

SUMÁRIO

SENTENÇAS

1) VARA ÚNICA DE NOVA FRIBURGO JUIZ FEDERAL TITULAR DR. SÉRGIO FELTRIN CORRÊA	11-16
2) 1ª VARA FEDERAL JUÍZA FEDERAL SUBSTITUTA DRA. MARIA AMÉLIA A. S. DE CARVALHO	17-22
3) 2ª VARA FEDERAL JUÍZA FEDERAL SUBSTITUTA DRA. MARIA ALICE PAIM LYARD	23-25
4) 2ª VARA FEDERAL JUIZ FEDERAL TITULAR DR. RALDÊNIO BONIFÁCIO COSTA	26-62
5) 2ª VARA FEDERAL JUIZ FEDERAL TITULAR DR. EUGÊNIO ROSA DE ARAÚJO	63-70
6) 2ª VARA FEDERAL JUIZ FEDERAL SUBSTITUTO DR. GUILHERME BOLLORINI PEREIRA	71-74
7) 2ª VARA FEDERAL JUÍZA FEDERAL SUBSTITUTA DRA. GERALDINE PINTO V. DE CASTRO	75-79
8) 3ª VARA FEDERAL JUIZ FEDERAL SUBSTITUTO DR. ANTÔNIO HENRIQUE C. DA SILVA	80-83
9) 5ª VARA FEDERAL JUÍZA FEDERAL SUBSTITUTA DRA. ANDRÉA CUNHA ESMERALDO	84-86
10) 5ª VARA FEDERAL JUÍZA FEDERAL SUBSTITUTA DRA. ANDRÉA CUNHA ESMERALDO	87-89
11) 7ª VARA FEDERAL JUIZ FEDERAL SUBSTITUTO DR. ANTONIO CLAUDIO M. DA SILVA	90-97
12) 9ª VARA FEDERAL JUÍZA FEDERAL TITULAR DRA. VALÉRIA M. DE ALBUQUERQUE	98-100
13) 10ª VARA FEDERAL JUIZ FEDERAL SUBSTITUTO DR. MARCELO DA F. GUERREIRO	101-104
14) 10ª VARA FEDERAL JUIZ FEDERAL TITULAR DR. FERNANDO JOSÉ MARQUES	105-110
15) 11ª VARA FEDERAL JUIZ FEDERAL TITULAR DR. JOSÉ ANTONIO LISBÔA NEIVA	111-115
16) 15ª VARA FEDERAL JUIZ FEDERAL TITULAR DR. AUGUSTO G. DIEFENTHAELER	116-120
17) 17ª VARA FEDERAL JUIZ FEDERAL TITULAR DR. WANDERLEY DE A. MONTEIRO	121-123
18) 17ª VARA FEDERAL JUÍZA FEDERAL SUBSTITUTA DRA. EDNA C. KLEEMANN	124-129
19) 19ª VARA FEDERAL JUIZ FEDERAL TITULAR DR. GUILHERME COUTO DE CASTRO	130-132
20) 21ª VARA FEDERAL JUÍZA FEDERAL SUBSTITUTA DRA. REGINA COELI M. C. PEIXOTO	133-138
21) 23ª VARA FEDERAL JUIZ FEDERAL TITULAR DR. POUL ERIK DYRLUND	139-150
22) 24ª VARA FEDERAL JUÍZA FEDERAL SUBSTITUTA DRA. MARIA DO CARMO F. RIBEIRO	151-156
23) 24ª VARA FEDERAL JUÍZA FEDERAL SUBSTITUTA DRA. FRANA ELIZABETH MENDES	157-162
24) 25ª VARA CRIMINAL JUIZ FEDERAL TITULAR DR. GUILHERME CALMON N. DA GAMA	163-170
25) 26ª VARA FEDERAL JUIZ FEDERAL TITULAR DR. LUIZ PAULO DA SILVA ARAÚJO FILHO	171-181
26) 27ª VARA FEDERAL JUIZ FEDERAL TITULAR DR. MARCELO PEREIRA DA SILVA	182-187
27) 28ª VARA FEDERAL JUÍZA FEDERAL TITULAR DRA. MARIA TERESA DE A. R. C. LOBO	188-191
28) 30ª VARA FEDERAL JUÍZA FEDERAL TITULAR DRA. FERNANDA DUARTE L. L. DA SILVA	192-194
29) 30ª VARA FEDERAL JUIZ FEDERAL TITULAR DR. ALUÍSIO GONÇALVES DE C. MENDES	195-200
30) 32ª VARA FEDERAL JUIZ FEDERAL TITULAR DR. ALBERTO NOGUEIRA JÚNIOR	201-213
31) 38ª VARA FEDERAL JUIZ FEDERAL TITULAR DR. THEOPHILO ANTONIO MIGUEL FILHO	214-217

DOCTRINAS

- DIREITO PROCESSUAL ROMANO	219-228
- A EXIGÊNCIA EDITALÍCIA DE COMPROVAÇÃO DE CONDIÇÃO PARA O EXERCÍCIO DAS FUNÇÕES COMO REQUISITO PARA A PARTICIPAÇÃO EM CONCURSOS PÚBLICOS	229-230
- TUTELA RECURSAL ANTECIPADA	231-245
- RETROATIVIDADE DO ARTIGO 366 DO CPP	246-247
- LEI Nº 9.455/97 - "NÃO" REVOGAÇÃO DO ART 2º § 1º, DA LEI Nº 8.072/90	248-250

SENTENÇAS

DR. SÉRGIO FELTRIN CORRÊA
JUIZ FEDERAL TITULAR
VARA ÚNICA DE NOVA FRIBURGO
SEÇÃO JUDICIÁRIA - RJ
PROCESSO Nº 97.0054292-0

SENTENÇA

VISTOS, ETC.

IZAEL CORRÊA DA SILVA, qualificado e regularmente representado, propõe ação declaratória em face do INSTITUTO NACIONAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL (INSS). Assegura haver trabalhado de agosto de 1956 a dezembro de 1967 na propriedade rural de Sebastião Antonio de Castro. Sua atividade consistia em plantar arroz, milho, feijão, bem como roçar pastos, de modo regular.

Além das testemunhas que arrola, apresenta, dentre outras, declaração de seu antigo patrão, e certificado de alistamento militar, mencionando como profissão a de lavrador.

Destaca entendimento jurisprudencial, requerendo quanto se vê a fl. 4, atribuindo à causa o valor de R\$ 300,00. A inicial está instruída com mandato e documentos.

Pedido de retificação a fl. 23, merecedor de deferimento por despacho do digno Juízo Estadual, competente à época para apreciação de pleitos da espécie. A audiência designada para o dia 16.01.97 não foi realizada conforme ata de fl. 26, sendo remarcada para 18 de março seguinte, ocorrendo novo adiamento, agora para 24 de abril (fl. 29). Redistribuídos, por força da instalação desta Vara, designei audiência, conforme despacho a fl. 31, onde colhidos depoimentos. O instituto-réu apresentou contestação, da qual foi dada vista ao autor, sem requerimento. Em razões finais o autor reportou-se à sua inicial, destacou os depoimentos hoje colhidos, requerendo a procedência da ação. O réu mencionou o disposto no artigo 55 da lei 8213/91, que não admite prova exclusivamente testemunhal, acentuando haver o autor apresentado somente certificado de reservista, comprovando naquele único ano a sua atividade, e desse modo requerendo a improcedência da ação.

RELATEI. DECIDO.

Pretende o autor obter o reconhecimento do efetivo exercício de atividade rural, apoiando-se em elementos que considera aptos a demonstrar a condição assinalada, como sejam documentos e testemunhos.

Observo haver o autor obtido afirmações de exercício da profissão de lavrador, ao tempo de seu alistamento militar, em 1962 (fl. 10), e no período de 1956 a 1967, como se vê de fl. 11. Apontam no mesmo sentido os depoimentos prestados, conhecendo-se que Dirceu Francisco Pinheiro conviveu com o autor desde os dez anos de idade até os 22, ambos dedicados ao cultivo da terra, em propriedade de terceiro.

Tenho, em face dos elementos de convicção de plano trazidos, e não impugnados pelo réu, e ainda com apoio nos que em audiência restaram colhidos, como plenamente revestida de seriedade a afirmativa autoral de haver exercido a profissão de lavrador. São expressivos e sumamente detalhados os depoimentos prestados pelas testemunhas, merecendo destaque a circunstância, comum no meio rural, e embora as rígidas normas legais que cuidam da espécie, de haver o autor iniciado sua caminhada como candeeiro, condutor de juntas de bois, missão quase sempre confiada a menores de 10 anos, ou com idade pouco superior a esta (fl. 42).

A contrariedade apresentada pelo réu apoia-se no que dispõe o parágrafo 3º do artigo 55 da lei 8213, de 24 de julho de 1991, salientando a não admissão da prova exclusivamente testemunhal, e ainda em normas de menor hierarquia, para afinal concluir que, em razão da ausência de prova material contemporânea de efetivo exercício da atividade rural no período referido, inexistente relação jurídica entre o autor e seu ex-patrão, descabendo em consequência o acolhimento do pleito autoral.

Extraí-se do citado artigo 55, parágrafo 3º, alicerce do réu, que a comprovação do tempo de serviço só será acatada pela Previdência se exibido início de prova material. E, neste âmbito, parecem a este Juízo convincentes para tal fim não só o certificado de reservista, as subsequentes declarações de fls. 10/11, a vinculação do ex-patrão do autor ao Sindicato Rural de Cantagalo, os recolhimentos de tributos ao INCRA, como ainda a eles se somam os títulos aquisitivos de domínio em nome do ex-patrão, a contar de 22.03.45 (fl. 18), sucedido este pelos de 23.06.61, 05.07.61 e 22.04.75, em todos indiscutivelmente destacada a profissão de Sebastião Antonio de Castro, qual seja, agricultor, lavrador, agropecuarista, enfim, um homem inteiramente vinculado ao campo.

O depoimento prestado por Sebastião percorre todas as etapas

do vínculo que se estabeleceu entre ele e Izael. Primeiramente, esclarecendo que Izael recebia um pequeno salário mensal e a comida. Depois, com um pouco mais de idade, "passou a plantar uma rocinha, ficando quase sempre empregado do depoente"(fl. 41).

O nascimento do autor ocorreu em 23.07.42, esclarecendo as testemunhas haver ele começado a trabalhar ainda muito criança. Demais, apontam os depoimentos no sentido de que o autor desempenhou sempre a atividade de lavrador, o que inteiramente se faz confirmado pela declaração e depoimento de seu ex-patrão, como ainda por meio de documentos públicos insuspeitos (fls. 9/10), emitido o primeiro deles quando o autor contava quase vinte anos de idade.

É firme a jurisprudência no rumo de que a conjugação da prova testemunhal com razoável prova material se mostra bastante a comprovar o desempenho de atividade rural, crendo este Juízo que o Certificado e demais peças que instruem a vestibular compreendem prova bastante nesse âmbito. Desse modo, merecem transcritos:

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. TRABALHADOR RURAL. APOSENTADORIA POR IDADE. COMPROVAÇÃO DO EXERCÍCIO DA ATIVIDADE. LEI Nº 8.213/91, ARTS. 55, § 3 E 143, II. CORREÇÃO MONETÁRIA. SÚMULA Nº 13 - TRF - 1ª REGIÃO

I. DEMONSTRADA A ATIVIDADE RURAL ATRAVÉS DE INÍCIO RAZOÁVEL DE PROVA MATERIAL CONTEMPORÂNEA À ÉPOCA DOS FATOS E ATINENTE AO PERÍODO EXIGIDO NO ART. 143, II, DA LEI Nº 8.231/91 CORROBORADO POR ROBUSTOS TESTEMUNHOS COLHIDOS EM JUÍZO, DEFERE-SE A APOSENTADORIA POR IDADE VINDICADA PELO AUTOR.

II. CORREÇÃO MONETÁRIA DEVIDA NOS TERMOS DA SÚMULA Nº 13, DO TRF - 1ª REGIÃO.

III. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA.

RELATOR: JUIZ ALDIR PASSARINHO JÚNIOR

DJ - 29/06/95 PG. 41403

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO. PRORURAL. PROVA.

CONSTITUEM INÍCIO ROZOÁVEL DE PROVA MATERIAL AS CERTIDÕES DE CASAMENTO E DE ÓBITO DO RURÍCOLA, QUE, QUANDO ACRESCIDAS DE CONVINCENTE PROVA TES-

TEMUNHAL, SÃO SUFICIENTES PARA A COMPROVAÇÃO DA ATIVIDADE RURAL.

A EXIGÊNCIA DO ART. 5º DA LEI COMPLEMENTAR Nº 16/73. DE COMPROVAÇÃO DA ATIVIDADE RURAL NOS ÚLTIMOS ANOS ANTERIORES À DATA DO PEDIDO DE BENEFÍCIO, SÓ É APLICÁVEL AOS QUE DE 1º DE JANEIRO DE 1974, NÃO SENDO SER IMPOSTA ÀQUELES QUE JÁ HAVIAM ADQUIRIDO SEUS DIREITOS PELA LEI COMPLEMENTAR Nº 11/71.

RECURSO IMPROVIDO.

RELATOR: JUÍZA DIVA MALERBI.

DOE - 17/02/92 PG. 00100

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO RURÍCOLA. COMPROVAÇÃO DA ATIVIDADE. ADMISSIBILIDADE DE PROVA TESTEMUNHAL.

O TEOR DO ARTIGO 332, DO CPC, "TODOS OS MEIOS LEGAIS, BEM COMO OS MORALMENTE LEGÍTIMOS, AINDA QUE NÃO ESPECIFICADOS NESTE CÓDIGO, SÃO HÁBEIS PARA PROVAR A VERDADE DOS FATOS, EM QUE SE FUNDA A AÇÃO OU A DEFESA".

DESSA FORMA, INCORRETA A DECISÃO MONOCRÁTICA QUE EXIGE DO SEGURADO PROVA DE CONDIÇÃO DE RURÍCOLA, SOMENTE POR MEIO DE PROVA DOCUMENTAL NOS TERMOS DO ART. 106 DA LEI 8.213/91.

ADMISSIBILIDADE DA PROVA TESTEMUNHAL.

AGRAVO PROVIDO.

RELATOR: JUIZ SINVAL ANTUNES.

DJ - 07/06/94 PG. 29413

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. RURÍCOLA. COMPROVAÇÃO DA ATIVIDADE. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA. TERMO A QUO. CUSTAS PROCESSUAIS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

I. A PROVA DA CONDIÇÃO DE RURÍCOLA PODE SER PRODUZIDA POR QUALQUER MEIO EM DIREITO ADMITIDO, NORMENTE ATRAVÉS DE DOCUMENTO PÚBLICO, QUE GOZA

DE PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE VERACIDADE, SOMENTE ILIDIDA ATRAVÉS DE DECLARAÇÃO DE FALSIDADE, O QUE NÃO OCORREU NA ESPÉCIE. INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 131, 364 E 4 II DO CPC.

II. PRESENTES, NA HIPÓTESE, OS REQUISITOS DO ART. 5º DA LEI COMPLEMENTAR Nº 1673, É DE SE MANTER A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO DE PENSÃO POR MORTE.

III. A DEPENDÊNCIA ECONÔMICA DA ESPOSA É FATOS QUE GOZA DE PRESUNÇÃO LEGAL, A QUAL, NA ESPÉCIE, NÃO RESTOU ELIDIDA PELO APELANTE. INTELIGÊNCIA DO ART. 16, I, C/C § 4º DA LEI Nº 8.213/91.

IV. INEXISTINDO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO ANTERIOR, O TERMO A QUO DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO RETROAGE À CITAÇÃO. APLICAÇÃO DO ART. 219 DO CPC.

V. NÃO HÁ QUE SE FALAR EM REEMBOLSO DE CUSTAS PROCESSUAIS PELO APELANTE, EIS QUE A AUTORA É BENEFICIÁRIA DA JUSTIÇA GRATUITA.

VI. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS MANTIDOS AO ÍNDICE DE 15% DO MONTANTE DA CONDENAÇÃO.

VII. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA, QUANTO AO MARCO INICIAL DO BENEFÍCIO E AO REEMBOLSO DAS CUSTAS PROCESSUAIS.

RELATOR: JUIZ THEOTONIO COSTA.

DJ - 06/10/94 PG. 56249

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE. RURÍCOLA. COMPROVAÇÃO DA ATIVIDADE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CORREÇÃO MONETÁRIA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

I. NÃO É NECESSÁRIO, EM SE TRATANDO DE TRABALHADOR RURAL, QUE A PROVA DO EXERCÍCIO DESSA ATIVIDADE SEJA EXCLUSIVAMENTE DOCUMENTAL, BASTANDO, PORTANTO, A PROVA TESTEMUNHAL, COMO NA ESPÉCIE, EIS QUE O MAGISTRADO, NO EXERCÍCIO DE SEU MISTÉRIO, APRECIARA LIVREMENTE AS PROVAS CARREADAS AOS AUTOS, HAJA VISTA NÃO EXISTIR, NO SISTEMA PROCESSUAL BRASILEIRO, HIERARQUIA ENTRE QUALQUER UMA DELAS. INTELIGÊNCIA DO

ART. 131 DO CPC PRECEDENTES DA CORTE.

II. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS MANTIDOS AO ÍNDICE DE 15% DO MONTANTE DA CONDENAÇÃO.

III. EM SE TRATANDO DE DÉBITO PREVIDENCIÁRIO, A CORREÇÃO MONETÁRIA DEVE SER APLICADA UTILIZANDO-SE OS CRITÉRIOS POSTOS PELO ART. 41, § 7 DA LEI Nº 8.213/91, ANTE A INCONSTITUCIONALIDADE DA APLICAÇÃO DA TR PARA TANTO, DECLARADO PELO C. STF NA ADIN N. 493-0/DF.

IV. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA.

RELATOR: JUIZ THEOTONIO COSTA

DJ - 06/10/94 PG. 56247

ASSIM, e atento ao mais que dos autos consta, em especial a circunstância de que a lei não impunha ao tempo e no tocante ao rurícola, forma especial de compromisso, e nem havia previsão legal a admitir recolhimento das correspondentes contribuições, JULGO PROCEDENTE A AÇÃO, para declarar como efetivo exercício da atividade de trabalhador rural, pelo autor, o período assinalado a fl. 2, assegurando em consequência a contagem desse tempo como de efetivo serviço, cumprindo ao réu, para a finalidade de aposentadoria, fornecer ao autor, uma vez transitada esta em julgado, a respectiva Certidão de Tempo de Serviço.

Custas indevidas, conforme artigo 128 da lei 8213/91. Fixo verba honorária de 5% sobre o valor da causa, atualizado.

P.R.I.

Nova Friburgo, 23 de abril de 1997.

SERGIO FELTRIN CORRÊA
JUIZ FEDERAL EM EXERCÍCIO NA VARA DE NOVA FRIBURGO

DRA. MARIA AMÉLIA ALMEIDA SENOS DE CARVALHO
JUÍZA FEDERAL SUBSTITUTA
1ª VARA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA - RJ
PROCESSO Nº 90.0004839-7

SENTENÇA

LEGIÃO URBANA PRODUÇÕES ARTÍSTICAS LTDA-ME, qualificada na inicial, ajuíza de rito ordinário em face de **LEO CESAR BRAGA E SILVA** e **INPI** como assistente litisconsorcial, objetivando a nulidade do registro no. 812.442.989, concedido ao 1º Réu, pelo 2º Réu, correspondente à marca "Legião Urbana", nas classes 40.20 e 41.40, sob o argumento de procedência cronológica do arquivamento de seu Contrato Social na JUCERJA como grupo musical existente desde 1984, bem como de apropriação indébita, usurpação de direitos autorais, concorrência desleal e ilícita, infringindo o inciso XXIX, art.5º da Constituição Federal, o art.8º da Convenção de Paris, os arts.4º e 10, da Lei no. 5.988/73, e o inciso II, do art.178, da Lei no. 7.903/45, que outorgam proteção à propriedade e aos nomes e marcas comerciais. Pede ainda condenação nos ônus sucumbenciais.

Inicial acompanhada de procuração e documentos (fls.07/26).

Custas recolhidas às fls.27.

Citado, o **INPI** responde, às fls.31/34d, protestando, preliminarmente, pelo seu posicionamento no feito na condição de assistente do Réu e pela ilegitimidade ativa *ad causam* da Autora, eis que os direitos pleiteados não são seus, mas do conjunto musical "Legião Urbana". No mérito, sustenta, em síntese, nada significar o fato de o primeiro fonograma do conjunto, gravado em 1984, repetir o nome artístico do grupo, por quanto fonograma não é obra protegível, inexistindo dispositivo legal que ampare a pretensão da Autora, pois a prevalência é da marca, que tem validade nacional, e não do nome comercial, registrado em Junta Comercial. Afirma que a concessão da marca ao 1º Réu obedeceu Aos parâmetros da legalidade. Pede a citação, para integrarem a lide, dos membros de conjunto musical "Legião Urbana" e da produtora EMI-Odeon Fonográfica, Industrial e Eletrônica Ltda. E a improcedência do pedido. Junta procuração e documentos (fls.42/46).

Mesmo não citado, o 1º Réu apresenta resposta, às fls.48/52, sustentando, em suma, que possui prioridade sobre a marca "Legião Urbana", visto que seu pedido de registro junto ao INPI data de 25/02/86, enquanto o arquivamento do Contrato Social da Autora na JUCERJA data de 11/05/87, sendo dominante a Jurisprudência que entende a prevalência daquele sobre este. Diz que, ao contrário do que afirma, é a Autora que vem usurpando a marca cujo uso exclusivo lhe pertence, uma vez que compôs música denominada "Legião Urbana", não configurando título de obra o nome de um conjunto musical. Pede a improcedência do pedido e junta procuração e documentos (fls.53/55).

Às fls.58/61, réplica acompanhada de documentos.

Manifestação de União Federal às fls.68, v.º.

Em provas (fls.69) as partes nada requereram (fls. 70,72 e 76).

Despacho saneador de fls.77 determinando seja a intervenção do INPI na qualidade de assistente litisconsorcialbem como que a autora promovesse, a citação dos membros do conjunto musical "Legião Urbana" e de EMI-Odeon Fonográfica, Industrial e Eletrônica Ltda".

Manifestação da Autora, que regulariza procuração, promove recolhimento de Custas e fornece os endereços necessários às citações determinadas (fls.78/79, 80 e 81/82).

Despacho ordinatório (fls.86).

Manifestação da Autora (fls.87).

Despacho ordinatório (fls.88).

Citada, a EMI-Odeon Fonográfica, Industrial e Eletrônica Ltda. responde às fls.95/97, afirmando que é apenas produtora dos fonogramas do conjunto "Legião Urbana", sendo descabida sua citação, por sua presença no feito não se enquadrar em nenhuma das hipóteses de intervenção de terceiros. Pede sua relação processual. Junta documento (fls.98/110).

Despacho ordinatório (fls.111).

Certidão da Secretaria (fls.112) atestando que, salvo a ré EMI-ODEON Ltda., os demais réus não contestaram.

Despacho ordinatório (fls.113).

Manifestações do 1º Réu e da Autora, que juntam substabelecimentos (fls.114/115 e 116/117).

Manifestação da Autora, informando que não se opõe ao requerido por EMI-Odeon Fonográfica, Industrial e Eletrônica Ltda., no sentido de que fosse excluída do feito e esclarecendo que os membros do conjunto

"Legião Urbana" são, também, os sócios da Empresa Autora do presente feito, criada em decorrência da existência do conjunto, razão pela qual os direitos pleiteados são da empresa, como um todo, e não dos componentes da banda, individualmente. Junta às fls.120/132 sentença e acórdãos concorrentes à ação ordinária e medida cautelar ajuizadas pelo 1º Réu contra a Autora, com julgamentos favoráveis a esta última, na Justiça Estadual.

Manifestação da EMI-Odeon Fonográfica, Industrial e Eletrônica Ltda., que junta substabelecimento (fls.133/134).

Despachos ordinatórios (fls.136 e 137).

Certidão da Secretaria (fls.138).

Convertido o julgamento em diligência (fls.139) para que INPI se pronunciasse acerca da manifestação da ré EMI-Odeon.

Certidão da Secretaria (fls.140).

É o relatório. **DECIDO.**

I- PRELIMINARMENTE

Cumpra excluir do feito os membros do conjunto musical "LEGIÃO URBANA" eis que, em tema de defesa do nome comercial, parte legítima é o seu titular que, no caso, é a pessoa jurídica legitimamente constituída da qual os mesmos são, razão por que não há de sua parte resistência à pretensão da autora (empresa por eles formada) a caracterizar existência de lide.

Inevitável também é a exclusão da ré EMI-ODEON FONOGRÁFICA, INDL. ELET. LTDA., que não possui qualquer interesse jurídico na questão.

A exclusão deverá ser feita sem ônus para qualquer das partes eis que indevidamente determinada pelo Juízo.

II- DO MÉRITO

A legislação sobre propriedade industrial tem por fim a defesa do direitos dos titulares de nome comercial quer de registro marcário e de patentes, direitos esses de sede constitucional (CF, art.5º., incs.XXII e XXIX).

Com o advento do Código de Defesa do Consumidor, o aspecto de defesa dos interesses desta classe, insito à legislação marcária e de nome comercial, foi reforçado sendo hoje, talvez, predominante. A necessidade de defender a boa-fé daquele que constitui público alvo quer da atividade exercida sob um nome comercial como dos produtos identificados por uma marca deve balizar igualmente, *pari passu* com o direito de propriedade, as decisões judiciais.

Na presente hipótese temos um grupo musical constituído como pessoa jurídica e como tal identificado por um nome comercial (LEGIÃO URBANA PRODUÇÕES ARTÍSTICAS) desde 11/05/87, quando seus atos constitutivos foram arquivados. Trata-se de grupo de renome nacional cujas músicas marcaram uma geração e que já existia como sociedade de fato pelo menos desde 1984 quando gravado seu primeiro fonograma já com a expressão que integra seu nome comercial e com a qual se apresentam. De outro lado resta um indivíduo desconhecido para o grande público que obteve em 30/08/89 (fls.54) registro da marca LEGIÃO URBANA sem que se saiba jamais ter feito uso da mesma, sobretudo anteriormente ao surgimento da famosa banda.

Aliás, registre-se que o réu não trouxe aos autos qualquer espécie de prova que demonstrasse a utilização da expressão anterior, concomitante ou posteriormente ao depósito do pedido de marca o que nos permite duvidar de sua boa-fé quando da efetivação do mesmo já que o grupo musical à época já fazia sucesso, em que pese não existir formalmente como pessoa jurídica.

Reza o Código de Propriedade Industrial:

art. 65 – Não é registrável como marca:

...

5) título de estabelecimento ou nome comercial;

E ainda a Convenção de Paris (promulgada pelo Decreto nº.11.588/15):

art. VIII – O nome comercial será protegido em todos os países da União, sem obrigação de depósito nem de registro, quer faça ou não parte de uma marca de fábrica ou de comércio.

Não podemos nos esquecer, por fim, dos consumidores que seriam sem dúvida alguma levados a incidir em erro ou confusão acaso fosse mantida a marca como de titularidade do réu.

A defesa do consumidor é obrigação do Estado (CF art.5º, Inc.XXXII). Assim, nas atividades administrativas os princípios inculcados no Código de Defesa do Consumidor (L.8078/90) passam a ser pedra de toque e devem hoje balizar a atividade do INPI quando da concessão dos registros de marca.

São princípios a serem lembrados:

art.4º - A Política das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os se-

guintes princípios:

I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

II – ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor:

a) por iniciativa direta;

...

VI – coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais, das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores;

Assim, a procedência do pedido resta inevitável eis que a concessão do registro impugnado deu-se em clara afronta aos dispositivos legais pertinentes. Tal entendimento encontra amparo, ainda, em reiteradas decisões do Eg. TRF – 2ª Região protegendo o nome comercial e a boa fé de consumidor:

“Administrativo. Propriedade industrial. Nulidade de registros.

- Reconhecida a legitimidade passiva do IPI para responder ações onde se questiona a ilegalidade do registro de marca efetuado por aquele órgão, preliminar rejeitada.

- A utilização do elemento característico de nome comercial alheio, quando capaz de iludir o consumidor, esta dentre as proibições de que tratam o Código de Propriedade Industrial (art.65, n 5) e a Convenção de Paris (art.8).

- Sentença que se confirma.

- Apelações improvidas.”

(AC 0200413190-RJ, 2ª Turma, Rel. Juiz Silverio Cabral, in DJ II 07/11/95).

“Administrativo - INPI - Registro de Marca - Convenção da União de Paris – art.8.

1. A fundamentação do recurso constitui ônus da parte recorrente e sua falta implica no seu não conhecimento.

2. Nas ações que têm por objeto a nulidade de registro de marca ou patente, se faz necessária a intervenção do INPI, eis

que a demanda se põe em torno de ato administrativo daquela autarquia.

3. A proteção concedida pelo Código da Propriedade Industrial tem por destinatários diretos os titulares das marcas, para garanti-los contra a indevida utilização por terceiros, mas tem nos consumidores seus destinatários indiretos.

4. Ao patronímico e dispensado o mesmo tratamento que ao nome civil, não se exigindo, para sua proteção, o requisito da notoriedade (CF Apelação Civil n.98.531, Caso Cartier).

5. Por força do art.8 da Convenção da União de Paris, o nome comercial será protegido em todos os países da União, sem obrigação de depósito nem de registro, faça ou não parte de uma marca de fábrica ou de comércio.

6. Recurso de Metalúrgica Lucco Ltda não conhecido. Apelo do INPI improvido."

(AC 0205330/91 - RJ, 2ª Turma, Rel. Juiz Carreira Alvim, in DJ II 30/03/95).

Isto posto, **JULGO PROCEDENTE O PEDIDO** para declarar a nulidade do registro no. 812442989 relativo à marca LEGIÃO URBANA e condenar o réu Leo Braga e Silva e seu assistente litisconsorcial (INPI) nas custas processuais e em honorários advocatícios de 20% sobre o valor atualizado da causa, *pro rata*.

P.R.I.

Rio de Janeiro, 07 de janeiro de 1997.

MARIA AMÉLIA ALMEIDA SENOS DE CARVALHO
JUÍZA FEDERAL SUBSTITUTA

DRA. MARIA ALICE PAIM LYARD
JUÍZA FEDERAL SUBSTITUTA
2ª VÁRZA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA - RJ
PROCESSO Nº 87.7554-0

SENTENÇA

TIPOGRAPH ARTES GRÁFICAS S/C LTDA., qualificada às fls. 02, propõe **AÇÃO ORDINÁRIA DE ANULAÇÃO DE ATO ADMINISTRATIVO** contra o **INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL – INPI** requerendo a anulação dos despachos de indeferimento dos Pedidos de Registro da marca "**TIPOGRAPH**" no. 811058476 e 811058484 (publicados na Revista De Propriedade Industrial no. 658 de 31.05.1983 e no. 713 de 19.06.84 para o fim de, afastando a incidência do item 20 do artigo 65 do C.P.I. prosseguir no exame dos pedidos, publicando-se a viabilidade dos mesmos para a final serem concedidos, com a consequente expedição dos Certificados de Registro. Sustenta o Autor que a decisão impugnada não deu correta interpretação à lei e não está arrimada na melhor doutrina e jurisprudência de nossos Tribunais.

Com a Inicial vieram os documentos de fls. 14/37 (Procuração, Contrato Social, Requerimentos de Registro de Marca, Certidão de Andamento, Publicação na Revista de Propriedade Industrial).

Custas pagas às fls. 34

Substabelecimento juntado às fls. 37.

O INPI ofereceu Contestação às fls. 42/45 sustentando, em síntese, a vedação legal ao deferimento de registro para marcas que, como a versada nos autos, se contituem de vocábulos justapostos e que guardam ínegável e estreitíssima correlação com os serviços que desejam assinalar. O artigo 65, no. 20, do C.P.I. é taxativo no sentido de impedir a utilização, em caráter exclusivo, de expressão de uso geral, comum e/ou necessário.

Requeru a improcedência do pedido.

Com a Contestação veio a Procuração de fls. 46.

A União Federal manifestou-se às fls. 47, na qualidade de Assistente, requerendo a improcedência da ação.

A Autora manifestou-se, em Réplica, às fls. 49/54, ressaltando que a doutrina mencionada na Contestação não é aplicável à espécie face à apresentação mista que reveste de registro da marca **TIPOGRAPH** com suficiente cunho distintivo, ratificando os termos de sua INICIAL. Anexou publicação da Revista de Propriedade Industrial na qual foi deferida a marca **TIPOGRAPH** para outra Empresa, e cópia da Ação Ordinária que moveu contra a EMPRESA BRASILEIRA DE TIPOS E EDITORA LTDA. (fls. 55/86).

O INPI manifestou-se às fls. 88/89 ressaltando a impossibilidade de atendimento ao pleito da Autora.

Vieram os autos conclusos, no estado, tratando-se de matéria de direito. Relatei. Decido.

Trata a presente questão de registro de Marca.

O Autor NEWTON SILVEIRA, em seu livro CURSO DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL, 2ª Edição, Editora Revista dos Tribunais, tratando da matéria, ensina que:

“Todo nome ou sinal hábil para ser aposto a uma mercadoria ou produto ou a indicar determinada prestação de serviços e estabelecer entre o consumidor ou usuário e a mercadoria, produto ou serviço uma identificação, constitui marca.....”

“Como a finalidade é identificar o produto, é preciso que a marca tenha características que permitam tal identificação. Por exemplo – escrever queijo num queijo não o distingue dos outros que, geralmente, levam a mesma indicação. Então a marca não está marcando. Em suma, a marca é um sinal, que se acresce ao produto para identificá-lo e que deve ser suficientemente característico para preencher tal finalidade.”

Em conseqüência, o que não tiver característica de marca não pode ser registrado como marca.

O nome do próprio produto ou outros nomes ou sinais que genérica e usualmente são empregados em relação ao produto sem com isso implicar em distinção entre uns e outros da mesma espécie e gênero.

Já que a função é distinguir, a lei veda o registro para o sinal que possa confundir em lugar de distinguir. Proíbe o registro de sinais oficiais para que não pareça que o produto ou serviço o seja. Proíbe usar ou registrar como marca de fantasia, nome de

lugar conhecido como extrator ou produtor de mercadoria para que não pareça que de lá vem. Proíbe o registro de indicação genérica, da forma ou cor do produto, da letra ou algarismo isolado, do termo técnico ou do sinal de uso necessário em relação ao produto por não trazerem suficiente caracterização. (fls. 19 e 20).

O artigo 65 da Lei no. 5.771 de 21.12.71 enumera as marcas não registráveis, dispondo, em seu item 20, que não é passível de registro:

20) nome, denominação, sinal, figura, sigla ou símbolo de uso necessário, comum ou vulgar, quando tiver relação com o produto, mercadoria ou serviço a distinguir, salvo quando se revestirem de suficiente forma distintiva.

Assiste razão ao INPI quando em sua Contestação; às fls. 42, sustenta a evidente vedação legal ao deferimento do registro para marcas que, como a versada nos autos, se constitui de vocábulos justapostos e que guardam inegável e estreitíssima correlação com os serviços que desejam assinalar.

Realmente, na hipótese em questão, nem o tipo de letra e nem a simples bipartição do vocábulo "**TIPO GRAPH**" conferem a suficiente forma distinta exigida na lei.

Não há que se falar no caso *sub judice*, em marca evocativa uma vez que "**TIPOGRAPH**" como marca de serviços tipográficos e congêneres constitui, em verdade, na informação direta ao mercado do tipo de serviço prestado pela empresa e assinalado pela marca. Trata-se de marca que nada está distinguindo, que nada está marcando, portanto.

Pelo exposto, **O JULGO IMPROCEDENTE PEDIDO**, condenando a Autora nas custas e em honorários advocatícios que fixo em 10% do valor da causa atualizado.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Rio de Janeiro, 22 de agosto de 1996.

MARIA ALICE PAIM LYARD
JUIZA FEDERAL SUBSTITUTA

DR. RALDÊNIO BONIFACIO COSTA
JUIZ FEDERAL TITULAR
2ª VARA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA-RJ
PROCESSO Nº 91.0000208-9

SENTENÇA

Vistos, etc.

1- **OS AUTORES**, devidamente qualificados na inicial de fls 02/38, regularmente assistidos de seu Nobre Advogado (procs. De fls. 42/46), juntando os docs. De fls. 47/468 e custas pagas às fls. 39 e 40, ingressaram com o presente **PROCEDIMENTO ORDINÁRIO** contra a **UNIÃO FEDERAL**, postulando a reparação por danos morais e patrimoniais sofridos pelo desaparecimento de **RUBENS BEYRODT PAIVA**, esposo da primeira e pai dos demais, sustentando em síntese:

2- Os autores residiam na cidade do Rio de Janeiro quando, em 20 de Janeiro de 1971, tiveram sua casa "violentamente invadida por 6 homens em trajes civis, mas fortemente armados que, aos gritos, ameaçavam com metralhadoras os autores e os empregados como em uma operação policial contra marginais e criminosos." Um dos invasores comunicou que tinha ordens de levar Rubens Paiva e sua mulher para prestarem informações no Quartel da 3ª Zona Aérea. "Nenhuma intimação foi exibida e nem os invasores se identificaram. As armas eram mantidas apontadas para todos os ocupantes da casa, inclusive os filhos do casal, com 17,15, 13,11 e 10 anos de idade."

3- "Depois de se despedir dos autores e declarar aos agentes que os considerava hóspedes da casa, R. Paiva saiu dirigindo o próprio carro e acompanhado de dois dos agentes; os demais permaneceram na casa e iam sendo substituídos a cada 6 horas. Sempre que ocorria essa substituição tentavam tranquilizar os autores afirmando que R. Paiva estava bem e logo estaria de volta. Mas Rubens Paiva jamais voltou a sua casa, e nunca mais deu sinal de que estivesse vivo."

4- Que, nesse período, a família foi submetida a arbitrariedades, constrangimentos e prisão incomunicável sofrida pela autora Eunice que,

submetida a interrogatórios, ouvia de seus inquisidores que seu marido estava preso naquele quartel. Através do Livro de Registro de Prisioneiros do DOI-CODI da Barão de Mesquita, que lhe foi mostrado, verificou o registro e fotografia de seu marido e viu no estacionamento o carro a ele pertencente.

5- Relataram que, após a prisão de Rubens Paiva, vários jornais divulgaram o fato, sendo que a Tribuna da Imprensa publicou, baseada em informações da 19ª Delegacia de Polícia do Rio de Janeiro, que ele havia sido sequestrado por "subversivos" e que conseguira fugir durante um tiroteio. "Generalizou-se a impressão que Rubens Paiva estaria morto, e que "o incidente do Alto da Boa Vista" teria sido expressamente criado para o transformar em um "desaparecido", vítima de si mesmo, dispensando inquéritos, informações e responsabilidades."

6- Informaram que, providências judiciais, foram tomadas para localizar e proteger os prisioneiros, tendo sido impetrado um *habeas corpus* em defesa de Rubens Paiva e da autora Eunice Paiva, dando o Comando do I Exército como autoridade responsável pela prisão. Paralelamente buscou-se a colaboração do Congresso Nacional.

7- Que, em resposta ao ofício que indagava sobre a prisão de Rubens Paiva, o Estado Maior do I Exército informou ao Supremo Tribunal Militar de que "o citado paciente quando era conduzido por Agentes de Segurança, para ser inquirido sobre fatos que denunciam atividades subversivas, teve seu veículo interceptado por elementos desconhecidos, provavelmente terroristas, empreendendo fuga para local ignorado."

8- Caracterizando-se a contraditoriedade dessa informação, repudiada pela opinião pública em geral, manteve-se a autora Eunice Paiva na busca de mais esclarecimentos junto às autoridades públicas, à Igreja e à Imprensa.

9- Que, através do Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana (CDDPH), foi oficializada a denúncia contra a prisão de Rubens Paiva.

10- Que, o Superior Tribunal Militar, ao examinar o HC de ocorrência lavrada na 19ª Delegacia de Polícia, com algumas alterações. "Assim, a conclusão derivada dessas informações seria que R. Paiva jamais teria chegado a qualquer dependência do I Exército, e que o inquérito sobre fatos que denunciavam atividades subversivas também não chegara a ser realizado, uma vez que R. Paiva havia "fugido" quando o carro em que era conduzido foi interceptado por elementos desconhecidos, provavelmente terroristas". O STM julgou prejudicado o pedido sem prejuízo de apuração e diligências que jamais existiram.

11- Em nova reunião o CDDPH aprovou o arquivamento do proces-

so. Mais tarde, em 1978, um dos conselheiros do CDDPH, confessou que “votara pelo arquivamento do processo contra a sua consciência, porque fora convencido de que se o processo não fosse arquivado, as consequências políticas seriam graves *“e haveria uma provável crise, nos mesmos moldes que ocorrera antes com Márcio Moreira Alves”*. Meses depois requereu que o Conselho reexaminasse o “caso Rubens Paiva”.

12- “Assim, sucessivamente, e em curto espaço de tempo, todos os caminhos para a defesa de Rubens Paiva haviam sido bloqueados por atos oficiais das Forças Armadas, difíceis de impugnar: como seria possível, em pleno “regime Médici”, o mais arbitrário e violento que se conhece, alegar que tanto o mais alto Comando do I Exército como o da 3ª Zona Aérea não diziam a verdade, se nenhuma prova havia a contrapor. Por outro lado, ainda em agosto de 71, toda a imprensa nacional foi alertada de que, “o caso Rubens Paiva” não poderia ser noticiado, por razões de Segurança Nacional. Fez-se então o silêncio, que só foi interrompido em meados de 1978, quando se iniciava a “abertura política” e discussão de Anistia.”

13- Com o início da “abertura democrática”, em 1978, a imprensa passou a abordar com mais profundidade a questão da violência policial ocorrida durante a ditadura militar, tendo o Jornal do Brasil publicado a matéria intitulada “QUEM MATOU RUBENS PAIVA?”, onde os repórteres reconstituíram os fatos ocorridos em 1971 e conseguiram várias informações demonstrando que o episódio do sequestro não passará de um incidente fantasioso criado para ocultar a morte de um prisioneiro do DOI-CODI.

14- Em 18 de julho de 1978, atendendo requerimento da autora Eunice Paiva, o CDDPH aprovou o desarquivamento do “caso Rubens Paiva”, que em nada resultou de concreto.

15- “Assim, surgiu o art. 6º da Lei nº 6.683 de 28 de agosto de 1979, que prevê uma ação de ausência para os familiares dos desaparecidos que estavam *“envolvidos em atividades políticas”*, com sentença declaratória de ausência, na qual não caberá recurso, com direito a averbação no registro Civil e abertura de sucessão definitiva. Promulgada a Lei da Anistia em 25.09.79 o relator Dr. Benjamin de Moraes propôs o arquivamento de todos os requerimentos relativos aos presos políticos desaparecidos, *“uma vez que a Lei da Anistia decidiu o problema jurídico que o envolve”*(docs. 93 a 95). E assim, pela 2ª vez o CDDPH arquivou o “caso R. Paiva”.

16- Os autores argumentaram que a Lei da Anistia não resolveu o problema jurídico aqui colocado, uma vez que “R. Paiva não era de direito um preso político desaparecido”.

17- Necessitando realizar transações imobiliárias, quando se exigia

a prova de vida de Rubens Paiva, a autora Eunice Paivã, foi obrigada a requerer judicialmente o suprimento da procuração outorgada há mais de 10 anos. A sentença prolatada pelo MM. Juiz de Direito da 3ª Vara da Família de São Paulo concluía que havia *“veementes indícios de que o marido da requerente fora assassinado por agentes militares”*. Os autos desse processo foram encaminhados à Procuradoria Geral da Justiça do Rio de Janeiro e posteriormente à Procuradoria Geral da Justiça Militar, que opinou pela manutenção do seu arquivamento, por falta de novas provas, sem realizar qualquer investigação.

18- “Em abril de 1986, o Ministro da Justiça, Paulo Brossard, presidindo o CDDPH, decidiu reabrir o “caso Rubens Paiva”: **mas o processo havia desaparecido dos arquivos do Ministério da Justiça**, havendo informações de que tal processo se encontraria na Procuradoria da Justiça Militar. Logo a seguir, o próprio presidente José Sarney declarou-se pessoalmente interessado na elucidação do caso...”

19- Nesse período a revista “VEJA” publicou depoimentos esclarecedores quanto à prisão e ao desaparecimento de Rubens Paiva, posteriormente confirmados durante o inquérito aberto pela Polícia Federal. **O médico Amilcar Lobo revelou ter examinado um preso, agonizante, que sofrera graves torturas, e que havia se identificado como Rubens Paiva. Este preso morrera naquele mesmo dia.** Este relato está detalhado na obra chamada “Memórias dos Vencidos - A hora do lobo, a hora do carneiro” escrita pelo médico referido e publicada pela Editora Vozes Ltda.

20- “Depois de ouvir seis pessoas em um mês de trabalho, a Polícia Federal, no início de outubro de 1986 concluiu que o “caso Rubens Paiva” era assunto para a Justiça Militar. (doc. 141). Assim, o processo foi redistribuído à 1ª Auditoria da Justiça Militar, porque segundo o promotor Fábio Calheiros Wanderley e o delegado Romeu Tuma da P.F., **“O Código Penal Militar é bem claro: quando fatos semelhantes aquele que envolveu Rubens Paiva ocorrerem em dependências militares, com a participação de militares, o julgamento cabe à Justiça Militar. Os depoimentos confirmam que ele esteve em dependências do Exército, de onde posteriormente ele desapareceu”**. (doc. 141).

21- Em março de 1987, o Procurador-Geral da Justiça Militar declarou que conhecia o nome de todos os implicados na morte de Rubens Paiva. “Também o Promotor da 1ª Auditoria Militar declarou **que havia 6 testemunhas dispostas a confirmar em Juízo que haviam visto Rubens Paiva ensanguentado e arrebetado no DOI-CODI do Rio de Janeiro, e acusava cinco envolvidos na morte de Rubens Paiva, (docs. 142 a 147).**”

22- Finalizando os autores requereram:

a) indenização do seguro de vida mantido pela vítima a favor da

esposa junto à ATLÂNTICA CIA. NACIONAL DE SEGUROS:

b) indenização a ser apurada em laudo pericial com base na sobrevida da vítima, no sustento de sua família, inclusive lucros cessantes de suas empresas;

c) pensão vitalícia à viúva pela Previdência Social;

d) reembolso das despesas efetuadas pela família em diligências nos diversos órgãos do Estado, em tratamento de saúde e contratação de advogados;

e) danos morais à luz das provãs e documentos trazidos à lide, inclusive depoimento pessoal dos autores, se necessário; "tudo para aferição da dor e brutal pressão que os Autores sofreram em suas pessoas, ante o terrorismo a que foram submetidas durante todos esses anos";

f) todas as verbas deverão ser corrigidas monetariamente, acrescidas de juros, custas e honorários advocatícios.

23- Às fls. 473 e 475, o Órgão do *Parquet* Federal emitiu parecer pela denegação do pedido.

24- A **UNIÃO FEDERAL** manifestou-se às fls. 478/485, juntando os documentos de fls. 486/493, sustentando a improcedência do pedido, uma vez que não ficou comprovado ser a responsável pelo desaparecimento de Rubens Paiva.

25- Fundamentando-se em doutrinadores e acórdãos dos Tribunais Superiores, a Ré argumentou não haver relação de causalidade entre o alegado e o fato, tratando-se de "estrito cumprimento do dever legal", que como causa de exclusão de ilicitude desobrigaria a União Federal de responder civilmente.

26- Sustentou, ainda, que não veio aos autos "a indispensável declaração de ausência", devendo-se extinguir o feito reconhecendo-se a prescrição.

27- Em réplica, os autores peticionaram às fls. 495/502, juntando os docs. De fls. 503/506, ratificando a inicial e demonstrando não ter havido "estrito cumprimento do dever legal", em atitudes tais como, invasão de domicílio com agentes armados de metralhadoras, ameaças contra filhos menores e empregados, prisão arbitrária, tortura, omissão de socorro e morte de Rubens Paiva.

28- Referindo-se à autoria e à materialidade do ato, os autores indicaram os documentos comprovadores, bem como, declarações do Procurador Geral da Justiça Militar. Esclereceram ainda que inexistiu qualquer interesse jurídico na declaração de ausência, o que só seria indispensável

na ordem civil. Quanto à prescrição alegada, apresentaram os fatos e datas que demonstram que prescrição só poderia ser contada, em tese, a partir do depoimento do "médico Amilcar Lobo que informa a certeza de seu falecimento...

29- Às fls. 508/509, a **UNIÃO FEDERAL** ratificou os termos de sua contestação, considerando impertinentes os documentos acostados pelos autores.

30- Às fls. 510, o **MPF** manifestou-se pela concordância com o alegado pela **UNIÃO FEDERAL**, especialmente quanto à prescrição e à inexistência de provas referentes aos fatos e ao direito.

31- Às fls. 511, a **UNIÃO FEDERAL**, requereu solicitação de informações à Justiça Federal de São Paulo, visando tomar conhecimento sobre "a eventual propositura de medida judicial com o fim análogo ou idêntico à do ora em curso", tendo em vista que os autores são domiciliados naquele Estado.

32- Às fls. 513, ofício encaminhado à Justiça Federal de São Paulo.

33- Às fls. 515/523, os autores juntaram certidões da Justiça Federal de São Paulo comprovando a inexistência de outras ações semelhantes naquela seção Judiciária, ante a demora inexplicável no atendimento ao ofício expedido às fls. 513.

34- Às fls. 526, **UNIÃO FEDERAL** manifestou-se sobre a documentação acostada, não oferecendo oposição.

35- Às fls. 528/538, os autores juntaram notícias publicadas no "Jornal do Brasil", no jornal "O Globo" e na "Revista Domingo do JB", relativas aos fatos veiculados nestes autos.

36- Às fls. 542, **UNIÃO FEDERAL** pronunciou-se sobre as peças de fls. 528/538.

37- Às fls. 547/550, o Íncrito Procurador da República, Dr. **TOMAZ HENRIQUE LEONARDOS**, na condição de representante do **MPF**, emitiu perçuciente e alentado Parecer opinando pela procedência *in totum*, sustentando *verbis*:

Inicialmente, deseja o Ministério Público, através desse Procurador Regional da República, lamentar a linha de defesa adotada pelo representante judicial da UNIÃO que elaborou a contestação desse feito, eis que o mesmo achou de invocar uma excludente de antijuridicidade absurda ao afirmar que o assassinato do Deputado Rubens Paiva ocorreu em estrito cumprimento do dever legal, escusativa essa que pressupõe uma ordem judicial ou administrativa legal de ocorrência impossível eis que matar

alguém (no caso em tela um preso indefeso) é crime de homicídio e o país não abriga em sua legislação penal a pena de morte. Da mesma forma questionar a própria morte do Deputado Rubens Paiva é no mínimo desrespeitar e apoucar a dor dos familiares do mesmo, autores nessa ação que como todo o resto do país sabem-no bem morto, após haver sido sequestrado em sua casa por agentes do DOI-CODI em 20.01.71, e levado ao quartel do Exército situado à R. Barão de Mesquita, na Tijuca para "prestar informações", ou melhor, ser interrogado.

Vale registrar o que seja de uma vez por todas, o conceito correto do estrito cumprimento do dever legal segundo **Damásio E. de Jesus**:

"A excludente só ocorre quando há um dever imposto pelo direito objetivo. As obrigações de natureza social, moral ou religiosa, não determinadas por lei, não se incluem na justificativa. O dever pode estar contido em regulamento, decreto ou qualquer ato emanado do poder público, desde que tenha caráter geral. A resolução administrativa particular pode ensejar a obediência hierárquica (CP, art. 22, 2ª parte).

O dever pode ser imposto por qualquer lei, seja penal ou extrapenal.

A atividade pode ser pública ou privada.

É necessário que o sujeito pratique o fato no estrito cumprimento do dever legal.

Fora daí, a conduta torna-se ilícita.

Exige-se que o sujeito tenha conhecimento de que está praticando o fato em face de um dever imposto pela lei. Caso contrário, o fato é ilícito, uma vez que se encontra ausente o requisito subjetivo da excludente." (in Direito Penal – Parte Geral, 1º volume, p. 347. Edit. Saraiva, 17ª. Edição 1995).

Desde logo, diante dos elementos dos autos que contém fatos e narrativas estarrecedoras esse Órgão do Ministério Público Federal frisa entender deva ser julgada procedente a presente ação indenizatória face à responsabilidade civil objetiva da União por ato de seus prepostos e do óbvio nexo de causalidade entre os fatos do evento danoso (morte), sendo de se aplicar o preceito constitucional previsto no art. 37, §6º, *in verbis*:

Art. 37, § 6º. As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos res-

ponderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável por dolo ou culpa”.

Ainda nesse ensejo cumpre transcrever o escólio do professor Caio Mário da Silva Pereira do artigo supracitado:

“O art. 37, § 6º da Constituição de 5 de outubro de 1988, repetindo a política legislativa adotada nas disposições constitucionais anteriores, estabelece o princípio da responsabilidade do Estado pelos danos que seus agentes causem a terceiros.

...Quer dizer: o Estado responde sempre perante a vítima, independentemente da culpa do servidor.” (Responsabilidade Civil, Caio Mário da Silva Pereira, Ed. Forense, 1991)

Há que se rechaçar ainda a pretensa alegação de prescrição quinquenal (fls. 497) do Decreto 20910/32, pois a União Federal, até a posse do Presidente Fernando Henrique Cardoso negava a própria ocorrência da morte, não sendo admissível venha ela agora admitir que o mesmo estava morto desde 1971, a fim de alegar a prescrição do fundo do direito de ação, o que seria beneficiar-se da própria torpeza.

Ademais a confirmação da morte do Deputado Rubens Paiva, conforme se vê da Petição de fls. 495/502, só surgiu no mundo jurídico com o Inquérito Policial nº91, de setembro de 1986 – no bojo do qual o Médico Psiquiatra Militar Amílcar Lobo afirma ter examinado Rubens Paiva em estado gravíssimo nas dependências do quartel da Polícia do Exército onde funcionava o DOI-CODI carioca, (“Ele era um equimose só”). Tal exame deu-se em algum dia do início do longínquo ano de 1971 e tal médico militar teria recomendado a imediata internação do preso, o que se soube depois, não foi feito.

Ocorre que diante da aprovação em 25 de outubro de 1995 pela Comissão de Constituição e Justiça do Senado, do projeto de lei elaborado pelo Poder Executivo que prevê o pagamento de indenizações às famílias de desaparecidos políticos durante o regime militar, que ainda passará pelo plenário do Senado e pela sanção presidencial, bem como tendo em vista a amplitude do pedido vestibular, requer o Ministério Público Federal a intimação dos autores no sentido de confirmar que têm interesse no prosseguimento do feito, e em caso afirmativo reiterar o parquet federal seu parecer retro-registrado no sentido da procedência in totum do pedido.

38- Às fls. 552 os autores reiteraram o pedido de procedência da

postulação exordial.

39- Às fls. 555/559, os autores, tornaram a peticionar afirmando que a Lei nº 9.140 de 04/12/95, "reconheceu como mortas, para todos os feitos legais, a vítima a que se refere estes autos"(sic) e requereram a junta da de certidão de óbito (lavrada de acordo com o disposto no art. 3º da lei mencionada) e também de abertura de inventário (proc. nº 295/96-6, 6º Ofício da Família e das Sucessões da Comarca da Capital do Estado de São Paulo) dos bens deixados pelo esposo e pai dos suplicantes, anexando, inclusive cópia integral do apontado diploma legal, rogando o prosseguimento do feito.

40- Às fls. 561/609, os autores voltaram a peticionar juntando documentos comprovadores dos pagamentos do "prêmio mensal" do seguro de vida e acidentes pessoais de Rubens Paiva até 31 de junho de 1972 (doc. Fls. 565/581), de "Ata da Assembléia Geral Extraordinária realizada, em 25 de novembro de 1970" (doc. fls. 582), relativa a GEOBRÁS S/A – ENGENHARIA E FUNDAÇÕES, - C.G.C. 61.450.219-001, constando a eleição do engenheiro Rubens Beirodt Paiva, C.I. CREA nº 10.200-D, para Diretor-Gerente, das respectivas retiradas mensais (docs. De fls. 583/585), no valor da época no montante de Cr\$ 10.000,00 (dez mil cruzeiros), do *curriculum vitae* de Rubens Beirodt Paiva (fls. 586/589), de notícia publicada no conceituado jornal "O GLOBO" de 20/08/95, com entrevista do médico AMILCAR LOBO, 2º Tenente do Exército, relatando que o "ex- deputado Rubens Paiva, então com 41 anos, morreu em 21 de janeiro de 1971, entre 3h e 7h 15m, numa cela do DOI-CODI (Destacamento de Operações Internas – Centro de Operação de Defesa Interna) do I Exército, quando o major Ney estava no comando das torturas (doc, fls. 590/591), de correspondência datada de 31/01/97, encaminhada à primeira autora – DRª EUNICE PAIVA, pela Srª BEATRIZ KUSCHNIR, dispendo sobre o "verbete de Rubens Paiva" que fará parte da atualização do DICIONÁRIO HISTÓRICO – BIOGRÁFICO BRASILEIRO, do CPDOC da Fundação Getúlio Vargas (doc. fls. 596/605; de correspondência datada de 30/12/96, dirigida à Drª Eunice Paiva, a/c MARCELO RUBENS PAIVA, subscrita pelo então prefeito do Município de São Paulo, Dr. PAULO MALUF, elogiando as qualidades de Rubens Paiva e comunicando que, em "homenagem que a Cidade de São Paulo lhe devia reclamava cunho especial" e que foi conferido, por decreto, "o nome do ilustre brasileiro à Escola Municipal de Primeiro e Segundo Grau do Jardim Ângela "(sic); de artigo publicado no caderno "MAIS", do jornal "FOLHA DE SÃO PAULO" de 25/08/96, relacionado com o denominado "caso Rubens Paiva".

41- É o relatório, **DECIDO**, examinando e resolvendo a *quaestio* com observância dos seguintes princípios proclamados pelos Eminentes Ministros do Superior Tribunal de Justiça – Dr. JOSÉ AUGUSTO DELGADO E

Dr. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, que se encontram registrados na excelente obra AS GARANTIAS DO CIDADÃO NA JUSTIÇA, Editora Saraiva, 1993, que seguem transcritos, *verbis*:

a) Min. JOSÉ AUGUSTO DELGADO:

O princípio do devido processo legal ou do justo processo.

A garantia fundamental de que o cidadão, ao requerer a entrega da prestação jurisdicional, seja protegido por um processo justo, tem base na Declaração Universal dos Direitos do Homem, formulada pela ONU, que, em seu art. 8º, assim consagrou:

“Toda pessoa tem recurso, perante os tribunais nacionais competentes, que a ampare contra atos que violem seus direitos fundamentais, reconhecidos pela Constituição ou pela lei.

Toda pessoa tem direito, em condições de plena igualdade, a ser ouvida publicamente e com justiça por um tribunal independente e imparcial, para determinação de seus direitos e obrigações ou para exame de qualquer acusação contra ela em matéria penal”.

A doutrina desenvolveu as consequências nascidas da vigência desse princípio, firmando-se, em síntese, para sua integral efetividade, nos seguintes postulados:

a) ninguém pode ser afetado no âmbito de seu círculo jurídico sem ser ouvido, pelo que, sem essa condição, não pode receber sentença condenatória mesmo prolatada por juiz natural;

b) o contraditório processual é comportamento de natureza essencialmente democrática, por simbolizar a eficácia do direito fundamental da igualdade de todos perante a lei;

c) além do devido processo legal compreender a proteção judiciária (o denominado direito ao processo), ele abrange o direito à completa proteção jurídica, ou, melhor explicando, a uma proteção processual razoável e adequada à situação do jurisdicionado, todas as vezes que necessitar ser ouvido em juízo.

O devido processo legal, como expressão maior das garantias processuais fundamentais do cidadão, está claro e explícito na Constituição Federal de 1998. Apresenta-se, de modo bem nítido, na proclamação contida no art. 5º, II – “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” -, bem como no inciso XXXV – “a lei não excluirá de apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”- e no inciso LIV do mesmo artigo – “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos

acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

No novíssimo ordenamento constitucional brasileiro, o instituto do devido processo legal é ampla garantia processual do cidadão, o que leva a merecer uma especial atenção da jurisprudência no referente à obediência às suas linhas mestras.

A aplicação do devido processo legal é uma forma direta de repelir a onipotência e a arbitrariedade, - grifei – (págs. 75/76)

b)- MIN. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA:

Ao aproximar-se a excitante virada do século, nestes tempos de extraordinárias transformações nos campos político e ideológico, quando países se agregam em comunidades econômicas, nações se libertam e fronteiras estão em constante mutação, regimes totalitários e carismáticos se esfacelam e uma onda de liberalismo varre os horizontes, quando a pobreza cede lugar à miséria, a violência invade os lares, a ciência e a tecnologia atingem patamares inacreditáveis e os sonhos povoam os corações dos que acreditam no amanhã, cabe-nos, a todos nós, missão relevante, árdua mas grandiosa e bela.

O Estado Democrático de Direito não se contenta mais com uma ação passiva. O Judiciário não mais é visto como mero Poder equidistante, mas como efetivo participante dos destinos da Nação e responsável pelo bem comum. Os direitos fundamentais sociais, ao contrário dos direitos fundamentais clássicos, exigem a atuação do Estado, proibindo-lhe a omissão. **Essa nova postura repudia as normas constitucionais como meros preceitos programáticos, vendo-as sempre dotadas da eficácia em temas como dignidade humana, redução das desigualdades sociais, erradicação da miséria e da marginalização, valorização do trabalho e da livre iniciativa, defesa do meio ambiente e construção de uma sociedade mais livre, justa e solidária, grifei – (pág. 90)**

Ainda, e também, os princípios proclamados pelo imbatível e saudoso Sociólogo HERBERT JOSÉ DE SOUZA, o popular BETINHO, pertinaz e pregoeiro da solidariedade humana, publicados sob o título: DEMOCRACIA e CIDADANIA, na coletânea de textos, de diversos autores, denominada DEMOCRACIA CINCO PRINCÍPIOS É UM FIM, 1ª Edição, Editora Moderna, págs.66/67, que se transcrevem, - *verbis*:

São cinco os princípios da democracia, são cinco e, juntos, total-

mente suficientes. Liberdade, participação, diversidade, solidariedade, igualdade. Cada um separado já é uma revolução. Basta pensar na liberdade, o que acontece na sua ausência e o que pode ser feito com sua presença. A igualdade, o direito de absolutamente todos e a luta sem fim para que seja realidade. O poder da solidariedade, a riqueza da diversidade e a força da participação. E quanta mudança ocorre por meio de cada um deles. Cada um, separado, quase daria para transformar o mundo. Imagine todos eles juntos. Juntar igualdade com diversidade e liberdade, temperar com solidariedade, conseguida pela participação, este é o grande desafio da democracia: a simultaneidade na realização concreta dos cinco princípios, meta sempre irrealizável e, ao mesmo tempo, possível de ser tentada a cada passo, em cada relação, em cada aspecto da vida.

É preciso colocar o eixo desta revolução na cidadania, em cada pessoa e em todas. Não no Estado nem no mercado. Nenhum dos dois é capaz de dar vida completa a esses princípios. Esta é uma obra do homem e da mulher, juntos. O Estado quase sempre mata ou alija um desses princípios e alega que é uma medida necessária para salvar a democracia. Mata um pedaço em nome do todo. O Estado é um animal que precisa ser sempre domesticado. Sem estar sob controle da cidadania, perde o rumo. É corrompido e corrompe. O mercado, sem o controle da cidadania, perde seu gosto pela liberdade e a competição. Entrega-se a uns poucos para servir a minorias. A maioria das pessoas acredita que a solução dos problemas vem de fora, de algo externo, de alguém ou alguma coisa que fará por nós e por todos aquilo que deve ser feito. Uns não sabem viver sem o poder, sem o Estado. Outros não sabem viver sem alguém que manda, o senhor, o padre e o pastor, o empresário, o líder, o patrão. A maioria não sabe viver sem o Estado e o mercado, não sabe viver por si. E esse engano é grande, profundo e perigoso.

Mas esta ordem é toda inversa. É o Estado que não sabe viver sem o cidadão, sem cada um e todos. O presidente não existe sem o cidadão. O mercado não existe sem a participação de cada um. O espelho não existe sem aquele que o vê. Mas muita gente pensa invertido: onde há efeito, vêem a causa.

Quando o cidadão descobre que ele é o princípio do que existe e pode existir com sua participação, começa a surgir a democracia. Cidadania e democracia andam de mãos dadas e não existem separadas. Cidadania não é individualismo, mas a afirmação de cada

um em sua relação de solidariedade com os outros. **Cidadania e democracia estão baseadas em princípios éticos e têm o infinito como limite. Não existe limite para a solidariedade, a liberdade e a igualdade, participação e diversidade. A democracia é uma obra inesgotável. (grifei)**

42- *Fixados os princípios* e após percuriente exame dos autos, afirma-se que se trata de procedimento ordinário onde os **AUTORES**, viúva e filhos do Engenheiro, Empresário e ex-Deputado Federal **RUBENS BEIRODT PAIVA** (filhado ao antigo PTB – Partido Trabalhista Brasileiro) colimam ver compelida a **UNIÃO FEDERAL**, a lhes indenizar em razão de morte de seu marido e pai, conseqüente de torturas sofridas quando sob custódia do DOI-CODI, do I Exército.

43- O denominado "caso Rubens Paiva" é por demais conhecido, pois foi, e tem sido, amplamente debatido por diferentes instituições direcionadas, às questões pertinentes aos direitos humanos, destacando-se a **ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL**, a **ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE IMPRENSA**, a **CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS BISPOS DO BRASIL** e a **ANISTIA INTERNACIONAL**.

44- Historiadores, jornalistas, cientistas políticos e militares, escreveram sobre essa delicada e traumática questão da memória nacional que trata da repressão política durante o regime militar. Pesquisas, investigações, depoimentos, reportagens, surgem, como fontes históricas capazes de esclarecer aspectos obscuros daquela época, conforme transcrições que seguem:

a)- **VISÕES DO GOLPE – A MEMÓRIA MILITAR SOBRE 1964**, Maria Celina D'Araujo, Gláucio Ary Dillon Soares, Celso Castro – 2ª Edição, Relume Dumará, páginas 62,63,64 – Rio de Janeiro, 1994:

Depoimento de General Gustavo de Moraes Rego Reis:

"Há informações de que no início do governo Castelo Branco houve muitas prisões no Nordeste e muita violência também, principalmente em Recife. O senhor conhece isso?"

Sim. Nós fomos lá. Eu fui com o general Geisel. Nessa ocasião as coisas que aconteciam eram mais humilhações do que perversidades e maldades físicas. Fizeram Gregório Bezerra desfilar acorrentado a um jipe. Isso é humilhação, uma barbaridade!

Houve uma acusação muito grave naquela ocasião na Câmara e no Senado contra o presidente Castelo. O presidente, então, mandou que o general Geisel percorresse todos os lugares em que

houvesse acusação. Eu fui com ele. Eu e um coronel do SNI, o Hélio Mendes.

Fomos a Fernando de Noronha, falamos com Arraes. Lógico que eles estavam presos, presos num lugar confinado. Mas não havia perversidade, maldade! Estivemos em São Paulo, em todos esses lugares. Falaram à vontade com o general Geisel. O general depois apresentou seu relato a Castelo. Mais tarde as informações dele, mesmo sem serem conhecidas, foram contestadas na imprensa e no Congresso. O ministro do Superior Tribunal Militar defende-se das acusações perante seus pares no STM e no Congresso por intermédio de um senador, oferecendo a versão correta das informações prestadas ao presidente Castelo. Ainda hoje, agora, em pleno estado de direito, não somente aqui no Rio, mas no Brasil, no mundo, diariamente a imprensa divulga atos de arbítrio, de violência e de maldade, muitos e muitos permanecendo impunes. Vejam agora num clima revolucionário, de amplitude nacional, como foi a Revolução de 1964. Mesquinhas, recalques, vinganças pessoais, toda a miséria humana. Era o preço.

Não há dados precisos sobre a repressão no governo Castelo Branco, número de prisões etc. o Senhor tem documentos? O senhor fez relatórios sobre isso?

Não. Essa coleta de dados, números de presos etc, não era objetivo da missão do general Geisel. O objetivo era observar em que condições os preços estavam. Não era saber quantos presos havia. Era apurar a verdadeira extensão de alegados maus tratos a que teriam sido submetidos os presos políticos. O Milton Campos dizia muito bem: "Eu não tenho medo do presidente. Tenho medo do guarda do quartirão." Referia-se à adoção de uma legislação arbitrária e à sua compreensão. Mas o grande obstáculo que o presidente Castelo encontrava era a omissão, o conformismo, o comodismo, a tolerância, para não dizer a timidez e até certos pavores e medos de muitos chefes responsáveis de serem tachados de anti-revolucionários. Não reprimiam, não coíbiavam, não enfrentavam as atitudes e comportamentos mais radicais que depunham contra nossas instituições e que desafiavam o próprio presidente. Era, então, ele próprio que tinha de responder às acusações e desafios e determinar as providências e punições quando fosse o caso. Daí a impressão de que o radicalismo tinha uma amplitude muito maior de que tinha na realidade. O processo revolucionário compromete gravemente a hierarquia e a disciplina. A violentação da lei e da ordem, o afrouxamento da disciplina e a convivência à margem da

hierarquia, expõe chefes e subordinados a um penoso desgaste de difícil reparação. Os mais afoitos, os mais audazes, os mais ambiciosos, os mais oportunistas e os mais incompetentes se recusam a voltar às suas normais e rotineiras atividades. Ganham outro ritmo, outra dimensão e uma falsa notoriedade revolucionária. Quando se conseguia dar determinado andamento, caminhar um pouco nessa direção, de repente havia uma dessas coisas inopinadas e os radicais se enchiam de razão ou aparentemente se atribuíam razão. Isso aconteceu inúmeras vezes. Aquele livro do Zuenir Ventura * mostra o desencontro. Inclusive eles nos conheciam e sabiam o esforço que a gente estava fazendo mas não nos ajudavam. Ao contrário. Cada destempero desses, nós andávamos para trás. Davam chance para que os radicais, que eram minoria, se adiantassem ou bloqueassem certas pretensões. Assim foi em outubro de 1965 com o AI-2, foi uma violência terrível. Ou o Castelo assinava aquele ato ou caía. O resultado das eleições de 1965, com a vitória da oposição em Minas com o Israel Pinheiro e no Rio com o Negrão irritou profundamente a “linha dura” .

b) A DIREITA EXPLOSIVA NO BRASIL – José Argolo, Kátia Ribeiro, Luiz Alberto M. Fortunato – MAUAD – Rio de Janeiro – 1996 – páginas 265/268:

A indignação do “Feiticeiro”

A propósito do episódio Riocentro, o chefe do Gabinete Civil, general Golbery do Couto e Silva, redigiu e encaminhou ao presidente João Figueiredo documento encimado pela recomendação *Estritamente Pessoal – Confidencial* (e publicado posteriormente na revista *Veja*, edição de 23 de setembro de 1987, páginas 20-21) comentando os seus desdobramentos. Por sua importância, julgamos oportuno transcrevê-lo na íntegra:

“Há cousas que só devem ser ditas com nitidez, franqueza e precisão. Por isso, é sempre melhor escrevê-las. Eis a razão desta nota, com que espero não importuná-lo. Lida com a atenção que requer, talvez o melhor seja destruí-la, dada a natureza do que nela se contém.

*O lamentável caso do Riocentro, em seqüência a outros episódios de menor relevância (bancas de jornais, *Tribuna da Imprensa*, atentado contra o deputado Genival Tourinho, em Brasília etc) ou gravidade muito maior (OAB), tem envolvido de maneira até mesmo mais favorável e discre-*

ta do que se poderia esperar ao começo. Tudo indica que o IPM, não divulgado ainda mas do qual a nota dada à imprensa pelo encarregado-bem. Lançada, aliás – parece dar idéia satisfatória, substanciará as conclusões finais de ter havido crime na área de competência da Justiça Militar mas de não existirem elementos suficientes à indicação dos culpados. Exagero, o seu tanto ridículo, foi a tentativa de apresentar os dois participantes como vítimas de criminosos desconhecidos e embuçados...

Verdade indiscutível é que um grupo radical, minoritário apenas, irresponsável e adepto de práticas terroristas - como aliás o qualificou o presidente em sua entrevista a jornalistas peruanos, não faz muito – se não dominou ou controla, pelo menos infiltra os órgãos “vulgarmente chamados DOI-Codi” e, desde aí, a coberto dessas organizações e valendo-se, assim, de grandes facilidades e larga soma de poder, desencadeou ações terroristas múltiplas obedecendo a linhas hierárquicas distintas das legais e legítimas e que se estendem, não se sabe até que níveis superiores dos escalões governamentais. Certo parece, por exemplo, que o Comando do I Exército está fora do circuito. Por outro lado, operando em terrenos afins, corri amplas atividades de informação e contra-informação, órgãos mais vinculados à Presidência deverão achar-se de alguma forma envolvidos, uma vez que o simples saber ou mesmo desconfiar da intenção da prática de atos terroristas por parte de terceiros implica, em muitos casos, certa dose de responsabilidade pessoal para quem busque intervir, seja mesmo para a contémção ou fazê-los abortar ou sequer omitir-se de qualquer providência.

Como, quer que seja, a convicção bem generalizada de que os “chamados DOI – Codi”- por elementos como o capitão e o sargento vitimados, pelo menos – tiveram participação ativa na autoria do atentado frustrado coloca o governo e, infelizmente, o próprio presidente – por mais que se tenha conseguido colocá-lo fora do quadro decisório, apenas do ponto de vista exclusivamente formal – num dilema inescapável: ou incapacidade de ação repressora, por falta de autoridade efetiva, ou complacência e comprometimento de fato, em grau maior ou menor, no entanto terrorista, pelo menos em seu acobertamento.

Dai: ou a existência alarmante de um núcleo de governo paralelo, agindo com um êxito que só lhe acrescentará, dia a dia, a arrogância do poder – o que prenuncia, para o futuro, quase certamente, cousas ainda mais graves, no mesmo quadro de ações extremistas e irresponsáveis, inclusive terrorismo, ou, o que seria até mais grave, estariam sendo postas em dúvida as incisivas declarações do próprio presidente quanto à sinceridade e honestidade com que impressionaram e confortaram a Nação toda, quanto ditas e reditas.

Algo precisa e deve ser feito.

Ao parecer ordem presidencial- presidencial porque só a imagem e a autoridade do presidente que precisam ser resguardadas e consolidadas para que sejam logo extintos os "chamados DOI-Codi", claramente, expressa e difundida, sem estardalhaço, embora nem comportando justificativas, para tanto servirá, certamente. Nem haverá dano qualquer de monta que se possa apontar em sã razão.

Irrelevante julgo venha a ser, na oportunidade, preocupar-se em distinguir DOI de Codi, com definições precisas que não vêm ao caso, antes só servirão para confundir o grande público.

Além do mais, dizer-se que isso é confessar que se conhece e apontar, indiretamente, a autoria dos atos delituosos – na verdade, não calha, como argumentação válida. Não se trata de saber ou não saber a verdade verdadeira. Indiscutível, veemente, inegável é a suspeição evidente aos olhos de todos. Que maior justificativa, quando valores tão altos – a autoridade do governo, a credibilidade no governo e na palavra presidencial – estão em credibilidade no governo e na palavra presidencial – estão em jogo!

E trata-se de ato da alçada exclusiva do Executivo, que não terá de dar quaisquer explicações a respeito. Como também não da discreta remontagem do serviço de informações de que o Exército impescinde, mas sob controles ajustados, alertas e confiáveis."

c) "RIO CENTRO" - QUAIS OS RESPONSÁVEIS PELA IMPUNIDADE ? - Júlio de Sá Bierrenbach – páginas 231/232, -Domínio Público, 1996 – Rio de Janeiro:

XVIII

Comentários finais

Não posso concluir este livro sem recordar trechos do meu voto, proferido em plenário do STM, na tarde de 2 de outubro de 1981:

"Julgar é uma questão de consciência, é uma demonstração de senso de responsabilidade. Nunca minha consciência acusar-me-á de ter sido tão fraco, omissos ou tendencioso. Pedi vista dos presentes autos, por não me sentir suficientemente esclarecido."

"Estamos diante de dois fatos que considero da maior gravidade para o crédito e respeitabilidade das instituições militares e do egrégio Superior Tribunal Militar.

O primeiro se prende ao malfadado IPM em si, em tudo o que se contém, desde as duas portarias de nomeação de seus encarregados até o Relatório e a Solução. O procedimento de uns poucos militares não pode comprometer a grandeza de uma Força Armada do porte do Exército de Caxias.

Há poucos mais de dez anos, num período crítico de guerrilhas urbanas na Capital de meu Estado, tivemos o deplorável caso da deserção do Capitão Lamarca, bandeando-se acompanhado de uns poucos subalternos e levando armas e munições de seu quartel. A ocorrência comprometeu o Exército? Absolutamente!

Porventura a declaração de indignidade para oficialato que por vezes decidimos, com perdas de posto e patente de oficiais corruptos e peculatórios, dos mais elevados postos, tem abalado o prestígio de suas Forças Armadas de origem? Não! A impunidade, sim, levaria suas Forças à desgraça.

O segundo fato, bem mais grave no meu entendimento, é o que poderá suceder com o referido inquirido, depois de ter transposto os umbrais desta sala, sob o mote 'DEUS E O TEU DIREITO', que em cada sessão a que comparecemos, nos aviva a consciência o cumprimento do dever."

De janeiro de 1980 a 30 de abril de 1981, em menos de 16 meses foram registrados no Brasil 38 atentados terroristas. Foram seus alvos: políticos favoráveis às aberturas do Governo, advogados, jornais, gráficas, bancas de jornal que vendiam órgãos de oposição, supermercados, livrarias e até a OAB - RJ, como já comentamos, onde a secretária D. Lyda Monteiro da Silva foi dilacerada ao abrir uma carta-bomba endereçada ao presidente da Ordem.

Nenhum desses atentados foi esclarecido. No caso Riocentro, também, ficaram impunes todos os responsáveis, não obstante nos-

sos esforços pelo esclarecimento do crime. Resta-nos um consolo: o fato não passou em brancas nuvens pelo STM. Os autores, co-autores, enfim, todos os responsáveis pela impunidade, talvez esperassem que utilizássemos o carimbo "arquite-se" com a mesma facilidade com que foi manuseado pelo Ministério Público Militar. Enganaram-se. Resistimos. E o terrorismo cessou.

d) **"OS ANOS DE CHUMBO – A MEMÓRIA MILITAR SOBRE A REPRESSÃO - Maria Celina D'Araújo, Gláucio Ary Dillon Soares, Celso Castro – páginas 92/93, 156/157 e 275/277 – Relume Dumará – 1994:**

Depoimento do General Carlos Alberto da Fontoura

O senhor confiava realmente que o que lhe chegava era o sumo das informações das coisas mais importantes que estavam acontecendo no país? Não havia uns nós para baixo?

Ah! Podia ser. Eu não posso por a mão no fogo. Ninguém pode. Como se pode saber isso?

Pela contra-informação.

Mas mesmo a contra – informação não conseguia saber tudo. É humanamente impossível. São os riscos. É muito difícil saber se o que chegava a mim, em poucas linhas, era absolutamente verdade ou não.

Por exemplo, o caso de deputado Rubens Paiva. O senhor mandou investigar?

Não foi comigo, foi com o 1 Exército. E não mandei investigar, porque era competência de outro órgão. Estava, sob o ponto de vista de informação, subordinado a mim, devia me informar. E informou: "Rubens Paiva ...Eu não me lembro mais o que foi. Era obrigado a acreditar. Porque se fosse mandar saber tudo, teria que por os 149 milhões de brasileiros no serviço de informação colhendo informação sobre um milhão. Não há nada perfeito. Nós temos que nos sujeitar à imperfeição humana.

Depoimento do General Gustavo Moraes Rego Reis

Aconteceram fatos graves, com certa frequência, nas dependências do DOI. É possível que o comandante da unidade maior, digamos o comandante do Exército, não tivesse conhecimento?

As operações do DOI na busca de informações, depois no próprio confronto com os grupos da subversão, além da sua natureza

policial, ou por isso, foram aceitando como “naturais”, e até mesmo “indispensáveis”, atividades ilegais, tais como: violação da correspondência; “grampeamento” de telefones; utilização de veículos roubados, não procurados pelos proprietários, cedidos pela Polícia; placas “frias”; e, afinal, prisões abusivas e obtenção de confissões por processos condenáveis, e até mesmo criminosos, em dependências de organizações militares.

Ora, por mais reprovável que fosse a conduta dos subversivos – no meu fraco entender –, nada justificaria os agentes da lei utilizarem-se de tais métodos. E o mais grave, protegidos e acobertados pela irresponsabilidade e pela impunidade. Reconheço que meus padrões são ultrapassados, mas, durante anos e anos, os nossos regulamentos disciplinares prescreviam como transgressão grave “maltratar preso sob sua guarda”. Os métodos comunistas e nazistas haviam chocado o mundo.

Agora a sua indagação. O comandante só não sabe quando não faz questão. Ou sabe e consente, ou é surpreendido pelo fato consumado, então apura o responsável e pune o culpado. O comandante é o responsável por tudo que faz ou deixa de ser feito em sua organização. Não há escapatória.

Então, se há intenção de violar a lei para o êxito de uma operação, quanto menos pessoas se comprometerem com isso, melhor. Então começam: “Não vamos comprometer o comandante ...” Talvez eu esteja exagerando em atribuir esta atitude a um falso escrupulo, a uma falsa noção de lealdade – “Vamos poupar nosso comandante dessa responsabilidade, já que a coisa é ilegal.” Ora, o comandante será sempre o responsável, sabendo ou não sabendo. Caso não saiba, é pior, pois foi, sem dúvida, traído por seus subordinados. A impunidade é uma coisa terrível. Depois torna-se um hábito, a consciência vai se embotando, não reage, os valores se deturpam. Pior, ainda, quando agravada por uma espécie de consenso – o mal necessário. Afinal, talvez julguem correto. Virão mais tarde, talvez, os graves dramas de consciência. Muito tarde, porém...

Quanto ao comandante, ninguém daria uma ordem ilegal por escrito, assumindo integralmente a responsabilidade. Ninguém faria isso conscientemente. A conivência ou a omissão entre chefes e subordinados e a impunidade implicaram em graves prejuízos para a hierarquia e para a disciplina, todos nivelados pela ilegalidade das operações e pelo arbítrio. Paradoxalmente, um movimento re-

volucionário, desencadeado e levado às suas últimas consequências para preservar os princípios da hierarquia e da disciplina e os valores éticos ameaçados pelo comunismo e pela subversão, não conseguiu preservá-los suficientemente em sua própria dinâmica.

Depoimento do General Otávio Costa

... "Meu oficial de informações o E2 do meu estado-maior, era o Geraldo Cavagnari, que hoje, na reserva, dirige o Núcleo de Estudos Estratégicos da Universidade de Campinas. Sua escolha desagradou profundamente o pessoal do CIE, aquilo que eu chamo a cadeia de informações, até porque ele seria muito mais um homem de minha confiança do que da confiança deles. Era um intelectual, especializado em informações, formado pela ESNI, mas rejeitado pela comunidade de informações, pela consciência de seu valor e por suas atitudes independentes. Eu tinha absoluta confiança nele.

Em junho de 1978, o Cavagnari entrou em minha sala e disse: "General, recebi uma mensagem pelo misturador e quero passá-la ao senhor". Vinha do E2 do IV Exército, o membro da cadeia técnica imediatamente superior a ele, meu E2. Sugeriu que se aproveitasse a oportunidade das férias escolares para a realização de uma "operação gaiola", ou seja, prender todas as principais lideranças estudantis nos últimos dias de julho, no pressuposto de que, assim, quando as aulas recomeçassem, o movimento estudantil arrefeceria. Respondi-lhe: "Cavagnari, você sabe que a minha opinião é a mesma que a sua. Não vou fazer nada disso, por várias razões: primeiro, porque violenta os meus princípios, segundo, porque será contraproducente, pois tudo indica que a agitação tende a declinar no segundo semestre de aulas, e essas prisões terão resultado contrário, exacerbando os ânimos". "Mas, então, como devo proceder?" Disse-lhe: "Diga ao E2 do IV Exército que peça a seu comandante, o general Argus Lima, que me mande uma ordem escrita para as prisões. Só assim examinarei o assunto." Eu conhecia bem o general Argus Lima, homem firme mas muito sério, que eu sabia jamais me daria uma ordem dessas. Se eu a recebesse, tomaria a decisão de não cumprir, com todos os riscos de minha atitude.

Este é um exemplo de como as ordens transitavam pela cadeia de informações, o canal técnico, à revelia do canal de comando, ao qual cabem as responsabilidades das decisões. Então, se eu não estivesse tão conectado com o Cavagnari, se ele não fosse um amigo preocupado com minha posição de comandante e de cidadão, poderia fazer o que o E2 do IV Exército sugerira.

Em uma de nossas entrevistas, um general nos disse que o comandante do II Exército, general Ednardo Mello, não sabia o que estava se passando no DOI-CODI quando da morte do Herzog e do Manoel Fiel Filho. Isso é possível ?

Acho que deve ser praticamente verdadeiro. Conheci o general Dávila Mello porque, embora estivesse hierarquicamente muito à minha frente, fui seu colega na ECEME. Fomos companheiros durante três anos. Era um aluno mediano, bom companheiro, bom caráter, simpático, desportista. Homem simples, sem vaidades. Parecia-me mais para radical do que para liberal. Tenho a impressão de que ele se deslumbrava um pouco com a promoção ao último posto de carreira e, mais ainda, com a designação para o comando II Exército. Penso que queria afirmar-se, justificar a designação, ter a confiança dos chefes e companheiros, principalmente dos mais "duros". Além disso, é preciso considerar que, naquela época, um general-de-exército, principalmente com um comando importante como o de São Paulo ou Rio de Janeiro, era considerado pelos civis como possível candidato à presidência da República. Também é bom lembrar que servir em São Paulo é um pouco perigoso, porque aquela é a terra do poder econômico e dos grandes empresários envolventes.

Mais do que uma impressão, estou convencido de que o Dávila Mello sofreu esse envolvimento por aqueles a quem Castelo Branco chamava de "vivandeiras dos quartéis". Penso que era muito assediado, preocupado e convidado para coquetéis, jantares, recepções, e que passava fins de semana naquelas fazendas luxuosas do estado de São Paulo. A consequência fatal desse desvio é o distanciamento de seu comando e de seus austeros deveres militares. E quando os chefes militares se afastam do dia-a-dia de sua vida profissional, correm o risco de serem traídos pelo pessoal de baixo, que começa a agir por conta própria. Então, acho que ele foi passado para trás, que não soube de muita coisa, mas que essa ignorância foi um pouco consequência de sua própria omissão.

Quando, anos depois, fui comandar a 6ª Região Militar, na Bahia, lembrei-me de tudo isso e logo fui visitar as instalações do DOI-CODI, decidindo que ali voltaria constantemente, sem aviso. Posso dizer que, no período em que lá estive, de mais de um ano, não houve uma única prisão.

Creio que alguma coisa semelhante ao que aconteceu com o Dávila Mello se passou com o general Gentil no episódio do

Riocentro, embora neste caso não tivesse havido omissão. Penso que os dois tiveram um grande sofrimento interior, e que não teria sido uma simples coincidência que ambos tenham morrido de câncer. Estou convencido de que muito comandante foi ultrapassado pelos E2 e DOIs-CODIs, o que faz compreender o drama do Dávila Mello e do Gentil. Estou convencido de que foi a cadeia técnica que desencadeou o episódio do Riocentro. Foi um episódio de reação dos "duros", situados nos órgãos de repressão, contra as medidas liberalizantes tomadas pelo Figueiredo, principalmente contra a anistia.

e) **ERNESTO GEISEL – Maria Celina D'Araújo e Celso Castro – Fundação Getúlio Vargas – 3ª Edição – Páginas 362,365,369/371,375/377/178 -1977:**

O general Frota era um membro da linha dura ou foi envolvido por ela ?

De certa forma era da linha dura, mas não era extremado. Quando comandou o I Exército, aqui no Rio, muitas vezes ia à noite ao DOI-CODI para impedir a repressão, evitar atos de violência. O Frota era considerado, dentro da linha dura, um homem relativamente moderado. Mas ele também queria que o pessoal estivesse do seu lado, e por isso não era muito exigente. Procurou ter o apoio da linha dura.

Como foi definida em seu governo a política de combate à subversão ?

Nos focos subversivos que ainda existiam continuava a haver combate. Eu reagia muito com relação a certas ações repressivas isoladas e estabeleci que elas não podiam ser empreendidas sem o meu conhecimento. Certa vez, eu disse ao Frota: "Nós estamos desde o levante de 35 na Praia Vermelha, combatendo o comunismo. E você vem me dizer, na nossa conversa, que o comunismo está cada vez mais ativo, cada vez mais forte e perigoso. Vamos admitir que isso seja verdade. Qual é a conclusão a que vamos chegar ? Se o comunismo está sendo combatido desde 1935 e nós já estamos além de 1970 e ele está cada vez mais forte, cada vez mais poderoso, então o método de luta que estamos adotando não serve, está errado ! A solução atual de matar, de esfolar, de brigar não serve. Vamos ter que encontrar outra solução, pois essa que estamos usando há 40 anos não resolve." O raciocínio claro era esse: vamos estudar, vamos ver uma outra maneira de enfrentar o adversário. É claro que, no fundo, isso não é um problema militar. É

também um problema social, é um problema político. Há uma série de razões para que o comunismo possa proliferar.

O senhor dava alguma orientação, alguma diretriz, de como devia ser a atuação da repressão ?

Não . Nas conversas eu estabelecia que as ações de força só deviam ser usadas quando fossem absolutamente necessárias, mas deviam ser limitadas. O problema se complicava por causa da organização que vinha do DOI-CODI. Havia as ações da Aeronáutica, havia as ações da Marinha. Não era possível, dentro do quadro criado, estancar o processo de vez. O que se fez foi reduzir progressivamente essa atividade. A situação se complicou, entretanto, em São Paulo.

Como o senhor reagiu ao episódio da morte do jornalista Wladimir Herzog numa cela do DOI do II Exército ?

Eu conhecia o Ednardo, que comandava o II Exército, de outros tempos. Não acompanhei sua carreira militar, pois ele era oficial de infantaria, mas servimos juntos no Estado-Maior do Exército. Eu me dava bem com ele, achava que era um bom camarada. Quando foi comandar o II Exército, ele descentralizou, deixando o pessoal subordinado agir, enquanto se dedicava às relações sociais, à vida absorvente de São Paulo. Geralmente, nos fins de semana, ele saía da capital, ia para uma fazenda, e as coisas no comando ficavam abandonadas. Então os elementos mais radicais do seu estado-maior agiam.

Depois do enforcamento do Herzog, ia haver uma missa de sétimo dia em São Paulo, e eu já muito antes tinha programado uma ida lá. Haveria um evento na Federação do Comércio, a inauguração de uma área esportiva ou recreativa, para a qual eu fora convidado. Eu tinha me comprometido a comparecer, e a viagem estava marcada. Aconselharam-me a não ir, porque era o dia da missa. São Paulo estava muito agitado, mas resolvi ir assim mesmo. Moraes Rego me acompanhou. Assisti à inauguração, e à noite o Paulo Egídio deu uma recepção no palácio. Dormi essa noite em São Paulo e determinei ao Frota e ao Ednardo a imediata instauração de um inquérito sobre o enforcamento. Várias vezes, em encontros com o Ednardo em Brasília, eu havia dito: "Ednardo, olha São Paulo vê lá o teu comando, as coisas não estão bem". Quando resolvi mandar abrir o inquérito, e o Ednardo opôs algumas dificuldades, vi que havia problemas. Mas exigí que o inquérito fosse feito e que tudo fosse apurado. Não sei se o inquérito estava certo ou

não, mas o fato é que apurou que o Herzog tinha se enforcado. A partir daí o problema do Herzog, para mim, acabou.

Quer dizer que quando o senhor chegou a São Paulo, uma semana após a morte de Herzog, nem o ministro Frota nem o general Ednardo tinha mandado abrir inquérito ?

Não. E eu achava que era fundamental fazer o inquérito. Cheguei lá e exigi, disse para o Frota e para o Ednardo: "Vamos apurar isso". Depois, no outro dia, quando eu estava me despedindo para ir embora, o Ednardo, conversando a sós comigo, pediu para não fazer o inquérito, sob o argumento de que iriam aparecer as pessoas de confiança que ele tinha naquele serviço todo, sargentos e outros. Essas pessoas naturalmente iam ser chamadas a depor, e aí o dispositivo de segurança ou de informação que ele tinha ia se tornar público. Ia-se queimar de certa forma esses auxiliares. Respondi que isso não tinha importância, pois se substituíam por outros, mas que se tinha que fazer o inquérito. Quer dizer, a resistência a fazer o inquérito foi muito grande, o que para mim era muito suspeito. Se as coisas fossem limpas, se não tivesse havido nada, se o enforcamento do Herzog tivesse sido espontâneo da parte dele, qual o inconveniente do inquérito, de que se apurasse ?

O senhor aceitou o resultado do inquérito. Mas ficou convencido dele ?

É possível que aquilo tivesse sido feito para encobrir a verdade. Mas o inquérito tem seus trâmites normais, suas normas de ação, e eu não ia interferir no resultado. Não ia dizer: "Não, não concordo com esse resultado". O inquérito não vinha a mim, era resolvido na área administrativa. Eu não o examinei, não me preocupei se estava certo ou não. É preciso ver o seguinte: o presidente da República não pode passar dias, ou semanas, com um probleminha desses. É um probleminha em relação ao conjunto de problemas que ele tem. Nos múltiplos problemas que vêm à presidência, se se quiser fazer tudo, ver tudo, acaba-se não fazendo nada. Eu já era acusado de ser centralizador. Diziam que eu fazia o que queria, que não ouvia ninguém. A verdade também é que todo serviço de repressão em regra se corrompe. Vejam os acontecimentos depois da revolução de 35, com Filinto Müller, que era chefe de polícia no tempo do Getúlio: o que houve ali de repressão a civis, de maus tratos etc. Aquele alemão que era representante soviético ficou maluco, acabou doido de tanta coisa que fizeram com ele.

Em janeiro de 1976 o operário Manoel Fiel Filho foi encontra-

do enforcado nas dependências do II Exército. Como o senhor tomou conhecimento do fato ?

Eu estava no Riacho Fundo. Era um Domingo, nove, 10 horas da noite, eu estava me preparando para dormir, quando tocou o telefone. Era o Paulo Egídio, governador de São Paulo. Ele me contou que tinha havido um segundo enforcamento. Passei uma noite de cão. Não dormi, irritado, pensando em como iria agir. Não falei com ninguém. Fiquei deitado, me virando na cama e matutando no que iria fazer. E vi que a solução era tirar o Ednardo do comando do II Exército. De manhã cedo mandei um recado para o Frota, o Hugo Abreu e o Figueiredo irem ao palácio da Alvorada, porque eu queria falar com eles. Cheguei ao palácio, contei ao Frota o que tinha havido e determinei que preparasse o decreto exonerando o Ednardo do comando de São Paulo.

Por que foi o governador Paulo Egídio que lhe deu a notícia? Não deveria ter sido o general Ednardo o primeiro a lhe comunicar ?

A morte do operário ocorreu numa noite de Domingo, e o Ednardo estava fora, numa fazenda do interior do Estado passando o *week-end*. O Ednardo era uma boa pessoa, era meu amigo, mas o problema era que ele era displicente e sofreu uma influência que era comum em São Paulo: a atração dos generais pelo meio civil, pelo *society*. Então, o que acontecia ? Aqueles magnatas de São Paulo convidavam o general comandante do Exército em São Paulo para um *week-end* na sua fazenda, na sua chácara, no seu sítio, o Ednardo era suscetível a isso, ia passar Sábado e Domingo lá e deixava o Exército à matroca. Num fim de semana ele não estava em São Paulo, e mataram esse operário. Então veio esse argumento: "Ah, ele não sabia". Mas ele era o responsável! Naquela situação, ele não devia se afastar do comando, era displicência. O chefe nesse hora é o responsável. Não tem o direito, quando acontece uma coisa dessas, de dizer. "A culpa é do fulano porque eu dei ordem e ele não fez". Sempre que acontece um fato, o responsável é o chefe.

Em sua opinião, o que aconteceu realmente com Herzog e Fiel Filho? O senhor acha que foi um "acidente de trabalho" da repressão ou uma provocação intencional de grupos interessados em desestabilizar o processo de abertura?

Não sei. Pode-se fazer todas as conjecturas. Mais a tendência é ficar com a pior hipótese. Inclusive porque, admitindo que o primeiro enforcamento tivesse sido voluntário, que o Herzog ti-

vesse se enforcado, o que o chefe, o responsável, tinha que fazer daí por diante? Tinha que tomar todos os cuidados, todas as precauções, e observar todas as normas de controle, de fiscalização, para evitar que um fato desses pudesse se reproduzir. Pode-se fazer a suposição de que fizeram o enforcamento e resolveram continuar, talvez como um desafio. Porque o lógico, seria que, tendo havido o fato com Herzog, quem tomasse conta dos presos recebesse instruções para fiscalizar e vigiar, para evitar a reprodução de fatos semelhantes.

E que instruções o senhor deu ao general Dilermando?

Instruções para que ele procurasse evitar excessos. Se ele tivesse que montar alguma operação armada, uma ação contra comunistas atuantes, que analisasse adequadamente, para verificar se tinha fundamento. Evidentemente, eu não ia tolher sua liberdade de ação. Mas que procurasse examinar todos os casos. Não havia razões para problemas de enforcamento na prisão. Ele tinha que examinar. O Dilermando no comando do II Exército, embora tivesse havido alguns casos, conduzindo-se com muita moderação. O clima de São Paulo modificou-se completamente.

45- Todos esses históricos depoimentos, de conhecidas e respeitadas personalidades e autoridades públicas, que vivenciaram aqueles tormentosos momentos observados durante o período vigente a partir de 31 de março de 1964, quando o País esteve sob o denominado "governo em regime militar", indiscutivelmente que vieram somar aos esforços dos **AUTORES** na legítima busca da prestação jurisdicional em razão do conturbado "desaparecimento" de seu marido e pai, ex-Deputado, Engenheiro e Empresário **RUBENS BEYRODT PAIVA**, após ter sido retirado violentamente do abrigo do seu lar, na frente de sua esposa e filhos, por denominados "agentes da repressão do regime militar".

46- Longo foi o caminho percorrido pelos Suplicantes, inclusive com requerimentos que tiveram curso não só na esfera do Poder Judiciário, mas também perante o CONSELHO DE DEFESA DOS DIREITOS DA PESSOA HUMANA – CDDPH, do MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, na busca de uma resposta ao sofrido "desaparecimento" de seu querido Chefe de Família – **RUBENS PAIVA**.

47- Como resposta a angústia, não só dos Requerentes, mas também daquelas famílias que tiveram um, ou mais, de seus membros "desaparecidos"; veio de ser promulgada em 04/12/1995, a Lei nº9140 (publicada na D.O.U. DE 05/12/1995, Seção 1, págs. 19.986/19.988),

reconhecendo como mortas pessoas desaparecidas em razão de participação, ou acusação de participação, em atividades políticas, no período de 02/09/1961 a 15/08/1979, e dando outras providências.

48- De se destacar, inquestionavelmente, que a Lei nº 9140/95, foi editada objetivando a reconciliação e pacificação nacional, consoante o firme princípio fixado em seu art. 2º, *verbo ad verbum*:

A aplicação das disposições desta Lei e todos os seus efeitos orientar-se-ão pelo princípio de reconciliação e de pacificação nacional, expresso na Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979 – Lei de Anistia.

49- A leitura desse dispositivo nos faz volver às sábias palavras do grande historiador ERIC HOBSBAWN, traçadas nas conclusões de sua excelente obra ERA DOS EXTREMOS – O BREVE SÉCULO XX – 1914 – 1991, Editora Companhia das Letras, 2ª edição, pág. 562, que seguem transcritas, *verbis*:

Não sabemos para onde estamos indo. Só sabemos que a história nos trouxe até este ponto e – se os leitores partilham da tese deste livro – por quê. Contudo, uma coisa é clara. Se a humanidade quer ter um futuro reconhecível, não pode ser pelo prolongamento do passado ou do presente. Se tentarmos construir o terceiro milênio nessa base, vamos fracassar. E o preço do fracasso, ou seja, a alternativa para uma mudança da sociedade é a escuridão. -grifei-

50- Assim, com novas luzes que vêm orientando os caminhos porque tem seguido o nosso Grande País, com os seus líderes políticos, e também comunitários, e administradores públicos, norteando-se e embasando-se em princípios efetivamente democráticos, valorizando os de permanente respeito aos direitos humanos, examina-se o caso vertente, com aplicação do disposto no art. 1º, da apontada Lei nº 9.140/95, *verbo ad verbum*:

São reconhecidas como mortas, para todos os efeitos legais, as pessoas relacionadas no Anexo I desta Lei, por terem participado, ou terem sido acusadas de participação, em atividades políticas, no período de 2 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979, e que por esse motivo tenham sido detidas por agentes públicos, achando-se desde então, desaparecidas, sem que delas haja notícias.

.....
ANEXO I

I- Nomes de Pessoas Desaparecidas (com época do desaparecimento)

1-.....

2-.....

120- RUBENS BEIRODT PAIVA, brasileiro, casado, nascido de 26 de setembro de 1929 em Santos-SP, filho de Jaime de Almeida Paiva e Aracy Beirodt Paiva (1971)

51- Ora, o antigo e Colendo Tribunal Federal de Recursos, fixou o seguinte entendimento que se adequa por inteiro à matéria ventilada nestes autos, conforme se verifica da Veneranda Ementa publicada no D.J. de 02/04/81, *verbis*:

A MORTE É O MAIOR DE TODOS OS DANOS QUE SE PODE CAUSAR A ALGUÉM OU A SUA FAMÍLIA, PORQUE IMPÕE UMA PERDA DEFINITIVA.

52- Dessarte, reconhecida a morte do marido e pai dos **AUTORES**, em decorrência do advento da Lei nº9.140/95, indubitoso que a preliminar de prescrição suscitada pela **UNIÃO FEDERAL**, na oportunidade em que contestou o pedido exordial, restou superada, razão porque a indefiro.

53- Quanto ao mérito, entende este Juízo que a reparação civil do Poder Público, no caos como o versado neste procedimento, visa restabelecer o equilíbrio rompido com o dano causado individualmente a um ou a alguns membros da comunidade, aplicando-se em toda a sua plenitude, o disposto no art. 37, § 6º, da **LEX MAGNA**.

54- Ao discorrer sobre a responsabilidade civil do Estado, segundo previsão contida no mencionado art. 37, § 6º da **CONSTITUIÇÃO FEDERAL**, o insigne constitucionalista **CELSO RIBEIRO BASTOS**, em sua festejada obra **COMENTÁRIOS À CONSTITUIÇÃO DO BRASIL (PROMULGADA EM 5 DE OUTUBRO DE 1988)**, 3º Vol. Tomo III, Editora Saraiva, 1992, págs. 173; 176/177 e 186, assim preleciona, *verbis*:

O Estado, na verdade, hoje responde de qualquer ato causador de dano. A nova redação constante deste parágrafo é mais ampliativa do que a do equivalente artigo Texto anterior. Fala-se agora que tanto as pessoas jurídicas de direito público quanto as de direito privado, prestadoras de serviços públicos, responderão pelos danos que seus agentes nessa qualidade causarem.

Em virtude da palavra *agente*, que é denotadora de qualquer pessoa que pratica funções públicas, ainda que regularmente investida, como é o caso de funcionário de fato, podemos, pois afir-

mar que não resta ato provindo do Estado, nas suas diversas expressões, assim como pessoas privadas que cumprem função pública, que não se encontre sancionado pela responsabilidade civil.

Agente, ainda, é mesmo aquele servidor que extravasasse a sua competência. Não importa que tenha atuado abusivamente. Se o fez a partir de uma situação que lhe propiciava a própria Administração, agente é:

.....
Até a Carta de 88, o ressarcimento do dano moral era quase de todo impossível. Mesmo quando isso se dava, era com fundamento nos danos materiais advindos do agravo moral. O art. 5º, X, da vigente Constituição, reza:

“São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente da violação”.

O preceito não restringe o dever de reparar tão-somente às pessoas privadas. Não discrimina entre umas e outras; do que se infere que o Estado está também jungido a reparar o dano moral, desde que o violador da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas. É um campo inteiramente novo que se abre e diante do qual o Estado haverá de agir com a máxima cautela. Em diversos momentos e sob as mais variadas formas, o Estado tem o direito e até o dever de levantar suspeitas e mesmo de enquadrar o cidadão em inquéritos e processos pela prática de atos que em si são desonerosos e causadores de agravos à imagem das pessoas.

Toda vez que essas inculpações se derem sem fundamentos fáticos e jurídicos que as tenham ensejado, o Estado terá de responder pelo mero dano moral decorrente da violação desse bens jurídicos tutelados. Na concisa e escorreita fraseologia de R. Limongi França temos que:

“...dano moral seria, pois o mesmo que dano não-econômico, não-patrimonial (*stricto sensu*) ou extrapatrimonial. Com efeito, parece mais adequado reservar o restritivo patrimonial para as espécies de dano material exclusivo”(Reparação de dano moral, *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*, Ano V, n.2, Rio de Janeiro, 1º Semestre de 1991, p. 23)

.....
A responsabilidade é a marca do Estado Democrático Contemporâneo e traça a essência do momento político presente. A responsabilidade do Estado mais ainda reflete esta coerência interna da proposta de vida que se perspectiva dentro dos direitos de to-

dos e resguardo dos interesses da sociedade.

A responsabilidade sobre a qual aqui se fizeram algumas breves observações é de natureza patrimonial, extracontratual e tem seus fundamentos assentados nos princípios jurídicos republicanos, do qual decorrem outros como o da igualdade de encargos perante a administração pública, e democrático, sob o qual residem os seus sustentáculos que são os princípios de legalidade, da isonomia e da responsabilidade.

A teoria hoje sedimentada dota a responsabilidade do Estado de natureza objetiva, vale dizer, para a qual não se questiona o elemento subjetivo da culpa havida na conduta da pessoa estatal, mas apenas na relação casual entre o dano e o comportamento que o provocou e que se imputa àquela entidade.

55- Ainda, a venerada ementa do Des. SEVERO DA COSTA, transcrita naciada ora (pág. 177) do referido e emérito constitucionalista, que também lhe serviu de embasamento para sua tese, cujos fundamentos se aplicam *in casu*:

Todo e qualquer dano causado a alguém, ou ao seu patrimônio, deve ser indenizado, de tal obrigação não se excluindo o mais importante deles, que é o dano moral, que deve automaticamente ser levado em conta.

O dinheiro possui valor permutativo, podendo-se, de alguma forma, lenir a dor com a perda de um ente querido pela indenização, que representa também punição e desestímulo do ato ilícito.

Impõe-se a indenização do dano moral para que não seja letra morta o princípio "neminem laedere".

Doutrina e jurisprudência vão abrindo caminho e inserindo nos Códigos esse princípio.

Muito importante é o Juiz na matéria, pois a equilibrada fixação do *quantum* da indenização muito depende de sua ponderação e critério (*Embargos Infringentes* – n. 44.186, embargante: Rede Ferroviária Federal S/A; 31 de agosto de 1976).

56- Também, sobre a responsabilidade objetiva, válida a lição do inclito Jurista YUSSEF SAID CAHALI, *verbo ad verbum*:

Rigorosamente, a responsabilidade objetiva tende a se bastar com o simples nexos de casualidade material, eliminada a perquirição de qualquer elemento psíquico ou volitivo; a aceitação incondicionada da teoria da responsabilidade objetiva, suficiente

a identificação do vínculo etiológico – atividade do Estado, como causa, e dano sofrido pelo particular, como consequência – elimina a priori o exame de qualquer coeficiente de culpa identificada do funcionário, ou de culpa anônima decorrente da falha da máquina administrativa, investindo a culpa de presunção absoluta, *iuris et de jure*, portanto invencível e sem possibilidade de qualquer contraprova; nem mesmo a teoria do risco-criado, do risco-proveito, nela teria cabimento, na medida que simplesmente tornaria relativa a presunção de culpa, fazendo-se presumida *iuris tantum*, para simplesmente liberar o lesado da produção da respectiva prova, com a transferência para o Estado da prova dos fatos excludentes da responsabilidade. (*in* Responsabilidade Civil do Estado, RT 1982, p. 24).

57- Válida, igualmente, a ensinança do Eminentíssimo Juiz Federal e Mestre em Direito, Dr. GUILHERME DE CASTRO, *verbo ad verbum*:

Quanto ao dano moral, a primeira questão é defini-lo, e o fazemos anotando que se cuida do abalo de sentimento, da angústia, da mágoa ou sofrimento experimentado por uma pessoa.

Nem todos seguem tal conceito; mas é essa linha dominante no pensamento do País. Alguns, é verdade, preferem colocação mais ampla e vaga, salientando que todo o dano, não atingido o patrimônio, é moral. (*in*, A Responsabilidade Civil Objetiva no Direito Brasileiro, Editora Forense, 1997, pág. 19).

58- O Egrégio Tribunal Regional Federal da 2ª Região, sobre o tema assim decidiu, conforme testificam as Venerandas Ementas, transcritas da (Virtual) Jurisprudência dos TRF's – 16ª Edição e da Revista do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, *verbis*:

a)- CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO **DANO** DECORRENTE DE TORTURA REALIZADA EM PERÍODO DE EXCEÇÃO.

- REJEITADOS OS AGRAVOS RETIDOS, POR NÃO SE VISLUMBRAR NULIDADE NA FASE DE INSTRUÇÃO PROBATÓRIA.

- NÃO HÁ QUE SE FALAR NA PRESCRIÇÃO, SOBRETUDO POR SE TRATAR DE INCAPAZ.

- A DECRETAÇÃO DA NULIDADE DA SENTENÇA EXTRA PETITA ATINGE SOMENTE A PARTE EXCEDENTE DO PEDIDO, MANTENDO INCÓLUME OS DEMAIS ASPECTOS DA DECISÃO.

- NO MÉRITO, A INCAPACIDADE ACOMETIDA AO AUTOR DECORRE, SENÃO EXCLUSIVAMENTE, EM GRANDE PARTE;

DOS FATOS OCORRIDOS EM EXCEPCIONAL PASSAGEM DA VIDA POLÍTICA DO PAÍS, PORQUANTO, AINDA QUE HOUVESSE PRÉ-DISPOSIÇÃO GENÉTICA PARA A DOENÇA, ESTA, SEM DÚVIDA, FOI EXACERBADA PELA TORTURA COMPROVADAMENTE SOFRIDA PELO AUTOR.

- NÃO SE JUSTIFICA O CUSTEIO DE TRATAMENTO NO EXTERIOR, QUE PODE SER REALIZADO EM HOSPITAL OFICIAL DE ÂMBITO FEDERAL NO BRASIL.

- A PENSÃO VITALÍCIA FIXADA EM 20 (VINTE) SALÁRIOS MÍNIMOS CORRESPONDE A UM VALOR DE RENDA MENSAL MÍNIMA PARA SOBREVIVÊNCIA DO AUTOR, ESTANDO DENTRO DO CRITÉRIO DE RAZOABILIDADE, DADA AS CONDIÇÕES SOCIAIS QUE PODERIA ELE TER ATINGIDO SE NÃO OCORRESSE O EVENTO DANOSO, INDEPENDENTEMENTE DA PROVA DE SUA RENDA AUFERIDA ANTES DA ECLOSÃO DA DOENÇA.

- O **DANO MORAL** HÁ DE SER AFERIDO, NA ESPÉCIE, PELA EXPECTATIVA DE VIDA MATERIAL FRUSTADA, SEGUNDO OS BENS QUE O AUTOR PODERIA ADQUIRIR NO DECORRER DA VIDA, EM QUE COMPATIBILIDADE COM AS SUAS CONDIÇÕES INDIVIDUAIS, DE ESTUDANTE DE DIREITO DE CLASSE MÉDIA, NÃO FOSSE SURPREENDIDO PELOS FATOS QUE REDUNDARAM NO SEU INFORTÚNIO.

- VERBA HONORÁRIA CONDIZENTE, SALVO QUANTO AS PARCELAS VINCENDAS, QUE DEVEM SER EXCLUÍDAS.

- PROVIMENTO PARCIAL A AMBOS OS RECURSOS.

(2º Turma, AC nº 0220686; ano 94; DJ 12/03/96, Rel. Juiz PAULO ESPÍRITO SANTO).

b) CIVIL – RESPONSABILIDADE CIVIL – ACIDENTE DE TRÂNSITO

I – VIATURA MILITAR, DIRIGIDA POR MOTORISTA SEM HABILITAÇÃO, QUE PROVOCOU ACIDENTE DE TRÂNSITO, INCLUSIVE COM MORTE.

RECONHECIDA A RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA UNIÃO FEDERAL, POR INEXISTIR CULPA OU DOLO DAS VÍTIMAS.

II – AUSÊNCIA DE UM DOS AUTORES, A AUDIÊNCIA, EMAÇÃO DE PROCEDIMENTO SUMARISSIMO, NÃO IMPLICA NA EXTINÇÃO DO PROCESSO (CPC ART. 267, IV) COM RELAÇÃO A ELE.

III – MANTIDA A PENSÃO DEFERIDA AO PAI DE UMA DAS

VÍTIMAS, NO VALOR DE UM SALÁRIO MÍNIMO, ATÉ QUE ESTA COMPLETASSE 65 ANOS DE IDADE, INDEVIDA COM RELAÇÃO A ESPOSA, POR JÁ CONTAR COM IDADE SUPERIOR A ESSE LIMITE.

IV – MANTIDAS AS INDENIZAÇÕES PARA WELLINGTON E CLEONICE BARROS DE MACEDO, RELATIVAS ÀS DESPESAS COM TRATAMENTO MÉDICO E O FUNERAL.

V – CONCEDIDA A ESSES AUTORES INDENIZAÇÃO POR **DANO MORAL**, DECORRENTE DO FALECIMENTO DE SEUS PARENTES NO VALOR DE 350 SALÁRIOS MÍNIMOS PARA CADA UM, ADMITINDO-SE SUA CUMULAÇÃO COM DANOS MATERIAIS, POR FORÇA DO DISPOSTO NO ART. 5º INCISO V, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

VI – RECURSO DE SHMUEL DATUM PROVIDO.

VII – RECURSO DOS AUTORES REMANESCENTES E REMESSA NECESSÁRIA PARCIALMENTE PROVIDOS.

(1ª Turma, AC nº 0224519, Ano: 90, DJ 10/09/91, Rel. Juíza TANIA HEINE).

c) CONSTITUCIONAL CIVIL – MILITAR – MORTE CAUSADA POR COLEGA DE FARDA – **INDENIZAÇÃO** A GENITORA – DANOS **MORAL** E MATERIAL – LUCROS CESSANTES.

I – O FILHO DA AUTORA, MILITAR, FALECEU EM DECORRÊNCIA DE DISPARO DE ARMA DE FOGO CAUSADO NO QUARTEL, POR UM COLEGA DE FARDA, NA ÉPOCA, ENCONTRAVASE EM VIGOR O ARTIGO 107 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1969, QUE ESTABELECE A RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO, POR ATO LESIVO PRATICADO POR UM SEU PREPOSTO. NO CASO, DÚVIDA INEXISTE DE QUE O SOLDADO CULPADO PELO ACIDENTE MORTAL, ERA PREPOSTO DA **UNIÃO** FEDERAL, A AUTORA, DE VIDA MODESTA, PIOROU DE SITUAÇÃO FINANCEIRA, APÓS A MORTE DE SEU FILHO, QUE CONTRIBUÍA PARA O SEU SUSTENTO. NÃO HÁ QUE SE FALAR APENAS, EM **DANO MATERIAL**, UMA VEZ QUE PRESENTE ESTÁ TAMBÉM O **DANO MORAL** CARACTERIZADO PELA DOR DA TRISTEZA INFINITA OCASIONADA A OUTREM. A DIFICULDADE EM QUANTIFICAR O VALOR DO CABIMENTO HOJE, NÃO SE DISCUTE MAIS. O DIREITO CIVIL BRASILEIRO JÁ INGRESSOU EM OUTRA ERA. COM RESPEITO A ESTA MATÉRIA. INTEGRANDO-SE À DOUTRINA

RISPRUDÊNCIA DOS PAÍSES DO PRIMEIRO MUNDO, DOS QUAIS DESTOAVA, RESISTINDO À ACEITAÇÃO DE SUA REPARAÇÃO. ASSIM, CORRETA A FIXAÇÃO PELO JUIZ DA **INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL** ADMITINDO SUA CUMULAÇÃO COM O **DANO MATERIAL** E DEMAIS ÍTENS DA CONDENAÇÃO. DEVE A UNIÃO FEDERAL PAGAR, AINDA, LUCROS CESSANTES CALCULADOS EM 1/3 DO SOLDADO DA REMUNERAÇÃO DO MILITAR, AO TEMPO DO EVENTO, CUJO PAGAMENTO DEVERÁ OCORRER, ATÉ A SOBREVIDA ESTIMADA EM 65 ANOS, IDADE ESTA ADOTADA NO ENTENDIMENTO MAJORITÁRIO DA JURISPRUDÊNCIA, PARA CALCULAR A VIDA MÉDIA DO BRASILEIRO, PARA O FIM DE REPARAÇÃO DO **DANO**, DO QUAL DECORRE O EVENTO MORTE.

II – REMESSA NECESSÁRIA E RECURSO DA AUTORA PROVIDOS, EM PARTE. HONORÁRIOS, ADVOCATÍCIOS REDUZIDOS PARA 15% SOBRE O VALOR DA CONDENAÇÃO...

(1ª Turma, AC nº 0209207, Ano: 94, DJ 17/10/95, Rel. Juiz HENRY BARBOSA)

d) – CONSTITUCIONAL e CIVIL. EMBARGOS INFRINGENTES.

Responsabilidade objetiva. Danos material e moral:

Cumulabilidade. Limite de sobrevivência.

I – “As pessoas jurídicas de direito jurídico público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”- § 6º, art. 37, da CF – É a hipótese.

II – “São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral, oriundos do mesmo fato.”- Súmula 37, eg. STJ – É o caso.

III – O limite de sobrevivência, para fim indenizatório, estabelecido, pretorianamente, em 65 anos, é aleatório, e, pois, relativo. Assim, se a *de cujus* tinha 66 anos, ao falecer, dispunha de boa saúde, razoável prever-lhe, para tal fim, sobrevivência de até 70 anos.

IV – Tendo o v. acórdão embargado reconhecido aos filhos direito à reparação, a título moral, pelo óbito da genitora, no valor correspondente a 350 salários mínimos, para cada um, justo, equânime e isonômico que se reconheça, igualmente, o mesmo direito ao viúvo, genitor daqueles, em decorrência do mesmo e lamentável infortúnio.

V- Recurso de Embargos Infringentes conhecido e recebido, nos termos do voto condutor.

(Trib. Pleno. TRF 2ª Reg., Embargos Infringentes em AC nº

90.02.24519-0/RJ, Rel. Des. Fed. ARNALDO LIMA, DJU II, de 13/08/92, in Rev. do TRF-2ª Reg., nº 3, 1993, pág. 159/160)

59- Como destacado pela Venerandas Ementas suso transcritas, a cumulabilidade ou não das duas reparações – dano material e dano moral – , por demais sabido, sempre gerou controvérsia, entretanto a jurisprudência do Colendo SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, firmou-se no sentido de sua acumulabilidade, consoante o verbete da **Súmula 37**, verbo *ad verbum*:

São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral, oriundos do mesmo fato.

60- Por fim, considerando que o pedido dos **AUTORES** se encontra legitimado pelas disposições ínsitas nos artigos 1º, Anexo I, 120 e 10, incisos I e III, § 2º da Lei nº 9.140/95, e considerando tudo o mais que nestes autos se contem, hei por bem de **DEFERIR O PEDIDO EXORDIAL, JULGANDO PROCEDENTE O PRESENTE PROCEDIMENTO, PARA CONDENAR A UNIÃO FEDERAL A PAGAR AOS AUTORES, A TÍTULO DE INDENIZAÇÃO, POR PERDAS E DANOS MATERIAL E MORAL**, da seguinte forma:

I – POR DANO MATERIAL:

a) – no pagamento de valor único igual a R\$3.000,00 (três mil reais) multiplicado pelo número de anos correspondentes à expectativa de sobrevivência do desaparecido **RUBENS BEYRODT PAIVA**, levando-se em consideração a sua idade à época do seu desaparecimento e os critérios e valores traduzidos na tabela constante do Anexo II , da Lei nº 9.140/95, consoante o disposto no art. 11, § 1º, do mesmo diploma legal.

b) - no pagamento do valor do seguro de vida contratado à época com a **ATLÂNTICA CIA. NACIONAL DE SEGUROS** e estipulado pelo desaparecido em favor de sua esposa e primeira Autora – **MARIA LUCRÉCIA EUNICE FACCIOLA PAIVA**, conforme apólice nº 7.769-certificado nº 592.

c) – no pagamento das despesas que comprovadamente, conforme se apurar em liquidação de sentença, os autores realizaram durante todo o período em que diligenciaram no sentido de obter resposta sobre o destino de **RUBENS PAIVA**.

II – POR DANO MORAL:

a) – pensão vitalícia à primeira Autora – **MARIA LUCRÉCIA EUNICE FACCIOLA PAIVA**, tendo por base o valor correspondente que deveria ter sido pago, em razão da morte de seu esposo, pelo Instituto Nacional do Seguro Social, cujo respectivo cálculo deverá ser feito de acordo com a quantia mensal que o seu saudoso marido percebia e descontava para a previdência social, quando em vida, apuran-

do-se o seu *quantum* desde o ano reconhecido como o do desaparecimento de RUBENS BEYRODT PAIVA (confira-se o nº 120, do Anexo I, do art. 1º, da lei nº 9.140/95, tudo conforme for apurado em liquidação do presente *decisium*.

b) -- no pagamento da quantia correspondente a 350 (trezentos e cinquenta) salários mínimos a cada um dos AUTORES, a título de reparação pela dor da perda brutal de seu ente querido e brutal pressão a que foram submetidos.

61 – Condeno, ainda, a UNIÃO FEDERAL a pagar aos AUTORES, as custas judiciais que despenderam e os honorários advocatícios, que de acordo com as disposições ínsitas no art. 20, parágrafos 3º e 4º, da Lei de Ritos considerando a especificidade da matéria e decorrentes dificuldades ultrapassadas pelos Suplicantes e seu Nobre Advogado, na busca da prestação jurisdicional, arbitro em 20% (vinte por cento) sobre o valor total da condenação, tudo devidamente acrescido dos juros e da correção monetária incidentes a partir do ajuizamento da petição inicial, tudo conforme previsão contida na Lei nº 6.899/81 e Dec. nº 86.649/81, que a regulamentou.

62 – Sentença sujeita ao duplo grau de jurisdição.

63 – Uma vez que os recursos a serem interpostos da presente Sentença, inobstante estar sujeita ao duplo grau de jurisdição, somente serão recebidos no efeito devolutivo, por força da norma imperativa ínsita no art. 14, da invocada lei nº 9.140/95, poderão os autores querendo, desde logo, promover sua execução através da pertinente Carta de Sentença que deverá ser expedida na forma delineada pelos artigos 589 e 590, da Lei Instrumental Civil.

64 – Dê-se ciência ao MPF e à UNIÃO FEDERAL (A.G.U.).

65 – Por fim, diante do que se observou nestes autos, não poderia este Juízo encerrar este julgamento sem que dissesse de sua esperança num mundo mais fraterno e solidário, invocando para tanto as palavras do Apóstolo São João, ditada no Livro do Apocalipse, Capítulo 21, versículo 4, *verbo ad verbum*:

Ele enxugará de seus olhos toda lágrima; e não haverá mais morte, nem haverá mais pranto, nem lamento, nem dor, porque já as primeiras coisas são passadas.

P.R.I.

Rio de Janeiro, 22 de junho de 1998.

RALDÊNIO BONIFACIO COSTA
JUIZ FEDERAL TITULAR

DR. EUGÊNIO ROSA DE ARAUJO
JUIZ FEDERAL TITULAR
2ª VARA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA - RJ
PROCESSO Nº 97.0047479-8

SENTENÇA

Relatório cautelar nº 97.0047192-6

Universidade de Nova Iguaçu, qualificada nos autos, ajuizou a presente medida cautelar inominada em face da União Federal, narrando como causa de pedir que instituiu alguns cursos no *campus* de Itaperuna, como extensão daqueles já existentes no *campus* de Nova Iguaçu.

Narra que após comunicar ao MEC sobredito procedimento, foi notificada para suspender a implantação de cursos ou unidade fora de sede, sem a devida autorização do Poder Público.

Informa que já realizou vestibular e que a decisão do MEC é arbitrária.

Juntou documentos.

Deferida a liminar, em parte, para dar efeito suspensivo ao recurso administrativo, a fls. 237.

A União Federal contestou o feito a fls. 244 alegando carência da ação e, no mérito, a ausência de amparo legal da pretensão cautelar deduzida.

Réplica a fls. 262.

Prova documental produzida pela autora a fls. 298.

Foi interposto agravo da decisão de concessão da liminar, a fls. 286.

É o relatório.

Relatório ação ordinária.

nº 97.0047479-8

Universidade de Nova Iguaçu, qualificada nos autos, ajuizou a presente demanda em face da União Federal narrando como causa de pedir o fato de ser reconhecida legalmente como tal e no gozo de sua

autonomia deliberou instituir alguns cursos em Itaperuna, como extensão do campus de Nova Iguaçu.

Ocorre que após ter comunicado a criação ao MEC foi surpreendida com a determinação de paralisação de implantação dos cursos, até ulterior autorização do órgão competente.

Reputa ilegal a conduta do MEC à luz do gizamento constitucional em vigor.

Juntou documentos.

Contestou a União Federal a fls. 248, alegando a improcedência do pedido por falta de amparo legal.

Houve réplica.

A fls. 298, houve requerimento de inspeção judicial ao *campus* de Itaperuna e pericial.

A União Federal não requereu provas.

Parecer do Ministério Público Federal a fls. 302.

É o relatório.

Decido.

Reúno os processos para julgamento conjunto (art. 105 CPC).

Desnecessárias as provas requeridas pela autora, vez que o que se discute não é a qualidade do ensino prestado, mas a possibilidade de sua prestação sem autorização expressa do poder público, aspecto da demanda onde não campeia nenhuma dúvida, daí porque indefiro as provas requeridas, com base no art. 125 II do CPC.

Rejeito a preliminar de falta de interesse de agir da tutela cautelar, vez que a liminar deferida veio simplesmente dar efeito suspensivo a pedido de reconsideração na esfera administrativa, o que, teoricamente é possível, muito embora não desconheça doutrina e jurisprudência no sentido de que, em casos que tais, o Judiciário estaria legislando positivamente, criando efeito que só a lei poderia dar.

Como já mencionando a lide gira em torno de proibição por parte do MEC no sentido de que a autora prossiga com a instalação de cursos fora de sua sede, sem expressa autorização e verificação da qualidade do ensino e adequação das instalações.

Baseia a Universidade toda sua conduta no princípio constitucional da autonomia das Universidades, insculpido no art. 207 da Carta Política, ali vislumbrando a possibilidade de instalar cursos como consectário lógico do princípio enfocado, estando a salvo, nesse aspecto, da interven-

ção do Estado.

Em apertada síntese, pode-se dizer que a autonomia é uma zona de autodeterminação em que determinada entidade exerce suas atividades com liberdade, ao passo que, na soberania, esta liberdade se dá de forma absoluta, sem peias ou limitações de qualquer ordem.

No caso em testilha, colhemos da Constituição da República alguns princípios reitores da atividade econômica do ensino privado e que constituem seu regime jurídico constitucional, fruto de exegese conglobante dos dispositivos que tratam do tema.

Logo no início do Capítulo III, Seção I, sobre a educação, chega o art.205 afirmando que a educação, dever do Estado, visará à qualificação para o trabalho, sendo certo que o ensino privado deverá garantir um padrão de qualidade, dispôs o inciso VII, do art. 206.

Deve-se concluir, portanto, que no Brasil, seja o ensino público ou privado, o ensino deve visar à qualificação do trabalho como consequência de ótimos padrões de qualidade, não há o que discutir.

No que se refere ao ensino privado, a norma específica do art.209 II é de clareza solar quanto à autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público.

Mais uma conclusão nos dá a leitura conjugada dos dispositivos para a garantia de que os cursos obedecerão; razoáveis padrões de qualidade para a consequente qualificação profissional dos educandos, obrigado estará o Estado a submeter os estabelecimentos de ensino à sua fiscalização, *aferindo as condições em que a atividade se realiza ou pretende ser desenvolvida.*

Concluo, pois, que a autonomia universitária necessariamente se insere dentro do poder dever do Estado de averiguar a qualidade do ensino, daí porque não se pode conceber qualquer traço de soberania nesse campo de atividade econômica. (Vide Nina Ranieli "A Autonomia Universitária e a Contratação Temporária de Excepcional Interesse Público" *in* Cadernos de Direito Constitucional, vol.3, p.89,1993,RT).

Certo que a autonomia da Universidade não suporta a ingerência política dos governos, mas não pode prescindir da ingerência do Estado, que existe justamente para garantir as necessidades mínimas do ser humano. (Veja-se, nesse aspecto, o interessante artigo de Antonio Celso Alves Pereira, denominado "A autonomia Universitária na Legislação Brasileira", *in* Estudos em homenagem ao Prof. Caio Tácito, Renovar, 1997, p. 49).

Lúcidas as considerações do Prof. Edivaldo Boaventura sobre o

tema, em artigo denominado "A Constitucionalização da Autonomia Universitária", inserto no nº 4 dos Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, p. 13, 1993, segundo o qual :

"Uma dimensão da autonomia universitária que não pode ser esquecida é que ela não tem o caráter de uma liberdade total. A liberdade acadêmica não é uma faculdade incondicionada sem norma e sem limite. Ora, sendo a universidade uma instituição que pertence à sociedade e está vinculada aos organismos que a mantêm , está sujeita a certas limitações em sua liberdade de ação e de funcionamento em razão mesmo dos objetivos que executa. Dessa forma, embora admitindo-se a autonomia, como condição da garantia da liberdade acadêmica, não se pode deixar de aceitar, por um lado, uma certa presença do Estado por intermédio dos seus órgãos de controle, como no caso do Brasil, os Tribunais de Contas".

Pinto Ferreira, com a sua autoridade de um dos maiores constitucionalistas do país, assevera que: "assim, o ensino é livre para a iniciativa privada, porém com a observância das seguintes regras:

a) Cumprimento tanto das normas gerais de educação nacional, constantes de legislação própria, como do currículo das escolas públicas, carga horária, frequência, duração do ano letivo etc.;

b) autorização e avaliação da qualidade de ensino por parte do Poder Público. O ato de autorização deve ser antecedido de uma vitória das instalações físicas e da qualificação do corpo docente, e após ele vem o ato de reconhecimento concretizado na verificação do andamento regular e eficiente da escola."(in Comentários à Constituição Brasileira, vol. 7, Saraiva, p. 131, 1995).

Não só a claríssima letra da Carta Política e a doutrina mais autorizada, mas também a Jurisprudência consolidada no Superior Tribunal de Justiça esposam a visão já apontada do problema, *verbis*:

"Processual Civil - Conflito Positivo de Competência - Ensino Superior - Universidade Estadual - Criação e Implantação dos Cursos de Medicina e de Odontologia - artigos 207, 209 e 211, Constituição Federal - Decreto Federal 1203/94 (art. 1.º e 7.º) - Súmula 15/TRF.

1. O princípio da autonomia universitária não despreza a vigilância do poder Estatal da União Federal de tornar efetivas as normas gerais de educação nacional, e da saúde pública, objetivando a prevalência da ordenação de caráter federativo, evitando a instalação de cursos órfãos de garantias do padrão de qualidade e efici-

ência. Evidencia-se a plena convivência entre a autonomia universitária e os poderes de determinação e controle do Estado, em harmoniosa interação.

2. Quando o ato corresponder a típica atividade administrativa, "interna corporis", originariamente insculpida nos estatutos e regimento do estabelecimento de ensino superior do Poder Público Estadual ou de organização não governamental, a competência para processar e julgar ações pode ser reconhecida em favor da Justiça Estadual.

Porém, a parla de ato, pela sua natureza e finalidade, criando e implantando cursos na área de saúde, aprisionado às normas gerais da educação e saúde nacionais, está sujeito as diretrizes e exigências de específica legislação de regência. No caso, dependente de prévia avaliação e do consentimento do Conselho Nacional de Saúde, sucendo-se a necessária autorização do Presidente da República, atraindo o interesse jurídico da União e de Autarquias Federais (art. 109, I, C.F.)

4. Conflito conhecido e declarada a competência do Juiz Federal suscitante.

(CC n.º 0013758/95 UF: PR Turma S1, Relator Ministro Milton Luiz Pereira)

"Universidade Braz Cubas. Curso de Odontologia. Fechamento por inobservância da legislação de regência. Portaria n.º 196, de 3-2-94, do Ministro da Educação e do Desporto.

I - O ato ministerial atacado, apoiado no art. n.º 209, II, da Constituição Federal, no art. 2.º do Decreto n.º 359, de 9-12-91, no art. 2.º do Decreto n.º 98.377, de 8-11-89, e no art. 3.º do Decreto n.º 77.797, de 9-6-76, está ao amparo da legislação de regência e os decretos que lhe servem de fundamento não infringem o princípio da legalidade, não violam o princípio da autonomia universitária, nem exorbitam o poder regulamentar.

II - A autonomia universitária, prevista no art. 207 da Constituição Federal, não pode ser interpretada como independência e, muito menos, como soberania. A sua constitucionalização não teve o condão de alterar o seu conceito ou ampliar o seu alcance, nem de afastar as universidades do poder normativo e de controle dos órgãos federais competentes.

III - Ademais, o ensino universitário, administrado pela iniciativa privada, há de atender aos requisitos, previstos no art. 209 da Cons-

tituição Federal: cumprimento das normas de educação nacional e autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público.

IV - Mandado de segurança denegado. "(grifos nossos)

(MS n.º 3318-2 DF, DJ de 15/8/94, Rel. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro).

Do aresto ora citado extraem-se importantes passagens:

"(...) A noção de autonomia universitária, contudo, não se confunde com a de independência, posto que supõe o exercício limitado de competência e de poderes, consoantes prescrições e regras estabelecidas pelo ordenamento jurídico.

A gestão de bens e interesse próprio e o poder de auto-administração e desempenho de funções específicas não afetam a possibilidade jurídica de controle administrativo do Poder Público sobre as universidades, nem subtraem, a este, a competência para autorizar-lhes o funcionamento, reconhecê-las e fiscalizar-lhes as atividades. É dever do Estado, diz a Constituição.

O regime de tutela que disciplina as relações entre o Estado e as universidades não impede que estas sejam submetidas à fiscalização de ordem institucional, ou de ordem político-administrativa ou ainda, de ordem econômico-financeira.

A esse poder de vigilância não é oponível o princípio da autonomia universitária, posto que o exercício da prerrogativa estatal visa, tão-somente, à realização, por meios regulamentares e conformes ao ordenamento jurídico, dos fins institucionais para que a universidade foi concebida, idealizada e criada.

O sentido da cláusula constitucional referente à autonomia universitária - inextensível aos estabelecimentos isolados de ensino superior - não despoja o Estado de seu poder de tomar efetivos, mediante ato do Poder Executivo da União, após parecer favorável do Conselho de Educação competente, a autorização para funcionamento e o reconhecimento da universidade.

(...)

Em suma: o exame deste tema evidencia a possibilidade de plena convivência entre o instituto da autonomia universitária, de um lado, e os poderes de ordenação e de controle do Estado, de outro. Não se negam, não se repelem e nem constituem *deux choses qui hurlent de se trouver ensemble*.

Configuram, pelo contrário, situações só aparentemente antagônicas, posto que, na realidade, complementam-se, no interior do nosso sistema de direito positivo, em harmoniosa interação" (grifos do autor)

29. É compreensível a situação constrangedora pela qual a Universidade atravessou com a suspensão do curso às vésperas do início das aulas, mas isso foi apenas reflexo de sua desídia, de sua infringência às normas legais pertinentes."

Dessa forma, correta a postura do MEC em exigir a paralisação da implantação dos cursos em Itaperuna, levando-se em conta, ainda, o art. 83, da Lei 9394 de 20/12/96, segundo o qual as universidades somente poderão criar, no âmbito de sua autonomia, cursos EM SUA SEDE, e jamais em locais outros, sem a competente autorização do Poder Público.

A conduta da autora afronta, a bandeiras desfraldadas, a Constituição da República, a doutrina, a Jurisprudência consolidada no Superior Tribunal de Justiça e o bom senso, vez que transforma o precioso bem da educação em bem de mercearia de categoria inferior, causando prejuízos e angústias sérias para os alunos já matriculados e ingenuamente crentes da qualidade do ensino que estão pagando.

Deve ser lembrado que a cessação das atividades da Universidade em Itaperuna pode até ser prejudicial a interesses individuais para cada aluno *de per se*, mas atende ao interesse público em impedir a formação de profissionais desqualificados e a utilização do ensino como mera atividade mercantil.

Lembro-me, nesse ponto, de sublime passagem do livro de Werner Jaeger sobre a formação do homem grego - PAIDÉIA, da Editora Martins Fontes, p. 4, *verbis*:

"A natureza do homem, na sua dupla estrutura corpórea e espiritual, cria condições especiais para a manutenção e transmissão da sua forma particular e exige organizações físicas e espirituais, ao conjunto dos quais damos o nome de educação. Na educação, como o homem a pratica, atua a mesma força vital, criadora e plástica, que espontaneamente impele todas as espécies vivas à conservação e propagação do seu tipo. É nela, porém, que essa força atinge o mais alto grau de intensidade, através do esforço consciente do conhecimento e da vontade, dirigida para a consecução de um fim."

Não podemos considerar a formação e educação de nossos jovens um assunto a ser tratado sem o controle do Estado e ao exclusivo

alvedrio do empresário do ensino que deve ter seu direito à exploração econômica assegurado, mas sem incorrer em abusos no seu regular uso do poder econômico.

Considero a autora litigante de má-fé, vez que deduziu pretensão contra expresso texto constitucional, qual seja os incisos I e II do art. 209 da CF/88 e art. 53 I da Lei 9394/96 (art.17, I, do CPC) bem assim valeu-se do processo cautelar para gerar situação de fato de molde a criar argumento lacrimogêneo e atingir objetivo ilegal, qual seja a instalação de *Campus Universitário sem a autorização e vistoria do órgão competente*, tanto assim que requereu inspeção judicial e prova pericial para a aferição da qualidade do ensino, querendo colocar o Judiciário nas vestes da administração e revelando sua inequívoca intenção de utilizar o processo para o fim ilegal já enfocado.

Deve ser condenada, pois, nas penas previstas no art. 18 § 2.º do CPC.

Isto posto, julgo IMPROCEDENTE o pedido inicial da ação ordinária e por conseguinte o pedido cautelar, cassando a liminar deferida por ausência da *fumus boni iuris*, condenando a autora em 20% de cada valor da causa a título de indenização por litigância de má-fé, condenando, ainda, nas custas e honorários de advogado na razão de 20% sobre o valor da causa.

P.R.I.

Campos dos Goytacazes/RJ, 10 de fevereiro de 1998.

EUGÊNIO ROSA DE ARAUJO
JUIZ FEDERAL TITULAR DA 2.ª VARA FEDERAL DE CAMPOS

DR. GUILHERME BOLLORINI PEREIRA
JUIZ FEDERAL SUBSTITUTO
2ª VARA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA - RJ
PROCESSO Nº 96.0073465-8

SENTENÇA

Vistos, etc.

O impetrante, qualificado às fls. 02, ajuíza o presente *mandamus* em face do DELEGADO DE ADMINISTRAÇÃO DO MINISTÉRIO DA FAZENDA NO RIO DE JANEIRO objetivando impedir que seja efetuado o desconto referente à contribuição previdenciária incidente sobre seus proventos de servidor inativo. Pediu, outrossim, a concessão de liminar para que a autoridade impetrada se abstinhasse de fazer incidir sobre os proventos que recebe a referida contribuição.

Como causa de pedir, afirma que a Medida Provisória 1415, de 29/04/96, que instituiu a contribuição mensal incidente sobre os proventos dos servidores inativos, está eivada de inconstitucionalidade. Em primeiro lugar, porque a referida contribuição é devida apenas pelos servidores em atividade; por outro lado, afirma que o instrumento adequado para a criação daquela contribuição é a lei complementar, conforme dispõe o art. 195 4º da constituição da República. Alega, outrossim, que, mesmo que se admitisse a criação daquela contribuição por medida provisória, esta deveria abranger os servidores militares, o que não ocorreu, ferindo, destarte, o princípio da isonomia.

Com a inicial de fls. 02/07 vieram os documentos de fls. 08 e 15/16.

Custas pagas às fls. 09.

Decisão de fls. 18, denegando a liminar.

A autoridade impetrada presta as informações às fls. 22/23, arguindo ilegitimidade passiva *ad causam*, afirmando que os descontos incidentes na folha de pagamento dos servidores inativos é efetuado pelo Sistema Integrado de Administração de Recursos Humanos - SIAPE, com sede em Brasília. Junta os documentos de fls. 24/29.

Parecer do Ministério Público Federal às fls. 32/36, opinando pela

intimação do impetrante para promover a notificação do Secretário de Recursos Humanos do Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado - MARE, eis que a autoridade impetrada não tem qualquer ingerência sobre a "efetivação ou não de tal desconto, incabível a inclusão no pólo passivo da ação do Delegado de Administração do Ministério da Fazenda no Rio de Janeiro."

No mérito, entende deva ser concedida a segurança por ser inconstitucional a instituição da fonte de custeio prevista na Medida Provisória 1415/96, haja vista que o art. 40, 6º alude apenas aos servidores em atividade, ou seja, àqueles investidos em cargo público. Também se refere a manifestação ministerial à quebra do princípio da isonomia, já que o regime previdenciário que se aplica aos servidores civis e militares é o mesmo daí porque não poderia haver tratamento diferenciado dessas categorias.

Vêm os conclusos para sentença.

É O RELATÓRIO. Passo a decidir.

A alegação de ilegitimidade dever ser rejeitada. Com efeito, admitindo-se que todo servidor federal, para impetrar mandado de segurança, necessitasse fazê-lo em Brasília, sob a justificativa de que lá estaria centralizado o controle dos descontos efetuados em sua remuneração ou proventos, negar-se-ia à garantia do *mandamus* instituída pela Constituição da República.

A ação de mandado de segurança é meio constitucional posto à disposição do cidadão para a proteção de direito líquido e certo lesado ou ameaçado de lesão por auto de autoridade. A pretexto de incompetência da autoridade federal investida em cargo de direção da administração regional de pessoal, por haver sido centralizado procedimento de desconto em folha na capital da República, alega-se a ilegitimidade, que, se acolhida em casos como este, obrigaria o cidadão a procurar meios de contratar advogado para atuar em Brasília a fim de propor e acompanhar a ação.

Essa limitação só é possível nos casos de atos diretamente emanados da autoridade superior. Aqui, trata-se de *mandamus* impetrado contra medida provisória de efeitos concretos, que trouxe em si mesma o "resultado específico pretendido" e que alcançou todos os servidores federais domiciliados nos Estados da Federação. Sendo assim, os órgãos regionais da administração federal respondem perante os servidores subordinados àquelas repartições, especialmente no que se refere às questões que envolvem desconto em folha de pagamento, isso para efeito de impetração de mandado de segurança, a fim de dar efetividade à garantia constitucional prevista no art. 5º, LXIX.

O documento juntado pela autoridade impetrada às fls. 24 confirma sua legitimidade. O ato inicial, que dá início ao procedimento de criação de rubricas específicas para cumprimento de decisões judiciais é dela: "*As solicitações para criação de rubricas destinadas ao cumprimento de decisões judiciais deverão ser enviadas através de ofício, acompanhadas dos documentos relativos à ação judicial.*"

Quanto ao mérito, cumpre estabelecer, *primo*, a natureza jurídica da contribuição instituída pelo § 6º do art. 40 da Constituição da República, *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."

Trata-se de uma contribuição social, destinada ao estabelecimento de fonte de custeio da previdência dos servidores públicos federais. E como tal, tem, indubitavelmente, natureza tributária. Sendo assim, a matriz a partir da qual se fixa critérios gerais de instituição encontra-se no art. 149 da Constituição da República.

No entanto, no próprio corpo da Constituição determinadas contribuições são criadas segundo critérios específicos, às vezes derogando mandamento da norma matriz, como é o caso do disposto no art. 195, § 6º do art. 40, já mencionado, autorizando a instituição da referida contribuição por meio de lei ordinária. No mais, aplicam-se os princípios gerais, especialmente as garantias do contribuinte decorrentes das limitações ao poder de tributar, com suas especificações, p.ex., aquele referente à anterioridade mitigada (art. 195, § 6º).

Quanto à possibilidade dessa contribuição ser instituída por medida provisória, iterativa jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a quem compete interpretar definitivamente a Constituição, admitiu ser possível, obviamente com as ressalvas das limitações constitucionais ao poder de tributar (ADIMC 1667/DF, julgada em 25/09/97, DJ 21/11/97, pag. 60586)

Também no que se refere às sucessivas reedições de medida provisória, o entendimento do Excelso Pretório é que o princípio da anterioridade mitigada não foi ofendido, desde que a cobrança da contribuição se faça noventa dias após a edição da primeira MP. É esse o entendimento do Supremo Tribunal Federal, supremo intérprete da Constituição da República (ADI 295, ADI 1533 etc.)

A alegação de que a instituição da contribuição social para o custeio do sistema de previdência dos servidores públicos federais discrimi-

nou os servidores inativos civis em relação aos servidores militares ficou prejudicada com a promulgação da Emenda Constitucional nº 18, de 05/02/98, que estabeleceu regime constitucional diferenciado para os militares.

Remanesce examinar se a expressão "*contribuição dos servidores*" mencionada no § 6º do art. 40 da Constituição abarca os servidores aposentados. Quanto a essa matéria, loba-se a decisão do eminente Juiz Federal ALBERTO NOGUEIRA JUNIOR, do MS 96.0017688-4, *verbis*:

"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 excluído, formal e expressamente, qualquer espécie de servidor, seja ativo seja inativo, desta obrigatoriedade.

Pelo que, de imediato, pode-se concluir que inexistente 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"

Outro fator que influi na aceitação da legitimidade da exação é que a seguridade social, de uma maneira geral, encontra-se submetida ao princípio do Solidarismo, declarado no art. 195, *caput*, da Constituição da República. Sendo assim, o servidor aposentado, juntamente com aqueles em atividade, contribuem para o custeio da seguridade, de cujos efeitos já desfruta. Não há óbice constitucional ou legal à cobrança da referida contribuição.

ISTO POSTO, julgo improcedente o pedido para **DENEGAR A SEGURANÇA**, condenando o impetrante nas custas, sem honorários de advogado (Súmula 512, do STF, e 105, do STJ).

P.R.I. Comunique-se e dê-se vista ao M.P.F., na forma prevista no Provimento nº 46/94, da Vice-Presidência e Corregedoria do TRF - 2ª Região.

Rio de Janeiro, 20 de fevereiro de 1998.

GUILHERME BOLLORINI PEREIRA
JUIZ FEDERAL SUBSTITUTO

DRA. GERALDINE PINTO VITAL DE CASTRO
JUÍZA FEDERAL SUBSTITUTA
2.ª VARA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA - RJ
PROCESSO N.º 96.0001711-5

SENTENÇA

Vistos, etc.

SURVIMAR EQUIPAMENTOS DE SALVATAGEM LTDA, qualificada na inicial de fls. 02/09, impetrou o presente Mandado de Segurança, com pedido de liminar, contra ato do **DIRETOR DA DIRETORIA DE PORTOS E COSTAS DO MINISTÉRIO DA MARINHA**, para que lhe fosse garantido o direito de participar da Concorrência **PETROBRAS** n.º 160.0.091.95-9.

Alega que possui a qualificação técnica exigida, mas que, por excesso de poder regulamentar do Impetrado, a autorização que lhe foi dada restringiu sua atuação a apenas algumas marcas enumeradas, na qual não se incluem as balsas infláveis Viking, objeto daquela licitação.

A impetração veio instruída com os docs. de fls. 10/154.

Custas pagas às fls. 155.

A liminar foi deferida às fls. 163.

A Autoridade indigitada coatora prestou as informações de fls. 165/169, defendendo a legalidade do seu ato, juntando, ainda, os docs. de fls. 170/192.

Às fls. 245/247 a Impetrante reiterou os termos da inicial.

O Ministério Público Federal, às fls. 251/253, alegou ser indispensável a realização de perícia técnica, opinando pela improcedência da ordem.

Foi pedido pela Impetrante, às fls. 255, o cumprimento da ordem pela **PETROBRAS**.

Às fls. 260 foi acostado telegrama da Comissão de Licitação pugnando pela apresentação da Certidão da D.P.C. ou do trânsito em julgado da presente ação.

Às fls. 269/275, a **PETROBRAS** desmentiu a alegação de que

não estava cumprindo a ordem judicial.

O Órgão Ministerial, às fls. 279/283, ressaltou a ausência de pedido e posicionou-se pela denegação da segurança.

É o relatório.

Passo a decidir.

Analisando primeiramente a arguição pelo *Parquet* Federal de inépcia da inicial, não vislumbro presente o comprometimento ao conhecimento do mérito dado o fato de estarem, a princípio, identificados o pedido e a causa de pedir, notadamente diante do pleito de tornar efetiva a liminar pleiteada no sentido de garantir à Impetrante "o exercício do direito líquido e certo de, em igualdade, participar da **CONCORRÊNCIA PETROBRAS Nº 160.0.091.95-9.**"

Ademais, quanto à alegação por aquele Órgão Ministerial de que seria necessária a realização de perícia técnica, imprópria em sede de mandado de segurança, tenho que, por apresentar o conceito de direito líquido e certo natureza processual, não será a complexidade da questão de direito que poderá ensejar óbice à matéria veiculada na ação mandamental, quando a regra jurídica incide sobre fatos que venham a ser provados de forma incontestável.

O que se pretende, pela via mandamental, é a tutela do alegado direito líquido e certo para que seja suprimida a autorização a cargo da Autoridade Indigitada Coatora, com o fim de viabilizar a participação da Impetrante na aludida licitação.

Constato, pela cópia do Edital n.º 160.0.091.95-9 de fls. 42/58, que a Petróleo Brasileiro S.A. - **PETROBRAS** tornou pública a realização de concorrência tipo menor preço para a contratação dos serviços de revisão, manutenção, reparo e recondicionamento de balsas infláveis Viking, indicando as condições e documentação a que deveriam se submeter os interessados, dentre elas a qualificação técnica comprovada pela Certidão expedida pela Diretoria de Portos e Costas (DPC) do Ministério da Marinha, ressaltando a homologação da estação de inspeção de balsas infláveis Viking.

Verifico, pelos docs. de fls. 111/112, que chegaram a ser expedidos à Impetrante, pela Diretoria de Portos e Costas do Ministério da Marinha, Certificados de Autorização para que funcionasse como oficina de reparos navais na manutenção e reparo de equipamentos de salvatagem infláveis e dispositivos hidrostáticos de escape, desde que fossem em equipamentos fabricados por **ANGEVINIERE, DUNLOP-BEAUFORT, DUARRY, AVON, ZODIAC, SWITLIK, RFD e SWITLIK.**

Como o edital havia especificado a contratação de serviços vin-

culados a balsas infláveis Viking, ressaltou o Impetrado que não havia sido concedido o credenciamento por esse Fabricante à Impetrante, tampouco havia sido ela contemplada com tal indicativo nos Certificados de Autorização n.ºs 42 e 43/95.

Necessário, antes de tudo, evidenciar-se o objetivo da relação processual em tela.

Senão vejamos.

Entendido como "o pedido de decisão judicial contido no pedido inicial", segundo **KARL H. SCHWAB**, in *El objeto litigioso en el proceso civil*, traduzido por Tomás A Banzhal, 1968, pág. 263, verifica-se que a Impetrante visa à supressão da autorização do Diretor de Portos e Costas do Ministério da Marinha quanto à homologação da estação de inspeção das balsas infláveis Viking.

Na mesma esteira do entendimento exposto quando da concessão da liminar, tenho para mim que restou comprovada a habilitação, reconhecida pelo Impetrado, diante dos Certificados de Autorização anteriormente expedidos, de que a Impetrante poderia atuar na manutenção de serviços em equipamentos de salvação infláveis.

Vê-se, pois, que a construção das embarcações de sobrevivência devem observância às prescrições da Convenção Internacional para a Salva-guarda da Vida Humana no Mar - **SOLAS**, da qual o Brasil é signatário, consoante se vê da aprovação pelo Decreto Legislativo n.º 11/80 e publicação pelo Decreto n.º 87.186/82, bem como às normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas, que fixam as condições mínimas para a construção e aceitação de balsa salva-vidas de uso naval.

Nesse sentido, constata-se que as balsas infláveis obedecem às mesmas especificações, inexistindo, assim, plausibilidade em se restringir a atuação da Impetrante a determinados fabricantes quando não há indicação de elemento fático diferencial nas balsas infláveis Viking que justifique o não reconhecimento de credenciamento da Impetrante para a sua manutenção.

Não vem, assim, a propósito a invocação do Código de Defesa do Consumidor pela Autoridade Impetrada, eis que recorre a dispositivos que tratam da responsabilidade dos fornecedores por vício do produto e do serviço, além das práticas abusivas dela decorrentes, em uma clara tentativa de presumir, de antemão, a inabilitação da Impetrante no fornecimento do serviço objeto da concorrência em tela.

É certo que o regulamento para o Tráfego Marítimo, aprovado pelo Decreto n.º 87.684/82 estabelece o poder de polícia naval ao Ministério da Marinha, com o fim de efetivar a fiscalização e segurança da nave-

gação aquaviária. No entanto, a promoção de tais atos administrativos há de encontrar motivação com critérios, guardando amparo nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Pelo teor da Instrução **PORTOMATEC N.º 20t8701**, evidencia-se que foram estabelecidos os requisitos de autorização e funcionamento pela Diretoria de Portos e Costas às estações de manutenção de equipamentos de salvatagem infláveis, ressaltando-se, dentre a documentação que venha a instruir o processo de autorização, a cópia dos documentos de credenciamento da estação junto aos fabricantes de equipamentos infláveis, conforme o item 3.1.g.

Entretanto, há ressalva no item 6.4.l da Instrução **PORTOMATEC N.º 20t8701**, modificada pela Circular n.º 029/89, no sentido de que as estações que possuíssem manuais, poderiam vir a efetuar revisão em equipamentos infláveis quando não houvesse credenciamento por determinado fabricante.

Donde se conclui não ser imprescindível o credenciamento direto do fabricante para que se possa viabilizar a prestação de serviços em equipamentos de salvatagem que venham a ter as mesmas especificações técnicas.

A propósito, registro entendimento jurisprudencial a respeito da tônica de se estabelecer critérios discriminatórios, como os que foram postos em tela, *in verbis*:

"ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. CLÁUSULAS DISCRIMINATÓRIAS NO EDITAL. IMPOSSIBILIDADE.

1. O PRINCÍPIO DA IGUALDADE VEDA QUE O EDITAL DE LICITAÇÃO CONTENHA CLÁUSULA DISCRIMINATÓRIA, IMPOSSIBILITANDO A PARTICIPAÇÃO DE CONCORRENTE COM IGUAIS CONDIÇÕES, SÓ PORQUE NÃO É ESTABELECIDO NA CIDADE ONDE OS SERVIÇOS SERÃO PRESTADOS.

2. O FAVORECIMENTO A QUALQUER CONCORRENTE ATENTA AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE ENTRE OS LICITANTES. A OCORRÊNCIA DESSE DESVIO É A FORMA MAIS INSIDIOSA DE DESVIO DE PODER COM QUE A ADMINISTRAÇÃO QUEBRA A ISONOMIA ENTRE OS LICITANTES.

3. A CONDOTA DO ADMINISTRADOR HÁ DE, EM QUALQUER NÍVEL, RENDER HOMENAGEM AO PRINCÍPIO DA MORALIDADE QUE SE CONSUBSTANCIA, EM SENDO CONCEITO MAIOR, NO RESPEITO À LEI.

4. É INQUESTIONÁVEL O CONTROLE DO JUDICIÁRIO NA PRÁTICA DE ATOS ADMINISTRATIVOS QUE SE APRESENTAM COM

VÍCIOS DESSA NATUREZA, NÃO TENDO OUTRA OPÇÃO SENÃO A DE ANULÁ-LOS.

5. SENTENÇA MANTIDA”.

(TRF da 5.ª Região, AMS n.º 00501130/89, UF:CE, TURMA:02, Relator JUIZ JOSÉ DELGADO, Publicação: DO de 28-03-90.)

Torna-se, pois, inadmissível exigência que venha a inviabilizar o acesso ao certame, quando o princípio da isonomia resta comprometido, principalmente quando demonstrado pela Impetrante sua capacitação técnica ao grau de complexidade do serviço e volume da operação designados no edital já referido.

Resta evidenciado nos autos incidente na adjudicação do serviço da concorrência levada a efeito pela Petróleo Brasileiro S. A - **PETROBRAS**, consoante se vê de fls. 272/275, cuja análise, no entanto, refoge da delimitação do pedido do presente *mandamus*.

É que, de acordo com o teor dos art. 128 e 460 do Código de Processo Civil, aplicável subsidiariamente à espécie, fica vedado expressamente ao Juiz proferir sentença de natureza diversa da pedida, além de dever ficar adstrito aos limites daquilo que foi proposto. Até porque, *in casu*, a Autoridade Impetrada não é a **PETROBRAS**.

Posto isto, demonstradas a liquidez e certeza do direito alegado pela Impetrante, bem como a ilegalidade no ato do Impetrado em desconsiderá-lo, confirmo a liminar anteriormente deferida, e **CONCEDO A ORDEM DE SEGURANÇA** com base no art. 1.º da Lei n.º 1.533/51, para determinar à i. Autoridade Coatora que autorize a empresa **SURVIMAR EQUIPAMENTOS DE SALVATAGEM LTDA** à execução de serviços nos equipamentos de salvação infláveis do fabricante Viking, garantindo-se-lhe participar na Concorrência **PETROBRAS** n.º 160.0.091.95-9, razão pela qual extingo o processo com julgamento do mérito, nos termos do disposto no art. 269, I, do Código de Processo Civil, subsidiariamente aplicado.

Sem condenação na verba honorária, nos termos das Súmulas 512 do Supremo Tribunal Federal e 105 do Superior Tribunal de Justiça.

Custas *ex lege*.

Sentença sujeita ao reexame necessário, à vista do disposto no parágrafo único do art. 12 da Lei n.º 1.533/51.

P.R.l. e Oficie-se.

Rio de Janeiro, 16 de março de 1998.

GERALDINE PINTO VITAL DE CASTRO
JUÍZA FEDERAL SUBSTITUTA

DR. ANTÔNIO HENRIQUE CORRÊA DA SILVA
JUIZ FEDERAL SUBSTITUTO
3ª VARA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA - RJ
PROCESSO Nº 96.0075891-3

SENTENÇA

l) Relatório:

Vistos etc...

1- Sentença que prolato nos autos de Ação de Despejo ajuizada por **INDÚSTRIA DE MATERIAL BÉLICO, DO BRASIL - IMBEL** em face de **LUIZ CARLOS CORRÊA**.

2- A parte autora diz ter firmado com o réu de locação do imóvel situado na Rua Major Gutiérrez, nº 1, Vila Inhomirim, Magé, RJ, de sua propriedade, avença esta subordinada à relação de trabalho, devendo ser rescindida uma vez extinta esta. Tal fato, alega, ocorreu em 12.03.96, sem que tivesse havido desocupação.

3- Foram efetivados pedidos liminar e final de despejo, também com fundamento na existência de prestações locatícias em atraso, para rescisão do vínculo locatício.

4- Instruí-se a inicial com os documentos de fls.5/17, com custas pagas (fls.18) e citação efetivada (fls.26, verso).

5- A contestação de fls. 32/34 traz a lume os seguintes argumentos:

a) a nulidade do contrato de locação, que não é permitido a empresas públicas, tal como a permissão e cessão de uso, que configuram a espécie tratada;

b) o contrato de locação não é vinculado, em seus termos, ao contrato de trabalho, como se nota de leitura de suas cláusulas;

c) não existe débito locatício, pois " o aluguel do imóvel residencial estava condicionado ao uso e não a locação, muito embora a documentação apresentada diga o contrário".

6- Réplica em fls.42/45, trazendo as seguintes alegações.

a) a nulidade do contrato deveria ter sido buscada através de ação declaratória incidental, o que incoorreu;

b) o rito de despejo afigura-se correto, pois a locação de imóveis de empresas públicas rege-se pela Lei 8245/91;

c) por sua personalidade de direito privado, a empresa pública não pode adotar contratos e atos típicos das pessoas jurídicas de direito público, como a concessão e permissão de uso;

7- É o relatório. Passo a DECIDIR.

8- As partes são legítimas, interessadas e bem representadas. As custas foram devidamente recolhidas e não há nulidades processuais a sanar.

9- São os seguintes os pontos controvertidos a serem apreciados no presente feito:

a) se existe nulidade no contrato de locação e sua apreciação no presente feito é oportuna;

b) se o pedido de despejo é juridicamente possível;

c) se há base jurídica para o pedido de despejo com base em perda do vínculo empregatício;

d) se existe débito locatício apto a deflagrar a medida de despejo.

10- Havendo prova suficiente relativamente aos fatos e sendo a matéria remanescente de ordem estritamente jurídica, passo ao JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE.

11- A questão aventada em 9-a e 9-b *supra* é, na verdade, questionamento acerca da possibilidade jurídica do pedido.

12- Nesse sentido, equivoca-se por princípio a parte ré, ao alegar que a parte autora não poderia utilizar a ação de despejo, por não ser apta a contratar locação nos moldes privados.

13- É a própria Carta Magna quem aproxima as empresas públicas, como a requerente, do regime jurídico de direito privado, em seu art.173, parágrafo 1º.; ressalvadas as normas atinentes ao controle da atividade administrativa e à salvaguarda do interesse público.

14- A lei 8245/91 segue a orientação constitucional, ao dizer a *contrário sensu* da redação do art 1º., que regula as locações contratadas por empresas públicas e sociedades de economia mista. Da mesma forma dispunha a Lei 6649/79, que rege a espécie tratada.

15- Este último diploma estabelece, em claras palavras, hoje reproduzidas pela Lei 8245/91:

“Art.8º O empregador pode ...VETADO... dar por findo ao

contrato de locação com o empregado, quando houver rescisão do contrato de trabalho e o prédio se destinar à moradia do empregado.”

16- É exatamente dessa hipótese que se cuida na hipótese em questão: houve um contrato de locação residencial expressamente vinculado ao contrato de trabalho (fls.9 e 13); o aluguel por esse contrato era cobrado através de desconto em folha de pagamento (fls.12), o que joga por terra de trabalho foi desfeito, dando ensejo à denúncia extrajudicial do contrato a alegação do réu segundo a qual jamais pagou aluguel; e o contrato de locação (fls.15 e 16). Em suma, incensurável foi proceder jurídico da parte autora, seja na contratação, seja no desfazimento das avenças.

17- O raciocínio jurídico a ser aplicado à espécie é o relativo ao relacionamento entre contratos principais e acessórios, que, nesse ponto, encontram explicitação específica na doutrina:

“(…) Em suma, finda a relação empregatícia, considera-se, automaticamente, finda a relação locatícia de que dependia.

“A causa da relação locatícia era a relação trabalhista. Cessada esta, cessa aquela.

A lei considera locação acessório de um contrato principal, que seria o contrato de trabalho. Se o acessório, por definição, supõe o principal, aquele não deve existir sem este.”

(BARROS, Francisco Carlos Rocha de - COMENTÁRIOS À LEI DO INQUILINATO, Saraiva, 1995)

18- E a jurisprudência de nossos tribunais em nada restringe a aplicação literal da lei no ponto tratado:

“LOCAÇÃO VÍNCULO COM O CONTRATO DE TRABALHO. PRAZO DETERMINADO.

A locação a que alude o art.52, VI da Lei 6649/79, está nitidamente vinculada ao contrato de trabalho firmado pelo locatário e deve ter o mesmo prazo, findando-se automaticamente quando extinta a relação de emprego. Se extinto o vínculo entre empregador e empregado, persiste este em continuar na ocupação do prédio, poderá o primeiro despejar o inquilino do imóvel, com a prova da dissolução da relação laboral.”

(TAMG, 3ª. Câmara, Ap.2493, rel. Juiz HUGO BERGTSONN, *in* RT613/197)

19- Em conclusão, tem-se que o contrato de locação é válido, a medida judicial de despejo é adequada e estão presentes todos os pres-

supostos e provados todos os fatos essenciais a seu decreto.

20- Não pode ser invocada em favor da parte autora sequer a tese excludente do caráter especial da locação, que considera que o empregador, ao deixar escoar prazo razoável após o término do contrato de trabalho sem o exercício de sua faculdade de promover o desfazimento do vínculo de locação, terá recontratado tacitamente a locação em termos ordinários.

21- A diligência da parte autora em desfazer o pacto locatício impede seja adotado tal entendimento no presente caso: afinal, após o término do contrato de trabalho (12.03.96 - fls.15), houve imediata notificação para desocupação do imóvel (22.04.96-fls.16) e o ajuizamento da Ação de Despejo (04.112.96).

22- Por fim, deve ser acolhido também o fundamento para o despejo por falta de pagamento já que a parte ré confessa jamais ter adimplido voluntariamente com a obrigação de pagar alugueres, em vista de considerar tratar-se de outro instituto jurídico. Certamente não teve oportunidade de observar seus contracheques mensais.

23- Sem dúvida, maiores alegações quanto ao direito à moradia e o problema social deflagrado pelo desemprego e a própria falta de moradia, apesar de sua importância fundamental, não podem ser aqui agasalhadas, diante da correção da conduta da parte autora e do fato de ser absolutamente contrário à ordem jurídica o locupletamento do réu sobre a posse precária de que dispunha, sem qualquer contraprestação.

III) *Dispositivo:*

Por tudo o que se expõe, julgo **PROCEDENTE** o pedido, e decreto o **DESPEJO** de LUIZ CARLOS CORRÊA e mais ocupantes do imóvel situado na Rua Major Gutierrez, nº 1, Vila Inhomirim, Magé, RJ, sob fundamentos de extinção de sua causa e falta de pagamento de aluguéis, considerando, por tais razões. Extinto o contrato de locação havido entre as partes.

Concedo o prazo legal de 15 dias para desocupação voluntária do imóvel, sob pena de retirada forçada, independentemente de caução para execução provisória, tendo em vista a falta de pagamento.

Condeno a parte ré ao pagamento das custas adiantadas e de honorários de advogado, que fixo em 20% do valor da causa, com a devida atualização.

Notifique-se o réu para desocupação no prazo assinado, com as advertências legais.

Publique-se Registre-se. Intimem-se.

Rio de Janeiro, 9 de fevereiro de 1998.

ANTÔNIO HENRIQUE CORRÊA DA SILVA
JUIZ FEDERAL SUBSTITUTO

DRA. ANDRÉA CUNHA ESMERALDO
JUÍZA FEDERAL SUBSTITUTA
5º VARA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA - RJ
PROCESSO Nº 93.0000617-7

SENTENÇA

Vistos etc.

LÁZARO JOSÉ DE OLIVEIRA, qualificado na exordial, propõe ação sob o procedimento ordinário, em face da UNIÃO FEDERAL, visando obter promoção, na inatividade, ao Posto de Segundo-Tenente, com proventos integrais, a contar da data de sua transferência para a reserva remunerada, com pagamento de custas e honorários advocatícios na base de 20% sobre o valor da causa.

Alega, em síntese, que ingressou na carreira militar, tendo sido incorporado em 23 de dezembro de 1954, sob a égide da Lei nº 2.370/54 e do Decreto-Lei nº 9.698/46, que lhe asseguravam o direito à promoção pretendida, quando da transferência para a reserva remunerada, bastando que contasse com 25 (vinte e cinco) anos de serviço e possuísse curso que o habilitasse ao exercício da função correspondente. Aduz que, inobstante preencher tais requisitos, foi transferido para a reserva remunerada na mesma graduação a que já pertencia, de Primeiro-Sargento, sendo-lhe preterido o direito ora invocado.

Instruída a inicial com procuração e documentos (fls. 08/10). Comprovado o recolhimento das custas (fl. 11).

Citada, a UNIÃO FEDERAL apresenta contestação às fls. 18/20, argumentando que haveria, na espécie, mera expectativa de direito, frustrada devido à superveniência de legislação em contrário.

Produzida prova documental, ainda, pela Ré, mediante juntada de parecer do Ministério da Aeronáutica, às fls. 24/28.

Sem mais provas vêm os autos conclusos para sentença.

Tudo examinado. Decido.

Equivoca-se, o Autor, ao supor que lhe seria aplicável a legislação em vigor quando do seu ingresso nas Forças Armadas, a ponto de deduzir que teria direito adquirido à promoção prevista no § 1º, do art. 51, da Lei nº 2.370/54.

Tal hipótese seria equivalente, a rigor, à imutabilidade do regime

jurídico que o vincula, o que subverte a ordem jurídica vigente, bem como os princípios que informam o Direito Administrativo.

Prevalece, na verdade, regra diametralmente oposta, de se admitir a alteração do regime, desde que, uma vez preenchidos os requisitos para aquisição do direito modificado por norma superveniente, não haja prejuízo ao princípio da irredutibilidade dos vencimentos, conforme as consagradas lições do mestre Celso Antonio Bandeira de Mello, bastante elucidativas à espécie, *in verbis*:

“A relação jurídica que interliga o Poder Público e os titulares de cargo público, como já foi dito - e ao contrário do que se passa com os empregados - não é de índole contratual, mas *estatutária*, institucional. Nas relações contratuais, como se sabe, direitos e obrigações recíprocos, constituídos nos termos e na ocasião da avença, são unilateralmente imutáveis e passam a integrar de imediato o patrimônio jurídico das partes, gerando, desde logo, direitos adquiridos em relação a eles. Diversamente, no liame de função pública, composto sob a égide estatutária, o Estado, ressalvadas as pertinentes disposições constitucionais impeditivas, deterá o poder de alterar legislativamente o regime jurídico de seus servidores, inexistindo a garantia de que continuarão sempre disciplinados pelas disposições vigentes quando de seu ingresso. Então, benefícios e vantagens, dantes previstos, podem ser ulteriormente suprimidos.

Bem por isto, os direitos que deles derivem não se incorporam ao patrimônio jurídico do servidor (firmando-se como direitos adquiridos), do mesmo modo que nele se integrariam se a relação fosse contratual. Assim, *exempli gratia*, se o adicional por tempo de serviço a que os servidores públicos federais fazem jus (hoje de 1% ao ano, por força do art. 67 da Lei 8.112) viesse a ser extinto, os que já houvessem completado um ano de serviço (ou dois, três, etc) continuariam a perceber este acréscimo de um (dois três) por cento, conforme o caso, por já haverem perfazido o necessário à aquisição do direito *quanto às sobreditas parcelas*; contudo, a partir da lei extintiva não mais receberiam novos acréscimos que lhes adviriam dos anos sucessivamente completados. Se, pelo contrário, a relação fosse contratual, fariam jus, desde o travamento do vínculo e enquanto durasse a relação de emprego, aos acréscimos anuais de 1%, ainda que o benefício viesse a ser ulteriormente suprimido, pois o direito em causa estaria adquirido e, pois, assegurado desde a formação da avença. Vale dizer: dita extinção só produziria efeitos, isto é, só elidiria a percepção do referido benefício, em relação aos que fossem contratados *após a extinção destes acréscimos, já que seus contratos não mais os preveriam.*” (*in Curso de Direito Administrativo, São Paulo, Milheiros Editores, 7ª ed., 1995, p. 140*)

No caso vertente, o Autor sequer havia preenchido os requisitos indispensáveis à aquisição do direito previsto na Lei nº 2.370/54, só vindo a reuni-los quando já havia sido revogado este diploma legal, por força do advento da Lei nº 4.902/65, razão pela qual haveria mera expectativa de direito, passível de supressão diante da nova ordem vigente.

O aspecto atinente à ressalva constante do art. 60, da Lei nº 4.902/65, a respeito daqueles que viessem a completar 20 (vinte) anos de serviço, ou mais, até 10 de outubro de 1966, não pode ser considerado ofensivo ao princípio da isonomia, vez que o referido dispositivo regula situações distintas, o que não obsta a que se confira tratamento, também, diferenciado.

Assim, a lei de regência, na hipótese em tela, sem dúvida, não pode ser outra senão aquela em vigor quando da passagem do Autor para a inatividade, já que este não havia preenchido, anteriormente, os requisitos necessários à vantagem pretendida, ainda na vigência da Lei nº 2.730/54, nem encontra-se na situação excepcional prevista na Lei nº 4.902/65.

O eg. Superior Tribunal de Justiça já teve oportunidade de apreciar hipótese semelhante, professando idêntica orientação, *verbis*:

MANDADO DE SEGURANÇA - MILITAR - PROMOÇÃO NA INATIVIDADE - LEI 4.902/65.

I - A transferência do militar para a reserva remunerada ocorrida após a vigência da Lei 4.902/65, que suprimiu a promoção no momento da inativação, concedida pelas Leis 288/48 e 2.370/54, inviabiliza a concessão de tal benefício.

II - Não há direito adquirido à promoção na inatividade se os postulantes ainda não preenchiam os requisitos exigidos, ao tempo de vigência dos diplomas legais que asseguravam.

III - Segurança denegada.

IV - Recurso desprovido; determinado o retorno dos autos ao pretório excelso para julgar matéria constitucional.

(Superior Tribunal de Justiça, Resp nº 0001100/DF, Turma S1, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, DJ: 03.02.92)

Isto posto, **JULGO IMPROCEDENTE O PEDIDO**, condenado ao Autor ao pagamento de honorários advocatícios, que fixo em 5% sobre o valor atualizado da causa.

P.R.I.

Rio de Janeiro, 24 de março de 1998

ANDRÉA CUNHA ESMERALDO
JUÍZA FEDERAL SUBSTITUTA

A. ANDRÉA CUNHA ESMERALDO
JUÍZA FEDERAL SUBSTITUTA
5º VARA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA - RJ
PROCESSO Nº 97.0101470-7

SENTENÇA

Trata-se de mandado de segurança, impetrado por **ROSA MARIA LYRA BORGERTH TEIXEIRA**, qualificada na inicial, contra ato do Sr. **SUPERINTENDENTE DO INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL**, objetivando restabelecer o percentual de 20% relativo à vantagem prevista no art.184, inc.II, da Lei nº 1.711/52, em moldes a manter a integralidade dos proventos de aposentaria, sob alegação de inconstitucionalidade da suspensão da citada vantagem.

Inicial instruída com documentos às fls. 10/23. Recolhidas as custas judiciais (fl.24).

Diferido o exame da liminar (fls.25), para apreciação após a vinda das informações, foram estas, então, oferecidas (fls.29/34) arguindo-se, preliminarmente, a ilegitimidade passiva, bem como a decadência do prazo para impetração, e, no mérito, manifestando-se no sentido da denegação da segurança.

O Ministério Público Federal, em seu parecer (fls.44/46), opina pela concessão da segurança.

Tudo devidamente analisado. DECIDO.

Primeiramente, no tocante à arguição da ilegitimidade passiva *ad causam* da autoridade coatora, cumpre rejeitá-la, sob duplo fundamento: - a orientação preponderante é no sentido de se considerar escusável eventual erro na indicação da autoridade coatora, para se viabilizar o exercício amplo da garantia constitucional do mandado de segurança, que não poderia restar prejudicado pelo desconhecimento, por parte do Impetrante da complexa estrutura administrativa; e, no caso vertente, a rigor, não houve erro algum, porque cabe à autoridade Impetrada fornecer as informações necessárias à elaboração da folha de pagamento ao Sr. Secretário de Recursos Humanos do Ministério da Administração Fe-

deral e Reforma do Estado - MARE, que, através do SEPRO, apenas operacionaliza o ato.

Sendo a relação jurídica continuativa, eis que o ato de sustação do alegado acréscimo devido se renova mensalmente, tem-se por tempestiva a impetração do *WRIT*.

No mérito, compulsando os documentos trazidos aos autos pela Impetrante, verifica-se que a mesma percebia a vantagem prevista no art. 184, da Lei 1.711/52, em março de 1997, sendo que o contra-cheque de abril de 1997 a vantagem encontra-se suprimida.

O referido dispositivo previa que o servidor ocupante da última classe de sua carreira, ao aposentar-se, faria jus ao adicional de 20%.

A impetrante, no entanto, não logrou demonstrar, nem sequer mencionou na inicial, a data da aposentaria, para fins de comprovação do direito àquele benefício, acaso concedida sob a égide da Lei 1.711/52.

É consabido que este Diploma Legal foi expressamente revogado pela Lei 8.112/90, portanto, apenas na hipótese da aposentadoria ter ocorrido antes é que poderia ser invocado o aludido art.184, porquanto a lei de regência, nesses casos, é aquele em vigor na data da aposentadoria.

De qualquer maneira, o art 192 do Regime Jurídico Único contém preceito semelhante, estabelecendo alguma vantagem ao servidor em situação de ocupar a última classe da carreira.

Tais razões expostas levariam a crer que a Impetrante teria incorporado ao seu patrimônio, de forma definitiva, a vantagem pretendida, ou, pelo menos, a que lhe sucedeu com o advento o RJU, de maneira a possuir direito adquirido, não passível de supressão, nem mesmo por força de legislação superveniente (art 5º, XXXVI, da Constituição Federal).

Contudo, a tese defendida na inicial, fundada em conflito intertemporal, na verdade, retira de enfoque o verdadeiro ponto crucial que gerou o presente conflito de interesses, consistente no fato de que a Impetrante, conforme documentos de fls.13/14, recebe proventos com agregada ao cargo em comissão "DAS"- 03.

Logo, sua aposentadoria rege-se pelo art.180 da Lei 1.711/52 ou pelo art.193 da Lei 8.112/90 (que, diga-se de passagem, teria sido revogado pela Medida Provisória nº 1.480 de 04 de julho de 1996), dependendo da data em que a mesma ocorreu.

Porém, num ou noutro caso, a situação é incompatível com o benefício pretendido, haja vista o teor do § 3º do art.180 da Lei 1.711/52, com a redação dada pela Lei 6.732/79, bem como o § 2º do art.193 do

RJU, ressalvado, em ambos os casos, o direito de opção.

Como se vê, é inacumulável a vantagem estabelecida no art.184 da Lei 1.711/52, com a situação de agregado ao cargo em comissão, ao contrário do que afirma a Autora, segundo expressa disposição legal, pelo que se conclui que a sua inclusão no valor da aposentadoria concedida deu-se de maneira ilegal ou equivocada.

Em sendo assim, em virtude do poder-dever de autotutela da Administração, consagrado na súmula 346 do eg. STF, bem como no art.114 da Lei 8.112/90, seria o caso de revisão do ato *ex officio*.

Com efeito, o ato praticado com vício de ilegalidade não gera direito adquirido, devendo ser revisto a qualquer tempo.

Dessarte, não há que se falar em direito líquido e certo a ser amparável pelo mandado de segurança.

Isto posto, **DENEGO A SEGURANÇA.**

Custas ex.lege. Sem honorários.

P.R.I.

Rio de Janeiro, 04 de fevereiro de 1998.

ANDRÉA CUNHA ESMERALDO
JUÍZA FEDERAL SUBSTITUTA

DR. ANTONIO CLAUDIO MACEDO DA SILVA
JUIZ FEDERAL SUBSTITUTO
7ª VARA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA - RJ
PROCESSO Nº 95.22228-0

SENTENÇA

Pneumáticos Michelin Ltda. impetrou **Mandado de Segurança**, preventivo e com pedido de liminar **inaudita altera pars**, contra ato do **Inspetor da Alfândega do Aeroporto Internacional do Rio de Janeiro**.

Afirma a Impetrante que requereu autorização para importar um redutor de engrenagens de eixos paralelos novo, da marca **WECO**, que lhe foi concedida através da Guia de Importação nº I-95/18833-4, expedida em 24.04.95, pela Carteira de Comércio Exterior do Banco do Brasil S. A., cf. fls. 43.

O equipamento retro descrito foi adquirido junto à Manufacture Française des Pneumatiques Michelin, com sede em Clermont Ferand, na França, tendo chegado no Aeroporto Internacional do Rio de Janeiro em 03.05.95, acompanhado da duplicata nº 824590, cf. fls, e do conhecimento de transporte nº 057/84119556 - **HAWB** 132682, cf. fls. 47.

Em 04.05.95, procedeu ao registro da Declaração de Importação, vista, por cópia autenticada, às fls. 49/53.

Ocorre que, por ocasião da conferência física do bem, verificou a Impetrante que o produto ingressado no País não correspondia ao objeto do contrato de compra e venda celebrado com a supra aludida empresa estrangeira, divergindo da especificação constante da Guia de Importação, tratando-se de equipamento usado, fabricado em 1981, diante do que suspendeu o desembaraço aduaneiro do bem e interpelou a empresa exportadora, a qual informou ter havido um equívoco no momento do embarque, cf. fls. 55, cuja tradução, por tradutor público juramentado, encontra-se às fls. 56.

Em 14.06.95, foi requerida a devolução do equipamento ao exportador pela Impetrante, deflagrando procedimento administrativo de redesignação de mercadoria remetida por equívoco.

O pedido foi, no entanto, indeferido pela autoridade indigitada de coatora.

Aduz, ainda, a Impetrante que a devolução pretendida não impli-

ca qualquer lesão aos cofres públicos, pois o bem foi importado ao amparo de isenção garantida por certificado **BEFIEX**, conforme assinalado na Declaração de Importação de fls. 49/53, em especial à fls. 52, onde se vê, no campo destinado à especificação do regime de tributação, o seguinte dizer: "**ISENÇÃO BEFIEX**".

Outrossim, o atendimento ao pedido não acarretará dano algum às reservas monetárias do País, posto que não houve fechamento de contrato de câmbio, o que de fato é verdade, pois na Guia de Importação vista às fls. 43, no campo destinado ao preenchimento da forma de pagamento, está escrito "180 dias da data de embarque s/juros".

Registra-se, nesse mesmo compasso, a Impetrante que não pode, ao seu talante, promover a devolução do bem à origem, visto que o mesmo encontra-se em área sob jurisdição administrativa da autoridade impetrada.

Em suma, afirma que a compra teve por objetivo bem diferente do enviado pelo exportador, e, por isso, não houve remessa de câmbio para pagamento, possuindo direito líquido e certo à devolução da mercadoria, a teor do art. 85 do Regulamento Aduaneiro, sem que isso implique em pagamento de tributo, face à ocorrência de erro manifestado e comprovado de exportação, a ensejar a redestinação do bem.

Argumenta, ainda, a Impetrante, com fulcro no art. 116, I, do CTN, que, para a ocorrência do fato imponible, é indispensável que as circunstâncias materiais verificadas tenham se produzido em condições de normalidade.

Por fim, requer a Impetrante, em suma, seja-lhe concedido provimento liminar, *inaudita altera pars*, para que:

a) seja autorizada a devolver ao exportador o equipamento usado, indevidamente encaminhado ao Brasil, de que trata o processo administrativo nº 10715-004976/95;

b) a autoridade indigitada de coatora se abstenha de autuar a Impetrante pelos fatos narrados na peça exordial, bem como propor aplicação de pena de perdimento do bem nela descrito;

c) seja dispensada do pagamento de taxa de armazenagem ou qualquer outro gravame em decorrência da permanência do bem no País a partir de **14.06.95**, data em que afirma ter requerido administrativamente a redestinação do bem sob comento, haja vista que, ao seu sentir, o retardamento da devolução é de responsabilidade exclusiva da autoridade impetrada.

Por fim, requer a concessão da segurança para, confirmando a liminar, não ser condenada ao perdimento do bem, nem compelida a pa-

gar tributo, penalidade ou encargo decorrente da permanência deste no País após 14.06.95.

Custas recolhidas à fl. 19.

Às fls. 93/99, informações da autoridade impetrada.

Em síntese, afirma o Impetrado que a isenção de tributos na importação somente ampara equipamentos novos, o que não é o caso do bem descrito na petição inicial, havendo a possibilidade, portanto, de lesão aos cofres públicos.

Aduz, ainda, que o art. 85, I, do Decreto nº 91.030, de 05.03.85, apenas garante a não-incidência do imposto de importação sobre mercadoria estrangeira que chegar ao País por erro manifesto ou comprovado de expedição, e que for redestinada para o exterior, se for corretamente declarada. Outrossim, o art. 272, § único, inciso III, do Regulamento Aduaneiro estatui que, para efeito de controle aduaneiro, considera-se redestinação como a reexpedição de mercadoria para o destino certo.

Nessa linha de intelecção adita o Impetrado que, inobstante inserido nas disposições relativas ao trânsito aduaneiro, a definição do que seja redestinação, constante do art. 272, § único, inciso III, do Regulamento Aduaneiro, é válida para quaisquer situações regulamentares.

Assim sendo, considera incabível a não-incidência do imposto de importação e a conseqüente autorização para a devolução nos termos pleiteados pela Impetrante, posto que desatendidos, ao seu sentir, os pressupostos ali inseridos, a saber: mercadoria corretamente declarada e o erro manifesto e comprovado.

Entende a Autoridade Impetrada que a legislação, ao tratar da redestinação, não se refere à declaração de importação firmada pelo importador, mas sim àquela feita pelo exportador e, pelo que se pode depreender, não houve a correta declaração da mercadoria por parte do exportador para que se possa enquadrar na hipótese legal o pleito da Impetrante. A redestinação, assim entendida como a reexpedição da mercadoria para o destino certo, não caberia no caso em tela uma vez que o equipamento foi expedido para o destino designado pelo exportador, e o erro a que se referem exportador e importador constituir-se-ia quanto à mercadoria em si exportada.

Afirma, também, nessa linha de intelecção, que a declaração do exportador não pode vincular a Fazenda Pública, somente servindo como meio de prova em eventual lide decorrente do negócio jurídico firmado entre importador e exportador.

Notícia, ainda, que entre a expedição do bem e sua conferência

física pelo auditor fiscal transcorreu mais de um mês, sendo improvável que o exportador não tenha notado o equívoco anteriormente. Argüi, ainda, que, ex vi do art. 118 do CTN, as disposições de contrato particular não interferem na definição do fato gerador e na incidência do imposto.

Na análise dos fatos objeto do presente **mandamus**, distingue o Impetrado a figura jurídica da redestinação, que é a reexportação da mercadoria para o destino certo, da devolução, que significa, a teor do Ato Declaratório CST nº 20/80, o procedimento administrativo pelo qual se autoriza o retorno ao exterior de mercadoria importada a título definitivo, vale dizer nacionalizada, com cobertura cambial ou não, já submetida a despacho ou não, averbando que o pedido da Impetrante é de todo improcedente, seja redestinação, seja devolução, carecendo de amparo legal.

Insurgiu-se nessa mesma esteira contra a tese desenvolvida na peça vestibular de que o fato gerador do imposto de importação não teria ocorrido, face à anormalidade da importação, entendendo ter ocorrido o aludido fato gerador, em razão da entrada de mercadoria importada no território nacional, pois alega que para a sua ocorrência basta a situação fática referida de entrada do bem em território nacional, não elidindo o erro do exportador a incidência do imposto, tendo-se dado a entrada da mercadoria em condições normais, subsumindo-se ao art. 116 do CTN.

Requer, por fim, seja denegada a segurança.

Às fls. 100/108, petição da Impetrante onde requer o repatriamento do bem.

Às fls. 117, decisão da eminente Juíza Titular desta Vara, Dr.^a Salete Maria Polita Maccalóz, determinando a prestação de garantia para o referido repatriamento, é dizer, o depósito do imposto de importação.

Às fls. 118/121, parecer do Ministério Público Federal opinando pela concessão da segurança.

À fl. 127 verso, guia de depósito judicial do imposto de importação. À fl. 128, autorização da eminente Juíza titular desta Vara para repatriamento do bem.

Às fls. 139/143, petição da Impetrante, acompanhada de documentos comprobatórios, informando que, após a repatriação do bem que lhe fora erroneamente encaminhado, foi por ela importado o bem correto como descrito na inicial.

É o relatório. Passo a fundamentar e decidir.

Como muito bem assinalou em seu parecer o ilustre Representante do Ministério Público Federal, na presente impetração *"registra-se a impossibilidade de os textos legais preverem e normatizarem a totalidade*

das situações fáticas”, verificando-se, neste processo, no que lhe assiste toda a razão, lide onde “a realidade extrapola os textos legais e o aplicador da legislação fiscal defronta-se com acontecimento que, em princípio, não se subsume a qualquer dispositivo legal” (cf. fls. 119/120).

Com efeito, também detém inteira razão o membro do Parquet Federal quando averba que “Regulamento Aduaneiro (Decreto 91.030/85), norma infralegal, não traz disciplinamento da hipótese sub judice - devolução de bem erroneamente expedido pelo exportador”, para a posteriori concluir no mesmo sentido de intelecção deste Magistrado, é dizer, exsurge, no processo, uma lacuna da lei, tomada esta em sentido lato, que não prevê a situação em nenhuma norma positivada.

Mais uma vez, os fatos surpreendem os códigos.

A solução, entretanto, é de clareza meridiana. Inexistindo norma positivada, aplicam-se as normas gerais de direito tributário.

Nesse particular, mister se faz trazer à lembrança o texto positivo do art. 108 do Código Tributário Nacional, a saber:

“Art. 108. Na ausência de disposição expressa, a autoridade competente para aplicar a legislação tributária utilizará, sucessivamente, na ordem indicada:

“I - a analogia;

“II - os princípios gerais de direito tributário;

“III - os princípios gerais de direito público;

“IV - a eqüidade.

“§ 1º. O emprego da analogia não poderá resultar na exigência de tributo não previsto em lei.

“§ 2º. O emprego da eqüidade não poderá resultar na dispensa do pagamento de tributo devido”.

Recordemos, também, o quanto dispõe o art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil - Decreto-Lei nº 4.657, de 04.09.42, a saber:

“Art. 4º. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

Os princípios gerais de direito são, no dizer de Miguel Reale, “como as bases teóricas ou as razões lógicas do ordenamento jurídico, que deles recebe o seu sentido ético, a sua medida racional e a sua força vital ou histórica. A vida do Direito é elemento essencial ao diálogo da história” (in *Lições Preliminares de Direito*, Ed. Saraiva, 22ª ed., 1995, pág. 313).

Ora, um dos princípios gerais mais elementares do direito é o

postulado ontológico da liberdade, pelo qual, no que pertine à esfera jurídica do particular, tudo o que não está juridicamente proibido, está juridicamente permitido.

Logo, se o Regulamento Aduaneiro não prevê a ocorrência da hipótese **sub examen**, ao intérprete é permitido proceder à integração analógica, e, ainda que as figuras jurídicas da redestinação ou da devolução não se amoldem plenamente à questão sob comento, indicam tais institutos jurídicos-tributários vetores interpretativos no sentido de que, ocorrida anormalidade na ocorrência do fato imponible, este somente o é num primeiro momento, pois, em uma visão mais acurada, não se corporifica como tal, posto que, ausente a normalidade, não se subsume à hipótese de incidência tributária prevista em lei.

É patente e manifesto o equívoco ocorrido no caso de que tratam os autos, e a documentação constante dos mesmos afasta qualquer possível alegação de má-fé. Aliás, o próprio Representante do Ministério Público Federal afirma, à fl. 121, *"Pelo que se infere dos autos, não há qualquer indício de tentativa de elisão fiscal. Nem se há de supor que houve conluio entre a exportadora e a importadora para fazer adentrar em nosso território mercadoria diversa da declarada, e sujeita à imposição de gravame"*.

Tanto não houve má-fé, nem intenção de lesar os cofres públicos que a petição e os documentos de fls. 139/143 noticiam que, após a autorização judicial para repatriar o equipamento erroneamente encaminhado, a Impetrante efetivamente importou o bem correto, como descrito na peça vestibular.

Com efeito, incorre lesão aos cofres públicos, posto que o bem que realmente quer a Impetrante importar é isento do imposto de importação, e, em razão da não correspondência do produto aqui aportado com o que foi objeto da avença, não houve fechamento de contrato de câmbio. Incompreensível, portanto, a afirmação do Impetrado de que o imposto incide, porque o bem é usado. Ora, mas não foi esse bem o constante da guia de importação, nem o objeto do contrato de compra e venda, aqui aportando por equívoco, o que não enseja a normalidade para a consubstanciação do fato gerador da obrigação tributária principal. Chega, indubitavelmente, tal assertiva do Fisco, a ser de um surrealismo fantástico. E nem se objete de que se está a vincular a Fazenda Pública às disposições constantes de avença entre particulares.

Ora, o CTN, em seu art. 116, inciso I, somente considera ocorrido o ato gerador da obrigação tributária e existentes seus efeitos, tratando-se de situação de fato, desde o momento em que se verificarem as circunstâncias materiais necessárias a que produza os efeitos que *normalmente* lhe são próprios, é dizer, a situação fática somente consubstanciará o fato imponible, subsumindo-se à hipótese de incidência tributária, se ocorrer no âmbito da normalidade das relações negociais que ensejam o dever jurídico de pagar um tributo.

Outrossim, o fato da anormalidade ocorrida não ser prevista no texto de direito positivo não significa que o ordenamento jurídico não lhe confira solução, pois está advirá do manejo seguro dos princípios gerais.

Aliás, recordemos a lição, nesse compasso, do Professor Miguel Reale, in verbis:

“De todos os sistemas de normas o que, em nosso Direito, se põe como fundamental é o sistema das leis ou das normas legais: porém, por mais minuciosa e providente que possa ser a obra legislativa, haverá sempre lacunas na lei.

“Mas se o sistema legal pode ter casos omissos, o ordenamento jurídico não pode deixar de conter soluções para todas as questões que surgem na vida de relação. É o princípio da plenitude da ordem jurídica positiva, mais um dos postulados da razão prática jurídica...

“Donde se conclui que o “ordenamento jurídico”, que é o sistema das normas em sua plena atualização, não pode ter lacunas e deve ser considerado, em seu todo, vigente e eficaz (in Lições Preliminares de Direito, Ed. Saraiva, 22ª ed., 1995, págs. 191/192).

E o ordenamento jurídico responde à omissão normativa-positiva através do postulado ontológico da liberdade, pelo qual tudo o que não está juridicamente proibido ao particular, está-lhe juridicamente permitindo.

Com efeito, inexistente norma proibitiva da redestinação, devolução ou repatriamento, seja qual for o nome que se queira dar ao instituto jurídico, no que pertine à hipótese tratada neste in folio.

Aliás, como lembra Ronaldo Poletti (cf. Introdução ao Direito, Ed. Saraiva, 2ª ed., 1994, pág. 93), no Digesto de Justiniano, I, 5, 4, proêmio, está recolhida uma frase de Florentino (libro IX, Institutionum), a saber, *“Libertas est naturalis facultas eius, quod cuique facere libet, nisi si quid vi, aut iure prohibetur”*, i. e., *“Liberdade é a faculdade natural de fazer o que agrada a cada um, salvo se isso for proibido pela força ou pelo direito”*.

O próprio Ronaldo Poletti, em seguida, afirma, com proficiência: *“A lei universal da liberdade resume a orientação comum do direito e da moral. A ação moral pressupõe a liberdade, fundada no dever. Se eu devo, eu posso. A lei do dever e a lei da liberdade constituem os princípios comuns da moral e do direito (cf. op. cit., pág. 104).*

E o princípio geral de direito que solve a problemática desenhada nos autos é de todos conhecido, encontra-se no Digesto, a saber, *“permittitur quod non prohibetur”*, é dizer, *“é permitido o que não é proibido”*.

Impede, pois, trazermos à colação, mais uma vez, a lição de Ronaldo Poletti, a saber:

“Na aplicação do direito, todavia, não se deve perder de

vista que a lógica, concebida como pura lógica formal ou como matemática, não pode ser usada até as últimas conseqüências. O direito é pauta para a ação dos homens. E o humano não é lógica, mas vida. Daí haver no universo jurídico lugar para uma lógica humana, a lógica do razoável, em oposição à lógica matemática dos conceitos puros.

.....
“Nenhuma interpretação será jurídica se não for humana e razoável por isso”(in op. cit., pág. 305).

Indubitavelmente, assiste razão a **Recaséns Siches**, é preciso na interpretação jurídica não se perder de vista a *lógica do razoável*, sob pena de adentrarmos, como adverte **Poletti**, na esfera do **logos** puramente formal, onde o direito presta um desserviço àquele que é sua razão de ser, é dizer, o homem.

Ex positis et ad summan e à vista de tudo o mais que dos autos consta, **CONCEDO A SEGURANÇA** postulada para:

a) declarar o direito da Impetrante de devolver o equipamento usado, indevidamente encaminhado ao Brasil, de que trata o processo administrativo nº 10715-004976/95, ao exportador;

b) determinar ao Impetrado que se abstenha de autuar a Impetrante, em razão dos fatos narrados na peça exordial, e de aplicar pena de perdimento do aludido bem, assim como imputar-lhe o pagamento de taxa de armazenagem ou qualquer outro gravame em decorrência da permanência do bem no País, a partir de 14.06.95;

c) declarar a inexistência de relação jurídico-tributária que implique no pagamento de imposto de importação em relação ao bem erroneamente encaminhado à Impetrante.

Sentença sujeita a reexame necessário, **ex vi** do art. 475, II, do CPC, após o transcurso **in albis** do prazo de recurso voluntário, subam os autos ao Egrégio Tribunal Regional Federal da 2ª Região.

Sem honorários, a teor da Súmula nº 512 do Supremo Tribunal Federal.

Custas ex lege.

Publique-se. Registre-se, Intime-se o Impetrante pelo Órgão Oficial e, por ofícios com cópias em anexo da sentença, o Impetrado e o Representante do Ministério Público Federal.

Rio de Janeiro, 10 de fevereiro de 1998.

**ANTONIO CLAUDIO MACEDO DA SILVA
JUIZ FEDERAL SUBSTITUTO**

DRA. VALÉRIA MEDEIROS DE ALBUQUERQUE
JUÍZA FEDERAL TITULAR
9ª VARA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA - RJ
PROCESSO Nº 97.0003260-4

SENTENÇA

Vistos, etc.

ZENECA LIMITED impetra(m) Mandado de Segurança contra ato da **DIRETORA DE PATENTES DO INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL**, que expediu patente, em 29/10/96, pelo prazo de 15 anos, com base no art. 24 da Lei nº 5.772/71 que, segundo alega a Impetrante, foi derogada pelo tratado internacional denominado Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (TRIPS), do qual o Brasil é signatário, e que foi aprovado pelo Congresso Nacional e promulgado através do Decreto Legislativo no. 30/94 e do Decreto no. 1355/94.

Sustenta que os artigos 33 e 70.2 do referido tratado internacional estipulam a expedição de patentes pelo prazo de 20 (vinte) anos, a contar da data do depósito, e se aplicam ao pedido do Impetrante, que já se encontrava em andamento quando tal acordo passou a ter vigência em nosso país, pelo que requer seja reespedita a patente em causa, pelo prazo de vinte anos, contados de seu depósito.

Juntou procuração e documentos às fls. 15/171 e 176/178.

Custas pagas às fls. 172 e 175.

Impetrado presta informações à fls. 182/186.

Parecer do MPF às fls. 188/192 opinando pela concessão da segurança.

O Impetrante apresenta memorial às fls. 194/198 com documentos de fls. 199/223.

Este é o relatório.

DECIDO.

Pleiteia a Impetrante com o presente writ que seja expedida a patente de nº. PI-8701892-6, de sua propriedade, pelo prazo de 20 anos,

a contar do seu depósito, e não de 15 anos, como lhe foi deferido.

Com efeito, o artigo 33, combinado com o artigo 70.2. do TRIPS lhe garante o prazo pleiteado.

Ocorre que, ao implementar o referido Acordo à ordem jurídica interna, o governo brasileiro deixou de fazer uso do previsto nos artigos 65-1 e 65-2 do referido acordo, no sentido de dilatar a sua aplicação por um período total de cinco anos.

Logo, apesar de na ordem internacional ter o Brasil a faculdade de se prevalecer do referido prazo, nas disposições transitórias deixou de fazê-lo, incorporando o tratado à sua ordem jurídica interna e mandando que fosse desde logo aplicado.

Com efeito, o disposto no § 1º do artigo 65 facultou a inércia pelos membros do Acordo até 01/01/96 e a liberdade de implementação foi exercida pelo Brasil, como previsto no artigo 1º do TRIPS. Logo, o Brasil, em lugar de permanecer inerte, aprovou a Ata Final da Rodada URUGUAI, que não contém qualquer dispositivo dirigido a suspender automaticamente sua eficácia interna, através do Decreto Legislativo no. 30 de 15/12/94 e do Decreto 1355 de 30/12/94, determinando sua execução e cumprimento.

Acresce-se que os §§ 2º e 4º do artigo 65 do TRIPS previam a liberdade de exercício dos membros de Acordo (Artigo 1º do TRIPS) e não tendo sido exercida pelo Brasil a referida faculdade, tendo transcorrido o prazo previsto no § 1º do artigo 65, não há mais qualquer prazo fluindo dentro do qual se possa postergar a vigência e eficácia do TRIPS no Brasil.

Ocorre ainda que o Brasil adequou sua lei ao TRIPS ao promulgar a Lei 9279/96, que majorou o prazo de validade das patentes para 20 anos, a contar da data do depósito.

Desse modo, assiste razão ao Impetrante, uma vez que a TRIPS é desde logo aplicável no Brasil, prevalecendo sobre a legislação anterior. Assim, ao contrário do ato coatar, as patentes expedidas após 01/01/95 deveriam ser concedidas pelo prazo de 20 anos, como determinado no artigo 70-2 e artigo 33 do TRIPS.

Adoto ainda como razão de decidir o parecer do l. Representante do M.P.F. às fls. 191:

" Assim, interpretando-se o art. 65 do TRIPS, tem-se que se utilizados os §§ 2º e 4º, em desrespeito ao § 5º, ou seja, obtendo-se um menor grau de consistência entre a lei interna e o patamar mínimo da proteção obrigatória, estaria o Brasil descumprindo o mencionado Tratado.

Se o prazo para expedição de patente contido no Tratado é de 20 anos e a Lei 5.772/71 prevê o prazo de 15 anos, a contar do depósito, claramente, a aplicação da lei resulta em desrespeito às normas internacionais, ou na efetividade de um dispositivo já revogado, por inferior ao patamar mínimo já estabelecido.

Portanto, admitindo-se até mesmo que o Brasil tenha utilizado o prazo concedido aos países em desenvolvimento, não poderia ser autor de “práticas” que dessem menor proteção aos interessados, ou seja, em confronto com a pactuada.

Tanto assim é que está adaptando sua legislação a tais limites, o que se demonstra pela edição da Lei no. 9279/96 que estabelece o limite de 20 anos para os novos privilégios.”

Ante o exposto, CONCEDO A ORDEM com o fim de que a autoridade impetrada mande reexpedir a patente objeto da presente ação, descrita na inicial, pelo prazo de 20 anos a contar do seu depósito inicial.

Sentença sujeita a duplo grau de jurisdição obrigatório. Oportunidade, subam os autos ao Egrégio T.R.F. da 2ª Região.

Sem honorários advocatícios (Sum. 105 STJ).

P.R.I. e Oficie-se.

Rio de Janeiro, 30 de julho de 1997.

VALÉRIA MEDEIROS DE ALBUQUERQUE
JUÍZA FEDERAL TITULAR

DR. MARCELO DA FONSECA GUERREIRO
JUIZ FEDERAL SUBSTITUTO
10ª VARA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA - RJ
PROCESSO Nº 910120387-8

SENTENÇA

Vistos etc.

Trata a espécie de ação cognitiva de procedimento ordinário ajuizada por FERNANDA ANTONIA SANTOS FERREIRA em face do INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS - IBAMA objetivando a : a) enquadramento ou renquadramento, como bibliotecária, a partir da data da sua titulação em biblioteconomia (14-01-87), seja no Plano ou no Quadro Permanente, seja no suplementar, em extinção; b) sem prejuízo do enquadramento e, sucessivamente, postula o pagamento da remuneração paga aos bibliotecários, na medida em que sempre exerceu esse cargo ou função, não podendo por isso mesmo, não perceber remuneração inferior ao do padrão estipulado para os exercentes daquele cargo; c) pagamento dos reflexos da verba remuneratória postulada, em razão do indevido enquadramento, em todas as parcelas de natureza pecuniária, tais como gerias, décimos-terceiros salários, gratificações, anuênios, quinquênios, licenças-premios e outras de igual natureza; d) pagamento das diferenças de remuneração, parcelas vencidas e vincendas, a partir de 14-01-87.

Aduz, em síntese, que é antiga servidora da Superintendência do Desenvolvimento da Pesca - SUDEPE, autarquia vinculada ao Ministério da Agricultura, e foi admitida nos seus quadros em 19-03-62, por concurso público.

Alega que, com a extinção da autarquia sobredita, por força da Lei n.7735-89, que também extinguiu a Secretaria do Meio Ambiente - SEMA e, em substituição, criou o INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE EM RECURSOS RENOVÁVEIS - IBAMA.

Afirma que foi transferida para os quadros do IBAMA, por força do art. 7º. da Lei n.7735/89.

Acresce que, na extinta SUDEPE, estava enquadrada ilicitamente como agente administrativo, apesar de portadora de 02 (dois) títulos de nível superior (biblioteconomia e museologia), a partir de 14-01-87, data da sua graduação, e de exercer, de fato e de direito, as funções inerentes a de bibliotecária.

Acentua que a supra referida situação funcional permaneceu inalterada quando de sua transferência para os quadros do IBAMA.

Argumenta, ainda, que, em 05/91 requereu administrativamente, a revisão do seu enquadramento não logrando êxito.

Saliente, também, que nem o regime estatutário, nem o Decreto n.98.893, de 29-01-90, nem a IN n.01/90 - IBAMA, teriam o condão de subtrair direito inexoravelmente adquirido e incorporado ao seu patrimônio jurídico, seja porque exercia e exerce, praticamente, o cargo de bibliotecária, devidamente titulada como tal e o Plano de Cargos prevê o enquadramento nesse cargo; seja porque, desviada da função, não podia perceber remuneração inferior a de bibliotecária.

Ressalta que o art. 5º., XXXVI, da CRFB e o art. 6º., parágrafo 2º. da LICC estão a assegurar o direito adquirido ao enquadramento no cargo de bibliotecária, bem como a correspondente remuneração.

Pelo exposto, espera pela procedência do pedido.

Com a exordial vieram documentos (fls.5/148).

Custa devidamente recolhidas (fls.149).

Devidamente citado, o IBAMA apresentou contestação (fls.152/155) constando: a) a autora não ingressou nos quadros da SUDEPE por meio de concurso público; b) que a autora nunca exerceu a função de bibliotecária na SUDEPE ou no IBAMA; c) que a biblioteca da SUDEPE foi desativada, não existindo no IBAMA nenhuma; atividade inerente a biblioteconomia.

Como assistente do IBAMA, a União manifestou-se no sentido de que subscreve a contestação e que espera que a demanda seja julgada improcedente (fls.158).

Replica da parte autora, fls.160, rebatendo o contido na contestação e reportando-se, no mais, as suas alegações da exordial.

As fls. 166/180 petição do IBAMA contendo documentos.

Manifestação da parte autora sobre os documentos (fls.182).

Nova juntada de documentos (fls.186/193), seguida de nova manifestação da autora (fls.196).

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

E O RELATÓRIO. DECIDO.

O feito comporta julgamento antecipado da lide nos termos precisos do art.330, I do CPC. É o que se passa a fazer.

Sem preliminares.

A pretensão autoral encontra obstáculo no art.37, II da Constituição Federal que determina que qualquer investidura em carreira diversa daquela em que o servidor ingressou seja precedida de aprovação em concurso público.

"Art.37. (omissis).

II- A investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação previa em concurso público de provas ou de provas e títulos, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração".

Como se observa do preceptivo constitucional supra transcrito, concurso passou a condicionar não apenas a primeira, mas toda e qualquer investidura não só em cargo, como antes, mas também em empregos e funções públicos de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios.

Vigente essa regra constitucional, afigura-se inviável o provimento efetivo em cargo público na Administração Pública sem previa aprovação em concurso público.

No atual regime constitucional, provido em um cargo, só mediante aprovação previa em concurso público poderá o funcionário ser investido em outro diferente em deveres, responsabilidades e atribuições.

No caso em tela, não pretende a autora reenquadramento, ma sim transposição do cargo de agente administrativo para o cargo de bibliotecário, em total afronta a Constituição de 1988, o que este julgador não pode acolher.

O instituto da transposição de cargos hoje é totalmente vedado pela Lex Magna.

A propósito, veja-se jurisprudência do TRF da 1ª Região:

"EMENTA: ADMINISTRATIVO. TRANSPOSIÇÃO DO CARGO DE CONTADOR PARA O DE ANALISTA DE FINANÇAS E CONTROLE. DECRETO-LEI 2346/87. ART. 37, II DA CONSTITUIÇÃO FEDERA. IMPOSSIBILIDADE.

I- A DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA AÇÃO DI-

RETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N.231, INTERPRETANDO O ART. 37, II, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, E ABRANGENTE, IMPEDINDO TODAS AS FORMAS DE INVESTIDURA, EXCETO A DE MÉRITO, AFERÍVEL POR CONCURSO PÚBLICO DE PROVAS OU DE PROVAS E TÍTULOS, EM CARREIRA DIVERSA DAQUELA PARA A QUAL O SERVIDOR INGRESSOU POR CONCURSO, SEJA POR ACESSO, TRANSFERÊNCIA, APROVEITAMENTO OU TRANSPOSIÇÃO.

II- NÃO FORA ISSO, SEM APROVAÇÃO EM PROCEDIMENTO SELETIVO, EXIGIDO POR LEI, NÃO PODE O JUDICIÁRIO DETERMINAR QUE O PODER EXECUTIVO PROCEDA A TRANSPOSIÇÃO DE QUE CUIDA A LEI 234/87.

III- APELO IMPRÓVIDO.

IV- SENTENÇA MANTIDA.

(TRF - 1ª REGIÃO.AC 930133332-5/DF.REL.: JUIZ PLAUTO RIBEIRO. 1ª.TURMA.DECISÃO: 19/19/95.DJ 27/11/95, P.81646)."

ANTE O EXPOSTO, JULGO IMPROCEDENTE O PEDIDO E CONDENO OS AUTORES NAS DESPESAS PROCESSUAIS E NOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS, QUE FIXO EM 20% (DEZ POR CENTO) DO VALOR ATUALIZADO DA CAUSA.

P.R.I.

Rio de Janeiro, 12 de dezembro de 1997.

**MARCELO DA FONSECA GUERREIRO
JUIZ FEDERAL SUBSTITUTO**

DR. FERNANDO JOSÉ MARQUES
JUIZ FEDERAL TITULAR
10ª VARA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA - RJ
PROCESSO Nº. 940029350-0

SENTENÇA

Vistos etc.

ARCELINO BARBOSA LINS, PEDRO FERNANDES OMENA, ESRON CORREIA MARQUES, FRANCISCO DA BORJA MOREIRA, MANOEL MARTELIANO MONTEIRO, ARCIDES GABRIEL PEREIRA, VICENTE LAURENTINO DIAS, ANTONIO DE SÁ FEITOSA, ADJAMIN DE ALMEIDA, RUBENS NETTO ajuízam ação em face de **UNIÃO FEDERAL (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA)** objetivando o pagamento dos atrasados correspondentes à diferença entre as diárias de asilado calculadas com base na diária de alimentação e aquelas calculadas com base no soldo ou graduação correspondente, de acordo com o advento do Decreto-Lei nº 1.901/81 ou, alternativamente, o pagamento dos atrasados correspondentes à referida diferença, a contar de 21-12-1988 até dezembro de 1992, e, ainda, a determinação de que a Política Militar apresente os cálculos dos atrasados da diferença das diárias de asilados pagas pelo Maior Valor de Referência, de cada autor, mês a mês, no período de 21-12-88 a dezembro de 1992, mais juros de mora, correção monetária e honorários advocatícios.

Sustentando seu pedido, alegam os autores que são policiais militares do antigo Distrito Federal, reformados com fulcro no art. 3º. da Lei-2.283/54 e art. 148 da Lei 4. 328/64; que a Justiça Federal é competente para apreciar o feito, vez que é a União Federal que paga os proventos da inatividade, através de repasse financeiro feito ao Estado do Rio de Janeiro por força do art. 2.º da Lei 5. 959/73; que os autores requereram administrativamente o direito de voltarem a receber diárias de asilados a que faziam jus, em razão de serem reformados antes do Decreto-Lei 728/69; que os autores voltaram a receber as diárias de asilados de acordo com as diárias de alimentação por tabelas do EMFA - Estado Maior das Forças Armadas, a partir de novembro de 1992; que por determinação do

Comando da Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro, o benefício voltou a ser calculado de acordo com a lei de regência de suas reformas, a Lei 4.328/64, com as alterações posteriores; que o ato do referido comandante retroagia os efeitos financeiros à data do requerimento inicial dos postulantes, 21-12-1988, mas sem juros e correção monetária; que alguns policiais já receberam as diferenças relativas ao ano de 1992, mas sem juros e correção monetária; que nenhum policial recebeu as parcelas dos anos anteriores, de 1988 a 1991; que os atrasados referem-se a diferença existentes entre o benefício das diárias de asilado calculado com base na diária de alimentação e aquela com base no soldo, que vinha sendo paga equivocadamente aos reformados antes, desde 1969; que os autores requereram as parcelas atrasadas desde o reconhecimento do benefício com base no parecer datado de 15-10-92; que os autores não pretendem o reconhecimento do direito à percepção das diárias, uma vez que a União Federal já vem pagando; que os autores pleiteiam o pagamento dos atrasados, com juros e correção monetária; que através do requerimento administrativo junto à Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro, foi reconhecido o direito dos mesmos ao recebimento das diárias de asilado, de acordo com o critério calculado com base na Lei 4.328/64, que tomava por referência a diária de alimentação e, com o advento do Decreto-Lei 1.901/81, o benefício passou a ser calculado pelo Maior Valor de Referência e, após sua extinção, o EMFA passou a expedir tabelas periódicas, fixando a diária.

Citada, a ré contestou o pedido, alegando, preliminarmente, prescrição quinquenal, tendo pedido o chamamento ao processo do Estado do Rio de Janeiro; que não há prova de que os autores foram reformados na vigência da Lei 4.328/64; que há dificuldade em averiguar se os autores se encontram na mesma situação jurídica, pois com o advento da Lei 3.752/60, os servidores lotados na Polícia Militar do Distrito Federal que ainda se encontravam em atividade foram transferidos para o Estado da Guanabara, rompendo-se o vínculo com o serviço público federal; que é legítima a substituição do benefício diária de asilado pelo auxílio-invalidez, desde que a mesma não traga prejuízo financeiro ao beneficiário; que devem ser excluídos da lide os autores que tiveram sido reformados posteriormente à Lei 3.752/60, porque quanto a estes, tiveram rompido o vínculo jurídico com a União Federal.

Em réplica, os autores ratificaram os termos da exordial e alegaram que foram inativados anteriormente à vigência do Decreto-Lei 957 de 13-10-69, que criou o benefício chamado auxílio-invalidez em substituição à diária de asilado, mas manteve o direito dos autores ao benefício, porém calculado pelo menor valor de referência, ficando amparados pelo Decre-

to-Lei 1.015 de 21-10-1969; que em 15-10-92, a Polícia Militar reconheceu o direito dos autores de receber o benefício pelo maior valor de referência, retroativamente a 21-12-88.

Determinado às partes que especificassem provas, não protestaram pela produção de outras.

Relatei. **DECIDO:**

Acolho a preliminar de prescrição, quanto ao pedido de recebimento de atrasados, originados de mudança operada na forma de calcular as diárias de asilados ocorrida com a edição do Decreto-Lei nº. 1.901/81, vez que a citação válida se deu há mais de 5 anos da publicação do mencionado diploma.

Passo, então, a analisar o pedido alternativo.

No que se refere aos quinto e oitavo autores, rejeito a preliminar de prescrição. Com efeito, referindo-se o pedido alternativo a pagamento de atrasados, deferidos pelo Comando da Polícia Militar em 31-08-93 (fls. 59), não existem parcelas atingidas pela prescrição, vez que a citação válida ocorreu em 28.04.95 (fls. 67).

Quanto aos demais autores, acolho a preliminar de prescrição, eis que não comprovaram o alegado deferimento do Comando da Polícia Militar aos seus requerimentos administrativos, donde se deve contar o prazo prescricional a partir da edição do Decreto-Lei 1.901/81, que modificou o modo de calcular as diárias de asilados. Levando-se em conta que a citação válida foi realizada em 28.04.95 (fls. 67) o atributo de exigibilidade do alegado direito prescreveu.

Rejeito também o chamamento ao feito do Estado do Rio de Janeiro, vez que os autores comprovaram, através de seus contracheques, que as verbas com que são pagos seus benefícios são provenientes da União Federal.

Passo, então, a analisar somente os pedidos dos quinto e oitavo autores, vez que a exigibilidade dos demais se encontra prescrita.

Trata-se de pretensão a pagamento de atrasados correspondentes a diferença deferida pelo comando da Polícia Militar, a contar de 21-12-1988 até dezembro de 1992, e, ainda, a determinação de que a Polícia Militar apresente os cálculos dos atrasados da diferença das diárias de asilados pagas pelo Maior Valor de Referência, de cada autor, mês a mês, no período de 21-12-88 a dezembro de 1992, mais juros de mora, correção monetária e honorários advocatícios.

Os autores alegam que, na qualidade de policiais militares do

antigo Distrito Federal reformados sob a vigência da Lei 4.328/64, recebiam o benefício intitulado diária de asilado, transformado em auxílio-invalidez por força dos Decretos-Leis 728/69 e 957/69, que lhes mudou a fórmula do cálculo.

Demonstraram que requereram administrativamente o recebimento das diferenças provenientes da mudança ocorrida na forma de calcular os dois benefícios e que tiveram tal requerimento deferido pelo Comando da Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro em agosto de 1993, com efeitos retroativos a 21-12-88, e que, a partir de então, voltaram a receber o benefício da maneira como era pago anteriormente, mas que não receberam os atrasados.

Tendo os autores comprovados o aludido deferimento do Comando da Polícia Militar a seus requerimentos administrativos (fls. 59) e o consêquente retorno ao percebimento do benefício, têm direito a receber também as parcelas atrasadas desde a data indicada no deferimento (21-12-88).

Por outro lado, como o sistema pátrio não se apoia em produção de prova negativa, o ônus de demonstrar o adimplemento da obrigação das parcelas vencidas passa para a União, cuja ausência de comprovação pressupõe sua inadimplência.

O Eg. TRF da 2ª. Região já manifestou entendimento sobre o assunto em semelhantes questões, de acordo com ementas de acórdãos ora transcritas:

“PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DE BENEFÍCIO DE PENSÃO ESTATUTÁRIA. PAGAMENTO ADMINISTRATIVO DE ATRASADOS, SEM CORREÇÃO MONETÁRIA. CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO RETROATIVO, ATUALIZADO, A PARTIR DO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. CONFIRMAÇÃO DA SENTENÇA, EIS QUE A AUTORA NÃO RECORREU, E, EM CONSEQÜÊNCIA, NÃO PODE CONDENAR-SE AO PAGAMENTO DA CORREÇÃO A CONTAR DE CADA PRESTAÇÃO A MENOR, COM RESPEITO À PRESCRIÇÃO QÜINQUÊNAL. O ÔNUS DA PROVA DA ALEGAÇÃO DO PAGAMENTO CORRETO CABE AO DEVEDOR (ARTS. 333, II, DO CPC).”

(AC 92.0209690, RJ - TURMA: 02, DJ 22-09-94)

“PREVIDENCIÁRIO E CONSTITUCIONAL. RENDA MENSAL INICIAL. CF/88, ART. 202. APLICABILIDADE ÀS APOSENTADORIAS CONCEDIDAS ANTERIORMENTE A 05.10.88. ART. 201 DA CONSTITUIÇÃO DE 1988. AUTO-APLICABILIDADE. SÚMULAS N. 71 E 260 DO TFR. CABIMENTO.

ÔNUS DA PROVA.

UMA VEZ QUE O DOCUMENTO DE QUITAÇÃO PERTENCE À AUTARQUIA, O ÔNUS DA PROVA SE INVERTE, FACE À IMPOSSIBILIDADE DA EXISTÊNCIA DE DOCUMENTO COMPROBATÓRIO NEGATIVO DA SATISFAÇÃO DA OBRIGAÇÃO.

APELAÇÃO DO INSS IMPROVIDA E PROVIDA PARCIALMENTE A APELAÇÃO DO AUTOR.

DECISÃO UNÂNIME.”

(AC 92.0216058, RJ - TURMA: 02, DJ 27-12-94)

Portanto, os mencionados autores têm direito às parcelas vencidas, correspondentes ao período compreendido entre 21-12-88 e dezembro de 1992, com exceção daquelas já pagas, donde esta parte do pleito deve prosperar.

No que tange ao pedido de correção monetária referente às parcelas vencidas, o Tribunal Regional Federal da 2ª. Região vem entendendo ser a mesma devida, conforme ementas de acórdãos que se seguem, *in verbis*:

“ADMINISTRATIVO - CORREÇÃO MONETÁRIA DE PARCELAS PAGAS ADMINISTRATIVAMENTE.

I - DIFERENÇAS DE PENSÃO MILITAR, PAGAS FORA DA ÉPOCA PRÓPRIA POR ERRO ADMINISTRATIVO, DEVEM SER CORRIGIDAS MONETARIAMENTE DESDE A DATA EM QUE SE TORNARAM DEVIDAS.

II - RECURSO E REMESSA NECESSÁRIA IMPROVIDOS.”

(AC 90.0226058, RJ - TURMA 01, DJ 07-03-91)

“ADMINISTRATIVO: PENSÃO PAGA ADMINISTRATIVAMENTE, PELO VALOR NOMINAL. DIREITO A PERCEPÇÃO DE JUROS MORATÓRIOS E CORREÇÃO MONETÁRIA, TAMBÉM, ANTE O TARDIO CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO, CONFORME R. SENTENÇA, MANTIDA POR SEUS FUNDAMENTOS, IMPROVENDO-SE A APELAÇÃO E A REMESSA OFICIAL.”

(AC 90.0211239, RJ - TURMA 03, DJ 16-12-93)

“PROCESSUAL CIVIL - ADMINISTRATIVO - PENSIONISTA DE SERVIDOR ESTATUTÁRIO POSTULA A ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA E JUROS MORATÓRIOS DESDE A DATA DA CONCESSÃO DA SUA PENSÃO - CONFIRMADA A R. SENTENÇA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS - POR UNANIMIDADE, NEGADO PROVIMENTO A REMESSA.

1 - O ENTENDIMENTO É DE QUE, EM SE TRATANDO DE DÉBITO EM ATRASO, É DEVIDO O PAGAMENTO DE CORREÇÃO MONETÁRIA.

2 - NÃO PODE O JUDICIÁRIO SE FURTAR AO RECONHECIMENTO DE QUE UM VALOR PAGO, RELATIVO A UM PERÍODO DE DOIS ANOS ATRÁS, SEJA FEITO SEM A DEVIDA CORREÇÃO MONETÁRIA.

3 - NECESSÁRIA A ATUALIZAÇÃO DE DÉBITOS EM ATRASO, A FIM DE QUE NÃO SEJAM AVILTADOS PELA INFLAÇÃO E, AINDA, NÃO SE CONSTITUAM EM FATOR DE ENRIQUECIMENTO ILÍCITO PARA TODO E QUALQUER INADIMPLENTE.

4 - CONFIRMADA A R. SENTENÇA.

5 - POR UNANIMIDADE, NEGADO PROVIMENTO A REMESSA.”

(REO 94.0205120, RJ - TURMA 02, DJ 16-02-95)

A correção monetária das parcelas atrasadas é devida como elemento de manutenção do valor aquisitivo da moeda, devendo prosperar também esta parte do pedido.

Quanto ao pedido de envio dos cálculos pela Polícia Militar, se afigura o mesmo mais apropriado para a fase de execução de sentença, onde deverá ser apreciado.

ISTO POSTO, quanto ao quinto e oitavo autores, **JULGO PROCEDENTE EM PARTE** o pedido exordial, para condenar a ré a pagar as parcelas vencidas correspondentes às diferenças das diárias de asilado, retroativamente à data da de 21-12-88 até dezembro de 1992, conforme deferido pelo Comando da Polícia Militar, com exceção daquelas já pagas, acrescido de correção monetária, a partir da data que cada parcela se tornou devida, na forma da Lei 6.899/81, mais juros de 6% (seis por cento) ao ano. Condeno-a, ainda, a efetuar o reembolso das custas judiciais pagas pela parte autora e a pagar honorários advocatícios de 10% (dez por cento) do valor corrigido das parcelas em atraso e juros de 6% (seis por cento) ao ano, sobre os valores indexados. Quanto aos demais autores, **JULGO EXTINTO O PROCESSO**, com julgamento de mérito, nos termos do art. 269, inc, IV do CPC. Custas *ex lege*. Honorários de advogado de 10% (dez por cento) do valor atualizado da causa pela parte autora. Sentença sujeita ao duplo grau de jurisdição obrigatório.

Rio de Janeiro, 20 de outubro de 1997.

FERNANDO JOSÉ MARQUES
JUIZ FEDERAL TITULAR

DR. JOSÉ ANTONIO LISBÔA NEIVA
JUIZ FEDERAL TITULAR
11ª VARA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA - RJ
PROCESSO Nº 93.0013486-8

SENTENÇA

Vistos etc.

ARLETE RODRIGUES DE SOUZA ajuizou ação em face, originariamente, do INSS, INAMPS e UNIÃO FEDERAL visando a condenação dos mesmos nos seguintes termos:

"a) Indenização em favor da esposa, correspondente ao tempo provável de vida do obituado, se não tivesse sofrido as lesões indicadas na peça vestibular, por se tratar de perda irreparável.

b) Auxílio funeral, acrescido de correção monetária e juros.

c) Dano moral a ser arbitrado por esse juízo.

....."

Salienta que seu marido se submeteu a cirurgia na Beneficência Portuguesa, em 1984, e contraiu o vírus da AIDS, o que acarretou o falecimento do mesmo; que a responsabilidade do Poder Público é objetiva.

A inicial veio acompanhada de procuração e documentos. Gratuidade deferida.

Foram oferecidas contestações.

O INAMPS foi sucedido pela União e o INSS excluído por ilegitimidade (fls. 88).

Realizada audiência, com colheita de prova.

As partes ofereceram memoriais.

É o relatório. Decido.

Rejeito a preliminar de nulidade processual alegada às fls. 106, tendo em vista que inexistente a necessidade do litisconsórcio, pois o fato ocorreu em 1984 e a alusão à Lei 8.080/90 não faz sentido.

A autora não desejou acionar o Estado ou Município do Rio de Janeiro, sendo certo que não há obrigatoriedade da presença por força de lei ou em virtude de vínculo indissolúvel decorrente da relação jurídica.

Inaplicável o art. 47 do CPC, eis que a hipótese seria, se fosse o caso, de cúmulo subjetivo facultativo.

Rejeitado a alegação de ilegitimidade da União Federal tendo em vista a Lei Federal 4.701/65, ante o seu art. 4º, o qual atribui ao Governo Federal o disciplinamento e controle da hemoterapia no País.

Há a alegação de que o vírus da AIDS teria sido contraído em transfusão de sangue.

A responsabilidade em si será analisada quando da apreciação do *meritum causae*.

A pretensão merece acolhimento.

Em primeiro lugar, mister destacar que a responsabilidade da União Federal, no caso de contaminação por transfusão de sangue, é objetiva, como destacou ÁLVARO VILLAÇA AZEVEDO (*in RT 721/78*):

“

é possível sustentar a responsabilidade objetiva da União Federal, com fundamento nos preceitos constitucionais invocados e na Lei Federal 4.701/65, que considerou da alçada exclusiva do Governo Federal o disciplinamento e o controle da hemoterapia, no País, para garantia de observância dos preceitos de Política Nacional do Sangue (art. 4º).

Nesse caso, não há necessidade de cogitar-se de culpa dos agentes da União, porque sua responsabilidade é objetiva pura, decorrente da aludida legislação”.

No Brasil, a legislação específica quanto ao exame HIV surgiu com as Leis Estaduais (SP) n. 5.190/86, 5.317/86 e 1.215/87 (RJ), bem como em razão da Lei Federal 7.649/88.

Não resta dúvida que, após a edição de tais atos normativos e comprovado o contágio por transfusão, surge a responsabilidade do Poder Público.

In casu, todavia, o fato teria ocorrido em 1984 (fls. 03 e 24), anteriormente aos atos normativos.

Não me parece razoável se socializar custo quando existia absoluta imprevisibilidade do contágio.

O Poder Público não poderia ser responsabilizado quando des-

conhecida a causa do contágio pelos meios científicos.

Todavia, quando do alegado evento a AIDS já era de conhecimento mundial. Vejamos.

Destacam MARK DREW CROSLAND GUIMARÃES e EUCLIDES AYRES DE CASTILHO, in "Aspectos epidemiológicos da AIDS/HIV no Brasil", Revista da Sociedade de Medicina tropical, abr-jun de 1993, p.101:

"A síndrome de imunodeficiência adquirida (AIDS) foi descrita a partir do final da década de setenta, sendo que os primeiros casos ocorreram no Zaire (1976-77), no Haiti (1978-79) e nos Estados Unidos (1978-79).

.....
No Brasil, os primeiros casos de AIDS foram reconhecidos no Estado de São Paulo (1 caso em 1980 e 5 em 1982), seguido do Rio de Janeiro com 1 caso em 1982. "

Outra não é a observação de FRANCISCO BASTOS e CHRISTOVAM BARCELOS, in "Geografia Social da AIDS no Brasil", Revista de Saúde Pública n. 29, 1995, p. 55:

"A epidemia torna-se visível do ponto de vista médico e social nos primeiros anos da década de 80, tendo sido dois os primeiros casos notificados na Cidade de São Paulo, em 1982".

Dessa forma, em razão da Lei 4.701/65, que determina o controle de hemoterapia no País, deveria a União Federal tomar as imediatas medidas para evitar a transmissão pela via da transfusão, o que incoorreu. Apenas com as Leis Estaduais 5.190/86 (SP), 5.317/86 (SP) e 1.215/87 (RJ), bem como diante da Lei Federal 7.649/88, o Poder Público passou a exigir o exame no sangue coletado.

No caso dos autos, parece-me suficientemente comprovada a transmissão por via de transfusão em razão da cirurgia às fls. 24.

Além da própria autora ter feito referência à transfusão (fls. 94), a testemunha de fls. 95 declarou:

"... que o Senhor Homero precisou de transfusão de sangue, sendo certo que a declarante até se ofereceu para doação..."

A testemunha de fls. 96 disse que "Homero mencionou acreditar ter contraído o vírus em uma transfusão de sangue realizada".

A primeira testemunha ressalta que "Homero não tinha relacionamentos extraconjugais" e "que era pessoa ligada ao lar e a religião", ratificada tal afirmativa por Humberto às fls. 96.

Encontra-se, portanto, comprovado nos autos:

1. a existência de uma cirurgia cardíaca;
2. a ocorrência de transfusão de sangue, sabidamente uma das formas de contágio.
3. a morte em virtude da AIDS (fls. 14).

Outrossim, como elemento indiciário temos a circunstância de que o falecido era pessoa de certa idade (sessenta anos quando do falecimento), caseira e religiosa, a afastar a possibilidade de outra forma de contágio

Estou convencido da relação de causalidade ensejadora da responsabilidade.

Quanto a indenização em si, não se discute mais a cumulabilidade da verba atinente ao dano material e moral oriundos do mesmo fato (STJ, súmula 37).

Evidente a necessidade da reparação do dano moral, eis que a autora padeceu de dor e sofrimento em razão de doença e falecimento do marido. O arbitramento do quantum deve ser realizado pelo Juízo com prudência e moderação (por todos: Guilherme Couto de Castro, *apud* "A responsabilidade civil objetiva no direito brasileiro", Forense, 1ª edição, p. 25).

Utilizo como parâmetro na fixação o antigo Código brasileiro de Telecomunicações, como tem chancelado a jurisprudência (RJTJSP 1/22; RT 120/107; RT 121/138; RT 128/172 etc), sendo certo que, em virtude de ofensa ter sido mais grave o ataque à honra, razoável o aumento (GUILHERME COUTO, obra citada, p. 24).

Assim, arbitro o dano moral em 300 (trezentos) salários mínimos, o que resulta em R\$ 36.000,00 (trinta e seis mil reais).

Não resta dúvida que faz jus ao ressarcimento das despesas de funeral (fls. 29/40).

Quanto ao pensionamento, em razão da idade da suplicante, deverá a ré pagar montante em dinheiro até seu falecimento. Nesse diapasão, deliberou a própria Suprema Corte, 1ª Turma, RE 78.022, rel. Min. Antônio Neder: "Sendo septuagenária a pensionista, deve o pensioneiro pensioná-la por toda a vida."

A peculiaridade do caso recomenda que o Juízo presuma o tempo provável de vida da vítima com base no tempo de vida da autora.

Não teria sentido aplicar a jurisprudência referente ao limite até

os sessenta e cinco anos, como vida provável da vítima, pois a autora sequer receberia mais pensão em razão da idade do falecido.

Novas núpcias ou convivência, em união estável, são causas de cessação do pagamento (RJTJSP 44/140).

O *quantum* deve corresponder ao valor do salário recebido pelo falecido, mantendo-se a atualização mediante o uso de paradigma, com o necessário acompanhamento da variação salarial da categoria (STJ, REsp. 39.625-5/ BA, rel. Min. Cláudio Santos, DJU 15.5.95, p. 13.396).

Desnecessária, segundo a jurisprudência, a formação de capital (STJ - 4ª Turma, REsp. 33.163-1, rel. Min. Athos Gúsmão Carneiro, DJU 9.8.93).

O pagamento se dará mediante inclusão em folha de pagamento, no Ministério da Fazenda.

Os juros incidem nos termos da Súmula 54 do Superior Tribunal de Justiça, desde a morte, no patamar de meio por cento ao mês.

Descabe a forma composta, eis que não houve crime (RTJ 120/1366).

ISTO POSTO,

Rejeito as preliminares e JULGO PROCEDENTE o pedido para:

1) condenar a ré a ressarcir as despesas de funeral, devidamente atualizadas, incluindo juros de mora nos termos da fundamentação.

2) condenar a ré a pagar R\$ 36.000,00 (trinta e seis mil reais) a título de dano moral.

3) pensionar a autora, nos termos da fundamentação, desde o evento, pagando os atrasados devidamente corrigidos, com juros de mora nos termos do item 1, supra.

Condeno a ré, outrossim, no pagamento de honorários advocatícios, no montante de 10% sobre o valor da condenação.

Sentença sujeita a reexame obrigatório.

P.R.I.

Rio de Janeiro, 11/07/97

JOSÉ ANTONIO LISBÔA NEIVA
JUIZ FEDERAL TITULAR

DR. AUGUSTO GUILHERME DIEFENTHAELER
JUIZ FEDERAL TITULAR
SEÇÃO JUDICIÁRIA - RJ
15ª VARA FEDERAL
PROCESSO Nº 92.0019780-9

SENTENÇA

ZINO DAVIDOFF S/A, sociedade suíça devidamente qualificada na inicial, propõe Ação Ordinária em face do **INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL – INPI** e da empresa **CIR COMÉRCIO E INDÚSTRIA DE RELÓGIOS S/A**, objetivando a anulação dos atos administrativos por meio dos quais foram declarados extintos, por falta de uso, os registros no.s 810.752.190, 810.752.301 e 810.727.269, todos relativos à marca **“DAVIDOFF”**.

Alega que a falta de uso da marca ora questionada originou-se em razão de motivo de força maior, caracterizado pela proibição da emissão de Guias de Importação relativas à comercialização de quaisquer artigos de relojoaria, incluindo aqueles objeto da marca **“DAVIDOFF”**, por meio dos Comunicados nº 105, de 20/09/84; nº 133 de 20/06/85 e nº 172, de 16/01/87, da CACEX.

Acrescenta ainda que, em decorrência desse fato, a Segunda Ré requereu, junto ao Instituto-Réu, a declaração de caducidade dos aludidos registros, logrando êxito em seu intento, sendo certo que interesse desta em dita declaração residiria na sua pretensão em obter o registro para a marca **“DAVIDOFF”**, na classe 09.05, objeto do processo nº 812.439.414.

Argumenta, outrossim, que não se pode classificar como abandono da marca o desuso em questão, ante a impossibilidade, de caráter provisória de importação de artigos assinalados por suas marcas.

Arremata afirmando que o Instituto-Réu não acolheu seus argumentos por via administrativa, vez que alegou existirem várias alternativas para que a Autora pudesse fazer uso de sua marca, o que contraria o disposto na Lei no. 5.772/71.

A Autora trouxe à colação a conclusão do “Inquérito sobre Marcas”,

onde o INPI reconsidera sua opinião sobre o conceito de “força maior”(fl. 62).

Com a inicial vieram procuração e documentos.

Devidamente citado, o INPI apresentou sua contestação às fls. 127/129, sustentando que na data das decisões administrativas sobre os pedidos de caducidade dos registros da Autora, o Instituto entendida que os Comunicados da CACEX suspendendo a emissão de guias de importação para diversos artigos , não se consubstanciavam em motivo de força maior a justificar o desuso da marca. Sustenta ainda que, de acordo com o entendimento do Instituto naquela ocasião, restavam ao titular da marca várias alternativas a adotar, tais como, fabricar e comercializar os seus artigos em solo brasileiro, licenciar a sua marca a terceiros ou utilizar o caminho da Zona Franca de Manaus.

A Segunda Ré foi citada por Carta Precatória (fls. 233/234v). Apresentou contestação às fls. 243/245, argüindo, preliminarmente, carência de ação por sua falta de interesse processual na demanda. No mérito, afirmou que nada tem a opor quanto ao pedido formulado, sendo-lhe indiferente a anulação ou não dos atos administrativos que cancelaram a vigência dos registros em questão.

Em provas, nada requerido.

É o relatório.

Preliminarmente.

Falta de Interesse Processual – Carência de Ação.

Conforme se verifica nos autos, é evidente o interesse processual da parte autora em citar a segunda Ré para fazê-la integrar o pólo passivo da lide, vez que a lesão de seu direito configurou-se, precisamente, no momento em que esta última requereu, junto ao Instituto-Réu, a declaração de caducidade de seus registros.

Portanto, rejeito a preliminar.

No mérito.

Visa a presente ação anular ato administrativo expedido pelo Presidente do Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI), que decretou a extinção de registros relativos a marca “DAVIDOFF”, sob o fundamento de falta de uso, nos termos do inciso III do art. 93 do Código de Propriedade Industrial.

Antes de recorrer ao Judiciário, verifica-se que a Autora, atendendo notificação do aludido Instituto, invocou motivo de força maior a justificar o desuso da marca em questão, porquanto no biênio durante o qual lhe caberia comprovar a utilização da sua marca, a concessão de

licença para importação de artigos de relojoaria se encontrava suspensa, de acordo como os Comunicados da CACEX que juntara aos autos do processo administrativo naquela oportunidade.

Para tanto, além da excludente prevista no art. 94 do Código de Propriedade Industrial, socorreu-se do art. 5º da Convenção da União de Paris, que afasta a caducidade na medida em que o titular do registro haja justificado o desuso.

O Instituto-Réu, por sua vez, contestou o feito alegando que, inobstante seu contrário posicionamento atual, à época das decisões administrativas dos pedidos de caducidade dos registros da Autora, não era seu entendimento considerar como motivo de força maior o impedimento oferecido pelos comunicados da CACEX anteriormente mencionados.

Conclui-se, pois, que a presente controvérsia cinge-se a definir se os motivos invocados pela Autora para justificarem, a falta de uso da marca, configuram-se ou não "força maior".

A proibição estabelecida pela CACEX quanto à importação de produtos ou artigos de relojoaria, os quais eram comercializados pela Autora, assinalados com a respectiva marca "DAVIDOFF", configura motivo de força maior impediendo a redundar na caducidade dos registros da parte autora, nos termos do art. 94 do Código de Propriedade Industrial.

Com efeito, a suspensão, emanada do próprio Governo, de emissão Guia de Importação do produto comercializado pela parte autora configura óbice criado pela União Federal e, portanto, força maior suficiente para inviabilizar o uso da marca em questão, sendo aplicável na espécie o parágrafo único do art. 94 do CPI.

Nesse sentido tem entendido o Egrégio Tribunal Regional Federal da 2ª Região:

ADMINISTRATIVO – MARCA INDUSTRIAL – CADUCIDADE – MOTIVO DE FORÇA MAIOR.

Comprovado que a empresa não utilizou, no Brasil, a marca de que é titular, em razão de proibição da importação dos produtos por ela assinalados, por força de Resolução da "CACEX", configura-se o motivo de força maior previsto no art. 94 do Código de Propriedade Industrial, e assim, a omissão de uso da marca, dentro do período da proibição, ainda que dure mais de dois anos, não justifica a declaração de caducidade.

Recurso provido (DJ/Seção 2, de 07/05/1992, P. 159) (AC Nº 0200204/90, Pleno, Relator Desembargador Clélio Erthal, DJ 22/11/94).

ADMINISTRATIVO – REGISTRO DE MARCA – CADUCIDADE – ART. 94 DO CÓDIGO DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL – FORÇA MAIOR.

1 – A suspensão de guia para importação do produto em questão se configura óbice criado pela União Federal portanto, força maior suficiente para inviabilizar o uso da marca.

2 – Aplicável, na espécie, o parágrafo único do art. 94 do CPI.

3 – Por maioria, negado provimento ao recurso.

(AC no. 0200322/90, 2ª Turma, Relator Desembargador Alberto Nogueira, DJ 10/09/92).

ADMINISTRATIVO – PROPRIEDADE INDUSTRIAL – MARCA “MOUSTACHE” – DECRETAÇÃO DE CADUCIDADE – ANULAÇÃO.

I – Não utilizado o registro no prazo previsto, em razão de determinação governamental que impediu a empresa de trazer seus produtos, há que se reconhecer a ocorrência de motivo de força maior, que impede a decretação da caducidade.

II – Apelação provida – sentença reformada para anular a decisão que declarou a caducidade do registro.

(AC no. 0210274/91, 1ª Turma, Relator Desembargador Frederico Gueiros, DJ 24/08/93).

Ademais, cabe consignar a opinião atualizada do INPI, reformulando a sua posição sobre a questão, conforme se observa a fl. 62. Acolhe o Instituto a orientação jurisprudencial dos Tribunais Superiores, segundo a qual a determinação governamental de proibir a importação de produtos inseridos no Comunicado da CACEX caracteriza motivo de força maior capaz de elidir eventual pedido de caducidade de marca.

Por fim, cumpre ressaltar que, diante da afirmativa da segunda Ré, no sentido de que “nada tem a opor quanto ao pedido formulado” pela parte autora, impõe-se a extinção do processo em relação a àquela, com julgamento de mérito, com base no disposto no art.269, II do CPC.

Isso posto:

1) **JULGO PROCEDENTE O PEDIDO** para **ANULAR** as decisões que declararam as caducidades, por falta de uso, dos registros números 810.752.190, 810.752.301 e 810.727.269 para a marca "**DAVIDOFF**".

2) **CONCEDO** à Autora o prazo de 60 (sessenta) dias para requerer junto ao Instituto-Réu as prorrogações relativas aos registros em questão, em conformidade com os artigos 85 e 106 da Lei no. 5.772/71.

3) **JULGO EXTINTO O PROCESSO** com julgamento de mérito em relação a **CIR COMÉRCIO E INDÚSTRIA DE RELÓGIOS S/A**, nos termos do art. 269, II do CPC.

4) **CONDENO** os Réus a **PAGAREM** à Autora as despesas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 10% do valor da causa, corrigido monetariamente pela aplicação dos mesmos índices previstos para reajuste dos depósitos populares de poupança.

Sentença sujeita ao duplo grau de jurisdição (art. 10 da Lei no.9.469/97).

P.R.I.

Rio de Janeiro, 01 de dezembro de 1997

AUGUSTO GUILHERME DIEFENTHAELER
JUIZ FEDERAL TITULAR

DR. WANDERLEY DE ANDRADE MONTEIRO
JUIZ FEDERAL TITULAR
17ª VARA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA - RJ
PROCESSO Nº 5955750

SENTENÇA

Vistos, etc.

I - O RELATÓRIO

DANIEL BATISTA QUERES; qualificado na inicial propõe esta AÇÃO ORDINÁRIA em face da UNIÃO FEDERAL, postulando sua reforma na graduação de Terceiro Sargento/ da Aeronáutica e auxílio invalidez a partir da data em que foi julgado incapaz definitivamente para o serviço militar.

Alega que a doença mental que o acometeu, eclodiu quando cursava a Escola de Especialista da Aeronáutica de Guaratinguetá, São Paulo, tendo sido licenciado no decorrer do período em que se encontrava "hospitalizado, sob a responsabilidade do Ministério da Aeronáutica".

Inicial instruída com os documentos de fls. 06/09.

Citada (fls. 12), ofereceu a Demandada a Resposta de fls. 14/25, arguindo a preliminar de extinção do direito subjetivo face a prescrição, aduzindo, no mérito, só estar assegurada a reforma de praça com menos de 10 (dez) anos, se considerado inválido, isto é, impossibilitado total e permanente para qualquer trabalho (Lei nº 5.774/71, art. 110).

Réplica às fls. 27/29.

Saneador irrecorrido às fls. 33.

Por sentença de fls. 75/78, acolheu-se a preliminar de prescrição de fundo do direito, julgando-se improcedente a Ação. Esta decisão foi reformada pelo Acórdão de fls. 94/100, cuja Ementa é a seguinte:

"EMENTA

PROCESSUAL CIVIL.

Perícia psiquiátrica efetuada por psicólogo, na cidade do Rio de Janeiro, onde não seria impossível ao Juiz nomear expert que fosse detetor de conhecimento técnico ou científico (CPC, arts. 145 e 424, I).

Cerceamento de direito processual do autor.

Apelação parcialmente provida, para anular-se o processo, a partir da perícia, inclusive, determinando-se que se proceda a novo exame no apelante, por psiquiatra habilitado, prosseguindo-se no feito, como de direito."

Retornando os autos a este Juízo, procedeu-se a nomeação de perito psiquiatra (fls. 102), em cumprimento ao Acórdão, que prestou compromisso, apresentando o laudo de fls. 111/116.

Audiência de Instrução e Julgamento conforme assentada de fls. 118.

II - OS FUNDAMENTOS

Manifesta o Autor a pretensão de obter a sua reforma na graduação de 3º- Sargento da Aeronáutica, sob a alegação de que sua alienação mental surgiu quando cursava a Escola de Especialistas da Aeronáutica, como aluno da 1ª Série, havendo relação de causa e efeito entre a moléstia contraída e o serviço ativo militar.

Redargui a União Federal sustentando que sua reforma não poderia ter ocorrido, por não ter sido ele julgado impossibilitado e permanentemente inválido para qualquer trabalho. Como possuía menos de 10 (dez) anos de efetivo serviço, foi, em 31.10.1975, desincorporado do serviço ativo da Força Aérea Brasileira, de acordo com o Parágrafo Único do art. 128 da Lei nº 5774/71, de 23 de dezembro de 1971, c/c o art. 140, nº 6, do Decreto nº 57.654, de 20 de janeiro de 1966 e desligado da EEAer.

Antes de sua desincorporação, foi o autor submetido a inspeção de saúde, pela Junta Regular de Saúde da Escola de Especialistas da Aeronáutica, e nas três sessões em que foi inspecionado foi julgado incapaz temporariamente por sucessivos prazos que medearam de 19 de junho de 1975 a 15 de dezembro de 1975 (fls. 19), como se por ventura tal pudesse ocorrer com alguém acometido de alienação mental (Esquizofrenia Parainóide - CID-I-295, 3).

A não ser que a Junta Regular de Saúde fosse constituída de incompetentes, não é crível que pudesse o Autor, portador de doença incurável conforme conclusão do laudo do experto de Juízo, fosse julgado definitivamente capaz. Seria um caso inédito nos anais da psiquiatria: um paciente cuja patologia foi desencadeada no período em que cursava um estabelecimento de ensino militar; sendo necessária intervenção psiquiátrica no período crítico e indicada internação nosocomial (HFAG); julgado incapaz temporariamente por um total de 170 dias, devendo continuar tratamento especializado; não tenha, após essa odisséia, sido considerado incapaz definitivamente para o serviço militar.

É óbvio que a desincorporação prevista no art. 140, 6 § 6º, do Decreto nº 57.654/66, não se aplica à hipótese de moléstia incurável, como a alienação mental.

A sua reprovação, que motivou sua exclusão do efetivo da EEAer. e do Corpo de Alunos e Esquadrilha a que pertencia, ocorrido em 31/10/75, a toda evidência, resultou de seu estado patológico, porquanto desde

19. 06. 75 que veio a ser julgado incapaz temporariamente, sendo submetido a tratamento especializado (fls. 19 e 22/23). Na mesma data de sua reprovação, foi julgado incapaz temporariamente por mais de 60 (sessenta) dias, devendo continuar tratamento especializado, foi desincorporado das fileiras da FAB, em embargo de haver sido determinado à Divisão de Saúde providenciasse a continuação do tratamento do ex-aluno.

A violação do direito do Autor foi tamanha, que pesou na consciência dos seus comandantes. Foi necessária a continuação do seu tratamento (fls. 23).

Tanto que existiu a relação de causa e efeito entre a moléstia e a reprovação na 1ª Série do Curso (ficando aguardando pronunciamento da Divisão de Saúde da EEAr.) quanto vinculado está o seu desencadeamento ao serviço militar ativo no período em que estava cursando aquele estabelecimento de ensino militar de formação de sargentos da F.A.B. (fls. 42/45 e 47).

A conclusão e parecer médico legal do Perito do Juízo espanca qualquer dúvida quanto a alienação mental de que é portador o Autor, que o torna incapaz para qualquer trabalho e a relação de causa e efeito a condições inerentes ao serviço, a que autoriza a sua reforma com a remuneração calculada com base no soldo correspondente ao grau hierárquico imediato ao que possuía na ativa, qual seja, a de Terceiro-Sargento da F.A.B..

Comprovado através de perícia judicial (fls. 110/115) que o estado mórbido do aluno da escola militar eclodiu durante o período em que a cursava e ali prestava serviço, impõe-se a reforma, considerando-se irregular, por conseguinte, o desligamento.

Não havendo necessidade de internação em caráter permanente, sim, tratamento em regime ambulatorial, com eventual internação nos períodos de agudização a sintomatologia delirante, não faz jus o Demandante ao auxílio-invalidez pretendido.

III - O DISPOSITIVO

Isto posto, JULGO PROCEDENTE esta AÇÃO ORDINÁRIA para anular o ato que desincorporou das fileiras F.A.B., condenando a UNIÃO FEDERAL a proceder a Incorporação do Autor, DANIEL BATISTA GUERES, e, em seguida, reformá-lo na graduação de praça constante do quadro de que se refere o art. 16, da Lei nº 6880/80, com os proventos de Terceiro-Sargento e, em consequência, pagar as prestações atrasadas, corrigidas monetariamente, a contar da data da desincorporação, acrescidas de juros de mora a partir da citação, além das custas processuais e verba honorária que fixo em 20% (vinte por cento) sobre o valor a ser apurado em liquidação de sentença.

Sentença sujeita ao duplo grau de jurisdição.

P.R.I.

Rio de Janeiro, 06 de junho de 1990.

WANDERLEY DE ANDRADE MONTEIRO
JUIZ FEDERAL TITULAR

DRA. EDNA CARVALHO KLEEMANN
JUÍZA FEDERAL SUBSTITUTA
17º VARA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA-RJ
PROCESSO Nº 95.0020062-7 - CLASSE II TIPO III

SENTENÇA

Vistos, etc.

I - RELATÓRIO

01. F. S. DIAS DE MATOS & CIA. LTDA. aforou a presente Ação Mandamental em face do INSPETOR DA ALFÂNDEGA NO PORTO DO RIO DE JANEIRO, insurgindo-se contra a incidência da Portaria Interministerial nº 13/95, que passou a exigir o recolhimento de direito *antidumping*, na importação, procedida pela GI 86-95/001364-9, de alho da República Popular da China.

02. Alega a Impetrante que o Governo Federal decidiu sobretaxar *provisoriamente* a importação de alho originário da República Popular da China, atendendo a pedido de empresas nacionais que denunciaram a prática de *dumping*. Aduz que a sobretaxa, segundo a Portaria Interministerial nº 13/95, foi fixada provisoriamente por um período de quatro meses, dentro do qual será verificada a existência do *dumping*. Em caso negativo, os valores recolhidos a esse título seriam devolvidos, o que configuraria empréstimo compulsório instituído com desrespeito a normas constitucionais e legais aplicáveis à espécie. Ainda, segundo atende, a taxaçoão seria inconstitucional porque a Portaria Interministerial nº 13, de 30 de agosto de 1995, estaria sendo aplicada com desrespeito ao direito adquirido da Impetrante, eis que editada posteriormente à data do registro da GI 86-95/001364-9, ocorrido em 16 de agosto de 1995. Invoca o artigo 8º da Lei nº 9.019/95, para ver-se desobrigada do recolhimento do direito *antidumping*.

03. Por fim, sustenta a Impetrante que a taxaçoão tem natureza tributária, e como tal está sujeita ao sistema tributário nacional, e adstrita aos princípios da legalidade, irretroatividade, anterioridade, entre outros, todos violados pela indigitada portaria interministerial.

04. A inicial veio acompanhada dos documentos de fls. 09 *usque*

13, complementados pela juntada de outros documentos (fls. 16/59). As custas foram recolhidas conforme comprovante de fls. 14. Justificando tratar-se de mercadoria altamente perecível, já nacionalizada com os impostos pagos, requereu a concessão de liminar, com o intuito de imediata liberação da mercadoria, e, no mérito, pleiteou a concessão definitiva da ordem para ficar exonerada do recolhimento do direito provisório *antidumping*, instituído pela Portaria Interministerial nº 13/95.

05. Às fls. 61 *usque* 62, compareceram as empresas CARVALHIDO IMPORTAÇÃO LTDA., GARNER ALIMENTOS LTDA., COMÉRCIO DE CEREAIS ARNONE LTDA. E ISOBATA DISTRIBUIDORA DE PESCADOS LIMITADA, todas representadas pela mesma procuradora da Impetrante, alegando a titularidade de direito idêntico ao reclamado no presente *mandamus* e requerendo sua inclusão como litisconsortes ativos. Com o pedido vieram os documentos de fls. 63/220, que comprovam que às litis-consortes igualmente importaram alho da República Popular da China, também com registro antecipado das respectivas guias de importação, ocorrido entre os dias 16 de agosto e 22 de agosto de 1995.

06. A liminar foi concedida pelo r. despacho de fls. 221 e verso, nos exatos termos do pedido exordial, e o litiscorsórcio ativo foi admitido, estendendo-se a favor das empresas litisconsortes os efeitos da liminar. No mesmo despacho foi determinada a notificação da Autoridade Impetrada e ouvida do Ministério Público Federal. Às fls. 225/229 foram juntados os instrumentos de mandato outorgados pela Impetrante, e pelas litisconsortes Garner Alimentos Ltda., Comércio de Cereais Arnone Ltda. e Isobata Distribuidora de Pescados Ltda.

07. A Autoridade Impetrada apresentou suas informações às fls. 232/236, defendendo a incidência da Portaria Interministerial nº 13, de 30 de agosto de 1995, a qual foi precedida de ampla investigação que conduziu à constatação da existência de *dumping* no alho exportado pela República Popular do China.

Defende a cobrança do direito *antidumping* sobre a importação feita pela Impetrante e litisconsortes, pois a portaria teria sido editada antes do desembaraço das mercadorias objeto de importação, as quais só ingressaram em território nacional no dia 08 de setembro de 1995. Embora houvesse antecipação do registro das GI e pagamento do imposto, permitido por tratar-se de mercadoria perecível, a importação só se completaria no momento do desembaraço da mercadoria. O fato gerador do direito *antidumping*, assim, só ocorreu em data posterior à vigência da Portaria Interministerial nº 13/95 (anexada às informações).

08. O Ministério Público Federal opinou pela denegação da or-

dem, entendendo não ter o direito *antidumping* natureza tributária e que a antecipação do registro aduaneiro não altera o momento do cumprimento da obrigação de recolhimento do direito *antidumping*, que se verifica quando da entrada da mercadoria estrangeira no país, o que ocorreu em 08 de setembro de 1995, não podendo, antes disso, falar-se em direito adquirido (parecer de fls. 243/244).

É O RELATÓRIO. DECIDO.

II - FUNDAMENTAÇÃO

09. Inconformadas com a exigência de pagamento do chamado direito *antidumping*, a Impetrante e litisconsortes interpõem o presente *mandamus*, entendendo que a exação tem natureza tributária, e como tal deve subordinar-se ao sistema tributário nacional, atendendo aos princípios da legalidade e da irretroatividade, respeitando o direito adquirido.

10. Sem descartar a natureza tributária dos direitos compensatórios e do direito "antidumping", que a mim se afiguram com contribuições de intervenção no domínio econômico, de que trata a Carta Constitucional no artigo 149, não vislumbro na sua cobrança desrespeitando aos princípios da legalidade e da irretroatividade, muito menos violação ao direito adquirido das Impetrantes, *data venia*.

11. As Impetrantes impugnam a cobrança do direito *antidumping*, incidente sobre a importação de alho da República Popular da China, cuja imposição foi precedida de processo administrativo investigatório que concluiu, após análise de longo período, pela existência de *dumping* na exportação do alho pela China, que, *para efeito de cálculo do preço da exportação vinha desconsiderando as margens de comercialização* (fls. 239, item D da Portaria em questão). Dito procedimento ocasionou "dano" à produção doméstica, motivando a imposição do direito *antidumping*.

12. O direito *antidumping*, como também os direitos compensatórios, nasceu em razão de vários Acordos Internacionais, de que o Brasil é signatário, *verbi gratia*: Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio- GATT, Acordo sobre Implementação do art. 6º do GATT e Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatória, anexado ao Acordo Constitutivo da Organização Mundial do Comércio. O Acordo "antidumping", que interessa para a solução desta demanda, foi aprovado por Decreto Legislativo e promulgado pelo Executivo, através do Decreto nº 93.941/87, o qual estabelece o procedimento para apuração do *dumping*, do dano e o valor correspondente aos direitos *antidumping*.

13. A criação, portanto, da exação se deu por tratado internacional, cuja ampla atuação no campo dos tributos não se discute. Neste sentido, o Código Tributário Nacional hierarquiza os tratados e acordos internacionais, averbando que *"revogam ou modificam a legislação interna e serão observados pela que lhes sobrevenha"*.

14. Sendo assim, observa-se que a criação do direito *antidumping* atende ao princípio da legalidade tributária, eis que os Tratados e Acordos Internacionais têm força de lei especial, nos exatos termos do próprio Código Tributário Nacional.

15. Aos Acordos Internacionais veio somar-se a Lei nº 9.019/95, antecedida pela Medida Provisória nº 879, que não cria a exação, apenas estabelece as regras a serem tomadas na investigação do "dano" e na apuração da margem do *dumping*, outorgando competência para o processo administrativo à Secretaria de Comércio Exterior - SECEX (artigo 5). Não significa majoração de alíquota de imposto, mas investigação sobre a existência do *dumping* e estudo econômico-financeiro do "dano", que quantifica o valor a ser exigido a título de direito *antidumping*.

Em razão desse fato, e considerando que a margem de *dumping* está interligada à importação de produtos (CF/ art. 153, § 1º), e sobretudo em razão de sua finalidade de proteção ao mercado doméstico, entendo que a cobrança da sobretaxa se impõe imediatamente, a partir da edição da portaria interministerial, às mercadorias importadas, mas não desembaraçadas.

16. A Lei nº 9.019/95 estabelece textualmente, no seu artigo 7º, *verbis*:

Art. 7. O cumprimento das obrigações resultantes da aplicação dos direitos "antidumping" e compensatórios, sejam definitivos ou provisórios, será condição para a introdução no comércio do País de produtos objeto de "dumping" ou subsídio.

17. Rejeito, assim, a alegada nulidade da cobrança do direito *antidumping* por pretensa violação ao princípio da legalidade e da irretroatividade. Também não vejo, na sua cobrança, qualquer similitude com o empréstimo compulsório, pois a previsão de sua eventual restituição em caso de restar afastada a existência de *dumping*, apenas equivale à devolução do dano cobrado, e posteriormente considerado inexistente.

18. Não concordo, outrossim, com a alegação de ofensa a direitos adquiridos. As Impetrantes importaram alho da República Popular da China, preenchendo e antecipando o registro das GIs nºs 86-95/001364-9, 001-95/31688-0, 3215-97/549-2, 3215-95/546-8 e 3215-95/581-6, en-

tre os dias 16 e 22 de agosto de 1995, mas a mercadoria importada só ingressou no território nacional em data de 08 de setembro de 1995.

A antecipação do registro da declaração é permitida em se tratando de mercadorias perecíveis e visa agilizar o desembaraço aduaneiro quando da chegada da mercadoria em porto brasileiro, nos termos dos artigos 411 e 413 do Regulamento Aduaneiro, aprovado pelo Decreto nº 91.030, de 05.03.85.

19. Porém, e nos termos das informações da Autoridade Impetrada e dos doutos subsídios trazidos pelo *Parquet* Federal, não há como confundir-se a agilização para futuro desembaraço aduaneiro com a chegada da mercadoria em porto brasileiro, quando se opera o fato gerador dos tributos incidentes sobre a importação.

20. A antecipação, inclusive com pagamento do imposto de importação, se faz sob única e exclusiva responsabilidade da empresa importadora, já que, quando da chegada da mercadoria importada, deverá comprovar a sua propriedade, através das notas fiscais, bem como providenciar a inspeção da mercadoria, para ulterior liberação ou desembaraço aduaneiro, entre outras providências.

21. Para solucionar a presente pendência resta caracterizar qual o momento em que incide o chamado direito *antidumping*. A Lei nº 9.019/95 admite a sua imposição provisória ou definitiva, **DELIMITANDO TEMPORARIAMENTE A SUA INCIDÊNCIA**, nos termos do artigo 8º, *verbis*:

Art. 8º: Os direitos "antidumping" ou compensatórios, provisórios ou definitivos, **somente serão aplicados sobre bens DESPACHADOS PARA CONSUMO a partir da data da publicação do ato que os estabelecer, ... (omissis)**. Grifei.

22. Sendo assim, a Portaria Interministerial nº 13, que taxou a exação questionada no presente *mandamus*, foi editada em 30 de agosto de 1995, para vigorar a partir de então e onerar as mercadorias (nela discriminadas) **QUE AINDA NÃO TIVESSEM SIDO DESPACHADAS PARA CONSUMO**.

"Despachar para Consumo", implica necessariamente no ato final do despacho aduaneiro, com liberação da mercadoria, não podendo ser entendida como **DESPACHADA PARA CONSUMO** a mercadoria que sequer chegou ao porto brasileiro, mas simplesmente teve autorizada a importação, com antecipação do registro da guia ou declaração de importação.

23. Estabelecido o momento de incidência do direito *antidumping* (despacho para consumo), e o fato de as mercadorias importadas pelas

Impetrantes só terem ingressado no Brasil em 08 de setembro de 1995, não vejo como possam as Impetrantes pretender eximir-se da aplicação da Portaria Interministerial nº 13/95, cuja data de vigência iniciou em 30 de agosto de 1995.

24. Na hipótese dos autos, somente a partir de 08 de setembro de 1995, poderia ser completado o desembaraço aduaneiro com a entrega das mercadorias importadas às Impetrantes. E, em 08 de setembro de 1995, já vigia a Portaria nº 13/95, que passou a exigir o pagamento do direito *antidumping* questionado, pelo que entendo devido o seu pagamento, não vislumbrando qualquer desrespeito a direitos adquiridos.

25. Por derradeiro, e invocando aqui as informações da Autoridade Coatora, a cobrança em tela não pode ter causado surpresa para as Impetrantes, já que através da Circular nº 87, de 05.12.94, a Secretaria de Comércio Exterior (SECEX), deu publicidade à abertura de procedimento administrativo de investigação de *dumping* na exportação de alho originária da República Popular da China.

III - DISPOSITIVO

26. *EX POSITIS*, revogando a liminar de fls. 221 e verso, **JULGO IMPROCEDENTE** a Ação Mandamental intentada por F. S. DIAS DE MATOS & CIA. LTDA. e OUTROS, na qualidade de litisconsortes ativos, imputando-lhes a responsabilidade pelo recolhimento do direito *antidumping*, nos termos fixados pela Portaria Interministerial nº 13/95. **DENEGO A SEGURANÇA.**

27. Custas pelas Impetrantes. Sem honorários, *ex vi* Súmulas STF/512 e STJ/105.

28. Tendo sido admitido o ingresso, na condição de litisconsortes ativos, das empresas CARVALHIDO IMPORTAÇÃO LTDA., GARNER ALIMENTOS LTDA., COMÉRCIO DE CEREAIS ARNONE LTDA. e ISOBATA DISTRIBUIDORA DE PESCADOS LTDA., determino, oportunamente, seja retificada a autuação do pólo ativo do *mandamus*.

P. R. I. OFICIE-SE

Rio de Janeiro, 01 de abril de 1998.

EDNA CARVALHO KLEEMANN
JUÍZA FEDERAL SUBSTITUTA

DR. GUILHERME COUTO DE CASTRO
JUIZ FEDERAL TITULAR
19ª VARA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA - RJ
PROCESSO Nº 97.100308-0

SENTENÇA

Vistos, etc...

BAYER AKTIENGESELLSCHAFT, qualificada na inicial, promove a presente demanda em face do INSTITUTO NACIONAL DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL, objetivando condenar a Ré, in verbis:

“ a promover a extensão do prazo de vigência das patentes controvertidas para 20 anos contados das datas de depósito dos pedidos correspondentes, fazendo a publicação respectiva em seu órgão oficial e expedindo carta-patente complementar ou documento com efeitos equivalentes, não computado aí, para cada patente objeto da demanda, o período compreendido entre a data em que o direito da Autora completou ou completará 15 anos e aquela em que transitada em julgado a decisão que acolher o pedido de extensão de vigência das patentes.”

Como causa de pedir, alega que embora o Acordo sobre Aspectos de Direito de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio, universalmente conhecido como “TRIPS”, estabeleça que os países em vias de desenvolvimento dispõem de prazo de quatro anos, além do prazo geral de um ano, para tornar o acordo plenamente eficaz, a Lei no. 9279/96 estendeu para 20 anos o prazo de proteção das patentes, e tal extensão teria aplicação imediata às patentes já concedidas e ainda em vigor, por força do disposto no art. 70.2 do Acordo. Entretanto, o INPI vem negando a incidência imediata do art. 70.2 do TRIPs, invocando a eficácia diferida do acordo.

Dai o pedido, acompanhado de mandato (fls. 18/24) e documentos (fls.25/97), pagas as custas (fls. 17).

Regularmente citada, a Ré contestou (fls. 103/114), salientando que

não está o Brasil, ainda, obrigado à aplicação automática de todas as disposições do TRIPs, e, em sendo país em desenvolvimento, o acordo lhe investe em prazo de transição, não renunciado, de modo que a extensão do novo prazo de proteção para as patentes em vigor apenas seria obrigatória em 31/12/1999. Juntou procuração (fls. 115/116) e documentos (fls. 117/129).

Réplica em fls. 134/142. Juntou documentos (fls. 143/149).

É o relatório. DECIDO.

II

A questão é meramente de direito, e o julgamento imediato se faz mister.

Desde logo deve ser afirmado que o tema é daqueles que permitem a defesa das duas visões antagônicas com razoabilidade, ou seja, há bons argumentos dos dois lados, e, assim, a solução aqui adotada não implica qualquer demérito ao excelente trabalho que as partes fizeram, na defesa de suas posições.

A nosso sentir, a improcedência é o caminho correto, data venia.

As patentes são privilégios de exclusividade concedidos aos que tiveram o mérito de desenvolver criação utilitária, e, por óbvio, tem a sua duração definida pela lei em vigor em cada época.

A superveniência de novo ordenamento, aumentando o prazo de exclusividade, apenas será aplicável aos privilégios anteriormente concedidos se a legislação nova assim dispuser, expressamente. A lei nova em aplicação imediata, mas não para obrigar a sua incidência a casos anteriores, examinados e decididos pela lei de antes, com cartas já expedidas. Isto seria retroatividade, embora retroatividade admissível, não vedada pela Constituição.

A título de fixação de raciocínio, note-se que a lei pode retroagir, ao contrário do corrente pensamento usual, desde que não atinja o ato jurídico perfeito, a coisa julgada ou o direito adquirido (art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal).

No caso concreto, a posição de eventual interessado em explorar a criação, objeto da patente, sem ter de negociar com o seu titular, na espera de vê-la em domínio público, é a posição de expectativa de direito. Nessa ótica, a lei nova pode retroagir, e ampliar o prazo de privilégio já definido, antes menor, beneficiando ao seu titular.

Mas, repita-se, deve ser expressa, clara, inequívoca, pena de apenas valer dali para diante, o que aliás é a regra em todos os campos, em nome e em homenagem à segurança jurídica. Imaginemos, por exemplo, várias empresas já se preparando para, diretamente, explorar tal ou qual

invento, sabendo que o prazo está em esgotamento. Em nome da segurança jurídica, a lei há de ser expressa, quanto à aplicabilidade para os prazos anteriores, e, em tal caso, tais empresas não terão a expectativa de direito convertida em direito consumado.

Frise-se que o exemplo acima demonstra a importância da distinção imediata e aplicação a patentes anteriores, certo que, também, cuida-se de postura lícita do empresário, desde logo afastando qualquer comparação com situações de pirataria que, inclusive com o advento do TRIPs, com maior rigor se combaterão.

Referidas tais considerações, resta ler a Lei 9279 e o TRIPs, e aferir se há determinação de que o prazo vintenário seja aplicado às patentes antes já expedidas. Tenho que não, e, ao contrário do que possa parecer a uma leitura apressada, não o diz o artigo 70, item 2, do TRIPs. O acordo citado afirma exatamente o oposto, no item 70.1, *in verbis*:

"ARTIGO 70

1 – Este Acordo não gera obrigações relativas a atos ocorridos antes de sua data de aplicação para o respectivo Membro."

Aqui e ali o artigo 70.2 tem obtido outra interpretação mas, repita-se, fosse para ampliar o prazo de patentes anteriores, a norma teria de ser muito clara em tal sentido, e não o é, e, a nosso sentir, jamais o disse.

Assim, desnecessário examinar se o Brasil pode postergar a aplicação integral do texto, para fazê-lo apenas a partir do ano 2.000, pois nada obriga à ampliação dos prazos de privilégios expedidos antes do novo sistema.

Por último, elogie-se o excelente trabalho dos causídicos da Autora, como sempre aliás, mostrando, de toda sorte, a razoabilidade da tese contrária.

III

Do exposto, **JULGO IMPROCEDENTE O PEDIDO.**

Custas ex lege, e verba honorária de 5% do valor atualizado da causa.

P.R.I.

Rio de Janeiro, 22 de Abril de 1998.

GUILHERME COUTO DE CASTRO
JUIZ FEDERAL TITULAR

DRA. REGINA COELI M. C. PEIXOTO
JUÍZA FEDERAL SUBSTITUTA
21ª VARA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA - RJ
PROCESSO Nº 91.0133805-6

SENTENÇA II

Vistos, etc.

UMBRO INTERNATIONAL LIMITED ajuizou a presente Ação Anulatória de Ato Administrativo, pelo procedimento comum ordinário, em face do **INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL-INPI E OUTRA**, alegando, em suma, que:

- 1- o mencionado ato declarou a caducidade e conseqüente extinção de sua marca registrada, cujo registro data de 16 de fevereiro de 1983, requerido por Confecções Elite Ltda., que concomitante requereu o registro da referida marca;
 - 2- o ato foi fundamentado na política do requerido em desconsiderar provas de uso de empresas brasileiras, não validadas por contrato de licença de marca averbado e nas provas apresentadas pela Segunda ré, onde se verifica a produção no Brasil, sob encomenda, de milhares de artigos do vestuário esportivo, da marca UMBRO, num total de 29 guias de exportação;
 - 3- que o uso através de exportação constitui uso direto, pelo titular da marca, sendo prática comum em território nacional, a marca aposta em produto fabricado no país e vendido somente no exterior, uma vez que gera impostos, divisas, empregos, etc;
 - 4- que a exigência de contrato em relação a guias de exportação (uso através de fabricação por encomenda) contraria precedentes administrativos existentes, ofendendo ao princípio constitucional de isonomia;
- II- Com a exordial os documentos de fls. 19 usque 120;
- III- Custas recolhidas à fl.121;
- IV- Citada, através de Carta Precatória, a Segunda ré manifestou-se às fls. 130 usque 146, alegando, em síntese, preliminarmente, sua legitimida-

de para a causa, nos termos do artigo 62, parágrafo único do Código de Propriedade Industrial.

No mérito, que de acordo com o artigo 94 da Lei no. 5.772/71, a autora deveria iniciar o uso efetivo de sua marca não o podendo interromper por período a dois anos consecutivos e que a autorização da marca por terceiros deve ser precedida de contrato de exploração com as condições sobre o uso, devendo estar o mesmo averbado pelo INPI para que produza efeitos sobre terceiros, sendo certo que tal contrato deveria ter tido início de vigência em 16.02.83.

Por fim, que embora a autora tenha conseguido registrar sua marca no Brasil, dela não fez uso regularmente, sendo que a caducidade da marca não se deu pelo comportamento correto do INPI, mas sim pela inércia da suplicante.

V- O INPI apresentou sua resposta, na forma de contestação, às fls. 157 usque 162, alegando, em suma, que para comprovar o uso da marca no biênio legal foram apresentadas Notas Fiscais, porém desacompanhadas do contrato de autorização de uso de marca, o qual só veio a ser averbado em período posterior ao aludido biênio, em desacordo com o artigo 90 do Código da Propriedade Industrial e do então vigente Ato Normativo nº 015, de 11/09/75.

Por outro lado, que ao averbar o contrato de licença de uso, em data posterior ao biênio legal, não ratificou o uso da marca pela licenciada naquele período inicial.

VI- Às fls. 211 usque 217 decisão do TRF- 2ª Região relativamente a agravo de instrumento interposto contra decisão da Juíza a quo indeferindo a liminar em Medida Cautelar que precedeu a presente Ação Anulatória.

Em não havendo mais provas a serem produzidas vieram-me os autos conclusos para julgamento antecipado, nos termos do artigo 330, do Código de Processo Civil.

É o relatório.

Examinados, passo a decidir.

Trata-se a presente de Ação Anulatória de ato administrativo que declarou a caducidade do registro da marca "UMBRO", nominativa bem como figurativa, destinada a identificar roupas e acessórios esportivos e de uso profissional.

A autora entende ter comprovado em face do INPI, que sua marca encontrava-se em uso no período considerado para tal fim, uma vez que existia no País produção em ampla escala industrial, por encomenda

e por aquisição direta do titular da marca para fins de venda no exterior, além da venda de milhares de peças em território nacional, tendo apresentado ao primeiro réu, como prova de uso da marca no período considerado como crítico, as guias de exportação emitidas pela licenciada, bem como as notas fiscais de venda em território nacional, as quais restaram inaceitas pelo mesmo, à mingua de contrato de licença entre as partes no mencionado período.

Primeiramente, há que ser analisada questão da anulação de ato administrativo, que nos termos da Súmula 473, do Supremo Tribunal Federal, fica adstrita ao controle da sua legalidade. Se não vejamos:

"A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos, ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial".

Dessarte, a presente apreciação restringir-se-á unicamente ao aspecto da legalidade do ato administrativo que declarou a caducidade da marca "UMBRO".

A legislação que rege a questão das marcas e patentes, encontra-se insculpida, basicamente, na Lei no. 5.772/71 (Código da Propriedade Industrial) e no Decreto no. 75.572/75, que promulgou a Convenção de Paris para Proteção da Propriedade Industrial.

Dispõe o artigo 8º, do supramencionado Decreto, o seguinte:

"O nome comercial será protegido em todos os países da União sem obrigação de depósito ou registro, quer faça ou não parte de uma marca de fábrica ou de comércio".

Por outro lado, a legislação interna, Código da Propriedade Industrial, conflita com a referida norma internacional, uma vez que exige o registro e o uso da marca no período em que esta estiver vigorando no órgão competente, no caso o Instituto Nacional de Propriedade Industrial-INPI, sendo certo que em caso de contrato de exploração da marca por terceiros, este deverá ser averbado junto àquele órgão sob pena de caducidade da marca, nos termos do artigo 90 e incisos.

Ora, a questão, então, versa tão somente sobre o conflito entre tratado e norma de direito interna, uma vez que a decisão do INPI foi consubstanciada em norma de direito interno, que discorda da norma internacional.

As teorias se confrontam. Para os autores dualistas, dentre eles Carl Heinrich Triepel, na Alemanha e Dionisio Anzilotti, na Itália, o direito

internacional e o direito interno de cada Estado são sistemas rigorosamente independentes e distintos, de tal modo que a validade jurídica de uma norma interna não se condiciona à sua sintonia com a ordem internacional.

Os autores monistas sustentam, de um lado, a unicidade da ordem jurídica internacional sob o primado do direito internacional, ao qual estariam subsumidas todas as ordens internas e de outro, o primado do direito nacional de cada Estado soberano, sob cuja ótica a adoção dos preceitos do direito internacional reponta como uma faculdade discricionária.

Não há, entretanto, em direito internacional positivo, norma assecuratória sobre o primado do direito internacional. Para o Estado soberano, a Constituição Nacional, é a sede de determinação da estatura da norma jurídica convencional.

O Ministro José Francisco Resek, na sua obra "Direito Internacional Público" (4.ed. São Paulo: Saraiva, 1994, fls. 104) esclarece que "*dificilmente uma dessas leis fundamentais desprezaria nesse momento histórico, o ideal de segurança e estabilidade da ordem jurídica à ponto de subpor-se, a si mesmo, ao produto normativo dos compromissos exteriores do Estado. Assim, posto o primado Constituição em confronto com a norma pacta sunt servanda, é corrente que se preserve a autoridade da lei fundamental do Estado...*"

Ora, a Constituição Federal vigente, no seu artigo 5º, inciso XXIX, dispõe o seguinte:

"a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País"

Dessume-se, pois, do texto constitucional, a política protecionista ao nome comercial, não propondo qualquer exceção quanto às marcas estrangeiras, até porque estaria em contradição com o próprio texto que veda discriminação entre nacionais e estrangeiros em território nacional.

Resta, entretanto, o conflito entre o tratado e a legislação interna, que com ele contrasta, no tocante à exigência de uso da marca no período crítico para afastar a sua caducidade.

Ainda, segundo o Ministro Resek, na obra supracitada, fl.104, "*não se coloca em dúvida, em parte alguma, a prevalência dos tratados sobre leis internas anteriores à sua promulgação...* Sua simples introdu-

ção no complexo normativo estatal faria operar, em favor dele, a regra "lex posterior derogat priori". A prevalência de que fala este tópico é a que tem indisfarçado valor hierárquico, garantindo ao compromisso internacional plena vigência, sem embargo de leis posteriores que a contradigam."

Ora, é flagrante que a norma que promulgou a Convenção de Paris, Decreto nº 75.572, de 8 de abril de 1975, é posterior ao Código da Propriedade Industrial que foi publicado em 31 de dezembro de 1971, data de sua entrada em vigor, vigorando, pois, quanto às marcas dos países signatários, o disposto no artigo 8º daquele diploma legal, que é a proteção às marcas, independentemente de depósito ou registro.

Quanto às provas de utilização da marca ficou, outrossim, evidenciada a sua utilização através das encomendas para exportação, pela própria "UMBRO", sediada em países estrangeiros, bem como para atender o mercado interno. As guias de exportação encontram-se acostadas aos autos da Medida Cautelar (processo no.91.0112017-4, fls. 48-210), com o produto da empresa da marca "RIO", também evidenciada no catálogo da empresa, nos mesmos autos da Medida Cautelar à fl. 245.

A jurisprudência dos nossos Tribunais têm entendido que, quando há notoriedade, o contrato de uso averbado nos moldes do artigo 90 do CPI, é irrelevante.

Por outro lado, como muito bem preleciona o ilustre Procurador Autárquico, à fl.161, item 15, a declaração de caducidade tem por objetivo impedir a existência de marcas "defensivas ou ociosas", o que não é o caso, pois tanto no mercado interno, como no mercado internacional a marca vem sendo utilizada em larga escala, conforme farta documentação acostada à Medida Cautelar.

Ainda, a marca "UMBRO" é marca conhecida internacionalmente, sendo certo que a sua apropriação por outra empresa, graciosamente, tipificaria o enriquecimento sem causa por parte desta, vedado pela legislação pátria e que, certamente, se locupletaria dos louros conquistados pela empresa durante anos de operação no mercado mundial. Encaro esse pedido de caducidade como obra de má-fé do segundo réu, que pretende se locupletar do trabalho alheio, utilizando-se de expediente legal cujo objetivo não é e nem pode ser "usurpar as marcas estrangeiras" absolutamente em vigor no mercado interno e internacional, para beneficiar empresas, mesmo nacionais, que jamais concorreram para a obtenção da posição que a autora tem no mercado mundial.

O aval do judiciário para este ato, eivado de ilegalidade e, ainda, padecendo do vício da má-fé, serviria, em última instância, para impedir as

exportações dos produtos que vêm sendo fabricados no Brasil, e que geram empregos, arrecadação de impostos e divisas, pois, certamente, a postura internacional diante de tal usurpação de marca seria de retaliação, inibindo, assim, as exportações que vêm sendo efetuadas em larga escala.

EX POSITIS,

Julgo procedente o pedido para anular o ato administrativo que declarou a caducidade da marca "UMBRO", em face de padecer tal ato de ilegalidade além de se originar de um pedido de cancelamento eivado de má-fé.

Condene os réus, solidariamente, ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, que fixo em dez por cento sobre o valor da causa, corrigidos monetariamente na forma da legislação vigente.

Providencie a Secretaria a inclusão de cópia da presente nos autos da Medida Cautelar (processo nº 91.0112017-4) que corre em apenso a estes.

P.R.I.

RIO DE JANEIRO, 20 de setembro de 1996.

REGINA COELI M.C. PEIXOTO
JUÍZA FEDERAL SUBSTITUTA

R. POUL ERIK DYRLUND
JUIZ FEDERAL TITULAR
23ª VARA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA-RJ
PROCESSO Nº 97.73157-0

SENTENÇA

Vistos etc.

ALBERT JULIUS SCHNEIDER COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA. e **HAMIL SUISSA INDÚSTRIA E COMÉRCIO S/A**, qualificadas na inicial, propõem ação de rito comum ordinário, em face da **UNIÃO FEDERAL**, objetivando a condenação da ré à restituição dos valores recolhidos a título de IOF, sobre a liberação da custódia e/ou venda de ouro, sob a forma de compensação com parcelas vincendas do próprio imposto sobre operações financeiras - IOF, ou com outros impostos federais, na forma da Lei 8.383/91, artigo 66, §§ 1º e 2º, ou, alternativamente, em moeda corrente, acrescida de juros e correção monetária, além das verbas de sucumbência.

Como causa de pedir alegam, em suma, que a exigência do recolhimento referido, instituída pela Medida Provisória 160/90, convertida na Lei 8.033/90, é inconstitucional, porquanto viola os preceitos dos artigos 146, III, a, 153, V, 153, § 5º, 5º, XXXVI, e 150, III, b, da Constituição Federal, fazendo jus à restituição, na forma pleiteada.

Inicial de fls. 02/13, instruída com os documentos de fls. 14/32.

Recolhidas as custas judiciais (fls. 33).

Tendo em vista os despachos de fls. 35 e 38, a parte autora comparece aos autos, às fls. 37 e 40, anexando a documentação de fls. 41/49, e posteriormente, a de fls. 58/66, em atendimento ao despacho de fls. 50.

Contestação às fls. 71/79, arguindo, preliminarmente, a prescrição quinquenal, e, no mérito, aduzindo, em síntese, no sentido da improcedência do pedido, porquanto, é impossível a compensação pretendida, pois exige a liquidez da dívida, além de que não houve criação de novo imposto, havendo apenas a exigência tributária com base em legislação previamente existente, concluindo-se pela total legalidade na cobrança e

retenção do referido imposto.

Réplica às fls. 82/92, ratificando os termos da exordial.

Sem outras provas (fls. 95 e 98).

É o relatório.

DECIDIDO.

O ente federativo-réu, em sua resposta, resumiu à vexata quaestio, além de suscitar questão vestibular:

"01. Pretendem as Autoras, através do presente feito, lhes sejam restituídos sob a forma de compensação, os valores recolhidos a título de IOF, incidente sobre ouro.

02. Para tanto, insurgem-se as Autoras contra a instituição deste imposto através da Medida Provisória nº 160/90 e da Lei 8.033/90, que teriam maculado o estabelecido na Carta Magna, supostamente desrespeitando, em suma, ato jurídico perfeito e direito adquirido.

03. Todavia, demonstrará a Contestante que razão alguma assiste às Autoras, devendo o presente pedido ser julgado improcedente.

PREJUDICIAL DE MÉRITO DA PRESCRIÇÃO

04. O direito de pleitear o reconhecimento de crédito em face da Fazenda Pública prescreve em cinco anos, contados a partir de cada recolhimento alegadamente indevido, conforme preceitua o art. 168 do CTN.

05. Verifica-se claramente através dos DARF'S anexados aos autos que todos os recolhimentos foram efetuados no período de maio a setembro de 1990.

06. Deste modo, tendo sido a presente demanda ajuizada em 27/08/97, encontra-se prescrita a pretensão autoral no que tange a todos os recolhimentos efetuados, razão pela qual, emerge inafastável a extinção do processo com julgamento do mérito, na forma do que preceitua o art. 269, IV do CPC."

Sobre a questão preliminar, redargüiu a parte autora:

"DO PRAZO PARA SE PLEITEAR A RECUPERAÇÃO DE PAGAMENTOS INDEVIDOS

A doutrina e a jurisprudência disputam até hoje se o prazo para o pedido de repetição de indébito é de prescrição ou se é de decadência, melhor dizendo, se pode ou não ser suspenso ou interrompido. Por exemplo: sustenta BERNARDO RIBEIRO DE MORAES que o prazo é prescricional ("Compêndio de Direito Tributário", Ed. Forense, pág. 649), em oposição a ALIOMAR BALEEIRO, que afirma ser decadencial ("Direito Tributário Brasileiro", Ed. Forense, 10ª edição, pág. 570).

Seja como for, entretanto, o que interessa saber, no caso presente (lançamento por declaração, CTN, art. 150), qual é o *dies a quo* que se deve levar em conta para a contagem do prazo em questão, assim previsto no art. 168 do CTN, *verbis*:

"O direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados:

I- nas hipóteses dos incisos I e II do art. 165, da data da extinção do crédito tributário;

II- na hipótese do inciso III do art. 165, da data em que se tornar definitiva a decisão administrativa ou passar em julgado a decisão judicial que tenha reformado, anulado, revogado ou rescindido a decisão condenatória."

Segundo a mais moderna doutrina e jurisprudência, tal prazo começa a fluir a partir da:

- homologação tácita do lançamento (art. 150 supra, § 4º), ou seja, 5 anos após o respectivo fato gerador, já que não houve, na espécie, homologação expressa anterior, ou da

- data da publicação do acórdão da Suprema Corte que decretou a inconstitucionalidade da lei que instituiu o pagamento ora em repetição.

Se não, vejamos:

- 1ª hipótese: a partir da homologação tácita do lançamento

Segundo o disposto no art. 168, I, do CTN, acima transcrito, o prazo de prescrição ou decadência do direito de pleitear restituição extingue-se após 5 anos contados da extinção do crédito tributário; no caso presente, essa extinção ocorreu por homologação tácita, ou seja, pelo decurso *in albis* do prazo de 5 anos.

Logo, o prazo é 10 anos (5+5), contados do fato gerador.

Nesse mesmo sentido, doutrina WILSON RODRIGUES DE FARIA:

"Portanto, caso não ocorra a homologação expressa pelo Fisco do pagamento antecipado o prazo prescricional somente terá início, após cinco anos contados do fato gerador.

Conseqüentemente, o direito do contribuinte de pleitear a restituição do indébito de tributo auto-lançado extinguir-se-á somente após 10 anos da ocorrência do fato gerador."

("A Imprescritibilidade do Crédito Tributário Antes da Decisão do Supremo Tribunal Federal", in CADERNOS DE DIREITO TRIBUTÁRIO E FINANÇAS PÚBLICAS nº 10, Ed. Revista dos Tribunais, págs. 146/7).

Cômpar com tal entendimento, a atual jurisprudência do E. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, pelas suas duas Turmas de Direito Público:

- Primeira Turma:

"TRIBUTÁRIO - CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA - CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO - DECADÊNCIA - PRAZO (CTN ART. 173).

I - O art. 173, I, do CTN deve ser interpretado em conjunto com seu art. 150, § 4º .

II- O termo inicial da decadência prevista no Art. 173, I, do CTN não é a data em que ocorreu o fato gerador.

III- A decadência relativa ao direito de constituir crédito tributário somente ocorre depois de cinco anos, contados do exercício seguinte àquele em que se extinguiu o direito potestativo de o Estado rever e homologar o lançamento (CTN, Art. 150, § 4º).

IV- Se o fato gerador ocorreu em outubro de 1974, a decadência opera-se em 1º de janeiro de 1985."

(Recurso Especial nº 58.918-5 /RJ - Rel.Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS - unânime - in D.J. Seção 1, de 19-06-95, pág. 18.646).

- Segunda Turma:

"Não tendo ocorrido homologação expressa, a decadência do direito de pleitear a restituição só ocorrerá após o transcurso do prazo de cinco anos, contados da ocorrência do fato gerador, acrescido de mais cinco anos, contados daquela data em que se deu a homologação tácita, isto é, em 1996, quanto aos fatos impositivos mais remotos."

(Embargos de Declaração no Resp. nº 44.221-4/PR - Rel. Min. ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO - unânime - in D.J. Seção 1, 19-09-94).

2ª hipótese: a partir da publicação do acórdão do STF que decretou a inconstitucionalidade da lei.

Inexiste "tributo indevido". Se trata de tributo, é devido. Se não, ainda que estabelecida com esse nome, é uma exação pecuniária qualquer, cobrada coativamente pelo Estado, sem causa jurídica. Nessa última hipótese, por ter natureza jurídica diversa da tributária, não se lhe aplica o prazo especial do CTN, mas sim o prazo geral contra a Fazenda Pública, previsto no Decreto nº 20.910, de 06-01-82, art. 1º, *verbis*:

"As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato gerador do qual se originaram."

Assim, tal prazo fica sujeito às causas suspensivas previstas no Código Civil Brasileiro, entre as quais o termo final da coação para a cobrança indevida:

"Art. 178. Prescreve:

§ 9º. Em quatro anos:

V- A ação de anular ou rescindir os contratos, para a qual não se tenha estabelecido, menor prazo, contado este:

a) no caso de coação do dia em que ela cessar."

Ante o exposto, verifica-se que só cessou a coação fiscal para a cobrança da exação *in casu*, quando da decisão do Excelso Pretório que decretou a inconstitucionalidade da lei que a instituiu.

O art.177 do Código Civil estabelece o princípio da *actio nata*, segundo o qual a prescrição se conta a partir do momento em que a ação pode ser proposta.

No caso presente, esse momento foi aquele em que a Suprema Corte declarou inconstitucional, com força *erga omnes*, a cobrança do falso tributo.

Até esse momento não corria, portanto, o prazo prescricional geral de 5 anos que protege a Fazenda Pública.

A propósito, WILSON RODRIGUES DE FARIA, na obra citada, averba que

"...é imprescritível a ação de restituição do indébito, enquanto não cessar a coação governamental. A cessação de tal coação, se dá com a declaração de inconstitucionalidade do respectivo tributo.

A partir de então, é que começa a fluir o prazo prescricional de cinco anos."

Também nesse sentido já decidiu o E. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA:

"Não tendo ocorrido a homologação expressa, o direito de pleitear a restituição só ocorrerá após o transcurso do prazo de cinco anos, contados daquela data em que se deu a homologação tácita, isto é, em 1996, quanto aos fatos impositivos mais remotos.

IV- Mesmo que se conte o prazo para a ação de restituição a partir da decisão plenária do Supremo, que declarou a inconstitucionalidade do art. 10 do Decreto-lei nº 2.288, de 1986, o transcurso do prazo

qüinqüenal só ocorrerá em fins de 1995."

(Recurso Especial nº 44.221-4/PR - 2ª Turma - Rel. Min. PÁDUA RIBEIRO - unânime - in Revista do STJ nº 59, pág. 405).

Daí se intui, convictamente, que o prazo em questão é de 5 anos contados da data (a) em que houve a homologação tácita do lançamento, ou (b) da publicação da decisão do STF que decretou sua inconstitucionalidade. Entre ambos, prevalece o que for maior em favor do contribuinte, que foi coagido a pagar o que não devia.

Não tem, pois, a menor procedência a sustentação da ré no sentido de que o prazo prescricional ou decadencial deveria ser contado a partir da data do pagamento indevido."

Abstraída a hipótese de declaração de inconstitucionalidade da lei, pelo Supremo Tribunal Federal, inócurrenente na hipótese, e a invocação do Código Civil, da mesma forma, inaplicável, por não estar se cuidando de relação de direito privado, estatui o artigo 168, do código Tributário Nacional, in verbis:

"Art. 168. O direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados:

I- nas hipóteses dos incisos I e II do art. 165, da data da extinção do crédito tributário;

II- na hipótese do inciso III do art. 165, da data em que se tornar definitiva a decisão administrativa ou passar em julgado a decisão judicial que tenha reformado, anulado, revogado ou rescindido a decisão condenatória."

E no que pertine à hipótese sub judice, o artigo 165, inciso I, do mesmo Diploma Legislativo:

"Art. 165. O sujeito passivo tem direito, independentemente de prévio protesto, à restituição total ou parcial do tributo, seja qual for a modalidade do seu pagamento, ressalvado o disposto no § 4º do art. 162, nos seguintes casos:

I- cobrança ou pagamento espontâneo de tributo indevido ou maior que o devido em face da legislação tributária aplicável, ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido."

A natureza jurídica do referido prazo, quer pela Doutrina pátria ("Direito Tributário Brasileiro", Aliomar Baleeiro, 10ª edição, Forense, 1991, pág. 570; "Manual de Direito Financeiro e Direito Tributário", 10ª edição, Luiz Emygdio F. da Rosa Jr., Renovar, 1995, pág. 551; "Doutrina e Aplicação do Direito Tributário", Biblioteca Jurídica Freitas Bastos, A.A. Contreiros de Carvalho, 2ª edição, 1973, pág.264; "Curso de Direito Tributário", 8ª edição, Hugo de Brito Machado, 1993, pág.140; "Comentários ao Código Tributário Nacional", P.R. Tavares Paes, 4ª edição, RT 1995, pág.268), quer pela Jurisprudência (TFR, AC 53979/BA, DJU 4/8/83, pág. 11137, Rel. Min. Carlos Velloso; TFR, AC 920/RN, DJU 18/2/86; TRF/2R, Emb. Decl. AC 94.02.23143-9/RJ, Rel. Des. Fed. Julieta Lídia Lunz, 1ª Turma, un., julg. 7/6/95; STJ, REsp 23335-9/SP, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, 1ª Turma, un., julg. 29/9/93, DJU 25/10/93, pág. 22458; STJ, REsp 50641-7/SP, Rel. Min. Garcia Vieira, 1ª Turma, un., julg. 17/10/94; STJ, REsp 50400-7/SP, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, m.v., julg. 26/4/95; STJ, REsp 65746-6/MG, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, m.v., 1ª Turma, julg. 5/6/95; STJ, REsp 42719-3/RS, Rel. Min. Demócrito Reinaldo 1ª Turma, un., julg.15/6/94; TRF/1R, julg. 7/3/94, AC 94.01.100166/MT, 4ª Turma, Rel. Juiz Eustáquio Nunes da Silveira, DJU 18/4/94, pág.16693; TRF/1R, julg.16/3/94, AC 93.01.133505/MG, 4ª Turma, DJU 9/6/94, pág. 50058, Rel. Juiz Gomes da Silva; TRF/1R, julg. 21/5/97, AC 96.01.137085/DF, 3ª Turma, DJU 20/6/97, pág. 46175, Rel. Juiz Osmar Tognolo; TRF/3R, julg. 13/4/94, AC 93.03.3058513/SP, 3ª Turma, DJU 1/6/94, págf. 28157, Rel. Juiz Sergio Lazzarini; TRF/4R, julg. 6/4/93, REO 93.04.403046/PR, 3ª Turma, DJU 16/6/93, pág.23236, Rel. Juiz Gilson Langaro Dipp; TRF/4R, julg.16/9/93, REO 93.04.421659/RS, DJU 23/2/94, pág.5795, 2ª Turma, Rel. Juiz Teori Albino Zavasoki; TRF/4R, julg. 9/11/93, REO 93.04.424752/PR, 3ª Turma, DJU 23/3/94, pág 11603, Rel. Juiz Ronaldo Ponzi; TRF/4R, julg. 24/5/94, AC. 94. 413338/PR, 3ª Turma, DJU 29/6/94, pág. 35335, Rel. Juiz Fábio B. da Rosa; TRF/4R, julg.17/5/94, REO 93.04.431880/PR, 3ª Turma, DJU 22/6/94, pág. 33346, Rel. Juiz Fábio B. Rosa; TRF/4R, julg. 3/5/94, REO 94.04.413440/PR, 3ª Turma, DJU 20/7/94, pág 38628, Rel. Juiz Ronaldo Ponzi; TRF/5R, julg. 26/10/89, AC 89.05.500174/RN, 1ª Turma, DOE 5/12/89, Rel. Juiz Castro Meira; TRF/5R, julg. 9/3/93, REO 92.05.518673/RN, 2ª Turma, DJU 18/6/93, pág. 23915, Rel. Juiz Nereu Santos; STJ, julg. 24/8/94, ERESP 43562/94-PR, 1ª Turma, DJU 19/9/94, pág. 24656, Rel. Min. Milton Luiz Pereira; STJ, julg. 17/10/94, EDERESP 50641/94-SP, 1ª Turma, DJU 14/11/94, pág.30922, Rel. Min. Garcia Vieira) vem sendo reconhecida como de decadência, e não de prescrição.

Quanto ao termo inicial - do prazo decadencial de 5 anos - no caso, em tela, estabelece o artigo 168, I, do CTN, se reportando ao inciso

do artigo 165, daquele Diploma Legal, que é da data da extinção do crédito tributário, na sua modalidade - pagamento - conforme deixou esclarecido o extinto Tribunal Federal de Recursos (TFR, AC 53979/BA, julg. 27/4/83, DJU 4/8/83, pág. 11137, Rel. Min. Carlos Velloso, RTFR 117/50; TFR, AC 920/RN, DJU 18/2/86), no que foi acompanhado, posteriormente, pela jurisprudência dos Tribunais locais (TRF/2R, Emb Decl. AC 94.02.23143-9/RJ, Rel. Des. Fed. Julieta Lídia Lunz, 1ª Turma, un., julg. 7/6/95; TRF/1R, julg. 7/3/94, AC 94.01.100166/MT, 4ª Turma, DJU 18/4/94, pág. 16693, rel. Juiz Eustáquio Nunes da Silveira; TRF/1R, julg. 16/3/94, AC 93.01.133505/MG, 4ª Turma, DJU 9/6/94, pág. 50058, Rel. Juiz Gomes da Silva; TRF/4R, AC 94.04.413338/PR, 3ª Turma, DJU 29/06/94, pág. 35335, Rel. Juiz Fábio B. da Rosa; TRF/4R, julg. 17/5/94, REO 93.04.4318880/PR, 3ª Turma, DJU 22/6/94, pág. 3346, Rel. Juiz Fábio B. da Rosa; TRF/5R, julg. 26/10/89, AC 89.05.500174/RN, 1ª Turma, DOE 5/12/89, Rel. Juiz Castro Meira).

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, inicialmente a 1ª Turma (STJ, REsp 23335-9/SP, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, 1ª Turma, un., julg. 29/9/93, DJU 25/10/93, pág. 22458; STJ, Resp 50641-7/SP, Rel. Min. Garcia Vieira 1ª Turma, un., julg. 17/10/94; STJ Resp 50400-7/SP, Rel. Min. Garcia Vieira, 1ª Turma Luiz Pereira, m.v., 1ª Turma, julg. 26/4/95, vencidos Ministros Cesar Asfor Rocha e Humberto Gomes de Barros; STJ REsp 65746-6/MG, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, m.v., 1ª Turma, julg. 5/6/95; STJ, REsp 42719-3/RS., Rel. Min. Demócrito Reinaldo, 1ª Turma, un., julg. 15/6/94; STJ, julg. 31/5/95, REsp 63709-95/RS, 1ª Turma, DJU 18/8/95, pág. 29947, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, m.v.; STJ julg. 24/8/94, EERESP 43562-94/PR, 1ª Turma, DJU 19/9/94, pág. 24656, un., Rel. Min. Milton Luiz Pereira) orientava-se na linha de que o termo inicial da ação de repetição de indébito, começava a fluir com o pagamento do tributo, ainda que indevidamente, distinguindo entre- o gênero: extinção do crédito tributário - , e, - as diversas espécies que lhe integram, elencadas no artigo 156, do CTN, dentre as quais, o pagamento, eleito pelo CTN, como marco inicial do prazo decadencial, havendo, aí a extinção do crédito presumido.

Em linha diversa, a 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, passou a distinguir, para efeito de determinar o termo inicial do prazo decadencial, da ação de repetição de indébito, a qual modalidade de lançamento o tributo estava sujeito (STJ, REsp 44221-4/PR, 2ª Turma, un., Rel. Min. Antonio de Pádua Ribeiro, julg. 4/5/94, DJU 23/5/94, pág. 12595), para asseverar: que estando o tributo sujeito a lançamento por homologação, não se pode falar antes deste em crédito tributário e pagamento que o extingue. E, não tendo ocorrido a homologação expressa, o direito de

pleitear a restituição só ocorrerá após o transcurso do prazo de 5 anos, contados da ocorrência do fato gerador, acrescido de mais 5 anos, contados daquela data em que se deu a homologação tácita.

Em outros termos, se o crédito tributário se constitui pelo lançamento (CTN, art.142) e se extingue pelo pagamento (CTN, ART. 156, I), contudo, em se tratando de lançamento por homologação, o pagamento antecipado extingue o crédito, sob condição resolutória de ulterior homologação do lançamento (§ 1º, 150, CTN) , e, assim, antes da homologação do lançamento não se pode falar em crédito tributário e no pagamento que o extingue, pois não se pode extinguir o que até então não existia.

Em razão desta divergência entre as duas Turmas do Superior Tribunal de Justiça, a questão foi encaminhada à 1ª Seção daquela Corte de Justiça, aonde em Embargos de Divergência, REsp 43502, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJU 19/5/95, m.v., e nos Embargos de Divergência REsp 44952-7/PR, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, vencidos Ministros Demócrito Reinaldo e Milton Luiz Pereira, passou esta Corte de Justiça a adotar o entendimento da 2ª Turma, passando a distinguir a qual modalidade de lançamento se encontra sujeito o tributo: se a lançamento por homologação, e inexistindo este na forma expressa, contar-se-ia 10 anos de ocorrência do fato gerador (STJ, REsp 121317/PR, Rel. Min. José Delgado, 1ª Turma, un., julg. 6/10/97; STJ, Embargos Divergência REsp 52196-4/SC, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, 1ª Seção, m.v., julg. 13/6/95; STJ, REsp 99779/SP, Rel. Min. Antonio de Pádua Ribeiro, 2ª Turma, un., julg. 5/12/96; STJ, REsp 144.923/RS, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, 1ª Turma, un., julg. 19/2/98; STJ, AgRg AI 86016/MG, Rel. Min. Antonio de Pádua Ribeiro , 2ª Turma, un., julg. 18/12/95; STJ, AgRg A 79048-0/DF, Rel. Min. José de Jesus Filho, un., julg. 2/10/95).

O Juízo estaria pronto a aderir à doutra tese esposada pelo Superior Tribunal de Justiça se o inciso I, do artigo 168, do Código Tributário Nacional ao referir - que o prazo de 5 anos é contado da data de extinção do crédito tributário - não se referisse expressamente, in casu, ao pagamento espontâneo do tributo (art.165, I, CTN), havendo o § 1º, do artigo 150, do mesmo Texto Legal, esclarecido que o pagamento antecipado pelo obrigado, nos termos deste artigo, extingue o crédito, apenas condicionando esta extinção de crédito, a uma condição resolutória, qual seja a ulterior homologação do lançamento.

Com efeito, âmbito do lançamento por homologação, o pagamento é aceito antecipadamente, fazendo-se o lançamento posteriori, com a finalidade não, de se constituir o crédito tributário (art.142, CTN) , vez que na forma do § 1º , do artigo 150, e artigo 1546, VII, ambos do CTN, o

crédito tributário já existe, tanto que o aludido pagamento tem o condão de extinguir o crédito tributário, sob condição resolutória, e, sim com o escopo de se homologar o pagamento se exato, ou revê-lo, ao reverso, exigindo-se a diferença ou a suplementação do tributo.

Esclarecendo, ALIOMAR BALEEIRO, que "negada essa homologação, anula-se a extinção e abre-se a oportunidade a lançamento de ofício" ("Direito Tributário Brasileiro", 10ª ed., Forense, 1991, pág.521).

De forma didática, LUIZ EMYGDIO F. DA ROSA JR., sobre o lançamento por homologação, discorre:

"Como se pode observar, ocorre uma situação curiosa no denominado lançamento por homologação, porque o lançamento, no caso, extingue o crédito tributário, e não a sua constituição, que é a sua finalidade. Daí entendermos que, na realidade, o denominado lançamento por homologação nada tem de lançamento porque corresponde apenas a uma atividade da autoridade administrativa que apenas homologa o pagamento antecipado feito pelo contribuinte."

E, prossegue:

"Neste caso, portanto, não há lançamento porque inexistente procedimento administrativo visando à constatação de ocorrência do fato gerador e a sua valorização qualitativa e quantitativa, como dita o art. 142. O lançamento, no caso, só vai ocorrer se a autoridade não homologar a atividade desempenhada pelo contribuinte, quando o pagamento antecipado não foi feito com correção, existindo crédito tributário a favor da Fazenda Pública." (sem grifos no original - "Manual de Direito Financeiro e Direito Tributário", 10ª ed., Renovar, 1995, pág. 526).

Na mesma linha, de que no denominado - lançamento por homologação - em realidade inexistente lançamento, nos moldes do artigo 142, do CTN, e sim mero ato confirmatório, já tendo ocorrido a extinção do crédito tributário, sob condição resolutória, Paulo de Barros Carvalho:

"A conhecida figura do lançamento por homologação é um ato jurídico administrativo de natureza confirmatória, em que o agente público, verificado o exato implemento das prestações tributárias de determinado contribuinte, declara, de modo expresso, que obrigações houve, mas que se encontram devidamente quitadas até aquela data, na estrita consonância dos termos da lei. "

E, adiante:

"Não é preciso dispender muita energia mental para notar que a natureza do ato homologatório difere do lançamento tributário. Enquanto aquele primeiro anuncia a extinção da obrigação, liberando o sujeito passivo, estou-

tro declara o nascimento do vínculo, em virtude da ocorrência do fato jurídico. Um, certifica a quitação; outro, certifica a dívida. Transportando a dualidade para outro setor, no bojo de uma analogia, poderíamos dizer que o lançamento é a certidão de nascimento da obrigação tributária, ao passo que a homologação é a certidão de óbito."

Termina arrematando, o doutrinado:

"Quando é que o funcionário da Fazenda lavra a homologação? Exatamente quando não pode celebrar o ato jurídico administrativo do lançamento. E por que o agente público exara o lançamento? Precisamente porque não pode realizar o ato jurídico administrativo de homologação. Eis a prova. lançamento e homologação de lançamento são realidades jurídicas antagônicas, não podendo subsistir debaixo do mesmo epíteto."

(grifou-se - "Curso de Direito Tributário", Saraiva, 5ª ed., 1991, págs. 282/283).

Assim sendo, havendo pagamento antecipado, e, estando o crédito tributário extinto, mesmo que sob condição resolutória, o termo inicial do artigo 168, I, do CTN, começa a fluir daquela data, nos exatos termos do inciso I, do artigo 165, do CTN, referido pelo dispositivo legal pretérito.

Mutatis mutandis, o Tribunal Regional Federal, da 1ª Região, decidiu no diapasão, em epígrafe, AC 96.01.137085/DF, julg. 21/05/97, 3ª Turma DJU 20/6/97, m pág 46175, Rel. Juiz Osmar Tognolo:

"Por tratar-se de ação de repetição de indébito, ainda que processada mediante compensação, aplicável à espécie o disposto no artigo 168, do CTN, contando-se o prazo decadencial da data do pagamento, ainda que sujeito este a condição resolutória de posterior homologação pela autoridade fiscal."

Desta forma, tendo sido ajuizada a demanda em agosto/97, restam acolhidos pela decadência, os valores que se pretendia repetir, referentes a maio a setembro de 1990, impondo-se a extinção do processo, com julgamento do mérito.

Ante o exposto, **JULGO extinto o processo, com julgamento do mérito**, na forma do artigo 269, IV do Código de Processo Civil.

Custas ex lege.

Honorários advocatícios de 20% sobre o valor da causa.

P.R.I.

Rio de Janeiro, 27 de abril de 1998.

POUL ERIK DYRLUND
JUIZ FEDERAL TITULAR

DR^a MARIA DO CARMO FREITAS RIBEIRO
JUÍZA FEDERAL SUBSTITUTA
24^a VARA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA - RJ
PROCESSO Nº 96.0011620-2

SENTENÇA (TIPO II)

Vistos etc.

LÚCIA MARIA GREVE, JOÃO LUIS FILGUEIRAS FILHO, PATRÍCIA FAJARDO MANTOVANI, SUZANA FURQUIM XAVIER COUTO, LUNA REIS CLETE, ALESSANDRA GENU DUTRA AMARAL, FÁBIO HILAL BECHARA, YARAÍ ROBERTO DE ABREU, WILLIAM SABA MUSSE SCHUERY, CHRISTIAN SÉRGIO CHING INZUNZA, devidamente qualificados na inicial, impetram MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO, em face de ato a ser praticado pelo Sr. DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO RIO DE JANEIRO, porque pretendem, inclusive através de liminar, mesmo que com depósito dos respectivos valores impugnados, seja ordenada àquela autoridade coatora que se abstenha de descontar imposto de renda sobre a indenização por supressão de adicional por tempo de serviço (pro tempore), porque alegam direito líquido e certo à declaração da não incidência do referido imposto sobre aquele fato.

Como causa de pedir a prestação jurisdicional, dizem que, na qualidade de empregados da COMPANHIA VALE DO RIO DOCE - CVRD, recebiam o benefício denominado ADICIONAL POR TEMPO DE SERVIÇO (PRÓ-TEMPORE). Todavia, aquele benefício foi suprimido em recente Acordo Coletivo de Trabalho firmado entre a empresa e os Sindicatos representantes das diversas categorias de trabalhadores da empresa, conforme cláusula 129^a daquele Acordo, sendo paga uma indenização a natureza desse último pagamento, requerem a procedência do pedido, com base nos artigos 7º e 6º da Lei nº 7713/88.

Inicial de fls. 02/10, instruída com os documentos de fls. 12/80, comprovado o pagamento das custas às fls.11.

Deferida a liminar (fls. 86/87), condicionada a depósito das quantas questionadas, por considerar que "os pagamentos recebidos pelos impetrantes,

por ocasião de sua rescisão do contrato, constituem indenização “.

A comunicação da concessão da liminar, todavia, só chega à CVRD após o recolhimento à Receita Federal do desconto do IR ora impugnado, conforme fls.95, pelo que requerem os impetrantes seja autorizada a compensação do que foi recolhido de IR sobre o *pro tempore* indenizado com as futuras retenções de Imposto de Renda na fonte, decorrentes da relação de emprego existentes entre os impetrantes e a CVRD.

Às fls. 98/99, decisão do MM. Juiz processante tomando sem efeito a medida liminar, por falta de objeto e indeferindo a liminar quanto ao pedido de compensação.

Notificada a autoridade coatora, suas informações estão às fls. 103/105, onde faz a defesa do ato impugnado, concluindo pela procedência do desconto, uma vez que “se é certo que os rendimentos do trabalho se sujeitam à incidência do imposto de renda, igualmente devem se sujeitar à tributação quaisquer verbas para as quais não haja expressa norma isençional, não podendo por outro lado ser considerada doação (isenta) porque decorrente de acordo entre empregado e empregador (negociação coletiva entre a empresa e o sindicato da categoria).”

Às fls.107/108, reiteram os impetrantes o seu pedido para que seja ordenado ao impetrado para que efetive o depósito judicial, mensalmente, dos futuros recolhimentos na fonte sobre os salários dos impetrantes, para a compensação com os valores descontados a título de IR sobre o *pro tempore* indenizado, cuja validade se discute no presente *mandaus*.

Às fls. 110/111, opina o MPF pela denegação da segurança em parecer assim ementado: “Tributário. Incidência de Imposto de Renda sobre verbas auferidas em virtude de supressão de adicional por tempo de serviço. Caráter não indenizatório de tais quantias.”

RELATEI.

DECIDO.

Em preliminar, a despeito do não cumprimento da liminar, em virtude da intempestividade da comunicação de seu deferimento à CVRD, permanece íntegro o interesse jurídico quanto ao presente *mandamus*. Ajuizado como mandado de segurança preventivo, apenas a prevenção perdeu objeto. Todavia, caso seja procedente o pedido, ou seja caso declarada a natureza de indenização do pagamento pela supressão do adicional de tempo de serviço e, por conseqüência, de que aquele pagamento está coberto por isenção do IR ou por não-incidência, por não ser renda, a ordem será no sentido de anular o ato impugnado, podendo/devendo a

mesma ser cumprida através de compensação com os futuros descontos de IR, considerando-se a continuidade da relação de emprego entre os impetrantes e a CVRD, conforme, aliás, o aditamento feito pelos mesmos, ainda antes da notificação da autoridade coatora.

Superada essa preliminar, passo ao exame do mérito.

A questão central diz respeito à qualificação jurídica do pagamento efetuado pela empresa a título de contrapartida pela extinção do adicional por tempo de serviço (*pro tempore*), conforme a cláusula 19ª do Acordo Coletivo de Trabalho firmado entre a CVRD e os Sindicatos representativos das diversas categorias de trabalhadores daquela empresa (cópia às fls.12/28), ou seja, se aquele pagamento está compreendido dentro do conceito de indenização, não se sujeitando à cobrança de IR, aplicando-se ao caso, por analogia, os incisos IV e V, do art 6º da Lei nº 7713/88, ou se, ao contrário, corresponde ao conceito de renda, de ganho, de acréscimo patrimonial que é o fato gerador do Imposto sobre a Renda.

Em sentido bastante amplo, podemos dizer que todo salário pago a um trabalhador não deixa de ser uma compensação pelo dispêndio de sua energia, pelo emprego da força de trabalho.

Todavia, o sistema tributário em vigor em nosso país não se compece daquele fato e, ao contrário, estabelece que o rendimento derivado do trabalho é fato gerador do imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza, tal como estabelecido no art.43, do CTN:

“Art. 43. O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica:

I- de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos;

II- de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior.”

Assim, a renda tributável é o ganho, o acréscimo patrimonial, “algo que flui de uma fonte e chega ao beneficiário”, na expressão de José Luiz Bulhões Pedreira, em artigo publicado na RDA 207/379-404.

A eventual exclusão de algum rendimento recebido pelo trabalhador se subordina, portanto, às normas isencionais expressas na própria legislação.

O art. 6º, da Lei nº 7713/88 estabelece as hipóteses de isenção, mais precisamente, no que interessa ao presente caso, hipóteses de indenização cujo recebimento ou rendimento não se sujeita à cobrança de

imposto sobre a renda.

Diz aquele art. 6º . "Ficam isentos do Imposto sobre a Renda os seguintes rendimentos percebidos por pessoas físicas:

IV- as indenizações por acidentes de trabalho;

V- a indenização e o aviso prévio pagos por despedida ou rescisão de contrato de trabalho, até o limite garantido por lei, bem como o montante recebido pelos empregados e diretores, ou respectivos beneficiários, referente aos depósitos, juros e correção monetária creditados em contas vinculadas, nos termos da legislação do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço."

De fato o Eg STJ tem ampliado as hipóteses de não sujeição ao IR de verbas recebidas pelos trabalhadores, além das indenizações previstas naqueles incisos, decidindo pela não-incidência daquele imposto no pagamento de férias não gozadas por necessidade de serviço, ou no pagamento de licença-prêmio não gozada por necessidade do serviço conforme suas Súmulas 125 e 135.

O Ministro Garcia Vieira, em seu voto no Resp nº 34.988-0-SP assim se pronunciou acerca da questão da não incidência do IR sobre indenização: *"É claro que, quando uma pessoa recebe uma indenização como pagamento de seu imóvel atingido pela desapropriação ou pelos danos sofridos em decorrência de acidentes envolvendo veículo oficial ou por qualquer outro dano a ela causado por agente público, ou lhe paga as férias não gozadas, não está ele recebendo nenhuma renda ou proventos de qualquer natureza"(...) "Deve o tributo incidir sobre ganhos ou proventos que causem aumento de patrimônio; ou seja, sobre numerário que venha a somar àquele que já seja propriedade do contribuinte. Mas as indenizações pela própria natureza jurídica, não causam aumento de patrimônio algum, pois correspondem a uma recomposição, a um prejuízo anteriormente sofrido pela pessoa que as recebe. Não podem ser consideradas renda, pois não redundam em aumento de patrimônio."*

Ocorre que, nesses casos contemplados pelo Eg. STJ, assim com nos casos previstos na Lei nº 7713/88, é clara a natureza de indenização, uma vez que o pagamento se dá em contrapartida à perda da capacidade laborativa, ou do emprego, ou do direito de repouso.

Todavia, não é o que parece haver na supressão do adicional por tempo de serviço, previsto na cláusula 19ª do Acordo Coletivo de Trabalho firmado entre a CVRD e os Sindicatos dos trabalhadores daquela empresa, ressaltando-se que não se trata aqui de pagamentos por perda da relação de emprego, que permanece íntegra.

Em primeiro lugar, considere-se que o próprio Acordo Coletivo de Trabalho manteve "como vantagem pessoal a ser paga para os empregados que já percebem esse adicional em 30.06.96, os percentuais individualmente praticados nesta data, sem acréscimo futuro, qualquer que seja o tempo de serviço do empregado na CVRD". Não houve, portanto, nenhum atingimento a possível direito adquirido. Ao contrário, conforme, aliás, ressaltado no parecer do d. representante do MPF, o que se suprimiu foi "expectativa do direito" aos futuros adicionais, garantindo-se um pagamento maior (2sálarios) àqueles que ainda não haviam implementado a condição ao seu auferimento. Lê-se naquele parecer às fls.111: "*Com efeito, o pro tempore, na condição de adicional por tempo de serviço, só passaria a integrar o patrimônio dos impetrantes após o decurso do tempo de serviço que possibilita o seu auferimento. Até então não significa mais que mera expectativa de direito, e como tal não representa parcela do patrimônio dos impetrantes, cuja supressão exija reposição indenização.*"

Ressalte-se, em segundo lugar, que o referido pagamento foi fruto de transação, praticada no curso de negociação coletiva e firmada no respectivo Acordo Coletivo de Trabalho, sendo, portanto, consentida, a perda daquela vantagem, em troca de outro benefício que, naquele momento, também foi vantajoso. Ora, "indenizar é tornar sem dano. Compensar alguém da perda de alguma coisa que, *voluntariamente*, não perderia"(conforme voto da Exma. Sra. Juíza Federal Lúcia Figueiredo na Apelação em MS 94.03.062229-6 - revista Dialética de Direito Tributário nº 2, pg 104/107), afastando-se, portanto, a qualificação de indenização do pagamento previsto na cláusula 19ª do referido Acordo Coletivo de Trabalho, para os fins previstos neste mandado de segurança.

Ademais, do ponto de vista da empresa, a leitura da íntegra da cláusula 19 daquele Acordo Coletivo de Trabalho deixa clara a natureza daquele pagamento, de mera liberalidade (e não indenização, conforme já ressaltado)- pagamento de 1,6 salários a 2,0 salários, conforme as condições estipuladas nas alíneas a,b,c, d da cláusula 19-2, tendo representado, àquele momento, mais um ou dois salários para os beneficiários - até porque nada impede que, em próximo Acordo Coletivo de Trabalho, se consiga restabelecer o adicional por tempo de serviço.

Mesmo que o referido pagamento não seja um pagamento regular, constante, mas tenha se constituído num pagamento único, tenho para mim que o mesmo se enquadra na definição de ganho, de acréscimo patrimonial, sujeitando-se, portanto, à incidência do imposto sobre a renda.

Outrossim, diz o § 4º do art. 3º, da Lei 7713/88 que “a tributação independe da denominação dos rendimentos, títulos ou direitos, da localização, condição jurídica ou nacionalidade da fonte, da origem dos bens produtores das rendas ou proventos, bastando, para a incidência do imposto, o benefício do contribuinte por qualquer forma e a qualquer título.”

Ou seja, assim como não basta à lei denominar um fato de renda para que o mesmo seja renda, também não basta ao contribuinte denominar um fato ou uma coisa de “indenização” para que o mesmo seja uma indenização, de modo a se eximir da tributação.

Concluo, Portanto, que o pagamento recebido pelos impetrantes com base na cláusula 19ª do Acordo Coletivo de Trabalho se sujeita à incidência do Imposto de Renda das pessoas físicas, razão pela qual é improcedente o pedido dos mesmos.

Isto posto, **JULGO IMPROCEDENTE O PEDIDO DOS IMPETRANTES, pelo que DENEGO A SEGURANÇA.**

Custas ex lege. Sem honorários advocatícios, conforme Súmulas 512, do Eg. STF e 105, do EG.STJ.

P.R.I., Inclusive a União Federal e o MPF e comunique-se a autoridade coatora.

Rio de Janeiro, 08 de janeiro de 1997

MARIA DO CARMO FREITAS RIBEIRO
JUÍZA FEDERAL SUBSTITUTA

**DRA. FRANA ELIZABETH MENDES
JUÍZA FEDERAL SUBSTITUTA
24ª VARA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA - RJ
PROCESSO Nº 97.0070556-0**

SENTENÇA (TIPO II)

Vistos etc.

ESDEVA EMPRESA GRÁFICA LTDA., pessoa jurídica que tem como objetivo social a indústria gráfica, o comércio de papelaria, a edição, impressão e venda de livros, jornais e revistas, impetrou o presente mandado de segurança objetivando a imunidade tributária prevista no artigo 150, inciso VI, alínea "d" da Constituição Federal, referente ao desembaraço de mercadorias importadas condicionado ao pagamento do Imposto de Importação - II.

A liminar foi indeferida, conforme decisão de fl.32.

Regularmente notificada, a autoridade impetrada sustenta, em suas informações, a legalidade e constitucionalidade dos procedimentos adotados.

O Ministério Público Federal pugna pela denegação da segurança.

É O RELATÓRIO.

FUNDAMENTO E DECIDO.

Cinge-se a *vexata quaestio* à possibilidade ou não de se outorgar interpretação extensiva ao disposto no artigo 150, inciso VI, alínea "d" da Constituição Federal, *in verbis*:

"Art.150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

VI- instituir impostos sobre:

(...)

d) livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão".

Ab initio, cumpre ressaltar que a imunidade se afigura como hipótese de não-incidência tributária, **constitucionalmente** qualificada. No escólio magistral de Paulo de Barros Carvalho (*in* Curso de Direito Tributário - Ed. Saraiva - 1.993, p. 117) tem-se que a imunidade tributária é "a classe finita e imediatamente determinável de normas jurídicas, contidas no texto da Constituição Federal, e que estabelecem, de modo expresso, a incompetência das pessoas políticas de direito constitucional interno para expedir regras instituidoras de tributos que alcancem situações específicas e suficientemente caracterizadas."

Pela expressa literalidade do dispositivo constitucional, pode-se inferir que a imunidade abrange apenas os livros, jornais, periódicos e o papel destinado à sua impressão.

Corroborando tal posicionamento, a eminente representante do *Parquet* Federal, sustenta inexistir qualquer suporte a justificar a ampliação do texto constitucional, sob pena de subversão da vontade do legislador constituinte.

Ressalto que é necessário buscar-se o real sentido da lei, ou seja, a *mens legis* e não a mera vontade do legislador (*mens legislatoris*). Deve-se partir da interpretação gramatical, mas ir além desta. É função do jurista e do intérprete da lei investigar a *ratio legis*, ou seja, não a lei considerada em si mesma, inexistente como regra jurídica, mas sim aquela resultante lógica de um complexo de ações e reações que se processam no sistema, jurídico onde foi promulgada. A lei age sobre as demais leis dos sistema, estas, por sua vez, reagem; a resultante lógica é a verdadeira regra jurídica da lei que provocou o impacto inicial (*in Teoria Geral do Direito Tributário*, Alfredo Augusto Becker, 2ª edição, São Paulo, Saraiva, 1972, pp. 183/184).

No mesmo sentido, trago à baila o escólio do professor da Universidade de Freiburg Konrad Hesse (*in Die normative Kraft der Verfassung - A força normativa da Constituição* - tradução de Gilmar Ferreira Mendes - 1991, Sérgio Fabris Editores, pp.15,19 e 24), ao mencionar que: "...A Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser.; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social (...) Embora não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas

provenientes os juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converte-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral - particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional -, não só a vontade de poder (*Wille zur Macht*), mas também a vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*)...".

Mais adiante o conceituado autor dita "... A Constituição jurídica logra conferir forma e modificação à realidade. Ela logra despertar "a força que reside na natureza das coisas", tornando-a ativa. Ela própria converte-se em força ativa que influi e determina a realidade política e social. Essa força impõe-se de forma tanto mais efetiva quanto mais ampla for a convicção sobre a inviolabilidade da Constituição quanto mais forte mostra-se essa convicção entre os principais responsáveis pela vida constitucional. Portanto, a intensidade da força normativa da Constituição apresenta-se em primeiro plano, como uma questão de vontade normativa, de vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*)...".

Especificamente no que concerne à imunidade prevista no artigo 150, VI, "d", da Carta Magna, observa-se ser seu fundamento político e cultural.

O saudoso Aliomar Baleeiro, ao discorrer acerca da regra de não incidência em comento, sob a égide da Lei Maior anterior, asseverou que: "...A Constituição alveja duplo objetivo, ao estatuir essa imunidade: amparar e estimular a cultura através dos livros, periódicos e jornais; garantir a liberdade de manifestação do pensamento, o direito de crítica e a propaganda partidária. Em ambos os aspectos do objetivo se refletem os mesmos princípios dos arts. 153, § 8º e 36; 176, 179, 180 e outros do Estatuto Supremo." (*in Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar*, 4ª edição, 1974 editora Forense, Rio de Janeiro, p. 195).

Sacha Calmon Navarro Coêlho (*in Comentários à Constituição de 1988 - Sistema Tributário*, 6ª edição, 1994, editora Forense, Rio de Janeiro, pp.378 e ss) dita que "...a imunidade, seu fundamento é político e cultural. Procura-se retirar impostos dos veículos de educação, cultura e saber para livrá-los de sobremodo das influências políticas, para que através do livro, da imprensa, das revistas, se possa criticar livremente os governos sem interferências fiscais. Por isso mesmo o insumo básico, o papel de impressão, está imune. Não por ser custo, senão porque, através dos impostos de barreira e do contingenciamento, poderia o Fisco embaçar a liberdade de imprensa.

A imunidade filia-se aos dispositivos constitucionais que asseguram a liberdade de expressão e opinião e patejam o debate das idéias, em

prol da cidadania, além de simpatizar com o desenvolvimento da cultura, da educação e da informação”.

Diante de tais digressões e de acordo com a sistemática constitucional vigente, é mister concluir-se que a imunidade em apreço não é restrita ao papel de imprensa, mas abrange demais insumos, sob pena de desvirtuar-se o real objetivo da ordenação jurídica. A exegese deve ser abrangente, de modo a afastar a incidência de impostos que, de alguma maneira, possam onerar o preço do bem.

A jurisprudência pátria tem amparado tal posicionamento, conforme se depreende dos seguintes arestos:

“TRIBUTÁRIO - IMUNIDADE - JORNAL - TINTA PARA IMPRESSÃO.

I- A jurisprudência dos nossos tribunais, sob o comando do Supremo Tribunal Federal, vem entendendo que a imunidade constitucional concedida aos livros, jornais e periódicos, assim como ao papel destinado à sua impressão, não compreende só o produto acabado, pois visou a proteger e incentivar a educação, a cultura, a liberdade de comunicação e de pensamento, sendo ampla e abrangendo inclusive as atividades que circundam a produção a produção. O entendimento da Supremo Corte é no sentido de que a imunidade conferida ao jornal é amplíssima, apañando também as operações necessárias à sua feitura.

II- Apelação e remessa improvidas”(AMS nº 96.02.18156, TRF - 2ª Região, 2ª Turma, Relator Juiz Paulo Espírito Santo, j. 18/03/97, por maioria, DJ 17/06/97).

“CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO IMUNIDADE. ART. 150, INC-6, LET -D, DA CF-88. TINTA ESPECIAL PARA JORNAL.

1. A importação de tinta especial para ser utilizada na elaboração de jornal está abrangida pela imunidade tributária prevista no art.150, inc.6, let.d, da CF/88.

2. Tendo sido admitida pela jurisprudência a interpretação extensiva da imunidade constitucional referente a livros, jornais, periódicos e o papel destinado à sua impressão, para alcançar, além dos produtos expressamente mencionados em seu texto, todos aqueles que, de fato, englobam seu processo produtivo.”

(AMS 95.04.27557, TRF 4ª Região - Turma de Férias, Relatora Juíza Tânia Terezinha Cardoso Escobar, j.em 25/07/96, v.u. DJ

21/08/96) reiterado silêncio da autarquia-previdenciária.

2. Agravo Regimental improvido"

(AGMS nº 954.04.45756, TRF - 4ª Região, 5ª Turma, Relatora Juíza Marga Inge Barth Tessler, j. em 16/11/95, votação unânime, DJ 20/12/95).

"IMUNIDADE TRIBUTÁRIA. ICMS. ART. 150 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INSUMOS DESTINADOS À IMPRESSÃO DE JORNAIS.

O supremo Tribunal Federal, no julgamento dos Recursos Extraordinários nº s 190.761 e 174.476, reconheceu que a imunidade consagrada no art.150, VI, d, da Constituição Federal, para os livros, jornais e periódicos, é de ser entendida como abrangente de qualquer material suscetível de ser assimilado ao papel utilizado no processo de impressão.

Ausência de demonstração no sentido de que o material importado pela recorrente constituía produto que pudesse ser considerado papel de impressão. Questão, ademais, insuscetível de apreciação em sede de recurso extraordinário, por encontrar deslinde por via de reexame da prova produzida nos autos (Súmula 279).

Recurso extraordinário não conhecido"

(RE nº 193883/SP, STF, 1ª Turma, Relator Ministro Ilmar Galvão, votação unânime julgado em 22/04/97, DJ 01/08/97).

De fato, como bem salientado por Roque Antonio Carrazza, a expressa alusão ao papel de imprensa deve-se a razões puramente históricas: o Governo, durante o Estado Novo, impedia que os jornais de oposição recebessem papel de imprensa. Esta prática arbitrária teria inspirado o Constituinte de 1946 a proibir que as pessoas políticas tributassem, por via de imposto, o "papel destinado exclusivamente à impressão de jornais, periódicos e livros"(art.41,V,"c"). A salutar norma foi reproduzida - embora com outras palavras - na Constituição de 1967/1969 e na atual. É muito fácil notarmos que, declarando o papel de imprensa imune à tributação por via de impostos, a Lei Maior teve em mira facilitar a difusão da cultura, barateando os livros, jornais e periódicos. Ora, pela mesma razão, entendemos perfeitamente sustentável que o benefício se estenda a outros insumos, que também viabilizam o atingimento deste louvável objetivo.

Por outro lado, somos inclinados a aceitar - apesar de já termos sustentando o contrário, na edição anterior - que esta imunidade é objeti-

va e, por isso, não alcança a empresa jornalística, a empresa editorial, o livreiro, o autor etc., que, p.ex., deverão pagar o imposto sobre os rendimentos que obtiverem, com o livro, o jornal, o periódico e o papel destinado à sua impressão. O próprio princípio da igualdade - e seu consectário, o da capacidade contributiva - reforça esta posição, que, aliás, é pacífica, em nossos Tribunais.

Diante do exposto e de tudo o mais que os autos consta, **JULGO PROCEDENTE** o pedido formulado no presente mandado e **CONCEDO A SEGURANÇA** para liberar a impetrante do pagamento da exação em comento, nos termos do relatório e fundamentação que fazem parte integrante deste dispositivo.

Indevidos honorários advocatícios, a teor das Súmulas 512 e 105 dos Egrégios S.T.F. e S.T.J., respectivamente.

Custas *ex lege*.

Sentença sujeita a reexame necessário.

P.R.I.C. e Oficie-se.

Rio de Janeiro, 02 de dezembro de 1997.

FRANA ELIZABETH MENDES
JUÍZA FEDERAL SUBSTITUTA

DR. GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA
JUIZ FEDERAL TITULAR
25ª VARA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA - RJ
PROCESSO Nº 93.0037695-0

SENTENÇA

I. Vistos.

1. **ÉLCIO SALLES RODRIGUES**, qualificado a fls. 02, foi denunciado como incurso nas sanções do artigo 304 c.c. artigo 297, do Código Penal, porque na qualidade de servidor da Câmara Municipal do Rio de Janeiro, em 25 de janeiro de 1990, objetivando a atualização dos seus dados cadastrais junto ao setor competente daquele órgão público, o denunciado apresentou certidão de conclusão de nível superior em seu nome, supostamente expedida pela Universidade Gama Filho, como se houvesse concluído o curso de administrador de empresas. Consoante informação prestada pela Universidade, a referida certidão é falsa, não tendo jamais o denunciado figurado como aluno daquela entidade de ensino.

Acompanham a denúncia as peças de informação de que consta de relevante, prontuário do acusado (fls. 02-D), certidão inquinada de falsa (fls.03), ficha de cadastramento de servidor (fls.04/05), ofício da Universidade Gama Filho (fls.06/07).

2. Recebida a denúncia por decisão datada de 09 de fevereiro de 1994, foi o acusado regularmente citado e interrogado (fls.16). Ofereceu-se Defesa Prévia (fls.18). Colheu-se a prova de acusação, com a inquirição da testemunha faltante Maria Cecília (fls. 55) tendo o MPF desistido das testemunhas faltantes, o que foi homologado, e consideradas desistentes as testemunhas arroladas pela Defesa (fls.54). Foram juntados os documentos de fls.57/64.

3. Ao ensejo do artigo 499, do C.P.P., nada foi requerido.

4. Em alegações finais, o Procurador da República requereu a condenação do acusado nos termos da denúncia (fls.67/68).

Por sua vez, o Defensor do acusado, também em alegações finais (fls. 76/78), sustentou que as provas dos autos são frágeis para

ensejarem um decreto condenatório. Não há nos autos prova pericial, imprescindível à caracterização do delito. E, ainda que ultrapassada tal questão, vale notar que o acusado teria se utilizado da falsificação para obter vantagem patrimonial. Assim, o acusado não logrou êxito em sua empreitada, não tendo o fato se consumado por circunstâncias alheias à sua vontade, devendo o fato ser desclassificado para aquele tipificado no artigo 171, c.c. artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal. E, finalmente, deve ser considerada a norma principal (artigo 297) em detrimento da norma subsidiária (artigo 304), devendo ser reconhecida a atenuante da confissão espontânea.

É o relatório.

II. DECIDO:

5. Com efeito, a acusação é procedente, na sua inteireza. Verifica-se que restou demonstrado, pelo conjunto probatório constante dos autos, que o e acusado fez uso de uma certidão de conclusão de curso de nível superior falsa emitida em seu próprio nome, e com os dados do mesmo, para obter a atualização do seu cadastro na Câmara Municipal, tendo ele conhecimento da falsificação de documento público. Senão vejamos:

6. A materialidade do delito ficou provada pelo documento cuja cópia encontra-se a fls.03 das peças de informação, representativo de uma certidão supostamente emitida pela Universidade Gama Filho dando conta de que o acusado teria concluído o Curso de Administração da Universidade em 1987 e que o diploma estaria em processo de registro. A testemunha Maria Cecília apresentou uma série de documentos quando foi ouvida em Juízo, apresentando o modelo da certidão de conclusão de Curso (fls.57). Apresentou, ainda, cópia de documentos que possibilitaram a constatação da falsidade da referida certidão, incluindo a relação de nomes de pessoas cujos diplomas e/ou certidões se suspeitavam serem falsos.

A não-realização da prova pericial sobre a certidão referida em nada interfere no reconhecimento de que o acusado perpetrou delito de uso de documento falso, porquanto o próprio órgão educacional supostamente emissor do documento atestou claramente que a certidão era falsa. O ofício de fls. 06/07 é concluinte quanto à falsidade da certidão apresentada pelo acusado na Câmara Municipal. A prova testemunhal (exame de corpo de delito indireto) é clara quanto à efetiva contrafação realizada no documento apresentado, razão pela qual não merece acolhida a tese da Defesa no sentido de que há precaridade de provas.

7. Relativamente à autoria, não há como negar-se haver o acu-

sado perpetrado a conduta delituosa que lhe foi imputada.

8. Durante seu interrogatório judicial, o acusado confessou a prática delitiva, mencionando que como haveria uma prova na Câmara Municipal, e quem apresentasse certidão de curso superior teria triplicado seus vencimentos, resolveu apresentar a certidão mencionada. Informou que não tem curso superior.

9. Ainda que não fosse a confissão do acusado, seria de rigor a sua condenação, consoante os demais elementos de prova constantes dos autos. Assim é que, conforme o próprio acusado reconheceu, ele nunca concluiu qualquer curso superior.

A testemunha Maria Cecília, ao ser ouvida em Juízo, esclareceu que recebeu um ofício do Dr. Carlos Roboredo para que houvesse a informação a respeito da autenticidade ou falsidade de diplomas e certidões apresentados. Assim, a testemunha informou que, dentre outras pessoas, o acusado nunca havia pertencido ao corpo discente da Universidade. Informou ainda que desde 1987 a testemunha ocupa o cargo de Diretoria de Divisão de Registro Acadêmico, sendo a única competente para assinar os documentos, como certidão e atestado de conclusão de curso. Esclareceu ainda que o Professor Paulo Cesar deixou o cargo de Secretário Geral da Universidade em final de 1986, início de 1987, quando a testemunha passou a acumular tal cargo.

10. Tal depoimento da Diretoria de Divisão de registro Acadêmico se mostrou de importância ímpar, para corroborar a versão contida na denúncia, quanto a espuriedade do documento apresentado pelo acusado na Câmara Municipal do Rio de Janeiro.

11. As evidências materiais são demonstrativas do conhecimento prévio do acusado a respeito da espuriedade do documento de conclusão de curso por ele usado, já que ficou demonstrado que o próprio acusado nunca cursou a Faculdade de Administração da Gama Filho e pretendia fazer prova de condição de graduado em Curso Superior sem sê-lo, perpetrando a conduta delituosa, sabendo da falsidade no documento de identidade.

12. Outrossim, descabe o argumento de que deve ocorrer a desclassificação do delito para estelionato tentado. Inicialmente, em virtude do documento de certidão de atestado de curso não servir exclusivamente para fazer prova junto à Câmara Municipal, e portanto o *falsum* não seria exaurido tão somente com o uso da certidão junto àquela repartição pública, mas também em outros órgãos e com outras finalidades. Sob um segundo aspecto não há qualquer prova nos autos demonstrativa de que o acusado iria obter aumento remuneratório com a apresentação da certi-

dão de conclusão de curso superior. E, ainda que houvesse tal prova, como visto o *falsum* não se exauriria no estelionato tentado.

13. Ainda que houvesse prova de que o acusado buscava vantagem patrimonial indevida, não se aplicaria, na hipótese em tela, o enunciado da Súmula 17 do Superior Tribunal de Justiça, porquanto somente se reconhece a unicidade de delito quando o falso se exaure no estelionato perpetrado, sem qualquer outra potencialidade lesiva, o que não é o caso. A certidão falsa, por si só, proporcionaria ao acusado a realização de um número de atividades, como por exemplo obter a atualização do cadastro do órgão público, conseguir obter emprego privativo de Administradores, se inscrever no Conselho Regional da classe, e se identificar como detentor de Curso Superior para outros fins desde que fosse solicitada sua identificação. Assim, não há que se falar na aplicação do princípio da consunção, porquanto o uso de documento público falso no caso em tela foi conduta completamente independente daquela relativa à eventual estelionato tentado.

Recorde-se que no caso tratado nos autos, o acusado foi convocado para atualizar seus dados cadastrais, sem qualquer outra conotação, muito menos de natureza remuneratória.

Tais circunstâncias, à evidência, conduzem à conclusão, de que realmente os dois delitos devem ser considerados autonomamente, sem que haja relação consuntiva entre eles, e tampouco aplicação da regra do concurso formal, mas sim o concurso material de delitos.

14. Como bem salienta o Mestre DAMÁSIO E. DE JESUS, ao cuidar do tema, "*há quatro orientações a respeito da tipicidade do fato de o sujeito, após falsificar um documento, empregá-lo na prática de estelionato*" (Direito Penal, volume 4, p.42). Vejamōs cada uma delas, e os comentários do citado jurista:

"1ª) O crime de falsificação de documento público absorve o estelionato.

De acordo com essa corrente, a falsidade que ingressa na extensão da elementar "qualquer outro meio fraudulento" empregada na descrição típica do estelionato é o falso vulgar, sem os contornos do crime de falsidade. Quando ocorrem os elementos do crime de falsificação de documento público o agente responde somente por este delito, que, por ser mais grave, absorve o estelionato. Essa posição, na doutrina estrangeira, encontra fundamento em Impallomeni (Codice penale italiano illustrato, v.3, p.33). Considera-

se que a fé pública é o objeto jurídico imediatamente lesado, e tratando-se de um crime formal (o de falsidade), o prejuízo se insere na fase de exaurimento, não constituindo delito autônomo. Na lição de Néelson Hungria, "a obtenção de lucro ilícito mediante falsum não é mais que um estelionato qualificado pelo meio (Impallomeni). É um estelionato que, envolvendo uma ofensa à fé pública, adquire o nomen juris de "falsidade"(Comentários ao Código Penal, Rio de Janeiro, Forense, 1955, v.7,p. 109, n.78).

2ª) O crime de estelionato absorve o crime de falsificação de documento público.

Para essa posição, a falsidade constitui simples meio de execução do estelionato, ingressando na elementar "qualquer meio fraudulento"contida na figura típica do artigo 171, caput, do CP. Em face disso, nos termos do princípio da consunção o estelionato absorve a falsidade.

3ª) Há concurso formal entre estelionato e falsificação de documento público.

Entende-se haver concurso formal entre estelionato e falsificação de documento público, apoiando-se em Magalhães Noronha: "Há unidade de ação, de desígnio e pluralidade de bens jurídicos violados". (Código Penal brasileiro, São Paulo, Saraiva, 1958 , v.5,p.163, n.242) Trata-se de posição isolada.

4ª) Há concurso material entre estelionato e falsificação de documento público.

Essa posição, que vê concurso material entre estelionato e falsificação de documento público, foi tomada pelo STF no RE 41.199, do Distrito Federal, 2ª Turma, em 15-1-59, tendo como relator o Min. Luiz Gallotti. Entendeu-se que um delito só é absorvido por outro no caso da subsidiariedade implícita,, quando um tipo menos grave funciona como elementar ou qualificadora de outro. Como no caso isso não ocorre, "se, para comêter"estelionato, "o agente praticou falsidade, responde pelos dois crimes, em concurso material (RTJ, 9:257)."(ob.citada, pp.42/43).

De acordo com o penalista DAMÁSIO E. DE JESUS, "ocorre a relação consuntiva, ou de absorção, quando um fato definido por uma norma incriminadora é meio necessário ou normal fase de preparação ou execução de outro crime, bem como quando constitui conduta anterior ou posterior do agente, cometida com a mesma finalidade prática atinente àquele crime. Neste casos, a norma incriminadora que descreve o meio

necessário, a normal fase de preparação ou execução de outro crime, ou a conduta anterior ou posterior, é excluída pela norma a este relativa. "Lex consumens derogat legi consumptae". O comportamento descrito pela norma consuntiva constitui a fase mais avançada na concretização da lesão ao bem jurídico, aplicando-se, então, o princípio de que "majot absorbet minorem". (Direito Penal 1º, volume, p.99).

No caso em tela, o uso de documento falso não servia apenas para a prática do estelionato, que supostamente não se consumou por circunstâncias alheias a vontade do acusado, não sendo portanto, meio para a prática do crime-fim (estelionato), havendo diversidade de ofensa ao bem jurídico penalmente tutelado, a saber, o patrimônio da Câmara Municipal e a fé pública que os documentos emitidos por órgãos oficiais devem portar.

15. O superior Tribunal de Justiça já consolidou tal entendimento na Súmula 17, *in verbis*:

"Súmula 17. Quando o falso se exaure no estelionato, sem mais potencialidade lesiva, é por este absorvido."

Assim, na hipótese em que o falso tem outra potencialidade lesiva, como é o caso presente, já que o passaporte teria uma série de outras finalidades que não apenas ser apresentado perante a Câmara Municipal do Rio de Janeiro.

16. A utilização da certidão não é meio necessário para se obter o aumento remuneratório, e sendo assim, não há que se falar em crime-meio e crime-fim, sabido que tal certidão não tem finalidade de somente ser usado para atualização de dados na Câmara.

17. O elemento subjetivo do tipo restou provado diante da evidente configuração de que o acusado sabia da falsificação do documento, tanto é que o utilizou sabendo que o documento não foi tirado regularmente, reconhecendo nunca ter concluído qualquer curso superior, ficando caracterizado que o acusado se valeu de facilidades proporcionadas por terceiro não identificado para obter irregularmente um documento para que pudesse regularizar sua situação.

18. Portanto, diante de tal quadro probante, inexistente qualquer dúvida quanto à responsabilidade criminal do acusado quanto ao uso de documento falso, sendo certo que a conduta não ficou na esfera da tentativa, e sim trata-se de crime consumado, porquanto a mera utilização com a apresentação do documento ao órgão público municipal já configura o delito na sua forma consumada, sendo indiferente o alcance do intento ou não do documento.

19. Assim, descabe a classificação do delito como pretendido pela Defesa. Outrossim, a narração feita na denúncia não dá conta de que o acusado teria promovido a adulteração do documento. (artigo 297, do Código Penal), apenas sendo feita a referência a tal disposição para efeitos de aplicação da pena abstratamente cominada, qualquer condenação por concurso material entre delitos de falsificação e uso de documento falso, sendo equivocado o raciocínio da Defesa nesse sentido.

20. *Nas palavras de DAMÁSIO E. DE JESUS, "a conduta punível consiste em fazer uso do documento falso como se fosse verdadeiro. Assim, incrimina-se o uso de documento público ou particular material ou ideologicamente falso, de documento com falso reconhecimento de firma ou letra, de atestado, certidão ou atestado médico falsos. Usar documento falso significa empregá-lo como prova do fato de importância jurídica a que diz respeito, como se fosse verdadeiro."* (Direito Penal, 4º volume, p.74).

O penalista E. MAGALHÃES NORONHA, ao cuidar do delito em tela, comentou que "a ação física do delito é usar (fazer uso, nos termos da disposição legal) ou utilizar. Consiste em apresentar como genuíno o documento se ele foi materialmente falsificado, ou verídico, se ideologicamente falso. Usa-se o documento quando com ele se inicia uma relação jurídica, seja um juízo ou fora dele, v.g., ação judicial, negócio, transação, etc., ou, de qualquer modo, quando ele sai da esfera do agente, entrando em circulação." (Direito Penal, volume 4, p.152).

21. Verifica-se, pois, que os elementos de prova são suficientes para se concluir acerca da responsabilidade penal do acusado, que tinha conhecimento da falsidade do documento, e mesmo assim, o utilizou, merecendo, portanto, sofrer a resposta penal pelo delito cometido.

22. Desse modo, conclui-se que o acusado cometeu o delito descrito na denúncia, merecendo, portanto, sofrer a resposta penal adequada, não sendo possível a sua absolvição. A ofensa à fé pública se consubstanciou na incorreção gerada nos registros da Universidade Gama Filho.

III. "DECISUM":

23. Na aplicação da pena ao acusado, devo considerar, antes de mais nada, ser o mesmo primário, inexistindo circunstâncias judiciais que lhe sejam desfavoráveis, atento a quem, no critério previsto no artigo 59, do Código Penal, não foram anormais, se comparados com casos análogos, o dolo e as demais circunstâncias que cercaram a prática do delito.

O conjunto de tais elementos me leva, na aplicação da pena devida ao acusado, a estabelecer pena-base em 2 (dois) anos, de reclusão,

e pagamento de 10 (dez) dias-multa, sendo cada dia-multa equivalente a 1/30 do salário mínimo vigente ao tempo do fato, que torno definitiva à falta de circunstâncias agravantes ou atenuantes e de causas especiais de aumento ou diminuição da pena.

24. Estabeleço como regime inicial de cumprimento de pena o aberto, levando em conta os motivos já referidos, bem como o critério previsto no art. 33 § 2º, alínea "c", do Código Penal..

25. Ante o exposto, **JULGO PROCEDENTE** o pedido deduzido na presente ação penal iniciada pela denúncia de fls. 02, para condenar **ÉLCIO SALLES RODRIGUES**, RG nº 043s11269-7, filho de Waldoracy Rodrigues e de Leda Soares Rodrigues, nascido em 09/12/58, à pena de 2 (dois) anos, de reclusão, em regime aberto, e pagamento de 10 (dez) dias-multa, no mínimo legal, por incurso nas sanções do artigo 304 do Código Penal.

26. Entendendo que o acusado preenche os requisitos objetivos e subjetivos previstos no artigo 77, do Código Penal, concedo-lhe o benefício da suspensão condicional da pena, pelo período de dois anos, sob a condição de comparecer trimestralmente perante o Juízo da Execução, para atestar e justificar as suas atividades.

27. Por preencher os requisitos do artigo 594, do Código de Processo Penal, concedo-lhe o direito de recorrer em liberdade.

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

Custas "ex. lege."

P.R.I.C.

Rio de Janeiro, 23 de outubro de 1996.

GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA
JUIZ FEDERAL TITULAR