públicos (e agora também dos inativos) para o custeio do seu Plano de Previdência?

Em razão das questões acima explicitadas, já ao apreciar o pedido liminar, me manifestei, no sentido de que a contribuição para custeio de aposentadorias e pensões dos servidores públicos federais tem assento constitucional, não no art. 195 da Constituição Federal, mas sim no art. 40, parágrafo sexto, *in verbis*:

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

Defendo pois que esta exação é uma espécie de contribuição social, à qual não se aplicam as disposições do art. 195 da CF. Também, atentando para o fato de que o conceito de seguridade social deste art. 195 não engloba a seguridade social do servidor público, entendo que esta contribuição não tem base na competência residual, fixada no art. 195, § 4º (este fala de outras fontes para garantir a expansão da seguridade social, mas está tratando do conceito estrito de seguridade social, como já examinado).

Então, o artigo norteador do legislador infra-constitucional, quando institui e majora a contribuição social para financiar seguridade do servidor público, é o 149, geral para contribuições sociais instituídas pela União

Federal. Este artigo estabelece devam ser observadas as seguintes regras, na instituição de contribuições sociais: 1. art. 146, III (exigência de lei complementar de normas gerais); 2. art. 150, I (princípio de legalidade); 3. art. 150, III (irretroatividade e anterioridade).

.II.

Feitas estas observações, é possível examinarmos se a medida provisória 1415, de 29.4.96, até agora não aprovada, e cuja última reedição ocorreu em 14.2.97 (medida provisória 1463-10), violou alguma norma constitucional ao instituir nova contribuição social, incidente sobre os proventos dos servidores inativos.

Todas as contribuições sociais sujeitam-se, a princípio, à lei complementar de normas gerais. No entanto, como ensina o Ministro Carlos Velloso, em voto proferido no julgamento do Recurso Extraordinário 148.754 - RJ,

"Isto não quer dizer que a instituição dessas contribuições exige lei complementar: porque não são impostos, não há a exigência no sentido de que os seus fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes estejam definidos na lei complementar (art 146, III, 'a')".

Além disso, o Supremo Tribunal Federal, ao examinar a constitucionalidade da contribuição social sobre o lucro, no RE 146.733-SP, entendeu desnecessária sua instituição por lei complementar, pelo fato de já estar tal contribuição "devidamente definida em suas linhas estruturais na própria Constituição"(art. 195, I).

De fato, os autores como Sacha Calmon Navarro Coelho e Ricardo Lobo Torres, ao comentarem o art. 146, III, da Constituição Federal, observam que a lei complementar que veicula normas gerais em matéria tributária é o Código Tributário Nacional (o qual apesar de originariamente ter sido aprovada por lei ordinária, tem indiscutivelmente força de lei complementar).

"a lei com estado de complementar sobre normas gerais de Direito Tributário, ora em vigor, é o Código Tributário Nacional, no que não contrariar a Constituição de 1988, a teor do art. 34. § 5º, do "Ato das disposições Constitucionais Transitórias" (*lex legum habemus*)."
(Sacha Calmon, Comentários à Constituição de 1988 - Sistema Tributário, Ed. Forense, 5ª Ed., pág. 129)

Entendo razoável tal posição. A Constituição é explícita quando exige que a instituição seja veiculada por lei complementar (por exemplo, art. 195, § 4º; 154, I; e quanto aos impostos discriminados, o próprio art. 146, III, 'a'). Assim, considerando-se que o CTN contém as chamadas normas gerais em matéria tributária, inclusive definição de tributos e suas

espécies (e quanto às contribuições, ver art. 217 do CTN), para instituição da contribuição social em questão, não há expressa reserva de lei complementar instituidora.

Também não há vedação a que tal contribuição seja instituída por medida provisória jamais pode ser exigida antes de sua conversão em lei. Senão, vejamos.

O E. Supremo Tribunal Federal, a respeito da possibilidade de instituição de contribuição social por medida provisória, se manifestou favoravelmente por ocasião do julgamento do RE146733-SP, quando considerou constitucional a contribuição social sobre o lucro das pessoas jurídicas, instituída pela MP 22/88, posteriormente convertida na lei 7689/88.

O voto condutor do Ministro Relator Moreira Alves sustentava que o STF considerava constitucional a instituição de tributos por decreto-lei, e coerentemente não havia motivos para excluir-se a possibilidade de criar-se ou majorar-se tributos por medida provisória ao argumento de que tal procedimento contrariasse o princípio da reserva legal tributária.

Não obstante, naquela ocasião, o Supremo não atacou a questão do termo *a quo* da exigibilidade do tributo em questão, se a medida provisória instituidora não é aprovada pelo Congresso Nacional em 30 dias e por isso é reeditada pelo Executivo. E não o fez porque, no caso, a MP 22/88 havia sido aprovada no interregno em 30 dias, como se depreende do voto do Ministro Moreira Alves, o qual transcrevo:

"Mas, ainda que se entendesse o contrário, no caso não haveria qualquer problema, inclusive com relação às questões do princípio da anterioridade ou do prazo para a exigibilidade da contribuição em causa, e isso porque, dias depois da edição da Medida Provisória 22, entrou em vigor sua Lei de conversão (a Lei 7689, de 15.12.88)..."

Ora, no caso em tela, entendo que não é aplicável o art. 195, § 6º, da Constituição Federal, que excepciona a regra da anterioridade tributária (art. 150, III, b da CF). E isso porque, como já defendi exaustivamente, a contribuição social em exame não pode ser considerada contribuição da seguridade social, regida pelo art. 195 da CF.

Assim, por expressa determinação do art. 149, parte final, a *contrario sensu*, a contribuição social incidente sobre proventos dos servidores públicos inativos só será exigível no exercício financeiro seguinte ao da publicação da lei que a instituiu. E a medida provisória não aprovada não pode ser considerada lei instituidora de tributo para os efeitos deste artigo.

De acordo com entendimento expressado pelo Supremo Tribunal

Federal, na Adin 365-DF (RTJ 134/558), a não aprovação pelo Congresso Nacional de medida provisória no prazo de 30 dias opera sua desconstituição, com efeitos *ex tunc*.

Vejamos trecho da ementa do acórdão então prolatado:

"Medidas Provisórias. A rejeição da medida provisória despoja-a de eficácia jurídica desde o momento de sua edição, destituindo de validade todos os atos praticados com fundamento nela. Essa mesma consequência de ordem constitucional deriva do decurso *in albis* do prazo de 30 dias, sem que, nele, tenha havido qualquer expressa manifestação decisória do Congresso Nacional."

E o Ministro Relator Celso de Mello, em seu voto, discorre sobre a inconstitucionalidade de disposição contida nas medidas provisórias que sucedem a primeira não aprovada no sentido de que ficam convalidados os atos praticados com base nas medidas provisórias anteriores (ver, por exemplo, art. 17 da MP 1546/96):

"A convalidação, por deliberação executiva, de atos praticados com fundamento em medidas provisórias não convertidas, afronta o preceito consubstanciado no art. 62, parágrafo único, da Constituição, que prevê a sua desconstituição, integral e radical, com eficácia *ex tunc*. A preservação no tempo, dos efeitos de medidas provisórias não apreciadas pelo Congresso Nacional revela-se em manifesta colidência não só com o que expressa e literalmente dispõe o texto constitucional, mas também, com a possibilidade de sua subsistência no mundo jurídico".

De fato, entendendo inconstitucional a própria reedição de medida provisória não apreciada em trinta dias pelo Congresso Nacional, já que a não apreciação implica, dentro do sistema da Carta de 1988, em rejeição tácita, ficando a matéria irremediavelmente devolvida para o Congresso Nacional.

Mas, mesmo que se parta do entendimento de que é possível a reedição, é certo que tal procedimento não terá em nenhuma hipótese o dom de conferir efeitos à medida anterior, tacitamente rejeitada, ou rejeitada por decurso de prazo, em contraposição com os decreto-lei, os quais eram aprovados por decurso de prazo.

E isto porque a Constituição é expressa: medida não aprovada perde a eficácia desde a edição (art. 62, parágrafo único). Assim, como admitir-se que uma MP sem eficácia seja considerada válida como norma instituidora de uma contribuição social, para os efeitos do art. 150, III, da CF? Aquele dispositivo dita que a exação só poderá ser exigida no exercício financeiro seguinte àquele em que foi publicada a lei que instituiu e modificou. Uma medida provisória que perdeu a eficácia *ex tunc* não é apta a instituir nada!

Assim, só poderá ser validamente exigido tributo instituído por medida provisória após sua conversão. E aí sim a data da edição da medida provisória que houver logrado conversão em lei pode ser validamente considerada o termo *a quo* para o efeito do art. 150, III, da CF.

.III.

Outro aspecto da constitucionalidade da contribuição instituída pela medida provisória 1415/96, e reedições, deve ser analisado. É legítima a instituição de contribuição social sobre os proventos dos servidores aposentados, para custear a saúde, assistência e previdência dos servidores públicos?

Entendo que não há base na Constituição da imposição de tal encargo aos aposentados do serviço público, por duas razões muito simples:

O sistema constitucional de custeio da Seguridade Social está baseado no princípio de que o trabalhador contribui por toda a vida e usufrui quando se aposenta. Para verificar isso é só examinarmos todas as normas constitucionais atinentes à seguridade social.

Como se pode pretender instituir, por medida provisória, novo encargo para aposentados que já contribuíram por toda a vida e conquistaram seu direito a receberem da Previdência Social? Entendo que este novo encargo imposto aos aposentados do serviço público violou o princípio da isonomia tributária, consistente em dar tratamento tributário igual a quem esteja em situação equivalente.

O trabalhador que recebe seus ganhos de aposentado pelo INSS já não contribui, ele apenas usufrui porque já contribuiu por tempo fixado na lei que regeu sua aposentadoria. A imposição desta exação ao inativo do serviço público é violadora do sistema de seguridade e previdência social assegurado na Constituição Federal a todos os trabalhadores *lato sensu*, sejam eles provenientes do serviço público ou não.

A contribuição social incidente sobre proventos dos inativos é inovadora, pois indiscutivelmente rompe com o sistema até então adotado, que podemos chamar de "retributivo", o qual consiste em o trabalhador contribuir enquanto é produtivo para fazer jus a uma retribuição quando se torna improdutivo, quando se aposenta.

Ora, tamanha novidade, tamanha mudança no sistema, não pode decorrer de uma medida provisória pretensamente apoiada em um artigo da Constituição que estabelece que "as aposentadorias e pensões dos servidores públicos federais serão custeadas com recursos provenientes da União e das contribuições dos servidores, na forma da lei"(art. 40, § 6º).

Poderíamos enveredar na interpretação literal da norma: o conceito de servidores engloba os aposentados? Se o servidor público é a pessoa legalmente investida em cargo público, como ensinam os Manuais de Direito Administrativo, a resposta é negativa. Entretanto, entendo que a medida provisória 1415/96, mais do que estender um conceito literal contido da Constituição - de servidor público - para incluir os inativos, subverteu o sistema constitucional de seguridade social, o qual assegura ao aposentado o direito de perceber sua remuneração da seguridade para a qual contribuiu durante toda a sua vida laboral.

Por tais motivos, considero inconstitucional a pretendida imposição de contribuição social para custeio da seguridade do servidor público aos servidores inativos.

.IV.

Concluindo,

1. por não exigível qualquer tributo com fundamento em medida provisória não aprovada e reeditada pelo executivo;

2. por entender que a imposição de contribuição social aos servidores inativos fere o princípio da isonomia tributária e viola o sistema de seguridade social consolidado na Constituição de 1988;

3. E além disso, pelo fato de que, mesmo admitindo-se fosse constitucional tal exação, por entender que só será exigível no exercício financeiro seguinte ao da sua instituição (quando e se vier a ser aprovada a medida provisória instituidora).

Concedo a segurança, para determinar à autoridade impetrada que se abstenha de efetivar o desconto referente à contribuição instituída pela MP 1415/96, e reedições, sobre os proventos dos impetrantes.

Custas *ex lege*.

Sem honorários advocatícios.

P.R.I., inclusive a União Federal e o Ministério Público Federal, e oficie-se a autoridade impetrada.

Sentença sujeita ao reexame obrigatório.

Rio de Janeiro, 10 de Março de 1997.

SIMONE SCHREIBER
JUÍZA FEDERAL DA 29ª VARA.

DR. ALFREDO FRANÇA NETO
JUIZ FEDERAL TITULAR
30ª VARA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA-RJ
PROC. Nº 93.0029727-9

SENTENÇA

Vistos etc.

ELIZABETH DOMINGOS COSTA, ERMELINDA PARACAMPO, JUREMYR DA SILVEIRA FIORI, LOURDES BITTENCOURT PEREIRA, MARIA DA CONCEIÇÃO VIANNA DE MATTOS, YOLANDA ARÁUJO DE OLIVEIRA e REGINA CÉLIA AURELIANO DA SILVA, qualificados na inicial, propõe Ação Ordinária em face do INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, porque objetivam a condenação da ré a lhes pagar a Gratificação de Estímulo à Fiscalização e Arrecadação - "GEFA", no valor de 30%, desde 01.01.91, paga aos Fiscais de Contribuições Previdenciárias, nos termos do art. 41, § 4º, da lei nº 8.112/90, incluindo-se, ainda, as prestações vencidas e vincendas e as penas de sucumbência.

Como causa de pedir a prestação jurisdicional, dizem que, na condição de servidores públicos federais do quadro permanente do Instituto Nacional do Seguro Social, exercendo funções de apoio à fiscalização, arrecadação e cobrança de contribuições previdenciárias atuando na denominada "Linha de Arrecadação da Previdência Social", suas atribuições identificam com as específicas da área de Tributação e Arrecadação integrantes do Grupo TAF, criado pelo PCC de que trata a lei nº 5.645/70, sendo assim fazem jus à mencionada gratificação aos Auditores Fiscais do Tesouro Nacional, com fundamento no princípio da isonomia funcional.

Outrossim, esclarecem que não recebem a gratificação concedida aos Auditores Fiscais, através da edição da Lei nº 7.787/89, que vinculou o pagamento da GEFA aos princípios estabelecidos na lei nº 7.711/88, em total discordância com o tratamento igualitário previsto no art. 5º, da Constituição Federal.

Inicial instruída com documentos e recolhidas as custas judiciais (fls. 02/64).

Citado o **INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS**, responde aos termos da ação para alegar, em síntese, que a gratificação pretendida pelos autores foi concedida aos Fiscais de Contribuições Previdenciárias, exclusivamente, portanto, sendo certo que não ocupam tal função, não fazem jus ao recebimento da mesma por ausência de previsão legal, motivo pelo qual requer a improcedência do pedido.

Manifestaram-se os autores sobre a contestação e sem outra provas, além da documental produzida nos autos.

É o relatório

DECIDO.

O princípio da igualdade perante a lei - ou na lei, como propugnam alguns - consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os diversos, usando a lei, por vezes, de critérios desigualadores para atingir esse equilíbrio na norma.

O princípio da igualdade (ou da isonomia) perante a lei é uma ficção jurídica, exatamente porque os homens não são, nem biológica, nem econômica, nem sociologicamente iguais. Daí a necessidade de, em sendo desiguais, a eles seja assegurada a "igualdade de oportunidades", i. é, que venham a ser tratados como iguais fossem.

O princípio de igualdade ou da isonomia atinge a todos, indistintamente, naquilo em que todos são iguais, ao mesmo tempo que distingue as desigualdades e, em diversas hipóteses, as conduz à formação de subconjuntos menores, de iguais entre si.

Por isso, a Constituição e as leis infraconstitucionais temperam o exercício dessas categorias (experiência anterior, habilitação profissional etc.), ou mesmo reservando um determinado número de vagas para deficientes, sem violar, com isso, o preceito igualitário, pois todos os que, na circunstância, preencherem os requisitos enumerados, são iguais perante a lei.

Oportuna, na espécie, a lição do Desembargador Federal do Tribunal Regional Federal da 2ª Região SÉRGIO D'ANDRÉA FERREIRA (in **COMENTÁRIOS à CONSTITUIÇÃO**, 3º VOLUME, arts. 37 a 43, Biblioteca Jurídica Freitas Bastos, p. 174 e segs.), a propósito do inciso XIII, do art. 37, da Carta Federal:

"1. O princípio geral é contido no inciso XIII do art. 37: o da vedação de vinculação e equiparação de vencimentos para o efeito de remuneração de pessoal do serviço público."

".....(omissis)...."

"2. É evidente que se trata de proibição de vinculação ou de equiparação, fora, respectivamente, dos casos de classes sucessivas de uma mesma carreira e de cargos idênticos, ou seja de uma só classe. Assim, nada impede que o vencimento das classes superpostas de uma carreira sejam fixadas em percentuais em relação à mais elevada ou à inferior:

".....(omissis)....."

"O que a CF veda é que, por via legal, judicial ou administrativa, se equiparem ou se vinculem os vencimentos ou salários de carreiras diversas, como a dos médicos e dos procuradores, por exemplo, como na hipótese, se trate, todas, de categorias de nível universitário."

Daí porque fixada a linha de entendimento na jurisprudência no sentido de descaber, em tese, ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar os vencimentos de servidores públicos com fundamento no princípio da isonomia (Súmula STF-339), vedado atribuí-la por via de decisão judicial a funcionário de qualquer categoria.

A fixação de vencimento e seu aumento compete ao Poder Legislativo que examina o projeto de iniciativa do Poder Executivo (RTJ - 54/384). Ao Judiciário somente cabe examinar a lesão ao princípio constitucional da igualdade. Não cabe o exame da justa ou injusta situação do servidor, que deveria estar em nível mais alto, o princípio: à função igual corresponde igual remuneração é constitucional, com base na isonomia (RTJ - 71/889; 75/198; 68/243; exercício de funções diversas das correspondentes ao cargo de que é titular - RTJ -80/871; 78/307, 81/937).

Sendo assim, os argumentos da parte autora se sobrepõem, com larga vantagem, os expedidos pela parte ré. Pois, os autores não têm direito a percepção do percentual da GEFA, destinada aos Fiscais de Contribuição Previdenciária, por falta de previsão legal.

Nesse sentido, a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, no julgamento da Apelação Civil nº 0133689/94, decisão publicada no DJ de 16.10.95, Relator Desembargador JIRAIR MEGUERIAN, decide que:

"ADMINISTRATIVO - GEFA - BENEFICIÁRIOS - EXTENSÃO ISONÔMICA - IMPOSSIBILIDADE (CONSTITUIÇÃO, ART. 37, XIII), HONORÁRIOS ADVOCÁTICOS.

1. O DECRETO-LEI N. 2.225/85 QUE ASSEGUROU AOS AUDITORES DO TESOIRO NACIONAL AS GRATIFICAÇÕES,

INDENIZAÇÕES E VANTAGENS QUE ERAM, A ÉPOCA DE SUA EDIÇÃO, CONCEDIDAS AOS FISCAIS DE TRIBUTOS FEDERAIS, NÃO AUTORIZA A EXTENSÃO DA GEFA, CRIADA PELO DECRETO-LEI N. 2.357/87, AS CATEGORIAS NÃO CONTEMPLADAS NELE OU EM OUTROS DIPLOMAS LEGAIS.

2. A ISONOMIA DE VENCIMENTOS PREVISTA NO PARÁGRAFO 1 DO ART. 39 DA CONSTITUIÇÃO DEPENDE DE LEI.

3. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS A SEREM REDUZIDOS. MESMO NA HIPÓTESE DO PARÁGRAFO 4, DO ART. 20 DO CPC, NÃO PODE A VERBA HONORÁRIA, NO CASO DE IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO, ULTRAPASSAR O VALOR DA CAUSA, SE ESTE NÃO FORA IMPUGNADO PELO RÉU, MUITO MENOS ATINGIR UM MONTANTE EQUIVALENTE A SEIS VEZES O VALOR DA CAUSA POR AUTOR."

Isto posto, JULGO IMPROCEDENTE O PEDIDO e condeno os autores nas despesas judiciais e nos honorários advocatícios, que fixo em 10% (dez por cento) do valor atualizado da causa.

P.R.I.

Rio de Janeiro, em 25 de fevereiro de 1997.

ALFREDO FRANÇA NETO.
JUIZ FEDERAL - 30ª VARA

DR. ALBERTO NOGUEIRA JÚNIOR
JUIZ FEDERAL TITULAR
32ª VARA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA-RJ
PROC. Nº 96.0017688-4

Impetrou Mandado de Segurança contra ato do Sr. **DELEGADO DO MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO E DO DESPORTO - MEC** e o Sr. **CHEFE DE RECURSOS HUMANOS DO MEC**, alegando que, quando servidora aposentada do MEC, recebendo seus proventos através do DEMEC/RJ, teve descontada em seus proventos parcela correspondente a "Contribuição para a Seguridade Social", tendo recebido, em 22 de agosto 30% (trinta por cento) do valor devido a título de proventos deste mês e, em 03 de setembro, o valor restante. Alega, a Impetrante, que a MP nº1415/96, reeditada pelas MPs nºs. 1463, 1463-2 e 1463-3, em seu art. 7º, que alterou o disposto no art. 231 da Lei nº 8112/90, ofende-se o disposto nos arts. 194, IV e V; 195, II, 40, § 6º e 5º, XXXVI, todos da CF. Pediu, assim, a concessão da medida liminar, "*inaudita altera parte*", determinando a suspensão do ato impugnado, qual seja, a determinação de inclusão de desconto, para custeio do Plano de Seguridade dos Serviços Públicos, nos contracheques do mês de agosto e setembro de 1996, da Impetrante, abstendo-se os Impetrados de efetuarem novos descontos a este título; a notificação das autoridades impetradas, para a prestação das informações, no prazo legal, e a concessão da ordem, ao final, ratificando-se os termos da medida liminar, anulando-se os descontos já determinados e procedendo-se à devolução de quaisquer quantias eventualmente descontadas da Impetrante, com juros de mora e correção monetária (fls. 02/18). Juntou documentos (fls. 19/23).

Concedida a liminar requerida às fls. 25, prestou a 1ª autoridade impetrada as informações de fls. 32/35, tendo alegado, em síntese, preliminarmente, ilegitimidade passiva "*ad causam*"; e que não cabe Mandado de Segurança contra lei em tese, nos termos da Súmula nº 266 do E. STF.

Opinou o Ministério Público Federal às fls. 36/41 pela extinção do feito, sem julgamento do mérito, por ilegitimidade passiva "*ad causam*" e, no mérito, pela concessão da ordem.

Às fls. 43/44, com o documento de fls. 45, petição da Impetrante alegando que a medida concedida não foi cumprida pelas autoridades impetradas.

Às fls. 47/77, petição da União Federal, comunicando a interposição de agravo de instrumento contra a decisão liminar.

É o relatório.

Passo a decidir.

PRELIMINARMENTE

Quanto à alegação de ilegitimidade passiva "*ad causam*" efetuada pela Sra. **DELEGADA DO MEC/RJ**.

Não alegou ela, como o Ministério Público Federal, que a folha de pagamento da Impetrante é preparada e expedida por autoridade administrativa outra, com sede funcional em Brasília -DF.

Apenas disse que a Impetrante insurgia-se contra lei em tese e, conseqüentemente, não tendo sido ela autoridade que editou a Medida Provisória inquinada de inconstitucional, não poderia praticar os atos necessários a corrigir este ato, no caso de ser considerado, efetivamente, eivado deste vício.

Ora, a Impetrante não está a se insurgir contra lei em tese, mas sim, contra a aplicação de ato normativo com força de lei, ao seu caso concreto, através de forma de controle difuso de constitucionalidade.

Inaplicável, assim, a Súmula nº 266 do Eg. STF ao caso destes autos.

Por outro lado, não tendo sido qualquer alegado pela autoridade impetrada que não é ela quem determina ao setor administrativo competente a elaboração das folhas de pagamento, é a indicação de que parcelas devem ser descontadas por ocasião de cada pagamento.

Entretanto, deixo de incluir no feito a 2ª autoridade impetrada, o Sr. CHEFE DE RECURSOS HUMANOS DO MEC-RJ, uma vez que este é apenas órgão executor de ordens superiores, apenas elaborando e distribuindo os respectivos contracheques, sem poder decisório para excluir ou incluir qualquer parcela que seja.

NO MÉRITO

Dispõe o art. 40 § 6º, da CF, com redação dada pela EC no 03/93:

"Art. 40 - O servidor será aposentado:

§ 6º - As aposentadorias e pensões dos servidores público federais serão custeadas com recursos proveniente da União e **das contribuições dos servidores, na forma da lei.**" (grifei)

Como se vê, a própria Constituição Federal deixou à lei ordinária a disciplina da matéria, não só no que diz respeito à instituição da obrigatoriedade de contribuição dos servidores para o custeio de suas aposentadorias e pensões, expressamente, como, também, **não excluindo, formal e expressamente**, qualquer espécie de servidor, seja ativo, seja inativo, desta obrigatoriedade.

Pelo que, de imediato, pode-se concluir que ***inexiste imunidade tributária ou previdenciária constitucionalmente assegurada aos servidores públicos ativos ou inativos, seja imunidade genérica, seja específica, em relação a determinada espécie de tributo ou contribuição previdenciária.***

Originalmente, o art. 231 da Lei nº 8112/90 nada dispôs quanto à obrigatoriedade dos servidores públicos federais inativos em contribuírem para a Seguridade Social, **embora, face a inexistência de vedação expressa em sentido contrário, em sede constitucional, pudesse tê-lo feito.**

Daí porque é a Medida Provisória nº 1415/96, sob a forma das sucessivas reedições - tidas como legítimas pela jurisprudência pacífica do Eg. STF, com ressalva do ponto de vista pessoal deste órgão jurisdicional em sentido contrário - constitucional, ainda que instituindo hipótese de incidência tributária não discriminada na própria Constituição Federal, o que, normalmente, demandaria a edição de Lei Complementar, desnecessária, no caso, já que a própria Constituição Federal, no referido art. 40, § 6º, permite à legislação ordinária instituir e dispor quanto ao tema.

Não há que se alegar que a incidência desta contribuição afetaria o princípio da irredutibilidade dos vencimentos, assegurada, sob a nova ordem constitucional, também aos servidores públicos federais, ativos e inativos.

Isto porque, já nos sistemas constitucionais anteriormente vigentes, a irredutibilidade de vencimentos, assegurada a outras categorias de servidores, como os magistrados, não impedia que estes sofressem a incidência dos ***impostos gerais***, ou seja, que não tivessem por sujeitos passivos apenas determinada categoria de trabalhadores ou de servidores ou de serviços públicos, o que se constitui em tradição constitucional positiva existente em nosso Direito, como, e.g., ensina PONTES DE MIRANDA:

"Sob a Constituição de 1967, tal como a de 1946 e a de 1934, a irredutibilidade dos vencimentos do juízes obsta a quaisquer impostos sobre eles, porque, se assim não fosse, poderiam o Poder Legislativo e o Poder

Executivo, de mãos dadas, reduzi-los como entendessem. Mas uma coisa são impostos sobre determinados vencimentos e outra coisa *imposto de renda*, por exemplo, que é *imposto geral e*, para diminuir os vencimentos dos juizes diminuiria os de todos que tem vencimentos ou proventos de qualquer espécie. Atendendo a isso, a Assembléia Constituinte de 1934 ressaltou: "os quais, todavia, sujeita aos impostos gerais".(...)"("COMENTÁRIOS À CONSTITUIÇÃO DE 1967, com a Emenda nº 01 de 1969," Tomo III, 2ª ed., 1970, p.574, Ed. Revista dos tribunais)

Quanto à alegação de ofensa a direito adquirido.

Como acima foi dito, inexistente imunidade constitucionalmente assegurada aos servidores públicos federais inativos, total ou parcial.

De modo que o único direito adquirido que goza a Impetrante, em princípio, é o da aposentação, o que, segundo parece, não foi desrespeitado.

As prestações decorrentes da obrigação legal previdenciária estabelecida entre a União Federal e a Impetrante - os proventos - são parcelas acessórias, de trato sucessivo e constituem-se, em verdade, em exaurimento daquela obrigação, que mensalmente é renovada.

Ora, a Impetrante não contribuiu para que não pagasse impostos ou contribuições quando se aposentasse, mas sim, apenas para que, um dia, pudesse se aposentar, de acordo com as condições estatuídas pela lei, quando reunisse todos os requisitos para a concessão do direito, regendo-se pela Lei vigente no dia em que os reunisse.

Mas é de se ressaltar - isto *apenas quanto ao direito à aposentação*.

Quanto às obrigações de natureza tributária, previdenciária e outras que tais, a lei a se observar é a vigente *quando da ocorrência dos respectivos fatos geradores*, ou seja, no caso, a percepção dos proventos.

De modo que só haveria lesão a direito adquirido, no sentido de recolher dita contribuição, se a Medida Provisória impugnada *tivesse sido referida com eficácia retroativa*, o que, entretanto, não é o caso.

Quanto à alegação de que o servidor público inativo, por ostentar esta qualidade jurídica, não poderia ser considerado *servidor público*, como tal só podendo se compreender os que ainda encontram-se ligados ao cargo respectivo, em atividade, é de observar que a jurisprudência dos Tribunais Superiores é pacífica no sentido de reconhecer a legitimidade da aplicação do art. 17 dos ADCT, ou seja, de que os proventos dos servidores públicos aposentados obedeçam, também, ao teto máximo de

remuneração percebido pelas autoridades ali elencadas, entendendo que, ainda que aposentado, permanece o servidor público vinculado ao órgão público para o qual prestou seus serviços estatutariamente, sofrendo, ainda, outras restrições, como, e.g., a impossibilidade de acumulação de vencimentos em razão de nomeação para cargo público, com proventos de aposentadoria.

Por fim, quanto à alegação de que a sucessiva reedição das Medidas Provisórias impediria que o prazo de noventa dias para a exigibilidade da aludida contribuição corresse, senão quando a última destas Medidas fosse apreciada e convertida em lei pelo Congresso Nacional, também aqui inexistente razão à Impetrante.

A partir do momento em que permitiu-se - segundo iterativa jurisprudência do E. STF e, mais uma vez, com ressalva de ponto de vista contrário deste órgão jurisdicional - a reedição da Medida Provisória não rejeitada pelo Congresso Nacional, em situação não prevista expressamente pela Constituição Federal, nem imaginada pelo legislador - constituinte - tem-se que o prazo de vigência e eficácia das Medidas Provisórias deixou de ser 30 dias, passando a ser por tempo indeterminado, se necessário, infinito, desde que, a cada 30 dias, providencie o Poder Executivo a respectiva reedição.

Isto porque apenas na hipótese de rejeição da Medida Provisória por último reeditada, é que caberá ao Poder Legislativo regulamentar as situações jurídicas ocorridas - surgidas, modificadas ou extintas - no período.

Do que se conclui que, enquanto a Medida Provisória estiver sendo reeditada, terão que lhe ser reconhecidos os efeitos que lhe são próprios, *"in totum"*.

Caso contrário, estaria o Poder Judiciário, através de hermenêutica, criando condição de efetividade das Medidas Provisórias **não prevista na Constituição Federal.**

Nem mesmo o argumento de que, expirando a eficácia da primeira Medida Provisória em trinta dias, não poderia a segunda, reedição textual daquela, ratificar a eficácia daquela, retroativamente, convence.

Isto porque, ainda aqui, caberia ao Congresso Nacional aprovar ou não esta ratificação e, se o fizesse, estaria regulamentando, também, as situações jurídicas decorridas durante aquele período, ao que estaria obrigado, inclusive se se declarasse inconstitucional, *"ab initio"*, a segunda Medida Provisória.

E sendo assim, estaria o Poder Judiciário, em admitindo-se aquela

hipótese acima aventada, coarctando a atividade do Poder Legislativo, típica deste, de legislar.

Apenas se a contribuição impugnada tivesse sido cobrada antes do advento do prazo de noventa dias, contados da primeira Medida Provisória, é que poderia declarar a inconstitucionalidade desta exigência.

No caso destes autos, contudo, tal não se verificou, já que, publicada a MP nº 1415 em abril deste ano, apenas em agosto sofreu a impetrante o respectivo desconto.

Por último, cabe salientar que o E. STF, quando do julgamento da ADIN nº 1441-DF, Rel. Min. Octávio Galloti, negou provimento a pedido de concessão de medida cautelar suspensiva da eficácia da Medida Provisória nº 1415/96, com fundamentos análogos aos expostos por este Juízo, inclusive em oportunidades anteriores.

Isto posto, julgo a ação improcedente e denego a ordem, tornando sem efeito a medida liminar anteriormente concedida. Condeno a Impetrante nas custas. Sem honorários advocatícios, "ut" Súmula nº 105 do Eg. STJ.

Decorrido o prazo legal sem interposição de eventual recurso voluntário, intime-se o Ministério Público Federal, na forma do Provimento nº 46/94 da Vice-Presidência e Corregedoria do E. TRF - 2ª Região.

Decorrido igual prazo sem qualquer manifestação, dê-se baixa e archive-se.

P.R.I.

Rio de Janeiro, 21 de novembro de 1996.

ALBERTO NOGUEIRA JÚNIOR
JUIZ FEDERAL - 32ª VARA/RJ

DR. LEOPOLDO MUYLAERT
JUIZ FEDERAL SUBSTITUTO
2ª VARA DE NITERÓI
SEÇÃO JUDICIÁRIA-RJ
PROCESSO: 91.48652-3

SENTENÇA (TIPO 02)

Vistos, etc.

Bayer do Brasil S.A, atualmente adotando a denominação de Bayer S.A., impetrou o presente mandado de segurança objetivando, em resumo, obter liminarmente a ordem para que a digna autoridade apontada como coatora fosse compelida a expedir guia de importação, de modo que se regularizasse a nacionalização de 6.000 toneladas de enxofre, que importara do Canadá.

A celeuma teve início a partir da negativa do impetrado em regularizar o ingresso da mercadoria apontada na inicial sem o correspondente pagamento dos honorários do engenheiro responsável pela arqueação da mercadoria por terra, já que, no entender da impetrante, tal procedimento, à luz da Instrução Normativa nº 128, de 16.11.1990, do DRF, poderia se dar através da via marítima.

O M.M. Juiz Federal da 3ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro, à qual fora distribuído o feito, houve por bem indeferir a liminar mandamental inicialmente requerida (fl. 20), despacho este que mereceu reconsideração à vista dos argumentos expendidos na petição de fls. 21 e 22, oportunidade em que S. Ex^a. autorizou a impetrante a depositar à disposição do Juízo, à título de caução, a importância de Cr\$ 1.446.227,00 - moeda da época.

Vê-se à fl. 23 vº, a cópia da guia de depósito do valor da caução.

Notificada a Autoridade impetrada (fl. 25 e vº), ofereceu informações às fls. 27/28, esclarecendo, em síntese, que os fatos narrados na inicial se desenrolaram na área de atuação da DRF em Niterói.

Ofício da Fazenda Federal, fls. 30, na qual requer a extinção do

feito sem apreciação do mérito, considerando-se a ilegitimidade daquela que é apontada como Autoridade Coatora na Inicial, pedido que fora reiterado no documento de fls.33/35, onde se encontra parecer técnico acerca do fato narrado na inicial.

Despacho declinatorio da competência à fl. 36, tendo os autos sido remetidos a esta 2ª Vara Federal de Niterói.

Determinada a ouvida do ilustre representante do MPF com exercício junto a este órgão jurisdicional, fl. 38, manifestou-se o mesmo às fls 40/41 no sentido de concessão da segurança, o que fez estribado no entendimento de que, se fora requerida arqueação por navio, não havia ela que se processar por terra, onerando o responsável tributário.

Manifestação do Impetrante às fls. 43/44, na qual requer a extinção do processo sem apreciação do mérito, haja vista que a questão relativa ao pagamento dos honorários devidos pelo arqueamento fora decidida pela 15ª Vara Cível da Comarca da Capital do Rio de Janeiro, em processo de conhecimento proposto pelo Engenheiro Fernando Oliveira Pinto, na qual a Ré, aqui Impetrante, fora condenada no pagamento daquela verba, havendo transitado em julgado a sentença após confirmação pela Colenda 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça deste Estado.

Instada a manifestar-se, disse a União Federal que discordava da pura e simples extinção do feito sem apreciação de mérito, tecendo diversas ponderações às fls. 52 e 53.

O MPF opinou no sentido da perda do objeto de *writ*, como consequência da sucumbência da Impetrante no pedido condenatório formulado perante a Justiça Estadual.

É o relatório. Passo a decidir.

Observo que a questão que hodiernamente se coloca à apreciação nestes autos está intimamente ligada ao levantamento da importância que se deu em caução.

O fundamento do inconformismo da Impetrante se situava no indébito do valor que fora cobrado pelo especialista credenciado pela Receita Federal para o procedimento de arqueação da carga que importara do Canadá.

A questão se põe sob o seguinte ângulo: era legítima, ao tempo da impetração, a negativa da digna Autoridade Coatora em autorizar o desembarço aduaneiro à vista da negativa de pagamento dos honorários devidos pela arqueação da carga?

Inicialmente, impõe-se considerar que a Impetrante alega, na sua

inicial, haver requerido a DRF em Niterói a arqueação por via marítima, mas no documento de fl. 16 observa-se que não há indicação, por parte do requerente, da modalidade de arqueação, mas ainda que houvesse dita opção, entendo que esta não seria oponível à determinação da autoridade fazendária, cujo ato administrativo de presume legítimo e que se encontra devidamente motivado à fl. 16, vº.

Parece-me que o processo de arqueação está inexoravelmente atrelado à atividade fiscalizadora aduaneira, tanto assim que a Instrução Normativa SRF nº 114, de 06.11.89, mencionada no parecer de fl. 30, autoriza o Auditor Fiscal encarregado do despacho aduaneiro de mercadoria importada, a solicitar a assistência técnica para identificação ou quantificação da mercadoria.

Demais disso, observa-se no documento de fls. 45/47, trazido aos autos pela Impetrada para justificar o seu pedido de extinção do feito, que ela própria requerera, por seu representante legal, que a arqueação se fizesse por terra.

Não é demais lembrar que a obrigação pelo pagamento dos honorários do engenheiro já não mais pode ser objeto de questionamento, encoberta que está a hipótese pelo manto da coisa julgada, devendo ser considerado este fato na presente causa mandamental, *ex vi* do disposto no artigo 602, do C.P.C..

Com efeito, o pedido contido na alínea "d", de fl. 09, caso fosse deferido, atingiria diretamente o interesse jurídico do Engenheiro Fernando de Oliveira Pinto, que postulou justamente na demanda que teve seu curso na Justiça Estadual, o pagamento do valor que se encontra caucionado junto a este Juízo Federal.

À toda evidência, a procedência da pretensão deduzida pelo Sr. Fernando tem como corolário a legitimidade da atuação da Autoridade impetrada, o que importa em dizer que, na sua origem, mostrava-se ilegítima a impetração.

É excessivamente simplório dizer-se, após o insucesso naquela demanda, que o presente *mandamus* perdeu seu objeto.

É injusto autorizar-se o levantamento da importância que fora depositada a título de caução, se esta caução se destinaria exatamente à satisfação dos honorários do Sr. Fernando.

À vista do exposto, ausentes os pressupostos basilares para esta ação constitucional, notadamente a ilegalidade do ato da Autoridade apontada como Coatora, julgo improcedentes os pedidos iniciais, denegando a segurança.

Indefiro, por ora, o pedido de levantamento da importância que se encontra depositada à disposição deste Juízo, devendo oficial-se o MM. Juiz de Direito da 15ª Vara Cível do Rio de Janeiro, processo nº 14.968, informando que se encontra depositado à disposição deste Juízo Federal, o valor equivalente a Cr\$ 1.446.227,00 relativo à caução prestada por Bayer do Brasil S.A. nos autos desse M.S., devendo, dito ofício, ser acompanhado das peças de fls. 1/9, 23 vº, 43 e 44, bem assim do inteiro teor desta sentença.

Custas já suportadas pela Impetrante, deixo de condená-la na verba honorária (Súmula 105 do STJ).

P.R.I.

Niterói, 27 de junho de 1996.

LEOPOLDO MUYLAERT
JUIZ FEDERAL SUBSTITUTO EM AUXÍLIO
2ª VARA FEDERAL DE NITERÓI

DR. RICARDO PERLINGEIRO MENDES SILVA
JUIZ FEDERAL TITULAR
2ª VARA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA-RJ
PROC. N.º 95.0054054-1 (92.0112206-3)

SENTENÇA (TIPO 02)

Tratam-se de embargos à execução fiscal de CDA, decorrente de autuação pelo exercício ilegal de profissão vinculada ao CREA/RJ. Com a inicial, apresentou o Embargante cópia de sentença favorável a sua versão, proferida pela então Juíza Federal da 1ª Vara de Niterói, Dra. Célia Georgakópoulos.

Contestação às fls. 17/33. É o breve relatório, decido.

CREA. TÉCNICOS DE 2º GRAU. INSTALAÇÃO E MANUTENÇÃO DE EQUIPAMENTOS ELETRÔNICOS DE COMUNICAÇÃO.

A atividade básica (lei 6.839/80, art. 1º) da Embargante, segundo o CREA (fls. 18), é a *"de instalação e manutenção de equipamentos eletrônicos, tais como interfones, porteiros eletrônicos e antenas coletivas e parabólicas."* Aí reside a controvérsia, justamente em saber se tal atividade está sujeita ao controle dos Conselhos Regionais de Engenharia.

Nos autos dos Embargos à Execução (90.0035297-5), em que litigaram JPR Telecomunicações Ltda. e CREA/RJ, julgados em 23.08.94, atualmente em grau de recurso junto ao TRF, entendi que instalação e manutenção de sistemas de comunicação estavam sujeitas à inscrição obrigatória junto ao CREA, e o fizera com fulcro na Lei 5.194/66, do art. 1º, b, c/c as Resoluções 218 e 262 do Conselho Federal de Engenharia. Porém, hoje, revejo minha posição, pelos motivos seguintes.

A Lei 5.194/66, art. 84 *caput* e parágrafo único, dispõe que o graduado por estabelecimento de ensino industrial de grau médio só poderá exercer suas funções após o registro do CREA e que suas atribuições serão regulamentadas pelo CFEA. Segundo a Lei 5.524/68 (art. 2º, III), dentre as atividades profissionais de técnico industrial de nível médio, encontram-se a de *orientar e coordenar a execução dos serviços de manutenção de equipamentos e instalação.* A Resolução 262/79 do CFEA,

por sua vez, prescreve que a execução de serviços de manutenção de instalação (art. 1º, 12) e equipamentos e de instalação, montagem e reparo (art. 1º, 13) são atividades privativas dos técnicos, ora denominados de 2º grau, distribuindo-os à diversas áreas (art. 2º), dentre as quais a de eletricidade, na especialidade de técnico em eletrônica e técnico em eletrotécnica.

É regra constitucional que, embora livre, o exercício da profissão está condicionado às qualificações exigidas em lei (Constituição Federal, art. 5º, XIII). Determinadas profissões exigem habilitações técnicas, daí a legitimidade do poder de polícia para legalizar e permitir a admissão e o exercício da profissão. Contudo, a ingerência administrativa não pode se afastar dos ditames legais. Tanto a Lei 5.194/66 quanto a 5.524/68, fazem referência aos "*técnicos industriais*", de modo que o conceito de técnico em eletrônica, e de técnico em eletrotécnica, deve alcançar apenas atividades desempenhadas em função da industrialização do produto. Dessa maneira, a instalação de equipamentos eletrônicos de comunicação só está atrelada ao CREA enquanto na fase industrial. A venda ao consumidor final, e a correspondente instalação, podem ser promovidas por qualquer pessoa, independentemente de registro junto ao Embargado. É essa a melhor exegese da expressão "*empreendimento de comunicação*" (Lei 5.194/66, art. 1º, b). Entendimento contrário ensejará conclusões absurdas, tal como a do consumidor que ficará impedido de instalar um aparelho telefônico ou de vídeo, adquiridos no exterior, caso não contrate um técnico registrado no CREA. E ainda que, eventualmente, houvesse a contratação de técnico industrial, na especialidade eletrônica, a exigibilidade de registro seria tão somente para o profissional, e não para a empresa (REO 97.651/SP, DJU 03.11.83, Rel. Min. Carlos Madeira.)

DISPOSITIVO

Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE O PEDIDO, para desconstituir o título executivo, constante dos autos em apenso. Condeno o Embargado ao pagamento das custas processuais e honorário de sucumbência na base de R\$ 500,00. PRI. Proceda o traslado desta decisão para os autos principais.

Niterói, 15 de agosto de 1996.

RICARDO PERLINGEIRO MENDES DA SILVA
JUIZ FEDERAL DA 2ª VARA DE NITERÓI

R. VICTOR HOWARD RODRIGUES SAADEH
JUIZ FEDERAL TITULAR
VARA ÚNICA DE CAMPOS DE GOYTACASES
PROCESSO Nº 96.0036931-3

SENTENÇA

1. Ação ordinária proposta por Jeferson Batista em face da Caixa Econômica Federal - CEF. Diz a inicial que o autor tomou um empréstimo da ré para realizar obras em seu imóvel sito à Rua Lindolfo Color, nº 144, Praia dos Cavaleiros, Macaé/RJ, empréstimo esse parcelado em 84 prestações, cuja cláusula 40ª reza que o saldo devedor é de responsabilidade do mutuário por não haver contribuição ao Fundo de Compensação e Variações Salariais - FCVS. Apesar dessa cláusula, a Caixa Econômica Federal cobrou até a 78ª prestação a contribuição para FCVS, deixando de incluí-la no carnê faltando apenas 6 prestações. Essa omissão fez com que o autor consignasse o pagamento da contribuição para o FCVS, sendo claro que sua soma é muito inferior ao valor residual do mútuo. Propôs a Caixa Econômica Federal então a devolução das cotas pagas do FCVS e o pagamento, pelo autor, do valor residual, em torno de R\$ 20 mil. Entende o autor que a regra do art. 991 do Código Civil lhe permite imputar o pagamento ao FCVS e que a regra do art. 999, I o assiste para considerar *novada a dívida*. O pedido é de "declaração de validade do pagamento das parcelas do FCVS, a despeito do pactuado no contrato de mútuo (ou de adesão) por efeito da novação, de maneira que o recebimento da parte da Ré, das referidas prestações, deverá ser imputado ao pagamento do resíduo exigido, por uma razão das mais óbvias: o pagamento do FCVS elide a cobrança do referido resíduo, ou, em outra hipótese, dado que a Ré só veio a impugnar o pagamento quando faltavam seis (06) parcelas para quitação do mútuo, que seja imputado o pagamento 78/84 do resíduo exigido."

2. A contestação da Caixa Econômica Federal diz que, à época da assinatura do contrato do mútuo assinado com o autor, já não era possível a participação no FCVS e que tão logo constatada a cobrança indevida a CEF providenciou a devolução das quantias pagas com correção monetária, o que não foi aceito pelo autor, que quis consignar os valores recusados pela CEF. As regras

resíduo no prazo de 90 meses conforme prevê a cláusula 41ª do contrato.

3. A réplica estranha a constatação do erro pela CEF sete anos depois.

4. O Ministério Público Federal disse não ter interesse no feito.

É o relatório. Decido.

5. São fatos incontroversos a cláusula proibitiva de participação no FCVS, os pagamentos das contribuições pelo autor durante quase 7 anos, a despeito da cláusula, a tentativa de devolução do recebimento indevido pela CEF, a consignação extrajudicial feita pelo autor e a recusa da CEF.

Diz o art. 991 do Código Civil:

"A pessoa obrigada, por dois ou mais débitos da mesma natureza, a um só credor, tem o direito de indicar a qual oferece pagamento, se todos forem líquidos e vencidos.

Sem consentimento do credor, não se fará imputação do pagamento na dívida ilíquida, ou não vencida."

Vê-se que tal regra só têm incidência quando o devedor esteja obrigado por dois ou mais débitos da mesma natureza, hipótese distante da vertida nestes autos, onde o mutuário autor não estava obrigado a pagar a contribuição para o FCVS.

Inexiste regra jurídica que permita àquele que paga indevidamente imputar o pagamento no que lhe pareça mais conveniente. A única consequência para o pagamento indevido é a sua restituição (C. Civil, art. 964: "Todo aquele que receber o que lhe não era devido fica obrigado a restituir").

O segundo argumento do autor assenta no art. 999, do I do C. Civil:

"Dá-se a novação:

I - quando o devedor contrai com o credor nova dívida, para extinguir e substituir a anterior;"

Embora não explicitado pelo autor, a novação que ele alega ter ocorrido foi a criação da obrigação de pagar a contribuição para o FCVS em substituição à obrigação contratada de pagar o valor residual, que teria sido extinta. Apesar da confusão jurídica feita pelo autor, que mistura incompatibilidade como é a imputação no pagamento com a novação (imputação no pagamento supõe a existência simultânea de duas obrigações, novação impõe uma só), consegue-se entender que a alegação de novação (objetiva) repousa no fato de a CEF por longos anos ter recebido a contribuição para o FCVS, o que significaria a extinção da obrigação de pagar o resíduo.

Se há dúvida sobre ter ocorrido a novação, tem-se primeiro de responder

questão se houve ou não o ânimo de novar, à vista do art. 1000 do C. Civil que dispõe que se não há tal ânimo a segunda obrigação confirma a primeira (em lugar de extingui-la). No caso, não há como se ver confirmação, pois a contribuição para o FCVS é incompatível com a subsistência da obrigação de pagar o valor residual. Resta saber se a incompatibilidade é suficiente para caracterizar a novação. Em certos casos será, e poderia ser, no presente, se o contrato fosse omissivo a respeito das contribuições para o FCVS. Porém, o contrato é expressivo na negativa (cl. 40ª) de tal obrigação, de modo que o ânimo de novar não encontra arrimo. A cobrança e o recebimento, pela CEF, da contribuição para o FCVS caracteriza mero descontrolado administrativo, cabendo-lhe, sim, devolver o indevidamente recebido com os consectários. Ao mutuário cabia reclamar contra a cobrança indevida (de obrigação expressamente excluída por cláusula contratual) e não amoitá-la para depois alegar novação in consentida.

O princípio da boa-fé contratual, que inclui dever de lealdade, exige comportamento consentâneo com o contrato. Se este exclui, por cláusula expressa, determinada obrigação e, por simetria, determinado direito resultante do seu cumprimento, a cobrança e o recebimento da prestação correspondente por um dos contratantes sem explicação requer o questionamento pertinente pelo outro contratante. Não feito, e inexistindo manifestação de vontade posterior do primeiro contratante que signifique a intenção de modificar o contrato, está-se diante da falha na execução do contrato, não de alteração consensual, de pagamento indevido, não de novação.

Adverta-se que o art. 1057 do Código Civil nada tem com o assunto. O mútuo é contrato unilateral (efeitos), mas aqui, e por enquanto, não se trata de apurar responsabilidade por inexecução de contrato, e de toda a sorte, como qualquer negócio jurídico bilateral (formação), o mútuo depende do consentimento de ambos os contraentes para ser alterado.

6. Pelo exposto, julgo IMPROCEDENTE, o pedido. Condeno o autor ao pagamento das custas judiciais e honorários de advogado na razão de 10% sobre o valor da causa.

Publique-se. Registre-se.

Campos de Goytacazes/ RJ, 19 de maio de 1997.

VICTOR HOWARD RODRIGUES SAADEH
JUIZ FEDERAL-VARA ÚNICA DE CAMPOS

DR. ANDRÉ JOSÉ KOZLOWSKI
JUIZ FEDERAL TITULAR
VARA ÚNICA DE VOLTA REDONDA
SEÇÃO JUDICIÁRIA-RJ
PROCESSO Nº 96.0052159-0

SENTENÇA

Vistos, etc.

FRANCISCA DE OLIVEIRA NICOLAU, MARIA DE ALMEIDA MARTINS e MARILENA DE OLIVEIRA RIBEIRO movem a presente ação de rito ordinário, sendo réu o INSTITUTO NACIONAL DE SEGURO SOCIAL - INSS, alegando, em síntese, serem titulares de benefício concedido por aquela autarquia, benefício este que, em razão de critérios errôneos de reajuste, sofreu diminuição de seu valor real com o transcurso do tempo, motivo de proporem esta ação para obterem a retificação dos reajustes e correção da renda mensal, com o pagamento das diferenças apuradas. Instruíram a inicial com documentos.

Concedidos os benefícios da assistência judiciária.

Regularmente citada, contesta a autarquia ré o pedido, argüindo preliminar de mérito relativa à prescrição quinquenal e, quanto à questão principal, sustenta apenas que a equivalência somente passou a existir com o advento da atual Constituição, além de indicar a forma que entende correta no tocante a juros, correção monetária e honorários advocatícios.

Não houve réplica.

O Ministério Público (estadual) requer a vinda aos autos das certidões de nascimentos dos filhos do instituidor da pensão e, se menores à época do óbito, fossem eles incluídos no polo ativo da ação, com nomeação de curador especial e, atingida a maioridade, se fizessem representar nestes autos e, no mérito, opina pela procedência do pedido.

A partir de então, em fls. 50, em data de 03 de abril de 1990 e até a presente data, 65 folhas após, tudo o que se fez foi um inútil pinguepongue entre juiz, promotor e defensor público (Curador) para se discutir a sorte da existência de fração relativa a 13 filhos do primeiro falecido, 2 do segundo e 3 do terceiro, em busca de um preciosismo jurídico em minguadas pensões previdenciárias.

É o relatório.

Tudo muito bem visto e examinado, passo a decidir.

Examino em primeiro lugar a promoção do Ministério Público (estadual) onde é argüida a necessidade de representação processual dos filhos do instituidor da pensão.

Se à época do falecimento dos instituidores das pensões seus filhos eram menores impúberes, as autoras os representam independentemente de qualquer providência, principalmente por ser a pensão paga ao conjunto dos dependentes, representados pelas próprias autoras.

Se, ao contrário, à época do falecimento dos instituidores das pensões seus filhos eram maiores, nenhum direito teriam, eis que as pensões seriam devidas integralmente às viúvas, ora autoras.

Por derradeiro, se à época do falecimentos dos instituidores das pensões seus filhos eram menores púberes ou vieram, com o decurso do tempo, adquirir essa situação, também nenhuma providência será necessária para o deslinde da questão, dado ao caráter da obrigação, que se aproxima da solidariedade ativa.

Com efeito, a Lei 8.213/91 estabelece em seu art. 74, que a pensão é devida ao conjunto de dependentes; em seu art. 75, que seu valor será de cem por cento do salário-de-benefício; em seu art. 77, que a pensão reverterá em favor dos demais na parte relativa aos pensionistas cujo direito cessar; e, finalmente, em seu art. 110, que o benefício devido ao dependente civilmente incapaz será pago, entre outras hipóteses não aplicáveis ao caso concreto, à respectiva mãe.

Assim, a relação processual entre credores e devedor da pensão previdenciária está correta, em primeiro lugar porque ninguém pode ser obrigado a litigar contra sua vontade e, em segundo lugar, porque mesmo que um dos 18 filhos tenha direito à pensão ou a ela venha a renunciar ou a perder, no todo ou em parte, a autora sempre receberá diretamente dos cofres da previdência seu valor integral.

Indefiro, pois, a pretensão ministerial de inclusão dos filhos menores no polo ativo desta ação.

Quanto à preliminar de mérito, a acolho para limitar o pagamento de eventuais diferenças ao prazo de cinco anos anterior à propositura desta ação.

Finalmente, no que se refere à questão principal, a correção dos reajustes até o mês de março de 1989 deve ser realizada na forma sumulada

pelo Egrégio Tribunal Federal de Recursos, que pacificou a discussão da matéria pela Súmula nº 260, publicada no Diário da Justiça de 29.09.88, *verbis*:-

SÚMULA Nº 260: "No primeiro reajuste do benefício previdenciário, deve-se aplicar o índice integral do aumento verificado, independentemente do mês da concessão, considerado, nos reajustes subseqüentes, o salário mínimo então atualizado.

Isto posto,

JULGO PROCEDENTE o pedido inaugural, condenando a autarquia ré a promover a retificação dos cálculos dos reajustes do benefício concedido às autoras, desde a data de cada concessão e até o mês de abril de 1989, pelos índices integrais de correção, mediante a utilização do salário mínimo vigente na data de cada reajuste, e a pagar as diferenças encontradas a partir de cinco anos antes da data da propositura desta ação, devidamente corrigidas a partir de seu mês de competência e até a data do efetivo pagamento, pelas normas estabelecidas pela Lei nº 6.899/81, acrescidas de juros de mora de seis por cento ao ano sobre os valores corrigidos, além de reembolsar a autora no valor atualizado das despesas do processo e em honorários advocatícios, que fixo em dez por cento sobre o valor corrigido das parcelas em atraso, tudo a ser apurado em liquidação de sentença a ser promovida por arbitramento, preferencialmente mediante programa desenvolvido pelo Setor de Cálculos da Justiça Federal, devendo o valor da condenação ser pago por guia, independentemente de precatório, até o limite a que se refere o art. 128 da lei nº 8.213/91 e suas posteriores alterações, sendo o que exceder será exeqüível mediante precatório.

P.R.I.

Rio de Janeiro, 01 de agosto de 1996.

ANDRÉ JOSÉ KOZLOWSKI

**JUIZ FEDERAL DA 5ª VARA DO RIO DE JANEIRO EM EXERCÍCIO NA
VARA ÚNICA DE VOLTA REDONDA.**

DR. ROGÉRIO TOBIAS DE CARVALHO
JUIZ FEDERAL SUBSTITUTO
VARA ÚNICA DE VOLTA REDONDA
SEÇÃO JUDICIÁRIA-RJ
PROCESSO Nº 90.10093-3

SENTENÇA

I - RELATÓRIO

O CONSELHO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO CIENTÍFICO E TECNOLÓGICO - CNPq, pessoa jurídica qualificada e representada nos autos, ajuizou a presente ação de reintegração de posse em desfavor de **RONALDO ROGÉRIO DE FREITAS MOURÃO**, também já qualificado e representado, pretendendo reaver a posse do imóvel sito à Rua General José Cristino, 77, casa 77, fundos São Cristóvão, Rio de Janeiro, pelos seguintes motivos:

1. O requerente, integrante da Administração Indireta Federal, é entidade voltada ao desenvolvimento científico e tecnológico do País, competindo-lhe a formulação, execução, acompanhamento, avaliação e difusão da Política Nacional de Ciência e Tecnologia;
2. O requerido é servidor público federal outrora lotado em um dos institutos que compõem a estrutura do CNPq, o Observatório Nacional - ON, uma das mais tradicionais instituições de pesquisa científica do Brasil, garantindo serviços essenciais para a prospecção mineralógica, navegação marítima, aérea e a Hora Legal do País;
3. O exercício das funções cometidas ao ON exigiram da entidade a adoção de condições peculiares de trabalho, em especial às jornadas noturnas, que se viam necessárias e as quais se sujeitavam os servidores de seus quadros;
4. Tais situações ensejaram a edificação no "campus" do ON de alojamentos e residências que, a título precário, deveriam

acomodar cientistas e pessoal de apoio técnico, envolvidos em atividades de observação noturna e de operação dos equipamentos;

5. Enquanto perdurou tais circunstâncias, autorizou o CNPq a utilização, pelo requerido, de forma precária e por tempo indeterminado, do imóvel objeto da presente ação, com ele celebrando "Termo de Autorização de Uso", documento acostado às fls. 35;

6. Havendo mudança, por critérios administrativos, quanto à destinação do imóvel em questão, haja vista a conveniência de se instalar um "parque gráfico" no local, buscou o CNPq reaver, de forma urgente, o aludido bem;

7. Notificou sua intenção ao requerido, expressa e formalmente, solicitando a desocupação do imóvel e a entrega das chaves, em trinta dias, através do 6º Ofício de Registros de Títulos e Documentos (doc. fls. 38), escoando - se o prazo dado em 30 de novembro de 1.989, sem atingir o seu desiderato;

8. O requerido sequer mantém residência no imóvel, mas sim na Avenida do Exército, 105, São Cristóvão e encontra-se, atualmente, lotado em outra unidade de pesquisa do CNPq, ou seja, no Museu de Astronomia e Ciências Afins - AMAST;

9. O requerido comete esbulho possessório ao não atender à solicitação formal de desocupação do próprio nacional, já que aquele pode ocorrer por atos de violência, como também por recusa de devolver a coisa que deva ser restituída;

10. Pediu liminar e, afinal, a procedência do pedido para o fim de reintegrar-se definitivamente na posse do bem individuado, dando à causa o valor de Cr\$ 5.000,00 (cinco mil cruzeiros).

Juntou os documentos elencados às fls. 12.

O requerido atravessou peça às fls. 66, denominada "esclarecimentos necessários", com o fito de demonstrar que o caso não comportaria deferimento da liminar, juntando vários documentos (fls. 78/105), mantidos nos autos por decisão do presidente do feito (fls. 109).

Foi designada audiência de justificação, onde foi ouvida uma testemunha e, finalmente, indeferida a liminar, sob fundamento de que "...a natureza do contrato merece melhor perquirição, com ampla chance de defesa ao réu" (fls. 109/111).

Agravo de instrumento interposto contra aquela decisão (fls. 128), posteriormente improvido (fls. 209/215).

Apresentada resposta, na forma de contestação, erigindo os seguintes fundamentos, de fato e de direito:

1. Preliminarmente, a inequação da via eleita, devendo o feito ser extinto sem julgamento de mérito, uma vez que o negócio jurídico celebrado com o requerente tem a natureza jurídica de locação. Assim, na forma do art. 4º, § 1º, da lei 6.649, de 16.05.79 (antiga lei de locações), a ação do locador para reaver o prédio alugado é a de despejo;
2. O requerente tem a natureza jurídica de pessoa jurídica de direito privado, instituída sob a forma de fundação (Lei n. 6.129, de 06.11.74), não se lhe admitindo a utilização de fórmulas específicas e próprias de Direito Administrativo, tais como a autorização de uso, a permissão de uso e a concessão de uso. Cita lição de Hely Lopes Meirelles;
3. No mérito, em tese alternativa no caso de afastamento da preliminar, ataca a validade do ato administrativo tendendo a reaver o imóvel, apontando dois vícios insanáveis, a saber, falsidade do motivo e desvio de finalidade;
4. A falsidade do motivo seria evidente por não se desvencilhar o requerente do *onus probandi* que lhe competia, quanto a fato constitutivo do seu direito, ou seja, a nova destinação do bem para ocupar o "parque gráfico" do ON;
5. Sendo ato administrativo, a princípio discricionário, mas facultativamente motivado, a partir do momento que optou por esta última hipótese, estaria a Administração sujeita à obrigação de demonstrar a sua efetiva ocorrência, o que não ocorreu;
6. O imóvel é tombado pela União, pelo Estado e pelo Município, não podendo ter sua destinação alterada sem a autorização dessas três entidades federadas. Não há licença, nem projeto, sequer decisão administrativa neste sentido do órgão deliberativo do CNPq;
7. A finalidade pública do ato administrativo também estaria viciada, já que este teria sido orientado por motivos retaliatórios ante a postura crítica do requerido, tornando público os problemas existentes, bem como irregularidades no CNPq, tendo inclusive requerido a abertura de inquérito policial para apurá-las (fls. 84/88 e 123/124);

8. Mantém residência no imóvel em referência, relembrando o fato que o oficial de justiça só conseguiu encontrá-lo para citação naquele endereço, e não no informado na inicial (fls. 60 v.), além de juntar outros documentos comprobatórios;

Em réplica, reafirma o requerente os argumentos da inicial, especialmente:

1. Não há falar em locação, tampouco ação de despejo, ante a natureza administrativa do negócio jurídico firmado com o requerido;
2. O STF já se manifestou a respeito da natureza jurídica institucional do CNPq, decidindo, através de voto do Ministro Moreira Alves, que se trata de fundação de Direito Público, espécie do gênero autarquia (CJ 6.920-1, DJU em 12.05.89);
3. Apesar da onerosidade do negócio jurídico, não estaria desfigurada a natureza do instrumento, repetindo lição Hely Lopes Meirelles;
4. Refuta as alegações de falsidade de motivo, bem como desvio de finalidade;
5. Reafirma a necessidade de otimização de atividades administrativas e finalísticas do órgão como motivação da retomada do imóvel, indevidamente ocupado pelo requerido.

Foi deferida a produção de prova pericial e testemunhal no despacho seneador de fls. 144.

Apresentado o laudo pericial (fls. 167/177), sobre ele manifestaram-se o requerente (fls.183) e o requerido (fls. 186), designando-se audiência de conciliação, instrução e julgamento.

No dia vinte e dois de agosto de 1996 foi realizada audiência, presidida por este magistrado, na qual foi colhido o depoimento pessoal do requerido bem como ouvidas duas testemunhas, conforme termos de fls. 220/226.

Na mesma oportunidade foi deferida a juntada de novos documentos, por ambas as partes, além de ter sido dada a palavra às mesmas para os debates orais, encerrando-se a instrução do feito.

É o relatório.

II-FUNDAMENTAÇÃO

A- PRELIMINAR - IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO - EXTINÇÃO DO PROCESSO

Aduz em preliminar o requerido a impossibilidade jurídica do pedido, já que a via eleita - ação de reintegração de posse - não é própria, uma vez que, tratando-se de contrato de locação, deveria ter se valido o CNPq da ação de despejo, prevista na Lei 6.649, de 16.05.79.

Para tanto, afirma que a cessão temporária do uso de uma coisa não fungível, mediante certa remuneração, como prevê a cláusula 6ª do documento de fls. 35/36, é locação, e não qualquer outro negócio jurídico administrativo.

Por outro lado, sendo o requerido pessoa jurídica de direito privado, instituído como fundação (art. 1º da Lei 6.129, de 06.11.74), não poderia se valer de institutos próprios do Direito Administrativo.

Sem razão, contudo.

É tradição do nosso ordenamento jurídico reconhecer nas fundações pessoas jurídicas de direito privado, como já dispunha o art. 16, § 1º, última parte, do Código Civil de 1917:

"São pessoas jurídicas de direito privado:

*I - As sociedades civil, religiosas, pias, morais, científicas ou literárias, as associações de utilidade pública e as fundações".
(negritei)*

Enquanto pessoas jurídicas constituídas com a personificação de um patrimônio para a realização de um determinado fim, sem qualquer intervenção ou interesse estatal, tais sociedades civis só eram tratadas pelo Direito Privado.

A clássica lição de Ulpiano, diferenciando Direito Público e Privado, é salutar: *ius publicum est ad statum rei romanae spectat; privatu, quos ad singulorum utilitatem* (direito público é o que corresponde às coisas do estado; direito privado, o que pertence à utilidade das pessoas). Não obstante, o Direito é uma ciência em movimento, tentando acompanhar as mudanças sociais que visa disciplinar.

A partir do momento em que as fundações passaram a ser instituídas para perseguir um fim ou interesse público, ou seja, do Estado, receberam tratamento também dentro do Direito Público.

HELY LOPES MEIRELLES, com a clareza e objetividade que o

fizeram célebre, leciona que:

As fundações como "universalidade de bens personalizada, em atenção ao fim, que lhe dá unidade", ou como "um patrimônio transfigurado pela idéia, que o põe ao serviço de um fim determinado", sendo consideradas pessoas jurídicas de Direito Privado (Decreto 200, art. 5º, IV, acrescentado pela Lei 7.596/87).

Ultimamente, porém, pelo fato de o Poder Público vir instituindo fundações para prossecução de objetivos de interesse coletivo - educação, ensino, pesquisa, assistência social etc. - com personificação de bens públicos e, em alguns casos, fornecendo subsídios orçamentários para a sua manutenção, passou-se a atribuir personalidade pública a essas entidades, a ponto de a própria Constituição da República de 1988, encampando a doutrina existente, ter instituído as denominadas fundações públicas, ora chamando-as "fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público" (art. 71, II, III, IV; 169, parágrafo único; 150, § 2º, 22, XXVIII), ora de "fundação pública" (arts. 37, XIX, e 19 das "Disposições Transitórias"), ora "fundações mantidas pelo Poder Público" (art. 37, XVII), ora simplesmente "fundação" (art. 163, II).

Com esse tratamento, a Carta da República transformou essas fundações em entidades de Direito Público, integrantes da Administração indireta, ao lado das autarquias e das entidades paraestatais." (Curso de Direito Administrativo, 18ª edição, Malheiros, 1993, p. 316).

A citação de fls. 114/115 retrata entendimento anterior do eminente administrativista, abandonado nas edições posteriores de sua obra.

Realmente, o legislador constituinte, rompendo com parte da doutrina privatista, e consolidando as modernas tendências administrativas da atualidade, assegurou a existência das fundações com natureza de pessoa jurídica de direito público. Resta saber o que diferencia a pública da privada.

Tenho que a própria Constituição aponta a resposta devendo a entidade reunir os seguintes caracteres:

- a - ser criada por lei específica (art. 37, XIX);
- b- submeter -se ao princípio orçamentário(art. 165, § 5º, III);
- c - adotar regime jurídico único para seus servidores (art. 39);

d - submeter-se à fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial de uma Corte de Contas(art. 71,II);

e - exercer uma atividade própria ou de interesse do Estado, fazendo parte da Administração Pública de qualquer um dos entes da federação (art. 37).

Observe-se que não caracteriza o ente como público a necessidade de sua lei criadora, bem como de seus estatutos, anunciarem sua natureza jurídica. A razão é simples. Primeiro porque a Constituição é soberana e, assim, não tem que se adaptar a normas infraconstitucionais, sejam de natureza legal, administrativa ou contratual, mas estas sim perdem a condição de validade se forem incompatíveis com a Carta Magna.

JOSÉ AFONSO DA SILVA, nos ensina que,

"... todas as normas que integram a ordenação jurídica nacional só serão válidas se se conformarem com as normas da Constituição Federal.

...

O princípio da supremacia requer que todas as situações jurídicas se conformem com os princípios e preceitos da Constituição" (Curso de Direito Constitucional Positivo, 10ª edição, Malheiros, 1995, p. 50).

Veja-se, a propósito, a disciplina que reservou aos partidos políticos (art. 17, § 2º), outrora personalidade de direito público, agora, sem qualquer dúvida, de direito privado.

Em segundo lugar, mesmo que a lei criadora dissesse se tratar de ente público, mas não delineasse os caracteres antes elencados, tal afirmação não teria eficácia alguma, já que estaria em conflito com a Lei Maior.

Aliás, não se trata de nenhum anacronismo jurídico o reconhecimento de fundações, instituídas sob a forma de entidade privada, como públicas. A Lei 7.596, de 10.04.87, ao se acrescentar o item IV ao art. 5º do Decreto - lei 200/67, conceitua o que vem a ser uma fundação pública:

"entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, criada em virtude de autorização legislativa, para o desenvolvimento de atividades que não exijam execução por órgãos ou entidades de direito público, com autonomia administrativa, patrimônio próprio gerido pelos respectivos órgãos de direção, e funcionamento custeado por recursos da União e

de outras fontes."(grifei)

Desarte, antes mesmo do novo ordenamento constitucional pátrio, as fundações privadas, caso atendessem a um determinado regime administrativo, seriam considerados como públicas.

O Supremo Tribunal Federal tem um entendimento *sui generis*, já que coloca tais fundações como espécie do gênero "autarquia".

"EMENTA - NATUREZA JURÍDICA DAS FUNDAÇÕES INSTITUÍDAS PELO PODER PÚBLICO. Desde que assumam a gestão de serviço estatal, e sejam mantidas por recursos orçamentários, sob a direção do Poder Público, integram a Administração Indireta, e são jurisdicionadas à Justiça Federal, se instituídas pelo governo federal.

Recurso conhecido e provido".

(STF, 2ª Turma, RECR 11534/DF, Rel. Ministro Carlos Madeira, DJU 06.05.88, p. 10635).

"EMENTA - CONFLITO DE JURISDIÇÃO. FUNDAÇÃO INSTITUÍDA PELO PODER PÚBLICO, COM FINALIDADE DE EXECUTAR PROGRAMAS INERENTES AO SERVIÇO PÚBLICO, COM PATRIMÔNIO E DOTAÇÕES ORÇAMENTÁRIAS TRANSFERIDOS DA ADMINISTRAÇÃO CENTRALIZADA.

Natureza autárquica que se lhe reconhece fixando a competência da Justiça Federal para julgar as causas do seu interesse, inclusive às relativas ao seu pessoal.

Conflito de jurisdição conhecido para declarar competente a Justiça Federal."

(STF, Tribunal Pleno, CJ 6728-DF, REL. Ministro Carlos Madeira, DJU em 26.08.88, p. 21034).

"EMENTA - ACUMULAÇÃO DE CARGO, FUNÇÃO OU EMPREGO. FUNDAÇÃO INSTITUÍDA PELO PODER PÚBLICO.

Nem toda fundação instituída pelo Poder Público é fundação de direito privado. As fundações instituídas pelo Poder Público, que assumem a gestão de serviço estatal e se submetem a regime administrativo previsto nos Estados-membros, por leis estaduais, são fundações de direito público e, portanto, pessoas jurídicas de direito público.

Tais fundações são espécie do gênero autarquia aplicando-se a elas a vedação a que alude o § 2º do art.99 da Constituição

Federal..."

(STF, Tribunal Pleno, RE 101126, Rel. Ministro Moreira Alves, DJU em 01.03.85, p. 020098).

O Colendo Superior de Justiça segue a mesma linha:

"EMENTA - ADMINISTRATIVO - FUNDAÇÃO - ACUMULAÇÃO DE CARGO - ART. 99, § 2º, DA CF/67. ART. 5º, XIII, E 37, XVII, DA CF/88. LEI ESTADUAL N. 11.311/87

1. Fundação instituída e fiscalizada pelo Poder Público com patrimônio público, mantida por verbas orçamentárias, criadas para a execução de atividades públicas descentralizadas, sujeita ao tribunal de contas, inserindo-se na Administração Indireta do Estado, são pessoas jurídicas de direito público e os seus cargos, funções ou empregos, portanto, são públicos, sob a disciplina da vedação de acumulação (art. 99, § 2º, CF/67, art. 37, XVII, CF/88).

1. Forte manifestação doutrinária, inclusive, afirma que tais fundações são espécie do gênero autarquia.

2. Reconhecimento da proibição de acumular o emprego em causa com outro cargo público.

3. Recurso improvido".

STF, 1ª Turma, ROMS 90.46-4/CE, Rel. Ministro Milton Luiz Pereira, DJU em 18.10.93, p. 21834).

Nos Tribunais Regionais Federais a matéria está suficientemente pacificada:

"EMENTA - AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL CONTRA FUNDAÇÃO PÚBLICA. PROCEDIMENTO.

1. A qualidade de fundação pública atribuída pela Lei 7.596/87 às fundações de direito privado lhes estende as prerrogativas da Fazenda Pública.

2. Por força de tal natureza jurídica, não se lhes aplica o procedimento de que cuida a Lei 6.830/80, mas sim, o consoante do art. 730 do CPC, inclusive quanto à impenhorabilidade de seus bens.

3. provimento do agravo para, desconstituída a penhora, expedir-se o competente precatório."

(TRF da 5ª Região, 2ª Turma, ag 90.5067-4/RN, Relator Juiz

Petrúcio Ferreira, DJU em 20.06.91, p. 14467).

"EMENTA - ADMINISTRATIVO, EXECUÇÃO FISCAL MOVIDA CONTRA FUNDAÇÃO INSTITUÍDA PELO PODER PÚBLICO.

1. As fundações, quando instituídas pelo poder Público para desempenhar serviço de natureza pública, são pessoas jurídicas de direito público.

2. O patrimônio dessas fundações, ainda que destinado a um fim específico, é constituído com bens do Estado, devendo ser considerado público.

3. Responde a fazenda pública, subsidiariamente, pelas dívidas contraídas por fundação instituída pelo poder público, quando ao ser essa executada, não possuir dotação orçamentária própria.

4. *Apelação e remessa oficial providas."*

(TRF da 5ª Região, 2ª Turma, AC 90.505098/CE, Rel. Juiz José Delgado, DJU em 17.08.90). (sem negritos no original)

Tenho pois, com pessoa de direito público o Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico - CNPq. Logo, tem aptidão jurídica para adotar as formas negociais e contratuais próprias do Direito Administrativo.

Resta agora investigar a natureza do "Termo de Autorização de Uso", de fls. 35, ou seja, se se trata de um contrato privado de locação, ou se é um ato administrativo, seja autorização ou permissão de uso.

A princípio, pode a Administração Pública praticar atos de firmar contratos de natureza civil ou comercial, no desempenho normal de suas atividades. Tal ocorre quando assina uma escritura de compra e venda ou emite um cheque. Quando assim procede, iguala-se ao particular, razão pela qual não pode rescindí-los unilateralmente.

Quando assim age a Administração o faz porque entende desnecessário utilizar sua supremacia de poder para realização daquele negócio jurídico, mesmo assim depende de exigências administrativas como autorização legislativa, avaliação, licitação etc.

Ora, o "Termo" de fls. 35 deixa claro que a Administração Pública jamais quis se igualar ao particular quando firmou tal ato administrativo:

"04. O término da vinculação contratual com o CNPq ou a conseqüente rescisão deste "Termo", não gerará para o "USUÁRIO" direitos de qualquer natureza, principalmente de ordem trabalhista, porquanto se constitui a presente

"Autorização de Uso" em mera liberalidade do CNPq.

...

08. A "Autorização de Uso" de que trata este instrumento, vigorará por prazo indeterminado, enquanto convier ao CNPq a continuidade da ocupação do imóvel pelo "USUÁRIO", podendo o CNPq, a qualquer momento e a seu critério, solicitar a sua restituição, obedecidos os termos do item 03 deste instrumento. A revogação da presente "Autorização de Uso" se fará sem quaisquer ônus para o CNPq". (negritei)

A Administração não pretendeu despir-se de seu *jus imperii*, ao contrário, buscou expressamente praticar ato próprio do Direito Administrativo. Enquadrar as cláusulas firmadas como de um contrato de locação seria uma heresia jurídica, jamais admitidas no Direito Privado. Estão aí presentes todas as características de uma permissão administrativa:

1. ato administrativo negocial, já que encerra uma reunião de interesses da Administração e do administrado, deferindo certa faculdade ao usuário, qual seja, a de utilização do imóvel, impondo-lhe condições, como: a) o caráter personalíssimo, a destinação específica (moradia própria e de seus familiares); b) a proibição de cessão a terceiros; c) a obrigação de restituí-lo, no mesmo estado, no prazo de trinta dias, a contar da data da solicitação escrita; d) o pagamento de todas as despesas decorrentes da ocupação do imóvel (taxas de água e esgoto, gás, energia elétrica e quaisquer outros tributos incidentes sobre o imóvel).

2. discricionário - "...porquanto se constitui a presente "Autorização de Uso" em mera liberalidade do CNPq.";

3. precário - "...vigorará por prazo indeterminado, enquanto convier ao CNPq a continuidade da ocupação do imóvel pelo USUÁRIO, podendo o CNPq, a qualquer momento e a seu critério, solicitar a sua restituição, obedecidos os termos do item 03 deste instrumento. A revogação da presente "Autorização de Uso" se fará sem quaisquer ônus para o CNPq".

A condição de se tratar de negócio oneroso não desfigura o tipo de ato administrativo, como bem lembrado pelo requerido em sua réplica, citando Hely Lopes Meirelles, tampouco induz à ilação de que se trata de um contrato de locação. A única relevância jurídica é a impossibilidade de caracterizá-lo como "Autorização", pois esta não admite o caráter oneroso.

Assim, embora o *nomem iuris* adotado seja "Autorização", estou em que o documento de fls. 35 enseja um típico ato administrativo negocial do tipo "Permissão". Perfeitamente cábivel pois, a ação de reintegração de posse para discutir-se a validade da revogação daquele ato.

Afasto a preliminar de extinção do feito, sem julgamento do mérito, por impossibilidade jurídica do pedido, eis que própria a via eleita, nos termos da fundamentação retro.

B- MÉRITO

Partindo da premissa de que o documento de fls. 35/36 formaliza ato administrativo negocial, da espécie permissão, como definido no exame da preliminar, resta-nos agora saber se a sua revogação, pretendida pelo requerente, é eficaz.

Numa primeira hipótese, ventila o requerente que o requerido não estaria residindo no imóvel, ao arrepio do convencionado no "termo de autorização de uso". Tanto assim, que indicou como endereço para citação outro que não aquele coincidente com o bem público cujo foi cedido. Tal alegação não prospera, ante a certidão de fls. 60v, bem como a farta documentação de fls. 92/103. Por este ângulo não procede o pleito.

A revogação de um ato administrativo segue a mesma forma de sua constituição, haja vista que o elemento formal é vinculado, tanto para sua formação tanto quanto para seu desfazimento. Aliás, no próprio termo é anunciado a forma de sua desconstituição:

"03. O USUÁRIO se obriga a manter...e a restituí-lo no mesmo estado, no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da data da solicitação escrita feita pelo CNPq."

Lançado no mundo jurídico o ato jurídico permissional, criando direito de uso de próprio nacional a um administrado, sua revogação, pela própria Administração, requer a formalização de outro ato administrativo, autônomas suas características extínsecas, embora racionalmente relacionado ao ato originário. Trata-se de ato complementar que fixa o termo *ad quem* do primeiro, que pode-se chamar de principal. É correto dizer que o ato de permissão teria validade jurídica sob condição resolutória, qual seja, a notificação formal para que o administrado desocupasse o imóvel.

Tal ato administrativo complementar não se coincide com o primeiro para o fim de controle jurisdicional. Assim, pode a permissão ser

considerada irrepreensível sob seus aspectos legais e, sem que haja qualquer contradição, sua revogação ser declarada ilegal, seja por vício de forma, finalidade ou incompetência de seu executor. Por exemplo, se se utilizasse a forma verbal (imprópria no Direito Administrativo) para a notificação, mesmo que acompanhada por testemunhas, seria ilegal; ou ainda se a notificação tivesse sido firmada por alguém que não representasse o órgão administrativo competente, também seria ineficaz e o ato ilegal.

Tenho que a notificação foi firmada pela pessoa competente, na forma idônea e com finalidade pública. Sob estes aspectos, nada há de irregular no ato de revogação.

O requerido alega, em sua defesa, que o ato estaria maculado nos seus motivos e distante da necessária finalidade pública. Trata-se, à toda evidência, de um ato discricionário da Administração e, assim, não compete ao Judiciário substituir o administrador quanto à conveniência e oportunidade do mesmo. No entanto, mesmos os atos discricionários não estão imunes ao exame judicial (art. 5º, XXXV, da CF/88). Tais atos poderão ser revistos e até anulados pelo Poder Judiciário, se sob a roupagem de mérito, camufle-se qualquer ilegalidade resultante de abuso ou desvio de poder.

Não há qualquer desvio de finalidade no ato tendente a retomar o imóvel. De uma forma ou de outra, não há qualquer prova de que se pretendesse a retomada do bem para uso nocivo ao interesse público. Seja para instalar uma repartição específica, seja para atender qualquer outra conveniência administrativa, desde que não haja afronta à legalidade ou moralidade pública (por exemplo, instalar-se a sede de uma empresa estrangeira de pesquisa, cujo representante no país fosse presidente do CNPq!!), não há falar em desvio de finalidade.

O outro argumento trazido pelo requerido é a falsidade dos motivos apontados pelo requerente. Tratando-se do ato discricionário, não estava a Administração obrigada a motivá-la para a sua eficácia. Não obstante, exercendo voluntariamente a faculdade de motivá-lo ou não, preferiu a primeira:

"Com vistas ao atendimento de necessidades da Instituição, solicito a Vossa Senhoria que, observando o prazo de 30 (trinta) dias, promova a desocupação e devolução das chaves do imóvel situado na Rua General Cristino, nessa cidade do Rio de Janeiro, cuja ocupação precária lhe vem sendo permitida.

Acrescento, por oportuno, que o imóvel destinar-se-á,

doravante, à instalação do "Parque Gráfico" do CNPq que ficará sob a responsabilidade do Observatório Nacional (fls. 38). (negritei)

Optando por motivar o ato, vinculou-se a ele a autoridade administrativa, sujeitando-se à obrigação de comprovar a sua ocorrência efetiva, ante a teoria dos motivos determinantes. Mais uma vez buscamos no saudoso HELY LOPES MEIRELLES a explicação para tal fenômeno jurídico:

"A teoria dos motivos determinantes funda-se na consideração de que os atos administrativos, quando tiverem sua prática motivada, ficam vinculados aos motivos expostos, para todos os efeitos jurídicos. Tais motivos é que determinam e justificam a realidade do ato, e, por isso mesmo, deve haver perfeita correspondência entre eles e a realidade. Mesmo os atos discricionários, se forem motivados, ficam vinculados a esses motivos como causa determinante de seu cometimento e se sujeitam ao confronto da existência e legitimidade dos motivos indicados. Havendo desconformidade entre os motivos determinantes e a realidade, o ato é inválido...

Por aí se conclui que, nos atos vinculados, a motivação é obrigatória; nos discricionários é facultativa, mas, se for feita, atua como elemento vinculante da Administração aos motivos declarados, como determinantes do ato. **Se tais motivos são falsos ou inexistentes, nulo é o ato praticado"**(Ob. Cit. p. 181/182 e 183/184).

Admite o requerente que hoje não há mais interesse na construção do Parque Gráfico, pois "com a demora na trâmite da ação... tal pretensão resultou inviabilizada"(fls.183). Não obstante, competia ao CNPq fazer ocupado pelo requerido do denominado *parque gráfico* nas dependências do imóvel ocupado pelo requerido na época da propositura da ação ou, no mínimo, quando da notificação.

Não há nos autos qualquer prova da necessidade ou da decisão administrativa de construir aquela repartição administrativa específica na casa ocupada pelo requerido.

Com efeito, apenas no documento de fls. 38, onde se anuncia tal obra, há menção expressa e formal de tal empreendimento. Ora, a Administração Pública prima pela oficialidade e a publicidade de seus atos. Se há uma determinação oficial de se construir um parque gráfico, tanto

assim que se iniciou a desocupação do local, tal decisão administrativa deveria estar formalizada expressamente.

Tal formalização, ou mesmo qualquer outro documento escrito que a previsse, não existe. Não há projeto, licença, deliberação, ata, memorando, ofício ou mesmo um ato qualquer nomeando uma comissão para estudar o assunto. Não cabe aqui averiguar se o motivo era falso, ou mesmo consequência de mero capricho do administrador ou pior, retaliação resultante das críticas de cunho político-administrativas que o requerido fazia à Administração pela mídia. Basta, para que se anule o ato, a não comprovação do motivo elencado.

Não socorre o requerente o argumento de que primeiro queria desocupar o imóvel, para só depois imprimir qualquer ato volitivo positivo tendente a viabilizar o projeto. Acreditar nesta versão é tão difícil quanto na impassividade da Administração frente às veementes críticas do requerido pela imprensa.

Os arestos abaixo colacionados dão azo ao entendimento adotado:

EMENTA - ADMINISTRATIVO. IMÓVEL FUNCIONAL. RESCISÃO DO TERMO DE PERMISSÃO DE USO. MOTIVO DETERMINANTE.

1. A Administração pode revogar os seus atos por motivos de conveniência e oportunidade, mas deve respeitar os direitos adquiridos (Súmula 473/STF).

2. Tendo sido firmado termo de permissão de uso de um imóvel funcional, por servidor efetivo, em razão do serviço, não se justifica a sua rescisão imotivada, sem o implemento de nenhuma das causas legais determinantes.

3. Se a ocupação de cargo em comissão não fora a razão da habilitação do servidor para a ocupação da unidade residencial, a sua exoneração não pode ser invocada como motivo da revogação da ocupação.

4. Improvimento da apelação e da remessa."

(TRF da 1ª Região, 3ª Turma, MAS 94.013210-3/MS, DJU em 10.03.96, p. 14956, Rel. Juiz Olindo Menezes).

"EMENTA - DIREITO ADMINISTRATIVO. ESTATUTO DOS MILITARES . REFORMA EX OFFICIO (LEI N.6880/80, ART. 104 INC.II, 108, V E 111, INC. II. ANULAÇÃO DO ATO.

...

III - Se os motivos determinantes do ato administrativo vinculado não espelharem a realidade, como a reforma decretada por equívoca demonstração de invalidez permanente, o ato será nulo, por manifesta ilegalidade".

TRF da 1ª Região, 1ª Turma, AC 91.10492-5/BA, DJU em 23.05.96, p. 33547, Rel. Juiz Aloísio Palmeira).

"EMENTA - ADMINISTRATIVO. IMÓVEL FUNCIONAL. ALIENAÇÃO A MEMBROS DO PODER JUDICIÁRIO, DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO E DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. INCOMPETÊNCIA DO PODER EXECUTIVO PARA DELIBERAR SOBRE A VENDA. ALEGAÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE REQUISITO INEXIGÍVEL. SEGURANÇA CONCEDIDA.

...

- Os atos administrativos, quando tiverem sua prática motivada, ficam vinculados aos motivos expostos para todos os efeitos jurídicos, resultando dessa teoria o consectário lógico segundo o qual não poderão tais atos substituir se o motivo invocado pela Administração não contém a realidade ou se verifica improcedente por não coincidir com a situação de fato em que consistia o seu pressuposto legal.

- Segurança concedida."

(STJ, 3ª Seção, MS 95.399-0/DF, DJU 10.06.96, p. 20266, Rel. Min. Anselmo Santiago).

EMENTA - ADMINISTRATIVO - ATO DISCRICIONÁRIO.

O ato discricionário, quando motivado, fica vinculado ao motivo, fica vinculado ao motivo que lhe serviu de suporte, com o que, se verificado ser o mesmo falso ou inexistente, deixa de subsistir. Mandado de segurança deferido."

(STJ, 1ª Turma, ROMS 89.0001-2/PE, DJU em 11.09.89, p. 14365, Rel. Min. Armando Rolemberg).

EMENTA - FUNCIONALISMO. DISPENSA. MOTIVO DETERMINANTE. SERVIDOR DEMISSÍVEL "AD NUTUM".

Inexistente o motivo da dispensa (abandono de emprego), não prevalece o ato, embora o servidor fosse livremente demissível, tanto mais que não lhe foi permitido defender-se".

(STF, Tribunal Pleno, RMS 13781/GB (Guanabara), DJ 08.09.65,

p. 2282 Rel Min. Victor Nunes).

Não demonstrado que o motivo alegado para a retomada do bem realmente existiu, através de prova idônea, não resta outra alternativa que não a declaração de nulidade da notificação de fls. 38.

III - CONCLUSÃO

ANTE TODO O EXPOSTO, DECLARO NULA a notificação de fls. 38, por não comprovada a sua motivação, em consequência, **JULGO IMPROCEDENTE O PEDIDO** inicial, nos termos da fundamentação retro. **CONDENO** o requerente a restituir o valor pago a título de honorários periciais (fls. 164), devidamente corrigido, e ao pagamento dos honorários da parte contrária, os quais fixo em 15% (quinze) por cento do valor atribuído à causa, corrigidos monetariamente desde a propositura da ação, bem como juros, de 6% ao ano, contados do trânsito em julgado da presente sentença, ambos incidentes até efetivo pagamento.

Custas na forma da lei.

P.R.I.

Volta Redonda para o Rio de Janeiro, 1º de maio de 1997.

ROGÉRIO TOBIAS DE CARVALHO
JUIZ FEDERAL SUBSTITUTO.

DECISÃO

DR. MAURO SOUZA MARQUES DA COSTA BRAGA
JUIZ FEDERAL TITULAR
36ª VARA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA-RJ

DECISÃO

Pretende a Autarquia Ré as fls., o seguinte:

a) a aplicação do prazo de trinta dias, nas execuções contra a Autarquia, movidas com base no artigo 730 do Código de Processo Civil Pátrio, em razão da edição da Medida Provisória nº 1523 de outubro de 1996;

b) aplicação do disposto nos artigos 188 e 475, *caput*, e inciso II do Código de Processo Civil, ao caso em tela, por força da edição da Medida Provisória nº 1561 de dezembro de 1996 e sua reedição em janeiro de 1997.

Façamos *a priori*, em breve histórico normativo sobre o assunto.

A Lei 8.213, de 24 de julho de 1991, consagrou, em seu artigo 130, a possibilidade de cumprimento imediato de decisões contra a Previdência Social, devendo os recursos, nestes processos, serem recebidos, exclusivamente, no efeito devolutivo.

Diz o art. 130 da Lei 8213/91:

"Os recursos interpostos pela Previdência Social, em processos que envolvem prestações desta lei, serão recebidos exclusivamente no efeito devolutivo, cumprindo-se, desde logo, a decisão ou sentença, através de processo suplementar ou carta de sentença."

Atacando este dispositivo legal, foi concedida liminar em Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN 675/4), pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal, considerando inaplicável o trecho final do dispositivo legal acima citado, no que se referia ao cumprimento imediato da decisão ou sentença, através de processo suplementar ou carta de sentença. Tal ADIN ainda

não teve o mérito até esta data apreciado pela Suprema Corte.

Em outubro de 1996, apesar da decisão acima citada, o Poder Executivo edita Medida Provisória de nº 1.523, objetivando a revogação completa do art. 130 da Lei 8213/91, que, pela medida Provisória, passaria a ter a seguinte redação:

"Art. 130. Na execução contra o INSS o prazo a que se refere o art. 730, do CPC, é de 30 dias."

Tal revogação não atingiu os efeitos e a execução de sentenças e decisões proferidas contra a Previdência Social, pelo simples fato, da Medida Provisória ser omissa em relação a estes temas.

Em dezembro de 1996, o Poder Executivo baixa nova Medida Provisória, a de número 1.561, novamente regulando prazo procedimental, determinando a aplicação do art. 188, do CPC, aos processos que envolvam Autarquias e Fundações Públicas.

"Art. 9º, da MP 1.561. - Aplica-se às Autarquias e Fundações Públicas o disposto na art. 188, do Código de Processo Civil."

Como esta Medida Provisória não resolveu a lacuna deixada pela MP 1523, surpreendentemente, o Governo, em 17.01.1997, reeditou a MP 1561, dando nova redação ao art. 9º da mesma.

"Art. 9º, da MP 1.561 -1 - Aplica-se às Autarquias e Fundações Públicas o disposto nos artigos 188 e 475, caput, e seu inciso II, do Código de Processo Civil."

Feito o breve histórico passo a decidir:

Improcede o pedido da Autarquia Previdenciária-Ré, uma vez que inaplicável as Medidas Provisórias acima elencadas, pelas razões que passo a expor:

I. Reza o art. 62, da CF/88:

"Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional, que, estando em recesso, será convocado extraordinariamente para se reunir no prazo de cinco dias."

As condições, *sine qua non*, de relevância e urgência inexistem nas hipóteses dos dispositivos legais das Medidas Provisórias 1.523/96, 1.561/96 e 1.561.1/97, aqui citados, uma vez que a matéria processual, via de regra, não comporta alterações através de Medida Provisória, na medida que estabelece regras procedimentais rígidas, onde não há nem o requisito

da relevância e muito menos o dá urgência para justificar a sua alteração por Medida Provisória.

II. Como defende o ilustre Desembargador Federal **Carreira Alvim**, a Medida Provisória só pode ser utilizada em matéria de competência do Presidente da República, seguindo inspiração do modelo italiano, onde o sistema do governo é **Parlamentarista**. Ora, a matéria processual não está elencada como de competência do Poder Executivo, o que por si só afasta a possibilidade de regulamentação de regras procedimentais, por via de Medida Provisória.

III. A doutrina processual pátria consagra que só é possível Medida Provisória em matéria em que não há expressa proibição, pelo texto constitucional, de delegação, pelo Congresso Nacional, de sua competência exclusiva, através de Lei Delegada. Tal não é a hipótese das Medidas Provisórias aqui analisadas, uma vez que o art. 68, II, da CF/88, consagra que não será objeto de delegação matéria que trate sobre direitos e garantias individuais, abrangendo, portanto, o princípio do art. 5º, da CF/88, que consagra o devido processo legal, célula mater de toda legislação processual pátria.

IV. As Medidas Provisórias, acima, atingem, diretamente, um dos princípios que regulam o processo, que é o da agilidade processual. Há autores, inclusive, que defendem que não há **devido processo legal** se não se observa o princípio da agilidade processual.

V. É certo que o Brasil é signatário da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, assinada em San José, Costa Rica, em 22.11.96, que preceitua, *verbis*:

"Toda pessoa tem direito de ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável por um Juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por Lei anterior, na defesa de qualquer acusação penal contra ela formulada, ou para a determinação de seus direitos e obrigações de ordem civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza... (artigo 8º, 1).

sendo inquestionável que a garantia da prestação jurisdicional sem dilações indevidas é uma garantia individual reconhecida pelo nosso país, uma vez que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte (art. 5º, § 2º, da CF).

VI. Em especial, no que tange à reedição da Medida Provisória 1561, em 17.01.97, tal se faz em total desacordo das regras consagradas pela doutrina processual pátria, no que concerne à matéria da Medida Provisória, uma vez que o art. 9º desta foi **alterado**, trazendo a inclusão da aplicação do art. 475, **caput**, e seu inciso II, do CPC, às Autarquias e Fundação Públicas, o que não poderia ser feito por via de reedição e sim por nova Medida Provisória.

VII. Finalmente, no que tange à aplicação do art. 188, do CPC, em favor da Autarquia Previdenciária, este dispositivo já vinha sendo observado por este Juízo, em face de vasto material jurisprudencial sobre o assunto, independentemente da edição da Medida Provisória 1561, de dezembro/96.

Isto posto, com base na fundamentação retro e por razão de justiça, visando não penalizar o aposentado com aplicação de normas inconstitucionais que delonguem ainda mais a tramitação de seu processo junto ao Poder Judiciário, **INDEFIRO** o requerido pela Autarquia-Ré.

Rio de Janeiro,

MAURO SOUZA MARQUES DA COSTA VEIGA
JUIZ FEDERAL DA 36ª VARA

DOUTRINA

DIREITOS DA PERSONALIDADE E PESSOA JURÍDICA ALUISIO GONÇALVES DE CASTRO MENDES*

SUMÁRIO:

1. Introdução; 2. Pessoa, Personalidade e Estatuto ou Posição da Pessoa; 3. Direitos da Personalidade; 4. Conceito e Importância da Pessoa Jurídica; 5. Natureza; 6. Pessoa Jurídica e Direitos da Personalidade; 7. Direito à Vida, à Integridade Física, ao Corpo, às Partes Separadas do Corpo, ao Cadáver e à Voz; 8. Direito à Imagem; 9. Direito à Liberdade; 10. Direito à Intimidade; 11. Direito à Integridade Psíquica; 12. Direito de Segredo; 13. Direito à Identificação; 14. Direito à Honra e ao Respeito; 15. Direito às Criações Intelectuais; 16. Dano Moral; 17. Bibliografia.

1. Introdução:

Partimos de alguns capítulos iniciais e introdutórios, em que, brevemente, apresentamos as linhas-mestras em relação a institutos como a pessoa, a personalidade, o estatuto jurídico da pessoa, os direitos da personalidade e as pessoas jurídicas.

Em seguida, procuramos abordar a discussão sobre a possibilidade das pessoas jurídicas serem ou não titulares dos direitos da personalidade.

Depois, a situação em concreto. O confronto dos direitos da personalidade em espécie, um a um, dentro de um espectro tido como aceitável e definido como tal pela doutrina, com as características e natureza da pessoa jurídica, procurando-se estabelecer a existência ou não de compatibilidade entre os mesmos.

Por último, algumas palavras, tão somente, sobre um tema muito relacionado com o do presente trabalho: dano moral. Segue, ainda, cópia de um acórdão sobre o assunto tratado no último capítulo.

De resto, pede-se tolerância com o atrevimento do autor em querer

* EX-PROMOTOR DE JUSTIÇA
JUIZ FEDERAL TITULAR DA 35ª VARA FEDERAL DO RIO DE JANEIRO MESTRANDO EM DIREITO

penetrar em seara, ainda, tão complexa e muito pouco tocada, exceto por alguns que o fizeram, ao contrário deste, com a inteligência, experiência e brilhantismo, que lhes são peculiares.

2. Pessoa, Personalidade e Estatuto ou Posição Jurídica da Pessoa:

Pessoa vem do latim substantivo *persona* e do verbo *personare*. *Persona* era a máscara usada pelos atores teatrais para amplificar as vozes. *Personare* significa soar com intensidade. Como afirma o Prof. LIMONGI FRANÇA, a palavra pessoa passou a ser utilizada, por analogia, para designar o ser humano, enquanto desempenha o seu papel no "teatro da vida jurídica."

Na filosofia, pessoa é a substância natural dotada de razão.

No mundo jurídico, é o sujeito capaz de adquirir direitos e contrair obrigações. Ou, como bem expressou o código argentino, baseado no art. 16 do Esboço de Teixeira de Freitas, "todos os entes suscetíveis de aquisição de direitos são pessoas".

Na atualidade, tal atribuição é genérica, atingindo, portanto, todos os seres humanos, com se vê no art. 2º do CC - "Todo homem é capaz de direitos e obrigações na ordem civil.", e também, os chamados entes morais ou pessoas jurídicas, conf. o Cap. II do Tít. I do Livro I - Das Pessoas.

Mas, houve época em que apenas os seres humanos e livres eram dotados de personalidade. No direito romano, utilizava-se a expressão *caput*. As pessoas jurídicas não eram, ainda, tratadas pelo direito e os seres humanos não livres, os escravos, eram considerados coisa, *res*, objeto e não sujeito do direito.

Ao estudarmos o estatuto ou posição das pessoas físicas, deparamo-nos, por um lado, com atributos personalíssimos ou elementos essenciais de sua personalidade, conf. nos ensina, com maestria, o Prof. Carlos Alberto Bittar, (vida, saúde, higidez física) e, de outro, em razão de relacionamentos mantidos na sociedade, tendo em vista diferentes referências (família, político etc.).

Desde o direito romano, encontramos o reconhecimento de direitos a partir dos estados (*stati*) *libertatis*, *civitatis* e *familiae*. Mais tarde, acrescentou-se o estado profissional.

Os direitos da personalidade, embora sejam anteriores à ordenação jurídica, como afirma o Prof. Bittar, porque se inserem na própria

essencialidade humana, só passaram a fazer parte das codificações a partir de 1942, com o CC italiano, levando-se em conta que previamente apenas ingressaram de maneira específica, como na lei da Romênia, em 1895, e no código alemão, em 1900, protegendo o direito ao nome.

3. Direitos da Personalidade:

Como ilustra muito bem ADRIANO DE CUPIS, os direitos da personalidade são a própria essência a ser revestida pelos outros direitos. Sendo assim, o *minimum* necessário, composto de direitos inatos e essenciais, que individualizam a pessoa concretamente, em termos físicos, intelectuais e morais. Portanto, protegem um complexo valorativo, tomando a pessoa em si, com aspectos íntimos e projeções na sociedade.

4. Conceito e Importância da Pessoa Jurídica:

Traduzindo a definição latina do pensamento aristotélico-tomista, temos que "a sociedade é a união moral dos homens que se reúnem para, em comum, atingirem, determinado fim."

A importância das pessoas jurídicas, e das coletividades, de maneira geral, confunde-se com a própria essencialidade da pessoa natural ou humana. Se formos estudar as questões como o trabalho, a propriedade, a subsistência, a habitação, a saúde, a educação etc., encontraremos a existência e o papel preponderante das pessoas jurídicas. Tal fato não é, nem um pouco, de difícil percepção e explicação: relaciona-se com o próprio ser humano enquanto ser social.

A união de esforços e recursos materiais viabiliza sonhos, desejos e necessidades inatingíveis, sob o prisma apenas individual. Hoje, até mesmo em áreas em que o profissional liberal, tradicionalmente, mantinha a sua individualidade em função da natureza intelectual da atividade, como na advocacia e medicina, constatamos a reunião de esforços e recursos na organização das sociedades de advocacia e clínicas particulares de medicina.

5. Natureza:

Muito já se discutiu a respeito. Dentre as teorias, podemos

ressaltar as negativas, ficcionistas e realistas. Os últimos, na verdade, prevalecem na doutrina e refletem melhor a nossa própria codificação.

A realidade das pessoas jurídicas pode ser constatada tanto no plano jurídico, como moral e físico.

No jurídico, o ordenamento reconhece e atribui a condição de sujeito de direito para a pessoa jurídica, seja no direito civil, comercial, penal, administrativo, constitucional, processual etc.

No moral, possuem elas uma reputação, um conceito, que pode ser local, regional, nacional e, até mesmo, internacional.

Fisicamente, as pessoas jurídicas gozam de patrimônios inegavelmente, mais robustos, se comparados com os das pessoas naturais, domicílio, imagem.

6. Pessoa Jurídica e Direitos da Personalidade:

Sabemos que o desenvolvimento da teoria dos Direitos da Personalidade é recente. Porém, mais atual, é o questionamento acerca da existência de direitos da personalidade por parte das pessoas jurídicas. Ou seja, se os direitos da personalidade seriam próprios apenas das pessoas naturais ou não. Poucos autores tiveram a oportunidade de abordar o tema diretamente.

Na doutrina, encontramos, basicamente, três vertentes. A primeira, capitaneada por **SANTOS CIFUENTES**, exclui do plano subjetivo dos direitos da personalidade a pessoa jurídica (*Derechos personalísimos*, pág. 107 e segs.). Noutro extremo, visualizamos os doutrinadores, como **GIERKE** (*Deustches Privatrecht*, pág. 82 e segs.), que consideram os entes coletivos como titulares dos direitos da personalidade, sem, contudo, excluir, *a priori*, os direitos incompatíveis e fazendo, apenas, algumas adaptações de direitos da personalidade aos entes jurídicos. A terceira posição, capitaneada, no exterior, por **ADRIANO DE CULPIS** (*I Diritti della Personalità*, I, pág. 18) e, entre nós, por **CARLOS ALBERTO BITTAR** (*Os Direitos da Personalidade*, pág 13), defende, a seu turno, o reconhecimento somente dos direitos da personalidade compatíveis com as pessoas jurídicas.

O Desembargador **WALTER MORAES** (IOB - Civil, Processual, Penal, Comercial e Administrativo, 3/6099) afirma que "melhor teria sido se reconhecesse a necessidade de construir um direito da **personalidade jurídica**, distinto da **natural**. Pois, na esfera do direito a formação de

peças físicas é fato consumado e universal, que ignorar não é possível; e sendo o direito da personalidade uma ordem jurídica de autopreservação subjetiva, é simples medida de coerência ordenar tal inclinação autopreservativa (que na personalidade analógica também se verifica) relativamente aos componentes próprios de seu substrato, em vez de forçar a integração artificial de duas ordens, como fez Gierke que aplicou às pessoas jurídicas todos os direitos dessa espécie; até mesmo o direito ao corpo e à vida...

Ora, se as pessoas jurídicas foram e são entes reconhecidos pelo ordenamento jurídico, cumprindo finalidades lícitas e essenciais para a organização social como um todo, inadmissível torna-se a não aceitação, *a priori*, da titularidade de direitos da personalidade pelas pessoas jurídicas.

Como afirma o Professor **Carlos Alberto Bittar**, "as pessoas jurídicas dispõem de direitos pessoais e de personalidade, e estes compatíveis com a sua condição de entes intelectuais e não corpóreos".

Ou, traduzindo **Pierre Kayser**, na *Revue Trimestrielle*, v. 20, n.3, 1971, p.1942: "Elas estão somente privadas daquele direito em que a existência tem um liame com a personalidade humana".

Sendo assim, passemos a analisar os direitos da personalidade em espécie, e a respectiva compatibilidade com as pessoas jurídicas.

7. Direito à vida, à integridade física, ao corpo, às partes separadas do corpo, ao cadáver e à voz:

Com facilidade, desnecessitando, portanto, de argumentação e demonstração teórica, percebemos a incompatibilidade dos direitos à vida, à integridade física, ao corpo, às partes separadas do corpo, ao cadáver e à voz com as pessoas jurídicas, pela ausência de vida e corpos naturais.

Todavia, podemos, de modo correlato, pensar na hipótese de um direito de personalidade à existência, tendo em vista que, como é sábio, o surgimento da pessoa jurídica não decorre de um fato natural, como o das pessoas físicas com a concepção, conforme a melhor doutrina, ou com a concepção condicionada ao nascimento com vida ou com nascimento, segundo os demais posições. Mas a pessoa jurídica, como resultado da vontade humana e do registro no órgão competente, bem como a autorização para a existência e funcionamento, quando preenchidos os pressupostos e requisitos legais, não pode ter a sua existência obstaculizada.

Possuem, assim, no nosso modesto entendimento, as pessoas jurídicas o direito elementar de existência, tendo em vista tanto o seu registro, civil ou mercantil, conforme a natureza da atividade desenvolvida, como o direito a uma eventual autorização, considerando-se o princípio da legalidade, hoje expresso na Constituição Federal no art. 5º, II, de que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei", e, também, sob o ponto de vista fático, que a concorrência e disputas, comuns no mundo comercial, não exasperem os limites da liceidade, tendo, em vista princípios como o do *neminem laedere* e proibições como o da concorrência desleal.

8. Direito à Imagem:

Segundo se tem sustentado, há compatibilidade entre o direito à imagem e pessoa jurídica, pois há que tutelar-se os componentes que individualizam a pessoa jurídica no seio da coletividade, em termos de forma plástica. Aí estão inseridos os sinais, expressões ou símbolos distintivos. Mas, com propriedade, entende o Professor Carlos Alberto Bittar que tais elementos devem ser tratados no âmbito do nome e da identificação das pessoas jurídicas.

Mas, além disso, podemos incluir aqui o direito à imagem relativo às instalações, quando filmados ou fotografados, e a utilização indevida e não autorizada das mesmas.

Recentemente, por ocasião da campanha eleitoral para a Presidência da República, em 1989, utilizou-se um dos candidatos de imagem das instalações de uma empresa, permitindo-se a sua identificação. A referida sociedade comercial conseguiu retirar a veiculação da película, tendo em vista a necessidade de autorização prévia, como é indispensável neste direito de personalidade.

9. Direito à Liberdade:

Também compatível, em vários aspectos, com as pessoas jurídicas. É claro que a pessoa jurídica não exerce diretamente o direito de locomoção, mas deve poder fazer ou deixar de fazer tudo aquilo que seja possível frente à ordem jurídica.

Conseqüentemente, estará lesando tal direito todo aquele, seja pessoa natural ou jurídica, que impedir outrem de fazer ou obrigar a realizar

algo, como comprar, vender e estabelecer qualquer negócio jurídico, por exemplo. Podendo afrontar não apenas o bem liberdade, mas a própria existência, em casos como de concorrência desleal, *verbi gratia*.

Protege-se dentre outras formas, lembradas pelo Professor Bittar, a liberdade de associação e de exercício de atividade, limitados, no entanto, por regras de ordem pública, hoje existentes, protetoras, por exemplo, do meio ambiente, da segurança, dos direito de vizinhança. Em relação ao meio ambiente, tanto exterior quanto interior, tendo em vista a segurança e a saúde dos funcionários e pessoas que circulam, internamente, nos estabelecimentos das pessoas jurídicas.

10. Direito à Intimidade:

O direito à intimidade enceta os aspectos familiares, pessoais e negociais. Os dois últimos desfrutam de proteção a nível das pessoas jurídicas, tanto em termos de direito civil quanto penal. Neste sentido o artigo 152 do Código Penal, tipificando o crime de "Correspondência Comercial". A espionagem, divulgação indevida de qualquer informação sobre a empresa, que não tenha sido facultada ao público ou que não seja de divulgação obrigatória (como os balanços das sociedades anônimas) e o próprio domicílio violado da pessoa jurídica são exemplos de lesão ao direito à intimidade das mesmas.

11. Direito à Integridade Psíquica:

Não há compatibilidade entre o direito à integridade psíquica e as pessoas jurídicas, considerando que não gozam de psiquismo, pois o pensamento e decisões empresariais, na verdade, são tomadas pelos homens que detém o controle acionário ou quotistas das mesmas.

12. Direito ao Segredo:

Costuma-se, conforme ministra o Mestre **CARLOS ALBERTO BITTAR**, classificar o sigilo como pessoal, documental, profissional e comercial. Refere-se a fatos específicos, em razão de atividade profissional ou comercial, no caso.

O sigilo pode ser epistolar, bancário, profissional (advogado, funcionário público).

Há sigilo comercial sobre os livros mercantis, salvo exceções legais, em que há obrigatoriedade na apresentação, como nos livros fiscais.

O Código Penal tipifica, inclusive, vários delitos, como o de "divulgação de segredo" (artigo 153), "violação do segredo profissional" (artigo 154), "violação de sigilo profissional" (artigo 325), "violação do sigilo de proposta de concorrência" (artigo 326) e os crimes de concorrência desleal, definidos no Decreto-Lei nº 7903, de 27 agosto de 1945.

13. Direito à Identidade:

Direito de cunho moral e elo de ligação entre o indivíduo e a sociedade geral, o direito à identidade é de fundamental importância para as pessoas jurídicas. O tema envolve tanto o nome comercial ou de empresa, como as marcas das indústrias, de comércio e de serviço, bem como as expressões ou sinais de propaganda.

Como leciona **FRAN MARTINS** (Curso de Direito Comercial, pág. 238): "É o nome social que identifica a sociedade, do mesmo modo que o nome civil identifica as pessoas físicas. E como o nome civil, que deve ser inscrito no Registro Civil, o comercial deve ser registrado no Registro próprio dos comerciantes, que é o Registro do Comércio. O nome comercial não é privativo apenas das sociedades comerciais que adquirem personalidade jurídica; também as sociedades que não se organizam devidamente, na forma da lei, as chamadas *sociedades de fato*, podem possuir um nome social, e o Código Comercial até permite que a existência desse nome sirva de meio de prova da existência da sociedade (art. 305 ns. 7 e 9). O que acontece é que esse nome utilizado pela sociedade de fato - firma ou denominação - não goza de proteção legal, por não se ter a sociedade constituído regularmente e registrado o seu nome no Registro do Comércio.

Questionamento interessante faz **RUBENS REQUIÃO** (Curso de Direito Comercial, 1º vol., págs. 180 e 181):

"Cabe agora, indagar se o nome comercial, embora trazendo em si a gama de direitos personalíssimos do direito civil, pode, no campo do direito comercial, ser alienável como um bem imaterial. E, na resposta positiva, como conciliar essa alienabilidade com o princípio de *veracidade*? Como um comerciante, adquirindo uma empresa de outrem, poderia usar o nome comercial que não é o seu ?

Enquanto o nome comercial referir-se à firma individual, em face do direito brasileiro que a identifica com o nome de empresário, por inteiro

ou abreviado, o nome comercial é um atributo da personalidade. O nome civil é inalienável e intransmissível, pois não constitui como um bem imaterial. É um direito apenas. A firma individual, espécie que é de nome comercial, segue essa consequência, e é intransmissível."

O art. 7º do Decreto nº 916, de 24 de outubro de 1890, estipula, em relação às firmas sociais que: "É proibida a aquisição de firmas sem a do estabelecimento a que estiver ligada", estabelecendo no parágrafo único que o adquirente, por ato *inter vivos* ou *causa mortis*, poderá continuar a usar da firma, antecedendo-a, porém, da declaração "sucessor de ...".

Em relação às sociedades anônimas ou sociedades por quotas de responsabilidade limitada, o direito atual não proíbe a alienação da denominação, registrando-se que há várias teses comercialistas, como a do jurista **GEORGE M. COELHO DE SOUSA**, da Faculdade de Direito de São Paulo, com a proposta de inalienabilidade da firma ou denominação, admitindo-se, somente, quando fizer-se proceder da expressão "sucessor de...".

Cabe ressaltar que tanto o nome das empresas, como outros signos distintos e as marcas, industriais, de comércio ou de serviço, encontram-se protegidas como direito fundamental, pela Constituição Federal, no artigo 5º, inciso XXIX.

Marca é o sinal distinto de determinado produto, mercadoria ou serviço. O artigo 59 do Código de Proteção Industrial estabelece que: "Será garantida no território nacional a propriedade da marca e o seu uso exclusivo àquele que obtiver o registro de acordo com o presente Código, para distinguir seus produtos, mercadorias ou serviços, de outros idênticos ou semelhantes, na classe correspondente à sua atividade. Parágrafo único. A proteção de que trata este artigo abrange o uso da marca em papéis, impressos e documentos relativos à atividade do titular."

Também são signos distintivos para a pessoa jurídica, tendo em vista a própria identificação com os seus produtos, mercadorias ou serviços, as expressões ou sinais de propaganda, compreendendo, nos termos do art. 73 do Código de Propriedade Industrial, que "Entende-se por expressão ou sinal de propaganda toda legenda, anúncio, reclame, palavra, combinação de palavras, desenhos, gravuras, originais e característicos que se destinem a emprego como meio de recomendar quaisquer atividades lícitas, realçar qualidades de produtos, mercadorias ou serviços, ou a atrair a atenção dos consumidores ou usuários".

Corolariamente, podemos ressaltar que a proteção em relação à identificação das pessoas jurídicas e do resultado das suas atividades

representa também, a defesa dos interesses dos consumidores, na medida em que estes possuem o direito de não serem enganados na escolha do produto ou serviço bem como do real fornecedor destes, conforme podemos retirar dos princípios e normas do Código de Defesa do Consumidor.

Por fim, não é demasiada a citação do grande **PONTES DE MIRANDA** (Tratado de Direito Privado, volume 7, pág. 122):

"O nome das pessoas jurídicas, inclusive das Sociedades Anônimas, é meio de identificação pessoal; portanto o direito ao nome é direito de personalidade (ainda quando a lei permita, sem descontinuidade dessa, a trocar ou alterar o nome). Direito de personalidade inato: ainda quando alguma lei permite mudar-se ou alterar-se o nome, não há pessoa jurídica sem nome".

14. Direito à Honra e ao Respeito:

Costuma-se diferenciar a honra objetiva e subjetiva, entendendo-se a primeira como a reputação que a pessoa no meio social, enquanto que a segunda relaciona-se com um sentimento pessoal de estima ou consciência da própria dignidade. Com muita propriedade, o professor **CARLOS ALBERTO BITTAR** destaca a dignidade e o decoro, tratand-os, em separado, como direito ao respeito.

A matéria ora tratada é palco de abordagem e grandes discussões em sede penal, tendo em vista a antiga discussão sobre a possibilidade das pessoas jurídicas serem sujeitos passivos materiais nos crimes contra a honra, tais como a injúria, a calúnia e a difamação.

No campo do direito penal, encontramos, basicamente, quatro correntes: 1) Dos que negam, totalmente, qualquer possibilidade de direito à honra por parte dos entes coletivos, sob o argumento de que os mesmos não possuem realidade, não passando de pessoas abstratas, e, portanto, a lesão ocorreria em relação aos sócios ou integrantes do ente; 2) Dos que consideram a pessoa jurídica suscetível de sofrer qualquer agressão à honra, seja ela subjetiva ou objetiva, podendo, assim, ser vítima de injúria, difamação e até calúnia, tendo em vista a possibilidade de haver sanções outras além da privativa da liberdade e da diferenciação entre a personalidade das dos entes coletivos e seus membros; 3) Dos que excluem somente a calúnia, sob a fundamentação de que a pessoa jurídica não tem capacidade para ação criminosa e que são os seus sócios que respondem pelos delitos; 4) Dos que excluem a injúria e a calúnia, a primeira em razão da ausência de psiquismo e sentimento próprio, e a segunda,

também, pela ausência de capacidade penal, mas podendo sofrer a difamação em função de possuir reputação e boa fama.

Em termos de honra subjetiva, a pessoa jurídica não dispõe de um sentimento pessoal, psíquico, de sensibilidade, segundo a doutrina dominante em que podemos citar **MANZINI, MAGGIORE, BINDING, VON BAR, DOCHOW, RENDE PERGOLA**, não podendo, dessa forma, figurar como vítima, tanto na esfera criminal como cível, de injúria. Não obstante, alguns autores, como **FLORIAN** (*Injuia e Diffamazione*, pág. 137), vêm emprestando aos entes jurídicos a sensibilidade, conferindo-os honra subjetiva. Entre nós, segue tal raciocínio **DARCY ARRUDA MIRANDA**.

Ao falarmos de honra subjetiva, diferencia-se, como é sabido, a difamação da calúnia, no sentido de que a primeira figura representa a imputação de um fato ofensivo à reputação de alguém, enquanto que para a existência da segunda há que ser o fato definido como crime. E aí, uma idéia, ainda pouco amadurecida, do autor deste trabalho é de que a pessoa jurídica só possa ser vítima da calúnia quando possa, também, ser sujeito ativo daquele crime, do contrário, em termos penais, haveria o que se chama de crime impossível, nos termos do artigo 17 do Código Penal, e, em sede civil, se atingisse a reputação da pessoa jurídica, tendo em vista que, mesmo não sendo um crime, poderia o fato imputado ser moral e socialmente reprovado, caracterizada ficaria; na verdade, a própria difamação, ensejando, assim, proteção civil e penal.

Em termos de honra objetiva, oportunas são as palavras da Doutora **APARECIDA I. AMARANTE** (*Responsabilidade Civil por Dano à Honra*, pág. 220): "Já ficou assente que os entes coletivos possuem, além do patrimônio material, o moral, que se traduz pela reputação, idoneidade, bom nome, enfim, por todas as qualidades que traduzem um valor social. E a ofensa a essas qualidades, sob qualquer configuração que se apresente, tipifica-se, perfeitamente, como reparável pelo Direito Civil".

SOLIDÔNIO LEITE FILHO (*Comentários à Lei de Imprensa*, pág. 63), em 1923, também já afirmava sobre as pessoas jurídicas: "Estas, segundo o art. 20 do Código Civil, têm existência distinta da dos seus membros; são capazes de direito e obrigação e podem ser expostas ao ódio e ao desprezo público. Não há como contestar que as ofensas contra a sua honra, ao seu decoro e à sua reputação produzem muitas vezes maiores prejuízos do que as cometidas contra os particulares; pois estes mais facilmente se reabilitam".

Na jurisprudência, começamos a encontrar alguns casos, normalmente envolvendo indenização por danos morais, relacionados à honra das pessoas jurídicas, podendo-se citar, como caso recente a

condenação da Rádio Tupi, no Rio de Janeiro, por ter a apresentadora Cidinha Campos veiculado informação, sem qualquer cuidado da veracidade da mesma, difamatória e atentatória contra a reputação do Instituto Imaculada da Conceição.

15. Direito às Criações Intelectuais:

A Constituição Federal, no artigo 5º, reconhece a proteção ao direito às citações intelectuais, seja em termos de direito autorai (forma estética), seja em termos de propriedade industrial (forma utilitária), nos seguintes termos:

"XXVII - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;

XXIX - a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como às criações industriais, à propriedade das marcas..."

Há muito tempo, sabe-se que a pessoa jurídica pode ser autora de obra intelectual e de inventos industriais, tendo em vista o disposto na legislação ordinária já existente, como se vê *in verbis* :

Lei 5.988/73 - artigo 15. "Quando se tratar de obra realizada por diferentes pessoas, mas organizada por empresa singular ou coletiva e em seu nome utilizada, a esta caberá sua autoria."

Lei 5.772/71 - artigo 40 - "Pertencerão exclusivamente ao empregador os inventos, bem como aperfeiçoamentos, realizados durante a vigência de contrato expressamente destinado à pesquisa no Brasil, em que a atividade inventiva do assalariado ou do prestador de serviços seja prevista, ou ainda que decorra da própria natureza da atividade contratada."

16. Dano Moral:

Apenas de modo muito breve, gostaríamos de ressaltar a grande e interessante discussão sobre a possibilidade da pessoa jurídica sofrer dano moral. Temos que, tratando-se de pessoa jurídica, o dano moral estará sempre relacionado a uma lesão de direito da personalidade da mesma.

No sentido da indenização, cabe refutar a tradicional visão do dano moral como *pecunia doloris*, ou seja, como ressarcimento da dor, como reação física e psíquica, inexistentes para a pessoa jurídica. Hoje,

concebe-se o dano moral objetivamente, como gênero de dano extrapatrimonial, contrapondo-se, assim, ao dano patrimonial ou material. E, sendo assim considerado, o dano moral decorrerá, para as pessoas jurídicas, sempre em que houver lesão a um direito e a repercussão da mesma não for de ordem material, como nas lesões aos direitos da personalidade compatíveis com a natureza das pessoas jurídicas, em que estas sofrerem um dano no relacionamento com a sociedade, na reputação etc. Tanto a doutrina, como a jurisprudência, vem desenvolvendo e firmando posição nesse sentido, cabendo citar, v.g., o acórdão proferido em 23 de fevereiro de 1988, na Ap. Cív. 587. 054.718, pela Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, tendo como apelantes e apelados o Banco Mercantil de São Paulo S.A. e Transportadora Latinoamérica Ltda. e relator o Des. Ruy Rosado de Aguiar Jr., como um marco na defesa do dano moral para a pessoa jurídica, conforme cópia da decisão do anexo.

17. BIBLIOGRAFIA

- AMARANTE, Aparecida I. Responsabilidade Civil por Dano à Honra, Belo Horizonte, Del Rey, 1991.
- BITTAR, Carlos Alberto. Os Direitos da Personalidade, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1ª ed., 1989.
- BITTAR, Carlos Alberto Teoria Geral do Direito Civil, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1ª ed., 1991.
- BITTAR, Carlos Alberto. "Danos Patrimoniais e Morais por Violações a Direitos da Personalidade" in Direitos da Personalidade e Responsabilidade Civil - Revista do Advogado nº38 - São Paulo, Dezembro/1992.
- BORGES, João Eunápio. Curso de Direito Comercial Terrestre, Rio de Janeiro, Forense, 5ª ed., 1991.
- CHINELATO E ALMEIDA, Silmara J.A. "Direitos de Personalidade do Nascituro" in Direitos da Personalidade e Responsabilidade Civil - Revista do Advogado nº38 - São Paulo, Dezembro/1992.
- FRANÇA R. Limongi "Direitos da Personalidade - Coordenadas Fundamentais" in Direitos da Personalidade e Responsabilidade Civil - Revista do Advogado nº38 - São Paulo, Dezembro/1992.
- FRANÇA, R. Limongi. Instituições de Direito Civil, São Paulo, Saraiva, 2ª ed., 1991.
- FRANÇA, R. Limongi Manual de Direito Civil, volume 1, São Paulo, RT, 4ª ed., 1980.
- MARTINS, Fran. Curso de Direito Comercial, Rio de Janeiro, Forense, 2ª ed., 1991.
- MORAES, Walter. "Se é viável indenização por dano moral a pessoa jurídica" in IOB - civil, processual, penal, comercial e administrativo, 3/6099.
- PONTES DE MIRANDA, J.F. Tratado de Direito Privado, volume 7 - Direito de Personalidade, Rio de Janeiro, Borsoi, 1956.
- REIS, Clayton. Dano Moral, Rio de Janeiro, Forense, 2ª ed., 1992.
- REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Comercial, 1º volume, São Paulo, Saraiva, 1986.
- TEIXEIRA DE FREITAS, A. Código Civil - Esboço, Rio de Janeiro, Serviço de Documentação do Min. da Justiça e Neg. Interiores, 1952.
- SZANIAWSKI, Elimar. Direitos da Personalidade e sua Tutela, São Paulo, RT, 1ª ed. 1993.

REFLEXÕES SOBRE O HABEAS DATA

Fernando Marques
Juiz Federal Titular da 10ª Vara/RJ

1. CONCEITO E ORIGENS

Insero no título relativo aos Direitos e Garantias Fundamentais da Constituição de 1988, encontra-se instrumento processual de terminologia inovadora entre nós: o *habeas data*. Sobre o assunto dispõe o seu art. 5º., inc. LXXII, *verbis*:

"LXXII - Conceder-se-á *habeas data*:

a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;

b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo".

Trata-se, pois de ação civil especial a se desenvolver em duas fases, exceto quando o impetrante já conheça o teor dos registros a serem verificados ou complementados, caso em que pedirá que a Justiça o retifique, através das provas que apresentar.

Seus objetivos se estendem, então, de forma amplíssima, a assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público e à retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo.

Historicamente, o *habeas data* é mais uma modalidade do vetusto "direito de petição", de universalidade incontestada. Já o assegurava implicitamente a Magna Carta (1215). Mantido com tal caráter pela *Petition of Rights*, de 1628, passou a ter previsão expressa na Declaração de Direitos de 1689 (art. 5º).

Seu sentido e alcance ampliou-lhe a revolução franco-americana para caracterizá-lo como a "liberdade de os indivíduos se dirigirem aos poderes públicos", pleiteando o que bem entendessem, tal como fixado na Constituição dos Estados Unidos da América, Emenda nº 1, e Constituição Francesa de 1791, (P. Jacques, Curso de D. Constitucional, pág. 314,

6º ed., Forense), e perpetuado pelo ordenamento jurídico americano, de que são mais recentes exemplos o *Freedom of Information Act*, 1974 e 1978, com o que se visou permitir o acesso do particular a informação constantes de registros públicos ou particulares permitidos ao públicos.

De outro lado aparece, apesar de não contar com denominação específica, na Constituição de Portugal de 1976 (art. 35) e da Constituição da Espanha de 1978 (art. 105, "b").

2 - ÂMBITO DE APLICAÇÃO

As constituições brasileiras sempre previram tal liberdade, exceto a de 1937, merecendo evidência o fato de que o § 35 do art. 153 da CF/69 garantia o direito de obtenção de informações, sob a forma de certidões requeridas às repartições administrativas para defesa de direitos e esclarecimentos de situações. Nesse passo, é bem de ver que não se exigia a prova da existência do direito maltratado, mas tão só a do interesse ou da necessidade de obtenção de determinada informação.

Escrevendo sobre o assunto, Pontes de Miranda ensinava que, daquela disposição constitucional emergiam necessariamente duas consequências: a de que constituem pressupostos do direito à expedição de certidões o serem essas para a defesa de direitos, o que permite certa conduta por parte do expedidor, sujeita, está claro, a exame da autoridade administrativa ou dos juízes, que podem ordenar a expedição *in casu* quando o suplicante é interessado; e a de que a denegação do pedido seria constitucionalmente remediável, e.g., pelo mandado de segurança (Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969, tomo V, pág. 654/655, 2ª ed., Revista dos Tribunais).

Na Carta Política de 1988, no entanto, procedeu-se a alteração da regra de regência do tema. Com efeito, o inciso XXXIV do art. 5º reza que as certidões podem ser obtidas para "defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal." Essa a primeira finalidade do "*habeas data*", relacionada apenas à inevitável interação entre o indivíduo e o poder público. Trata-se de aplicação do princípio da publicidade, que provém da idéia de República e de Estado de Direito. De fato, como ensina Carlos Ari Sundfeld, "ninguém poderia supor que, em um regime onde todo poder emana do povo, fosse dado aos administradores deterem informações que o próprio povo - que é o titular do poder - não pudesse conhecer e, conseqüentemente, controlar" (Ver. Dir. Público, nº 95, pág. 190).

De outro lado, é bem de ver que o esclarecimento de situação

relativa a interesse pessoal nem sempre tem a ver com o envolvimento de um direito do próprio requerente. Em que possam pesár dúvidas de hermenêutica daquele dispositivo citado, não resistem a exame mais aprofundado quando se leva em conta que a obtenção de dados em poder de entes públicos pode se referir também a esclarecimento de situações apenas de interesse pessoal (art. 5º., XXXIV, b, CF/88). Ademais, o direito em tela se garante, ainda, pelo texto constitucional, quando proclama que todos têm direito a receber dos órgãos público as informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado (art. 5º., XXXIII CF/88).

Logo não há falar, validamente, em obtenção de certidões só em situações mais restritas, maxime se tais informações são transmitidas ao indivíduo por via daquelas. E nem se diga que o cidadão deverá fazer prova de correlação do interesse com o fato a certificar. Nesse campo, a vontade do indivíduo é o fator exclusivamente determinante de tal obrigação de Estado.

Entretanto, não se deve esquecer que a prerrogativa constitucional acima aludida encontra óbice quando a matéria objeto do pedido se refere a informações cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado. Tais casos, geralmente envolverão restrição à publicidade quando se tratar, por exemplo, da intimidade pessoal do indivíduo. É princípio que tem a ver com a obrigação de o Estado preservar a incolumidade moral dos administrados, só se excepcionando nos casos em que o requerimento é feito em causa própria.

Por outro lado, o sigilo também tem a ver com a eficácia da gestão administrativa, indicando sua necessidade de utilização a um certo fim que, de outro modo, resultaria ineficaz. É espécie de conduta administrativa cautelar imposta pela lei a certos tipos de atividade, como a de obtenção de prova.

Tirante os referidos casos de sigilo, exceção à regra, a publicidade deve nortear a atividade administrativa, como um dos seus princípios democráticos de base.

O segundo aspecto do Habeas Data, concerne à proteção que o instituto concede ao cidadão quanto à veracidade e correção das informações disponíveis sobre ele e os fatos que lhe digam respeito. Com isso o Constituinte visou evitar a denominada "falsa informação", via possibilidade de retificação de dados, quando o interessado não o deseje fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo. Então, a segunda finalidade do *writ* é a de evitar que o Estado faça uso de tais informações

contra o próprio cidadão, sem que este tenha meios de se opor a tal comportamento.

3 - Rito

A primeira dificuldade com o que o Poder Judiciário se defrontou ao final dos anos 80, foi a questão do procedimento. Sem lei específica de regência, fato que também atingiu o *writ of injunction*, cumpria, na ausência da atuação do legislador ordinário, encontrar *iter processualis* que permitisse pôr em prática o novel instituto, já que em sede de direitos e garantias fundamentais as normas que os definem se aplicam imediatamente (CF/ 88 art. 5º. § 1º).

A semelhança com outros institutos constitucionais como o mandado de segurança, o *habeas corpus* e o mandado de injunção, do ponto de vista de proteção a direito do cidadão, não induz necessariamente à conclusão de que o rito possa ou deva ser o mesmo adotado para um dos dois primeiros. Em especial, o do mandado de segurança teria o inconveniente de exigir prova pré-constituída o que não se pode, validamente, exigir de quem se utiliza do *habeas data*, por absoluta incompatibilidade com sua própria natureza.

Logo, como ensinava Helly Lopes Meireles, o procedimento há de ser sempre o ordinário ou o especial, vez que no curso do processo poderá ou deverá ser necessária a produção de prova da inexatidão dos registros, o que permitirá a sua retificação (Mandado de Segurança, Ação Popular, Habeas Data, Ed. Rev. Tribunais, 12ª. Ed., pág. 146).

Entretanto, a orientação dos Tribunais tem sido no sentido de utilização do procedimento do mandado de segurança por sua celeridade, característica compatível com a natureza do direito a proteger.

4 - Interesse de Agir

Outro aspecto, que tem sido objeto de preocupações de parte da doutrina e da jurisprudência, reside em saber se o manejo do instituto depende de produção de prova de requerimento de informações, denegado no âmbito administrativo. É indagação que incide no campo do interesse de agir, ou seja, da necessidade de ingresso em juízo, devido a resistência da contraparte. A ausência dessa relutância da Administração a atender o pedido impede que o remédio constitucional tenha andamento frente ao Judiciário.

Do mesmo modo, faltarão tal condição, se quem deveria prestar as informações ou promover a retificação de dados não as negou, porque nada lhe fora requerido, não havendo falar, em tese, de lesão a direito individual (cf. STJ, HD-002/89, publ. D.J. 09.04.89, rel. Min. Pedro Accioli; STJ HD-004/89, PUBL. D.J. 28.08.89, rel. Min. Ilmar Galvão; STJ HD-005/89, publ. 28.08.89, rel. Min. Américo Luz), vez que a postulação, válida, do *Habeas Data* nasce com a negativa, por parte da Administração Pública, em fornecer informações de interesse particular em geral, que lhe forem solicitadas (cf. STJ HD-009/89, publ. 12.04.89, rel. Min. Miguel Ferrante).

5 - Entidades Governamentais e Entidades de Caráter Público

Dispõe a alínea "a" do inciso LXXII do art. 5º da CF/88 que o *habeas data* será concedido para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público.

Dois conceitos distintos devem ser perquiridos, pois: o de entidade governamental e o de entidade de caráter público.

Por entidade governamental deve-se entender a administração pública direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (art. 37 CF/88).

Embora, como ensina Sérgio D'Andrea Ferreira, não possua a administração pública, no seu lado, personalidade jurídica, sendo um conceito organizacional (Comentários à constituição, vol.3, ed. F. Bastos, pág. 27), nela se incluem entes de direito público e de direito privado que exercem funções caracterizadas como governamentais ou de interesse público.

O conceito de entidade de caráter público, por sua vez, tem a ver com a atividade desenvolvida, como *tertius genus*. De amplitude incontestável, abrange os entes que prestam serviços por delegação, ou seja, desempenham funções eminentemente públicas. Tal o caso de pessoa jurídica de direito privado quando executa atos de delegação por parte da União. Entretanto, simples credenciamento como agente fiduciário (Dec. Lei 70, de 1966, art. 30), por exemplo, não poderá, validamente, ser confundido com delegação de função pública, não tendo o condão de atribuir aos atos praticados pela sociedade credenciada a natureza de atos de autoridade. Daí porque, em casos que tais, eventual necessidade de obtenção de dados poderá não ensejar o manejo eficaz do *habeas data*.

Na relevância da atividade pública desenvolvida pode, também, residir o direito do cidadão ao remédio constitucional em exame. Como é sabido, durante a vigência da Constituição de 1967, alterada pela EC nº 1/69, o caráter centralizador do Estado fazia com que todos os poderes se dirigissem para a área Estatal, donde o entendimento de que a educação era atividade a ser exercida exclusivamente por ele.

Com a Carta de 1988 o ensino, por exemplo, passou a ser livre, embora sujeito ao cumprimento das normas gerais de educação nacional e à autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público. Portanto, não há mais falar em delegação de poderes às entidades de educação. Mas não se infira daí que o estreitamento da esfera interventiva do Estado, em oposição ao "Estado do Bem Estar", ou Assistencial, possa levar à conclusão lógica de que a atividade educacional privada deixou de revestir-se do atributo de relevância pública. Ao contrário, pois, volvendo o ensino particular à sua característica jurídica de direito privado, em harmonia com o público, garante-se-lhe a liberdade de expressão, pluralismo de idéias, mas com respeito à dignidade do cidadão.

Daí então a conclusão de que esse caráter de relevância pública autoriza a contrapartida do direito do cidadão proteger-se quanto a informações sobre si em poder de tais entidades.

Igualmente, entidades outras que manipulem informações de interesse do indivíduo e que possam ser divulgadas com efeitos danosos à sua pessoa, realizam também atividade que encerra a aludida relevância pública, aí se situando bancos de dados, serviços de proteção ao crédito, pois entre elas e o Estado existe liame suficientemente forte para não obstaculizar o direito que, por consequência, nasce para o indivíduo, manejável via *habeas data*.

6 - Conclusão

Concedido para garantir ao indivíduo conhecer informações e dados sobre si, de posse de entidades públicas ou privadas, tanto quanto sua retificação, exaltou o constituinte princípio de subsidiariedade, de modo que um ente superior não se projete no universo social contra o cidadão; causando-lhe danos de ordem pessoal e patrimonial por desempenho de atividade delegada, ou, se não, de relevância pública.

SÚMULA

**SÚMULA VINCULANTE:
DESNECESSIDADE E REDUNDÂNCIA
(* REIS FRIEDE**

No afã histórico e tradicional e verdadeiramente incontrolável de nossos legisladores em criar novos mecanismos legais para resolver os mais diversos problemas que lhes são presentes, - como, por exemplo, a atual epidemia do Judiciário, manifesta na virtual multiplicação de processos, instrumentalizando causas afins -, tem-se desprezado, com toda a ênfase, efetivos instrumentos normativos, que ora se encontram vigentes (e, portanto, disponíveis para o pronto emprego), e que foram forjados, à toda prova, no passado recente, com idêntico propósito.

Trata-se, no caso em tela, do denominado efeito vinculante, introduzido em nossa legislação por força da Emenda Constitucional nº 3/93 que, dentre outras, modificou o disposto no art. 102 da Constituição Federal de 1988 - especialmente o seu parágrafo 2º -, emprestando-lhe nova redação, *verbis*:

"As decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo."

Desta forma, o atual ordenamento jurídico brasileiro em vigor passou - pelo menos nas situações específicas dos julgamentos definitivos pelo STF, das ações de constitucionalidade positivas e negativas de lei em tese, previstas no art. 102, I, alínea a, da CF/88 - a atacar a tese da ampla vinculação jurisprudencial, rompendo pelo menos em partes a tradição luso-brasileira em que somente a lei lato sensu possui sinérgico efeito vinculante a todos os julgadores.

Por consequência, o Direito Brasileiro passou, desde 17 de março de 1993, a admitir o inafastável efeito vinculante a todos os integrantes do Poder Judiciário quanto às decisões meritórias definitivas, proferidas pelo STF, impondo, por consequência, uma autêntica (ainda que velada) restrição à anterior ampla liberdade do julgador, de instância inferior, de interpretar a norma jurídica lato sensu (revestida sob o arcabouço próprio de lei em sentido amplo) e, até mesmo, de *incidenter tantum* deixar de aplicar a lei *stricto sensu* por reconhecê-la inconstitucional.

No primeiro julgamento de uma "Ação Direta de

Constitucionalidade", inclusive, o Supremo Tribunal Federal fez questão de mencionar o efeito vinculante às instâncias inferiores do Poder Judiciário da decisão que, por fim, entendeu pela declaração de absoluta constitucionalidade da chamada COFINS (contribuição parafiscal de interesse social, que substituiu, por imposição da Lei Complementar nº 70, de 30/12/91, o antigo FINSOCIAL), encerrando - de forma impositiva - a tramitação de todos os processos, versando sobre a matéria, no 1º e no 2º grau de jurisdição, atingindo, por via de consequência, plenamente o objetivo de impedir a chamada multiplicação ociosa de processos em tramitação nas mais variadas instâncias (e, em particular, no âmbito do próprio STF), esvaziando, por efeito, a interminável (e, em essência, infundável e também desnecessária) discussão sobre a tão propalada Súmula Vinculante.

Como o elenco de legitimados *ad causam* para a proposição das denominadas Ações Diretas de Inconstitucionalidade - ADINs (positivas e negativas) - cujo julgamento em única e última instância pelo STF vincula, por força da vigente EC-3/93, a todos os juízes - resta extremamente amplo, incluindo até mesmo o Conselho Federal da OAB, os partidos políticos, as confederações sindicais e as entidades de classe, além do próprio Procurador Geral da República (art. 103 da CF/88), bastaria que qualquer dessas instituições ajuizasse, imediatamente, e sempre que necessário, Ações Declaratórias de Constitucionalidade (e que, na prática, operam como verdadeiras AVOCATÓRIAS), versando sobre os temas típicos de repercussão social e ampla repetição no âmbito do Judiciário, encerrando, de uma só vez, por força do efeito vinculante já existente, todos os processos e causas concernentes aos assuntos em evidência.

Por efeito conclusivo, a toda luz, nos parece que o cerne da discussão atual sobre a criação de novos mecanismos legais para a solução do acúmulo de processos no Judiciário é totalmente dispicienda, sendo certo que a solução legislativa derradeira já existe, bastando apenas que os diversos órgãos autorizados efetivamente atuem em lugar de constantemente propalar por pretensas ausências e imperativa necessidade de criar mais leis no sentido amplo.

(*) Reis Friede, Mestre e Doutor, é Juiz Federal, Professor Adjunto de Direito Processual na Universidade do Rio de Janeiro e ex-Membro do Ministério Público.