

**DR. LUIZ PAULO DA SILVA ARAÚJO FILHO**  
**JUIZ FEDERAL TITULAR**  
**26ª VARA FEDERAL**  
**SEÇÃO JUDICIÁRIA - RJ**  
**PROCESSO Nº 96.00.80188-6**

## SENTENÇA

Vistos etc.

I

1. **ROSALI CUNHA MACHADO LIMA**, qualificada na petição inicial, propõe a presente ação, sob o procedimento ordinário, em face da **UNIÃO FEDERAL**, pleiteando a anulação do Ato nº 12.503, do Exmo. Sr. Min. Presidente do Superior Tribunal Militar - STM, de modo a assegurar-lhe o pleno exercício de suas atividades judicantes junto à 4.ª Auditoria da 1.ª Circunscrição da Justiça Militar, no Rio de Janeiro.

Alega a Autora, como fundamento de seu pedido, que foi removida compulsoriamente para Bagé, Rio Grande do Sul. Por ato ilegal, decorrente de processo administrativo irregular, uma vez que: (1) o Ministério Público teria deixado de lado a sua função de *custos legis* para assumir a de órgão de acusação, e, a despeito disso, e dos protestos de seus advogados, o *parquet* teve a oportunidade de falar por último, depois da defesa; (2) o encerramento da instrução foi realizado sem a intimação da Autora ou de seu advogado, que ficaram impedidos de requerer a produção de outras provas; (3) a decisão que condenou a Autora foi tomada em votação secreta, sem a devida fundamentação, de forma incompatível com o art. 93, incisos IX e X, da Constituição; (4) não foi imediatamente fixada a Auditoria para a qual a Autora seria removida, o que representa "fixação de pena em aberto"; (5) foi observado exclusivamente o rito da Lei nº 8.112/90, e não o da LOMAN; (6) os fatos imputados à Autora - que a mesma teria impedido a Comissão de Inquérito de desenvolver suas atividades de forma regular e que teria destrutado o Presidente do Tribunal - são atípicos, não se subsumindo, respectivamente, nos tipos dos incisos I e IV do art. 35 da LOMAN, e não havendo, destarte, motivos para a sua punição; (7) foi aplicada a pena de remoção sem que fosse explicitado o interesse público que a motivara.

A petição inicial veio instruída com procuração (fs. 13), comprovante do pagamento das custas (fs. 14), e centenas de documentos (fs. 15/886 - 4º Vol.).

2. Determinada a distribuição do feito por dependência à ação cautelar preparatória nº 96.00.19437-8 (fs. 887), conclusos os autos, foi determinada a emenda da petição inicial (fs. 889).

Corrigido o valor atribuído à causa (fs. 892), foi ordenado o fornecimento das cópias necessárias para a citação da Ré (fs. 898), sendo após proferido o despacho liminar de conteúdo positivo (fs. 901).

A União, em sua contestação (fs. 908/ 921), sustenta, preliminarmente, a impossibilidade jurídica do pedido, porque, *grosso modo*, a sua apreciação afronta "o princípio da Separação e harmonia entre os poderes" (*sic*); a incompetência absoluta deste juízo, por força do art. 21, inc. VI, da LOMAN; a "carência de ação", "porque o ato impugnado pode ser revisto a pedido da interessada sem necessidade de interferência do Judiciário através de função jurisdicional", não havendo interesse de agir; e, no mérito, valendo-se de peças das informações do STM, defende a improcedência do pedido.

Em réplica (fs. 925/933), a Autora enfrenta as preliminares suscitadas e corrobora a procedência do pedido, acostado documentos aos autos.

Aberta vista dos autos à Ré, esta se manifestou sobre os documentos às fls. 350.

3. Determinada a especificação de provas (fs. 951), as partes afirmaram não ter mais provas a produzir (fs. 953-4 e 957).

Encaminhados os autos do processo ao Ministério Público Federal, este apresentou a *opinio* de fs. 959/964, arguindo preliminares de incompetência do Juízo e de litispendência, mas sem se manifestar sobre o *meritum causae*.

É o relatório. **D E C I D O.**

## II

1. A preliminar de incompetência absoluta deste juízo, argüida pela Ré e pelo Ministério Público Federal, deve ser indeferida, com efeito: sustentam, *grosso modo*, que a interpretação da LOMAN e da CF não admite sejam processadas no primeiro grau de jurisdição ações ordinárias que tenham por fundamento ato administrativo passível de mandado de segurança junto ao Tribunal respectivo (*Parquet*, fs. 959), e que o artigo 21, VI, da Lei complementar nº 35/79, estabelece que compete aos Tribunais, privativamente, julgar, originariamente, os mandados de segurança contra seus atos (Ré, fls. 911).

Para começar, a interpretação correta só pode partir da Constituição, tem de iniciar-se por ela, porque o princípio compatível com a prevalência o supremacia da Constituição é exatamente o da interpretação da lei em conformidade com a Constituição. Jamais seria lícito admitir

o inverso, sob pena de reconhecer-se a legislação da Carta, que passaria a ter a mesma força de legislação infraconstitucional a cuja luz fosse interpretada. Mais: a Lei Suprema deve ser interpretada exclusivamente com apoio nas referências por ela própria adotadas.

A interpretação da Constituição Federal de 1988, e da LOMAN a partir dela, não permite a conclusão dos argüentes. Veja-se que não se encontra no art. 93 nem no art. 96 da Carta, cujo *caput* e inciso I descrevem a competência privativa dos tribunais", norma genérica correspondente a do art. 21, n.º VI, da LOMAN e do art. 6.º, inc. I, letra d, da Lei n.º 8.457/92, mas a análise das referências da própria Constituição admite claramente a recepção desse dispositivo, uma vez que ao Supremo Tribunal Federal compete processar e julgar, originariamente, o mandado de segurança contra ato do próprio STF (art. 102, I, d), ao Superior Tribunal da Justiça também cabe processar e julgar, originariamente, o mandado de segurança contra ato do próprio Tribunal (art. 105, I, b), da mesma forma que subsiste, expressamente, essa competência originária para os Tribunais Regionais Federais julgarem os mandados de segurança contra ato do próprio Tribunal (art. 108, I, c). Logo, são perfeitamente harmônicas e compatíveis com as prescrições da Carta as previsões tanto da Lei Orgânica da Magistratura Nacional como na lei que Organiza a Justiça Militar da União, que fixam a competência do Superior Tribunal Militar para processar e julgar originariamente o mandado de segurança contra seus atos.

Esses artigos, no entanto, à semelhança das normas constitucionais, estabelecem que compete aos tribunais julgar, originariamente, os mandados de segurança contra seus atos e os dos seus Presidentes. Como se vê, a norma infraconstitucional alude exclusivamente ao *mandado de segurança*, como fazem as próprias normas da Constituição, não havendo amparo, por conseguinte, para a extensão da regra a outras ações, que não as de mandado de segurança.

Ao contrário, em se tratando de ato jurisdicional dos tribunais, a competência *recursal* vem na própria Carta; mas em se tratando de ato disciplinar (administrativo) do tribunal, à falta de norma expressa, a competência para as ações, *que não sejam mandado de segurança*, rege-se pelas normas comuns, e, neste caso, sendo parte a União, competente é a Justiça Comum Federal de primeiro grau de jurisdição. Não se pode deslembrar, ao propósito, que a Constituição consagra *expressis verbis* o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5.º, inciso XXXV), o qual não permite a restrição desse mesmo controle jurisdicional, seja para concluir que só seria admissível o mandado de segurança contra atos de tribunais, seja para admitir, extensivamente e por lei infraconstitucional, a criação de nova competência originária do tribunal, *em restrição à competência geral de*

*outro órgão jurisdicional à luz da Constituição.*

Por fim, o princípio do duplo grau de jurisdição, ainda que examinado de forma ampliadíssima, também não influi na solução ao nosso ver correta, porque não se está cuidando de controle jurisdicional, por órgão inferior, de ato *jurisdicional* do órgão superior; muito pelo contrário, cuida-se do controle jurisdicional, seguindo as normas constitucionais, do ato *administrativo* do órgão "superior", *tout court*.

Ora, se a nossa Constituição admite a competência normal dos órgãos de primeiro grau de jurisdição para processar e julgar ação popular contra ato do Presidente da República e contra atos administrativos dos tribunais, por que não admitiria essa mesma competência com relação aos atos administrativos disciplinares? Na verdade *admite*, e não se pode contrapor ao sistema constitucional e interpretação extensiva (e duvidosa!) de uma norma infraconstitucional.

2. Quanto às preliminares de carência de ação, suscitadas pela União, em evidente confusão com o mérito da causa, também devem ser rejeitadas, uma vez que, *in statu assertionis*, estão presentes as condições genéricas do legítimo exercício do direito de ação. Com efeito: o pedido formulado, em tese, não é vedado por nosso direito objetivo; ao revés, ainda *in abstracto*, é concebível juridicamente a anulação de ato disciplinar ilegal. Bem assim, no que tange à alegação de inexistência do interesse de agir, "porque o ato impugnado pode ser revisto a pedido da interessada sem necessidade de interferência do Judiciário através de função jurisdicional", a um, o argumento não é sério e, a dois, concretizada a punição da Autora por ato administrativo, são inconcussas a necessidade e a utilidade da prestação jurisdicional pedida, para a anulação desse ato, não sendo possível aventar que a Autora deveria esgotar a possibilidade de *revisão* administrativa do ato, por força do art. 5.º, inciso XXXV, da CF, e porque esta possibilidade, a rigor, decorre apenas do asserto da Ré.

3. Para terminar o exame das preliminares, deve ser ainda rechaçada a litispendência argüida pelo *Parquet* Federal, porquanto "constitui-se a *causa petendi* do fato ou do conjunto de fatos a que o autor atribui a produção do efeito jurídico por ele visado" (José Carlos Barbosa Moreira, *O Novo Processo Civil Brasileiro*, 18.ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1996, p.18).

Com efeito: "nosso sistema, muito embora o art. 282, inc. III, do Código de Processo Civil, exija a indicação não só dos *fatos* mas também dos *fundamentos jurídicos do pedido*, é tradicionalmente voltado para a teoria da *substanciação*, que para a identificação da demanda proposta leva em conta apenas os fatos narrados (e com base nos quais o juiz julgará: cfr. Calmon de Passos, *Coment.*, *cit.*, esp. nº 122 ss., pp. 214 ss.)"

(in Nota 124, p.195, de Cândido Rangel Dinamarco, ao *Manual de Direito Processual Civil* de Enrico Tullio Liebman, 2ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1985 - grifado no original).

Dessa forma, ao contrário do que supõe o Ministério Público Federal, não constitui a causa de pedir desta ação, nem a do mandado de segurança mencionado, a "inobservância do devido processo legal" (fs. 964), simples decorrência dos fatos - *diversos!* - apontados. Em verdade, foram descritos neste feito alguns fatos que constituem as *causae petendi* desta ação, e nenhum dos fatos aqui alegados é idêntico ao fato que constitui a *causa petendi* do mandado de segurança proposto no STM, ora em fase de recurso ordinário no STF.

A própria Autora ressaltou, aliás, na petição inicial (fs. 05), a diversidade dos fatos (*sempre fatos!*) invocados neste processo, aludindo à ação de mandado de segurança e à sua *causa petendi* exatamente para evitar o equívoco cometido pelo Ministério Público Federal. Superadas as preliminares, lamentavelmente, como sói acontecer, não se manifestou o Ministério Público sobre o mérito da causa, olvidando também do princípio da eventualidade, que se aplica evidentemente ao exercício da função ministerial, como ensina o professor, jurista e membro do *parquet*, Sérgio Demoro Hamilton: "Terminada a análise da(s) preliminar(es) cabe ao Procurador da Justiça examinar o mérito substancial. É que, ao prolatar o parecer, o Procurador não tem, obviamente, conhecimento se o Tribunal vai ou não acolher a(s) prévia(s) suscitada(s), quer seu parecer tenha sido pela procedência das mesmas, quer seu pronunciamento tenha optado pela rejeição daquelas questões. Pouco importa, ainda, se a prévia decorreu de arguição das partes ou dele mesmo..." ("A Técnica do Parecer", in *Livro de Estudos Jurídicos*, N° 9, ps. 276/298, espec. item 14, p. 289).

4. *De meritis*, deve ser julgado procedente o pedido formulado, por mais de um fundamento, ou, melhor, por mais de uma das *causae petendi* invocadas. Assim, embora não se afigure a nulidade de processo administrativo disciplinar somente pela atuação acusatória do Ministério Público, porque, mesmo que admitida, por hipótese, a sua atuação como *custos legis*, a sua participação na obtenção de provas seria admissível, e a sua opinião pela punição do magistrado, parecendo-lhe esta a medida correta, seria natural. O ponto, neste caso, seria talvez o excesso, mas aí, por si só, não se configura a nulidade pretendida. Na verdade, tema de maior relevo, o da designação *especial* de um "representante do Ministério Público Militar para acompanhar os trabalhos" (fs. 129 e 137), não foi alegado pela Autora como causa de pedir e não deve, por isso, ser aqui analisado..

Não obstante isso, caracteriza irremissível nulidade a inversão

da ordem de alegações finais, em detrimento da defesa, que não encerrou os debates. Para começar, o sistema acusatório garante a manifestação da defesa depois da acusação, como se observa da leitura dos arts. 406 e § 1.º, 500 e incisos, 538, § 2.º, e 539, *caput*, todos do Código de Processo Penal. Mais do que isso, porém, a própria LOMAN prescreve, em seu art. 27, § 5.º, *ipsis verbis*:

“§ 5.º Finda a instrução, o Ministério Público e o magistrado ou seu procurador terão, *sucessivamente*, vista dos autos por 10 (dez) dias, para razões.”

Assim sendo, nem sequer se mostra necessário perscrutar se a atuação acusatória do *parquet* exigiria a manifestação por último da defesa; esta manifestação é exigida por lei Orgânica da Magistratura Nacional, e não poderia, a toda evidência, ser desrespeitada no processo administrativo disciplinar, como foi e se verifica às fls. 307-8 e 405 dos autos (2.º Vol.).

Veja-se, ainda, que a própria Lei n.º 8.457/92, em seu art. 6.º, inciso I, letra g, estabelece que “compete ao Superior Tribunal Militar processar e julgar originariamente os procedimentos administrativos para decretação da perda do cargo e da disponibilidade de seus membros e demais magistrados da Justiça Militar, bem como para remoção, por motivo de interesse público, destes últimos, *observado o Estatuto da Magistratura*” (g.n.). E de outro modo não poderia ser a Lei Complementar n.º 35/79, como lei complementar que é, prevaleceria sobre a lei ordinária que organiza a Justiça Militar.

Nesse contexto, não se pode reconhecer a validade do § 7.º do art. 201 do Regimento Interno do Superior Tribunal Militar, primeiro, porque extrapola a competência instituída pelo art. 96, inc. I, letra a, da Const. Federal, que permite aos tribunais “elaborar seus regimentos internos, com observância das normas e processo e das garantias processuais das partes, *dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos*”, *tout court*. Não pode, por conseguinte, o regimento interno alterar as normas de processo nem as garantias das partes.

Dessa forma, ao prever o Regimento Interno do STM que: “Após o Relatório será facultada à Defesa usar da palavra por vinte minutos. O Procurador-Geral da Justiça Militar terá igual prazo para sustentar o respectivo parecer.” - , essa norma, além de ultrapassar a competência do Tribunal para elaborar seu regimento interno, alterando, por acrescentar novos atos, o procedimento da LOMAN, *contraveio* a garantia de ampla defesa da Autora, lá Acusada ( art. 5.º, inc. LV, da Carta), ao inverter a ordem de manifestações das partes, especificamente prevista no art. 27, § 5.º, da Lei Complementar n.º 35/79. Essa inversão ofende o devido processo legal e caracteriza a nulidade do processo administrativo disciplinar.

Nesse sentido:

**"PROCESSO CRIME** - Nulidade - Alegações finais ofertadas pela defesa antes do Ministério Público - Inadmissibilidade - Cerceamento caracterizado - Apelação provida - Inteligência do art. 153, §§ 15 e 16, da CF.

Se o Poder Público é o responsável pela manutenção da ordem, e, por isso mesmo, deve tomar as medidas necessárias para punir o autor da infração penal, não é menos certo constituir dever seu assegurar aos acusados ampla defesa, porque repugna à consciência jurídica de um povo possa alguém ser processado sem que tenha o direito de se defender." (TACrim. - SP, RT 587/350).

A votação secreta, para a punição do magistrado, além disso, não se mostra compatível com o art. 93, inc. X, da Constituição, que não faz qualquer distinção. Ao revés, melhor sempre se afigura, em um Estado Democrático de Direito, em que o adjetivo democrático influi na concepção do Direito, reconhecer a legitimidade apenas das decisões abertas, em conformidade com a própria necessidade de fundamentação. A exceção, ao nosso ver, reclama norma expressa, como a do art. 5.º, inciso XXXVIII, letra b, da carta Magna.

No que se refere à fundamentação, porém, não assiste razão à Autora, porque a decisão foi motivada, ao menos de forma geral, pelo Relator, como sempre acontece em decisões de órgãos colegiados.

5. A alegação de que não houve a intimação da Autora ou de seu advogado para o encerramento da instrução, e que teriam perdido, portanto, a oportunidade de requerer a produção de outras provas, a sua vez, não restou demonstrada. De fato, da leitura das peças que instruem os 4 volumes destes autos não se depreende se houve, ou não, a realização do ato sem a intimação da Defesa, o que impossibilita a pretendida declaração da nulidade por este fato.

Também não existe razão à Autora ao afirmar que não foi imediatamente fixada a Auditoria para a qual seria removida, o que representaria a "fixação de pena em aberto", já que se observa às fls. 308 e 406-7 que a Autora foi removida para "a 2.ª Auditoria da 3.ª CJM, em Bagé/RS". O fato de a mencionada Auditoria somente estar vaga poucos dias depois (exatamente onze), não representa a fixação de pena em aberto.

Bem assim, verifica-se que não é correto que tenha sido observado exclusivamente o rito da Lei n.º 8.112/90, e não o da LOMAN, quando, superado o desvio já analisado no item anterior, bem que o Eg. STM buscou, *grosso modo*, aplicar os dispositivos da LOMAN, aplicado

subsidiariamente a Lei n.º 8.112/90, como determina, aliás, o art. 32 da Lei n.º 8.457/92. Essa aplicação subsidiária, a princípio, desde que observadas, outrossim, as diretrizes da legislação processual penal, em casos de processo administrativo disciplinar, não caracteriza inconstitucionalidade nem ilegalidade.

6. Além desses aspectos formais, alega a Autoria que os fatos que lhe foram imputados são atípicos.

Quase supérfluo seria destacar, neste ponto, que “permitido é ao Poder Judiciário examinar o processo administrativo disciplinar para verificar se a sanção imposta é legítima e se a apuração da infração atendeu ao devido procedimento legal”, como ensina o Mestre Hely Lopes Meirelles (Direito Administrativo brasileiro, 17.ª ed. São Paulo, Malheiros, 1992, p. 596), sendo desnecessário repetir citações.

Quanto à tipicidade dos fatos, a primeira imputação, de ter a Autora impedido a Comissão de Inquérito de desenvolver suas atividades de forma regular, com a devida licença, os fatos apurados - que aqui são analisados exatamente como foram apurados no processo administrativo - não se enquadram no inciso I do art. 35 da LOMAN.

A Autora, em resumo, recomendou à Comissão que os funcionários de sua Auditoria fossem ouvidos na parte da manhã, porque os depoimentos às 14 horas, como designados, atrapalhariam os serviços auxiliares da Justiça. Está comprovado, e não foi jamais negado, que a Secretaria da 4.ª Auditoria Militar do Rio de Janeiro dispunha de apenas quatro funcionários, incluindo o Diretor de Secretaria, quando a sua lotação compreendia dezessete funcionários. A responsabilidade pelo exercício da função jurisdicional, segundo a Constituição da República, é da Juíza Auditora. Extremamente razoável, por conseguinte, a atitude da Juíza Auditora, que não *impediu* qualquer depoimento, apenas procurou evitar transtornos ao serviço forense, colocando seus funcionários à disposição da Comissão pela manhã. Nenhum motivo foi exposto para a desmedida persistência do Presidente da Comissão em designar depoimentos às 14 h, sendo certo que seus poderes não são arbitrários, como de resto nenhum poder, e não se sobrepõem aos poderes constitucionais do magistrado, ao qual compete zelar pela prestação jurisdicional acima de qualquer outra coisa.

Não se deve deslembrar, ainda, que, por denúncia da própria Autora é que foi instaurada a Comissão de Inquérito, não havendo qualquer razão para insinuar ou concluir que ela tivesse interesse em atrapalhar as investigações.

A impressão que se tem, diga-se com toda a reverência, é que a punição da Autora encontra sua verdadeira explicação nesse trecho da

manifestação por escrito do Ministério Público Militar, *ad litteram*:

"Abstraindo-se de tudo que dos autos consta, é notório para essa Augusta Corte que a Dra. Rosali Cunha Machado Lima já sofreu, todas as sanções possíveis e imagináveis. Quem milita nesta Justiça Especializada, que é composto de pequeno número de pessoas, entre Ministros, Magistrados, Membros do MPM, Defensores Públicos, Advogados e funcionários, têm conhecimento direto, ou por ouvir dizer, que a libelada é uma notória criadora de casos.

São conhecidas as suas diatribes contra Juizes, Membros do MP, Advogados e funcionários, de modo a se permitir dizer que a mesma não tem convivência difícil com este ou aquele personagem, mas com o mundo como um todo, faltando-lhe sempre aquela serenidade que a Lei impõe como um dever do magistrado."

O problema é que não foi esta a acusação feita contra a Autora, e "abstraindo-se de tudo que dos autos consta" não é possível, num Estado Democrático de Direito, conceber a punição de alguém, que não teria, *in concreto*, elementos para exercer a sua defesa.

7. Com relação à segunda imputação, de ter a Autora destrutado o Presidente do Tribunal, a questão deve ser examinada, para facilitar a exposição, em conjunto com outra causa de pedir invocada, relativa à adequação da pena de remoção.

Pelo fato, em síntese, de ter a Autora desligado, abruptamente, uma ligação telefônica em que conversava com Sua Excelência o Presidente do Superior Tribunal Militar, entendeu o Plenário daquela Egrégia Corte que ela teria infringido o inciso IV do art. 35 da LOMAN:

IV - tratar com urbanidade as partes, os membros do Ministério Público, os advogados, as testemunhas, os funcionários e auxiliares da justiça, e atender aos que o procurarem, a qualquer momento, quando se trate de providência que reclame e possibilite solução de urgência".

O fato da interrupção abrupta da ligação telefônica está provado nos autos pelo próprio ofício encaminhado pela Autora ao Presidente do Tribunal (fs. 75, 1.º Vol.). Assim, embora pareça ter havido uma discussão entre os magistrados - o que poderia ter sido considerado para descaracterizar a descortesia reprovável -, certo é que, *em tese*, a interrupção de um telefonema pode ser entendida como falta de urbanidade, e, por isso, deve ser reconhecido o poder do Superior Tribunal Militar concretizar, em sua aplicação, o conceito jurídico indeterminado "tratar com urbanidade".

Mesmo admitida como válida a subsunção, todavia, surge agora

uma outra questão, de saber se a pena aplicada foi proporcional à falta cometida, ou seja, se foi razoável. Como ensina Diogo de Figueiredo Moreira Neto, a desproporcionalidade da punição chega a ferir a moralidade administrativa (Moralidade Administrativa: do conceito à efetivação, *in Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro*, n.º 46, ps. 5/42, espec. p. 14, 1993). Assim, respeitada embora a discricionariedade do órgão competente, certo é que inexistente arbitrariedade, devendo o poder punitivo ser utilizado com razoabilidade, dentro de padrões de proporcionalidade à falta cometida, sendo inegável o respectivo controle pelo Poder Judiciário.

Aqui, duas questões se impõem: uma relativa à pena de remoção *in abstracto*, enquanto mera sanção; outra concernente aos aspectos que poderíamos chamar legitimadores da remoção.

Como simples punição, a remoção compulsória da Autora se mostra absolutamente exagerada, uma vez que o fato a ela imputado, *razoavelmente*, comportaria uma advertência, no máximo uma censura, à luz do sistema dos artigos 40 e seguintes da Lei Complementar n.º 35/79. Não se pode dizer, por outro lado, que, por já ter a Autora sofrido duas penas de censura, seria cabível tamanha exasperação da pena. A um, o próprio parágrafo único do artigo 44 prescreve que "o juiz punido com a pena de censura não poderá figurar em lista de promoção por merecimento pelo prazo de 1 (um) ano, contado da imposição da pena", o que permite concluir, ao nosso ver, por raciocínio *a fortiori*, que se o juiz pode até ser promovido por merecimento depois de superado esse prazo de um ano, com muito maior razão não poderia a punição ser usada como agravante para outra punição. A dois, porque, como afirmou a própria Ré em sua contestação: "Quanto à interrupção abrupta de ligação telefônica, o STM, em nenhum momento, considerou tal conduta como condição primordial a ensejar a punição de 'remoção compulsória'" (fs. 918,4.º Vol.) -, decerto porque o fato realmente é diminuto para ensejar tão drástica punição, mormente estando também provado, pelo depoimento do Procurador da Justiça Militar (fs. 265-6), que a Autora é "uma das mais capazes Magistradas" com quem teve ocasião de trabalhar.

Por tudo isso, e sempre atentos à lição de Hely Lopes Meyrelles, que ensina não poder o Judiciário "substituir ou modificar penalidade disciplinar a pretexto de fazer justiça, pois, ou a punição é legal, e deve ser confirmada, ou é ilegal, e há que ser anulada" (*Idem, Ibidem*), força é concluir que, sendo considerada desproporcional a pena aplicada, e, conseqüentemente, ilegal a punição, resta apenas, sob este enfoque, declarar a nulidade da punição.

Mas a pena de remoção compulsória, como já dissemos, interpretada a Constituição harmonicamente, exige ainda para a sua aplicação uma condição de legitimação: ora, sendo a República Federativa do Brasil um Estado Democrático de Direito (art. 1.º, *caput*, da CF), em que "todo o poder emana do povo" (parag. único), não seria admissível conceber a

simples remoção de um *mau* juiz, quando não devidamente caracterizado que a falta está ligada a certas circunstâncias do juízo em que exerce a sua função, única hipótese em que a sua remoção compulsória seria necessária à solução do problema. Não fosse assim, restaria a difícil indagação, que não parece encontrar resposta condizente com a nossa ordem constitucional: Por que os jurisdicionados desta ou daquela Auditoria Militar mereceriam um mau juiz, em benefício dos jurisdicionados daquele outro órgão do qual o magistrado foi removido?

Como foi ressaltado, aliás, no próprio processo administrativo disciplinar, "com o advento da nova ordem Constitucional", "a motivação" de pena de remoção deve "ser expressa, e conter o requisito da razoabilidade"(vide fs. 382, 2.º Vol.); neste caso, no entanto, não foi motivada especificamente a remoção, e nem sequer pode-se considerar a pena razoável.

### III

Do Exposto, **JULGO PROCEDENTE O PEDIDO**, pelo motivos acima expostos, para decretar a nulidade do processo administrativo que ensejou o Ato n.º 12.503 da Presidência do Superior Tribunal Militar, que removeu compulsoriamente a Autora para a 2.ª Auditoria da 3.ª Circunscrição da Justiça Militar, em Bagé, Rio Grande do Sul, assegurando, conseqüentemente, o direito de a mesma continuar exercendo suas funções na 4.ª Auditoria da 1.ª Circunscrição, no Rio de Janeiro.

Condeno a União Federal a ressarcir as custas processuais, adiantadas pela Autora, bem como a lhe pagar honorários advocatícios, que fixo em 20% ( vinte por cento) do valor atribuído à causa, devidamente corrigido (Sum. 14 do S.T.J.).

Decorrido o prazo de interposição de recurso, encaminhem-se os autos deste processo ao Egrégio Tribunal Regional da 2.ª Região, para reexame necessário, em segundo grau de jurisdição (art. 475, inc. II, do C.P.C.).

P.R.I.

Rio de Janeiro, 19 de dezembro de 1997.

**LUIZ PAULO DA SILVA ARAÚJO FILHO**  
**JUIZ FEDERAL TITULAR**

**DR. MARCELO PEREIRA DA SILVA**  
**JUIZ FEDERAL TITULAR**  
**27ª VARA FEDERAL**  
**SEÇÃO JUDICIÁRIA - RJ**  
**PROCESSO Nº. 95.0014457-3**

## **SENTENÇA**

Vistos etc...

*Sul América Empreendimentos e Participações S/A, qualificada nos autos, impetra o presente mandado de segurança contra ato do Delegado da Receita Federal no Rio de Janeiro, visando a obtenção de liminar, e segurança a final, que determine a autoridade impetrada que se abstenha de autuar a impetrante pela falta ou insuficiência de pagamentos resultante do descumprimento do disposto nos artigos 42, 58 e 116 da Lei n.º 8981/95.*

Como causa de pedir, alega, em síntese, que como pessoa jurídica de direito privado, está obrigada ao pagamento do imposto sobre a renda com base no lucro real e à contribuição social calculada sobre o lucro; que harmoniosamente com a lei comercial, as normas reguladoras do imposto sobre a renda e da contribuição social, ao elegerem o lucro líquido apurado nas formas comerciais, com alguns ajustes, como base de cálculo de ambos, prescreveram compensações de prejuízos e bases negativas acumulados nos anos anteriores; que a impetrante vinha procedendo à compensação, na determinação das bases de cálculo de ambos os tributos, dos prejuízos fiscais e das bases de cálculo negativas acumulados; que com a sanção da Lei n.º 8981/95, esse direito foi restringido, pelos artigos 42 e 58, a apenas 30% do lucro líquido ajustado do ano, ou de cada mês.

*Juntou documentos, pagando as custas inicialmente devidas.*

*A liminar foi deferida.*

*A autoridade impetrada presta informações, onde requer, de forma fundamentada, a denegação da segurança.*

*O Ministério Público Federal opina pela concessão da segurança, conforme parecer de fls. 92/94.*

*Através do despacho de fl. 95, foi determinado pelo Juízo que a*

Impetrante esclarecesse o lucro real apurado nos últimos 5 anos, bem como os eventuais prejuízos fiscais compensados, bem como a juntada de cópia do anexo A das respectivas declarações, o que foi cumprido pela impetrante.

Este é o relatório. PASSO A DECIDIR.

## FUNDAMENTAÇÃO

Trata-se de ação mandamental, pela qual se pretende afastadas as limitações legais impostas pela Lei nº 8.981, de 20.01.95, arts. 42 e 58, que restringe o direito de compensação de prejuízos fiscais de exercícios anteriores (no tocante ao imposto sobre a renda) e das bases de cálculo negativas apuradas em períodos-base anteriores (no tocante à contribuição social sobre o lucro) a apenas 30% do lucro líquido ajustado do ano, o que seria inconstitucional, por violar o princípio da anterioridade, ofender o direito adquirido, e os princípios da capacidade contributiva e da progressividade.

Quanto ao princípio da anterioridade (art. 150, III, "b", CF/88), tenho que não foi violado porque a limitação ora imposta pela Lei nº 8.981/95 não institui nem aumenta qualquer tributo. Trata-se de norma legal que regula a possibilidade de redução do lucro real, pela limitação da compensação de prejuízos apurados em exercícios anteriores. Não importa, tecnicamente, em aumento tributário, como quer a impetrante, ainda que o resultado de tal limitação, a final, importe em elevação da carga tributária.

Ademais, tenho que se a MP que antecedeu a Lei em tela, qual seja a Medida Provisória nº 812, foi publicada no Diário Oficial de 31.12.94, não há que se falar que foi publicada no mesmo exercício financeiro no qual será aplicada, isto é, exercício de 1995. Não haveria, pois, de qualquer forma, contrariedade à Carta Constitucional, ainda que a impetrante não tenha tomado conhecimento da nova medida em 1994.

Quanto à alegação de direito adquirido, é de se ver que a compensação de prejuízos apurados em exercícios anteriores, na forma autorizada pelo art. 12, da Lei nº 8.541/92, precedido pelo art. 38, §§ 7 e 8º, da Lei 8.383/91, DDLL 1.598/77, 1.493/76 e 154/47, não encerra nenhum direito adquirido da pessoa jurídica, estando, como sempre esteve, passível de modificações, pela via própria, que é a via legal. Não fosse assim, sequer poder-se-ia imaginar a limitação até então existente no sentido de que a compensação somente fosse feita em até quatro anos subsequentes ao ano da apuração do prejuízo, pois que esta mesma compensação de prejuízos já foi ilimitada, ou seja, poderia ser feita por tantos períodos-

base quantos fossem necessários, o que veio a ser modificado pela própria Lei 8.541/92, que trouxe de volta o limite de quatro anos.

Além disso, a compensação de prejuízos é fato complexo, cuja perfeição requer a ocorrência de vários fatores, quais sejam a existência de *prejuízo fiscal apurado em exercícios anteriores*, bem como a efetiva apuração de lucro no exercício subsequente, sobre o qual irá ocorrer a compensação, que destacados são inidôneos à produção dos efeitos jurídicos buscados pelo conjunto deles, pelo que não estará o direito apto a ser exercido, inexistindo aquisição do direito, mas mera expectativa de direito.

Ademais, não vislumbro a hipótese dos autos como um direito submetido à modalidade dos atos jurídicos, como a condição, a impedir-lhe a própria aquisição, mas assegurando-o da inovação legislativa, uma vez que a existência de lucro que permita a incidência da compensação de prejuízo de exercícios anteriores constitui o próprio fato aquisitivo do direito e não mera condição suspensiva.

Tanto é assim, que pela legislação anterior, se nos próximos quatro anos, a pessoa jurídica não viesse a apurar lucro, perderia a possibilidade de compensar prejuízos apurados anteriormente. E, então, onde está o direito adquirido, que é aquele apto a ser exercido ou submetido à condição inalterável?

Por este motivo, afasto a possibilidade de se vislumbrar o caso em tela como sendo de direito expectativo, ou seja, aquele que constitui-se no "direito adquirido a adquirir o direito condicionado", já não há propriamente condição suspensiva, e sim elementos ou componentes distintos de um mesmo fato complexo, que destacados não surtem os efeitos jurídicos próprios e desejados de seu conjunto.

O direito expectativo só existe quando o ato está sujeito à condição suspensiva inalterável a arbítrio de outrem, já que, enquanto não implementada, não faz nascer o direito adquirido propriamente dito, mas impede que se obstaculize o seu implemento, que se verificado gerará, com toda certeza, o direito adquirido.

É como dizer que alguém já tem o direito em tese, só restando o implemento da condição suspensiva (evento futuro e incerto) para tê-lo em concreto no seu patrimônio jurídico. Todavia, este não é o caso do alegado direito da parte autora, porque, repita-se, o elemento lucro apurado constituía-se no fato aquisitivo do próprio direito e não condição suspensiva do mesmo.

Não há, outrossim, qualquer violação aos princípios da capacidade contributiva ou da progressividade, pois a tributação incidirá sobre o

lucro apurado e não sobre o prejuízo, havendo apenas limitação da compensação dos prejuízos de exercícios anteriores, que não foram tributados. Daí, há, evidentemente, capacidade contributiva e a progressividade se regerá pelo lucro apurado, sendo estanques os exercícios financeiros, para efeito tributário.

O lucro tributável existe e foi apurado. O prejuízo dos exercícios anteriores é que deixou de ser, depois do limite de 30% do lucro, um motivo de diminuição (ou redução, como usado pela lei) daquele lucro, que é real, no sentido original da palavra.

A impetrante faz grande confusão entre a renda e o patrimônio. Observa-se que o prejuízo diminui o patrimônio no(s) exercício(s) anterior(es). Mas o lucro apurado no exercício seguinte constitui-se em renda, pois que aumenta o patrimônio. Logo, tal renda deve ser tributada. O fato de o patrimônio não ter sofrido alteração (digamos prejuízo anterior e lucro atual idênticos), não significa que a tributação não deva ocorrer. Tal somente seria verdadeiro, se o tributo incidisse sobre o patrimônio, e não sobre a renda. Sendo esta o fato tributado, não há que se falar redução obrigatória pelo prejuízo anterior, que afeta, repito, apenas o valor economicamente mensurável do patrimônio, mas não a renda adquirida (lucro apurado). Afasto, portanto, a idéia tão pregada de "lucro fictício", bem como de criação de tributo novo.

Absurda, da mesma forma, a alegação de efeito confiscatório da limitação legal à compensação de prejuízos anteriores. A tributação se dá sobre a renda e não sobre o patrimônio, como já explicado.

Penso que tem havido equívocos de interpretação quanto à questão ora em debate. Veja-se, por exemplo, que em diversas ocasiões nos deparamos com afirmações do tipo:

*"a base de cálculo do imposto de renda e da contribuição social em questão é o lucro real, ou seja, o lucro realmente apurado após abatidos os prejuízos havidos na atividade empresarial. Assim, a compensação pretendida pela impetrante decorre da própria definição do que seja lucro, para efeito de tributação, devendo ser entendido como acréscimo patrimonial, nos termos descritos na Constituição Federal, o que só se pode aferir após o abatimento dos prejuízos."(trecho de liminar deferida na Justiça Federal de 1ª Instância - RJ)*

E outro:

*"A norma, reconhecendo o direito à compensação, determina a sua utilização nos anos-calendários seguintes, daí decorrendo*

*novos prejuízos fiscais acumulados e retidos indevidamente pelo Fisco, impedindo a recuperação de parcela que integra o patrimônio da empresa, havendo, conseqüentemente, tributação indevida." (trecho do parecer ministerial de fl. 93)*

Me parecem equivocados os entendimentos acima pelas seguintes razões:

1) O primeiro, que encerra, evidentemente, um Juízo preliminar de ilustre colega, sujeito, portanto, a alterações, deixa transparecer uma preocupação em apurar corretamente o lucro-real, para o qual será necessário abater todos os prejuízos da atividade empresarial. Está correto, mas esses prejuízos são normalmente abatidos para a efetiva apuração do lucro. O que a legislação limitou foi a compensação de prejuízos apurados em exercícios anteriores. Esses é que serão compensados, até o limite de 30% do valor do lucro apurado, onde já se levou em conta todos os prejuízos do respectivo exercício fiscal. Para esta exegese, basta ler os arts. 48 e 58, da Lei 8.981/95, onde a compensação de prejuízos de exercícios anteriores incidirá para a apuração do lucro real, sobre o lucro líquido ajustado pelas adições e exclusões. Este lucro já sofreu os abatimentos dos resultados negativos daquele exercício.

2) O segundo traz, uma vez mais, a confusão entre patrimônio e renda. Uma coisa é o prejuízo de exercícios anteriores influir no patrimônio, o que realmente ocorre, diminuindo-o. Mas outra coisa, bem distinta, é influir no lucro apurado em exercício(s) seguinte(s). Tal incorre. O lucro real existe por si só, e a compensação de prejuízos apurados em exercícios anteriores é realmente uma benesse legislativa, com vistas a manter uma correlação entre o tributo e o efetivo crescimento do patrimônio da pessoa jurídica, o que, convenhamos, não é obrigatório, e pode, portanto, sofrer limitações, como a temporal que anteriormente existia (compensação de prejuízos até no máximo quatro exercícios subsequentes) ou a atual quantitativa (compensação de prejuízos até 30% do lucro líquido).

Veja-se a seguinte comparação: uma pessoa física tem diminuição patrimonial num determinado ano, seja porque empregou mal seu dinheiro, ou porque arcou com despesas além de suas receitas. Teve, digamos, prejuízo, ou seja, seu patrimônio foi reduzido. No exercício seguinte, obtém renda no mesmo montante de prejuízo do ano anterior, fazendo com que seu patrimônio retorne ao patamar em que se encontrava no início do exercício anterior. Terá que pagar imposto sobre esta renda? É claro. Mas o patrimônio não permaneceu o mesmo? Evidentemente. Mas o que está sendo tributado é a renda e não o patrimônio.

Logo, se a tributação é devida em função da renda, e não do

patrimônio, não há que se falar em imperiosidade da compensação de prejuízos de exercícios anteriores, que, assim, pode sofrer limitações legais como a ora questionada.

O que se observa, ainda, é que a impetrante, conforme se depreende da petição e documentos juntados às fls. 96 e 130, tem apurado seguidamente resultados negativos, não havendo um ano ou mês sequer em que tenha apurado lucro real positivo, se constituindo, assim, em uma verdadeira "fábrica de prejuízos", pelo que não se justifica ficar utilizando indefinidamente da benesse legal anterior para deixar de pagar os devidos tributos, pelo que a modificação legislativa não só é absolutamente constitucional, como veio a inibir ou reduzir práticas contábeis que vem se tornando praxe nas apurações de resultado, com sucessivos prejuízos e compensações infinitas.

#### **DISPOSITIVO**

Isto posto, **JULGO IMPROCEDENTE O PEDIDO, DENEGADO A SEGURANÇA**, nos exatos termos da fundamentação, cassando a liminar concedida *iníto litis*.

Condene o impetrante nas custas processuais. Descabem honorários advocatícios (Súmula n.º 512)

**P.R.I.** e comunique-se. Dê-se ciência ao **MPF**.

Rio de Janeiro, de julho de 1996.

**MARCELO PEREIRA DA SILVA**  
**JUIZ FEDERAL TITULAR**

**DRA. MARIA TERESA DE ALMEIDA ROSA CÁRCOMO LOBO**  
**JUÍZA FEDERAL TITULAR**  
**28ª VARA FEDERAL**  
**SEÇÃO JUDICIÁRIA-RJ**  
**PROCESSO Nº 97.0010004-9**

## **SENTENÇA**

Vistos, etc.

ALAIN CHARBONNIER, qualificado nos autos, representado por advogado regularmente constituído, impetrou MANDADO DE SEGURANÇA, com pedido de liminar, contra ato do SR INSPETOR DA RECEITA FEDERAL NO RIO DE JANEIRO e do SR. INSPETOR DA RECEITA FEDERAL NO PORTO DO RIO DE JANEIRO, visando a imediata liberação e desembaraço aduaneiro do bem importado descrito na Inicial, com isenção do recolhimento do Imposto sobre Produtos Industrializados e do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços, concedida, a final, a segurança definitiva, com vistas a afastar por ilegal dita tributação.

Como causa de pedir a prestação jurisdicional alegou, em síntese, que o bem importado consiste em automóvel trazido da Suíça - País de origem do Impetrante -, destinado a seu uso pessoal, adaptado de forma a suprir a deficiência física de que é portador. Como o Impetrante se casou em seu país de origem com uma brasileira, decidindo o casal fixar residência no Brasil, trouxe em sua bagagem dito veículo, sendo certo que não exerce atividade ligada ao comércio de veículos. Prossegue sustentando que, na hipótese, não há previsão de cobrança de Imposto sobre Produtos Industrializados, até porque as etapas anteriores de industrialização do produto já sofreram idêntica tributação - o que configuraria bitributação -, sendo certo, em reforço, que a destinação específica do bem descaracteriza às inteiras equiparação do impetrante a contribuinte do tributo, observada a definição legal. No que tange ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços idêntica ilegalidade visa perpetrar a Autoridade Impetrada, posto que dito tributo é de competência estadual, não havendo como condicionar o desembaraço aduaneiro do veículo à respectiva satisfação.

Juntou documentos e recolheu custas.

Deferida a liminar (fls. 22).

Informação da primeira Autoridade Impetrada, esclarecendo que a autoridade legitimada a figurar no pólo passivo e, conseqüentemente, a prestar as informações é o titular da alfândega do Porto do Rio de Janeiro (fls. 26).

Manifestação da segunda Autoridade Impetrada, informando que a matéria objeto do "writ" é de sua competência exclusiva e requerendo esclarecimento sobre o alcance da liminar de fls. 22 (fls. 31).

Despacho sobre o alcance da liminar, às fls. 32.

Determinada a inclusão da segunda Autoridade Impetrada no pólo passivo, às fls. 34.

Manifestação do Impetrante às fls. 41/42.

Em suas informações (fls. 44/49), a segunda Autoridade Impetrada aduziu, em síntese, que o Impetrante se equipara a contribuinte do IPI, na esteira do disposto nos artigos 46 e 51 do Código Tributário Nacional e 22 e 25 do Decreto 87.981/82 - Regulamento do Imposto sobre Produtos Industrializados -, disposto a lei, com meridiana clareza, sobre o fato gerador do tributo em foco, sendo contribuinte qualquer pessoa física ou jurídica que importe produto industrializado, irrelevantes quaisquer circunstâncias relacionadas à atividade contribuinte e à destinação específica do bem. Informa, adicionalmente, que, após a vigência da Lei Complementar 87/96 (01/11/96) - que dispõe sobre o ICMS, na esteira de previsão no § 8º, art. 34, dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias -, restaram definidos o fato gerador do imposto em contexto de mercadoria importada do exterior e o exato momento temporal em que se impõe exigido pelo órgão que recebeu atribuição para tal (art. 12, da citada Lei Complementar 87/96). Conclui dizendo que inexistente no ordenamento jurídico tributário dispositivo legal que dispense tratamento favorável a importador deficiente físico e que a Instrução Normativa SRF 23/95, art. 27, § 2º, I, exclui do tratamento tributário de bagagem os veículos automotores terrestres, que, via de conseqüência, se submetem, sendo novos, às normas da importação comum.

Despacho de fls. 55, ordenando a comunicação, por parte da segunda Autoridade Impetrada, da liberação do veículo, nos termos da liminar de fls. 22, sob as penas da lei.

Resposta da segunda Autoridade Impetrada (fls. 58/63), informando que liberou o veículo do Impetrante, nos termos da liminar de fls. 22, conforme documentação acostada.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 67/69, opinando pela denegação da segurança, por entender existente previsão legal de cobrança do IPI e do ICMS na hipótese, não dispensando a lei tratamento diferenciado ao contribuinte importador deficiente físico.

Valor da causa: R\$ 900,00.

**RELATEI  
FUNDAMENTO E DECIDO**

Inicialmente, impede excluir do feito a Autoridade primeiramente nominada na Inicial, nos termos das petições de fls. 26 e 31.

No mérito, entende que assiste razão ao Impetrante.

A questão trazida à apreciação do judiciário tem de ser examinada no âmbito da política de proteção ao deficiente definida na Lei Maior.

*Dispõe o artigo 23, inciso II, da CF/88 que é da competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência.*

De seu turno, o artigo 24, inciso XIV, estatui que compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência.

A malha protetora da lei mostra-se vigorosa ao determinar que a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios da sua admissão - artigo 37, inciso VIII.

No que tange ao *transporte*, o legislador constituinte prescreveu a edição de normas específicas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de assegurar acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência - artigo 277, § 2º, c/c o artigo 224.

Forçoso é, pois, concluir pela instituição constitucional de um regime específico, em termos de estatuto da pessoa portadora de deficiência, expresso em setores vitais da existência, como emprego, saúde, transporte, num contexto cerrado de proteção e de garantia asseguradas pela Lei Maior.

Não cabe, destarte, jogar com a definição tributária de "importador" nem de "produto industrializado".

À evidência, não se cuida, na espécie, de importação de mercadoria industrializada. A hipótese de incidência do IPI não consoa, em absoluto, com a situação fática descrita nos autos. O princípio da estrita legalidade que escora o Direito tributário impõe a existência de uma relação lógica e necessária entre a hipótese descrita e o fato ocorrido, para que não se desvirtue o tributo, transformando o fato gerador em mero pretexto de incidência.

De outro lado, o Decreto-Lei nº 2.120, de 14 de maio de 1984, que dispõe sobre o tratamento tributário relativo a bagagem, isenta de tributação aquele conjunto de bens de viajante, que, pela quantidade ou qualidade, não revela destinação comercial.

A só adaptação do veículo às condições físicas do Impetrante, por força da sua deficiência, afasta, inexoravelmente, qualquer suposição de destinação comercial do veículo em questão.

Por derradeiro, descabe invocar a Súmula 198 do Colendo STJ. A sua Ementa não refere a pessoa física portadora de deficiência, o que a subtrai ao normativo sumular, considerando a garantia constitucional encartada na Lei Maior.

***O que sobreleva, na espécie, é a carta constitucional dos direitos dos deficientes.***

E esta é incisiva no sentido de regras próprias para a admissão no emprego, para a construção dos logradouros e dos edifícios públicos, para a fabricação de veículos, com a finalidade de garantir aos deficientes o acesso adequado aos bens de vida.

Deflui dos autos que o Impetrante é portador de deficiência física e que o veículo que conduz foi especialmente adaptado às suas condições motoras.

Trata-se, assim, de um bem que se pode considerar aderente à própria pessoa, para o exercício adequado da sua cidadania.

Numa palavra.

Tudo o que em nível infra-constitucional contribuir para dificultar esse exercício, como ocorre na hipótese dos autos com a exigência de pagamento do IPI e do ICMS, deve ser repudiado pelo Judiciário, por atirar com a garantia constitucional de proteção às pessoas portadoras de deficiência.

**ISTO POSTO**, na forma da fundamentação supra, **CONCEDO A SEGURANÇA**, ratificando a liminar inicialmente deferida, para que o Impetrante seja isento da cobrança do Imposto sobre Produtos Industrializados e do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços, no desembaraço aduaneiro do veículo modelo Mazda/323, 4 portas, ano 92, especialmente adaptado para a condução do Impetrante, portador de deficiência física.

Sem custas, devendo o Impetrante ser reembolsado do "quantum" adiantado àquele título. Desprocedem honorários advocatícios, ut Súmulas 512 e 105, do STF e STJ.

Oficie-se a Autoridade Impetrada, na forma do art. 11 da lei 1533/51.

Intime-se pessoalmente o MPF, nos termos do Provimento 046/94, da Corregedoria do TRF da 2ª Região.

Sentença sujeita ao duplo grau de jurisdição (art.12, § único, da lei 1533/51).

PRI.

Rio de Janeiro, 05 de dezembro de 1997.

**MARIA TERESA DE ALMEIDA ROSA CÁRCOMO LOBO**  
**JUÍZA FEDERAL TITULAR**

**DRA.FERNANDA DUARTE LOPES LUCAS DA SILVA**  
**JUÍZA FEDERAL TITULAR**  
**30ª VARA FEDERAL**  
**SEÇÃO JUDICIÁRIA - RJ**  
**PROCESSO Nº. 92.0046529-3**

## **SENTENÇA**

**- I -**

Vistos etc.

**ÓTICA LUNETTERIE COMÉRCIO, IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA.**, devidamente qualificada na peça inicial, ajuizou Ação Ordinária, em face do **INPI – INSTITUTO NACIONAL DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL** e de **CLUB MEDITERRANÉE**, objetivando promover o registro da marca nominativa “**CLUB MED**” na classe 09.45, conforme o pedido de registro no. 814211143, de 28.04.88.

Alegou, como causa de pedir, que não há identidade, nem qualquer semelhança entre o pedido do registro da Autora e os registros impeditivos do oponente “**CLUB MEDITERRANÉE**”, não incidindo, portanto, na proibição legal invocada pelo INPI, o art. 65, item 17, do Código de Propriedade Industrial. Não obstante isso, a Empresa **CLUB MEDITERRANÉE** não requereu perante o INPI o registro da expressão **CLUB MED** como forma de proteger suas atividades.

Inicial instruída com documentos, fls. 02/27.

Custas recolhidas às fls. 28.

A parte autora atendeu despacho de fls. 29 para emendar a inicial, indicando o **CLUB MEDITERRANÉE** como litisconsorte necessário e retificar o valor atribuído à causa.

Guia de recolhimento da diferença das custas.

Regularmente citado, o INPI apresentou sua contestação, arguindo a carência de ação da Autora e requerendo a extinção do processo nos termos do art. 267, VI do CPC.

No mérito, alegou que permitir a convivência de nomes semelhantes para empresas distintas poderia propiciar riscos de erro, dúvida ou confusão por parte dos consumidores, razão pela qual se aplicou o item 17 do art. 65 do CPI.

Réplica às fls. 54.

O Club Mediterranée ofereceu contestação, alegando que a pretensão da Autora visa desconstituir, via judicial, o ato administrativo do INPI que corretamente aplicou o direito à espécie na esfera administrativa.

Manifesta-se a autora sobre a contestação.

Sem outras provas, vieram os autos conclusos para sentença.

É o relatório.

Passo a decidir.

- II -

1 – Afasto a preliminar de ilegitimidade passiva.

Ainda que bem articulada, entendo que, in casu, não se discute a transferência de registro, mas sim, a insustentabilidade do ato administrativo que veio a frustrar a pretensão da Autora de efetivar registro, em nome próprio da marca "CLUB MED".

2 – No mérito, falece razão à Autora.

O item 17 do art. 65 do antigo CPI, objetivando coibir especialmente a concorrência desleal, estabelece que:

"Art. 65 – Não é registrável como marca:

[...]

17) imitação, bem como reprodução no todo, em parte, ou com acréscimo, de marca alheia registrada para distinguir produto, mercadoria, ou serviço, idêntico, semelhante, relativo ou afim ao ramo de atividade, que possibilite erro, dúvida ou confusão, salvo a tradução não explorada no Brasil".

Assim, para o deslinde desta lide, resta verificar se o registro da marca pretendida pela autora "CLUB MED" se enquadra na restrição supra.

Com efeito, entendo que sim.

Nº REGISTRO	DATA	PRODUTO/ SERVIÇO	MARCA
790346354	23/11/79	ROUPAS E ACESSÓRIOS DO VESTUÁRIO DE USO DIVERSO	CLUB MEDITERRANEE
810079275	31/03/81	ARTIGOS DE VESTUÁRIO EM GERAL	CLUB MEDITERRANEE

A segunda Ré é detentora de registros da marca "CLUB MEDITERRANEÉ" que inviabilizam a pretensão autoral.

A saber:

Logo, é inegável a semelhança gráfica entre as marcas "CLUB MED" e "CLUB MEDITERRANEÉ", bem como a identidade ou afinidade de produtos assinalados pela marca autora e os distinguidos pela marca protegida, especialmente os incluídos nas classes 25.10/25.20/25.30 (roupas e acessórios do vestuário de uso diverso).

Como bem ressaltou a autarquia Ré:

*"[...]permitir a convivência de "CLUB MEDITERRANEÉ" e "CLUB MED", para empresas distintas, poderia propiciar riscos de erro, dúvida ou confusão por parte dos consumidores, razão pela qual a aplicação do item 17 do artigo 65 do CPI.*

Logo, diante do princípio da especialidade das marcas, sobre o qual repousa toda a doutrina marcária universal, marcas semelhantes, como no caso, só podem coexistir no mercado para assinalar produtos distintos, ou seja, sem afinidade mercadológica.

Por fim, descabe a alegação de que o requerimento da Autora precederia o registro obstativo, vez que, inclusive, os registros da Segunda Ré, que obstaculizam a pretensão, são bem anteriores ao mencionado requerimento, corretamente indeferido.

### III

Do exposto, julgo IMPROCEDENTES os pedidos formulados.

Custas e honorários – estes fixados em 20% do valor da causa – pela Autora.

P.R.I.

Rio de Janeiro, 09 de janeiro de 1998.

**FERNANDA DUARTE LOPES LUCAS DA SILVA**  
**JUÍZA FEDERAL TITULAR**

**DRº ALUÍSIO GONÇALVES DE CASTRO MENDES**  
**JUIZ FEDERAL TITULAR**  
**30ª VARA FEDERAL**  
**SEÇÃO JUDICIÁRIA - RJ**  
**PROCESSO Nº 96.0007696-0**

## **SENTENÇA**

Vistos etc.

### **1. Relatório:**

Trata-se de mandado de segurança impetrado em que foi pedida a concessão de segurança, com requerimento de liminar, "a fim de que o impetrante seja imediatamente reconduzido ao processo admissional, com a realização dos demais procedimentos que se fizerem necessários à sua admissão, resguardando-se a vaga a que faz jus" (*rectius: jus*).

Foi deferida parcialmente a medida liminar requerida, determinando-se a reserva da vaga do impetrante.

Devidamente notificada, a autoridade impetrada aduziu, preliminarmente, a falta de certeza e liquidez, e no mérito, em síntese, que a exigência está prevista no edital.

### **2. Fundamentação:**

Preliminarmente, cabe rejeitar a alegação feita pelo impetrado, em relação à falta de certeza e liquidez. O autor, embora tenha requerido a produção das provas testemunhal e depoimento pessoal, o que é totalmente descabido, em termos de mandado de segurança, juntou inúmeros documentos que dizem respeito aos fatos enunciados na sua petição inicial. Como se sabe, o entendimento, hoje pacífico, na doutrina e na jurisprudência, é de que a certeza e liquidez dizem respeito aos fatos, devidamente comprovados por meio documental, no momento da propositura da ação. Ou seja, exige-se, portanto, a chamada prova pré-constituída que nada mais é do que a petição inicial acompanhada de documentos que demonstrem todos os fatos essenciais narrados. Na espécie, o autor pretende que seja aceito, como prática forense, conforme exigido no edital, o período de estágio forense, tendo, para tanto, juntado documentos que comprovam a realização do mencionado estágio. Não há que se falar, por conseguinte,

na falta de certeza ou liquidez.

Por outro lado, este julgador tem entendido, por diversas vezes, que o mandado de segurança não é a via apropriada quando se trata de ato de gestão praticado por dirigente de pessoa jurídica de direito privado, como no caso das empresas públicas e sociedades de economia mista. Nesse sentido, este julgador, ao prolatar a sentença proferida nos autos do Mandado de Segurança nº 95.0014011-0, afirmou que:

"O artigo 5º, inciso LXIX, da Constituição Federal, estabelece que "conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for **autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público**". A conceituação encontra definição no artigo 1º, parágrafo 1º, da Lei nº 1.533/51, *in verbis*:

"Consideram-se autoridades para os efeitos desta Lei, os representantes ou órgãos dos Partidos Políticos e os representantes ou administradores das entidades autárquicas e das pessoas naturais ou jurídicas com funções delegadas do Poder Público, somente no que entender com essas funções."

Na espécie, o impetrante está a questionar a sua exclusão de um procedimento de licitação pública, promovido pela Empresa Brasileira de Infra-Estrutura Aeroportuária (INFRAERO), visando a contratação de pessoa jurídica prestadora de serviços de limpeza e conservação para o Aeroporto de Vitória. Como se vê, trata-se de um ato de gestão, relacionado com particulares na medida em que as empresas públicas possuem a natureza de pessoas jurídicas de direito privado, visando a contratação de serviços para a realização da sua atividade-fim. A contratação e o certame para a escolha da propositura do mandado de segurança, na medida em que inexistente ato de autoridade praticado ou a ser efetivado, no caso em concreto. Este entendimento, aliás, é pacífico na doutrina e jurisprudência, cabendo transcrever, dentre outros, a ementa da seguinte decisão do extinto Tribunal Federal de Recursos:

"Não cabe Mandado de Segurança contra ato de dirigente de empresa pública, que tem personalidade jurídica de direito privado, salvo quando praticado no exercício de função delegada do poder público."

(RTFR 126/361)

Por fim, junte-se a isso que, quando do ajuizamento, já estava em vigor o instituto da tutela antecipada., tendo em vista a nova

redação do artigo 273, dada pela Lei nº 8.952/94, situação essa a reforçar a argumentação quanto à existência de outros meios processuais para a solução satisfatória da lide. Mas, mesmo anteriormente, afastando peremptoriamente os argumentos em contrário, Milton Flaks lecionava que:

*"Dir-se-à que, consoante esse raciocínio, um concorrente, injustamente prejudicado em licitação promovida por empresas públicas ou sociedades de economia mista, não teria meios eficientes de evitar a lesão que, em última análise, refletiria sobre os cofres públicos. Convém lembrar, todavia, que esta seria uma consequência inevitável de o estado assumir personalidade de direito privado, exatamente para fugir a certas regras rígidas às quais se subordinam os órgãos públicos. Caberia ao legislador, através de controles internos efetivos, prover para que isso não ocorresse".*

(in Mandado de Segurança: Pressupostos da Impetração, página 49)"

Entretanto, em homenagem ao princípio da instrumentalidade do processo, diante da necessidade de uma decisão urgente para o caso, tendo em vista a finalização do concurso público, bem como porque a questão não foi anteriormente levantada, seja pelo MM. Juiz Federal desta Vara, pelo impetrado ou pelo eminente Procurador da República, afasto a irregularidade processual, para que se possa decidir o mérito, com a concretização, assim, do objetivo máximo do Poder Judiciário, que é o de afirmar o direito, com a solução da lide.

A autoridade impetrada, no mérito, aduziu que a exigência estava contida no edital nº 12/95, cujo texto estabelecia o registro em órgãos de classe e a experiência mínima de dois anos no exercício de função.

Em primeiro lugar, entendo que a Constituição agasalhou no artigo 37, *caput*, o princípio da legalidade. Outrossim, em termos de acesso aos cargos, empregos e funções públicas, da Administração direta e indireta, estabeleceu que:

*"I - os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei;*

*II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia 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 vê, a Magna Carta, além de enunciar e reafirmar o princípio da legalidade, determinou claramente que os requisitos devem ser estabelecidos em lei. Entendo que o edital não pode estabelecer requisitos, sem que tais limitações estejam contidas na lei formal, salvo autoriza-

ção constitucional expressa nesse sentido, o que, absolutamente, inexistente no caso em tela. Como leciona Pontes de Miranda:

"Regulamentar é ditar regras que se limitam a adaptar a atividade humana ao texto, e não à atividade humana. Assim, quando do Poder Executivo, para tornar mais legível a regra jurídica legal, enumera casos, exemplificativamente, em que teria de ser aplicado, não adapta o texto à atividade humana - cria meios que sirvam à medida, digo, à atividade humana para melhor se entender o texto.

Tanto assim que, se os casos apontados não esgotam o conteúdo do preceito legal, os intérpretes, judiciários e administrativos, não ficam extinguem direitos, não há regulamentos - há *abuso de poder regulamentar*, invasão da competência do poder legislativo. O regulamento não é mais do que auxiliar das leis, auxiliar que só pretender, não raro, o lugar delas, mas sem que possa, com tal desenvoltura justificar-se e lograr que o elevem à categoria de lei.

Quanto menos se regulamenta, melhor".

(apud J.Cretella Jr.;Curso de Direito Administrativo, 12ª edição, Forense, páginas 238 e 239)

Os requisitos devem, por sua vez, estar em conformidade com a Constituição, em termos formais e materiais. Ou seja,, além de estabelecidos em lei, no sentido formal, não podem extrapolar os limites do razoável, devendo, assim, ter uma relação direta com a possibilidade do exercício do cargo, emprego ou função, seja em termos de qualificação profissional, física etc. Pois, do contrário, se estaria restringindo, sem necessidade, o âmbito da concorrência, o que violaria o próprio sentido da disputa pretendida pelo constituinte, lesionando a Carta Magna em termos materiais.

Na espécie, tenho entendido que a aferição da experiência e do conhecimento prático dos candidatos pode, perfeitamente, e deve ser feita por meio das provas e dos títulos. A experiência jurídica pode, como se sabe, ser adquirida de diversas formas, tendo em vista as inúmeras atividades relacionadas com a prática forense. Não se pode, obviamente, afirmar que os serventuários da Justiça não possuem prática forense.

Entretanto, até pouco tempo atrás, quando ainda vigente a Lei nº4.125, a inscrição destes na ordem dos Advogados do Brasil, tanto no quadro de estagiário como de advogado, era vedada, enquanto inúmeros editais de concursos públicos exigiam, como comprovação da prática forense, a inscrição na OAB. Da mesma forma, a maioria dos escritórios de advocacia não está cadastrada na Ordem dos Advogados do Brasil para fins de estágio, fazendo com que muitos estudantes estejam mergulhados no dia-a-dia dos escritórios, inclusive vários de grande renome, sem que esta atividade seja formalmente reconhecida, para fins de concursos públicos, como neste caso.Impõe-se, conseqüentemente, por ser plenamen-

te viável, que a experiência e os conhecimentos práticos, se considerados de fundamental importância, sejam aferidos concretamente, mediante questões inseridas nas provas realizadas, sendo este critério, por sinal, muito mais seguro, sob o ponto de vista dos resultados. Assim agindo, a Administração poderá apurar a experiência de fato assimilada e absorvida pelo candidato e não a formalmente apenas presumida em razão do tempo de inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil, até porque a manutenção da inscrição, tão-somente, não é prova efetiva do exercício da atividade.

Por outro lado, parece-me plenamente questionável a exigência de prática forense, pois, para o exercício das funções de Juiz, Promotor, Procurador, Defensor Público ou Advogado, o mais importante e fundamental é o conhecimento jurídico. E, para a aquisição desse, como acaba por ocorrer com boa parte dos candidatos, o estudo e a pesquisa consomem a maior parte ou a integridade do tempo dos que estão a se preparar, com afinco, para a disputa cada dia mais acirrada dos concursos públicos, principalmente na área jurídica.

Ressalte-se, também, que outra não poderia ser a opinião deste magistrado quanto ao descabimento da exigência para o cargo de advogado da Infraero, porque o prolator deste sentença logrou tomar posse nos cargos de Promotor de Justiça e Juiz Federal, 5 (cinco) e 17 (dezessete) meses, respectiva e sucessivamente, após a sua colação de grau, quando não havia completado ainda, portanto, os dois anos de interstício após a formatura, quando investido nos mencionados cargos, como está a exigir o edital do concurso público em questão, sem que haja qualquer justificativa plausível para se pedir, como requisito, para o emprego de advogado, uma experiência que sequer é obrigatória para várias outras carreiras jurídicas de não menos importância ou responsabilidade, como, dentre outras, para a promotoria de Justiça no Rio de Janeiro ou para a magistratura federal na 4ª Região.

O caso concreto, por si só, já demonstra a incoerência do requisito previsto no edital e da interpretação feita pela autoridade coatora, pois, simplesmente, impediria que o 1º (primeiro) colocado no concurso, ora impetrante, fosse nomeado e empossado no cargo de advogado da Infraero.

Por fim, os tribunais tem solidificado o entendimento de que o tempo de estágio dever ser aproveitado, como se pode constatar nas seguintes ementas do Superior Tribunal de Justiça:

**"CONCURSO PÚBLICO PARA A CARREIRA DE PROCURADOR DO DISTRITO FEDERAL DEC - LEI 2.244, DE 14.2.85.**

**I- AO RESTABELEECER A CARREIRA DE PROCURADOR DO D.F.O DEC.-LEI 2.2.44, DE 14.2.85, APENAS EXIGIU, PARA SEU PROVIMENTO INICIAL, CONCURSO PÚBLICO DE PROVAS E TÍTULOS ENTRE BACHARÉIS EM DIREITO DE COMPROVADA IDO-**

NEIDADE MORAL (ART.1.,PAR.2).

COMO A LEI N.4.215/63, DISTINGUE ADVOGADO DE BACHAREL EM DIREITO NOS SEUS TERMOS E DE PROVIMENTO DO CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS, DOS BACHARÉIS SO SE PODERIA EXIGIR A COMPROVAÇÃO DO ESTAGIO SOB CONTROLE DA ORDEM.

REGULAMENTO EXIGINDO PRATICA FORENSE SUPERIOR A DOIS ANOS, E ILEGAL.

II- RECURSO CONHECIDO E PROVIDO."

(1ª Turma, por unanimidade, relator Ministro José de Jesus Filho, DJ, Seção I, 20-08-90 PG:07957)

"MS - ADMINISTRATIVO - CONCURSO PUBLICO - PRATICA FORENSE - PRÁTICA E ATIVIDADE, DESENVOLVIMENTO NA ESPÉCIE, DE HABILITAÇÃO TÉCNICA. FORENSE TRADUZ IDÉIA DO SERVIÇO PRÓPRIO DO FORO (NÃO RESTRINGE-NO FORO). COMPREENDE TANTO O TRABALHO NA 1.INSTANCIA COMO NO TRIBUNAIS PODE, ADEMAIS, SER DESENVOLVIDA SEM A PRESENÇA FÍSICA NOS FÓRUMS. COMPREENDE AINDA ASSESSORIA, PESQUISA EM BIBLIOTECAS, REVISTAS E COMPUTADOR. O ESTAGIO DAS FACULDADES ATINGE O MESMO FIM., COLOCA O ESTUDANTE COMO APRENDIZAGEM, EM CONTATO COM AS LIDES FORENSES."

(3ª Seção, relator Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, DJ, Seção I, 08-05-95 PG: 12282)

### 3- Dispositivo:

Isto posto, concedo a segurança requerida, para que o impetrante seja imediatamente reconduzido ao processo admissional para o emprego de advogado da Infraero, com a realização dos demais procedimentos necessários.

Condeno a Empresa Brasileira de Infra-estrutura Aeroportuária-Infraero, com fulcro no artigo 20, do Código de Processo Civil, a reembolsar as despesas processuais e honorários advocatícios, fixando estes em dez por cento do valor da causa.

Tendo em vista a concessão do mandado, com fulcro no parágrafo único do artigo 12 da Lei nº 1.533/51, determino a remessa oficial para o Egrégio Tribunal Regional Federal da Segunda região, diante do duplo grau obrigatório de jurisdição.

Publique-se registre-se. Intimem-se.

Rio de Janeiro, 08 de julho de 1996.

**ALUISIO GONÇALVES DE CASTRO MENDES**  
**JUIZ FEDERAL TITULAR**

**DR. ALBERTO NOGUEIRA JÚNIOR**  
**JUIZ FEDERAL TITULAR**  
**32ª VARA FEDERAL**  
**SEÇÃO JUDICIÁRIA - RJ**  
**PROCESSO Nº. 97.0008417-5**

ELZA DO CÉO VILLAR; ISRAEL DE SOUZA PINTO; IVONE DE SOUZA BRITO; MARIA JUREMA DE LIMA FORTES; MARIA MONTE SERRAT FREIRE; NILTON CORREA; RUTH DE SÁ BORNER; URIEL MAFRA DE SIQUEIRA; VANDA FERNANDES ALVES; e IVONNE ALVES DO NASCIMENTO, propuseram Ação Ordinária contra o INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, alegando que, sendo aposentados junto ao réu, sofreram a aplicação de índices de reajustamentos previdenciários inadequados, distintos, dos da política salarial, uma vez que, "tomando o salário mínimo e sua evolução de setembro/93 a fevereiro/94, constata-se que, além de não só o mês a mês, como também no quadrimestre afetado também as pedras do Plano URV (Unidade Real de Valor)", tendo "cada salário mínimo integrante do benefício", sofrido "prejuízo estimado em 81,02 URVs", "segundo a variação do IRSM". Alegam os autores que os valores corrigidos "são devidos a partir de março de 1994 e, em sendo a URV fixada no dia 01.03.94 em CR\$ 647,50 ( seiscentos e quarenta e sete cruzeiro reais e cinqüenta centavos), o prejuízo dos benefícios mínimos - pagos no valor expurgado e não no real - é de 81,02 URVs", sendo o aposentado que, em setembro de 1993, percebia o correspondente a 03 salários mínimos, "credor de 243,06 URVs". Alegam, ainda, que a Previdência Social, quando da aplicação da "MP do Real", "abandonou o índice fevereiro de 1994", tendo instituído "uma regra própria baixada em Portaria, segundo a qual o IRSM de 39,67%, referente a fevereiro de 1994, não seria usado para os cálculos e, nos meses de março a junho, os valores deveriam ser considerados em URV, já que esta última já tinha uma correção embutida em seu valor diário". Porém, "a URV não é um índice de correção monetária e os valores recolhidos em seu período o foram em cruzeiros reais", portanto, "a lógica seria pegar os valores em cruzeiros reais e corrigi-los por um índice que normalmente deveria ser o INPC, já que o IRSM deixou de ser calculado por determinação do Governo". Contudo, enquanto o INPC "cresceu, de fevereiro a junho de 1994, 507,94% (quinhentos e sete vírgula noventa e quatro por cento)", a URV "cresceu no mesmo período 489,29% (quatrocentos e oitenta e nove vírgula cinte e nove por cento)", sendo que, "mesmo se se considerar o IRSM de feverei-

ro e o INPC de março a junho, teremos um crescimento 54,05% (cinquenta e quatro vírgula cinco por cento), com uma diferença de 2,5% (dois vírgula cinco por cento)". Pediram, assim, a citação do INSS e a procedência da ação, ao final, para condenar o réu a fazer incidir "81,02 URVs por salário mínimo ou função, considerando o valor do benefício e o salário mínimo de setembro de 1993, decorrente da perda provocada durante a vigência da Lei nº. 8.700/93"; e a incidir "39,67% (trinta e nove vírgula sessenta e sete por cento), aos proventos do período de fevereiro a junho de 1994, considerando a diferença de reajuste pelo IRSM e pelo INPC", acrescidos os pagamentos das verbas de juros de mora, correção monetária e honorários advocatícios, a serem apurados em execução de sentença. (fls. 02/07) Juntaram documentos (fls. 08/50).

Contestou o INSS às fls. 65/68, tendo alegado, em síntese, preliminarmente, falta de interesse processual da autora VANDA FERNANDES ALVES, uma vez que afirma (refere-se à parte autora) ter encontrado o montante das perdas mediante a comparação do valor recebido com o número de salários mínimos, alega também que o prejuízo foi estimado em 81,02 URV, *segundo a variação do IRSM*, não havendo, assim, "como saber qual índice pretende a parte autora ver aplicado aos benefícios previdenciários nesse período, razão pela qual se impõe o indeferimento da inicial por incompatibilidade entre os pedidos", sendo que, também, não indicaram "o índice a ser aplicado" quanto à revisão dos reajustamentos dos benefícios dos autores e, ainda, é a inicial "ininteligível, na parte que trata do cálculo das alegadas perdas, pois não se sabe como foi obtido o valor de 81,02", no mérito, que a Lei nº. 8700/93 "não determinou qualquer expurgo", tendo apenas substituído o IRSM pelo F A S no cálculo dos reajustes quadrimestrais dos benefícios previdenciários, a partir de janeiro de 1994; quanto ao índice de 31,97%, relativo ao IRSM de fevereiro de 1994, que há que se observar que "a relação entre os segurados e a autarquia é de trato sucessivo, podendo a lei nova alterar os critérios de reajustamento sem incorrer em violação de qualquer direito dos segurados, salvo nas situações já consolidadas sob a égide da legislação revogada, o que não ocorre no caso vertente", isto porque "quando da edição da MP nº. 434/94 sequer havia terminado o mês de fevereiro de 1994, logo, não há como se considerar adquirido o direito à antecipação prevista na Lei nº. 8.700/93, mediante a utilização do IRSM"; "ademais, qualquer atualização com base na utilização da variação do IRSM no mês de fevereiro de 1994 só poderia ser adotada no mês de março de 1994", "no entanto, o IRSM já não poderia mais ser utilizado para fins de reajustamento nesta data, em face da revogação da Lei nº. 8.700/93 pela MP nº. 434/94".

**É o Relatório.**

Passo a decidir, nos termos do art. 330, I do CPC.

#### PRELIMINARMENTE

Quanto à alegação de falta de interesse da autora VANDA FERNANDES ALVES:

Efetivamente, tendo seu benefício tido início em 30.09.94 (fls. 44), não poderia ter sofrido prejuízo em seus proventos, em virtude de eventual expurgo de índices de reajustamento aplicados para estes.

Poderia, é certo, ter alegado que sofreu prejuízos quanto à correção monetária dos salários-de-contribuição vertidos para a Previdência Social.

Não o fez, entretanto, nem pode este Juízo fazê-lo em seu lugar, sob pena de violação dos princípios da imparcialidade e do juiz natural, especialmente quando o art. 293 do CPC expressamente determina que os pedidos devam ser interpretados restritivamente.

Entendo, contudo, que o fundamento para a exclusão da autora não é a falta de interesse, uma vez que esta pressupõe a existência da qualidade de aposentado ou segurado, à época em que ocorridos os fatos dos quais resultaria o direito postulado; mas sim, de falta da própria legitimidade "ad causam", exatamente porque, à época destes fatos, não era aposentada.

Isto posto, excluo a autora VANDA FERNANDES ALVES do feito, por ilegitimidade ativa "ad causam".

É certo que o conceito de "*valor real*" não é unívoco, tanto no âmbito da filosofia e da economia, como do direito.

ANDRÉ LALANDE, em seu "Vocabulário Técnico e Crítico da Filosofia", Ed. Martins Fontes, 1993, trad. Fátima Sá Correia *et alli*, São Paulo, 1ª. ed., p. 1188-1191, após relatar os significados possíveis do termo, assim conclui:

"a) (Subjetivamente) - Característica das coisas que consiste em serem elas mais ou menos estimadas ou desejadas por um sujeito ou, mais comumente, por um grupo de sujeitos determinados (...). Diz-se algumas vezes neste sentido "valor de uso". "O valor de uso de um objeto para um indivíduo corresponde ao caso que esse indivíduo faz desse objeto; e esse valor de uso poder ser algo diferente da utilidade". (...) Mas é preciso notar que em ADAM SMITH, que criou esta expressão, "valor de uso" tem um sentido um pouco diferente. Diz-se da utilidade objetiva real, por exemplo, a da água ou do ar, por oposição ao "valor da troca" (value in exchange), no sentido "d" (refere-se ao econômico), por exemplo, o de um diamante que, por si mesmo, não

serve para nada. ADAM SMITH não tem termo para opor o útil e o desejado.”

“b) (Objetivamente e a título categórico) - Característica das coisas que consiste em merecerem elas mais ou menos estima. (...)

“c) (Objetivamente, mas a título hipotético) - Característica das coisas que consiste em satisfazerem elas certo fim.

“d) (Especialmente, do ponto de vista econômico) - Característica das coisas que consiste no fato de, em determinado grupo social e em determinado momento, serem trocados por quantidade determinada de uma mercadoria tomada como unidade. Valor, neste sentido, quer dizer preço comumente praticado. Diz-se, muitas vezes, neste sentido, “valor de troca”, por oposição ao “valor de uso”.

“e) “Preço pelo qual se estima, do ponto de vista normativo, que um objeto ou um serviço devem ser pagos. “O justo valor”. (...)

“Valor” é em todas as acepções uma palavra da linguagem corrente. Mas o da linguagem que foi feito primeiro uso dela é a da economia política. Foi daí que ela foi transportada para a linguagem filosófica contemporânea, onde substitui num grande número de usos a antiga expressão “bem”. (...)

“O sentido exato de “valor” é difícil de precisar rigorosamente, porque esta palavra representa o mais das vezes um conceito móvel, uma passagem do fato ao direito, do desejado ao indesejável ( em geral, por intermédio do “comumente desejado”). Uma das razões do seu emprego na linguagem contemporânea é o esforço por apreender e constatar a título de fato, como acontece no sentido econômico “d”, uma “qualidade terciária” das coisas, objetiva, sensivelmente constante nos limites da observação, cientificamente mensurável e que, no entanto, tem a sua razão de ser numa tendência dos sujeitos e num juízo de apreciação. Mas é preciso notar que a esse primeiro sistema de juízos que produzem o valor, enquanto realidade social observável (p. ex., enquanto preço corrente de uma mercadoria) acrescenta-se normalmente um novo juízo que aprova ou desaprova a avaliação comum. Este segundo juízo normativo pode ele próprio estar em vários graus: opor-se-á ao “verdadeiro” valor (no sentido “e”) ao valor no sentido “d”: 1º. - enquanto este último é determinado por circunstâncias que julgamos acidentais, anormais, contrárias à liberdade das trocas (fraudes, monopólios, coligação de vendedores, curso forçado, “dumping”, etc.) 2º. - enquanto este é

determinado por inclinações que desaprovamos os juízos que cremos falsos: o valor real de um terreno cultivável será, por exemplo, declarado, a este respeito, bem superior ao de um diamante do mesmo preço.

“A questão da “medida do valor” econômico não deve ser confundida com a da definição do valor (confusão favorecida pelo emprego de expressões tais como “o valor consiste na quantidade de trabalho necessária para produzir um objeto”). Há, pois, motivo para precisar sempre o objeto sobre o qual pretendemos fazê-las incidir.”

Também é certo que, “a priori”, não há como se estabelecer, de forma normativa e rígida, assim, o que vem a ser “valor real” e qual o grau de bem-estar-já que, no caso dos benefícios previdenciários, onde tal conexão é evidente - econômico que deverá ser assegurado, podendo-se, quando muito, estabelecer parâmetros matemáticos aproximados da realidade fática existente.

Neste sentido, A. C. PIGOU, “apud” Guiomar T. Estrella Faria, “Interpretação Econômica do Direito”, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 1994, p. 48, quando diz que:

“Não existem limites precisos entre o bem-estar econômico e o não-econômico; a experiência de recorrer a uma medida monetária nos serve bastante bem para estabelecer uma delimitação aproximada. O bem-estar econômico, como o definimos aqui, é o núcleo central da ciência econômica.”

A questão sobre como esta “medida monetária” será definida, ou seja, que parâmetros e incógnitas deverão ser considerados, encontra-se estreitamente ligada à opção política da sociedade e às prioridades fundamentais, no nosso sistema jurídico, que se pretende Estado Democrático de Direito, constitucionalmente estabelecidas.

Daí porque PAUL A. SAMUELSON afirma que:

“Em todo problema de teoria econômica, certas variáveis (quantidades, preços, etc.) são designadas como incógnitas, em cuja determinação estamos interessados. Seus valores surgem como solução de um conjunto específico de relações impostas às incógnitas por suposição ou hipótese. Essas relações funcionais são válidas para um dado ambiente, em dado meio. É claro que a indicação completa desse ambiente exigiria a especificação de todo o universo; portanto, adotamos implicitamente uma matriz ou condições dentro da qual nossa análise irá se realizar.” (Fun-

damentos da Análise Econômica”, Abril Cultural, 1983, p. 13)

O conceito de “valor real”, embora indeterminado, carente, portanto, de significado próprio, que só adquirirá sentido quando diretamente relacionado com o conteúdo de uma opção política feita pelo legislador, é passível não só de determinação, segundo esta opção e as prioridades e parâmetros por ela estabelecidos para que a mesma encontre efetivação concreta, mas também de controle finalístico por parte do Poder Judiciário, como enunciado por RONALD DWORKIN, “Taking Rights Seriously”. “apud” Guiomar T. Estrella Faria, op. cit., p. 51, segundo o qual:

“A parte normativa da teoria de BENTHAM foi muito refinada através do uso da análise econômica na teoria do direito. A análise econômica oferece padrões para identificação e medida do bem-estar dos indivíduos que compõem uma comunidade ( embora a natureza desses padrões seja bastante controverso) e assegura que as questões normativas de uma teoria da legitimação, da justiça legislativa, do julgamento e da controvérsia, assim como do acatamento e sanção, devem todas ser respondidas, na suposição de que as instituições jurídicas compõem um sistema cujo objetivo maior é a promoção do máximo de bem-estar médio, entre aqueles indivíduos.”

Dai também porque afirma FRANK H. STEPHEN, em “Teoria Econômica do Direito”, Makron Books, trad. Neuza Vitale, São Paulo, 1993, p. 55, que:

“Uma proposta para uma mudança na economia deve ser levada a termo se aqueles que tiveram sua situação melhorada por essa mudança pudessem compensar aqueles que tiveram sua situação piorada por essas mudanças, para que estes fiquem tão bem como antes da mudança ( em seu próprio julgamento) e os primeiros fiquem em melhor situação ( em seu próprio julgamento).”

É inegável, ainda, que há que se reconhecer alguma diferença, ontologicamente falando, entre a garantia estabelecida pelo art. 201, § 2º, da CF apenas e tão-somente para os aposentados em geral, de manutenção do valor real de seus benefícios, e a fixada para os trabalhadores da ativa em geral e, mesmo, para os servidores públicos federais, em seu sentido mais amplo, de irredutibilidade de salário (art. 7º., VI) e de vencimentos (art. 37, XV; 40, § 4º; etc.), diferença esta que há de corresponder à existente entre a irredutibilidade nominal e a real de remuneração, aqui também adotada em seu sentido lato.

Ao contrário de todas as demais categorias profissionais, inte-

grantes dos setores privado ou público da economia, os segurados e beneficiários da Previdência Social tiveram assegurada a manutenção de seus proventos, segundo o valor equivalente ao realmente perdido e assim aferido, no cotidiano, o que permite afastar, assim, por equivocada, a conclusão exposta por SERGIO PINTO MARTINS, no sentido de que “a irredutibilidade do valor dos benefícios é a nominal e não a real, dependente da lei ordinária. Caso a lei ordinária não adote métodos ou índices para se verificar a variação real da inflação, haverá perdas ao segurado, mas esse critério não poderá ser acoimado de inconstitucional.” (“Direito da Seguridade Social”. Ed. Atlas, São Paulo, 5ª. ed., 1996, p. 61)

Se é certo, como dito acima, que a metodologia de cálculo desta perda real, acerca de preços, bens e serviços - ou seja, do “valor de troca”, já que a Constituição Federal preocupou-se em estabelecer, de imediato, de forma provisória, decerto, mas atendendo à finalidade permanente, a equivalência dos benefícios à variação do salário mínimo, enquanto que este, por sua vez, também tem finalidade constitucional, talvez menos vinculada do que a constante no art. 201, § 2º, da CF, mas também diretamente relacionada à subsistência da pessoa humana - dependerá da opção política efetuada pelo legislador, primeiro constitucional, depois, infraconstitucional e ordinário, através de lei formal e material publicada, não menos certo é que não será qualquer lei que atenderá àquela finalidade constitucional, neste aspecto, vinculativa da própria atuação legislativa, passível, portanto, de controle jurisdicional caso a caso e segundo as condições: reais demonstradas pelas próprias metodologia de cálculo - as hipóteses, premissas e condições estabelecidas constitucional e legalmente e que se constituem em corte epistemológico da realidade econômica assim considerada - mas apenas aquelas que, embora oficiais, permitirem, tanto quanto possível, a reposição dos índices de preços, bens e serviços consumidos pelos segurados e beneficiários de Previdência Social, segundo, portanto, a mencionada “medida monetária aproximada” equivalente ao bem-estar econômico e jurídico assegurado.

É certo que, em reiteradas ocasiões, tem este Juízo entendido que as Leis nºs. 8.542/92 e 8.700/93 são inconstitucionais, na medida em que, em diversos meses, obtiveram índices de reajustamento menores do que os do INPC, o qual, por sua metodologia, era idôneo à finalidade daquela preservação.

Isto porque, já de início, tendencialmente, a metodologia de cálculo do IRSM se afigura inadequada para o atingimento daquela finalidade constitucional, estatuída pelo art. 201, § 2º, da CF, já que, como exposto por JUAREZ VARALLO PONT, em “Política Salarial no Processo Trabalhista”, Editora Ltr, São Paulo, 2ª. ed., 1994, p. 210, “fine”/211:

"(...) torna-se pertinente apresentar o cálculo do F A S, que não consiste num índice de preços, estrito senso, pois age como um mecanismo de atualização, **que tanto pode ser um redutor**, quanto um fator de acréscimo salarial, em face da tendência da inflação medida pelo IRSM. Para uma inflação crescente, o F A S determinará aumento salarial. **Em se tratando de uma inflação decrescente, o F A S agirá como um redutor.**"(grifei)

Esta tendência confirmou-se, durante o ano de 1993, relativamente aos meses de janeiro, março, abril, junho, julho, novembro e dezembro, quando, enquanto o INPC correspondeu aos índices de 28,77; 27,58; 28,37; 30,37; 31,01; 36,00; e 37,73, respectivamente, o IRSM equivaleu a 27,91; 26,87; 28,25; 30,34; 29,26; 34,89; e 37,35 (fonte: IOB/Index - IOB - Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda., dezembro de 1995, p. 12).

Pouco importa que, matematicamente, seja possível assegurar-se, ao fim do quadrimestre, e apesar da desvantagem observada frente ao INPC - que, como pressuposto do raciocínio, era idôneo para a manutenção do valor real dos benefícios previdenciários, face a sua metodologia, o que, aliás, foi reconhecido pela própria Administração Pública, quando da edição da Portaria nº. 359, de 09.05.91, da Srª. Ministra de Estado da Economia, Fazenda e Planejamento, já que o art. 2º, "caput" deste ato determinava que fosse utilizada, no cálculo do IRSM, "a mesma abrangência geográfica, amostra de informantes e períodos de coleta definidos para apuração do INPC", considerando, ainda, segundo o § 1º. daquele mesmo artigo, "os subitens que são objeto da coleta do Sistema Nacional de Índices de Preços ao Consumidor".

O que interessa, no plano jurídico, é que aquela manutenção do valor real dos benefícios previdenciários não foi efetiva naqueles meses.

Do que se conclui, portanto, que a Lei nº. 8.542/92 é, no particular, inconstitucional, por ofensa ao disposto no art. 201, § 2º. da CF e por importar em prejuízo aos segurados ou beneficiários, comparativamente com a situação jurídica existente ao tempo em que vigeu a Lei nº. 8.213/91, art. 41, II, devendo, portanto, recusar-se aplicabilidade àquela e manter-se esta, não havendo aí substituição de atividade própria do legislador pelo Poder Judiciário, mas, ao contrário, estrito cumprimento da finalidade constitucional deste, qual seja, a de recusar aplicação e eficácia a norma legal inconstitucional e, em o fazendo, manter a aplicabilidade e eficácia de lei anterior, constitucionalmente válida e, por seu turno, publicada após todo o processo legislativo previsto na Constituição Federal.

O mesmo é de se dizer quanto à Lei nº. 8700/93, uma vez que o art. 5º, "caput" deste diploma expressamente impõe o repasse, para os

salários e, inclusive, dos benefícios previdenciários, "da variação do IRSM que exceder a 10% (dez por cento) no mês anterior ao da sua concessão", a título de "antecipação", a qual seria "deduzida por ocasião do reajuste quadrimestral previsto no artigo anterior", a teor do art. 5º. daquela norma legal.

Entretanto, os autores não pediram a declaração de inconstitucionalidade da Lei nº. 8.542/92, que determinou a aplicação do IRSM em lugar do INPC, não podendo este Juízo, assim, fazê-lo em seu lugar, em razão, como dito em preliminar, dos princípios da imparcialidade e do juiz natural.

Os autores, aliás, pelo contrário, alegaram que "cada *salário mínimo* integrante do benefício sofreu prejuízo estimado em 81,02 URVs, segundo a *variação do IRSM*" (fls. 04, item 07 - grifei), exemplificando com a hipótese de aposentado que, em setembro de 1993, percebia o correspondente a três salários mínimos, o qual seria "credor de 243,06 URVs", "aplicando-se a mesma regra quantos forem os salários mínimos de setembro de 1993". (fls. 05)

Ora, não há pertinência entre a variação do salário mínimo, do IRSM e da URV.

Isto porque, desde o advento da Lei nº. 8.213/91, art. 41, II, que instituiu o INPC como índice de reajustamento dos benefícios previdenciários, exauriu-se a aplicabilidade do salário mínimo para esta finalidade, estabelecida temporariamente pelo art. 58 dos ADCT.

Nem a metodologia de cálculo do IRSM utiliza, em qualquer momento, a variação do salário mínimo.

De fato, segundo os arts. 24 da Lei nº. 8.178/91, 1º., § 2º. e 2º., ambos Portaria nº. 359, de 09.05.91, do Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento, e 2º. e 4º. da Portaria nº. 478, de 16.06.92, do mesmo Ministério, e de acordo com o "Sistema Nacional de Índices de Preços ao Consumidor", editado pela Fundação IBGE, em Agosto de 1995, a apuração do IRSM era feita considerando-se "a mesma abrangência geográfica e amostra de informantes definidas para a apuração do INPC, tendo em vista uma população objetivo com renda até dois salários mínimos", a "média aritmética ponderada dos índices referentes às regiões metropolitanas e áreas urbanas atingidas" e agregando-se à metodologia de cálculo do INPC os grupamentos "alimentação; moradia; vestuário; transportes; saúde; higiene; educação; lazer; e outros".

É certo que o art. 5º, da Lei nº. 8.542/92, com a redação dada pelo art. 1º. da Lei nº. 8.700/93, assegurou aos trabalhadores "antecipações salariais mensais sobre a parcela até seis salários mínimos, a serem fixadas pelo Ministério do Trabalho até o segundo dia útil de cada mês, em

percentual correspondente à parte da variação do IRSM que exceder a dez por cento no mês anterior ao de sua concessão", deduzidas tais antecipações quando do reajuste quadrimestral respectivo ( art. 5º., § 5º., da Lei nº. 8.542/92, com a nova redação).

A diferença de antecipação, entretanto, era calculada tendo o IRSM como base de cálculo, e não o salário mínimo, que servia apenas para definir o universo dos destinatários da norma legal.

Dai porque apresenta-se equivocada a premissa dos autores, uma vez que calcularam tais diferenças "tomando o salário mínimo e sua evolução de setembro/93 a fevereiro/94" em comparação com "a variação do IRSM", sendo o resultado final convertido em URV - 81,02 URVs. (itens 06, 2ª. parte e 07, fls. 04).

Ora, como dito, não havia fundamento legal para que tomassem como parâmetro de comparação para o cálculo de eventuais perdas, a variação do salário mínimo, uma vez que desde agosto de 1991 o índice aplicável para o reajustamento dos benefícios previdenciários era o INPC, posteriormente substituído pelo IRSM, F A S e os demais índices que se lhes seguiram.

A comparação que poderia ser feita - e é por esta razão que este Juízo tem reiteradamente declarado a inconstitucionalidade das Leis nºs. 8.542/92 e 8.700/93 - seria entre os índices oficiais de inflação, o INPC e o IRSM ou F A S.

Apurada perda real decorrente da comparação entre os índices oficiais de inflação e o IRSM ou o F A S, e verificada a suficiência do INPC para evitar tal perda, a conclusão lógica e jurídica seria, com base na garantia da manutenção do valor real dos benefícios previdenciários, manter-se a aplicação do INPC, através da declaração de inconstitucionalidade das Leis nºs. 8.542/92 e 8.700/93.

Improcede, assim, o primeiro pedido, dada a equivocada base de cálculo escolhida pelos autores - a variação do salário mínimo - e a impossibilidade de, mais uma vez é de se dizer, substituir o Juízo esta base cálculo - integrante da "causa petendi"- por outra, sob pena de, além de ferir os princípios acima enunciados, conhecer de ação diversa da que foi proposta - já que é a "causa petendi" um dos três elementos que individualizam as ações, além dos pedidos e das partes, no nosso sistema processual.

Entretanto, quanto ao segundo pedido, raciocínio diverso deve ser desenvolvido.

As contribuições e os benefícios previdenciários gozam de uma garantia e de um direito que os salários, vencimentos, remunerações, sol-

dos, gratificações, etc., não têm, ou seja, a *garantia do valor real*, tanto para aquelas, como para aqueles, sendo intuitivo que, a menos que se proteja o valor real das contribuições, os benefícios delas resultantes também não serão protegidos.

Entretanto, o art.17, § 2º. da Lei nº. 8880/94 previu o cálculo do IRSM, pelo IBGE, "*para os meses de março, abril, maio e junho de 1994, exclusivamente para os efeitos do disposto nos §§ 3º, 4º. e 5º. do art. 27*", ou seja, "*reposição das perdas decorrentes da conversão dos salários para URV*". (grifei)

Para os benefícios previdenciários, portanto, não houve qualquer preocupação no sentido de assegurar, também quanto às contribuições respectivas, idêntica "*reposição das perdas decorrentes da conversão dos salários para URV*", no caso, na conversão dos proventos para URV, sendo certo que estes, até então, obedeciam à mesma sistemática de reajustamento que a estabelecida pela política salarial do Governo Federal para os salários em geral.

Só que, apenas no caso dos salários, efetuou-se oficialmente o cálculo dessas perdas, resultantes da adoção da URV, tendo o Decreto nº. 1.239, de 14.09.94, publicado no DOU de 15.09.94, em seu Anexo II, fixado o índice de 29,67%, a título de "limite de reajustamento/antecipação" para os trabalhadores integrantes do "Grupo B" ou seja, cujas datas-bases se dessem em fevereiro, junho e outubro, e do "Grupo D", ou seja, cujas datas-bases se dessem em abril, agosto e dezembro.

Já por esta razão, têm direito ao recebimento deste percentual os autores ELZA DO CÉO VILLAR; ISRAEL DE SOUZA PINTO; IVONE DE SOUZA BRITO; e URIEL MAFRA DE SIQUEIRA.

Ora, se todos-salários, benefícios e contribuições- obedeciam aos mesmos critérios de reajustamentos, até como necessidade de manter-se o equilíbrio atuarial do sistema previdenciário, e se todos sofreram perdas com o advento da URV. tanto que foram tais perdas quantificadas oficialmente, não há como não se estender a reposição daquelas mesmas perdas aos benefícios previdenciários, se estes, ao contrário dos salários, têm, mais do que esses últimos, garantia mais radical de preservação do poder aquisitivo, qual seja, a de manutenção do "valor real" deste.

É oportuno, neste momento, tornar a destacar que a idéia de valor real não se coaduna, como visto, com a simples idéia de irreduzibilidade nominal dos proventos, mas, ao invés, em irreduzibilidade efetiva, real, destes, o que equivale dizer que, inclusive no que diz respeito à periodicidade com que se fará esta irreduzibilidade, há, também, vinculação constitucional, no sentido de que esta não poderá ser tão distante no tempo que imponha sacrifícios irrazoáveis aos segurados ou beneficiários.

Quanto aos demais autores, a questão que se coloca é se, como

dito pelo réu, por se tratar a relação jurídica existente entre os autores e o INSS, de obrigação com prestações de número indeterminado, ou de trato sucessivo, poderia a lei nova alterar os critérios de reajustamento, sem incorrer em violação de qualquer direito dos segurados, caso em que haveria, segundo esta ótica, simples expectativa de direito.

Entende este Juízo que é a conclusão contrária que deve ser adotada.

Isto porque, como tantas vezes ressaltado até o presente momento, os segurados e beneficiários da Previdência Social são os únicos, em todo o universo de empregados, trabalhadores, servidores públicos e assalariados em geral, que contam com a garantia da manutenção do valor real dos seus benefícios.

Portanto, se mesmo quando da formação do cálculo do índice de reajuste monetário utilizado para tal finalidade, evidenciar-se a tendência de alguma perda frente aos índices oficiais da inflação até então apurada, haverá direito subjetivo por parte dos segurados e beneficiários à aplicação de índice mais idôneo, para a formação do cálculo de reajuste de seus benefícios.

Ora, o art. 20 da MP nº. 434/94, determinou o cálculo da conversão dos valores dos benefícios previdenciários, *"dividindo-se o valor nominal, vigente nos meses de novembro e dezembro de 1993 e janeiro de 1994, pelo valor em cruzeiros reais do equivalente em URV do último dia desses meses, respectivamente, de acordo com o Anexo I desta lei"* e *"extraíndo-se a média aritmética dos valores resultantes do inciso anterior"*, assegurando o § 3º. daquele dispositivo que *"da aplicação do disposto neste artigo não poderá resultar pagamento de benefício inferior ao efetivamente pago, em cruzeiros reais, na competência de fevereiro de 1994"*.

Já para os benefícios com data de início posterior a 30.II.93, determinou o § 2º, daquele artigo que fossem *"convertidos em URV em 01.03.94, mantendo-se constante a relação verificada entre o seu valor no mês de competência fevereiro de 1994 e o teto do salário-de-contribuição de que trata o art. 20 da Lei nº. 8.212/91, no mesmo mês"*.

Entretanto, previa o art. 9º., § 2º. da Lei nº. 8.542/92, com redação dada pela Lei nº. 8.700/93, que o primeiro reajustamento subsequente à data de início dos benefícios concedidos nos meses ali elencados, corresponderia à variação acumulada do IRSM entre o mês de início e o mês anterior ao do reajuste, deduzidas as antecipações concedidas.

Portanto, apenas poderiam ter sido prejudicados os segurados e beneficiários cujos benefícios fossem reajustados em maio de 1994 ( art. 9º., II da Lei nº. 8.542/92, com a redação dada pela Lei nº. 8.700/93), segundo o índice acumulado do F A S, calculado desde janeiro do mesmo ano.

Ora, o IRSM deixou de ser calculado apenas em 01.07.94, por força do disposto no art. 17, § 3º. da Lei nº. 8880/94, embora tal cálculo

tenha persistido apenas para a finalidade restrita estabelecida pelo § 2º. do mesmo art. 17, ou seja, reposição das perdas ocorridas nos salários em razão da conversão para URV.

De modo que, para obtenção do valor total das perdas ocorridas - assim reconhecidas pelo próprio Decreto nº. 1.239, de 14.09.94 - teriam os demais autores que incluir os índices previstos neste ato normativo sobre os seus proventos recebidos de janeiro a abril - quadrimestre considerado, sob o regime normativo anterior à Lei nº. 8880/94, para o reajuste dos benefícios que se fariam em maio - e comparar os valores assim obtidos, com os recebidos efetivamente naqueles meses, em URV, fazendo-se, naturalmente, a devida conversão daqueles valores para este índice, segundo a paridade estabelecida nos dias de pagamento.

Não foi o que pediram os demais autores, entretanto, mas sim o pagamento de diferenças relativas a um mês em que, mesmo na sistemática vigente à época da Lei nº. 8.700/93, nada teriam a receber, visto serem outras as respectivas datas-bases.

Isto posto, julgo extinta a ação, sem julgamento do mérito, por ilegitimidade ativa "ad causam", quanto à autora VANDA FERNANDES ALVES, condenando-a nas respectivas custas e em honorários advocatícios de dez por cento do valor da causa, atualizado monetariamente; julgo a ação procedente, apenas quanto ao pedido relativo ao pagamento da diferença relativa ao IRSM de fevereiro de 1994, em parte, no sentido apenas de condenar o INSS a pagar aos autores ELZA DO CÉO VILLAR, ISRAEL DE SOUZA PINTO, URIEL MAFRA DE SIQUEIRA e IVONE DE SOUZA BRITO, o índice de 29.67%, a título de antecipação e perda de valor real dos benefícios respectivos, sobre os proventos recebidos naquele mês, acrescido os valores obtidos de juros de mora de 6% a. a., e correção monetária segundo a variação do INPC, até a propositura da ação e, a partir daí, na forma da Lei nº. 6.899/81 (Súmulas 43 e 148 STJ), além de reembolso de metade das custas, cabendo, ainda, às respectivas partes, os ônus quanto aos honorários advocatícios (art. 21, "caput", CPC); e julgo improcedente a ação quanto aos autores MARIA JUREMA DE LIMA FORTES; MARIA MONTE SERRAT FREIRE; NILTON COREA; RUTH DE SÁ BORNER; e IVONNE ALVES DO NASCIMENTO, condenando-os nas respectivas custas e em honorários advocatícios de dez por cento do valor da causa, atualizado monetariamente.

Decorrido o prazo legal sem interposição de eventual recurso voluntário, remetam-se os autos ao Eg. TRF-2ª. Região, para o reexame necessário, com as nossas homenagens.

**P.R.I.**

Rio de Janeiro, 12 de fevereiro de 1998.

**ALBERTO NOGUEIRA JÚNIOR**  
**JUIZ FEDERAL TITULAR**

**DR. THEOPHILO ANTONIO MIGUEL FILHO.**  
**JUIZ FEDERAL TITULAR**  
**38ª VARA FEDERAL**  
**SEÇÃO JUDICIÁRIA - RJ**  
**PROCESSO Nº 96.0009020-3**

## RELATÓRIO

Vistos etc.

Trata-se de demanda constitutiva negativa proposta em face do INSS objetivando a desconstituição de ato administrativo que desmembrou o pagamento de benefício previdenciário por morte entre a viúva e a concubina do de cujus.

Em sua resposta, rechaça a autarquia ré os argumentos expendidos na exordial, pugnando pela improcedência do pedido por ter, tão - somente, reverenciado os ditames legais insculpidos nos artigos 76 e 77 da Lei 8.213/91.

No mesmo sentido são as alegações oferecidas em resposta pela concubina demandada.

Suficientemente instruído o presente feito com o conjunto probatório carreado aos autos, passo ao julgamento da lide, independentemente da realização de audiência para a oitiva de testemunhas, eis que "o fato de o juiz haver determinado a especificação de provas não o inibe de verificar, posteriormente, que a matéria versada dispensava que se as produzisse em audiência."(RSTJ 58/310)

É o relatório. Decido.

## FUNDAMENTAÇÃO

A família é a célula mater da sociedade. Constitui-se no menor núcleo social que se tem conhecimento, gerido por normas próprias administrativas pelo pater familias, que, durante a vigência do tacitamente revogado artigo 233 do Código Civil, era o marido, hodiernamente repartindo tal encargo com a mulher, por força da equiparação em direitos e obrigações promovida pela ordem jurídica positiva, insculpida no artigo 226, parágrafo quinto, da Constituição da República.

Sabe-se, ainda, que o Direito, conjunto de regras que disciplinam a vida em sociedade, dinâmico que é, deve estar sempre pari passu com o fato social, incumbindo-se de realizar esta atualização a exegese da nor-

ma jurídica, materializada pela jurisprudência, fonte do direito que é.

É uma das mais atuantes formas de integração e interpretação da lei deu-se no campo do Direito de Família, no tocante à união estável entre um homem e uma mulher que, muito embora vivessem como se casado fossem, não submetiam tal união à tutela do Estado.

Dai porque eventuais conflitos de interesses oriundos desta relação eram submetidos às varas cíveis, e não às varas de famílias.

Equiparava a jurisprudência a conjunção de esforços comuns empreendimentos por um homem e uma mulher com vistas à consecução de um patrimônio comum a uma sociedade de fato, devendo ambos socorrerem-se da ação de reconhecimento e dissolução da mesma, deduzindo pretensões declaratória cumulada com constitutiva negativa, caso surgisse litígio entre ambos.

Tal solução afigurava-se como perfeita em face dos princípios gerais do direito que norteiam a elaboração da ordem jurídica positiva, verbi gratia, a vedação ao locupletamento e a equidade, além da normal preocupação com a tutela familiar, que deve merecer especial proteção do Estado (artigo 226, caput, da Constituição da República).

Antes das novas alterações introduzidas pela Lei 9.278/96, a teor do comando insculpido no artigo 226, parágrafo terceiro, da Lei Maior, norma de eficácia limitada, direcionada ao legislador infra - constitucional, a título de disciplinar uma situação que não era legalmente prevista, mas geradora de intermináveis pendengas, reconhecia-se como entidade familiar a união estável ente o homem e a mulher, desde que observados, além dos deveres previstos no artigo 231 do Código Civil, os seguintes requisitos: affectio maritalis, notoriedade e estabilidade.

A título elucidativo, procurou-se distinguir as aventuras extra - conjugais clandestinas, furtivas e instáveis, do relacionamento more uxorio, onde encontrava-se presente o animus de viver como se casados fossem. Daí exsurgir a denominação concubina - companheira, para qualificar a união instável, e concubina - amante, a fim de denominar o relacionamento que não se subsumisse nas condições arroladas.

É de todo óbvio que as preocupações do Estado em tutelar a família recaíram sobre aquela, prevendo a legislação previdenciária a possibilidade de designação da concubina - companheira como beneficiária de pensão por morte do segurado.

Controvérsias surgiam quando este, sem desconstituir seu casamento, passava a viver maritalmente com outra pessoa, vindo a falecer posteriormente.

*A quem seria devido o pagamento do benefício previdenciário?*

Vendo-se o Poder Judiciário diante da terrível missão de ter que decidir entre a viúva e a concubina do de cujus, desincumbiu-se de seu mister decidindo pelo desmembramento do benefício, como forma de assegurar estrita reverência aos cânones da mais lúdima justiça.

Neste sentido:

I - Administrativo - Previdenciário - Concubinato - Pensão - Não conseguindo a autora elidir o conjunto probatório dos autos que conduzem ao reconhecimento do concubinato e da dependência econômica, há que ser mantido o ato administrativo que concedeu o benefício da pensão previdenciária à concubina em concurso com a esposa.

II- Apelação improvida - Sentença confirmada.

(TRF - 2ª Região, 1ª Turma, Relator Desembargador Federal Frederico Gueiros, AC 0217974, DJ 16/05/95, página 29.079).

Previdenciário. Benefício. Pensão por morte. Concubina e esposa. Concorrência. Juros de mora. Correção monetária. Honorários advocatícios.

Concorrem esposa e concubina à pensão deixada pelo de cujus, uma vez que se comprovou a dependência econômica de ambas.

Juros de mora devidos. Correção monetária nos termos da súmula 71 do extinto TRF e da Lei 6.899/81.

Honorários advocatícios que se arbitram em 15% sobre o valor da condenação.

Apelo provido.

(TRF - 3ª Região, 2ª Turma, Relator Juiz José Kallas, AC 03006726, DOE 03/08/92, página 00159).

Previdenciário. Benefício. Pensão por morte. Concorrência entre esposa e concubina.

Concorrem esposa e concubina à pensão deixada pelo de cujus, se comprovada a dependência econômica.

Sentença que se anula, para que retornem os autos à vara de origem, oferecendo-se oportunidade para que a concubina comprove o preenchimento dos requisitos necessários ao recebimento do benefício.

A esposa legítima deve ser citada para que venha em defesa de seus interesses, sob pena de nulidade da sentença.

Apelo provido.

(TRF - 3ª Região, 2ª Turma, Relator Juiz Fauzi Achoa, AC 00314702, DOE 23/11/92, página 00141).

No caso em tela, o documento de folhas 46 consubstancia-se em verdadeiro tiro de misericórdia desferido pela concubina demandada nas pretensões da viúva demandante, eis que tornou transparente o desiderato do segurado em constituir nova união estável, merecendo, destarte, ser abrangida, igualmente, pela tutela estatal previdenciária.

Ao asseverar o caput do artigo 77 da Lei 8.213/91 que a pensão

por morte, havendo mais de um pensionista, será rateada entre todos em partes iguais, conjugado ao inciso I do artigo 16 do mesmo diploma legal indigitado que preconiza serem beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado, o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 anos ou inválido, ratificam a presunção de legalidade que reveste o agir da autarquia previdenciária.

Por todo o exposto, denota-se ter agido rigorosamente em consonância com a legislação em vigor e coma melhor orientação jurisprudencial o INSS.

Afinal, a concessão de um benefício previdenciário pelo Poder Público tem a natureza jurídica de ato administrativo vinculado, vale dizer, uma vez implementadas as condições necessárias ao desfrute de uma situação ou status por parte do administrado, não cabe à Administração hesitar, a não ser expedir o ato colimado, eis que a lei não lhe permite qualquer margem de liberdade para decidir ou agir diante de um caso concreto.

Daí valer-se do magistério de Diógenes Gasparini, in Direito Administrativo, 1993, 3ª. Edição, Saraiva, página 67, no sentido de definir o ato em tela como toda emanção unilateral de vontade, juízo ou conhecimento, predisposta à produção de efeitos jurídicos, expedida pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, no exercício de suas prerrogativas e como parte interessada numa relação, estabelecida na conformidade da lei, sob o fundamento de cumprir finalidades assinaladas no sistema normativo.

Vale ressaltar, mais uma vez, que, ao proceder à outorga do benefício pretendido, dando ensejo ao surgimento de uma relação jurídica continuativa, consubstanciadas as condições necessárias para tanto, está o Poder Público jungido ao império da lei.

Registre-se, ainda, que encontra-se a Administração Pública adstrita à fiel observância de um processo administrativo, com o escopo de documentar a atribuição àquele que pleiteia um direito ou situação individual perante o Estado.

### DECISUM

Posto isso, **julgo improcedente o pedido.**

Condeno a autora ao pagamento de honorários advocatícios no valor de dez por cento sobre o valor da causa, monetariamente corrigidos desde a propositura da presente demanda, observado o artigo 23 do Código de Processo Civil.

Custas ex lege.

P.R.I.

Rio de Janeiro,

**THEOPHILO ANTONIO MIGUEL FILHO**  
**JUIZ FEDERAL TITULAR**

# **DOCTRINAS**

## DIREITO PROCESSUAL ROMANO

ALUÍSIO GONÇALVES DE CASTRO MENDES

JUIZ FEDERAL, PROFESSOR DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL NA UFRJ

### 1- INTRODUÇÃO

A recente reforma do Código de Processo Civil e o contemporâneo debate sobre o Poder Judiciário refletem a preocupação da sociedade para com a Justiça. Pode-se afirmar que, hoje, no meio jurídico, buscam-se soluções para os problemas relacionados com a prestação jurisdicional. Todavia, para se conhecer o presente e projetar o futuro, fundamental o estudo do passado, restaurando-se as experiências bem-sucedidas e apropriadas à época atual e evitando-se os erros, além da compreensão do Direito dentro de um contexto maior, seja no tempo, no espaço e nas suas relações com a superestrutura. Nesse sentido, oportuna a lição de Cícero:

*"Nescire... quid ante quam notus sis acciderit id est semper esse puerum"* (Do Orador, XXXIV).

O conhecimento e a análise do direito romano passam a ser de maior importância para o aprimoramento do direito hodierno, dando-se escopo e nova perspectiva para a história, retirada, assim, do prisma retrógrado da mera emunicação de nomes e datas.

O presente trabalho consiste numa recapitulação do processo civil romano, tendo em vista o que se denominou de história interna, subdividida nos períodos pré-clássico. Registre-se, desde já, que o processo civil romano passou, basicamente, por três sistemas, ou seja, o das *leis actiones*, o das *formulae* e o da *cognito extra ordinem*, respectivamente situados nos períodos já mencionados.

Por outro lado, embora modernamente seja adotada a denominação de processo, o direito romano se organizava em torno das ações, segundo o preceito de que a cada direito corresponde numa ação, que o assegura, conforme disposto ainda hoje no artigo 75, do Código Civil Brasileiro, não obstante toda a discussão doutrinária sobre a natureza material e/ou processual da invocada ação.

Como lecionam os mestres José Carlos Moreira Alves e Aloísio Surgik, não se podia, como não se pode, falar em direito sem ação. Da mesma forma, importante ressaltar que a atividade básica dos magistra-

dos romanos, nos dois primeiros períodos da história interna, era a da concessão da ação ou fórmula, com a designação de um julgador, em regra a partir da vontade das próprias partes.

## 2 - AS LEGIS ACTIONES OU AÇÕES DA LEI:

Em geral, as ações da lei e o processo formulário estão submetidos ao *ordo iudiciorum privatorum*, que compreendia duas fases: uma primeira, *in iure*, ou seja, diante do magistrado, e outra *apud iudicem*, perante o *iudex*, no caso um juiz particular. Pode-se, ainda, acrescentar que há uma introdução à instância, através da *in ius vocatio*, quando o autor (*is qui agit*) chamava o réu (*is cum quo agere vult*) para comparecer perante o magistrado. Por sua vez, o adversário comparecia pessoalmente ou oferecia um fiador (*unides*). Na recusa do atendimento, o autor, segundo a lei das XII Tábuas, na presença de testemunhas, conduziria o réu à presença do magistrado, mesmo que aplicando a força, se necessário fosse:

A capacidade processual era restrita, como reflexo da própria organização social romana em torno dos grupos tribais e famílias, representados pelos *pater familias*. Depois, forma sendo admitidos os filhos, as pessoas jurídicas e os peregrinos. Em relação às pessoas jurídicas, importante frisar que, no começo, tão somente, com o *habere corpus*, ou seja, possuindo patrimônio, e com o *illus coeundi*, que era a autorização para o funcionamento, tais como as *piae causae* e dos mosteiros. Quando recusada a capacidade processual da pessoa jurídica, as pessoas físicas integrantes intervinham através do *litis consortium*.

O papel de magistrado era exercido, na realeza, pelo rei, e, na república, pelos cônsules, alternadamente, a cada mês. A partir de 367 a.C. data da criação de pretura, os Cônsules se limitam a exercer a jurisdição graciosa, passando a contenciosa para os pretores, salvo quando às vendas nos mercados públicos, em que atuavam os *edis curuis*. Posteriormente, em certas cidades dos territórios submetidos à Roma, a instância *in iure* se dava perante magistrados locais, os *duumviri iure dicundo*, ou dos *praefecti iure dicundo*. Em 241 a.C. criou-se a pretura peregrina, para dirimir os conflitos entre estrangeiros, ou entre estes e romanos.

Em certos litígios, ao invés do *iudex ou privatus*, a primeira fase se dava diante de um colegiado, composto dos chamados *recuparetores*, em número de três ou cinco.

O *iudex* era escolhido dentre os nomes contidos no *album indicum*,

que, no início, era integrado apenas por trezentos senadores. Com a edição da lei *Sempronia iudiciaria*, em 123 a.C., passou a conter trezentos senadores seiscentos membros da ordem equestre. Depois, em 108 a.C., apenas quinhentos cavaleiros, com idade entre trinta e sessenta anos de idade, que não fossem filhos de senadores ou com interesses além-mar, ficaram figurando no *album*. Nova modificação adveio em 70 a.C. quando os senadores, membros da ordem equestre e *tribuni aerari*, dividiam a relação de juízes, sendo que, no início do principado, o *album* apresentava quatro decúrias, e a partir de Calígula, cinco, colocados em gradação, conforme seus haveres.

Registre-se, da mesma forma, que, até o principado, quando surgiu a *appellatio*, as decisões do *iudex* eram irrecuráveis.

Havia, na época, a responsabilidade dos juízes pelos seus atos judiciais, se o julgador fizesse sua lide, prejudicando uma das partes, ainda que sem dolo, mediante a utilização da ação própria, não caso a *actio si iudex suam fecerit*.

Outro fato de grande interesse e que pode provocar certa perplexidade, mas que, no fundo, demonstra uma preocupação com a verdade real e a justiça nos julgamentos, é a possibilidade do *iurare sibi non liquere*, o juramento de que a causa não lhe estava clara, desobrigando o *iudex* originário.

A sentença, por sua vez, gerava a obrigação *ex causa iudicati*, impondo-se o pagamento no prazo de trinta dias, conforme disposto na lei das XII Tábuas. Não cumprida a obrigação, o vencedor podia reconduzir o condenado à presença do pretor, para se instaurar a *actio iudicat*, verdadeira ação de execução, que, no início, se dava sobre a própria pessoa do executado (*manus iniectio*) ou seus bens (*missio in bona rei servandae causa*), conforme se verá em seguida. Já havia, também, a distinção entre as ações reais (*in rem, vindicationes*) e pessoais (*in personam, condictiones*).

Nas ações da lei, as partes tinham que seguir rigorosamente as palavras e gestos previstos nas leis, que, por sua vez, na grande maioria não eram escritas.

Segundo Gaio, cinco eram as ações da lei: *actio sacramenti*, *iudis postulatio*, *condictio*, *manus iniectio* e *pignoris capio*, sendo as três primeiras de natureza e as demais executórias.

## **2.1 legis actiones declarativas:**

### **2.1.1 Actio sacramenti:**

Era uma ação ordinária, ou *actio generalis*, nas palavras de Gaio,

utilizada, portanto, sempre que não houvesse uma ação especial para o caso. O *sacramentum* era uma pena pecuniária devida pelo litigante que fosse vencido na fase *apud iudicem*. O valor era de 50 (cinquenta asses), quando o objeto da lide fosse inferior a 1.000 (hum mil asses), e de 500 (quinhentos asses), quando superior. A ação se aplicava tanto as coisas móveis quanto a imóveis, sendo necessário, no primeiro, caso, que o bem fosse trazido à presença do magistrado. Em relação ao segundos, a ação normalmente tramitava no próprio local, mas, depois, bastava que fosse levado ao magistrado uma parte da coisa.

### 2.1.2 *Iudicis postulatio*:

Nesta ação, o autor precisava indicar a causa do direito pleitado. Era utilizado para a divisão da herança (*actio familiae erciscundae*) e para a cobrança de crédito decorrente da *sponsio*; e base na lei *licinnia*, para a divisão de bens comuns (*actio communi dividundo*). Ao contrário da *sacramenti*, não se estabelecia pena para o litigante temerário e o *iudex* ou *arbitrum* era nomeado imediatamente, não se aplicando o prazo de trinta dias, estabelecido pela Lei Pinária, para a ação anterior.

### 2.1.3. *Condictio*:

Para a cobrança de crédito em dinheiro, (*certa pecunia*), e, com, a *Lex Calpurnia*, para sancionar prestações de coisa certa que não dinheiro, a *condictio* possuía um procedimento mais simples e mais rápido de que a *actio sacramenti*. O autor limitava-se a denunciar seu direito, sem necessidade de declarar a causa do crédito, exigindo-se da outra parte que afirmasse ou negasse o direito, através de um juramento (*insiurandum*). Se o réu jurasse, o autor deveria também jurar, sob pena de afastar de plano o direito invocado.

A pena contra a parte temerária era de um terço do valor da causa (*sponio et restipulatio tertiae partis*), em proveito do adversário.

## 2.2. *Legis actiones executivas*:

### 2.2.1 *Manus inicieto*:

*Manus inicieto* significa colocar a mão sobre uma pessoas ou sobre uma coisa. O condenado ou o que havia confessado que não havia cumprido a obrigação era levado até a presença do magistrado, e, diante deste, pagava a importância devida, oferecia um *vindex* (espécie de fiador) ou ficava à disposição do credor. No início, quando a Lei das XII Tábuas, podia o credor, na última hipótese, levar o devedor para a sua casa, onde permanecia preso a cadeias com o peso não inferior a quinze libras, por sessenta dias, sendo conduzido pelas ruas, por três feiras sucessivas, apregoando-se o valor da dívida para que terceiros pudessem solver o

débito. Não havendo quem pagasse, o devedor era morto ou vendido com escravo estrangeiro. Se vários fossem os credores, o condenado seria esquartejado, dividindo-se as partes do corpo. Após a Lei das XII Tábuas, aumentou-se o número de casos submetidos à *manus iniectio*, com o abrandamento, por outro lado, dos efeitos, pois o devedor era conduzido até a casa, onde, com o trabalho, pagaria a dívida.

### 2.2.2. *Pignoris capio*:

A *Pignoris capio* não se desenrola *in iure*, ou seja, diante do magistrado, motivo pelo qual alguns jurisconsultos romanos não a consideravam como uma *legis actiones*, posição com a qual não concordava Gaio, justificando que eram pronunciadas palavras solenes, caracterizando uma ação e não apenas um mero apossamento. Nessa espécie de execução, o credor, se apoderava de uma coisa do devedor, inadimplente, a fim de obter a satisfação de seu crédito. O credor, entretanto, não podia utilizar-se da coisa, mas apenas mantê-la em seu poder até a solução da dívida. Afirmam os historiadores a origem bastante arcaica do instituto.

## 3. PROCESSO PER FORMULAS OU FORMULÁRIO:

A Lei Eusébrica, no século II a.C. autorizou o uso das fórmulas, originárias das províncias, e as *leges Iuliae* tornaram obrigatório, conforme noticiam Gaio e Aulo Gélio, não obstante novas correntes tenham colocado em dúvida, principalmente quanto à primeira lei, indicando a possibilidade de que os dois procedimentos tenham convivido por longo tempo.

Inicialmente, cabia ao autor avisar informalmente (*edere formulam*, oriunda do *ius gentium*) ao réu a intenção de litigar e a respectiva ação que pretendia propor. Depois, ocorria a primeira fase propriamente processual, com a *edictio actionis*, ou seja, a indicação por parte do autor, da *actio* que ele pretendia valer-se contra o demandado, que podia ser uma daquelas que já figuravam no álbum do pretor, ou uma *actio* nova, cuja concessão se pedia ao magistrado (*postulatio actionis*).

A fórmula é o esquema abstrato que serve de modelo geral para, no caso concreto, com as adaptações necessárias, redigir-se o documento, fixando-se o objeto da demanda a ser julgada pelo juiz. O *iudicium* é o documento concretamente redigido de acordo com o modelo (fórmula).

A fórmula é o esquema abstrato que serve de modelo geral para, no caso concreto, com as adaptações necessárias, redigir-se o documento, fixando-se o objeto da demanda a ser julgada pelo juiz. O *iudicium* é o documento concretamente redigido de acordo com o modelo (fórmula).

No processo formulário, permanece a divisão do processo em duas fases sucessivas: a primeira perante o magistrado (*in iure*) e a seguinte diante do juiz popular (*apud iudicem*).

O excessivo formalismo das *legis actiones* foi, segundo Gaio, uma das causas para a substituição destas pelo processo formulário. Com a fórmula, a oralidade, característica marcante das ações da lei, perde bastante substância.

### 3.1 Estrutura da Fórmula

A fórmula estava estruturada, basicamente, em três partes: a) *Demonstratio*, que ficava localizada no início, precisando a causa da ação; b) *Intentio*, considerada a mais importante, por conter a pretensão; e c) *Condemnatio* (condenação) ou *adiudicatio* (adjudicação), na partilha de co-herdeiros, divisão da coisa comum entre consortes, ou na demarcação entre vizinhos.

A fórmula era redigida com a utilização de nomes fictícios, tais como Aulo Agério (*is qui agit*) e Numérico Negídio (*is Qui negat*), substituídos, por sua vez, pelos dos litigantes no *iudicium*.

A *condemnatio*, no processo formulário, era sempre em dinheiro. Portanto, pedia-se o valor estimado para a coisa ou que fosse atribuída uma importância, com ou sem um teto.

Eram partes acessórias da fórmula a *praescriptio*, a *exceptio*, e as *replicatio*, *duplicatio* e *triplicatio*. A primeira situada no início da fórmula, antes mesmo da *demonstratio* e logo após a indicação do juiz, servia para delimitar exatamente o direito pleitado ou para indicar em que qualidade estava o autor a agir. As exceções são classificadas como peremptórias ou dilatórias. As primeiras podem ser apresentadas a qualquer tempo e as demais apenas dentro de determinado prazo. O traço característico da exceção consiste na defesa que não nega a pretensão do autor, mas que, por outro lado, aduz um fato distinto, que, por sua vez, anula ou impede o efeito pretendido pelo demandante. As exceções peremptórias mais invocadas eram a de dolo mau, de violação da lei e senatusconsulto, de coisa julgada, de coisa deduzida em juízo, de pacto convencionado para não pedir o dinheiro. Como dilatórias, encontram-se o pacto convencionado no sentido de não se pedir dinheiro durante cinco anos, de demanda divisa e de demanda separada.

*Litis contestatio*, significa, literalmente, a tomada do testemunho da lide, derivando do fato de que a contestação da lide se praticava formalmente perante testemunhas. Nas *legis actiones*, de fato, chamavam-se testemunho os presentes no momento da propositura da ação, vinculan-

do-se, definitivamente, as partes, em relação às declarações prestadas pelos litigantes. No processo *per fórmulas*, passou, entretanto, a Ter o sentido de aceitação da fórmula ou mandada redigir pelo magistrado, como verdadeiro contrato subscrito.

### 3.2 Processo *apud iudicem*:

O *iudicium*, neste período, ao contrário do pré-clássico, pode realizar-se inclusive nos dias nefastos. Comparecem as partes, entregando ao juiz a fórmula e, sem formalidade especial, fazem as respectivas exposição e defesa, geralmente através de oradores especializados (*patroni, advocanti*), seguindo-se a parte probatória e a sentença. A ausência injustificada de um dos litigantes acarreta a vitória da parte presente.

Os principais meios de prova são as testemunhas, os juramentos das partes, os documentos e a inspeção ocular. A testemunha que se negasse a prestar o seu testemunho era declarada *inestabilis*, ou seja, não poderia jamais servir-se desse meio probatório quando necessitasse.

A sentença era pronunciada oralmente. O processo formulário apresenta três modalidades de execução: a) *actio iudicanti*, que substituiu a *manus iniectio*; b) a execução sobre o patrimônio em bloco do devedor (*bonorum vendicio*); c) a execução patrimonial unicamente sobre a parte que se estima necessária (*distractio bonorum*). Podia-se insurgir contra a sentença, defendendo-se (*infitari*) no *actioiudicati*, ou, por iniciativa do condenado, exercendo a *revocatio in duplumi*, numa espécie de ação rescisória. Em ambas, seria condenado em dobro, em caso de nova sucumbência.

### 3.3 Proteção Jurídica *extra iudicium*:

Ao lado das *stipulationes praetoriae* (contratos verbais que o magistrado obriga a celebrar, para resguardar as hipóteses previstas no seu edito), das *missiones in possessiones* (autorizações para que tome posse total – *missio in bona*, sobre o patrimônio, ou de objetos isolados, *missio in rem*, por meio dos interditos ou de ação *in factum*, *restitutiones in integrum* (reparação de prejuízos que considera injustos), há os interditos, propriamente ditos, que não decidem o litígio, mas garantem, de modo provisório, uma situação preexistente. São, portanto, ordens condicionais, que devem ser cumpridas se as alegações forem verdadeiras. Não acaando, o demandado se utilizará do processo *per sponsionem* ou o *per formulam arbitriam*. Os interditos podem representar um comando positivo, como nos restituitórios e exhibitórios (manda-se restituir ou exibir), ou negativo, como proibitório. Gaio distingue os interditos como *decretum* (de comando positivo) e *interdictum* (propriamente dito, negativo). Os interditos podem ser, por outro lado, simples, quando dirigido apenas a uma das

partes, ou cópias, com comando para ambos os litigantes. Classificam-se, também, os interditos como populares e privados. Há interditos, *officii causa*, como o *de homine libero exhibendo*, origem do *habeas corpus*. No *iuris tuendi causa* defende-se tão somente o interesse meramente individual. Em termos de posse, os *interdicta retinendae* visam apenas a conservação, enquanto os *requerendae* e os *adipiscendae possessionis* buscam a recuperação ou obtenção de uma posse nova.

#### 4. COGNITIO EXTRA ORDEM:

Surgido durante o processo *per formula*, a denominação provém de *extra ordinem iudiciorum privatorum*, ou seja, do processo judicial que não obedecia ao *ordo iudiciorum privatorum*, na medida em que não havia a separação do procedimento em duas fases (*in iure* e *in iudicium*), conforme a regra geral. No *cognitio extra ordinem*, todo o processo tramitava perante uma mesma pessoa, funcionando pelo Estado, que concentrava as funções e os poderes exercidos pelos magistrados e juizes. Aos poucos e principalmente no período imperial, entretanto, o que era extraordinário foi sendo ampliado até chegar ao ponto em que, com Diocleciano, embora mantivesse a antiga nomenclatura, passou a ser o principal rito processual. Em 342, o processo *per formulas* é oficialmente abolido.

O processo, em geral, passa a ser mais prolixo e demorado, com o predomínio do escrito sobre a oralidade anterior, inclusive no tocante às provas.

A citação, antes realizada pelo próprio autor, passa a ser determinada pelo juiz, estando o réu domiciliado à sua área de jurisdição. Do contrário, a citação é feita através de outro juiz, para quem é remetida carta, iniciando o que hoje se conhece por carta precatória.

A publicidade dos julgamentos perde terreno, diante da transferência dos atos processuais para salas em que apenas o juiz, auxiliares, partes, advogados e autorizadas podiam permanecer.

Custas processuais, chamadas *sportulae*, destinadas aos porteiros, escrivães e juizes, eram cobradas, deixando, assim, a justiça de ser gratuita.

As sentenças passam a ser recorríveis com a respectiva revisão de acordo com a hierarquia do agente do Estado Imperial. A apelação tinha efeitos devolutivo e suspensivo. No direito justiniano até mesmo a possibilidade da produção de novas provas e alegação de outros fatos, diante do órgão julgador do recurso. Admitia-se a *reformatio ad peius*.

A execução da sentença se dava, preferencialmente, sobre os bens do executado, mas admitia-se, também, que incidisse sobre a própria pessoa do devedor. A execução, da mesma forma, passou a ser dirigida pelo juiz.

## 5. BREVES CONCLUSÕES

Como a dito na introdução desse trabalho, o estudo do direito romano deve ser realizado e compreendido de modo crítico e dinâmico. Por essa razão, o presente escrito não pôderia deixar de apresentar algumas poucas e singelas observações sobre o processo civil e a justiça na atualidade, em confrontação com o direito processual romano, especialmente o que se encontra situado nos períodos pré-clássico e clássico.

Em primeiro lugar, cabe ressaltar, o *ordo indiciorum privatorum*. Após uma análise inicial do caso, escolhe-se o juiz da causa com a participação dos próprios litigantes. Por si só, tal fato é bastante interessante, pois, com a possibilidade de recusa, há uma aceitação do julgador, aumentando, assim a sua legitimidade. Por outro lado, a fase *apud iudicem* é atribuída a um particular, que, conseqüentemente, não estará assoberbado por uma quantidade enorme de outros efeitos, permitindo-lhe, portanto, uma apreciação mais tranquila e profunda dos fatos, em benefício, assim, do próprio julgamento.

A oralidade do processo também permite, com vantagens, o acesso e a celebridade, com a redução, da mesma forma, dos custos materiais e pessoais.

A possibilidade do *non liquet* condiz a verdade real, na medida em que expressa, de fato, o estado de convencimento do julgador, evitando-se, portanto, a prática de injustiças e a própria violação da consciência do juiz. Sem prejuízo da decisão, que, obviamente, será tomada por outro *iudex* que, para tanto, se sinta devidamente habilitado.

O excessivo número de possibilidades de recursos, hoje, bem como a liberalidade excessiva no uso, tornam o processo moderno uma contradição de termos. Pois, na verdade, anda a passos lentos, ameaçando os seus propósitos. Não há, na prática, conseqüências prejudiciais para, se não impedir, aos menos inibir os recursos meramente protelatórios. Sem pugnar pela irrecorribilidade de outrora, defende-se a limitação e, principalmente, a possibilidade da aplicação de sanções ou conseqüências diante do desprovimento, como antes, em especial quando forem com o objetivo protelatório. Na atualidade, chega-se ao ponto de serem verbetes

incluídos nas súmulas do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, *data maxima venia*, em que é considerada incabível a condenação em honorários advocatícios nos mandados de segurança. Desconsidera-se, por conseguinte, a indispensabilidade do advogado para a justiça, inscrita na Magna Carta e exigida, na prática, pela parafernália incomensurável de normas editadas, bem como a exigência de que, para a interposição do *writ*, se faz necessária a capacidade postulatória, como pressuposto processual, com a juntada do instrumento do mandato nos autos. Não se restituindo às partes tudo o que lhes é devido, inclusive os gastos realizados com os respectivos patronos, haverá injustiça ou justiça pela metade.

O mais importante, entretanto, é o que o direito romano permite várias outras visões ou enfoques do direito, no seu estado, talvez, mais puro e forte, fazendo com que, através de confrontações e estudos, se possa ver melhor ou, pelos menos, com outros olhos, a nossa realidade, impedindo a acomodação e estimulando a elaboração de propostas e idéias, das quais as proposições acima, são, tão-somente, um esboço, singular, como uma gota no grande oceano de possibilidades surgidas a partir do estudo do direito romano.

## 6. BIBLIOGRAFIA

ALVES, José Carlos Moreira. Direito Romano, volume I. 7ª edição Rio de Janeiro, Forense, 1991

CHAUMON, Ebert. Instituições de Direito Romano, Rio de Janeiro, Forense, 1951.

CORRÊA, Alexandre e SCIASCIA, Gaetano. Manual de Direito Romano, 6ª edição, São Paulo, RT, 1988.

GIORDANI, Mário Curtis, Iniciação de Direito Romano, 2ª edição, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 1991.

MEIRA, Sílvio A.B. Instituições de Direito Romano, - 4ª edição, São Paulo, Max Limonad.

SURGIK, Aloísio. Lineamentos do Processo Civil Romano. Curitiba, Livro é Cultura, 1990.

## A EXIGÊNCIA EDITALÍCIA DE COMPROVAÇÃO DE CONDIÇÃO PARA O EXERCÍCIO DAS FUNÇÕES COMO REQUISITO PARA A PARTICIPAÇÃO EM CONCURSOS PÚBLICOS

Breve Estudo

MAURO LUÍS ROCHA LOPES

Os concursos públicos destinados ao provimento de cargos e empregos públicos têm gerado milhares de demandas judiciais provocadas por candidatos que se julgam prejudicados por exigências, contidas em editais, vinculadas à inscrição no certame.

Pretendemos no presente trabalho analisar a validade da exigência de comprovação de condição específica para o exercício das funções inerentes ao cargo público para o qual pretende se habilitar o candidato, como requisito indispensável à participação deste no processo seletivo respectivo. É legítimo, v.g., o ato administrativo que resulta no indeferimento de inscrição em concurso público para procurador jurídico do candidato que não possua habilitação profissional definitiva perante a Ordem dos Advogados do Brasil, ainda que respaldado tal ato por lei ou pelo edital do pleito?

À evidência, a resposta a tal indagação – assim como todo o estudo da matéria – relaciona-se, inequivocamente, com as disposições constitucionais de regência, notadamente aquelas tratadas no art. 37.

Com efeito, valendo-se do inciso I do aludido preceptivo, que dispõe serem os cargos, empregos e funções públicas acessíveis aos brasileiros “que preencham os requisitos estabelecidos em lei”, a Administração Pública vem, costumeiramente, condicionando a mera participação no concurso público à satisfação dos mais variados requisitos, que vão desde a apresentação de atestado de idoneidade firmado por autoridades, até a comprovação da habilitação profissional relativa à função a ser exercida.

Conquanto se possa repudiar tal medida pelo simples motivo de atentar contra o bom – senso, quando se exige do candidato uma busca frenética por papéis e documentos – que de nada valerão em caso de reprovação no concurso – junto a repartições públicas onde impera odiosa burocracia, no exato momento em que se necessita de tempo livre e tranqüilidade para o adequado preparo ao concorrido pleito, de ver-se que o disposto no artigo 37, I, da Constituição da República não possui a amplitude que normalmente pretende a Administração Pública, notadamente no que pertine à habilitação profissional para o exercício da função eleita.

Assim é que o referido dispositivo facultou à lei estabelecer requisitos para o acesso aos cargos e empregos públicos. Ora, o “acesso” – ou “ingresso” – do agente ao cargo público opera-se através da investidura, procedimento administrativo, que se completa com a posse no cargo público de seu titular. Alude-se, portanto, à figura do provimento, que, no dizer de Hely, “é o ato pelo qual se efetua o preenchimento do cargo público, com a

designação de seu titular”.

Entende-se, portanto, que a lei – ou o edital – pode exigir que o indivíduo postulante de um cargo público preencha condições específicas na data da posse no referido cargo, porquanto desta forma se estará respeitando o mandamento constitucional que prevê que “os cargos (...) são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei”.

No que toca ao concurso público, observa-se que também pode este ser considerado um requisito para o acesso ao cargo público, porém de índole constitucional (artigo 37, II) – como o é a exigência de ser brasileiro o pretendente – , não se podendo admitir que o legislador ordinário crie obstáculos à mera participação de determinados cidadãos em certames de tal natureza, sob pena de violação do princípio da impessoalidade, extraído do caput, do artigo 37, da Lei Maior

Não se está a cogitar da hipótese de ser o candidato conduzido a um cargo público sem que esteja devidamente habilitado a exercer, na plenitude, as funções que lhe forem confiadas.

A questão se prende a momento anterior, qual seja o deferimento da inscrição para a concorrência pública, i.é, o acesso ao processo seletivo, que permita ao indivíduo ingressar, após a comprovação do cumprimento das exigências legais, no serviço público.

Os requisitos da lei tratados no artigo 37, I, da Constituição da República estão, pois, relacionados com a investidura (que se perfaz com a posse) no cargo ou no emprego público, não cabendo ao administrador exigí-los previamente à inscrição do candidato no concurso público, requisito constitucional que é, pois absurdo seria estipular-se condição para a acesso ao cargo...

Pela razão supra, rotineiramente inviabiliza-se, de forma ilegítima, a mera participação de bacharéis recém graduados nos concursos para provimento de cargos em suas especialidades, por ausência de habilitação profissional junto aos órgãos fiscalizadores respectivos, documento esse que, possivelmente ao acesso ao cargo.

A mais recente jurisprudência do STF adota o posicionamento ora sustentado, tendo estatuído o Pretório Excelso que o requisito da habilitação profissional deve ser aferido na data marcada para a posse, não no momento da inscrição no concurso (RE 184.425- RS, julgado em 0.10.96, Rel. Min. Carlos Velloso).

A notícia de tal decisão, proferida pelo Guardião da Constituição, talvez sensibilize o administrador público, para que a partir de então os editais de concursos públicos não mais tragam normas que condicionem a simples participação de concorrentes no processo seletivo ao cumprimento de requisitos legais relativos à investidura no cargo ou emprego público. Não se procedendo de tal forma, que ao menos se exija, preliminarmente, tão-somente a comprovação daquelas condições cujo cumprimento, irrefutavelmente, não possa se levado a cabo até a data da posse.

## TUTELA RECURSAL ANTECIPADA

REIS FRIEDE\*

Com uma preocupante constância, tem surgido na doutrina uma série de teses interpretativas que, sem qualquer preocupação maior com a correção hermenêutica (e, mesmo, mínimo respeito aos limites impostos pelo legislador processual), - e sob o argumento genérico e esdrúxulo da exclusiva instrumentabilidade do processo -, simplesmente defendem o chamado "processo de resultados", permitindo, por seu turno, - com notável criatividade -, o surgimento (e, em alguma medida, a defesa) dos mais variados (e, mesmo, absurdos) institutos processuais, como a recente invenção interpretativa da tutela recursal antecipada.

"As recentes reformas introduziram no sistema processual diversas modificações, buscando, entre outras coisas, agilização, desburocratização e simplificação do processo, tudo com vistas à instrumentabilidade das formas para proporcionar celeridade e acesso à justiça.

O novo processo civil, dentro desses novos conceitos instrumentais, relativiza o binômio direito-processo para ser mais efetivo (efetividade da tutela jurisdicional).

Mais do que nunca, o processualista busca uma forma de minimizar os riscos e os inconvenientes que o tempo de duração do processo causam aos *consumidores dos serviços judiciais*. Sim, a expressão que se usa é exatamente essa – consumidores dos serviços judiciais – como que acenando para a consciência de que, por detrás de todas as filigranas jurídicas existe uma pessoa que espera pela prestação da tutela jurisdicional (...)

A reforma, na feliz síntese de Rogério Lauria Tucci, tem "*manifesta obstinação em simplificar*" (Processo Civil, realidade e justiça, *apud* Sidney Agostinho Beneti, *a interpretação das leis de simplificação do Código de Processo Civil*, in *Revista do Advogado*, 46/9). E a busca dessa simplificação e agilização, passa invariavelmente pelo juiz, que é o intérprete autêntico da lei (conforme conhecia tese de Kelsen). O juiz, ao interpretar as alterações processuais que foram postas, deve ter em mente que o "*processo civil moderno quer ser um processo de resultados, não um processo de conceitos ou*

**de filigranas” (uma vez mais, v. Cândido Rangel Dinamarco, op. cit. p. 22)**

**É dentro desse contexto que se inserem as inovações pertinentes a antecipação de tutela e da sistemática do recurso do agravo de instrumento (...)” (Fragmentos do relatório do juiz Newton de Lucca, no Agravo Regimental em Agravo de Instrumento no. 96.03.056619-7, TRF da 3ª Região)**

É interessante observar, neste diapasão, que, não obstante o transcurso de um longo período de desenvolvimento da ciência processual, em que, acima de tudo, houve a preocupação maior em superar a tese do processo como mero adjetivo de um direito material controvertido, - destruindo a concepção anterior da simples (e exclusiva) instrumentabilidade do processo (referibilidade própria ao direito material posto em discussão), a partir da sinérgica contratação que, em muitas situações, há efetiva referibilidade intrínseca (ou seja, referibilidade processual, como nas hipóteses de jurisdição imprópria (ou extensiva) de feição executiva e, sobretudo, cautelar) -, alguns autores continuam a insistir pela defesa de um autêntico (e, neste aspecto, sem qualquer sentido científico) “direito alternativo processual”, preconizando - através do sofisma de um pretensão objetivo simplificador (que conduziria a uma desejada agilização da prestação jurisdicional) -, em alguma medida, a simples subversão interpretativa de diversas regras processuais, ao arrepio do fato de que o Direito Processual Civil, além de não se constituir em simples Direito Adjetivo, possui incontestemente compromisso com o fato segurança, na qualidade deplexo exilógico fundamental do direito.

Por efeito conseqüente, deve ser afirmado (e, entendido, com relativa precisão) que o desejo genérico de uma prestação jurisdicional mais célere não pode ser verdadeiramente alcançado com a mera substituição do legislador processual por um intérprete inventivo e, muito menos, por intermédio de uma arriscada (e forçada) exegese que, desprovida de qualquer tecnicismo hermenêutico, afronte o fator segurança, inerente às normas processuais, para conceber, em última instância, novas regras particulares - não expressamente previstas pelo legislador -, em desafio sublime à própria concepção básica da Ciência do Direito que divide, com maestria, as funções do criador da norma jurídica em relação a do intérprete da mesma que, em todos os casos, se encontra irremediavelmente adstrito à mesma.

Não se trata, portanto, de defender, como querem alguns, “filigranas jurídico-processuais”; mas, ao contrário, defender o necessário rigor interpretativo dos dispositivos processuais, em favor de uma impres-

cindível segurança do próprio processo, evitando que, de acordo com dadas conveniências (e interesses, muitas vezes, inconfessáveis), se possa substituir o legislador, ou mesmo ultrapassar os limites, direta ou indiretamente, impostos pelo mesmo durante a fase legislativa de concepção do Direito Processual.

### EFEITO SUSPENSIVO ATIVO (EFEITO ATIVO OU ANTECIPAÇÃO DE TUTELA RECURSAL)

É exatamente segundo esta sorte de considerações (e este especial contexto) que têm surgido, no âmbito particular do instituto da tutela antecipada, de forma, no mínimo preocupante, a construção interpretativa concernente à concepção criativa do denominado efeito suspensivo ativo (ou simplesmente efeito ativo, como preferem alguns) no âmbito do recurso de agravo de instrumento, permitindo, ao tribunal (órgão ad quem), prover uma autêntica antecipação de tutela recursal, nos casos em que a decisão interlocutória agravada tenha natureza negativa, posto que o efeito suspensivo, previsto expressamente pelo legislador, neste caso, seria inócuo (o que não ocorreria, em regra, nas hipóteses de decisão de índole positiva).

"(...) O Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira comandante da reforma, explica que a metodologia para elaborar as alterações processuais buscou identificar e corrigir os pontos de estrangulamento da prestação jurisdicional. Entre esses pontos estão a demora na oferta de resultados práticos ao litigante e o recurso do agravo de instrumento, que se mostrava ineficaz e lento.

No processo de conhecimento foi instituído o poder de antecipação da tutela, "*antiga luta dos nossos processualistas*" (v. Antônio Raphael Silva Salvador, *Da ação monitória e da tutela jurisdicional antecipada*, SP, 1995, Malheiros, p.49), instrumento cujo escopo é minimizar os efeitos daninhos da demora do processo.

Por outro lado, percebeu-se que a instrução do agravo em primeira instância acarretava, na prática, a paralisação do processo. Percebeu-se, também, que a ausência de efeito suspensivo tornava o recurso pouco eficaz, fazendo proliferar os mandados de segurança anômalos, para conferir tal efeito ao recurso.

Conscientizaram-se os legisladores de que, "*apenas se conferir às partes a oportunidade de recorrer não basta. Mais do que isso, têm de ser fornecidos meios pra que eventual resultado favorável*

do recurso possa ser concretizado. Há casos de que nada adiantaria o futuro provimento do recurso, se os fins por ela visados já se houverem tornado irrealizáveis” (Eduardo Talamine, A nova disciplina do agravo e os princípios constitucionais do processo, in Revista de Processo, n. 80, p.132).

Para solucionar o impasse, possibilitou-se ao relator do agravo de instrumento conceder efeito suspensivo ao recurso em casos onde existisse perigo de dano ao direito demandado. Com isso, a intenção reformadora era, declaradamente, acabar com o uso anômalo do mandado de segurança.

No entanto, nem bem começou a viger a salutar alteração, já se pôde antever que a simples concessão do efeito suspensivo não atingiria seu escopo nem era apta a atender às expectativas do novo processo. Ressentia-se o sistema processual de um instrumento capaz de garantir a efetividade do recurso nos casos em que a decisão agravada fosse de cunho negativo (aquela que nega o pedido da parte). Foi diante dessa inexorável constatação que começou a surgir, em sede doutrinária e no âmbito forense, a discussão sobre ser ou não possível conceder antecipadamente a tutela recursal esperada, o que já foi chamado de “efeito ativo”, em uma espécie de contraposição ao caráter predominante “passivo” do efeito suspensivo nesses casos.

**Em casos assim (quando a decisão agravada é de cunho negativo), se o juiz se limitar a conceder apenas o efeito suspensivo, atendendo a dicção ortodoxa do inc. II, do art. 527 do CPC, nada adiantaria ao agravante, pois a suspensão do processo não terá o condão de trazer-lhe o pleito que ocorre risco de perecimento e que lhe fora negado em primeira instância”. (Fragmentos do relatório do Juiz Newton de Lucca, no Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 96.03.057719-7, TRF da 3ª Região)**

A construção interpretativa em questão, no entanto, é, no mínimo, arriscada para a segurança do processo, uma vez que permite, em última análise, inferir a pseudo existência de um poder geral (ou mesmo genérico) de antecipação de tutela, o que afronta, pelo menos no segundo caso, de forma insuperável, o disposto no art. 2º do CPC, verbis:

**“Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e formas legais.”**

Sendo certo, por outro lado, que a tutela antecipada é, em essência uma tutela de conteúdo meritório (alusivo, por conseqüência, a uma jurisdição própria (de conhecimento)), não há como – salvo subvertendo todas as regras basilares do Direito Processual pátrio (e, em certa medida, do próprio Direito Processual universal) – entender que o julgador possua o poder de, mediante provocação da parte interessada (e muito menos ex officio), prover tutela processual não prevista expressamente (e de forma inequívoca) na lei, através de uma pretensa analogia com o existente (e amplamente reconhecido) poder cautelar geral (poder do juiz de deferir, a pedido da parte, medidas cautelares atípicas (inominadas)) ou mesma com o poder cautelar genérico (poder do juiz de prover ex officio medidas cautelares típicas ou atípicas), posto que estes institutos, de forma diversa do primeiro, não tem como escopo de atuação antecipar efeitos meritórios (de sinérgica referibilidade ao direito material privado, inerente às partes litigantes), mas, ao contrário, garantir a plena efetividade (segurança cautelar) do processo, cujo interesse maior pertence ao próprio Estado-Juiz (credibilidade do resultado último da prestação jurisdicional), em decorrência da presença da referibilidade intrínseca (inerente ao próprio Direito Processual de concepção pública), independente do interesse privado das partes.

**“Não se trata a tutela antecipada de medida cautelar, concedida diante das regras e princípios que disciplinam essa espécie do processo civil contencioso. Cuida-se, ao contrário, de prestação jurisdicional cognitiva, consistente na outorga adiantada da proteção que se busca no processo de conhecimento, a qual, verificados os pressupostos da lei, é anteposta ao momento procedimental próprio. Configurados os respectivos requisitos, que se descobrem no caput do artigo, nos seus dois incisos e no seu parágrafo 2º, o juiz, por razões de economia, celeridade, efetividade, concede, desde logo, e provisoriamente, a tutela jurídica, que só a sentença transitada em julgado assegura em termos definitivos.”**

Não há dúvida de que a antecipação da tutela guarda semelhanças formais (e não materiais) com a proteção de natureza cautelar. Dela, entretanto, se dissocia e se distancia porque a providência cautelar é necessariamente efêmera, já que eficaz apenas enquanto durar o processo principal (art. 807), ao passo que o instituto agora examinado consubstancia a prestação da jurisdição reclamada com a possibilidade de eficácia permanente. A diferença é,

portanto, perceptível.” (Sérgio Bermudes *in* A Reforma do CPC, Liv. Freitas Bastos, RJ, 1995, p.35)

“(…) então, quer me parecer que o escopo das novas regras processuais e da nova visão instrumentalista, permite-nos inferir a existência de um poder geral de antecipação da tutela. Esse poder viria bem ao encontro da relativização do binômio processo-direito, tão bem defendida por José Roberto dos Santos Bedaque, em elogiada tese de doutoramento, onde afirma:

*“O que se sugere, em substância, é a adequação das exigências técnicas à necessidade, em muitos casos, de tutela imediata”* (Direito e processo, a influência do direito material sobre o processo, 1995, SP, Malheiros, p.117).

Atualmente, a ciência processual já ultrapassou a fase de afirmação, quando – para se firmar como ciência autônoma – precisava desenvolver institutos e conceitos próprios, desvincilhando-se do direito material. A ciência processual hoje, se encontra na fase instrumental, em que todos os seus institutos passam por necessária revisão ou revisitação – na feliz expressão de Barbosa Moreira – para adequar-se a essa nova visão. E essa revisão passa, necessariamente, pela aproximação do processo ao direito material.

Conforme explica José Roberto dos Santos Bedaque, *“o direito processual deve ser estudado pelo prisma da instrumentalidade substancial, ou seja, todos os seus institutos fundamentais constituem meios para tornar efetiva a tutela jurisdicional. Esse é o resultado que se busca com o processo”*. (op.cit. p. 92). E é exatamente isso o que se busca fazer nesse momento, aceitando o poder geral de antecipação e sua aplicação ao agravo e instrumento.” (Fragmentos do relatório do Juiz Newton de Lucca, no Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 96.03.057719-7, TRF da 3ª Região)

Embora, em grande parte, não comunguemos com o ponto-de-vista da ampla recorribilidade dos interlocutórios (posto que, na legislação estrangeira, prevalece, em regra, o princípio da não-recorribilidade dos incidentes processuais (princípio da concentração recursal)), entendemos que, em todos os casos, é preferível aceitar (sob a ótica da correta interpretação da lei processual) o uso da ação autônoma de impugnação mandamental, em caráter excepcional, nas hipóteses em que o recurso próprio (e adequado) de agravo de instrumento, por algum motivo (como

nos casos de decisões interlocutórias de conteúdo negativo), não seja efetivo, buscando, desta feita, um entendimento interpretativo mais assente com a hermenêutica sistêmica dos dispositivos normativos processuais, considerando a incontestável natureza cautelar (de jurisdição imprópria (ou extensiva) e, portanto, sem as restrições inerentes à disciplina cognitiva do processo) da medida liminar insita no mandado de segurança.

**“Nesse caso, para resguardar o seu direito, deverá o recorrente impetrar mandado de segurança, visando obter provimento (não passível de ser obtido via agravo) que se discutiria no agravo de instrumento (...)”**(Hugo de Brito Machado in O Mandado de Segurança e a Reforma do Agravo (Revista Dialética de Direito Tributário nº 7, p. 27), citado por Newton de Lucca)

Também, nada obsta que seja utilizada uma ação cautelar incidental, a ser ajuizada diretamente no tribunal (art. 800, parágrafo único, do CPC) para se atingir tal finalidade, consoante entendimento amplamente majoritário na doutrina e na jurisprudência:

**“PROCESSUAL CIVIL. MEDIDA CAUTELAR. LIMINAR CONCEDIDA. AGRAVO REGIMENTAL. IMPROVIMENTO.**

**A SÓ E SÓ CIRCUNSTÂNCIA DE AINDA NÃO TER SIDO LANÇADO JUÍZO SOBRE A ADMISSIBILIDADE OU NÃO DO RECURSO ESPECIAL NO TRIBUNAL A QUO NÃO É ÓBICE PARA O CONHECIMENTO DE MEDIDA CAUTELAR PROMOVIDA COM A FINALIDADE DE COMUNICAR EFEITO SUSPENSIVO AO APELO NOBRE.**

**PODE-SE CONFERIR, EM CARÁTER ABSOLUTAMENTE EXCEPCIONAL, EM MEDIDA LIMINAR, EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL PARA GARANTIR A UTILIDADE E A EFICÁCIA DE UMA DECISÃO QUE NELE POSSA SER FAVORÁVEL AO RECORRENTE, DESDE QUE PRESENTES OS INDISPENSÁVEIS PRESSUPOSTOS DO *FUMUS BONI JURIS* E DO *PERICULUM IN MORA*.”**(STJ, AGRMC 0000255, 1ª T/TM, DJ 30/10/95, RELATOR MINISTRO CÉSAR ASFOR ROCHA, UNÂNIME. No mesmo sentido: STJ, AGRMC 0000250, 1ª T/DF, DJ 30/10/95, Relator Ministro César Asfor Rocha, unânime).

**“PROCESSUAL CIVIL. MEDIDA CAUTELAR.**

**SENDO EVIDENTE A FUMAÇA DO BOM DIREITO E O PERIGO D DEMORA PROCESSUAL, PELO DANO IRREPARÁVEL A SER CAUSADO OU DE DIFÍCIL REPARAÇÃO, HÁ DE SE JULGAR PROCEDENTE MEDIDA CAUTELAR INCIDENTE SOBRE RECURSO ESPECIAL, A FIM DE EVITAR, NO CASO, VENDA DE**

IMÓVEL FINANCIADO EM LEILÃO, ANTES DO JULGAMENTO DEFINITIVO DA DEMANDA.”(STJ, MC 0000250, 1ª T/DF, DJ 14/10/96, RELATOR MINISTRO JOSÉ DELGADO).

I – A COMPENSAÇÃO DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS NÃO PODE SER OBTIDA, VIA LIMINAR, SEJA EM MANDADO DE SEGURANÇA, SEJA EM AÇÃO CAUTELAR, SOB PENA DE SE PROCEDER A INDEVIDA ANTECIPAÇÃO DO PEDIDO.

II – INOCORREU ABUSO DE PODER OU ILEGALIDADE NO ATO DA AUTORIDADE IMPETRADA.

III – A PROVIDÊNCIA PLEITEADA PODERIA SER REQUERIDA PELA AGRAVANTE NO RECURSO INTERPOSTO CONTRA O ATO IMPUGNADO, A TEOR DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 800 DO CPC, CUJO CARÁTER NÃO É RESTRITIVO, VALENDO PARA APELAÇÕES E AGRAVOS DE INSTRUMENTO.

IV – HAVENDO INSTRUMENTO EFICAZ NO CPC, NÃO SE JUSTIFICA A UTILIZAÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL, EM SUBSTITUIÇÃO.

V – FALTAM AO PEDIDO LIMINAR ‘FUMUS BONI JURIS’ E ‘PERICULUM IN MORA’.

VI – AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.” (TRF/3ª REGIÃO, AGMS 03074158, 1ª T/SP, DJ 09/04/96, RELATOR JUIZ ANDRÉ NABARRETE, UNÂNIME).

“PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO DE INSTRUMENTO – INDEFERIMENTO LIMINAR – INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA – ART. 800, PARÁGRAFO ÚNICO DO CPC – AGRAVO PREVISTO NO ART. 557, PARÁGRAFO ÚNICO DO CPC.

I – COM O ADVENTO DA LEI 8.952/94, QUE INTRODUZIU PARÁGRAFO ÚNICO AO ARTIGO 800, DO CPC, ESTE POSSIBILITOU À PARTE A UTILIZAÇÃO DE MEDIDA CAUTELAR PENTE O TRIBUNAL, QUANDO PROFERIDA SENTENÇA PENDENTE DE RECURSO EM PROCESSAMENTO EM PRIMEIRA INSTÂNCIA.

II – AO AGRAVO DE INSTRUMENTO FORAM RESERVADAS AS SITUAÇÕES DEFINIDAS NA LEI 9.139/95, DENTRE AS QUAIS NÃO SE INSERE A HIPÓTESE DOS AUTOS.

III – AGRAVO IMPROVIDO.” (TRF/3ª REGIÃO, AG 03065871, 3ª T/SP, DJ 05/03/97, RELATORA JUÍZA ANA SCARTEZZINI, UNÂNIME).

Alternativamente, como deseja Athos Gusmão Carneiro, também nos parece mais razoável, - do que simplesmente conceber genericamente uma tutela recursal antecipada -, o julgador, em grau de recurso, utilizar de seu poder geral de cautela para prover, conforme o caso, inclusive ex officio (dado o aspecto, em tese, de proteção acautelatória), efeitos positivos imediatos ao recurso interposto, ainda que restringidos aos objetivos perspicuos da segurança cautelar.

“(...) nesse ponto cabe uma perquirição: quid iuris, se a decisão interlocutória tiver conteúdo negativo e, portanto, não comportar cumprimento a ser suspenso? Assim, p.ex., a decisão denegatória da perícia, que a parte insta como necessária e urgente ante a iminência de desaparecimento dos vestígios de um determinado evento. A mera suspensão dos efeitos da decisão impugnada manteria sem solução o requerimento de realização da prova pericial.

Será possível, em casos dessa ordem, a impetração de mandado de segurança para que a decisão denegatória seja substituída por decisão com conteúdo positivo? Esta não nos parece ser a melhor solução, inclusive porque a ausência do pressuposto do direito líquido e certo (“fatos incontestáveis, no clássico magistério de Costa Manso) manteria a deturpação no emprego do writ. O melhor caminho processual afigura-se, destarte, o de permitir ao relator, usando o poder geral de cautela previsto no art. 798 do Código de Processo Civil, determinar seja efetuada a perícia, com o que será evitado o risco da procrastinação, capaz de torná-la impossível (...)” (Athos de Gusmão Carneiro in O novo recurso de agravo e outros estudos, 1996, Rio, Forense, pp. 73 e 74)

Pelo menos desta forma, restaria incólume a necessária diferenciação, de feição técnico-processual, entre os inconfundíveis institutos da tutela antecipada e da tutela cautelar, no que concerne, sobretudo, aos seus diferentes objetivos.

“(...) A diferença entre a tutela antecipada e a tutela cautelar é perceptível. A medida cautelar é conhecida para assegurar o efeito prático de outra, enquanto a tutela antecipada constitui a própria providência que se demandou, limitada embora na sua eficácia.”(Sérgio Bermudes in a Reforma do CPC Liv. Freitas Bastos, RJ, 1995, p.35)

Ainda assim, não podemos deixar de consignar que algumas ve-

zes isoladas, - no afã, quase que desesperado (e sem qualquer motivação maior), de eliminar o suo do mandamus como ação autônoma de impugnação (o que, em diversas situações, resta impossível, v.g. o indeferimento da inicial em procedimento de justificação) - , tem se preocupado em defender, sem maiores argumentos técnicos, a chamada tutela antecipada no recurso de agravo, chegando, mesmo, alguns autores ao requinte (e, em certa medida, ao absurdo) de propor, por construção interpretativa, o reconhecimento de uma antecipação de tutela recursal na apelação (ultrapassando as fronteiras relativas ao âmbito menor do recurso de agravo), nas hipóteses de sentenças definitivas recorridas, onde o pedido autoral foi julgado improcedente e, por via de consequência, o efeito suspensivo seria, em tese, inócuo.

“(...) outra alternativa seria, mas isso dependerá de os tribunais acolherem a tese, admitir-se a tutela antecipada do agravo, por analogia ao art. 273, ou seja, se o agravante precisa de um provimento positivo imediato, poderia pleiteá-lo a título de tutela antecipada à pretensão definitiva do recurso, eliminando com isso a necessidade do mandado de segurança”(Vicente Greco Filho in Comentários ao Procedimento Sumário, ao Agravo e à Ação Monitória, 1996, SP, Saraiva, p.37)

“(...) as mesmas razões que autorizam suspensão da decisão impugnada para que eventual provimento do recurso não venha a ser inserível, justificam que, desde logo, conceda-se o resultado prático de seu provimento, nos casos em que sua realização apenas no final do procedimento recursal seria inútil”(Eduardo Telamine in A Nova Disciplina do Agravo e os Princípios Constitucionais do Processo, Revista de Processo nº 80, p.132)

“(...) mostra-se admissível, ademais, uma exegese ampla da possibilidade de suspender o cumprimento da decisão prevista no art. 558. AS decisões negativas do juiz - v.g. , indeferindo o levantamento do produto da alienação dos bens -, passíveis de agravo, podem ser modificadas, com base no art. 527, II, para deferir a providência, desde que, mantido o status quo, delas resultem risco de lesão grave ou de difícil reparação”(Araken de Assis in Observações sobre o agravo no processo de execução, in Revista do Advogado, n. 48, p.69)

“(...) se a única maneira de afastar o perigo de dano ao

direito é a sua satisfação antecipada, a solução que o novo sistema oferece é o pedido de antecipação, que, igualmente, será dirigido ao tribunal e será apreciado pelo órgão competente para o julgamento do recurso, ou pelo relator, conforme dispuser o regimento interno. A concessão da medida dependerá do atendimento das exigências do art. 273: risco iminente de perecimento ou de dano ao direito, prova inequívoca e verossimilhança da alegação” (Teoni Albino Zavascki in Antecipação da tutela e colisão de direitos fundamentais, in Revista do Advogado, n.46, p.33)

De qualquer sorte, resta consignar – de forma sinérgica – que a ampla maioria da doutrina e da jurisprudência não comunga com a controvertida tese da tutela recursal antecipada, opondo-se à mesma, muitas vezes, com respeitável veemência.

“Não pode o tribunal sobrepor-se ao julgador de primeiro grau, antecipando a tutela (em relação ao agravo de instrumento), ou suspender a eficácia da sentença já proferida no mandado de segurança (objetivo da cautelar), sem que se demonstre terem sido as decisões, contrárias ao interesse postulado teratológicas ou de ilegalidade flagrante, ou que possam causar ao postulante, prejuízo irreparável”(TRF da 2ª Região, Agravo Regimental em Medida Cautelar nº 96.02.022755-2, Relatora Juíza Maria Helena Cisne Cid, DJ de 11/03/97, p. 13149)

“Mediante a presente ‘Medida Cautelar Antecedente’ pretende o requerente antecipar os efeitos que advirão do julgamento da apelação. Trata-se de gênero processual nulo e ainda não confirmado pela jurisprudência além de não previsto na lei. Denego a liminar.” (Medida Cautelar nº 97.02.24778-0, TRF da 2ª Região, Rel. Juiz Chalu Barbosa, 26/08/97)

**“PROCESSUAL CIVIL, AGRAVO REGIMENTAL, PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL, REJEIÇÃO, DECISÃO AGRAVADA, CUIDADOSA FUNDAMENTAÇÃO MANUTENÇÃO.**

- Afastamento da preliminar de incompetência da Justiça Federal: tramitação de ação cominatória com pedido declaratório, na qual se postula a intervenção da União, na qualidade de assistente.

- Exame quanto a procedência dos demais fundamentos

que se deixa para decisão do próprio Agravo de Instrumento, considerando que o seu acolhimento, ou não, implicaria em antecipar o próprio julgamento do recurso, que deve ocorrer no momento adequado.

- Agravo Regimental improvido." (TRF/5ª Região, AGA, 1ª T/PE, DJ 18/07/97, Relator Juiz Castro Meira, unânime)

### TUTELA RECURSAL ANTECIPADA NA APELAÇÃO

Muito embora a expressão tutela recursal antecipada tenha surgido originalmente dentro do contexto das decisões incidentes, associadas ao recurso de agravo de instrumento (no afã de buscar uma alternativa ativa ao efeito suspensivo de índole passiva), dentro de um discutível (mas, pelo menos, razoável) sentido lógico, - tendo em vista que, excluída a possibilidade de interposição do writ of mandamus, diretamente no tribunal, como ação autônoma de impugnação incidental, não restaria outra alternativa à parte recorrente para corrigir eventual error in procedendo do julgador (não obstante entendermos que se o legislador apenas conferiu, ao recurso de agravo, efeito suspensivo clássico (contra decisões de conteúdo positivo), não deve o intérprete (membro do Judiciário), em sublime desafio à vontade política do Legislativo, criar figuras processuais alternativas, permitindo aplicar, em casos práticos, o chamado efeito suspensivo ativo), salvo a efetiva aquiescência, ainda que temporária (até a oportunidade de subida dos autos ao tribunal (por ocasião da eventual interposição do recurso final de apelação), considerando, nesta fase, a possibilidade de ajuizamento de ação cautelar incidente diretamente no órgão ad quem (art. 800, parágrafo único, do CPC), no que tange especificamente às decisões de natureza não-terminativa (interlocutória) -, alguns autores, como já afirmamos, tem simplesmente defendido a plena extensão, por derivação analógica, quanto à aplicação deste pseudo instituto processual, abrangendo, desta feita, também as hipóteses de pronunciamentos judiciais que põem termo ao processo, particularmente as decisões definitivas (com julgamento de mérito), proferidas pelo órgão a quo, que concluem pela improcedência do pedido autoral.

Nessas situações, entendem estes doutrinadores, sem qualquer compromisso, em nosso entendimento, com a correta exegese das normas processuais vigentes, que a parte autora sucumbente, não satisfeita com as restrições inerentes aos diversos efeitos recursais da apelação, - e desejosa de obter imediatamente (e, conseqüentemente, sem a necessária

análise mais aprofundada do juízo de mérito recursal) os efeitos objetivos do deferimento do seu pedido, inicialmente não atendido pelo juízo originário -, deve ter o direito de obter, por vias transversas, e antecipadamente, a tutela meritória negada, em sentença, no 1º grau jurisdicional (e provavelmente também indeferida, por via interlocutória, no que tange a antecipação eventualmente requerida no curso da ação (art. 273 do CPC), e agravada, a seu tempo, sem sucesso), através de uma pretensa antecipação dos efeitos recursais finais, sob os mais variados argumentos.

A verdade, nesta particular temática, todavia, é que, independente de outras considerações inventivas, o chamado efeito suspensivo (inerente a apelação e, agora, a partir do advento da Lei 9139/95, também possível de ser deferido sem sede de agravo de instrumento) possui sua específica razão de existência exatamente na inconteste necessidade de se evitar que uma decisão judicial positiva, ainda passível de reexame, possa gerar efeitos, no mundo fático e no mundo jurídico, ocasionando efetivos prejuízos à parte ré, sobretudo quando esta é integrante da chamada Fazenda Pública (União, Estados-Membros, Distrito Federal, Municípios e entes autárquicos), considerando, neste particular, que seus atos administrativos gozam da presunção iuris tantum (relativa) de plena legitimidade, razão pela qual há, inclusive, em relação a mesma, o denominado duplo grau como condição de eficácia da sentença, particularmente quando o pedido autoral, contrário aos interesses da Fazenda Pública, é julgado procedente (art. 475, II, do CPC (para os entes estatais e Medida Provisória nº 1.561/97 (no que concerne às Autarquias))).

A pergunta que se faz, neste diapasão, por efeito conclusivo, é exatamente como o juulgado, em grau de recurso, deve se pronunciar quando o pedido autoral deve, por qualquer motivo, ser julgado procedente e a sua eventual improcedência pode potencialmente acarretar prejuízos de impossível ou de difícil reparação.

Nesses casos, - é importante observar -, de forma diametralmente oposta a tese central alternativa que combatemos, a questão não é mais de natureza cognitiva (e, portanto, não pode ser considerada, neste aspecto, como uma questão básica de antecipação de tutela) e, sim, de índole cautelar, posto que o que está em jogo é, em última análise, a plena inteireza (efetividade) do pronunciamento judicial meritório último e, nesse sentido, há várias soluções processuais, previstas expressamente pelo legislador ordinário, que vão desde o ajuizamento, pela parte interessada, de uma ação cautelar preparatória (antecedente ao processo principal onde se discutirá o merito cause), passando pela possibilidade de ajuizamento de uma ação cautelar incidente, ajuizada diretamente no tribunal (art. 800, parágrafo único, do CPC), após a eventual interposição do recurso próprio de apelação, sem falar na possibilidade alternativa, em situações excepcionabilíssimas, de ajuizamento da denominada ação autônoma de impugnação mandamental, dotada de medida acautelatória, em forma de provimento liminar.

**“PROCESSO CIVIL, MANDADO DE SEGURANÇA, SENTENÇA PROFERIDA EM 1º GRAU, MEDIDA CAUTELAR, ART. 800 DO CPC, CABIMENTO.**

**1 – O ORDENAMENTO JURÍDICO QUIS DAR AOS JUÍZES CONDIÇÕES DE EVITAR QUE UM DANO SE CONCRETIZE EM FACE DA MOROSIDADE DO PROCESSAMENTO DA APELAÇÃO.**

**2 – É INADMISSÍVEL APÓS A REFORMA PROCESSUAL A EXPOSIÇÃO DO JURISDIONADO AO CHAMADO ‘LIMBO PROCESSUAL’. SITUAÇÃO QUE SE CARACTERIZAVA POR UM BLOQUEIO, IMPOSTO ÀS PARTES, NA COMUNICAÇÃO ENTRE ESTA E O PODER JUDICIÁRIO, PELO SIMPLES FATO DE NÃO HAVER, MERCÊ DA TEMPORÁRIA AUSÊNCIA DE AUTOS NOS QUAIS PETICIONAR, MEIO ALGUM PARA SE OBTER OU VER RESTABELECIDADA PERANTE O JUÍZO *AD QUEM* A TUTELA PREVENTIVA IDÔNEA PARA RESGUARDAR O BEM DA VIDA EXPOSTO A RISCO.**

**3 – ASSIM SE ESTARÁ AGINDO NO MESMO VETOR DA PROTEÇÃO PERSEGUIDA EM 1º GRAU, OU SEJA, TUDO EM PROL DA EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDIONAL, SEM NENHUM PREJUÍZO À Celeridade do processo.**

**4 – AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE PROVIDO, APENAS PARA DETERMINAR O PROCESSAMENTO DA CAUTELAR.” 9TRF/3ª REGIÃO, AGRMC 03083584, 6ª T/SP, DJ 06/03/96, RELATORA JUÍZA MARLI FERREIRA, UNÂNIME).**

**“COM A REFORMA DA LEGISLAÇÃO PROCESSUAL CIVIL, INTRODUZIU O LEGISLADOR A MEDIDA CAUTELAR, A SER REQUERIDA DIRETAMENTE AO TRIBUNAL, DEPOIS DA INTERPOSIÇÃO DO RECURSO (CPC, ARTIGO 800, PARÁGRAFO ÚNICO, NA REDAÇÃO DA LEI Nº 8.952/94), INEXISTINDO RAZÕES PRA QUE NÃO SE ADMITA TAMBÉM EM MANDADO DE SEGURANÇA. A CAUTELAR, NO CASO, NÃO SERÁ INCIDENTAL À CAUSA PRINCIPAL, MAS AO RECURSO, QUE É REGULADO PELO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.”(TRF/3ª REGIÃO, MC 03039745, 4ª T/SP, DJ 18/03/97, RELATOR JUIZ HOMAR CAIS, UNÂNIME).**

**“PROCESSUAL CIVIL. MEDIDA CAUTELAR.**

**SENDO EVIDENTE A FUMAÇA DO BOM DIREITO E O PERIGO DA DEMORA PROCESSUAL, PELO DANO IRREPARÁVEL A SER CAUSADO OU DE DIFÍCIL REPARAÇÃO, HÁ DE SE JULGAR PROCEDENTE MEDIDA CAUTELAR INCIDENTE SOBRE RECURSO ESPECIAL.” 9STJ, MC 0000250, 1ª T/DF, DJ 14/10/96, RELATOR MINISTRO JOSÉ DELGADO).**

Não há, pois, como justificar (sob a ótica da imperativa necessidade), neste aspecto, - em sublime desafio aos limites da correta hermenêutica processual -, a criação interpretativa de verdadeiros mecanismos alternativos para se obter, por vias transversas, o que, prima facie, já é possível de se obter pelos meios processuais ordinários (expressamente estipulados pela lei vigente). Entender de forma diversa é, por esta razão, em última instância, procurar argumentos díspares para legitimar uma capacidade legislativa que o intérprete da lei (como aplicador último da mesma), em essência, não possui, por não ter sido outorgada, expressa ou tacitamente, pelo agente do Poder Constituinte, no momento da elaboração das regras de competência constitucional.

Ademais, o instituto da tutela antecipada, criado e concebido no âmbito específico da atuação criativa do legislador (como representante incontestado das aspirações populares (ou seja, do titular do Poder Constituinte), se encontra, pelo mesmo (em face de sua inegável competência constitucional), indiscutivelmente restringido a um escopo próprio de atuação que se traduz, exatamente, na possibilidade de se adiantar o provimento jurisdicional, exclusivamente, com relação ao bem jurídico que se visa tutelar, não sendo, possível, por efeito conseqüente, qualquer ampliação do mecanismo processual em questão (sem a prévia e necessária autorização legislativa) que, de algum modo, possa vir a descaracterizar os objetivos confessados do instituto sub examen.

**"A antecipação da tutela jurisdicional, instituto novo trazido ao nosso ordenamento processual civil através da Lei nº 8.952/94, dando nova roupagem ao ar. 273 do CPC, tem por escopo adiantar o provimento jurisdicional com relação ao bem jurídico que se visa tutelar. O referido dispositivo encontra-se disciplinado no Código de Processo Civil no Livro I, sob o título "Do Processo de Conhecimento", não podendo, pois, a medida ser deferida após a entrega definitiva da prestação jurisdicional, face a ausência de interesse processual na sua obtenção. Agravo provido." (TRF/3ª Região, AG 03025483, 1ª T/SP, DJ 17/06/97, Relator Juiz Sinval Antunes, unânime).**

**\*Reis Friede** é Juiz Federal, ex-Membro do Ministério Público, Mestre e Doutor em Direito, Professor Titular do Departamento de Direito Público da Universidade Estácio de Sá/RJ e ex-Professor adjunto da Cadeira de Direito Processual Civil na Universidade do Rio de Janeiro. Autor de diversas obras jurídicas, dentre elas "Aspectos Fundamentais das Medidas Liminares em Mandado de Segurança, Ação Cautelar, Tutela Específica e Tutela Antecipada" (Forense Universitária/ 3ª ed.), "Liminares em Tutela Cautelar e Antecipatória" (Destaque/ 2ª ed.) e "Tutela Antecipada, Tutela Específica e Tutela Cautelar" (Del Rey / 4ª ed.)

## RETROATIVIDADE DO ARTIGO 366 DO CPP

ALCIDES MARTINS RIBEIRO FILHO

Juiz Federal Titular da 41ª Vara/Rj

A Constituição Federal, nos incisos XL, XLII e XLIV, do seu artigo 5º, assim dispõe:

**“Art. 5º .....**

**XL – a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;**

**XLII – a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito a pena de reclusão, nos termos da lei:**

**XLIV – constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático.”**

Por seu turno, o Código de Processo Penal, no artigo 2º, consagrou o princípio *tempus regit actum*, segundo o qual a nova lei processual aplica-se imediatamente aos processos pendentes e futuros, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior:

**“Art 2º - A lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior.”**

Nesse contexto, foram introduzidas pela Lei nº 9.271, de 18.04.1996, vigorantes em 17.06.1996, novas disposições no ordenamento jurídico-processual-penal, com especial atenção para a seguinte previsão legal:

**“Art. 366 – Se o acusado, citado por edital não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar prisão preventiva, nos termos do disposto no artigo 312.**

O eminente professor Damásio de Jesus, em sua festejada obra “Código de Processo Penal Anotado”, 13ª edição, pág. 242, Ed. Saraiva, 1996, após tecer valorosas considerações sobre as repercussões jurídicas da nova disposição legal em exame, sustenta que a suspensão do prazo prescricional só perdura durante o tempo previsto para a prescrição da pena máxima em abstrato, consoante as normas do artigo 109, do CP, opinião com a qual comungo, por ser inconcebível a figura do crime imprescritível, com a ressalva das questionáveis exceções constitucionais acima transcritas.

Na mesma clássica obra, na página 243, o nobre jurista, sob o argumento de que a norma em questão tem natureza mista (penal e processual penal), defende a sua irretroatividade, ou seja, a sua inaplicabilidade quanto aos processos

relativos à infrações penais cometidas antes de sua vigência, defendendo o prosseguimento do feito respectivo e a não suspensão do prazo prescricional da infração penal imputada, sob a ótica pessoal, já respaldada por algumas decisões judiciais, inclusive do SJT, de que a suspensão do processo e o curso do prazo prescricional acarretaria prejuízos ao réu.

A meu ver, o prosseguimento do feito em tais circunstâncias é que poderá acarretar prejuízos maiores ao réu, já que o processo correrá à sua revelia, sem concreta oportunidade de defesa e do contraditório, além do evidente comprometimento do seu *status libertatis* caso sobrevenha um decreto condenatório.

Tais conseqüências lamentavelmente acarretarão a nulidade absoluta do processo, quando se sabe que a nova disposição processual também foi editada com a finalidade de se evitar que o custoso e sobrecarregado aparelho judiciário, ocupe-se de processos cujos resultados práticos não cheguem a ir muito além de impor aos réus revéis, o aguardo da ocorrência da prescrição de um eventual decreto condenatório, já que é facilmente cogitável a não localização do condenado dentro do prazo prescricional previsto para a pena em concreto.

Acresce-se a tais argumentos o fato de que em matéria de *novatio legis* a palavra do réu assume particular relevância, consoante a lição de Asúa, já que "são inúteis as regras casuísticas formuladas em abstrato sobre a lei mais benigna, pois o problema tem que decidir-se em cada caso concreto, comparando-se em cada fato real, o resultado da aplicação de várias leis."

Daí porque deve caber precipuamente ao réu decidir, ainda que existam dúvidas sobre a situação mais favorável, se é melhor ser acusado de um crime "em tese" imprescritível ou vir a ser condenado à revelia por um crime prescritível.

Como se não bastasse tudo isso, a realidade forense vem descortinando um quadro bem diferente daquele que foi idealizado pelo legislador quando da edição da disposição legal em comento.

É que o dia-a-dia tem revelado que essa fórmula legislativa até incentiva o não comparecimento dos réus em Juízo para prestar contas de seus atos, o que demonstra que a idéia, tal como originalmente concebida, não foi das melhores, já que o desencontro entre a *voluntas legis e voluntas legislatorum* vem se tornando cada vez mais consistente, cabendo aos Juízos e Tribunais traçar outros contornos para o novo instituto jurídico, quem sabe até através da decretação da PRISÃO LOCALIZATÓRIA do réu que fornece endereço inexato ou falso, ou que muda de endereço sem qualquer preocupação com a justiça, na tentativa de se subtrair à aplicação da lei penal, em prejuízo da sociedade que deseja a sua expedida aplicação.

Seguindo essa esteira de pensamento, sou da opinião de que a suspensão dos feitos relativos também a fatos praticados antes da vigência da lei modificadora do artigo 366, do CPP, é a solução mais adequada aos interesses da justiça.

Rio de Janeiro, 02 de novembro de 1997

**LEI Nº 9.455/97 – “NÃO” REVOGAÇÃO DO  
ART. 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/90**

**ABEL FERNANDES GOMES**

Juiz Federal/RJ

Recentemente, adotando posicionamento antagônico àquele antes manifestado em outros julgados, a 6ª Turma do Eg. STJ decidiu:

“Resp. Constitucional. Penal. Execução da pena. Crimes hediondos (Lei nº 8.072/90). Tortura (Lei nº 9.455/97). Execução. Regime fechado.

A Constituição da República (art. 5º, XLIII) fixou regime comum, considerando-se inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos. A Lei nº 8.072/90 conferiu-lhes a disciplina jurídica, dispondo: “A pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado” (art. 2º, § 1º). A lei nº 9.455/97 quanto ao crime de tortura registra no art. 1º - 7º: “O condenado por crime previsto nesta lei, salvo a hipótese do § 2º, iniciará o cumprimento da pena em regime fechado.” A Lei nº 9.455/97, quanto à execução da pena, é mais favorável do que a Lei nº 8.072/90. Afetou, portanto, no particular, a disciplina unitária determinada pela Carta Política. Aplica-se incondicionalmente. Assim, modificada, no particular a Lei dos Crimes Hediondos. Permitida, portanto, quanto a esses delitos a progressão de regimes.”

(STJ, Resp. nº 140.617-GO, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, 6ª Turma, j. 12.09.97, v.u.)

A meu ver, com a devida vênia, parece equivocado o novo direcionamento da 6ª Turma do Eg. STJ, pelas seguintes razões a seguir expostas:

**Primeiro**, que a Constituição da República, no art. 5º, XLIII, estabeleceu um direcionamento comum aos crimes de **tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e hediondos**, apenas no tocante a serem eles insuscetíveis de **fiança, graça ou anistia**.

Somente em relação àquelas matérias, o legislador constituinte previu um tratamento unitário, ou seja, as leis que viessem a tratar de

cada uma daquelas modalidades de crimes, jamais poderiam deixar de observar aquelas vedações do inciso XLIII do art. 5º, da CF. Apenas isso.

Querer estender o direcionamento constitucional da "disciplina unitária" de tratamento daqueles crimes, a outras disposições específicas das leis que deles cuidam, como o regime de cumprimento de pena por exemplo, é, a meu sentir, enxergar palavras onde o constituinte não as colocou.

Afinal, quisesse ele inserir na "disciplina unitária" o regime de cumprimento de pena, o teria feito, expressamente, no art. 5º, XLIII, da CF, como fez com a fiança, a graça e a anistia.

Portanto, quanto ao cumprimento de pena em regime integralmente fechado, não há que falar em "disciplina unitária".

**Segundo**, que a Lei nº 9.455/97, apenas trata do crime de tortura, nada dispendo em relação ao tráfico de entorpecentes, terrorismo e crimes hediondos, cujas legislações próprias e específicas, dispõem sobre a matéria.

Ora, é curial que uma lei posterior só revoga outra anterior quando expressamente o declarar, quando seja com ela incompatível, ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a primeira (art. 2º, § 1º, do Decreto-lei nº 4.657/42).

Não ocorreram nenhuma dessas hipóteses acima como advento da Lei nº 9.455/97, em relação à Lei nº 8.072/90, no tocante aos crimes de tráfico de entorpecentes, terrorismo e hediondos.

Na verdade, o que se verificou, foi que a Lei nº 9.455/97 passou a tratar especificamente do crime de tortura e, por ser lei especial, prevalece sobre a Lei nº 8.072/90, no tocante a esse crime específico.

Como a denominada Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-lei nº 4.657/42) também prescreve, "a lei nova que estabeleça disposições especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior" (art. 2º, § 2º).

A lei especial 9.455/97, no caso, apenas **derrogou** as disposições referentes ao crime de tortura inseridas na Lei nº 8.072/90, do qual passou a tratar com especialidade. Mais nada.

**Terceiro**, que de forma alguma estamos diante da aplicação imperiosa da lei penal mais benéfica a crimes semelhantes.

Tortura é uma coisa, tráfico de entorpecentes, terrorismo e crime hediondo, são outras.

A tortura simples, por exemplo, é apenada com reclusão de 8

(oito) a 16 (dezesseis) anos (art. 1º, § 3º, da Lei nº 9.455/97), ao passo que o tráfico de entorpecentes é apenado com reclusão de 3 (três) a 15 (quinze) anos (art. 12 da Lei nº 6.368/76).

A tortura seguida de morte é apenada com reclusão de 8 (oito) a 16 (dezesseis) anos (art. 1º, § 3º, da Lei nº 9.455/97), enquanto o crime hediondo de latrocínio é apenado com reclusão de 15 (quinze) a 30 (trinta) anos (art. 1º, II, da Lei 8.702/90 c/c art. 157, § 3º, do CP).

É evidente que, até mesmo no tocante à gravidade concreta dos tipos penais ora examinados e comparados, já existe notável diferença a justificar um tratamento diferenciado no concernente ao regime de cumprimento da pena privativa de liberdade.

A prevalecer a interpretação que a 6ª Turma do STJ quer dar à tese da "disciplina unitária", considerando que todos os crimes do Código Penal seguem uma mesma disciplina estabelecida na Parte Geral daquele estatuto, sempre que houvesse a criação legal de um benefício qualquer para um determinado crime, como o de furto, por exemplo, este teria que ser estendido, igualmente, para o homicídio, também a título de exemplo, desconsiderando-se, inclusive, os limites máximos e mínimos de suas penas, e os bens jurídicos afetados.

O STF, por sua vez, já declarou ser constitucional e legítima, a fixação de regime integralmente fechado para as hipóteses inseridas na Lei nº 8.072/90, do que é exemplo o seguinte julgado:

"Traficante dependente. Regime fechado. Legalidade.

O Plenário do STF proclamou a inteira validade jurídico-constitucional na norma inscrita no art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, que impõe ao traficante de entorpecentes, sem qualquer exceção, o cumprimento integral da pena em regime fechado. O traficante de entorpecentes, ainda que considerado pessoa dependente da droga, está sujeito, em face da natureza hedionda da infração que praticou, ao regime penal fechado imposto pela Lei 8.072/90". (STF, HC 70939/SP, 1ª T., Rel. Min. Celso de Mello, j. 4.2.94, v.u., DJ 3.6.94, p. 13.854).

Como acabamos de ver, o argumento contido nas razões inserta no acórdão de umas das Turmas do STJ, não foram capazes de demonstrar o desacerto da continuidade de aplicação do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90 aos crimes nela elencados, exceto o de tortura, este agora tratado, especificamente, pela Lei nº 9.455/97.

Destarte, como não poderia deixar de ser, o art. 1º, § 7º, da Lei nº 9.455/97, aplica-se somente ao crime por ela definido (tortura), em nada revogando o art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, no tocante aos crimes de tráfico de entorpecentes, terrorismo e hediondos

## Homenagem Póstuma

# HOMENAGEM À MARILENA

Hoje as nossas almas transitam entre a alegria e a tristeza. O elo que une esses dois extremos é o amor. O amor faz exultarem os nossos corações com a alegria do reencontro, a presença dos queridos amigos de todo o Brasil. O amor também nos deixa tristes, porque nos lembra que entre nós falta alguém.

Falo da grande ausente deste Encontro Nacional dos Juizes Federais. Falo da Dra. Marilena Soares Reis Franco, mulher de garra, dinâmica, digna, competente, corajosa. Falo da mulher que não se acovardou ante os poderosos e os violentos. Da mulher que jamais recuou dos seus mistérios, ou descurou de suas obrigações, ou transigiu com seus valores.

Falo da Procuradora da República que, em Rondônia, a todos demonstrou do que é capaz a força de uma mulher correta. Falo da Juíza Federal, que é um marco nas Varas Criminais Federais do Rio de Janeiro, onde foi exemplo de coragem, dignidade e segurança, tendo-lhe sido confiada à competência a solução dos casos mais escabrosos e da maior repercussão social. Seu coração sensível sofria ao decidí-los, e, com toda a certeza, os momentos de angústia por que passou a procura da solução mais justa, em muito deve ter contribuído para a sua prematura partida.

Falo da Juíza do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, que chegou com uma década de atraso a essa Corte, que em muito ter-se-ia beneficiado, se a tivesse em seus quadros mais cedo, com a sua contribuição jurídica, sensata e humana.

Falo da mãe extremada, da filha dedicada, da esposa fiel, da amiga leal, fraterna, solidária, prestativa, sempre disposta a repartir com todos os seus momentos de felicidade, e a compartilhar com os amigos as horas amargas que os afligiam.

Falo da querida amiga que há cinco dias alçou vôo para o Infinito, deixando-nos, com a sua partida, uma grande saudade, acompanhada de uma imensa tristeza.

Nas lacunas deixadas por esta excepcional mulher, esta maravilhosa figura humana, nunca serão preenchidas. A saudade fica, porque não mais a temos fisicamente conosco. Mas fica, também, a certeza de que a sua alma imortal continua, resplandecendo a mesma beleza moral que caracterizou a sua vida humana.

Sim, ela se foi. E nós, que somos Juizes - acostumados a decidir, acostu-

mados a determinar e ser atendidos nas determinações; e nós, Juizes dos juízos alheios, acostumados a dizer aos outros o que devem ou não fazer, a dar a cada um o que entendemos pertencer-lhe, a cerrar ou abrir as portas das prisões, restringindo ou concedendo o maior bem que o ser humano possui depois da vida; e nós, Juizes, a quem se submetem todas as pessoas, desde nascituros até após a morte, pois que subjugados ao império da lei, que aplicamos; e nos, Juizes, que muitas vezes nos julgamos tão importantes, tão poderosos - neste momento nos sentimos fracos, perplexos e impotentes diante da Morte, que desdenha do nosso poder e ao nosso comando não obedece. Neste angustioso momento apenas nos resta perguntar: por quê?

Não temos a resposta. Não temos acesso aos grandes mistérios da Vida. Perguntamos, então, ao Poeta, aquele artista divino que habita no imo de nossas almas, cuja voz abafamos, sufocando-a com nossas intemperanças, vaidades, orgulhos, prepotências. Perguntamos ao Poeta, que por ser artista entende dos sofrimentos do coração, porque a poesia transita nos meandros da alma humana. Então, vamos a ele e lhe perguntamos: Poeta, o que é a Morte? Poeta, o que é a Vida?

O Poeta, que é o especialista em suprir as nossas carências estéticas, responde poeticamente.

- A Morte é apenas a libertação. Ela é boa. É imprescindível. Morrer é deixar de ser pequeno, limitado, para ser grande, infinito. O morrer é assim como quando uma gota de chuva cai no oceano. Ela se liberta da sua pequenez. Deixa de ser gota para ser oceano. É divino o morrer!

- Mas, Poeta, dizemos. É muito triste a Morte. Faz-nos sofrer.

- Não, nos responde. A Morte não é triste. A Morte faz parte da Vida, e a Vida não é triste. O que seria da Vida sem a Morte? Como nasceria a árvore se a semente não morresse?

Como cairia a chuva se as nuvens não se desfizessem? Como despontaria um novo dia se a noite não apagasse o sol? E a Dor, ela faz parte do engasamento. Como se revelaria a beleza da estátua, se o mármore não fosse ferido pelo cinzel do artista? Poder-se-ia levar o alimento aos mais longínquos rincões, se o fogo não abrasasse o metal que é utilizado para a feitura dos trilhos dos trens?

- Por que entristecer-nos com a Morte? Ele continua a inquirir-nos, tranqüilo.

- Será lícito ao passarinho engaiolado entristecer-se com a liberdade alcançada por seu companheiro?

- Será lícito a rosa entristecer-se pelo perfume que esparge no ar, embelezando a vida?

- Será lícito ao compositor entristecer-se ao ouvir os acordes da melodia que encanta?

- Então, é bom morrer! Dizemos, querendo convencer-nos, consolar-nos. Precisamos de um amparo, de uma multa, porque os nossos medos persistem.

- Se deixar de viver significar transformar-se o flômem, tão perdido, tão

confuso com as suas limitações, tão temeroso do seu destino, em algo grandioso - assim como o feio casulo que, ao morrer, transforma-se na vaporosa borboleta - deve mesmo ser sublime morrer, ponderamos. Faz-nos imaginar possuidores de diáfanas e multicoloridas asas voando rumo ao Infinito, à busca de integração na Consciência Cósmica. - Devemos todos querer a Morte! Concluo.

- Não, me responde o Poeta. Tu te enganas. Tens que viver. Integras o Todo, e nele exeres um papel muito importante. A Vida é como o rio. Nasce pequeno e humilde, lá no alto da serra. Mas tem um grandioso encargo: o de encontrar-se com o oceano e levar a ele a sua experiência. Essa é a meta a atingir, porém o caminhar é de fundamental importância. Timidamente, um simples filete no início - quiçá, mais além, um robusto gaudal - o rio parte em busca do seu destino: algumas vezes desliza preguiçoso nos vales; outras, despencar-se-á em vertiginosas corredeiras nas montanhas. Com as folhas que recolhe da mata, carrega também os mistérios dela. Nas montanhas, contata com a altivez, e nas colinas é impregnado de solidão. Nas cidades, constrange-se com a fragilidade humana, ao tempo em que se deslumbra com a fortaleza do Homem. No deserto ardente é a própria vida, e no vale fértil, a sua renovação. E o caminho do viajor é a esperança da colheita. E a morada dos peixes é a certeza do alimento. Dessejenta, limpa, regenera. Impar na sua função.

- Nada deve impedir o atingimento da meta, continua. Poderá ser represado em algum lugar. Será, entretanto, temporária a parada, porque é da sua natureza fluir. Tem um papel a desempenhar, tem uma missão a cumprir, e certamente a cumprirá, não importando se no seu caminho detritos sejam-lhe lançados pela incompreensão e ignorância, maculando as suas auras. Porque permanecerá sempre puro na sua origem. O que não pode é interromper o seu curso, desistindo, porque, se assim o fizer, não se terá realizado, atingido o seu alvo, desempenhado o seu papel no Drama da Existência. Se desistir, faltará a Grande Sinfonia do Universo o seu majestoso acorde.

As palavras do Poeta ficam ecoando em meu espírito: "atingir a meta é importante mas caminhar é fundamental". Sim, o caminhar é fundamental. É no caminhar que me detenho que reflito. No caminhar seguro desta Magistrada completa, que já atingiu a meta, mas que não passou pela vida sem marcar a sua presença. Desta Juíza que soube caminhar, deixando um rastro de luz, consubstanciado nas suas decisões justas, equânimes, legais. No seu exemplo, mostrando aos colegas mais jovens na magistratura a importância de visitarem-se os presídios, de fiscalizar o cumprimento das sentenças, sempre preferidas tendo em vista o ser humano infrator, e não apenas o criminoso.

- Sim, o Poeta tem razão. O caminhar é de fundamental importância e, se o caminhar foi reto, não há porque lamentar a chegada. Não há motivos para sofrimentos. Sofremos porque somos egoístas, gostaríamos de continuar sempre com os nossos amados, de privar da sua intimidade, de sermos destinatários do seu carinho. Nosso egoísmo faz-nos esquecer de que os nossos que partem, fazem-no por haverem atingido a meta. O nosso egoísmo não nos deixa lembrar de que nada acaba. Apenas as portas da Eternidade se abrem para os que já terminaram a caminhada.

Não. É claro que não podemos nos entristecer pela libertação dos que nos precederam na Grande Viagem. Assim como o vôo do pássaro, o perfume da rosa, a melodia harmoniosa, as almas dos que nos deixam apenas se libertam, retornando ao Pai. Deveríamos alegrar-nos, mas a nossa pouca fé é o nosso pouco conhecimento das Verdades Eternas nos enganam: fazem-nos confundir a liberdade dos entes amados com a sua perda.

Sim, o Poeta tem razão. Se após uma vida tão digna e profícuca como a dessa grande mulher, foi ela chamada tão cedo para o seio do Pai, é porque ele reservou-lhe algo muito especial - precisa dela mais do que nós. Com toda a certeza Marilena já havia cumprido a sua missão aqui na Terra - e a cumpriu bem. Nós, que ainda devemos a Vida a nossa cota de contribuição, devemos aqui continuar, até que terminemos toda a nossa tarefa.

Não há motivo para que choremos por já ter Marilena se libertado. Mas as nossas limitações, os nossos estreitos coneçitos de tempo e espaço, fazem-nos esquecer a temporariedade da nossa passagem por aqui; fazem-nos esquecer da impermanência de tudo o que é material; fazem-nos esquecer de que temos uma alma imortal e, portanto, temos toda a eternidade diante de nós, e que ainda nos reencontraremos para vivê-la.

É nessa hora que vemos como às vezes a Vida parece-nos estranha, apresentando paradoxos: Nós, os que ficamos, perdemos a Deus por ela. Mas, nós, os que permanecemos vivos precisamos muito mais do que ela, que partiu, que rezem por nós. Muito mais carentes de proteção nos encontramos, porque ainda fazemos parte desse doloroso Drama da Vida, participando dessa Humanidade ártica, desigual, violenta, desumana.

Porém, a despeito de tudo, a Vida merece ser vivida.

Sim, é preciso prosseguir. É preciso caminhar o caminho reto, porque o futuro não é dado, é construído. Não se pode desistir. A Vida é renovação, e ansia por mudanças. É um fluir constante. É uma dádiva de Deus, e ela própria oferece o remédio para as dores. Tal aconteceu com o rio que, a despeito de maculado em trechos do seu curso, pela incuria e ignorância, purifica-se nas pedras das cachoeiras do caminho. Assim, a queda pela perda tão sentida, e as muitas outras que o viver inevitavelmente reservará a todos nós, têm que ser vistas como estímulos ao crescimento, e o sofrimento é o primeiro passo do recomeçar. Sim, é preciso levantar, tantas vezes quantas necessárias forem. Em cada queda é preciso sofrer-se, cada vez mais fortalecido, e mais consciente do que nunca da necessidade de prosseguir, com passos firmes e decididos - porque a forma de caminhar é fundamental - em busca da meta a ser alcançada: a expressão da nossa plena humanidade.

Isto porque o rio precisa continuar a sua trajetória rumo ao mar!

Rio de Janeiro, 08 de outubro de 1998

Maria Helena Cisne Cid

Desembargadora Federal TRF - 2ª Região