

---

# SUMÁRIO

## DOCTRINA

<i>Origem Ampla e Remota da Providência Cautelar</i> Reis Friele .....	09
<i>Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Distinções Fundamentais</i> Reis Friele .....	11
<i>Limites Objetivos para a Concessão de Medidas Liminares</i> Reis Friele .....	18
<i>A Magnitude da Lesão Causada ao Sistema Financeiro Nacional e o Princípio da Não-Culpabilidade</i> Guilherme Calmon Nogueira da Gama .....	40

## JURISPRUDÊNCIA

<i>Direito Administrativo</i> .....	51
<i>Direito Civil</i> .....	86
<i>Direito Comercial</i> .....	103
<i>Direito Penal</i> .....	111
<i>Direito Previdenciário</i> .....	127
<i>Direito Processual Civil</i> .....	254
<i>Direito Tributário</i> .....	272

## ÍNDICES

<i>De Siglas</i> .....	305
<i>Sistemático</i> .....	309
<i>Análítico</i> .....	313

---

# **DOCTRINA**

Origem Ampla e Remota da Providência Cautelar

Reis Friele (\*)

No contexto mais amplo de sua origem, é lícito afirmar que a tutela cautelar ultrapassou diversas fases evolutivas até atingir o patamar atual de seu desenvolvimento.

A partir de uma rápida (e simplificada) avaliação histórica do fenômeno cautelar, seria razoável admitir que, pelo menos inicialmente, a jurisdição extensiva acautelatória serviu para garantir, em hipóteses específicas, a plena efetividade da execução e não propriamente a inteireza do processo de conhecimento.

Muito embora não exista qualquer comprovação conclusiva a propósito deste fato, alguns fragmentos conduzem inegavelmente a essa conclusão, obrigando-nos a acreditar que, ao menos nas hipóteses de risco de dano derivado de presumida intenção da parte sucumbente (ou da parte que, embora ainda não sucumbente, possui absoluta convicção quanto ao resultado negativo da prestação jurisdicional cognitiva), a motivação primeira para o surgimento de uma efetiva proteção cautelar tenha sido no sentido de prover sinérgica garantia no que tange ao resultado útil e proveitoso do processo executivo.

A partir do estabelecimento desta ampla segurança - sob a ótica do risco determinado mais pela ação adversa do que propriamente pelo longo transcurso temporal do regular processamento da causa - é que a doutrina teria cogitado da necessidade de se conceber uma nova proteção cautelar (em forma de provimento liminar ou de autêntica ação cautelar) que pudesse abranger também o processo de conhecimento antecedente, procurando, desta feita, impedir que a parte, pressentindo a sua iminente derrota (e com disposição intencional de utilizar todos os expedientes (i.e. fraude à execução, entre outros) para impedir a efetivação do resultado que acredita injusto), pudesse, antecipando-se à inauguração do processo executivo (a partir do momento que passou a ser garantido cautelarmente sob o ponto de vista legislativo), frustrar a plena efetividade da prestação jurisdicional, antes mesmo da prolação da sentença meritória e, em consequência, antes da caracterização do título executivo judicial.

Todavia, mesmo com a nova providência assecuratória, considerando que em muitos casos a possível sordidez do ser humano conduzisse o mesmo a atitudes extremadas com o escopo de atuação assentada em pura vingança, ainda assim, a frustração da parte autora poderia sobreexistir, mesmo antes do ajuizamento da competente ação meritória, especialmente no momento em que a futura parte adversa pressentisse a intenção do prejudicado de acessar o Poder Judiciário ou mesmo quando da eventual ameaça, do mesmo, de fazê-lo. Para neutralizar o potencial de risco derivado destas hipóteses, - após o advento da tutela cautelar incidental como forma de proteção à plena efetividade do processo de conhecimento -, o legislador inaugurou uma "terceira onda" cautelar, concernente, desta feita, a uma condicional possibilidade de se obter a tutela jurisdicional de segurança cautelar através do ajuizamento, em circunstâncias excepcionais, de uma ação de índole acautelatória, em caráter preparatório e, portanto, anterior ao próprio ajuizamento da competente ação meritória (principal), objeto último da proteção cautelar.

A partir de então, a tutela cautelar, - alusiva a uma jurisdição impropriamente considerada e com referibilidade, em princípio, exclusivamente processual (diferente,

pois, da tutela cognitiva (ou de conhecimento) que concerne a uma jurisdição efetiva de caráter meritório e com necessária referendabilidade ao direito material (*subjudice*) -, passou a ser admitida, no que tange ao escopo de sua atuação (forma de efetivo provimento), via de regra, por intermédio de duas modalidades básicas: ação cautelar preparatória (ou antecedente) e ação cautelar incidental.

Ambas as espécies, em sua perfeita coexistência, continuaram a assegurar toda a sorte de características inerentes às mesmas, particularmente a provisoriedade e a virtual dependência a um processo principal, o que, na primeira hipótese (cautelar preparatória) é assegurado pelas restrições impostas pelo correspondente requisito da inicial, consubstanciado, por seu turno, no art. 801, inciso III (a descrição da lide meritória e de seu fundamento de direito material), e pelo limite temporal preclusivo expressamente estabelecido nos artigos 806 e 808, I, todos do CPC.

Não obstante o amplo espectro de atuação da proteção cautelar que acabou por ser forjado, foram, com o passar do tempo, contudo, detectadas outras possibilidades em que a segurança acautelatória poderia não prover a plenitude de seus objetivos, em face da eventual não adequação das medidas cautelares expressamente previstas pela legislação em vigor (medidas cautelares típicas ou nominadas) ao caso concreto.

Nessas circunstâncias, o legislador entendeu por bem autorizar o julgador a prover, mediante exposto requerimento da parte interessada, medidas cautelares atípicas ou inominadas (art. 798 do CPC), por força do que passou a ser convencionalmente chamado de poder cautelar geral do magistrado.

Muito embora essas denominadas (e supramencionadas) quatro fases evolutivas da tutela assecuratória tenham, em dado momento, insinuado o sinérgico encerramento de toda a sorte de possibilidades do ciclo cautelar, alguns autores, ainda assim, iniciaram, no passado relativamente recente, uma grande controvérsia doutrinária ao admitir, em favor da plena efetividade do provimento jurisdicional cognitivo, a concessão *ex-officio* (e, portanto, sem a devida provocação da parte interessada (em flagrante excepcionalidade em relação à regra prevista no art. 2º do CPC) da providência cautelar concretizada por intermédio de medida cautelar nominada ou mesmo inominada) reputada necessária pelo próprio juiz, no propósito de assegurar a completa inteireza do pronunciamento meritório final (expressamente vindicada pela parte autora) e, em consequência, a imprescindível credibilidade do Poder Judiciário.

Esse entendimento, segundo o qual, em síntese, seria lícito (e até mesmo obrigatório) ao julgador tomar em qualquer momento, e em circunstâncias determinadas pela efetiva necessidade, as providências básicas em favor do imprescindível resguardo da efetividade do processo, através do que acabou por ser conhecido universalmente como poder cautelar genérico do juiz, não só ganhou contornos objetivos (a questão concernente aos limites impostos pelo princípio da demanda (art. 2º do CPC) foram plenamente superados pelo próprio reconhecimento quanto à exclusiva referendabilidade processual da tutela cautelar), como ainda conquistou a ampla maioria (se não praticamente a unanimidade) dos estudiosos do tema, permitindo, por sua vez, o advento da quinta e última fase do ciclo cautelar, completando, desta forma, o amplo espectro de modalidades e mecanismos assecuratórios da plena efetividade da prestação jurisdicional de conhecimento.

Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Distinções Fundamentais

Reis Friede \*

Alguns autores têm, com excessiva (e preocupante) freqüência, confundido, entre si, os diferentes institutos da tutela antecipada (de nítida feição cognitiva de jurisdição própria (com incontestável referibilidade extrínseca (material)), índole meritória, satisfatividade finalística, intuito exauriente (ainda que, na hipótese, com grau relativo), e cognição sumária não-urgente) e da tutela cautelar (de nítida feição acautelatória de jurisdição imprópria (com incontestável referibilidade intrínseca (processual)), índole não-meritória, cautelaridade referencial, intuito não-exauriente, e cognição sumária urgente), contribuindo, sobremaneira, neste especial contexto, para o efetivo estabelecimento de uma aparente (e, neste particular, equivocada) similitude entre ambos institutos processuais que, em sua essência, possuem objetivos completamente distintos, como unanimemente tem reconhecido a jurisprudência a respeito, *verbis*:

"Tutela antecipada não se confunde com medida liminar cautelar, eis que nesta a providência se destina a assegurar a eficácia prática da decisão judicial posterior, enquanto que naquela existe o adiantamento do próprio pedido da ação" (Ac. un. da 5ª Câm. do TJRJ de 10/12/1996, no Ag. 4.266/96, rel. Des. Miguel Pachá; RDTJRJ 32/240)."

"Não se confundem medida cautelar e tutela antecipada. Na primeira bastam fumaça de bom direito e perigo de dano. Na segunda, exige-se que a tutela corresponda ao dispositivo da sentença; haja prova inequívoca, capaz de convencer o juiz da verossimilhança das alegações; fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação ou o abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu. Tudo isso mediante cognição provisória, com audiência do demandado, que só pode ser dispensada em casos excepcionais." (Ac. un. da 3ª Câm. do TJSC de 17/09/1996, no Ag. 96.001.452-7, rel. Des. Amaral e Silva; Adcoas, de 30/04/1997, n. 8.153.739).

"O limite objetivo da tutela é a coincidência em extensão com a prestação definitiva ou a procedência da inicial caracterizada pela provisoriedade, e não se confunde com o provimento cautelar. A semelhança formal que a antecipação de tutela inegavelmente mantém com a pretensão cautelar, da qual efetivamente se distingue não só em razão da vida efêmera desta última mas, principalmente, em razão do próprio exame do direito afirmado que a primeira comporta, embora resguardada pela provisoriedade, não enseja deferimento alternativo." (Ac. un. da 9ª Câm. do 2º TACivSP de 10/04/1996, no Ag. 456.382-00/8, rel. Juiz Francisco Casconi; RT 729/246; Adcoas, de agosto/96, nº 8.151.009).

"Não há que se confundir a tutela antecipatória com a tutela cautelar. O processo cautelar revela-se como atividade auxiliar e subsidiária que visa assegurar as duas outras funções principais da jurisdição - conhecimento e execução. A característica mais marcante da garantia cautelar é a de dar instrumentalidade ao processo principal, cujo êxito procura garantir e tutelar.

A tutela antecipatória do art. 273 do CPC, deferida em ação de conhecimento, tem como característica a antecipação do resultado que somente seria alcançado com a decisão de mérito transitada em julgado.

Se a liminar contiver decisão que apenas garanta o resultado final da lide, de tutela antecipada não se trata, mas sim de tutela cautelar.

O sistema processual, a teor do estatuído no art. 292, § 1º, inc. III, do CPC, não admite a concessão de provimento cautelar em processo cognitivo." (Ac. un. da 2ª Câm. do TJSC de 26/11/1996. no Ag. 96.008.465-7, rel. Des. Néilson Schaefer; Jurisp. Cat. 77/518).

"A tutela antecipada nada mais é que um adiantamento da prestação jurisdicional, incidindo sobre o próprio direito reclamado, e não consiste em uma maneira de ampará-lo, como acontece com as cautelares. O art. 273 do CPC coloca como requisitos para a antecipação da tutela a existência de prova inequívoca da verossimilhança da alegação, o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação ou que fique caracterizada a resistência da parte adversa.

Já no procedimento cautelar não se antecipa a prestação jurisdicional buscada na lide principal, pois isso implicaria atribuir-lhe o caráter de execução provisória da sentença a ser prolatada no processo principal, o que não é possível. Diversamente do que ocorre com a tutela antecipada, instituída pelo art. 273 do CPC, para a admissibilidade da ação cautelar, além dos requisitos que devem ser observados em qualquer demanda, dentre eles os pressupostos processuais e condições da ação, devem estar presentes o *fumus boni iuris*, ou seja, a plausibilidade do direito invocado pela parte e o *periculum in mora* ou o fundado temor de dano a direito de uma das partes.

Assim, não se pode dizer que, com o advento do instituto da tutela antecipada, o credor não possa valer-se das ações cautelares em entender por bem ajuizar para amparar o direito ameaçado, estando em pleno vigor o Livro III do Código de Processo Civil, que cuida do Processo Cautelar

e das medidas cautelares." (Ac. un. da 1ª T. do TJMS de 10/10/1995, na Ap. 45.065-3, rel. Des. Chaves Martins; Adcoas, de 20/06/1996, nº 8.150.292).

"A técnica engendrada pelo novo art. 273 consiste em oferecer rapidamente a quem veio ao processo pedir determinada solução para situação que descreve, precisamente aquela solução que ele veio ao processo pedir. Não se trata de obter medida que impeça o perecimento do direito, ou que se assegure ao titular a possibilidade de exercê-lo no futuro. A medida antecipatória conceder-lhe-á o exercício do próprio direito afirmado pelo autor" (Cândido Rangel Dinamarco in A Reforma do Código de Processo Civil, Malheiros Editores, 1995, p.139).

Neste diapasão, estes aludidos estudiosos da disciplina processual têm apresentado diversos exemplos de aplicação do regramento insculpido no art. 273 do CPC (tutela antecipatória) em hipóteses de flagrante aplicação objetiva da tutela cautelar (arts. 796 e segs. do CPC), sob os mais variados argumentos, dentre os quais a sinérgica impossibilidade de se ter, no mundo jurídico-processual, as denominadas cautelares satisfativas, considerando, sobretudo, que o próprio objetivo do acautelamento inerente à tutela de segurança cautelar seria, em todos os casos, incompatível com a pretensa satisfatividade intrínseca, eventualmente desejada pelo requerente.

Um comum exemplo que se aborda, neste prisma, é o de uma criança doente que necessitando, de forma urgente, de uma transfusão sanguínea (para a garantia de sua própria sobrevivência) se apresenta impedida de obtê-la, em face da negativa de seus pais (fervorosos religiosos de uma crença que proíbe tal conduta) em autorizar o procedimento. Nesta hipótese, entendem estes autores que a tutela cautelar, passível de ser obtida, através de requerimento judicial (ajuizamento de ação própria) do Ministério Público, junto ao Poder Judiciário, - se deferida liminarmente (ou de qualquer outro modo, antes da decisão meritória) -, importaria em uma eventual autorização que, uma vez concedida (ou seja, realizada a transfusão sanguínea), ensejaria, de forma irreversível (insuperável), uma autêntica medida cautelar satisfativa. Neste caso, - objetivando, a todo custo, evitar a pretensa "degradação" do instituto cautelar -, estes processualistas indicam como solução prática o ajuizamento de ação cognitiva, com pedido exordial de antecipação de tutela, baseado na inexorável (em suas palavras) presença *in casu* do requisito fundamental da verossimilhança da alegação autoral. De forma diversa, todavia, cumpre assinalar, com necessária veemência, que a hipótese versada alude, de forma sinérgica, a um incontestável risco, objetivamente fundado, de dano processual (posto que a sentença meritória que eventualmente autorizar, a seu tempo, a transfusão em questão será inócua (ou seja ineficaz)) de impossível reparação futura, que caracteriza, sob todos os ângulos, e de forma insuperável, o requisito fundamental da tutela cautelar (ou, em outras palavras, o denominado *periculum in mora*), e não, como desejam estes estudiosos, a denominada prova inequívoca (liminarmente produzida) quanto à razoabilidade da alegação autoral, sob o aspecto meritório, caracterizadora última do instituto antecipatório. Ainda que, em alguma medida, ambos elementos (requisitos) estejam presentes (o *periculum in mora* cautelar e a verossimilhança da alegação (ou *fumus boni iuris* antecipatório para parte de doutrina)), é importante observar que indiscutivelmente prepondera, na hipótese, o fator

do risco, como elemento caracterizador derradeiro da tutela de segurança cautelar.

Desta feita, não obstante o resultado final da aplicação do provimento acautelatório excepcionalmente orientar-se no sentido da satisfatividade da medida cautelar (eventualmente deferida), não se pode deixar de considerar que a mesma não foi conjecturalmente forjada com esta específica motivação, o que, por si só, forçosamente, não ensinaria, *in casu*, a caracterização finalística proibitiva, que é exatamente o resultado satisfativo (intencional) do direito reclamado, sem a necessária contrapartida relativa à apreciação do *merito cause*.

(É conveniente lembrar que a tutela cautelar, não obstante não poder ser requerida e muito menos concedida com o propósito deliberado de satisfatividade do direito reclamado (considerando, sobretudo, não ser esta a sua finalidade processual), sempre pode (e deve) ser requerida pela parte interessada e concedida pelo Poder Judiciário com o intuito último de proteção acautelatória relativamente ao pronunciamento judicial de natureza meritória (ou executiva) que será prolatado a seu tempo, independente de quaisquer outras considerações, inclusive o eventual (e, nesse sentido, não projetado) resultado satisfativo que a mesma, como genuíno efeito colateral não conscientemente desejado, eventualmente, propiciar em situações práticas. Aliás, este é o entendimento mais técnico a respeito do tema e que, nesta linha de raciocínio, sintoniza perfeitamente com a indiscutível intenção do legislador constituinte de evitar, na moderna processualística, qualquer tipo de restrição ao amplo acesso à tutela cautelar (veja, a propósito, a nova redação conferida ao princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV), que agora passou a expressamente incluir, em seu corpo redacional, o preceito cautelar), como fator último de concreção à plena efetividade do pronunciamento judicial cognitivo (de índole meritória), permitindo, desta feita, a manutenção da necessária credibilidade do método jurisdicional de resolução dos conflitos de interesses, imposto pelo Estado Contemporâneo.)

Por outro lado, insistir na tese de que mais adequada à hipótese vertente seria a aplicação do instituto processual da antecipação de tutela cognitiva, resultaria, com toda a certeza, na imposição deliberada (e não mais por vias transversas, como na hipótese cautelar) do exaurimento pleno do *merito cause* liminarmente, desafiando, por via de consequência, o sagrado princípio constitucional do contraditório (que, por se tratar de tutela de conhecimento, possui sempre referibilidade ao direito material, sendo, portanto, insuperável (ou seja, implementado sempre *a priori*)) e até mesmo o próprio impedimento legal expressamente previsto no art. 273, § 2º, do CPC que inequivocadamente veda, em todos os casos, a concessão da antecipação de tutela quando houver perigo (e, com mais razão, quando não há perigo e sim certeza) de irreversibilidade do provimento antecipado.

Aliás, neste particular aspecto é fato inconteste que a jurisprudência mais abalizada sobre o tema é unânime em afirmar, para todos os fins, a invencível proibição legislativa no que alude à pretensa figura processual do provimento antecipatório irreversível, *verbis*:

"As medidas inerentes à tutela antecipada, como já tivemos a oportunidade de consignar, têm nítido e deliberado caráter satisfativo, sendo impertinentes quanto a elas as restrições que se fazem à satisfatividade em matéria cautelar. Elas incidem sobre o próprio direito e não consistem em meios colaterais de ampará-los, como se dá com as cautelares.



Nem por isso o exercício dos direitos antes do seu seguro reconhecimento em sentença deve ser liberado a ponto de criar situações danosas ao adversário, cuja razão na causa ainda não ficou descartada (reversibilidade do provimento antecipado) (...)." (Cândido Rangel Dinamarco in A Reforma do CPC, 1ª ed., Malheiros, SP, 1995, ps. 176/177).

"Urge que a providência antecipada não produza resultados irreversíveis, isto é, resultados de tal ordem que tornem impossível a devolução da situação ao seu estado anterior. Assim dispõe o § 2o, que restringiu o âmbito da tutela antecipada, só a admitindo sem risco de irreversibilidade." (Sérgio Bermudes in A Reforma do CPC, 1ª ed., Freitas Bastos, RJ, p.36)

"A antecipação está autorizada havendo 'fundado receio' de que ocorrerá dano irreparável ou de difícil reparação e não será concedida se houver 'perigo' de irreversibilidade (...)." (J.J. Calmon de Passos in Inovações no CPC, 2ª ed., Forense, RJ, p.33)

(Neste aspecto, merece ser registrado, todavia, que tanto a tutela cautelar como a tutela cognitiva antecipada, segundo os preceitos normativos aplicáveis às respectivas espécies, não podem suportar os riscos derivados da irreversibilidade de seus efeitos. Não obstante a matéria vertente oferecer algumas dúvidas e controvérsias, é certo, pelo menos, que a irreversibilidade do provimento jurisdicional de segurança cautelar - por possuir referibilidade nitidamente processual - é mais ampla (e, em certo aspecto, absoluta) do que a prevista para a antecipação de tutela, na medida em que esta alude ao próprio direito material controvertido, objetivando, em última análise, a satisfação (e não a simples cautelaridade) do próprio provimento com relativo exaurimento do mesmo. Ainda assim, resta dizer que a questão de irreversibilidade do provimento, particularmente em sede cautelar, se encontra, de forma diversa do instituto antecipatório, adstrita condicionalmente ao efetivo cumprimento prioritário (e insuperável) dos próprios objetivos de acautelamento que, desta feita, não podem deixar finalmente de cumprir o seu desiderato fundamental (de preservação da inteireza do pronunciamento judicial do Estado-Juiz) em decorrência da eventual (e, portanto, não objetivada) satisfação da medida, com seu conseqüente caráter de irreversibilidade).

Também, restaria, de forma sinérgica, prejudicada e plena efetividade de tutela jurisdicional de modo geral -, se admitíssemos, por exercício hipotético, a tutela antecipatória nestes casos -, conquanto poderia ocorrer *in casu* que a ação de conhecimento, objetivando o suprimento da autorização patriarcal, já tivesse sido ajuizada, pelo órgão ministerial, e a necessidade imperativa da transfusão (em decorrência de um agravamento do quadro clínico) só fosse percebida, posteriormente, pelo próprio Juizador (através, por exemplo, das informações médicas encaminhadas diretamente ao Juízo) - e, neste caso, antes mesmo do próprio autor ministerial -, ensejando a urgência imediata de se prover a aludida autorização judicial liminarmente de ofício, o que esbarraria, na hipótese, com o insuperável obstáculo legal, expressa e inequivocamente previsto no art. 273 *caput* do CPC, que impede, para todos os fins, a concessão da tutela antecipada, sem a devida provocação da parte autoral.

Mais uma vez, demonstra-se, por efeito, a inexorável adequação da tutela cautelar em seu escopo próprio de atuação, que é exatamente o de garantir a plena efetividade da prestação jurisdicional vindicada (ou, em outros termos, a sinérgica inteireza da sentença final), no exemplo versado, considerando, especialmente, que o regramento acautelatório, por aludir a um contraditório meramente formal (posto que não referido ao direito material posto em discussão), não se encontra adstrito ao chamado princípio da demanda (prevista no art. 2º do CPC) ou ao denominado princípio da iniciativa (consignado, dentre outros, nos arts. 128, 293 (1ª parte) e 460 (1ª parte)), podendo, pois, ser concedida *ex-officio* pelo próprio julgador, no intuito preservativo de garantir a existência de matéria a ser decidida na sentença cognitiva de índole meritória.

(No presente caso trazido à colação, como exemplo, resta indubitável que a concessão liminar da tutela cautelar, a requerimento da parte interessada ensejará a indiscutível satisfatividade da pretensão exordial. Todavia, resta esclarecer que, em nenhuma hipótese, a tutela acautelatória será tomada *in casu* com este propósito satisfativo (vedado em lei); o que ocorrerá, em essência, é um efeito de satisfatividade colateral (e, portanto, não intencional), derivado, por sua vez, do incontestado intuito de se prover uma tutela de segurança acautelatória, garantindo, em última análise, a inteireza do futuro pronunciamento judicial cognitivo, ainda que esta possa se encontrar relativamente esvaziado em termos práticos (porém, não teóricos)).

Nesse diapasão, não se pode jamais perder de vista o propósito específico da tutela antecipada que, não é, à toda evidência, o de preservar a efetividade da tutela jurisdicional (inerente ao escopo de atuação cautelar) e sim o de prover uma tutela provisória nas hipóteses em que, - necessariamente -, exista, de plano, uma evidente razoabilidade das alegações autorais (requisito básico e insuperável do instituto antecipatório (art. 273, *caput*, do CPC)) e, - eventualmente -, exista um perigo em relação à demora da prestação cognitiva final (requisito suplementar e alternativo (art. 273, I, do CPC)), posto que a tutela antecipada também pode ser concedida apenas, no sentido material objetivo, em face da caracterização do abuso do direito de defesa). Por via de consequência, a tutela antecipatória possui nítida adequação, apenas e tão-somente, quando o risco da demora da prestação jurisdicional plena, embora possa ser relevante, não se constitui no fator fundamental, como no caso em que um beneficiário antigo de plano de saúde privado (e com avançada idade) se vê compelido a pagar uma mensalidade, arbitrariamente aumentada, mas que, mesmo com algum sacrifício, pode honrá-la durante o espaço temporal relativo ao curso natural da eventual ação de conhecimento ajuizada contra o réu (descaracterizando, nesse sentido, o risco cautelar).

"Só a existência de prova inequívoca, que convença verossimilhança das alegações do autor, é que autoriza o provimento antecipatório da tutela jurisdicional em processo de conhecimento (...)." (Ac. un. da 6ª Câm. do TJRJ de 25/06/1996, no Ag. 596.085.753, rel. Des. Osvaldo Stefanello; RJTJRS 179/251).

"A antecipação de tutela pressupõe uma pretensão guarnecida por prova inequívoca, suficiente a demonstrar a verossimilhança da alegação, art. 273 - CPC (...)" (Ac. un. Da 3ª T. do TRF da 1ª R., de 17/12/1996, no Ag. 96.01.06769-8/DF, rel. Juiz Olindo Menezes; DJ de 07/03/1997; Adcoas, de 10/06/1997, n. 8.154.270; JSTJ/TRFs 96/374).

"A prova inequívoca de que trata o art. 273 do CPC deve ser aquela sobre a qual não recaia qualquer dúvida que se basta por si e não exige qualquer complementação. Se necessárias a produção de provas no curso do processo, não há como ser deferida a antecipação da tutela." (Ac. da Seç. Esp. do TRT da 2ª R. de 27/08/1996, no MS 342/96-P, rel. Juiz José Roberto Vinha; Adcoas, de 10/12/1996, nº 8.152.212).

Outra hipótese, de inúmeras com idêntica matiz fundada na verossimilhança da alegação autoral (que se constitui em substância, no pressuposto fundamental lógico do instituto), seria particularmente a de Universidades que, desejando abrir novos cursos fora de sua sede central (referente ao Município), mas dentro do espaço geográfico do Estado, se vêem impedidas, por decisão ilegal do MEC, que será, a seu tempo, corrigida por ordem do Judiciário, sem que este fator temporal, por seu turno, torne inócua a sentença final de caráter meritório.

(\*) Magistrado Federal, Mestre e Doutor em Direito Público, Professor Titular de Direito Processual Civil e Coordenador-Geral dos Programas de Pós-Graduação em Direito na UNESA/RJ. Autor, dentre outras, das obras "Tutela Antecipada, Tutela Cautelar e Tutela Específica", 4ª ed., Del Rey, 1998 e "Aspectos Fundamentais das Medidas Liminares", 3ª ed., Forense Universitária, 1997.

## Limites Objetivos para a Concessão de Medidas Liminares

Reis Friede (\*)

As medidas liminares (de natureza jurídica instrumental cautelar) em mandado de segurança, em *habeas corpus*, em ação popular, em ação civil pública, em ação direta de inconstitucionalidade ou como antecipações provisórias de medidas cautelares nominadas (típicas) e inominadas (atípicas - derivadas do denominado poder cautelar geral) estão previstas, conforme anteriormente já mencionamos, em leis especiais [art. 7º da Lei 1533/51 e Lei 4348/64, (no caso de mandado de segurança), por integração analógica e construção jurisprudencial (no caso do *habeas corpus*), art. 5º, § 4º, da Lei 4717/65 (no caso de ação popular), art. 12 da Lei 7347/85 (no caso de ação civil pública), no artigo 102, inciso I, p, da CF/88 (no caso da ação direta de inconstitucionalidade) e no próprio Código de Processo Civil de 1973 (art. 804) no caso das ações cautelares] e, de forma implícita e de maneira generalizada, na Constituição Federal em vigor, especialmente no art. 5º, XXXV (princípio da inarredabilidade do controle jurisdicional).

A Constituição do Império (1824), a primeira Constituição Republicana (1891), a Constituição de 1934 e a de 1937 eram todas, em princípio, omissas quanto ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional quanto às lesões do direito individual. Foi somente com o advento da Constituição de 1946 (art. 141, § 4º, "a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual") que o princípio, em epígrafe, pela primeira vez, tornou-se expresso (não obstante a interpretação doutrinária de que o seu cumprimento anterior se entendia decorrente do próprio mecanismo do sistema jurídico de garantias individuais), ratificado *in totum* pelo art. 150, § 4º da Constituição Federal de 1967 e pelo art. 153, § 4º, da Emenda Constitucional nº 1 de 1969.

"O princípio da acessibilidade ampla do Poder Judiciário nasceu com a Constituição de 1946, que tinha uma redação quase idêntica a atual:

'A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual.'

Pontes de Miranda, contudo, observa, com muito acerto, que este princípio era tido como presente na Constituição de 1891, porque na verdade estava implícito na sistemática constitucional então adotada.

Com efeito, foi em 1891 que o Brasil se filiou à tripartição de Poderes, de maneira desenganada. E, como se sabe, o Sistema Constitucional então implantado inspirou-se em suas grandes linhas, na Constituição Americana. Esta filiação é muito importante para explicar o papel do Poder Judiciário na nossa história, ao qual sempre coube o recurso último para todas as lesões de direito, provenham elas de onde provierem (...)"(Celso Ribeiro Bastos in Comentários à Constituição do Brasil, vol. II, 1ª ed., Saraiva, 1989, ps. 170/171).

A Constituição Federal, promulgada em 5 de outubro de 1988, outrossim, inovou, ao ampliar o alcance do dispositivo, incorporando, ao lado das lesões(1), as ameaças a direitos (2) e a não mais restringir às situações jurídicas que envolvam a proteção dos direitos individuais conferindo, desta feita, ao Poder Judiciário possibilidades de alterações que até então não possuía e, conseqüentemente, ampliando a sua esfera de inferência e seu poder intrínseco, especialmente no que tange à aplicação de medidas liminares de modo geral.

"É interessante notar que a regra que assegura o acesso ao Judiciário, quando da lesão ou ameaça a direito, não se insere dentre as do Capítulo II dedicadas ao Poder Judiciário. Localiza-se em meio aos Direitos e Garantias Fundamentais como a ressaltar não só a competência do órgão jurisdicional mas, também, a garantia que se empresta aos direitos individuais coletivos dos cidadãos, como que a confirmar a advertência de Santi Romano.

Segundo a pré-falada norma constitucional (art. 5º, XXXV da CF/88), ninguém, nem mesmo a lei, que é a expressão maior da vontade nacional, pode excluir uma lesão ou ameaça de lesão a direito do controle do Judiciário. Esta regra já existia na Constituição passada, só que com interpretações restritivas além de, criação de um contencioso administrativo de curso prévio e forçado.

Deveras, ao dispor: 'A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual', o constituinte deu margem a interpretações restritivas como as que afirmaram só ser possível o ajuizamento de demandas com vistas a afastar lesões de direito, mas não se pôr em segurança contra ameaças de sua ocorrência, ou para restringir a atuação do Judiciário a casos de lesão a direitos individuais, excluídos os direitos coletivos ou difusos.

A atual redação desse dispositivo da Constituição, como, aliás, em quase todo o seu texto, foi mais feliz e precisa ao afirmar: 'a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito'. Desse modo, sem sombra de dúvidas, passaram a ser abrangidas não só as lesões já verificadas a direito mas, também, as ameaças de lesões a direitos. Por outro lado, ao utilizar-se da expressão 'direitos' no seu sentido amplo, permitiu o acesso ao Judiciário em defesa de direitos individuais, coletivos ou difusos. Assim, basta a ameaça a qualquer desses direitos para autorizar o indivíduo a buscar o socorro no Poder Judiciário." (Edgard Silveira Bueno Filho *in* A Inafastabilidade do Controle Jurisdicional e a Ameaça de Direito, AJUFE, dez. 91, ps. 52/53)

## 1. NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS IMPEDITIVAS DE LIMINARES

Muito embora algumas normas infraconstitucionais anteriores ao advento do novo ordenamento constitucional, - como o artigo 1º da Lei 2770/56 (que proíbe a concessão de medida liminar nas ações e procedimentos judiciais de qualquer natureza, que visem à liberação de mercadorias, bens ou coisas de procedência estrangeira - art. 165 do Decreto-Lei nº 37/66), *verbis*:

"Nas ações e procedimentos judiciais de qualquer natureza, que visem obter a liberação de mercadorias, bens ou coisas de qualquer espécie procedentes do estrangeiro, não se concederá, em caso algum, medida preventiva ou liminar que, direta ou indiretamente, importe na entrega da mercadoria, bem ou coisa."

(Tem-se entendido, mais recentemente, que a restrição desta lei só se refere a mercadorias apreendidas como contrabando, não se aplicando aos demais casos em que se questiona sobre importação ou bagagem), o art. 5 da Lei 4348/64 (que veda a liminar em mandado de segurança que visem à reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou à concessão de aumento ou extensão de vantagens e, nestes feitos, só permite a execução da sentença depois de transitada em julgado (art. 5º e parágrafo único)), *verbis*:

"Não será concedida a medida liminar de mandado de segurança, impetrados visando à reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou à concessão de aumento ou extensão de vantagens.",

a Lei 4862/65 (que, embora em seu art. 51 tenha revogado o art. 39 da Lei 4357/64 que proibia liminar em matéria fiscal, limitou o prazo de eficácia da medida em 60 dias), *verbis*:

"Fica revogado o artigo 39 da Lei 4357, de 16/7/1964, cessando os efeitos da medida liminar concedida em mandado de segurança contra a Fazenda Nacional, após o decurso do prazo de 60 (sessenta) dias contados da data da petição inicial ou quando determinada a sua suspensão por tribunal imediatamente superior."

(O artigo estava assim redigido: 'não será concedida a medida liminar em mandado de segurança, impetrado contra a Fazenda Nacional, em decorrência da aplicação da presente lei.'). o artigo 1º, § 4º, da Lei 5021/86 (que proibiu a concessão de liminar para pagamento de vencimentos ou vantagens pecuniárias a servidores da União, dos Estados ou dos Municípios e de suas Autarquias), *verbis*:

"Não se concederá medida liminar para pagamento de vencimento e vantagens pecuniárias.",

e ou mesmo posteriores a promulgação da CF/88 (como a Lei nº 7969/89 (antiga Medida Provisória nº 118)) que, em seu artigo 1º, estendeu os efeitos do art. 5º da Lei 4364 às medidas cautelares, nos seguintes termos:

"Aplica-se às medidas cautelares previstas nos artigos 796 a 810 do Código de Processo Civil, o disposto nos

artigos 5º e seu parágrafo único e 7º da Lei 4348, de 26 de junho de 1964",

as medidas provisórias nº 173, 181, 186, 197 e 198/90, esta última transformada na Lei nº 8076 de 23 de agosto de 1990, onde, em seu art. 1º, restou consignado que:

"Nos mandados de segurança e nos procedimentos cautelares de que tratam os artigos 796 e seguintes do Código de Processo Civil, que versem sobre matérias reguladas pelas disposições das Leis nº 8012, de 4 de abril de 1990; 8014, de 6 de abril de 1990; 8021, 8023, 8024, 8029, 8032, 8033, 8034, todas de 12 de abril de 1990, fica suspensa até 15 de setembro de 1992, a concessão de medidas liminares"

e, mais recentemente, a Lei 8437/92 (que estabelece diversas vedações às medidas liminares, especialmente em processos cautelares, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em decorrência de vedação legal,) *verbis*:

"Não será cabível medida liminar contra atos do Poder Público, no procedimento cautelar ou em qualquer outras ações de natureza cautelar preventiva, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado, em virtude de vedação legal.

Não será cabível, no juízo de primeiro grau, medida cautelar inominada ou a sua liminar, quando impugnado ato de autoridade sujeita, na via de mandado de segurança, à competência originária de tribunal (...)"

insistam em impor limites *ratione materiae* para a concessão de medidas liminares por parte dos magistrados, em particular, ou por parte do Poder Judiciário, de maneira geral, a doutrina e a jurisprudência têm inclinado, de forma aparentemente majoritária, no sentido de que tais restrições afrontam diretamente princípios constitucionais expressos e implícitos, ferindo, por consequência, o poder cautelar geral (poder do magistrado de outorgar medidas cautelares atípicas - não previstas expressamente pela lei), o poder cautelar genérico (poder do magistrado de outorgar *ex-officio* as medidas cautelares necessárias à garantia da possibilidade de satisfação futura da pretensão das partes, como virtual exceção à regra do art. 2º do CPC, que apenas disciplina a jurisdição própria e não a imprópria (cautelar e executiva)) e o poder cautelar de forma ampla, previsto, como princípio constitucional implícito, na Carta Magna; insistindo, por efeito, que a ineficácia destas normas jurídicas é absolutamente manifesta e, portanto, deve obrigatoriamente ser reconhecida pelo julgador, sob pena de omissão do dever de usar o poder que lhe foi legitimamente outorgado, pelo povo, através da promulgação da própria Constituição Federal.

Independente da posição que se possa firmar a respeito, contudo, é sempre verdadeira a afirmação imperativa de que o único senhor do Poder Judiciário é a Constituição Federal, (como expressão efetiva da norma fundamental abstrata, concernente à organização jurídica nuclear do Estado, como conjunto de regras relativas à forma do Estado, forma de governo, à aquisição e ao exercício do poder, ao estabelecimento dos órgãos do poder e aos limites de suas respectivas atuações) e as leis que com esta

convergem, tomando, por efeito, conclusivo que, em nenhuma hipótese, o Poder Judiciário presta obediência aos demais Poderes de Estado (e às normas que estes eventualmente editem, em desacordo com a Lei Maior), embora possa, a qualquer momento, deles exigi-la.

O *factum*, como constatação jurídico-constitucional, entretanto, não encerra qualquer questão de hierarquia entre os Poderes, mas, com toda a certeza, uma autêntica questão de competência prevista, expressamente, na própria Constituição Federal, como produto concreto e efetivo do Poder Constituinte, - na qualidade de poder soberano (expressão de soberania nacional), originário (criador da ordem jurídica fundamental e dos poderes de Estado (poderes constituídos)), ilimitado (não adstrito a regra jurídica anterior de direito positivo) e incondicionado (não subordinado a nenhuma condição prévia para seu exercício)-, cuja titularidade exclusiva pertence ao povo e, unicamente em seu nome, - cativa a este espírito fundamental -, é exercido pelos agentes, previamente legitimados.

O membro do Poder Judiciário, fiel a este espírito, no entanto, não possui (como alguns, por absoluto desconhecimento, possam supor) o poder pleno e desassociado de qualquer tipo de limitação ou restrição de ordem legal-constitucional, pois, se assim fosse, o juiz possuiria, em essência, o poder arbitrário típico dos tiranos nas monarquias absolutistas do passado. O julgador da era contemporânea, muito pelo contrário, está, na verdade, imbuído de um poder que ao mesmo tempo está ligado a sua própria discricionariedade (livre convencimento), como também o está a uma inerente vinculação ao dever inafastável do cumprimento efetivo da Constituição Federal e das leis que com ela convergem, formando o denominado binômio poder-dever.

Por esta específica razão, não possui o magistrado uma verdadeira e ampla liberdade de decidir, unicamente, consoante seu próprio convencimento ou, ainda, conforme seu subjetivo "senso de justiça", estando, muito pelo contrário, irremediavelmente adstrito aos estreitos limites impostos pela lei constitucional e pelas leis infraconstitucionais dotadas dos atributos da vigência e da eficácia jurídica intrínseca (compatibilidade vertical de feição hierárquica).

## 2. REQUISITOS ESPECÍFICOS PARA A CONCESSÃO DE MEDIDAS LIMINARES

No caso específico da apreciação das medidas liminares, como leciona a doutrina mais moderna sobre o assunto, a decisão final pela concessão implica, necessariamente, na plena e total observância, por parte do magistrado, de específicos limites existentes para a prolação final do *decisum* pelo julgador, que não se restringem, de nenhuma forma, apenas, à verificação da efetiva presença dos requisitos tradicionais do *periculum in mora* [- fundado receio da existência de um dano jurídico, de difícil ou impossível reparação, durante o curso da ação cautelar e, por extensão, da ação principal (no caso de ações cautelares típicas ou atípicas) ou durante o curso do mandado de segurança, do *habeas corpus*, da ação popular, ou da ação civil pública, aferido através do juízo próprio de probabilidade, com comprovada plausibilidade de existência de dano, justificado receio de lesão de direito e/ou existência de direito ameaçado, e nunca no genérico juízo de possibilidade (que, pela extrema amplitude, não permite a imposição do princípio da segurança e do controle mínimo dos acontecimentos)-] e do *fumus boni iuris* [- probabilidade plausível (e não mera e genérica possibilidade) de exercício presente ou futuro do direito de ação com provimento de mérito favorável (considerando que pequenas incertezas e eventuais imprecisões, a respeito do direito material do autor (requerente ou



impetrante) não devem assumir a força de impedir-lhe o acesso à tutela cautelar )-].

"A tutela cautelar só é viável se a pretensão deduzida ou a ser deduzida no processo principal caracteriza-se como provável, não bastando que seja razoável e muito menos que seja simplesmente possível (Ac. unân. da 4ª Câm. do 2º TACivSP de 07/05/85, no MS 179.088-2, rel. juiz Aldo Magalhães; JTACivSP 99/267).

"Dois são os requisitos indispensáveis para a concessão da liminar em mandado de segurança, previstos no inc. 1º, do art. 7º, da Lei nº 1.531/51: 1) à relevância do fundamento (*fumus boni iuris*); 2) e perigo de um prejuízo, do ato impugnado pode resultar a ineficácia da medida caso seja deferida a segurança (*periculum in mora*). Concorrendo ambos, o juiz, em decisão fundamentada, concederá a liminar. Isto significa, que, na falta de qualquer um dos requisitos, a providência liminar seja negada.

O professor e magistrado federal Reis Friede, lecionando sobre exame do *periculum in mora* que autoriza a concessão das liminares em geral, inclusive o mandado de segurança, ensina com precisão:

'Para a obtenção da medida liminar e conseqüentemente da tutela cautelar implícita, portanto, a parte requerente obrigatoriamente deverá demonstrar fundado temor de que, enquanto aguarda a tutela definitiva, venham a faltar as circunstâncias de fato favoráveis à própria tutela. E isto somente pode acontecer quando efetivamente ocorrer o risco de perecimento e destruição, desvio, deterioração ou qualquer tipo de alteração no estado das pessoas, bens ou provas necessárias para a perfeita e eficiente atuação do provimento final de mérito' (in Aspectos Fundamentais das Medidas Liminares em Mandado de Segurança, Ação Cautelar, Ação Civil Pública e Ação Popular, 2ª ed., Forense Universitária, 1993, p. 97). No caso, sem muito esforço, percebe-se a ausência da probabilidade do dano irreparável ou de difícil reparação para o deferimento da liminar" (TJMS, no julg. do MS 38438-9, DJ 08/08/94, p. 3.847, rel. des. Helvécio Chaves Martins).

Muito pelo contrário, a existência efetiva da relevância dos motivos alegados pelo impetrante (no caso de mandado de segurança) ou pelo requerente (no caso de medida cautelar) deve ser sempre constatada em perfeita consonância com a efetiva presença do condicionante inafastável da não-produção do denominado *periculum in mora* inverso (a concretização de grave risco de ocorrência de dano irreparável (ou de difícil reparação), contra o impetrado ou requerido, como conseqüência direta da própria concessão da medida liminar deferida ao impetrante ou requerente).

Uma vez que o deferimento da medida liminar possui caráter meramente preservatório (de exclusivo objetivo de garantia da inteireza da sentença), cuja reconhecida

função social é exatamente fazer cessar, em caráter temporário, o ato impugnado, até que, - em face da indiscutibilidade do direito invocado e comprovado -, possa o magistrado decidir, sem incorrer em *error in iudicando*, não pode, em nenhuma hipótese, por efeito, a concessão da medida produzir o que convencionalmente passou-se a denominar de grave lesão à ordem pública, compreendendo nesse conceito a chamada ordem administrativa em geral, ou seja, o normal andamento da execução do serviço público, o regular prosseguimento das obras públicas e o devido exercício das funções da Administração pelas autoridades constituídas (TFR, suspensão da segurança n. 4405-SP, DJU 07/12/79 p. 9221).

Em se tratando especificamente de medidas cautelares, de procedimento especial sumarizante, operacionalizadas através de ação autônoma e de processo próprio - mas com as características particulares da provisoriedade, instrumentabilidade e assessorabilidade (art. 796 do CPC) -, a concessão da medida liminar (na qualidade de simples antecipação da medida cautelar), além de necessitar da efetiva comprovação da presença dos requisitos indispensáveis do *periculum in mora*, do *fumus boni iuris*, da efetiva relevância dos motivos alegados e da não-produção do denominado *periculum in mora* inverso, incluindo a "grave lesão à ordem pública", encontra-se irremediavelmente condicionado à observância da especial restrição imposta pelo art. 804 c/c art. 797, ambos do CPC, que só permitem o deferimento da antecipação cautelar (em forma de liminar), à guisa de sua própria excepcionalidade, nas situações em que a citação do requerido possa vir a tornar a medida ineficaz, caso em que poderá o julgador (e, nos casos de o requerido ser parte integrante da Fazenda Pública, deverá obrigatoriamente) determinar que o requerente preste caução real ou fidejussória, para garantir o ressarcimento dos eventuais danos que o requerido possa vir a sofrer com o futuro julgamento pela improcedência do pedido meritório.

Portanto, a concessão de liminar, tanto em mandado de segurança, como na qualidade de antecipação da tutela cautelar, é medida de absoluta excepcionalidade e, por conseqüência, nítida vinculação à efetiva presença de todos os pressupostos indispensáveis, - o que inclui, além dos requisitos tradicionais do *periculum in mora* e do *fumus bonis iuris*, a concreta e indiscutível relevância dos motivos alegados em combinação com a não-produção do denominado *periculum in mora* inverso (incluindo neste conceito a não-produção da chamada "grave lesão à ordem pública"), além do requisito específico para a concessão de antecipações cautelares em forma de liminar prevista no art. 804 do CPC -, e jamais pode ser deferida - ainda que mediante caução - quando ausentes qualquer dos requisitos acima apontados, que se encontram expressos ou implícitos na atual legislação constitucional e infraconstitucional em vigor, independente da vontade, imposição de ordem moral, senso de justiça ou qualquer outro condicionante subjetivo que possa se encontrar adstrito o magistrado no momento de seu julgamento.

## 2.1. DO PERICULUM IN MORA

Sem a menor sombra de dúvida, o *periculum in mora* (3) constitui-se no primeiro e mais importante dos requisitos indispensáveis para a concessão de medidas liminares em mandado de segurança, ação popular, ação civil pública ou como antecipação de cautela, no caso de medida cautelar em ação com idêntica designação.

É sobremaneira a condição necessária, - porém não suficiente -, para o eventual deferimento da medida liminar vindicada ou mesmo para a concessão *ex-officio*, operada através do denominado poder cautelar genérico, inerente à própria função do julgador, na qualidade de representante do Estado-Juiz.

Para a obtenção da medida liminar e conseqüentemente da tutela cautelar implícita, portanto, a parte requerente obrigatoriamente deverá demonstrar fundado temor de que, enquanto aguarda a tutela definitiva, venham a faltar as circunstâncias de fato favorável à própria tutela. E isto somente pode ocorrer, conforme leciona Carlos Galvosa (in Seqüestro Giudiziario, Novíssimo Digesto Italiano, vol. XVII, p. 66),

"quando haja efetivamente o risco de perecimento, destruição, desvio, deterioração ou de qualquer tipo de alteração no estado das pessoas, bens ou provas necessários para a perfeita e eficiente atuação do provimento final de mérito."

A redação conceitual do instituto, como um dos pressupostos fundamentais para o deferimento da medida liminar, - ou seja, fundado receio da existência de um dano jurídico (e não propriamente "fundado receio de dano ao direito de uma das partes", como disciplina o art. 798 do CPC/73, considerando que enquanto não acontecer o julgamento do mérito da chamada "questão de fundo", como a solução da lide, não se pode, ainda, falar em efetivo direito da parte que, eventualmente pode até não ser reconhecido em decisão terminativa (sentença)), de difícil ou impossível reparação (portanto, não é suficiente a simples prova da eventual existência de um posterior dano jurídico no curso da lide, mas, além deste, a dificuldade ou mesmo impossibilidade de efetiva reparação se o mesmo vier a ocorrer), durante o curso da ação que contém o pedido meritório -, refere-se sempre ao interesse processual (e jamais material ou meritório) presente na busca permanente da obtenção de uma real garantia quanto a própria efetividade da solução final (prestação da tutelas jurisdicionais cognitiva e executiva) a ser ditada pelo Poder Judiciário, inspirado em última análise, no que Othon Sidou (in Garantias Ativas dos Direitos Coletivos, Forense, RJ, 2ª ed., p. 255) entendeu por bem denominar "instituto cardeal de assegurar matéria à sentença a ser editada".

"Para a concessão de medida cautelar há necessidade de se demonstrar, *initio litis*, a ocorrência dos requisitos essenciais que configurem o temor de dano jurídico iminente e o interesse na preservação da situação de fato, enquanto não advém a solução de mérito, o que corresponde ao *fumus boni iuris* (...) (Ac. unân. 6.458 da 2ª Câm. do TJPR de 16/08/89, no agr. 298, rel. des. Negi Calixto: Adcoas 1989, n. 126.185).

"Sem que ocorrentes os pressupostos de aparência de bom direito e de perigo da demora da prestação jurisdicional, não se defere liminarmente medida cautelar, requerida no curso da lide, quando não evidenciada a irreparabilidade do dano (Ac. unân. da 1ª T. do TFR de 10/06/88, no agr. 56.647-PR, rel. min. Dias Trindade; RTFR 165/83).

A apreciação da efetiva presença do *periculum in mora* é realizada, como ensina

Liebman (*apud* Willard de Castro Vilas, *Medidas Cautelares*, 1971, p. 62), através de apenas um único julgamento valorativo denominado probabilidade sobre possibilidade do dano ao provável direito pedido em via principal". Por efeito, o dano deve ser aferido sempre pelo juízo de probabilidade e jamais pela simples e genérico juízo amplo de possibilidade (4).

"Através de construção doutrinária jurisprudencial, tem-se entendido o cabimento do mandado de segurança para dar efeito suspensivo ao recurso de agravo.

Para tanto, necessária a existência dos requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, em outras palavras, fumaça do bom direito e perigo na demora da decisão.

Este último nada mais é que a garantia de que será executada a medida que se diz arbitrária e passível de danos irreparáveis ou de difícil reparação. (...)

Reis Friede, professor e magistrado federal, ensina:

'o denominado receio de dano há, pois, que ser objetivamente fundado, calculado na forma mais precisa possível, pelo exame das causas já postas em existência, capazes de realizar ou operar o efeito indesejado que deve ser, por consequência, afastado. À comprovação de seu fundamento, não obstante não permitir, por sua própria natureza, a certeza, deve permitir, no mínimo, a plausibilidade (justificação), sem o que o juízo coercitivo da probabilidade acabaria, no exercício da prática, transmutando-a no genérico e amplo juízo de possibilidade' (Aspectos fundamentais das Medidas Liminares em Mandado de Segurança - Ação Cautelar - Ação Civil Pública - Ação Popular, Forense Universitária, p. 99, 2ª ed.) (...). No caso não se vislumbra esse mínimo de plausibilidade de que nos fala o prof. Reis Friede (...).

Ausente, portanto, um dos requisitos indispensáveis, torna-se inviável a concessão do *habeas corpus* para dar efeito suspensivo ao agravo, recurso que como é cediço não o tem" (TJMS, no julg. de MS 3777 C-4, DJ 08/04/94, p. 3.763, rel. des. Hamilton Carli).

O denominado receio de dano há, pois, que ser objetivamente fundamentado, calculado, de forma o mais precisa possível, pelo exame das causas já postas em evidência, capazes de realizar ou operar o efeito indesejado que deve ser, por consequência, afastado. A comprovação de seu fundamento não obstante não permitir, por sua própria natureza, a certeza deve permitir, no mínimo, a plausibilidade (justificação), sem o que o juízo restritivo de probabilidade acabaria, no exercício da prática, transmutando-se no genérico e amplo juízo de possibilidade.

"São requisitos específicos da tutela cautelar o risco objetivamente apurável, de não ser a ação principal útil ao interesse demonstrado pela parte - dano potencial - em razão do *periculum in mora*; e a plausibilidade do direito

substancial invocado pelo pretendente à segurança, ou *fumus boni juris*. Se o juiz, em face da prova, se convence da existência de fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, poderá causar ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação, deve conceder a tutela" (Ac. unân. da 1ª Câm. do TJBA de 30/05/84, no agr. 2/84, rel. Paulo Furtado).

A plausibilidade do dano é avaliada pelo juiz, segundo as regras do livre convencimento, de modo que não dispense a fundamentação ou motivação de seu conhecimento; mas isto dar-se-á com muito maior liberdade de ação do que na formação de certeza que se exige no processo definitivo (Humberto Theodoro Jr., *Processo Cautelar*, 1976, p. 78.).

De qualquer maneira, "a decisão deve ser objetiva", isto é, "deve atender aos fatos provados, dos quais resulte aquela plausibilidade" (Lopes da Costa, *ob. cit.*, nº 45, p. 45.).

É ponto tranqüilo na doutrina, por outro lado, que o risco de dano deve corresponder sempre a fatos que venham a desequilibrar efetivamente uma situação pré-estabelecida entre as partes, de modo que o perigo preexistente ou coexistente com o nascimento da pretensão realmente justifique a tutela cautelar, em forma ou não de medida liminar.

Como bem lembra Coniglio, a insolvência iminente que justifica um arresto, não é a mesma que preexistia e era conhecida do credor ao tempo da constituição da dívida. O perigo de se tornar inexecutível o crédito deve surgir após sua criação, como fato novo, que agrave as condições econômicas do devedor. (Antônio Coniglio, *apud* Humberto Theodoro Jr, *Processo Cautelar*, 1976, p. 79.).

Nessa mesma ordem de idéias, Pontes de Miranda reafirma que as medidas cautelares supõem "superveniência dos fatos e necessidade de se afastar o óbice da antecedência ou mesmo da coexistência do perigo de dano." (Pontes de Miranda, *Comentários*, vol. VIII, p. 312.).

Acertada pois é, a conclusão de Ovídio Baptista da Silva segundo a qual "o perigo de perda do interesse, ou de graves danos posteriores ao nascimento do próprio direito; ou deve corresponder, pelo menos, a um agravamento da situação perigosa preexistente; ou, finalmente, sendo anterior à constituição da pretensão, era de tal natureza que o pretendente à segurança não poderia razoavelmente conhecer (Ovídio A. Baptista da Silva, *Ação Cautelar no Novo Processo Civil*, 2ª ed., p. 70-71.)

## 2.2. DO FUMUS BONI IURIS

Logo em seguida ao exame da indispensável presença do requisito fundamental do *periculum in mora*, a comprovação da efetiva existência do pressuposto do *fumus boni iuris* faz-se mister para a conclusão final da primeira fase do exame de viabilidade da medida liminar (em mandado de segurança, ação popular, ação civil pública ou como antecipação de tutela na ação cautelar) vindicada ou derivada do poder cautelar genérico.

"Conforme estabelece o nosso sistema jurídico, na ação cautelar para a concessão de liminar não basta, tão-

somente, a afirmação de sua necessidade formulada pelo requerente, a qual, mais das vezes, constitui uma opinião puramente subjetiva, mas, principalmente, da demonstração do requerente, da existência dos requisitos específicos da tutela cautelar, para que o juiz possa realizar a sua indispensável avaliação e se convencer ou não da necessidade de conceder a liminar requerida" (Ac. unân. 1.105/88 da 1ª Câm. do TJAL no agr. 5.618, rel. des. Paulo da Rocha Mendes; DJAL de 1. 01/09/89; Adcoas 1990, n. 128.860).

"Em temas de cautelar, não demonstrada satisfatoriamente a presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, escoreito o *decisum* de primeiro grau que dá pela sua improcedência". (Ac. unân. da 1ª T. do TJMS de 01/08/89, na apel. 263/89, rel. des. Milton Malulei).

Segundo o pensamento de Calamandrei, que já tivemos a oportunidade de expor neste trabalho, o objetivo último da providência cautelar, insita na medida liminar (seja nas ações de rito especial que a prevêm ou na ação, de rito especial sumariante, cautelar), é exatamente o de antecipar os efeitos da providência definitiva, com o propósito derradeiro de prevenir o dano que, em última instância, poderá advir com a demora natural da solução final do litígio.

Dado a própria urgência da medida preventiva, evidentemente não é possível ao julgador o exame pleno do direito material invocado pelo interessado (mesmo porque isto é objetivo do julgamento de mérito na ação principal e não do procedimento liminar), restando, apenas uma rápida avaliação quanto a uma "provável (não simplesmente possível) existência de um direito", - a ser verificado pelo juízo próprio de plausibilidade -, que, em última análise, será oportunamente tutelado no momento da apreciação do pedido meritório principal, ou seja, quando do julgamento da segurança no *mandamus*, da sentença na ação popular e na ação civil pública ou, ainda, no julgamento do processo principal no caso da ação cautelar.

É exatamente isto, por efeito, que constitui o denominado *fumus boni iuris*, ou seja, "o juízo de probabilidade e verossimilhança do direito cautelar a ser acertado". (Willard de Castro Vilas in Medidas Cautelares, 1971, p. 59).

Fiel a seu entendimento de que a cautela é medida antecipatória da eficácia do provimento definitivo, ensina Calamandrei (*apud* Willard de Castro Vilar, ob. cit., p.59/60) que a declaração de certeza de existência do direito é função do processo principal; "para a providência cautelar basta que, segundo um cálculo de probabilidades, possa-se prever que a providência principal declarará o direito em sentido favorável àquele que solicita a medida cautelar".

Mas este não é, contudo, o único entendimento aceito pela moderna doutrina a respeito do tema. Segundo o pensamento de vários autores que seguem os ensinamentos de Carnelutti (Francesco Carnelutti, Direito e Processo, nº 234, p.356), não se deve ver na tutela cautelar qualquer tipo de acerto da lide, nem mesmo provisório, mas sim "uma verdadeira tutela ao processo", a fim de assegurar-lhe unicamente eficácia e utilidades práticas ou, em outras palavras, uma tutela específica que busca apenas e tão-somente "evitar, no limite do possível, qualquer alteração no equilíbrio inicial das partes, que possa

resultar da duração do processo" (Francesco Carnelutti, ob. cit., p. 356).

Comungamos, no entanto, do ponto de vista que a essência da verdade sobre tão complexa questão não esteja, data maxima *venia*, definitivamente firmada, de forma irredutível, nas posições extremadas de ambas as doutrinas sobre a matéria em epígrafe. Entendemos possuir a medida liminar, conforme anteriormente nos referimos, uma natureza jurídica tipicamente administrativo-cautelar, com conteúdo de julgamento discricionário, fundado na prudente valoração do magistrado (e não no simples arbítrio) em torno da oportunidade e da conveniência da decretação da medida, e com nítido objetivo de provisão cautelar, por excelência, garantidora, em última análise, da efetividade da sentença, - sem almejar, por outro lado, tocar diretamente no seio do conflito, ainda que o faça, de forma limitada e por vias transversas -, em flagrante caráter excepcional, como antecipação parcial e provisória da própria decisão meritória (e, por conseqüência, não se constitui numa simples "tutela do processo", desprovida de qualquer essência mais abrangente como preconiza a doutrina de Carnelutti), mas que ao mesmo tempo e, em nenhuma hipótese, pode ser confundida em sua plenitude, com o mérito do pedido principal (como, em parte, defende Calamandrei), por corresponder exatamente a um conteúdo específico e particular inerente à própria natureza da medida liminar, de forma ímpar e, portanto, dotada do atributo da exclusividade.

"O *fumus boni iuris* consiste na probabilidade de existência do direito invocado pelo autor da ação cautelar. Direito a ser examinado aprofundadamente em termos de certeza, apenas no processo principal já existente, ou então a ser instaurado. A existência do direito acautelado é, no processo cautelar, aferida em termos de probabilidade e, por isso, seu exame é menos aprofundado, superficial mesmo - *sumaria cognitio*" (Do ac. unân da 15ª Câm. do TJSP, de 07/06/89, na apel. 144.007-2, rel. des. Ruy Camilo; RJTJSP 121/104).

"A existência do direito acautelado é, no processo cautelar, aferida em termos de probabilidade e por isso seu exame é menos aprofundado, superficial mesmo *sumaria cognitio*. Sobre o insucesso da ação principal, diga-se em tese, que o Código admite, expressamente, a possibilidade de que alguém obtenha uma providência cautelar e, no entanto, venha depois a sucumbir no processo principal. Que mostra isso. Mostra exatamente que a concessão da providência cautelar não está condicionada à demonstração plena da existência do direito alegado pela parte. Pode acontecer que o juiz, diante dos elementos que lhe foram trazidos, suponha provável a existência desse direito, e, no entanto, mais tarde, através de investigação aprofundada que vai fazer sobre a matéria, chegue à convicção de que na realidade o suposto direito não existia. Agora, é evidente que pelo menos tem de haver elementos capazes, *prima facie*, de tornar razoável, aos olhos do juiz, a suposição da existência do direito - o *fumus boni iuris* (Ac. da 18ª Câm. do TJSP de 16/03/87, nos embs. 89.820-2, rel. des. Benini Cabral; Adcoas, 1987, n. 115.982).

É exatamente sob esta ótica, que o requisito do *fumus boni iuris* possui seu destaque, criando um verdadeiro liame subjetivo que associa o mérito do pedido principal (mérito primário) ao mérito da providência cautelar (mérito secundário), cuja absoluta coincidência - em casos flagrantemente excepcionais -, podem vir, até mesmo (em casos extremos), a dar origem às chamadas medidas cautelares satisfativas(5).

O *fumus boni iuris* - correspondendo exatamente a um juízo específico de exame de probabilidade material reclamado (e não simplesmente, como deseja Ronaldo Cunha Campos (in Estudos de Direito Processual, ed. 1974, p. 132) "simples verificação de que a parte realmente dispõe do direito de ação" que, em essência, constitui-se numa garantia constitucional que nenhuma norma infraconstitucional poderia, a priori, restringir)-, ao lado do *periculum in mora*, constitui-se, portanto, no próprio e específico conteúdo meritório da providência cautelar (e da ação cautelar, em especial(6)), não podendo ser entendido, em nenhuma hipótese, apenas como simples condição específica da ação Instrumental autônoma cautelar ou de seu substrato liminar, salvo quando o juízo valorativo dirige-se única e exclusivamente para os requisitos de concessão e não para o seu conteúdo.

Em sentido contrário, ainda que parcialmente, no que tange especificamente às ações cautelares merece registro, entretanto, as seguintes opiniões jurisprudenciais abaixo enumeradas:

"As cautelares sujeitam-se às condições comuns a toda ação e subordinam-se a requisitos específicos consubstanciados no *fumus boni iuris* e no *periculum in mora*, gerando carência de ação a inexistência destas condições, a serem examinados ao prudente arbítrio do juiz" (Ac. unân. da 2ª Câ. do TAMG de 21/12/88, na apel. 42.409, rel. juiz Garcia Leão; RJTAMG 34 e 37/340; Adcoas, 1989, n. 125.490).

"Tratando-se de medida cautelar, deverá ser a pretensão objetivamente razoável, dependendo da presença dos pressupostos especiais de *periculum in mora* e *fumus boni iuris*, sem o que faltará interesse para agir, impondo-se a extinção do processo por carência de postulação." (Ac. unân. da 1ª Câ. do 2º TACivSP de 01/06/88, na apel. 221.433-4, rel. juiz Quaglia Barbosa; JTACivSP 11/382).

"(...) além das condições gerais, comuns a todas as ações - legitimidade de parte, possibilidade jurídica do pedido e interesse processual - as medidas cautelares devem ter duas outras condições especiais, o *fumus boni iuris* situado no campo da possibilidade jurídica e o *periculum in mora* situado no campo do interesse processual. (...) considerados o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris* como condições especiais de admissibilidade da ação cautelar, ou como o próprio mérito desta, o que mais interessa é que não será tutela jurisdicional cautelar prestada, sem que tais requisitos estejam presentes" (Ac. unân. da 14ª Câ. do TJSP de 29/12/86, na apel. 112.879-2, rel. des. Marcus Vinícius; RJTJSP 106/175).



### 2.3. RELEVÂNCIA DO FUNDAMENTO DO PEDIDO E POSSIBILIDADE AMPLA DA CONCESSÃO "EX-OFFICIO" DA TUTELA CAUTELAR EM FORMA DE LIMINAR

O direito positivo vigente explicita, de forma peremptória, o duplo fundamento da providência cautelar e, especificamente, os requisitos básicos da suspensão liminar do ato impugnado na ação mandamental, a saber: a) a relevância do fundamento do pedido ou a relevância dos motivos alegados (expressões consideradas sinônimas) e b) a irreparabilidade (ou, no mínimo, a extrema dificuldade de reparabilidade) futura do eventual dano produzido pelo ato impugnado, caso, mais tarde, fosse deferida a ordem (no julgamento da segurança vindicada), que seria, neste caso, totalmente inócua e ineficaz (porque extemporânea) e inidônea para restabelecer o status quo ante ("ao despachar a inicial, o juiz ordenará que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido, quando for relevante o fundamento e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja deferida" - Lei nº 1533, de 31/12/1951, art. 7º).

No mesmo sentido, as leis anteriores de 1936 e de 1939 punham em relevo as condições em que seria concedida a liminar: "quando se evidenciar desde logo a relevância do fundamento do pedido, decorrendo do ato impugnado lesão grave irreparável do direito do impetrante, poderá o juiz, a requerimento do mesmo impetrante, mandar preliminarmente sobrestar ou suspender o ato aludido" (Lei nº 191, de 16/01/1936, art. 8º, § 9º); "quando se evidenciar a relevância do fundamento do pedido e puder do ato impugnado resultar lesão grave ou irreparável do direito do requerente, o juiz mandará, desde logo, suspender o ato" (Lei nº 1608, de 18/09/1939, art. 324, § 2º, que instituiu o CPC). (J. Cretella, Comentários às Leis do Mandado de Segurança, art. 7º, II e III, (Fundamentos da Concessão da Liminar), p. 189).

(É importante ressaltar que, no regime da vigência da Lei n. 191, de 1936, a liminar era concedida tão-somente mediante iniciativa do impetrante (art. 8º, § 9º), considerando-se decisão *ultra petita* aquela que ordenasse a suspensão do ato, sem aquela solicitação da parte.

O Código de Processo Civil de 1939, é interessante notar, prestigiava esse modo de considerar as coisas, ao preceituar que "o juiz não pode pronunciar-se sobre o que não constitua objeto do pedido.")

A Lei nº 1533, de 31 de dezembro de 1951, entretanto, afastou quaisquer dúvidas a respeito, quanto a possibilidade ampla do magistrado de proceder *ex-officio* na prestação da tutela cautelar, em forma de liminar, ao afirmar simplesmente que "ao despachar a inicial, o juiz ordenará que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido, quando for relevante o fundamento e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja deferida" (art. 7º, II).

É o magistrado, portanto, quem irá, em última análise, valorar o fundamento do pedido, como bem lembra J. Cretella (ob. cit., p. 190), ao apreciar o caso, em concreto, e julgar se o sobrestamento do ato impugnado é indispensável para que o deferimento extemporâneo da medida não se torne inócua, ou ineficaz. A liminar não tem, portanto, de ser, necessariamente, objeto do pedido. Decorre da própria natureza do ato a ser desfeito. E quem decide isso é unicamente o juiz, sponte sua, dispensando a anterior necessidade inafastável de provocação pelo impetrante no *mandamus*.

O impetrante pode, como leciona J. Cretella, muitas vezes, nem atinar com a

necessidade da liminar. O impetrante dá os fatos, assinala, ao mesmo tempo, a natureza lesiva do ato impugnado. Prova, documentalmente, o alegado. O juiz decidirá, em última análise, se o socorro é urgentíssimo ou apenas urgente.

(O exemplo do mandado de segurança se aplica, por perfeita analogia, aos demais casos de ação popular, ação civil pública e ação cautelar esta última, inclusive, por específica disposição legal do CPC, interpretada por extensão quanto ao seu alcance.)

Não tem razão, portanto, Ulderico Pires dos Santos, quando diz que "a suspensão liminar do ato depende de requerimento da parte a ser formulado com a inicial, ou em qualquer fase do processo" (O Mandado de Segurança na Doutrina e na Jurisprudência, 1973, p. 158).

Muito pelo contrário, a razão está, certamente com a doutrina de Castro Nunes, quando escreve que

"a suspensão liminar está facultada ao juiz para que não se frustrate o direito reclamado, quando bem fundado o pedido, considerando ser uma apreciação em que o juiz terá que se mover necessariamente com certa liberdade. Se for motivo de razoável receio que o mandado a ser ulteriormente concedido já se encontre irreparavelmente comprometido quanto ao direito reclamado, - como no caso em que se desse posse ao funcionário nomeado, com preterição do impetrante -, a eventual irreparabilidade, ainda que relativa (porque menos atingido o impetrante do que o erário público que teria que suportar o ônus do pagamento dos funcionários), já seria razão suficiente para suspensão liminar" (Castro Nunes, Do Mandado de Segurança, 5. ed., 1956, p. 348).

No mesmo sentido, Othon Sidou esclarece que o fundamento é de ordem subjetiva e não processual. Postule ou não o queixoso a suspensão do ato lesivo, o juiz diligenciará nesse sentido, sob pena de, não o fazendo, esbarrar em casos diante dos quais sua sentença não terá razão de ser. "Será um julgamento vazio" (Do Mandado de Segurança, 3ª ed., 1969, p. 347).

Por efeito conclusivo, a apreciação do fundamento relevante é *facultas* do magistrado, através de sua competência discricionária própria, que permite a livre apreciação de sua própria existência e, a partir daí, a sinérgica operacionalização de um móvel capaz de, - em conjunto com os demais requisitos indispensáveis ao deferimento da medida liminar -, fazer cessar, em caráter imediato, o ato que se supõe lesivo, inclusive *ex-officio* (através do legítimo exercício do denominado poder cautelar genérico) e, portanto, independentemente de qualquer provocação das partes interessadas, não deixando de ter em mente, por outro lado, os objetivos específicos da medida liminar, de natureza cautelar, que não se confundem, no seu conjunto, com a questão meritória central.

"(...) A cautelar visa à segurança e não ao reconhecimento do direito" (Ac. unân. da 7ª Câm. do TJRJ de 21/05/85, na apel. 36.501, rel. des. Graccho Aurélio; RF 291/243).

"A medida liminar é provimento cautelar de segurança, quando sejam relevantes os fundamentos da impetração e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da ordem

judicial, se concedida a final (art. 7,II). Para a concessão da liminar devem concorrer os dois requisitos legais, ou seja, a relevância dos motivos em que se assenta o pedido na inicial e a probabilidade da ocorrência de lesão irreparável ao direito do impetrante, se vier a ser reconhecido na decisão de mérito. A medida liminar não é concedida como antecipação dos efeitos da sentença final; é procedimento acautelador do possível direito do impetrante, justificado pela iminência de dano irreversível de ordem patrimonial, funcional ou moral, se mantido o ato coator até a apreciação definitiva da causa. Por isso mesmo, não importa em prejulgamento; não afirma direitos; nem nega poderes à administração. Preserva apenas, o impetrante de lesão irreparável, susstando provisoriamente os efeitos do ato impugnando." (Hely Lopes Meirelles in Do Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção e Habeas Data, ERT, 12ª ed.).

#### 2.4. RELEVÂNCIA DO FUNDAMENTO DO PEDIDO, "FUMUS BONI IURIS" E "PERICULUM IN MORA"

A doutrina majoritária tem entendido que os requisitos para a suspensão liminar do ato impugnado no *mandamus*, consoante o art. 7º, II, d o Lei 1533/51, *verbis*:

"Art. 7º - Ao despachar a inicial o juiz ordenará:

.....  
II - que suspenda o ato que deu motivo ao pedido quando for relevante o fundamento e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja deferida."

Se identificam perfeitamente com os pressupostos genéricos para a concessão da medida liminar, ou seja, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

Como se depreende claramente da norma transcrita - art. 7º, II, da Lei 1533/51 - a providência liminar visa "paralisar a prática de ato lesivo até o pronunciamento definitivo do Poder Judiciário" (Michel Temer in Mandado de Segurança: Cabimento da Medida Liminar após a sua Denegação, Revista de Processo, vol. 14/15, p. 76.), ou "a incolumidade da sentença" (Othon Sidou in Medida Liminar em Mandado de Segurança, Revista da Procuradoria do Estado do Ceará, nº 2, 1980, ps. 31/42.), assegurando conseqüentemente "a possibilidade de satisfação a ser declarada em sentença, do direito do impetrante" (Castro Nunes, "Do Mandado de Segurança", 5ª ed., Rio, Forense, 1956, p. 349.), o que se constituiria visivelmente nos mesmos objetivos das medidas cautelares de modo geral (e, por efeito, seus requisitos seriam os mesmos).

"O problema do relacionamento da providência cautelar com o mandado de segurança não é propriamente de compatibilidade. Que esta existe não resta a menor dúvida, haja vista a natureza essencialmente cautelar nas liminares

próprias do mandado. A liminar aí funciona como autêntica cautela inibitória atípica, de enorme importância e extensão, como imperativo mesmo de caráter constitucional da segurança, inserida, como é, no capítulo dos direitos e garantias individuais.

Pode-se afirmar, pois, sem exagero, que a medida cautelar encontra no mandado de segurança o reconhecimento mais importante de sua imprescindibilidade, já que, na maioria dos casos, só através dela deixará de frustrar-se o direito subjetivo que a constituição ampara com a ação de segurança contra os atos ilegais ou abusivos da autoridade pública". (Alcides de Mendonça Lima in A Eficácia Temporal da Medida Liminar em Mandado de Segurança. Rev. de Processo, vol. 42, p. 7).

Quanto ao fato de ter a medida liminar em mandado de segurança, pelas suas próprias características e finalidades, a mesma feição nítida de igual providência em ação cautelar - nominada ou inominada, com as vantagens e ônus decorrentes do próprio ato, praticamente, ninguém tem qualquer dúvida.

A questão coloca-se exatamente em saber se o requisito da "relevância do fundamento do pedido" corresponde ou não exatamente ao *fumus boni iuris*, - ou, até mesmo, ao *periculum in mora*, - em qualquer medida liminar, presente indistintamente nos *writs* constitucionais ou mesmo na ação cautelar, na qualidade de antecipadora de tutela cautelar.

Embora estejamos, - possivelmente pela primeira vez neste trabalho -, em posição francamente minoritária, entendemos pela defesa da doutrina segundo a qual a "relevância do fundamento do pedido"(7) constitui-se em um terceiro e autônomo requisito para o deferimento da medida liminar, tanto no mandado de segurança (disposição legal expressa) como na ação popular, na ação civil pública e na ação cautelar, perfazendo - em conjunto como o quarto requisito ( a não- produção do *periculum in mora inverso*) - a segunda fase do juízo próprio de admissibilidade da medida liminar.

## 2.5 "PERICULUM IN MORA INVERSO"

Durante a segunda fase do exame do juízo de admissibilidade da medida cautelar, em forma de liminar ou não, - ao lado do requisito da "relevância do fundamento do pedido" e necessariamente após a comprovação dos requisitos do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris* (relativas à primeira fase do exame do juízo de admissibilidade da medida) -, resta o imperativo e criterioso exame da efetiva presença do imprescindível requisito, consubstanciado no denominado *periculum in mora inverso* ou, mais especificamente na sua "não-produção", consistente, exatamente, no afastamento, por seu turno, da eventual concretização de grave risco de ocorrência de dano irreparável (ou de difícil reparação), contra o réu (impetrado ou requerido), como consequência direta da própria concessão da medida liminar eventualmente deferida ao autor (impetrante ou requerente).

"Na concessão de liminar, pela ampla discricção com que age, deve o juiz redobrar de cautelas sopesando madura-

mente a gravidade e a extensão do prejuízo, alegado, que será imposto aos requeridos (...)" (Ac. unân., da 1ª Câm. do TJRS de 26/02/85, no agr. 584.044.135, rel. des. Athos Gusmão Carneiro; RT 598/191).

Embora não se refira nominalmente ao *periculum in mora* inverso, sem a menor sombra de dúvida, salta aos olhos a competente afirmação - assente com a doutrina - do ilustre ministro Athos Gusmão Carneiro, a respeito do tema, e que traduz, com absoluta fidelidade, a essência deste quarto e não menos importante requisito, ainda que sem a expressa alusão ao seu *nomen iuris*.

"Vale colacionar no ensejo a norma do artigo 401 do CPC de Portugal em que o juiz é aconselhado a ocorreres a plausibilidade do bom direito e o perigo na demora, conceder a liminar 'salvo se o prejuízo resultante da providência exceder o dano que com ela se quer evitar'. Em suma, por vezes a concessão da liminar poderá ser mais danosa ao réu, do que a não concessão ao autor. Portanto, tudo aconselha o magistrado prudentemente perquirir sobre o *fumus boni iuris*, sobre o *periculum in mora* e também sobre a proporcionalidade entre o dano invocado pelo Impetrante e o dano que poderá sofrer o Impetrado (ou, de modo geral, o réu em ações cautelares)" (Athos G. Carneiro in *Liminares na Segurança Individual e Coletiva*, R. AJUFE, março/junho 1992).

No mesmo sentido, relaciona Galeno Lacerda, tratando do poder cautelar geral e afirmando a prudência com que deverá agir o juiz, no que tange a observação do requisito do *periculum in mora* inverso: "as exigências contrastantes das partes como o interesse da administração da justiça, sempre insito nas providências cautelares", eis que se encontra diretamente em jogo "o bom nome e até a seriedade da justiça" (Comentários ao CPC, Forense, vol. VIII, Tomo I, p. 28).

Também, de forma inclusive mais contundente, adverte Egas Moniz de Aragão que "há certas liminares que trazem resultados piores que aqueles que visavam evitar." (Revista de Direito da Procuradoria Geral, do Rio de Janeiro, ps. 42/38-39).

A não-produção do denominado *periculum in mora* inverso, necessariamente implícito no próprio bom-senso do julgador, portanto, desponta inegavelmente como um pressuposto inafastável para a decisão final pela concessão da medida liminar, - a ser sempre e obrigatoriamente verificado, de forma compulsória -, uma vez que, em nenhuma hipótese, poderia ser entendido como um procedimento lícito a modificação de uma situação de fato perigosa para uma parte - mas tranqüila para outra - por uma nova que apenas invertesse a equação original, salvaguardando os interesses de uma das partes em detrimento da outra e ao elevado custo da imposição de gravames (até então inexistentes e por vezes até mesmo insuportáveis).

(O próprio princípio da imparcialidade do julgador jamais poderia lícitamente permitir a "escolha" consciente da imposição de qualquer gravame a uma das partes, até porque este não é o verdadeiro objetivo do processo cautelar autônomo ou do procedimento cautelar em forma de liminar que visa exatamente a encerrar a eventual situação de risco, garantindo a certeza da decisão final e, por consequência, a efetividade da sentença.)

Por outro lado, a ausência de um estudo mais apurado sobre a efetiva presença dos principais requisitos autorizadores para o deferimento da medida liminar vindicada (relativo ao que entendemos por bem denominar de primeira fase, ou seja, *periculum in mora e fumus boni iuris*), além de um juízo reflexivo mais abrangente quanto à relevância do fundamento do pedido (relativo a chamada segunda fase ou fase subsequente da avaliação), pode ensejar, por parte do magistrado, uma indesejável análise superficial da questão, conduzindo-o a um eventual e leviano deferimento da medida (que sempre sustenta caráter de absoluta excepcionalidade, ou seja, em caso de dúvida, quanto a efetiva presença dos pressupostos, a não-concessão da medida liminar deve ser a regra) em virtual prejuízo ao próprio instituto cautelar, com flagrante resultado de desprestígio à Instituição da Justiça, em termos gerais, e ao Poder Judiciário, em particular, podendo até mesmo vir a constituir-se em instrumento capaz de produzir uma excepcional e teórica situação analógica de *periculum in mora* inverso contra a, em princípio, intangível acepção maior do Estado-Juiz.

"A concessão, indiscriminadamente transformada em verdadeira benesse, vem retirando a seriedade do denominado remédio heróico, enfraquecendo o *writ* como *remedium iuris* excepcional, em desprestígio da própria justiça enquanto instituição. E, não raras vezes, após a concessão da liminar, o mandado não é provido, mas o fato já se tornou irreversível e consumado. A concessão de liminar há, portanto, de ser precedida de criterioso estudo, só se concedendo em caso de iminente e irreparável lesão. A concessão indiscriminada de medidas liminares poderá levar ao referendo de caprichos e procrastinações, às vezes irreversíveis, com desprestígio do próprio Poder Judiciário (...)" (Francisco Antônio de Oliveira in Execução na Justiça do Trabalho, Ed. RT, 1988, p. 194).

## 2.6. "PERICULUM IN MORA INVERSO" E GRAVE LESÃO À ORDEM PÚBLICA

Não obstante ser considerada tradicional a nomenclatura "grave lesão à ordem pública", consagrada pela redação do art. 4º da Lei 4338/64, *verbis*:

"Quando, a requerimento de pessoa jurídica de direito público interessado e para evitar grave lesão à ordem, à saúde à segurança e economia pública, o Presidente do Tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, poderá suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar, e da sentença; dessa decisão caberá agravo, sem efeito suspensivo, no prazo de 10 (dez) dias, contados da publicação do ato."

É importante advertir que essa expressão não é absolutamente sinônima do termo "*periculum in mora* inverso" (na qualidade de pressuposto fundamental para a concessão

da medida liminar), guardando, na verdade, em relação a este, uma íntima relação de espécie e gênero.

Por efeito, o requisito da não-produção do denominado *periculum in mora* inverso abrange, em sua plenitude, o chamado risco de grave lesão à ordem pública (incluindo, neste último, a ordem administrativa em geral), sem, no entanto, esgotar o instituto, uma vez que, reconhecidamente, pode também existir a hipótese em que o gravame (ou prejuízo efetivo irreparável ou de difícil reparação) derivado do eventual deferimento da medida liminar, sobretudo como antecipação de tutela cautelar na ação própria, venha a atingir a apenas um particular e, por consequência, um interesse eminentemente privado.

(Interpretando construtivamente e com largueza a "ordem pública" o então Presidente do TFR e atual Ministro do STF, José Neri da Silveira, explicitou que nesse conceito se compreende a ordem administrativa em geral, ou seja, "a normal execução do serviço público, o regular andamento das obras públicas, o devido exercício das funções da Administração pelas autoridades co-nstituídas." (TFR, Suspensão de Segurança n. 4.405-SP, DJU de 07/12/1979. p. 9.221.))

A conclusão, portanto, é no sentido de que o pressuposto genérico da não-produção do *periculum in mora* inverso possui uma dimensão muito mais ampla que, necessariamente, transcende ao simples requisito, expresso em lei, da suspensão da medida liminar no *mandamus*, a exemplo de outras disposições normativas dotadas de nítida especificidade que, exatamente, por esta razão, somente a qualificam, como espécies do gênero maior.

#### NOTAS:

##### (1) Lesões a Direitos e Lesões a Interesses

Não se deve confundir "lesão a direito" com "lesão a interesse". A apreciação do Poder Judiciário incide apenas sobre lesão a direito, considerando que, de acordo com nosso atual regramento jurídico, a lesão a interesse somente pode ser resolvida no âmbito administrativo, uma vez que concorrendo o interesse público e o interesse privado, há naturalmente uma flagrante e legal supremacia do primeiro sobre o segundo (cf. J. Cretella Jr. in Comentários à Constituição de 1988, p. 436/445).

##### (2) Ameaças a Direitos

É absolutamente necessário compreender, com a máxima precisão, a importância da introdução do termo "ameaça" na disciplina constitucional atual. Muitas das situações de ameaça, na verdade, já podiam encontrar alguma forma de prestação jurisdicional antes mesmo do próprio advento da Carta Constitucional de 1988, especialmente no ordenamento jurídico infraconstitucional.

Como bem lembra J. Cretella Jr. (in Comentários à Constituição Federal de 1988, p. 446), de acordo com a lei 1522/51, o mandado de segurança não protege apenas o direito líquido e certo "violado", mas também o direito líquido e certo "ameaçado de ser violado" através, especialmente, do writ preventivo. No caso de ameaça de violação à liberdade de locação, igualmente existe o *habeas corpus* preventivo que possibilita o salvo-conduto, assinado pelo juiz, para evitar a concretização da ameaça de violência ou coação legal (art. 660, § 4º, do CPP).

Mas é conveniente ressaltar que, nunca antes - e aí se encontra exatamente a especificidade da questão que deve ser compreendida -, existiu em nosso ordenamento jurídico uma prática efetiva

a toda e qualquer situação de ameaça, permitindo, por seu turno, ao Poder Judiciário uma sinérgica atuação em todo o tipo (e, em qualquer circunstância) de real ameaça à lesão de direitos.

### (3) Definição de *Periculum in Mora*

Para alguns como Willard de Castro Vilas (in Ação Cautelar Inominada, Forense, 1986, p. 128) este perigo de mora não é um perigo genérico de dano jurídico, mas, especificamente, o perigo de dano posterior, derivante do retardamento da medida definitiva, ou, como disse Calamandrei, (Introducción, p. 42), é a impossibilidade prática de acelerar a emanção da providência definitiva que faz surgir o interesse da emanção de uma medida provisória. É a mora desta providência definitiva, considerada em si mesma como possível causa de dano ulterior, que se trata de prevenir com uma medida cautelar, que antecipe provisoriamente os efeitos da providência definitiva.

### (4) Possibilidade, Probabilidade e Plausibilidade de Dano

Lopes da Costa (apud Humberto Theodoro Jr., Processo Cautelar, 1976, p. 77) lembra, com muita propriedade, que "o dano deve ser provável" e "não basta a possibilidade, a eventualidade". E explica: "possível é tudo, na contingência das coisas criadas, sujeitas à interferência das forças naturais e da avaliação da plausibilidade para a aferição do próprio juízo de probabilidade na apreciação da presença ou não do requisito em questão, não ensejando a certeza (prova irrefutável), evidentemente permite ao magistrado uma determinada margem de discricionariedade, mas jamais verdadeiro arbítrio que se constituiria através da utilização do referido juízo amplo da possibilidade de dano que, assim, estaria apenas subjetivamente fundado, calculado de uma forma absolutamente imprecisa. Por outro lado como adverte José Alberto dos Reis, não faria sentido que o juiz, para efeito de certificação do direito à cautela, houvesse de realizar um exame tão longo e tão refletido como o que efetua no processo principal. A proceder de tal forma, o processo cautelar perderia sua razão de ser e mais valeria à parte esperar pela decisão definitiva.

### (5) Fundamentos da Pretensão Cautelar e Fundamentos da Pretensão Material

É evidente que não estamos aqui a sustentar que o fundamento da pretensão cautelar seja exatamente o fundamento da pretensão material alegado pela parte. Mas, ao mesmo tempo, negar, por completo, qualquer relação entre os diversos fundamentos de ambas pretensões (a principal e a cautelar) através do *fumus bonis iuris* (liame subjetivo que incontestavelmente as une), como deseja Liebman (Enrico Tulio Liebman, Manuale de Diritto Processuale Civile, ed. 1968, vol. I, nº 12, p. 36), amparado na doutrina de Carnelutti, que entende como "mera ação" à base de simples interesse e não de autêntico direito subjetivo (especialmente no caso das ações cautelares), é permitir negar a própria existência do requisito em questão (o *fumus boni iuris*) nas ações cautelares, como chegou a defender Ronaldo Cunha Campos (in Estudos de Direito Processual Civil, ed. 1974, p. 128/132): "Se o processo cautelar tem por fim tutelar o processo, o que se acerta no seu decorrer é a existência de ameaça ao direito da parte ao processo, isto é, ao direito de ação, que não se confunde".

### (6) Medida Liminar nos *Writs* e Ações Constitucionais

#### *Versus* Medida Cautelar Ínsita na Ação Cautelar

Na verdade, a medida liminar em mandado de segurança, ação popular e ação civil pública é plenamente equivalente à medida cautelar, ínsita na ação cautelar, e não propriamente, como supõem os menos avisados, equivalente a medida liminar prevista no art. 804 do CPC, cuja natureza jurídica é de simples antecipação da própria medida cautelar.

Não obstante a medida liminar, nas ações de rito especial que a prevêm, não estar associado a um processo autônomo - como a medida cautelar na ação com idêntica designação - a exemplo desta última, a medida liminar nos *writs* também possui um conteúdo meritório próprio e específico (cujo liame subjetivo que o associa com o mérito do pedido principal é exatamente o *fumus boni*



iuris), considerando que muito embora esteja inserida no mesmo processo e, por efeito, na mesma ação, possui, em qualquer hipótese, em seu procedimento peculiar, um relativo e elevado grau de autonomia.

(7) Fundamento Relevante e Fundamento Jurídico do Pedido

Clóvis Beznos (in A liminar em Mandado de Segurança, Limites à Discricionariedade do Juiz, Rev. Bras. de Dir. Proc., vol. 31) traça um interessante paralelo entre o fundamento relevante, como requisito da liminar e o "o fundamento jurídico do pedido", como um dos requisitos preconizados pelo art. 282 do CPC. O autor afirma que o fundamento jurídico nada mais é que uma relação de adequação lógica entre os fatos descritos e as conseqüências pedidas.

Quanto à relevância que se pode exigir desse fundamento jurídico, Beznos entende que ela consiste apenas na viabilidade aparente (e daí a confusão com o requisito do *fumus boni iuris*) de que os fatos descritos possam redundar na conseqüência pedida no "*mandamus*". Exigir mais do que isto seria impor um prejulgamento do mérito da segurança, para a outorga ou não da liminar. Arrematando: relevante será o fundamento possível dentro do ordenamento jurídico, capaz de levar à conclusão pedida pelo impetrante.

Por fim, alerta o ilustre articulista que, presente essa relação de adequação entre os fatos narrados e a providência pedida, deve o juiz atentar muito mais para o "*periculum in mora*" sob pena de, em muitas circunstâncias, aniquilar o direito constitucional de defesa pelo *writ*.

## A Magnitude da Lesão Causada ao Sistema Financeiro Nacional e o Princípio da Não-Culpabilidade

exegese dos artigos 30 e 31, da Lei nº 7.492/86

Guilherme Calmon Nogueira da Gama

### I. INTRODUÇÃO

Na legislação que trata dos crimes contra o sistema financeiro nacional, ou seja, a Lei nº 7.492/86, além de novas normas penais, definidoras de condutas consideradas criminosas, o legislador editou normas processuais e administrativas, tendo caráter misto o texto legal. Dentro da seara processual penal, a lei apontada, em seus artigos 30 e 31, expressamente se referiu à prisão preventiva, além de instituir a inafiançabilidade dos crimes contra o sistema financeiro nacional com pena de reclusão, e estabelecer que o réu não poderá apelar sem antes se recolher à prisão, estando presentes os requisitos da custódia preventiva<sup>1</sup>. A inovação a respeito do tema, de maior relevância, se refere à expressão “*magnitude da lesão causada*”, contida no artigo 30, do texto, para efeito de autorizar o decreto de prisão preventiva, sendo que pelo menos duas questões podem ser feitas a partir da introdução desse requisito: a) a magnitude da lesão causada, por si só, pode substituir as condições previstas no artigo 312, do Código de Processo Penal, a saber, a garantia da ordem pública, a garantia da ordem econômica, a conveniência da instrução criminal e a necessidade de assegurar a aplicação da lei penal? b) diante do princípio da presunção de não-culpabilidade, insculpido expressamente no inciso LVII, do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, a magnitude da lesão causada deve ser considerada possível para fundamentar a prisão preventiva ou a negativa do condenado por sentença ainda não transitada em julgado de apelar em liberdade, ou seja, os artigos 30 e 31, da Lei nº 7.492/86, não foram recepcionados pela Constituição da República Federativa do Brasil?

O objetivo deste trabalho é buscar proceder à exegese do estatuído nos artigos 30 e 31, da Lei nº 7.492/86, principalmente diante do princípio garantístico previsto no artigo 5º, inciso LVII, do texto constitucional, no que concerne à magnitude da lesão causada ao sistema financeiro nacional como suficiente (ou indiferente) para o decreto de prisão preventiva nas ações penais intentadas acerca dos crimes contra o sistema financeiro nacional. Inicialmente, deve ser realçada a importância da intervenção do Direito Penal na criminalidade conhecida como “de colarinho branco”, ou macrocriminalidade econômico-financeira. O sistema financeiro nacional<sup>2</sup>, tal como hodiernamente concebido, se destina à realização do desenvolvimento equilibrado do Brasil e a servir aos interesses da coletividade, tal como dispõe o artigo 192, *caput*, da Constituição Federal. Apesar de tais considerações, tradicionalmente se verifica que o tratamento que o ordenamento jurídico ministra aos crimes cometidos pelas classes populares é infinitamente mais gravoso do que aquele aplicado aos crimes de colarinho branco<sup>3</sup>.

Como ressalta JOÃO MARCELLO DE ARAÚJO JÚNIOR, “no prefácio de *O Encilhamento*, obra na qual o Visconde de Taunay narrou a especulação criminosa ocorrida na Bolsa de Valores nos primeiros anos da República, já se dizia que ‘cambalachos, negociatas e tranqüibérnias dos grandes e insaciáveis piratas bolsistas e sua seqüela de devoradores da economia pública e particular’ não eram novidades

entre nós"<sup>4</sup>. A Criminologia, em suas investigações, já apresentou a conclusão de que a impunidade dos criminosos econômicos tem como causa, dentre outras, a ideologia da classe dominante que, detendo o poder, formula leis ilógicas, assistêmicas, aproveitando-se do sistema para permitir a delinquência não-aparente, na maioria das vezes em matéria de criminalidade econômica.

Dados estatísticos revelam que os crimes financeiros são os delitos que provocam mais danos à economia nacional<sup>5</sup> e, apesar dos efeitos deletérios causados, não receberam um tratamento sério: "... o nosso Direito Penal dispõe de escassas e, lamentavelmente, imperfeitas normas, numa legislação fragmentária, elitista e seletiva, que tem como consequência, a impunidade"<sup>6</sup>.

Assim, colocadas tais premissas, que retratam a relevância do tema não apenas no campo do direito, diante das inúmeras repercussões da delinquência econômico-financeira, é oportuno verificar o espírito do legislador ao formular as regras previstas nos artigos 30 e 31, da Lei nº 7.492/86. Nas palavras de MANOEL PEDRO PIMENTEL, o artigo 30 "originou-se do Projeto da Câmara dos Deputados, que no art. 30 assim dispôs: 'sem prejuízo do disposto no art. 312 do CPP, aprovado pelo Decreto-Lei 3.689, de 03/10/41, a prisão preventiva do acusado da prática de crime previsto nesta lei poderá ser decretada quando, em razão da magnitude da lesão causada pelo fato ou do clamor público por ele provocado, esteja configurada a situação em que a liberdade do mesmo comprometa a segurança ou a credibilidade do Sistema Financeiro Nacional"<sup>7</sup>. Nota-se, claramente, que além da magnitude da lesão causada, o projeto de lei previa o clamor público provocado como condição para a prisão preventiva, sendo que exigia a configuração de situação que compromettesse a segurança ou a credibilidade do Sistema Financeiro Nacional. Com a redação definitiva, tal como aprovado o texto, somente permaneceu a referência à magnitude da lesão causada.

## II. A PRISÃO PREVENTIVA, NO SISTEMA DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E NA LEI Nº 7.492/86

De acordo com a doutrina mais abalizada a respeito do tema, a prisão preventiva é espécie de prisão provisória, de natureza cautelar, fundada na necessidade de atuação célere do Estado-juiz para evitar consequências desastrosas, possuindo caráter meramente instrumental, já que visa preservar a eficácia e utilidade do Processo de Conhecimento ou do Processo de Execução. Assim, "no processo penal, exerce o juiz atividade instrumental de natureza cautelar, seja em face de uma pretensão de igual natureza, seja sem qualquer provocação das partes; embora sem criar uma relação processual autônoma, mas de forma incidental, existe pretensão cautelar nos casos de requerimento de prisão provisória, de aplicação de interdições de direitos e medidas de segurança, de seqüestro, de antecipação de prova testemunhal..."<sup>8</sup>. E, diante da natureza cautelar da medida excepcional, o próprio Código de Processo Penal enuncia os requisitos fundamentais para a configuração do provimento cautelar da prisão preventiva: o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. O *fumus boni iuris* é representado pela verificação judicial quanto à existência material do crime e de indício suficiente de autoria por parte do indivíduo, sujeito a investigação no procedimento inquisitorial ou, parte no processo penal: "desde que seja provável o resultado do processo principal, que se pretende garantir, está satisfeito um dos pressupostos da concessão da providência, a existência

*do fumus boni iuris*”<sup>9</sup>.

Já o *periculum in mora* (o perigo na demora do processo de conhecimento) é também tratado no artigo 312, do Código de Processo Penal, quando se refere à garantia da ordem pública, à garantia da ordem econômica, à conveniência da instrução criminal e à necessidade de assegurar a aplicação da lei penal. Ao cuidar de tais requisitos, WEBER BATISTA observa: “nas duas últimas hipóteses, temos verdadeiras medidas cautelares; garantir a colheita da prova e assegurar a presença do réu para o eventual cumprimento da pena são medidas tomadas no interesse do processo, sendo, pois, evidente seu caráter instrumental”<sup>10</sup>, complementando que no caso da decretação como providência para garantir a ordem pública (atualmente também devendo ser considerada a ordem econômica) “a medida não guarda relação direta com o processo; em vez disso, está voltada para a proteção de interesses a ele estranhos, tem nítido traço de medida de segurança.”<sup>11</sup>.

Como se sabe, a prisão preventiva, como espécie de prisão provisória, constitui instrumento para a realização do processo ou assegurar a utilidade da resolução do litígio: “a prisão cautelar constitui, na verdade, um poderoso instrumento a serviço do aparato punitivo estatal, refletindo quase sempre uma opção deliberada do legislador pelo emprego de instrumentos processuais com finalidades intimidatórias e repressivas”<sup>12</sup>.

Dos requisitos alternativos previstos no artigo 312, do Código de Processo Penal, a ordem pública (e, atualmente, também a ordem econômica), sem sombra de dúvida, é aquele que contém noção conceitual mais diluída, desconcentrada. “A ordem pública relacionam-se todas aquelas finalidades do encarceramento provisório que não se enquadram nas exigências de caráter cautelar propriamente ditas, mas constituem formas de privação da liberdade adotadas como medidas de defesa social; fala-se, então, em ‘exemplaridade’, no sentido de imediata reação ao delito, que teria como efeito satisfazer o sentimento de justiça da sociedade; ou, ainda, em prevenção especial, assim entendida a necessidade de se evitar novos crimes; uma primeira infração pode revelar que o acusado é acentadamente propenso a práticas delituosas ou, ainda indicar a possível ocorrência de outras, relacionadas à supressão de provas ou dirigidas contra a própria pessoa do acusado”<sup>13</sup>. Poder-se-ia dizer, assim, que o processo penal cautelar, em matéria de prisão preventiva, excepciona a regra geral dos requisitos da tutela cautelar, considerando que a indispensabilidade de se garantirem a ordem pública e a ordem econômica extrapola o requisito do *periculum in mora*. Em outras palavras: não há como se confundir a tutela jurisdicional relacionada à prisão preventiva fundada na ordem pública (ou ordem econômica) com a tutela propriamente cautelar.

A meu sentir, a tutela jurisdicional, nesta hipótese, melhor se encaixa na noção da tutela antecipatória, tal como reconhecida atualmente no âmbito do Código de Processo Civil, em seu artigo 273<sup>14</sup>. “A prisão provisória é uma dessas dolorosas necessidades sociais diante das quais é forçoso inclinar-se, pois sem ela seria impossível proteger o direito e a sociedade, e todas as liberdades civis seriam irremediavelmente destruídas.”<sup>15</sup> Ou seja: o magistrado, percebendo a verossimilhança do teor da imputação apresentada contra o acusado, e a grande probabilidade deste voltar a delinquir, antecipa o provimento jurisdicional que se prevê condenatório, afastando o perigo determinado e iminente. Daí a razão de ser da prisão preventiva motivada pela necessidade de garantir a ordem pública (e, atualmente, também, a ordem econômica).

E, a referência contida no artigo 30, da Lei nº 7.492/86, ao tratar da magnitude da lesão causada para fundamentar a prisão preventiva nos crimes contra o sistema financeiro

nacional? A controvérsia que surge em decorrência da menção à magnitude da lesão causada se situa na possibilidade de tal causa ser autônoma em relação às três mencionadas no artigo 312 do Código de Processo Penal, ou se, na verdade, representa apenas a explicitação de alguma delas<sup>16</sup>. Quanto ao *fumus boni iuris*, é inquestionável a necessidade de observância do disposto no artigo 312, mencionado, considerando que a prisão preventiva somente poderá ser decretada quando *houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria*.

Para MANOEL PEDRO PIMENTEL, diante da alteração da redação originária do projeto de lei que se transformou na Lei nº 7.492/86, a referência feita no artigo 30 coincide com a garantia da ordem pública e, assim, o dispositivo apenas explicita uma das hipóteses de se buscar a preservação da ordem pública, sendo que tal posição vem sendo seguida pela jurisprudência, conforme se verifica pela leitura do seguinte trecho de ementa, do Tribunal Regional Federal da 4ª Região: "... 1. O art. 30 da Lei 7.492, de 16/06/86, não revogou o art. 313 do CPP. Seu efeito foi o de complementar o pressuposto da 'garantia da ordem pública', estabelecido no art. 312 do CPP, dando acento e realce para a 'magnitude da lesão', nos casos de crime contra o sistema financeiro nacional"<sup>17</sup>.

Esta parece ser, também, a orientação de RODOLFO TIGRE MAIA acerca do tema: "*Tendo em vista a excepcionalidade que deve revestir a prisão cautelar estamos que a exegese deste artigo deverá ser restritiva, sendo o prejuízo causado, por maior que seja, insuficiente por si mesmo de ensejar a decretação da prisão preventiva, o que parece ter sido a mens legis ao não alterar a redação do citado art. 312 e, sim, determinar que este fosse considerado quando do sopesamento da magnitude da lesão*".<sup>18</sup>

Sem embargo da posição doutrinária e jurisprudencial que se firmou a respeito do tema, parece-me não ser a mais correta, em se considerando que não caberia ao legislador editar norma específica em lei especial tão-somente para pormenorizar um dos pressupostos mencionados no artigo 312, do Código de Processo Penal. Seria um *non sense*, uma total inutilidade, em relação ao sistema jurídico vigente, mesmo porque tradicionalmente a noção de ordem pública sempre foi propositadamente desconcentrada, com o objetivo de permitir ao juiz a explicitação da ameaça à paz e tranquilidade no meio social. Ou ainda: "*a decretação da prisão preventiva com base na garantia da ordem pública ou da ordem econômica funciona cautelarmente, impedindo a prática de novos crimes*"<sup>19</sup>, apesar de, como visto, nesta hipótese não existir propriamente tutela cautelar.

A magnitude da lesão provocada pela prática de crime contra o sistema financeiro nacional, assim, deve ser considerada pressuposto autônomo em relação aos demais previstos no artigo 312, do Código de Processo Penal, e não é mera explicitação da necessidade de garantia da ordem pública. O artigo 30, da Lei nº 7.492/86, ao dispor que a prisão preventiva poderá ser decretada por força da magnitude da lesão causada, sem prejuízo do disposto no artigo 312, do diploma processual penal, introduziu dois comandos, dentro do sistema vigente: a) inicialmente, para a prisão preventiva necessariamente deverá ser verificada a presença do *fumus boni iuris* (prova da existência material do crime e indício suficiente de autoria); b) e, em relação ao *periculum in mora* foi criado outro pressuposto, além dos previstos no Código de Processo Penal, que é a magnitude da lesão causada pelo crime, sendo que ainda que o prejuízo econômico não seja consideravelmente gravoso, poderá caber o decreto de prisão preventiva por motivo de garantia da ordem pública, da ordem econômica, conveniência da instrução criminal e necessidade de preservar a aplicação da lei penal. A interpretar o dispositivo de outro modo, tal como vem sendo feito pela jurisprudência e grande parte da doutrina, o artigo 30

seria completamente desnecessário, a não ser que se cogitasse do absurdo de que somente caberia a prisão preventiva, nos crimes contra o sistema financeiro nacional, se fosse fundada na preservação da ordem pública (ou econômica), somente na "modalidade" da magnitude da lesão causada.

ROBERTO PODVAL também considera que a magnitude da lesão causada não se confunde com qualquer um dos pressupostos relativos ao *periculum in mora*, entendendo ainda que a Constituição Federal de 1988 não recepcionou o dispositivo por violação ao princípio da presunção da inocência: "... decretar-se a prisão preventiva com fundamento na magnitude da lesão causada (lei 7.492/86) não tem esse aspecto cautelar. Aliás, tem verdadeiro aspecto punitivo. Note-se que a magnitude da lesão é consequência do crime, fator que deve ser levado em consideração para a aplicação da pena"<sup>20</sup>. Apesar do acerto do citado jurista acerca da autonomia do pressuposto 'magnitude da lesão', a orientação mais consentânea com o sistema não implica na constatação de qualquer violação ao princípio da não-culpabilidade, tal como previsto no texto constitucional. Assim, no tópico final, será devidamente analisado o princípio da não-culpabilidade (denominado, por outros, princípio da inocência), e a sua compatibilidade com os artigos 30 e 31, da Lei nº 7.492/86.

### III. O PRINCÍPIO DA NÃO-CULPABILIDADE E A LEI Nº 7.492/86

O princípio (irregularmente denominado) da presunção de inocência deita suas raízes históricas no sistema do *common law*, tendo se consagrado no art. 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789<sup>21</sup>. Cuida-se de princípio moralizador, instituído na reforma penal e processual penal, estabelecendo a estrita legalidade das punições e a substituição do procedimento inquisitório e secreto por um processo acusatório, público, com ampla igualdade entre a acusação e a defesa.

Já no curso do século XX, após o término da Segunda Guerra Mundial, evento causador de males eternos, foi proclamada a Declaração Universal dos Direitos do Homem que, em seu artigo 11, 1, novamente previu o princípio da não-culpabilidade<sup>22</sup>. No Brasil, os textos constitucionais até o advento da Constituição de 1988, nunca se referiram expressamente ao princípio da não-culpabilidade, sem que tal omissão formal impedisse a consideração da adoção do princípio no ordenamento jurídico então vigente: "... verificava-se por parte da doutrina grande sensibilidade ao considerar a presunção da inocência como princípio informador do nosso ordenamento, especialmente em face da adesão do Brasil à Declaração dos Direitos do Homem, de 1948"<sup>23</sup>.

Tal como se verifica nos trabalhos desenvolvidos na Assembléia Nacional Constituinte, duas proposições foram formuladas para expressar o princípio, a saber: "presume-se a inocência do acusado até o trânsito em julgado da sentença condenatória" e "considera-se inocente todo cidadão, até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória", sendo que ao final foi definida a redação constante do atual inciso LVII ("ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória"). Tal mudança certamente não se deveu a mera questão terminológica, mas sim a algumas críticas que foram feitas: "De fato, não se pode presumir alguém inocente, exatamente quando está respondendo a processo, porque há prova de que foi cometido um crime e indícios de que é seu autor. Ou quando, por força daquela prova, e em razão de indícios ainda mais sérios, é posto sob custódia preventiva"<sup>24</sup>.

Assim, diversamente do que se coloca, genericamente, a presunção não é propriamente de inocência, caso contrário nem investigado o indivíduo poderia ser, ou nunca poderia ser decretada sua prisão processual: *"as prisões decretadas anteriormente à condenação, que numa visão mais radical do princípio nem sequer poderiam ser admitidas, encontram justificação apenas na excepcionalidade de situações em que a liberdade do acusado possa comprometer o regular desenvolvimento e a eficácia da atividade processual"*<sup>25</sup>. É certo que a prisão processual não pode ter o sentido de prevenção ou repressão ao crime praticado, pois assim estaria desvirtuando todo o ordenamento jurídico, razão pela qual caso o pressuposto da prisão necessite a formulação de juízo de culpabilidade do sujeito, ele será reputado inconstitucional por violação ao princípio da não-culpabilidade.

No caso da magnitude da lesão causada, isoladamente, a alicerçar o decreto de prisão preventiva, a finalidade é a recuperação do controle e da confiança do sistema financeiro nacional, diante do profundo e sério abalo sofrido, além de impedir excessos por força da revolta de um número indeterminado de pessoas. Ou seja: a grande possibilidade de provocação de grave comoção social em decorrência do crime perpetrado, de largo alcance, com reflexos econômicos no próprio país, deve ser avaliada e, caso se conclua pela magnitude da lesão, além do *fumus boni iuris*, é imperioso o decreto da preventiva. Da mesma forma que a ordem pública (e, atualmente também a ordem econômica) não representa propriamente um fundamento de índole cautelar, mas exige a antecipação da tutela jurisdicional através da medida preventiva, a magnitude da lesão causada segue a mesma sistemática. A circunstância da magnitude da lesão ser conseqüência do crime e, assim, merecedora de consideração na fixação da pena-base, em caso de condenação, não é obstáculo a que seja reputada pressuposto para a custódia preventiva, já que na própria noção de ordem pública vários fatores podem ser levados em conta na fixação da pena<sup>26</sup>.

ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO, em alentado trabalho, considera que *"o recurso à ordem pública em matéria penal e processual-penal tem uma destinação bastante clara: a de fazer prevalecer o interesse da repressão em detrimento dos direitos e garantias individuais"*, concluindo que na sistemática constitucional e processual vigente, *"não é legítima a prisão anterior à condenação transitada em julgado, senão por exigências cautelares indeclináveis de natureza instrumental ou final, e depois de efetivada apreciação judicial, que deve vir expressa através de decisão motivada"*<sup>27</sup>. Apesar dos brilhantes fundamentos apresentados pelo citado jurista, a ponto de concluir indiretamente pela insubsistência do pressuposto de garantia da ordem pública para efeito de prisão preventiva, esta não deve ser a posição mais acertada sobre o tema, porquanto a idéia do *mal* necessário deve prevalecer, no confronto entre o interesse do sujeito que se vê ameaçado no seu *status libertatis* e o interesse público. Como lembrado anteriormente, a garantia da ordem pública no tema da prisão preventiva está mais próxima da tutela antecipatória, o mesmo ocorrendo com a magnitude da lesão causada pelo crime contra o sistema financeiro, sem perquirir, concretamente, a possibilidade de coexistência de outros pressupostos, como a conveniência da instrução criminal diante da possibilidade de destruição de provas (mesmo porque são crimes de maior complexidade, em termos probantes) e o iminente risco de fuga (justamente em decorrência das vultuosas quantias auferidas com o ilícito praticado e, normalmente, transferidos para o exterior).

Retomando o raciocínio da introdução destas linhas, é importante notar que a prisão preventiva fundada na magnitude da lesão causada, diante do crime contra o sistema financeiro nacional, vem buscar fornecer uma resposta à sociedade contra os



profundos e desastrosos efeitos detectados, tentando preservar o interesse público quanto à preservação ou recuperação do sistema financeiro nacional, drasticamente abalado pelo crime perpetrado. Ou seja: a *mens legis* é possibilitar que, através da prisão preventiva, seja alcançado um meio de coibir o colapso do sistema financeiro, diante da magnitude da lesão causada pelo crime.

O alcance do princípio da não-culpabilidade, evidentemente, não pode referir-se à negação da prisão preventiva motivada em razão da magnitude da lesão causada, e sim de impedir o que antigamente se concebia "prisão preventiva compulsória, ou seja, aquela imposta por lei ao juiz, sem que este pudesse analisar a conveniência ou necessidade da medida. Assim, nos casos de crimes com sanção de reclusão cominada no patamar máximo igual ou superior a dez anos, o juiz era obrigado a decretar a preventiva somente verificando a materialidade da infração e indícios de autoria, no sistema anteriormente vigente. Tal regra foi suprimida, deixando de ser compulsória a prisão preventiva por mais grave ou nefasto o crime perpetrado, cabendo ao magistrado, no exercício de suas funções, avaliar a necessidade e conveniência da prisão preventiva, nos limites da discricionariedade (e, não arbitrariedade) estabelecida em lei.

Contudo, adotando o entendimento exposto por ROBERTO PODVAL, no sentido da inconstitucionalidade do pressuposto da magnitude da lesão causada, por violação ao princípio da não-culpabilidade, é de se indagar: tal inconstitucionalidade abrangeria o disposto no artigo 31, da Lei nº 7.492/86, considerando que, nesta hipótese, foi proferida sentença condenatória, reconhecendo a magnitude da lesão, mesmo para o efeito de quantificação da pena-base? A resposta, neste caso, indubitavelmente seria outra, considerando que a natureza da prisão determinada em sentença condenatória recorrível é diversa daquela relativa à prisão provisória. Conforme ensinamento de AFRÂNIO SILVA JARDIM, ao se referir à prisão determinada em sentença condenatória recorrível, "*em verdade, tal prisão não tem qualquer vínculo de acessoriedade com o resultado pretendido na ação penal condenatória, mas é o próprio acolhimento da pretensão punitiva, ou seja, é a própria medida jurisdicional postulada pelo autor da ação*"<sup>28</sup>. Aliás, a cognição é exauriente, considerando que o magistrado terá analisado detidamente todos os elementos de prova, valorando-os para efeito de declarar o direito de punir, reconhecido em favor do Estado, condenando o réu a sanção por ele fixada (normalmente acima do mínimo legal, considerando a presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis, diante das conseqüências do crime na sociedade). A prisão em virtude de sentença condenatória recorrível, portanto, não possui natureza cautelar, tampouco de antecipação da tutela jurisdicional, mas sim é execução provisória da pena, a permitir que o próprio acusado possa usufruir dos benefícios que a legislação de execução penal prevê<sup>29</sup>.

Assim, diante do teor do artigo 31, da Lei nº 7.492/86, nos crimes apenados com reclusão, o condenado não poderá apelar sem antes se recolher à prisão, ainda que primário e de bons antecedentes, caso seja reconhecida a magnitude da lesão causada pelo crime contra o sistema financeiro nacional praticado, independentemente da presença de qualquer outro pressuposto previsto no artigo 312, do Código de Processo Penal.

Evidentemente que a prisão provisória deverá ser devidamente fundamentada pelo julgador para atender o disposto na Constituição Federal, daí a precisa observação de LUIZ FLÁVIO GOMES: "*a prisão cautelar ou processual só não ofende o princípio da presunção de inocência quando devidamente fundamentada sua necessidade. (...) Quando se trata de uma prisão cautelar, urge a necessidade de uma dupla fundamentação da sentença: uma decorrente da obrigação geral (CF, art. 93, IX), outra*



*derivada da obrigação específica prevista no art. 5º, inc. LXI, da CF.”<sup>30</sup>*

Desse modo, algumas conclusões podem ser feitas, relativamente à magnitude da lesão causada pelo crime contra o sistema financeiro nacional (prevista nos artigos 30 e 31, da Lei nº 7.492/86), e o princípio da não-culpabilidade:

a) a referência à magnitude da lesão causada pelo crime contra o sistema financeiro nacional não é especialização da necessidade de garantia da ordem pública, prevista no artigo 312, do Código de Processo Penal, tratando-se de pressuposto autônomo, autorizador do decreto de prisão preventiva;

b) a referência feita ao artigo 312, mencionado, contida no artigo 30, da Lei nº 7.492/86, serve para explicitar que os outros fundamentos previstos no artigo 312, poderão se caracterizar, independentemente da existência de magnitude da lesão, além de necessariamente serem verificadas as condições do *fumus boni iuris*;

c) tanto a garantia da ordem pública quanto a magnitude da lesão causada (esta, somente nos crimes contra o sistema financeiro nacional) fundamental à prisão preventiva não de índole cautelar, mas sim como antecipação da tutela jurisdicional;

d) inexistente inconstitucionalidade na prisão preventiva fundada na garantia da ordem pública ou na magnitude da lesão causada, muito menos relativamente a possível infringência ao princípio da não culpabilidade;

e) ainda que se admitisse tal inconstitucionalidade (o que não é o caso), inexistiria razão para impedir a prisão decretada em sentença condenatória recorrível, por força da magnitude da lesão causada, e profundamente analisada no *decisum*.

#### NOTAS:

<sup>1</sup> Art. 30. Sem prejuízo do disposto no art. 312 do Código de Processo Penal, aprovado pelo Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941, a prisão preventiva do acusado da prática de crime previsto nesta lei poderá ser decretada em razão da magnitude da lesão causada.

Art. 31. Nos crimes previstos nesta lei e punidos com pena de reclusão, o réu não poderá prestar fiança, nem apelar antes de ser recolhido à prisão, ainda que primário e de bons antecedentes, se estiver configurada situação que autoriza a prisão preventiva.

<sup>2</sup> Nas palavras de FRANCISCO CLÁUDIO DE ALMEIDA SANTOS, ao comentar que o sistema financeiro é o bem jurídico tutelado pela Lei nº 7.492/86, “compreendendo-se a política financeira do governo, a estabilidade da moeda, a tranqüilidade do mercado financeiro e de valores mobiliários, a segurança dos investidores e dos poupadores, e, sobretudo, a confiança nas instituições financeiras e, conseqüentemente, no sistema” (Algumas reflexões sobre os chamados “crimes do colarinho branco”, in Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, n. 6, Brasília, ano 3, jul.-dez. 1995, p. 162).

<sup>3</sup> RODOLFO TIGRE MAIA, com peculiar sensibilidade, apresenta análise a respeito da *crise de legitimidade das normas jurídicas, em especial das jurídico-penais*, envolvendo o Estado brasileiro contemporâneo, onde inúmeros crimes graves vêm sendo praticados contra o sistema financeiro nacional, sem o tratamento jurídico-penal condigno (*Dos crimes contra o sistema financeiro nacional*, São Paulo, Malheiros Editores, 1996, p. 10-11).

<sup>4</sup> Cidadania não é favor: reflexões político-criminais, Rio de Janeiro, EdUERJ, 1995, p. 5.

<sup>5</sup> A respeito de tais estatísticas e os dados comparativos entre a criminalidade econômica e a

criminalidade tradicional contra o patrimônio (do Código Penal), importante é a leitura do alentado artigo *Os crimes contra o sistema financeiro no esboço de nova Parte Especial do Código Penal de 1994*, de autoria de JOÃO MARCELLO DE ARAÚJO JÚNIOR (in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 11, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, jul.-set. 1995, p. 149).

<sup>6</sup> JOÃO MARCELLO DE ARAÚJO JÚNIOR, *Os crimes contra o sistema financeiro no esboço de nova Parte Especial do Código Penal de 1994*, p. 150.

<sup>7</sup> Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 190. No mesmo sentido é o comentário de ROBERTO PODVAL (*Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial*, coord. Alberto Silva Franco e Rui Stoco, 6. ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, p. 569).

<sup>8</sup> AFRÂNIO DA SILVA JARDIM, *Direito Processual Penal: estudos e pareceres*, 2. ed., Rio de Janeiro, Editora Forense, p. 207.

<sup>9</sup> WEBER MARTINS BATISTA, *Liberdade provisória*, 2. ed., Rio de Janeiro, Editora Forense, 1985, p. 13.

<sup>10</sup> Liberdade provisória, p. 16.

<sup>11</sup> WEBER MARTINS BATISTA, *idem*, p. 16.

<sup>12</sup> ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO, *Presunção de inocência e prisão cautelar*, São Paulo, Editora Saraiva, 1991, p. 60.

<sup>13</sup> ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO, *idem*, p. 67. FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO exemplifica alguns casos que permitem a configuração da ordem pública a fundamentar a preventiva: "se o indiciado ou réu estiver na iminência de sofrer atos de vingança por parte da vítima, dos seus familiares, ou da multidão incontida e revoltada com a prática do crime; se o indiciado ou réu estiver cometendo novas infrações penais, sem que se consiga surpreendê-lo em estado de flagrância; se estiver fazendo apologia de crime, ou incitando ao crime, ou se reunindo em quadrilha ou bando, haverá perturbação da ordem pública" (*Processo Penal*, v. 3, 9. ed., São Paulo, Editora Saraiva, 1986, p. 423).

<sup>14</sup> De acordo com a nova redação do artigo 273, introduzida pela Lei nº 8.952/94, o juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

<sup>15</sup> WEBER MARTINS BATISTA, *Liberdade provisória*, p. 10.

<sup>16</sup> Trata-se da colocação do teor do dilema, tal como feita por TIGRE MAIA: "Cabe discutir, apenas, se a 'magnitude da lesão' constituiria um fundamento autônomo à decretação da custódia cautelar; ao lado dos outros três fundamentos constantes do ordenamento processual (*periculum in mora*) ou se, ao contrário, deveria ser tal situação reconhecida como hábil a justificar a prisão provisória apenas quando associada a um dos outros fundamentos tradicionais" (Dos crimes contra o sistema financeiro nacional, p. 168).

<sup>17</sup> Trata-se do julgamento do Habeas Corpus nº 411.152, do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, tendo como Relator o Juiz TEORI ALBINO ZAVASCKI, publicado no DJU de 21.08.90. No mesmo sentido, deve-se considerar o julgamento do Habeas Corpus nº 94.01.14136-3/DF, tendo como Relator o Juiz Eustáquio Silveira, do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, publicado na RTFR 1ª Reg., v. 7, n. 4, p. 439.

<sup>18</sup> Dos crimes contra o sistema financeiro nacional, p. 168, sendo que o autor ainda complementa, ao mencionar que a garantia da ordem pública pode objetivar acautelar o meio social e a própria

credibilidade da justiça: "é exatamente neste fundamento que a magnitude da lesão causada ao SFN, qual seja, o grande valor do prejuízo econômico causado às empresas, investidores, instituições públicas etc., ou ainda, o grande número de lesados pela conduta típica, poderá prioritariamente repercutir, ocasionando grave comoção social, de modo a ensejar uma eventual decretação da custódia preventiva" (p. 169).

<sup>19</sup> ROBERTO PODVAL, in *Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial*, p. 569.

<sup>20</sup> Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial, p. 569, sendo que o autor ainda complementa: "Conclui-se daí que o legislador, ao criar nova hipótese de prisão preventiva, não apenas extrapolou os limites da prisão cautelar (necessária para evitar maiores prejuízos), como exigiu do aplicador um juízo de culpabilidade, verdadeira antecipação dos efeitos da condenação, incompatível com o princípio da inocência".

<sup>21</sup> De acordo com o texto original, "tout homme étant présumé innocent, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi", daí distinguindo-se dois efeitos: a presunção da inocência, em termos processuais, não estando obrigado a provar sua inocência; e o impedimento da adoção de medidas restritivas da sua liberdade pessoal antes de ser reconhecido culpado, salvo nos casos de absoluta necessidade.

<sup>22</sup> Assim, na tradução do dispositivo, "toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se prove sua culpabilidade, conforme a lei e em juízo público no qual sejam asseguradas todas as garantias necessárias à defesa" (apud ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO, *Presunção de inocência e processo cautelar*, P. 18).

<sup>23</sup> ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO, *idem*, p. 31.

<sup>24</sup> WEBER MARTINS BATISTA, *Liberdade provisória*, p. 28-29.

<sup>25</sup> ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO, *Presunção de inocência e prisão cautelar*, p. 65.

<sup>26</sup> Apesar de discordar da conclusão tirada por TIGRE MAIA, nesse particular, confira a transcrição de julgamento do Supremo Tribunal Federal que considerou a forma de execução do crime, a conduta do acusado antes do evento, as circunstâncias do crime que provocaram clamor público e outras para efeito de retratar a necessidade de garantia da ordem pública, a justificar a prisão preventiva (*Dos crimes contra o sistema financeiro nacional*, p. 168-169).

<sup>27</sup> ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO, *idem*, pp. 67 e 86.

<sup>28</sup> AFRÂNIO DA SILVA JARDIM, *Direito Processual Penal*, p. 235.

<sup>29</sup> Deve ser anotada a posição defendida por ROGÉRIO LAURIA TUCCI, para quem "a prisão provisória de natureza processual, decorrente de ato decisório de pronúncia ou de sentença condenatória recorrível, não tem como se manter perante o examinado regramento constitucional, sobretudo por significar antecipada admissão de culpabilidade do pronunciado ou do condenado, de todo inadmissível" (*Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*, São Paulo, Editora Saraiva, 1993, p. 409). Tal entendimento foi expressamente infirmado pelo Superior Tribunal de Justiça que, através do enunciado constante da Súmula n. 9, considerou que "a exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência".

<sup>30</sup> LUIZ FLÁVIO GOMES, *Crime organizado*, 2. ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 182.

# **JURISPRUDÊNCIA**

## **Direito Administrativo**

---

SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

1ª Vara Federal

Ação Ordinária

Processo: 87.0002890-8

Autor: Raul Kodama

Ré: União Federal

Juiz: Dr. Edward Carlyle Silva

SENTENÇA

Vistos, etc.

Raul Kodama, qualificado na inicial, ajuíza ação de conhecimento pelo rito ordinário em face da União Federal, objetivando tornar insubsistente o Decreto Presidencial de 02/08/46 que determinou sua reforma na graduação de 2º Sargento, para compelir a ré a promovê-lo a 2º Sargento, reformando-o a seguir no posto de 2º Tenente, com proventos de 1º Tenente, nos termos da Lei nº 2.370/54 c/c a Lei nº 2.579/55, computadas as seguintes vantagens e gratificações: Gratificação de 35% por Tempo de Serviço (Aviso Ministerial nº 118/GB/70); Etapa de Asilado, correspondente ao soldo de Capitão (Lei nº 4.328/64, art. 37, alínea "c"); percentual de 25% (Lei nº 4.328/64, art. 156, § 2º, com as vantagens integrais do art. 2º e parágrafo único do Decreto-Lei nº 8.795/46); Casa Própria (Leis nºs 2.378/54, alterada pela Lei nº 3.596/59); Adicional Inatividade e Indenização de Habilitação Militar; Guarnição Especial e Abono Militar (art. 7º da Lei nº 2.283/54, que alterou a Lei nº 1.316/51), tudo a partir de 04/01/45, com pagamento das diferenças, reflexo e consectários legais.

Sustenta, em suma, que na condição de ex-Combatente foi agraciado com "Medalhas de Campanha" e "Medalhas de Guerra", por sua participação em operações bélicas em área de conflito na Itália durante a Segunda Guerra Mundial, quando veio a ser ferido, com conseqüentes seqüelas físicas e mentais, tendo sido considerado inválido e, portanto, incapaz para o serviço do Exército, sem lograr prover os próprios meios de subsistência, apesar do que não lhe foi concedida a reforma a que faz jus.

Citada, a União Federal apresenta contestação, argüindo, preliminarmente, a possibilidade de continência de ações ou de coisa julgada em face da existência de processo julgado pela 5ª Vara Federal envolvendo as mesmas partes. Como prejudicial ao conhecimento do mérito, suscita a prescrição quinquenal. Aduz, em síntese, com base em informações prestadas pelo Ministério do Exército, o correto enquadramento do autor, efetivado com estrita obediência à legislação aplicável à espécie (fls. 20/22 e 23/64).

Réplica refutando os termos da contestação e reiterando pedido de Perícia Médica Psiquiátrica formulado na inicial, o que foi deferido (fls. 67/68 e 73).

Laudo pericial (fls. 93/96).

Parecer do Assistente Técnico da União (fls. 119/121).

Promoção do Ministério Público Federal, pela apuração da alegação de litispendência e regularização processual do autor, com nomeação de curador à lide e, ainda, pela anexação aos autos de documentos comprobatórios de tratamento psiquiátrico da época em que o autor foi reformado, com o fito de afastar a incidência da prescrição, eis que a mesma não corre contra os incapazes (fls. 158/159).

Petição do autor requerendo a nomeação de sua esposa como curadora à lide, no que foi atendido pelo Juízo (fls. 161/165 e 166).

Termo de Compromisso firmado pela Curadora do Autor (fls. 167).

Ofício do Juízo da 5ª Vara Federal desta Seção Judiciária encaminhando cópia de sentença de mérito, julgando improcedente pedido de restabelecimento da etapa de asilado formulado pelo autor da presente demanda (fls. 174/179).

Parecer do Ministério Público Federal, pela improcedência do pedido (fls. 181/182).

É o Relatório.

Passo a Decidir.

## 1. QUANTO À PRELIMINAR:

Em primeiro lugar cumpre examinar a alegação de coisa julgada no que pertine ao pedido referente à "Etapa de Asilado" na forma do art. 37, alínea "c" da Lei nº 4.328/64 (fls. 08).

Tendo em vista a possibilidade da ocorrência da tal instituto na hipótese em questão, foram solicitadas cópias relativas àquele processo para a 5ª Vara Federal desta Seção Judiciária. A respectiva resposta com a cópia das peças solicitadas foram anexadas aos autos às fls. 174/179.

De fato, pelo que se depreende do confronto entre os pedidos formulados e naquela ação, tenho para mim que, em relação ao pedido de etapa de asilado, já existe coisa julgada.

Note-se que a ação nº 00.077518-8 que transitou pela 5ª Vara Federal tinha por objetivo o restabelecimento da etapa de asilado do autor, com o pagamento das respectivas diferenças desde a sua transformação em auxílio-invalidez. Ora, o item "c" de fls. 08 do presente processo possui idêntico pedido.

Constata-se, portanto, que, nos dois casos, são idênticas as partes, os pedidos e a causa de pedir. Saliente-se, outrossim, que a certidão de fls. 179, verso datada de 02 de outubro de 1989, menciona expressamente que a sentença proferida no processo da 5ª Vara Federal, que julgou improcedente o pedido, transitou em julgado.

Relembrando o disposto no art. 301, inciso VI e § 3º do CPC, chega-se à conclusão de que este pedido não pode mais ser apreciado visto que definitivamente decidido.

Art. 301 – Compete-lhe, porém, antes de discutir o mérito, alegar:

.....(omissis)

VI – coisa julgada;

.....(omissis)

§ 3º – Há litispendência, quando se repete ação, que está em curso; há coisa julgada, quando se repete ação que já foi decidida por sentença, de que não caiba recurso.

Diante do exposto, acolho a preliminar de coisa julgada suscitada pela União Federal no que pertine ao pedido de etapa de asilado e pagamento das respectivas diferenças.

## 2. QUANTO À PREJUDICIAL:

Quanto à prejudicial de prescrição quinquenal também suscitada pela ré, entendo como incabível seu acolhimento.

Compulsando os argumentos apresentados por ambas as partes e, principalmente, em virtude do resultado dos laudos psiquiátricos tanto pelo perito do Juízo (fls. 93/96), quanto pelo Assistente Técnico da União (fls. 119/121), tenho para mim que outra não pode ser a conclusão deste magistrado senão que a prescrição não poderia correr contra o autor, visto que, pelo fato de ser incapaz, encontra-se protegido pelo disposto no art. 5º, inciso II, e 169, inciso I, ambos do Código Civil. *In verbis*:

Art. 5º – São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

..... (omissão)

II – os loucos de todo o gênero;

..... (omissão)

Art. 169 – Também não ocorre a prescrição:

I – contra os incapazes de que trata o art. 5º ;

..... (omissão)

O fato é que não se discute sobre a inexistência da prescrição quanto aos incapazes, em especial quanto aos loucos de todo o gênero.

Relembre-se que não obstante a falta de uma sentença de interdição em relação ao autor, esta possui natureza meramente declaratória segundo a corrente majoritária tanto na doutrina como na jurisprudência. Significa dizer que a sentença mencionada apenas declara uma situação de fato já existente, o que caracteriza o fato de a doença preexistir à sua constatação judicial.

Neste sentido trazemos à baila a decisão adiante transcrita:

Ementa:

Administrativo e Civil. Prescrição: Inocorrência.

I – Nos termos do CC, arts. 169, I C/C 5, II, não corre prescrição contra os loucos de todo gênero.

II – A sentença de interdição, por seu conteúdo predominantemente declaratório, tem eficácia *ex tunc*.



III – Apelação conhecida e provida, nos termos do voto condutor.

Informações da origem:

Tribunal; TR2 Acórdão Decisão: 07/08/1991 Proc: Ac  
Num: 0201390 Ano: 89 UF: RJ Turma: 03 Região: 02

Relator: Juiz Arnaldo Lima

Ora, no caso em exame, os laudos técnicos anteriores mencionados (incluindo o do Assistente Técnico da Parte ré) são incisivos na caracterização da patologia que acomete o autor, isto é, em ambos os exames restou demonstrado que o mesmo é portador de distúrbio mental com fator "atuante e traumatizante" vinculado à sua participação na Segunda Guerra Mundial.

Cabe neste momento transcrever do Perito do Juízo existente às fls. 94: "Pelo que nos foi dado observar através do exame procedido, o examinado Raul Kodama apresenta quadro psicopatológico e é portador de distúrbio mental de caráter psicótico de natureza (mas provavelmente desenvolvido numa personalidade pré-mórbida, na qual sua participação na guerra mundial atuou como fator "atuante e traumatizante", desencadeando-o. Cumpre-nos salientar que o presente exame foi realizado após longo decurso de tempo pós-guerra (a nosso ver tardiamente solicitado), sendo que seu distúrbio psíquico teve desenrolar sem, praticamente, nenhum tratamento e atualmente, face faixa etária avançada, sofreu algum agravamento sobressalente. Permanece, contudo, pertinente o vínculo com o fator desencadeante inicial. Sua capacidade laborativa se acha comprometida a ponto de, no nosso entender, não possa ele exercer nenhuma atividade profissional que possa contribuir a prover os meios de sua subsistência."

Na resposta aos quesitos formulados pelo autor, especialmente os de números 03 e 04 (fls. 74), fica evidente a relação de causa e efeito entre os horrores da guerra e a doença que acomete o autor, bem como o fato desta última acarretar alteração na sua personalidade e autodeterminação.

Corroborando o parecer do perito nomeado pelo Juízo, foi anexado aos autos o parecer do Assistente Técnico da União (fls. 119/121).

Na resposta aos quesitos formulados pelas partes, tal Assistente Técnico, a quem este Juízo rende homenagens pelo trabalho honesto e claro realizado, afirma que existe relação de causa e efeito entre os horrores da guerra e o atual estado de saúde do autor, bem como que a referida doença mental foi adquirida em serviço.

Malgrado haver mencionado que o mesmo estaria incapacitado para "alguns" tipos de trabalho, o fato é que após longos anos sem exercer qualquer atividade e em face de sua avançada idade, não pode o autor exercer no momento qualquer atividade profissional, tanto assim que o próprio laudo esclarece que o autor não está em condições de prover os meios de sua subsistência.

Diante de todo o exposto, tenho para mim que ficando caracterizada a doença mental que acomete o autor e que compromete sua vontade e pragmatismo, não obstante a inexistência de sentença de interdição, o fato é que a prescrição não pode correr contra o mesmo, eis que se trata de um incapaz (art. 5º, inciso II e art. 169, inciso I, ambos do Código Civil). Conforme outrora referido, sendo meramente declaratória a sentença de interdição, o "estado de loucura", se é que assim se pode chamá-lo presente, ensejando com isso

venham a ser adotadas todas as medidas cabíveis para defender seus interesses, inclusive a não fluência do prazo prescricional.

A "loucura" já existia antes de sua declaração formal pela aludida sentença, o que demonstraria a necessidade de que o prazo prescricional não corresse contra o autor, pois, do contrário, estaríamos admitindo que o mesmo, em não podendo defender seus interesses de acordo com a lei, fosse condenado por esta mesma lei à perda de seus direitos. Estaríamos diante de uma verdadeira incoerência entre seus dispositivos.

Partindo-se da premissa de que sendo o autor incapaz encontra-se protegido da fluência do prazo prescricional, também considero incabível a "divisão" que se possa pretender estabelecer entre "prescrição do fundo do direito" e "prescrição das prestações anteriores a cinco anos do ajuizamento da ação". Quanto ao primeiro caso, diante dos argumentos acima expostos, tenho para mim que o autor encontra-se resguardado em seus direitos. Já no que tange ao 2º caso, há alguma divergência entre nossos Tribunais. Particularmente, como entendo que a prescrição é una, quero crer que as "prestações sucessivas anteriores ao período de 05 anos" não podem sofrer a incidência de princípios distintos. Este aspecto é parte de um todo que, a meu ver, é indivisível, isto é, ou o incapaz está protegido da prescrição ou não está, sendo que, aí sim, neste último caso, poderíamos adotar a solução da prescrição quanto às parcelas sucessivas.

Neste sentido, cumpre-me mencionar as seguintes decisões: =

Ementa:

Administrativo e Civil – Militar – Reforma – Incapacidade Civil – Prescrição - art. 169, inciso I do CC.

I – Somente após a perícia é que se poderia considerar a matéria prescricional, porquanto, se o exame pericial comprova o nexo de causalidade entre a alegada alienação mental e o fato do serviço militar, terá aplicação a regra do art. 169, inciso I, do CC.

II – Recurso Provido. Sentença Cassada.

Informações da origem:

Tribunal: TR2 Acórdão decisão: 20-11-1995 Proc: AC Num: 0225486 Ano: 90 UF: RJ Turma: 04 Região: 02

Relator:- Juiz Carreira Alvim

Ementa:

Administrativo e Civil - Militar - Reforma - Proventos Correspondentes a Graduação de 3º Sargento. Incapacidade Civil Decorrente do Serviço Militar. Sentença que não Considerou o Pedido de Realização de Perícia Médica. Prescrição. Art. 169, do Código Civil.

1 – Somente após a perícia é que se poderia considerar a matéria prescricional, porquanto, se o exame pericial comprovar o nexo de causalidade entre a alegada alienação mental e o fato do serviço militar, poderá ter

aplicação a regra do art. 169, do Código civil.

2 – Recurso provido, em parte, para anular a sentença, devendo outra ser proferida após a realização da prova especificada.

Informações da origem:

Tribunal: TR2 Acórdão Decisão: 02-09-1992 Proc: AC  
Num: 0203661 Ano: 89 UF: RJ Turma: 02 Região: 02

Relator: - Juiz Alberto Nogueira

Face o exposto, rejeito a prejudicial de prescrição suscitada pela União Federal.

### 3. QUANTO AO MÉRITO:

3.1 - Pedido de reforma – Compulsando os termos contidos na inicial e corroborados pelos demais documentos existentes nos autos, não resta a menor dúvida sobre a participação do autor na Força Expedicionária Brasileira – FEB, que atuou nos campos de batalha na Itália durante a Segunda Grande Guerra Mundial.

Em uma dessas batalhas, ele acabou sendo ferido, conforme se constata pelo documento de fls. 14. Após regressar ao Brasil, foi o mesmo julgado incapaz definitivamente para o serviço no Exército, motivo pelo qual foi reformado pelo Decreto Presidencial de 02 de agosto de 1946, com graduação de Segundo Sargento (fls. 15).

Ocorre, entretanto, que, no entender do autor, ele preenchia as formalidades legais exigidas para que lhe fossem concedidos os benefícios das Leis nºs 288/48, 2.370/54 e 2.579/55, e do Decreto-Lei nº 8.795/46, eis que na época de sua reforma era portador de seqüelas físicas e mentais que o tornavam incapaz não só de permanecer no Exército como também de prover a própria subsistência. Diante de tais fatos e possuindo sua invalidez relação de causa e efeito com a guerra, alega o autor que sendo Cabo à época do ferimento, deveria ter sido promovido ao posto de 2º Sargento (art. 10 da Lei nº 8.795/46) com os vencimentos de 1º Tenente, acrescidos da respectiva etapa de asilado, hoje denominada auxílio-invalidez. Alega, que fica caracterizado seu prejuízo na medida em que "os proventos de 1º Tenente são superiores aos de 2º sargento que ele vem recebendo". Afirma, por fim, que, por ter sido ferido em combate, deveria ter sido promovido ao posto imediato (2º Sargento) e reformado no posto de 2º Tenente com os proventos de 1º Tenente, tudo acrescido das Diárias de Asilado, Gratificação por Tempo de Serviço, Indenização de Habilitação Militar, Indenização Adicional de Inatividade e demais vantagens constantes do artigo 2º, parágrafo único do Decreto-Lei nº 8.795/46.

Cumprido observar inicialmente que o Decreto Presidencial que efetivou a reforma do autor fez expressa menção aos artigos 75, alínea "a", parágrafo único e 76, alínea "a", §1º, ambos do Decreto-Lei nº 3.940 de 16 de dezembro de 1941 e ao art. 2º c/c artigo 9º e 10, todos do Decreto-Lei nº 8.795 de 23/01/46.

Assim sendo, rezam os artigos 2º, *caput*, e parágrafo único, 9º e 10 do Decreto-Lei nº 8.795 de 23 de janeiro de 1946:

Art. 2º – Os que hajam sido incapacitados em consequên-

cia de ferimentos verificados ou moléstias adquiridas na zona de combate, quando em cumprimento de missão ou desempenho de serviço, ou em qualquer situação, de ferimentos decorrentes de ação inimiga, são promovidos ao posto imediato ao que tinham quando foram feridos ou adquiriram moléstia, aplicado o disposto no art. 10, e reformados com o vencimento do posto ou graduação da hierarquia normal subsequente ao da promoção.

Parágrafo único – Os que ficarem impossibilitados para todo e qualquer trabalho terão essas vantagens aumentadas de 25%, hospitalização especializada vitalícia, quando necessária e a juízo médico, casa própria de acordo com seu posto e educação dos filhos menores, a expensas do Estado.

.....(omissis)

Art. 9º – Não se aplicam as disposições do Decreto-Lei nº 7.270, de 25 de janeiro de 1945, aos militares aqui abrangidos, salvo aqueles que desejarem submeter-se ao seu regime ou, se as causas que os incapacitarem para o serviço militar não os impedir de retomar em toda a sua plenitude suas atividades normais na vida civil, hipótese em que, além dos proventos de sua atividade civil passarão a perceber 50% das vantagens de que trata este Decreto-Lei.

Art. 10 – Para os efeitos expressos deste Decreto-Lei, serão considerados postos, para os soldados, 3º sargento; para os cabos, 2º sargento; para os sargentos em geral, aspirantes a oficial e para os aspirantes, subtenente, 2º tenente.

.....(omissis)

Ora, em primeiro lugar devemos verificar que o aludido Decreto-Lei cuida especificamente das vantagens a que têm direito os militares da Força Expedicionária Brasileira incapacitados fisicamente.

Em relação ao disposto no artigo 2º, *caput*, do referido Decreto, cabe esclarecer que quando a incapacidade for oriunda de ferimentos ou moléstias adquiridas na zona de combate em decorrência do cumprimento de missão ou desempenho de serviço, ou qualquer outra hipótese, desde que os ferimentos sejam ocasionados pela ação do inimigo, o militar será promovido ao posto imediato ao que ocupava, obedecendo o disposto no art. 10 do mesmo Decreto-Lei. Mas não é só isso. A sua reforma ocorrerá com os vencimentos do posto ou graduação da hierarquia normal subsequente ao da promoção.

Apenas compulsando o teor do documento de fls. 11 e verso, tenho para mim que não assiste razão integral a nenhuma das partes. De fato, pelo documento acima mencionado, verificamos que o autor foi promovido e posteriormente reformado como 2º sargento, sendo-lhe aplicados os vencimentos relativos a 1º Sargento (fls. 11, verso, tornada sem efeito pela apostila da Lei nº de 15/11/48). Constata-se, portanto, que há uma interpretação mais abrangente por parte do autor e mais restritiva por parte da ré em relação ao aludido dispositivo.

O que está especificamente mencionado no art. 10 do Decreto-Lei nº 8.795/46 é que

na promoção do militar serão observadas as determinações ali expostas. A sua reforma terá por base o posto ou graduação encontrado pela "tabela" ali descrita.

Atente-se, porém, que em relação aos vencimentos a serem pagos, estes corresponderão ao posto ou graduação da hierarquia normal subsequente ao da promoção.

No caso do autor, o posto ou graduação da hierarquia normal subsequente é o de 2º Tenente. Tratando-se de vantagem concedida por legislação específica, obrigatoriamente os seus dispositivos é que devem ser adotados. Assim, a tabela do art. 10 acima mencionado permanece em vigor quanto ao cálculo dos vencimentos do posto da hierarquia superior.

Ocorre, outrossim, que de acordo com o art. 33, § 2º, alínea "a" da Lei nº 2.370/54 que regula a inatividade dos militares, independentemente do fato de ser militar da ativa incapacitado ou ex-combatente, o posto ou graduação da hierarquia normal é o de 2º Tenente:

Art. 33 – O militar julgado incapaz por um dos motivos constantes das letras a e d, do art. 30, será reformado no posto ou graduação imediata ao que possuir na ativa, com vencimentos e vantagens previstos no Código de Vencimentos e Vantagens dos Militares.

..... (omissis)

§ 2º - Considera-se para efeitos destes artigos, como posto ou graduação imediata:

a) – o de 2º tenente para o aspirante a oficial, guardamarinha, subtenente, suboficial, sargento-ajudante, 1º, 2º e 3º sargento.

..... (omissis)

Também não é o caso de se aceitar integralmente o pedido do autor, eis que pretende ser promovido uma vez em razão do ferimento sofrido e, outra vez, em virtude de sua reforma e ainda por cima receber os vencimentos do posto imediatamente superior. Com a devida vênia, carece de amparo legal tal pedido. Admitir-se tal interpretação é adotar visão extremamente "elástica" sobre o texto legal, o que, a meu ver, é inteiramente incabível. O autor, na verdade, pretende ser promovido duas vezes (quando do ferimento da reforma) e receber os vencimentos de uma graduação. Trata-se de pretensão inviável na medida que o aludido dispositivo não prevê a dupla promoção tal como pretende o autor, limitando-se a promover o incapaz com os vencimentos do posto ou graduação da hierarquia normal subsequente.

3.2 Diária de Asilado – A diária de asilado requerida também foi objeto de exame quando da apreciação da preliminar, já tendo ficado definido que a mesma foi objetivo de sentença de mérito transitada em julgado, não havendo mais nada a ser feito.

3.3 Gratificação por Tempo de Serviço – Com relação à Gratificação por Tempo de Serviço prevista no Aviso Ministerial nº 118/68 de 29/09/70, creio que não assiste direito ao autor. Verificando o próprio Decreto Presidencial que o reformou (fls. 15), constata-se que o autor possuía um ano, nove meses, e treze dias de serviço. Partindo-se de tal premissa,

impossível que o mesmo venha obter a gratificação por tempo de serviço. Eis que desde o advento da Lei nº 4.328/64, não subsiste mais a determinação do artigo 303 da Lei nº 1.316/51 que possibilitava o pagamento ao incapaz da gratificação por tempo de serviço sem o preenchimento do necessário requisito (anos de serviço).

3.4 Percentual de 25% - No que pertine ao pedido de incorporação do percentual de 25% previsto no artigo 156, § 2º da Lei nº 4.328/64, corroborando o disposto no artigo 2º, parágrafo único do Decreto-Lei nº 8.795/46, tenho-o por cabível.

Note-se que de acordo com os dispositivos acima mencionados, os incapacitados para todo e qualquer trabalho teriam acrescidos àquelas vantagens concedidas pelo Decreto-Lei nº 8.795/46 o percentual de 25%, além de hospitalização especializada vitalícia, casa própria de acordo com o posto ocupado, além de educação dos filhos menores a expensas do Estado. Sendo assim, não vejo como impedir a aplicação da referida norma legal ao caso em apreço, uma vez que, conforme podemos constatar pelos laudos médicos de fls. 93/96 e fls. 119/121, o autor já estava incapacitado para executar qualquer trabalho à época de sua reforma, em função da alienação mental que o acometia.

Ora, não se diga outrossim que a doença do autor somente acarretou sua incapacidade total e permanentemente nos últimos anos. Conforme podemos verificar dos documentos anexados aos autos, bem como dos laudos periciais realizados, o autor possui "distúrbios mentais de caráter psicótico de natureza indefinida" (fls. 94) sendo que sua participação na guerra mundial atuou como fator "atuante e traumatizante desencadeando-a". Restou demonstrado, portanto, que a alienação mental já existia quando o mesmo foi reformado em 1946.

Além de tais fatos, o próprio assistente Técnico da União Federal salientou em seu laudo que a doença que acomete o autor altera sua personalidade e a autodeterminação de pragmatismo, "possuindo relação de causa e feito com os horrores da guerra" (itens 03 e 04).

Para encerrar qualquer discussão sobre o assunto, esclarece o laudo acima mencionado que a doença ou lesões foram adquiridas pelo autor em serviço, o que comprova a tese de que já existiam quando de sua reforma.

De todo o exposto, restou claro que a doença que acomete o autor originou-se logo após os ferimentos sofridos, isto é, ainda no decorrer da Segunda Guerra Mundial. Diante de tal fato, evidente seu direito ao recebimento do percentual de 25%, ainda mais se não recebe o auxílio-invalidez, hipótese na qual não seriam acumuláveis.

3.5 Pedido de casa própria - Quanto ao pedido de casa própria, entendo que também lhe assiste razão. O art. 1º da Lei nº 3596/59 determinava que o parágrafo único do artigo 2º da Lei nº 8.795/46 passasse a fazer menção à vantagem da casa própria de acordo com o posto do militar.

A questão da casa própria ficou regulada pela Lei nº 2.378/54, que dispõe em seu artigo 6º:

Art. 6º - Aos militares da FEB, incapacitados fisicamente e impossibilitados para todo e qualquer trabalho, na forma do art. 2º, do Decreto-Lei nº 8.795, de 23 de janeiro de 1946, o Governo doará casa própria, no valor de 60 (sessenta) vezes os proventos na reforma, que estiverem sendo percebidos na data da doação, exclusive o aumento de 25% (vinte e cinco por cento) referido no seu parágrafo único, com acréscimo de dez mil cruzeiros por filho até o

limite de três.

Parágrafo único – Aos militares beneficiados por este artigo serão extensivos os mesmos direitos e vantagens estabelecidos pelo parágrafo 2º do art. 4º.

Deste modo, parece-me correto o entendimento segundo o qual, não obstante a ausência de verba orçamentária para tal finalidade, o pagamento pode ser feito *in specie*, com a entrega do valor correspondente a 60 (sessenta) vezes os "proventos na reforma que estiverem sendo percebidos na data da doação".

Neste sentido, trazemos à baila as seguintes decisões deste Egrégio Tribunal Regional Federal:

Ementa:

I – Administrativo – ex-febiano – do ação da casa própria – por ser ex-febiano, autor faz jus a doação da casa própria no valor de 60 (sessenta) proventos da reforma, com as vantagens delaradas no art. 6. da Lei n. 2378, de 24/12/54 – não tem direito ao pagamento em dobro da quantia devida.

II – Remessa improvida – sentença confirmada.

Informações da origem:

Tribunal: TR2 Acórdão Decisão: 24-10-1994 Proc: Reo Num: 0214748 Ano: 92 UF: RJ Turma: 01 Região: 02

Relator: Juiz Frederico Gueiros

Ementa:

Processual Civil. Militar. Ex-combatente da FEB. Homologação de Cálculo de Liquidação. Impugnação. Tempestiva. Sentença que, na fase de conhecimento, concede vantagem da letra "a", parágrafo único, do art. 2 do Decreto-Lei 9795/46, com a redação dada pela Lei nº 3596/56. Base de cálculo. 60 vezes os proventos da reforma. Aplicabilidade.

Apelação provida. Decisão unânime.

Informações da origem:

Tribunal: TR2 Acórdão Decisão: 02-09-1992 Proc: AC Num: 0200243 Ano: 90 UF: RJ Turma: 02 Região: 02

Relator: Juiz Alberto Nogueira

3.5 - Adicional de Inatividade e Gratificação de Habilitação Militar – No que tange aos pedidos de Adicional de Inatividade e Gratificação de Habilitação Militar, constatado pelo exame dos documentos de fls. 35/38 e 46/49 que o autor já os recebe em seus proventos, ficando, portanto, prejudicada a apreciação de tais pedidos.

3.6 – Gratificação por Guarnição Especial e Abono Militar – Quanto aos pedidos de Gratificação Especial e Abono Militar nos respectivos percentuais de 30% e 20%, tenho-os por

incabíveis na medida em que o autor não apresentou quaisquer provas de seu alegado direito.

Rezam os artigos 69 e 120 da Lei nº 1.316/51:

Art. 69 – Abono militar é o quantitativo destinado a atender, em parte, à despesas resultantes da renovação de uniformes, sua manutenção e apresentação condigna; da aquisição e manutenção do equipamento de uso pessoal especializado e imprescindível ao exercício da profissão; e da instabilidade de local e horário próprio da função militar.

Art. 120 – Gratificação de serviço em guarnição especial neste Código, denominada de gratificação de guarnição especial, é o quantitativo destinado a compensar o militar pela permanência em localidades situadas em regiões fronteiriças do país, de condições precárias de vida e de salubridade, ou em outras regiões, de índices exagerados de custos de vida.

A simples menção de que o autor possui este direito em face do disposto no artigo 7º da Lei nº 2.283 de 09 de agosto de 1954 não conduz imediatamente à comprovação de tal fato, ainda mais quando tal Lei foi revogada pelos artigos 192 e 193 da Lei nº 4.328 de 30 de abril de 1964.

Neste sentido, cabe trazer à baila as seguintes decisões do Egrégio TRF da 4ª Região e outra, deste Colendo Tribunal Regional Federal:

Ementa:

Administrativo. "Abono Militar". "Guarnição Especial". Incorporação aos Proventos de Aposentadoria. Ônus da Prova. Honorários Advocatícios.

1. Cumpre ao autor provar os fatos constitutivos de seu direito; *in casu*, não há prova alguma sobre os valores dos proventos após a Lei 4328/64, não se podendo deduzir que houve a redução alegada.

2. Invertidos os ônus sucumbenciais, e fixados os honorários advocatícios em 10% sobre o valor atualizado da causa.

3. Apelação e remessa oficial.

Informações da origem:

Tribunal: Tr 4 Acórdão RIP: 04288782 Decisão: 24-08-1995  
Proc: AC Num: 0428878 Ano: 95 UF: RS Turma: 05 Região: 04

Relator: Juíza Marga Inge Barth Tessler

Ementa:

Administrativo – Militar – Lei 8237/91.

- Vantagens em questão foram asseguradas aos impetrantes com suporte nos arts. 300 e 303 da Lei 1316/51, C/C a Lei 2283/54.



- A administração servindo-se dos artigos 192 e 193 da Lei n. 4328/64 aboliu tais vantagens.
- O poder judiciário em respeito ao direito adquirido restabeleceu as gratificações.
- Lei n. 8237/91 facultou aos beneficiários o direito de optarem pela nova situação ou continuarem no regime em que se encontram.
- Argumentos da sentença não foram abalados pela razão do recurso.

Informações da origem:

Tribunal: TR 2 Acórdão RIP: 00009561 Decisão: 14-02-1996  
Proc: AMS Num: 0200483 Ano: 94 UF: RJ Turma: 03 Região: 02

Relator: Juiz Celso Passos

Diante de todo o exposto,

**JULGO PROCEDENTE EM PARTE O PEDIDO**, condenando a União Federal a efetuar a revisão do Decreto Presidencial de fls. 15, procedendo à reforma de Raul Kodama no posto de 2º sargento, mas com proventos de 2º Tenente, acrescidos do percentual de 25% da Lei nº 4.328/64. Condeno a União ao pagamento das diferenças devidas em razão desta revisão, a contar da data da publicação do aludido Decreto Presidencial (03 de setembro de 1946), em razão da inexistência de prescrição em relação ao caso, tudo acrescido de juros legais de 06% (seis por cento) ao ano e correção monetária na forma da súmula nº 71 do extinto TFR até o advento da Lei nº 6.899/81 e, posteriormente, nos termos desta última até sua efetiva inclusão em folha de pagamento. Condeno a ré, ainda, à entrega da casa própria regulada pela Lei nº 2.378/54 ao autor, correspondendo sua base de cálculo a 60 (sessenta) vezes o valor de sua reforma, já atualizada e revisada, conforme acima determinado.

**JULGO IMPROCEDENTES** os pedidos de Gratificação por Tempo de Serviço, Adicional de Inatividade, Indenização de Habilitação Militar, Guarnição Especial e Abono Militar, em face das razões acima mencionadas.

**JULGO EXTINTO O PROCESSO**, sem julgamento do mérito, em relação ao pedido de "Etapa de Asilado" em face do art. 267, inciso V, última figura do CPC.

Por fim, condeno a União Federal ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes arbitrados em 10% (dez por cento) do valor da condenação.

Sentença sujeita ao duplo grau de jurisdição obrigatório.

Dê-se vista ao ilustre representante do M.P.F.

P.R.I.

Rio de Janeiro, 22 de setembro de 1998.

**EDWARD CARLYLE SILVA**  
Juiz Federal Substituto,  
em exercício na 1ª Vara.

SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

1ª Vara Federal

Mandado de Segurança

Processo: 98.0006912-7

Impetrante: CATV SAT LTDA

Impetrado: Delegado do Ministério das Comunicações no Estado do Rio de Janeiro

Juiz: Dr. Edward Carlyle Silva

SENTENÇA

Vistos, etc.

CATV SAT LTDA, qualificada na inicial, impetra mandado de segurança, com pedido liminar, contra ato do Ilmº. Sr. Delegado do Ministério das Comunicações no Estado do Rio de Janeiro, objetivando, *in verbis*: "...sustar de pronto e provisoriamente o ato atacado, com a determinação de que se desfaça a malsinada lacração e se suspenda a apreensão dos equipamentos, com sua devolução à propriedade e posse da Impetrante, tudo de sorte a assegurar o normal e regular funcionamento da Impetrante na atividade de DISTV FECHADA e ao final conceder a segurança...".

Alega, em suma, que desenvolve atividade econômica lícita, consistente em distribuir por meios físicos a usuários da cidade de Nova Friburgo/RJ sinais de sons e imagens recebidos de retransmissores ou via satélite. Ocorre que os equipamentos da impetrante, destinados à recepção, amplificação dos referidos sinais, foram arbitrariamente lacrados e concomitantemente apreendidos por agentes de fiscalização da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) que, para tanto, violaram os conectores de seu sistema de transmissão, sob a alegação de que os equipamentos em referência operavam clandestinamente, apesar de a impetrante haver provado documentalmente sua condição de DISTV e não de TV a Cabo.

Sustenta que tais atos estão inquinados de nulidade, portanto desmotivados, com o agravante de constituírem-se em violação aos preceitos constitucionais do devido processo legal e da liberdade do exercício de trabalho, nos termos da Constituição Federal (art.5º, incisos XIII, LIV e LV), com afronta, ainda, à legislação reguladora dos serviços de telecomunicações (Lei nº 9.427/97; Lei nº 8.977/95; Decreto-Lei nº 236/67; Portaria nº 250/89; Portaria nº 84/95).

Concedida a medida liminar (fls. 52/53).

Informações prestadas pela autoridade apontada como coatora, com documento, argüindo, preliminarmente, sua ilegitimidade passiva *ad causam*. No mérito, esclarece, em suma, que nenhum direito assiste à impetrante quanto à conversão de serviços destinados a comunidades fechadas para execução de TV a Cabo, uma vez que a mesma não possui sequer autorização para serviço de DISTV, e o que vem fazendo, em realidade, é distribuir sinais de TV para comunidade aberta, isto é TV a Cabo, o que afronta a legislação

pertinente à espécie, inclusive oferecendo riscos para usuários e transeuntes (fls. 58/73 e 74/97).

Promoção do Ministério Público Federal, opinando deva ser acolhida a preliminar de ilegitimidade passiva argüida pela autoridade impetrada, no mérito, pela denegação da segurança (fls. 69/71).

É o Relatório.

Passo a decidir.

#### QUANTO À PRELIMINAR:

Antes de adentrar no mérito do pedido, cumpre examinar a alegação de ilegitimidade passiva da autoridade apontada como coatora. Segundo esta, o *writ* foi dirigido contra autoridade meramente executora de ordens de seu superior hierárquico. No caso, este "superior hierárquico" seria o Gerente Geral de Fiscalização da A NATEL - Agência Nacional de Telecomunicações, com sede em Brasília/DF.

Malgrado os argumentos apresentados, não vislumbro razão nos mesmos.

Muito embora possa ser mera autoridade executora, o fato é que o *writ* foi dirigido contra quem, em "tese", pode ordenar a apreensão do material da impetrante, bem como cumprir as determinações deste Juízo no sentido da imediata devolução dos mesmos.

Assim sendo, se o ato inquinado de ilegal foi praticado por autoridade cuja área de atuação abrange a cidade da impetrante, me parece que o *mandamus* deve ser interposto em face da autoridade que praticou o ato e tem condições de neutralizá-lo, e não contra seu superior hierárquico, localizado em outro Estado da Federação e sem o conhecimento necessário para responder sobre a conduta inquinada de ilegal.

Do exposto, rejeito tal preliminar.

#### QUANTO AO MÉRITO:

Inicialmente cumpre verificar o teor do pedido formulado no presente mandado de segurança.

Conforme podemos perceber às fls. 20, o objetivo da ação é a determinação deste Juízo para que se desfaça dos equipamentos da impetrante, devolvendo-se à mesma aqueles objetos que lhe foram apreendidos, "de sorte a assegurar o normal funcionamento da impetrante na atividade de DISTV FECHADA".

Observa-se, portanto, que o presente *mandamus* não visa garantir o direito de permanecer explorando serviços na atividade de DISTV FECHADA com a declaração da regularidade jurídica de sua constituição e funcionamento. O objetivo, ao que parece, é o de recuperar os equipamentos apreendidos para continuar operando, tal como vinha fazendo. O pedido somente procura assegurar à impetrante o direito de continuar funcionando na atividade de DISTV FECHADA.

A questão pela autoridade apontada como coatora é a de que a atividade exercida

pela impetrante não está caracterizada como sendo da DISTV FECHADA, mas sim de verdadeira TV a Cabo.

Conforme verificamos através da Lei nº 8.977 de 06 de janeiro de 1995 que dispõe sobre serviço de TV a cabo e dá outras providências, a matéria já possui alguns termos legalmente definidos, tais como:

"Art. 5º - Para os efeitos desta Lei são adotadas as seguintes definições:

I – Concessão – é o ato de outorga através do qual o Poder Executivo confere a uma pessoa jurídica de direito privado o direito de executar e explorar o serviço de TV a Cabo;

.....(omissis)

V – Operadora de TV a Cabo – é a pessoa jurídica de direito privado que atua mediante concessão, por meio de um conjunto de equipamentos e instalações que possibilitam a recepção, processamento e geração de programação e de sinais próprios ou de terceiros, e sua distribuição através de rede, de sua propriedade ou não, a assinantes localizados dentro de uma área determinada;

.....(omissis)

XI – Canais de Livre Programação da Operadora – é o conjunto de canais destinado à transmissão e distribuição de programas e sinais a assinantes, mediante contrato em tempo integral ou parcial, nos quais a operadora de TV a cabo tem plena liberdade de programação;

XIV – Rede Única – é a característica que se atribui às redes capacitadas para o transporte e a distribuição de sinais de TV, visando a máxima conectividade e racionalização das instalações dos meios físicos, de modo a obter a maior abrangência possível na prestação integrada dos diversos serviços de telecomunicações;

.....(omissis)"

Tal como salientado pela autoridade apontada como coatora, dispõem os artigos 42 e 43 da Lei nº 8.977/95:

"Art. 42 – Os atuais detentores de autorização do Serviço de Distribuição de Sinais de TV por Meios Físicos – DISTV, regulado pela Portaria nº 250, de 13 de dezembro de 1989, do Ministro de Estado das Comunicações, outorgadas até 31 de dezembro de 1993, que manifestarem formalmente ao Ministério das Comunicações o seu enquadramento nas disposições desta Lei, terão suas autorizações transformadas em concessão para

execução e exploração do serviço de TV a Cabo, pelo prazo de quinze anos, contado a partir da data da outorga da concessão.

§ 1º – A manifestação de submissão às disposições desta Lei assegurará a transformação das autorizações de DISTV em concessão para a prestação de serviço de TV a Cabo e deverá ser feita no prazo máximo e improrrogável de noventa dias, a partir da data da publicação desta Lei.

§ 2º – O Poder Executivo, de posse da manifestação de submissão às disposições desta Lei, tal como prevê este artigo, expedirá, no prazo máximo e improrrogável de trinta dias, o correspondente ato de outorga da concessão para prestação de serviço de TV a Cabo.

§ 3º – As autorizatárias do serviço de DISTV que ainda não entraram em operação e tiverem a sua autorização transformada em concessão do serviço de TV a Cabo terão o prazo máximo e improrrogável de doze meses para o fazerem, a contar da data de publicação desta Lei, sem o que terão cassadas liminarmente suas concessões.

Art. 43 – A partir da data da publicação desta Lei, as autorizatárias de DISTV, enquanto não for transformada a autorização em concessão do serviço de TV a Cabo, conforme previsto no artigo anterior, deverão prosseguir na prestação do serviço em redes submetidas às disposições desta Lei."

Sobre tal matéria foi publicada a Portaria nº 84 de 19 de março de 1995 que afirma em seu item I :

"I – Determinar que as entidades detentoras de autorização para Distribuição de Sinais de TV por Meios Físicos – DISTV, listadas no Anexo I a esta Portaria, que tiverem interesse na transformação de suas autorizações em concessões para execução do serviço de TV A Cabo, deverão manifestar, formalmente, ao Ministério das Comunicações, até 09 de abril de 1995, seu enquadramento às disposições da Lei nº 8.977/95, citada, bem como à legislação complementar que vier a ser baixada, acompanhada da seguinte documentação:

..... (omissis)"

Por fim, o item V da mesma Portaria afirma que:

"V – Como consequência da Lei de criação do Serviço de TV a Cabo, novos sistemas de distribuição de sinais de televisão por meios físicos – DISTV, independentemente do tipo de comunidade a ser servida, não poderão ser instalados."

Fazendo referência a tais dispositivos e com base na Portaria nº 250/89, a impetrada

afirma que a aludida empresa não pode ser enquadrada em nenhuma situação. E tal fato se daria em razão de a impetrante agir "como uma operadora, comercializando contrato com assinantes e fazendo propaganda."

De início, cumpre verificar para que tipo de comunidade a impetrante está prestando serviços. Na inicial consta que a atividade da impetrante é a de DISTV FECHADA, tanto que o pedido é justamente o de garantir a continuidade de suas atividades neste ramo.

Segundo definido no item nº 37 da Portaria nº 250/89, comunidade fechada é o "Conjunto de usuários localizados em áreas de acesso restrito, tais como condomínios verticais e horizontais, centros de comércio, hotéis, restaurantes, prédios, hospitais, escolas ou assemelhados."

Relembre-se, entretanto, o que dispõe o item 09 da mesma Portaria:

"9 – Da recepção e distribuição dos sinais existentes para comunidade fechada.

9.1 – Independe de autorização do DENTEL a instalação e utilização de equipamentos para recepção dos sinais de que trata a presente portaria, quando destinados a Comunidades Fechadas.

9.2 – Quando se trata de distribuição de sinais para Comunidade Fechada, a Operadora poderá preencher com outras opções de programação os disponíveis em seu sistema."

Constata-se, portanto, que para o exercício das atividades de DISTV FECHADA, não era necessária autorização do DENTEL, podendo até mesmo tais operadoras preencherem os canais disponíveis de seu sistema com outras opções de programação, conforme afirmado na portaria *sub examine*.

Ocorre, entretanto, que, verificando a documentação acostada aos autos na inicial pela própria impetrante, depreende-se que pelo menos atualmente, a atividade desta será voltada para a prestação de serviços de TV a Cabo.

A constatação advém do documento de fls. 31/33 relativo à Primeira Alteração de Contrato Social, cláusula 5ª denominada "DO OBJETIVO SOCIAL", onde se evidencia que o objetivo social principal da empresa é a prestação do serviço de TV a Cabo, tanto que os demais objetivos sociais permaneceram como secundários.

No próprio "Contrato Social de CATV SAT LTDA" (cláusula segunda) existe expressa menção de que tal sociedade teria por objetivo social a prestação de serviços de TV a Cabo, além de outros (fls. 36).

A cópia de fls. 41 referente aos votos de congratulações da Câmara Municipal de Nova Friburgo à aludida empresa afirma de modo expresso que a mesma "iniciou suas atividades em 1995, sendo pioneira na distribuição de sinais de TV por assinatura em Nova Friburgo."

Assim, a atividade da impetrante está adstrita aos ditames da Lei nº 8.977/95 que regula o serviço de TV a Cabo.

Dispõe o artigo 6º desta Lei:

"Art. 6º – Compete ao Poder Executivo a outorga, por

concessão, do serviço de TV a Cabo, pelo prazo de quinze anos, podendo ser renovado por períodos sucessivos e iguais."

Ora, se os artigos 42 e 43 desta mesma Lei estipulam um prazo para as empresas portadoras de autorização para agir no sistema de DISTV "manifestarem seu enquadramento nas disposições desta Lei" a fim de que suas autorizações sejam transformadas em concessões e o impetrante não possui autorização, eis que prescinde dela por atuar em comunidades fechadas, também não pode pretender atuar como distribuidora de sinais de TV a Cabo.

Temos então que se não possuía autorização para funcionar, concedida pelo DENTEL, enquadrava-se como DISTV FECHADA. Todos os documentos, porém, confirmam que seu objetivo era a distribuição de sinal relativo à TV a Cabo, logo, não pode ser considerada como DISTV FECHADA. E se não podia ser considerada como prestadora de serviços de TV a Cabo por não cumprir as determinações da Lei nº 8.977/95, temos que tal empresa operava irregularmente, alegando prestar um tipo de atividade (DISTV FECHADA), quando na realidade prestava outro (TV a Cabo).

Note-se, ademais, que não foi cabalmente comprovada a atividade que a impetrante afirma prestar, sendo a liminar concedida com o fito de, pelo menos temporariamente, garantir aos beneficiários de tal atividade a manutenção da contraprestação do pagamento de suas assinaturas.

Ora, se a impetrante não possuía autorização, não pode pretender sua "transformação em concessionária de TV a Cabo", tal como previsto no art. 42 *caput* da Lei nº 8.977/95.

Pelo que foi dito, salta aos olhos que a realidade dos fatos não condiz com os argumentos apresentados pela impetrante. Se sua atuação se restringisse à DISTV FECHADA, não existiria o menor problema. O fato, porém, é que sob esta "máscara" a conduta praticada é a de distribuidora de sinais de TV a Cabo, para a qual não possui qualquer tipo de autorização ou concessão.

Neste sentido vem se pronunciando a jurisprudência de nossos tribunais conforme as ementas adiante transcritas:

Isto posto, DENEGO A SEGURANÇA pleiteada por CATV SAT LTDA em face de ato do Sr. Delegado do Ministério das Comunicações no Estado de Rio de Janeiro. Custas pela impetrante. Sem honorários a teor das Súmulas nº 103 do Egrégio STJ e nº 512 do Colendo STF.

Dê-se vista ao ilustre representante do M.P.F.

P.R.I.

Rio de Janeiro, 1º de junho de 1998.

EDWARD CARLYLE SILVA  
Juiz Federal Substituto,  
em exercício na 1ª Vara

SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

2ª Vara Federal

Mandado de Segurança

Processo: 96.903-1

Impetrante: Manoel Félix Júnior

Impetrado: Diretor de Ensino da Marinha

MPF: Márcia Neves Pinto

Juiz: Dr. Júlio Emílio Abranches Mansur

SENTENÇA

Vistos, etc.

I - RELATÓRIO:

Manoel Felix Júnior, assistido por sua genitora Maria Victória Felix, impetrou o presente *writ* em face de ato praticado pelo Diretor de Ensino da Marinha que o eliminou de concurso público para ingresso no Colégio Naval em decorrência de ter sido reputado fisicamente incapaz em exame psicofísico, por má-formação dentária.

Como causa de pedir, sustenta que reúne condições físicas para ingressar na carreira militar, tendo, inclusive, sido considerado apto no mesmo concurso realizado um ano antes.

Acompanhando a inicial, documentos e procuração de fls. 04/19 e 25/26, não impugnados pela Autoridade impetrada, tendo sido as custas judiciais recolhidas em fls. 20.

Foi concedida a medida liminar, pela r. decisão de fls. 28, assegurando a matrícula do Impetrante no Curso de Admissão do Colégio Naval.

A Autoridade impetrada ofereceu informações em fls. 34/38 sustentando que a eliminação do Impetrante se deu em consonância com as normas regulamentares e as regras do edital do concurso, tendo em vista a constatação de sua incapacidade física, pugando pela denegação da ordem.

Juntou, outrossim, os documentos e informações de fls. 39/80.

Em fls. 82/83, o M.P.F. opinou pela denegação da segurança.

É O RELATÓRIO. EXAMINADOS,

DECIDO.

II - FUNDAMENTAÇÃO:

O feito encontra-se satisfatoriamente instruído, motivo pelo qual impõe-se o julgamento antecipado da lide, com fulcro no art. 330, inciso I do C.P.C.



Inexistindo preliminares a apreciar, passo ao exame direto do *meritum causae*.

Pretende o Impetrante anular ato que o eliminou de concurso público, realizado em 1995, para ingresso no Colégio Naval em decorrência de ter sido considerado inapto fisicamente através de exame psicofísico, por possuir má-oclusão dentária.

A carreira militar, tendo em vista as atividades inerentes ao desempenho das funções exercidas, por óbvio, exige que seus integrantes reúnam capacidades físicas plenas, sendo lícito impedir o acesso a tal carreira de indivíduos inaptos fisicamente.

Todavia, sendo o concurso público um ato administrativo de natureza complexa, deve respeitar os princípios que regem os atos da Administração Pública, dentre os quais a Razoabilidade.

A Autoridade impetrada alega em suas informações (fls. 34/38) que o Impetrante foi eliminado do referido concurso, inobstante ter logrado aprovação nas provas escritas de conhecimento, em virtude de problemas ortodentários que o tornariam incapaz para a vida militar.

Pelas informações médico-periciais, aduadas pela própria Autoridade impetrada em fls. 68, a Junta Regular de Saúde (JRS) do Centro de Perícias Médicas da Marinha (CPMM) assim justificou a conclusão de que o Impetrante seria inapto fisicamente, *in verbis*:

"A má-oclusão dentária é condição incapacitante para ingresso no CN (Colégio Naval) por influenciar nas diversas atividades desenvolvidas ao longo da carreira, tais como: mergulho, aviação, comunicação e predisposição a acidentes, pela projeção dentária observada".

*Data venia*, a conclusão obtida pela Junta Militar é totalmente irrazoável, sendo inverossímil e de difícil aceitação a tese de que por possuir má-formação ortodentária uma pessoa estaria incapacitada para o exercício de atividade militar.

Ora, ainda que se admita que tal falha dentária possa influir no desempenho físico do Impetrante, fere a razoabilidade considerar que o mesmo estaria inapto para a vida militar.

Inúmeros são os militares que possuem determinadas falhas, defeitos ou limitações de pequenas proporções que, entretanto, desempenham normalmente suas atividades.

Cabe lembrar que o militar, embora prescindida de uma saúde física regular, não será necessariamente um ser desprovido de qualquer falha ou limitação orgânica, sob pena de não se conseguir preencher os quadros das Forças Armadas, num país onde as condições de prevenção e tratamento na saúde estão longe do ideal.

Restrições impostas a certos defeitos como o presente são totalmente despropositadas, chegando a ser tão pitorescas quanto a crendice popular de que "quem possua pé chato não pode servir às Forças Armadas".

Deste modo, sendo a restrição imposta ao Impetrante desprovida de razoabilidade, nulo torna-se o ato que o eliminou do concurso em questão.

Não bastassem os motivos acima expostos, restou comprovado que o Impetrante, ao prestar o mesmo concurso um ano antes, foi considerado fisicamente capacitado pela mesma JRS que o reputou incapaz um ano depois, conforme se constata pelos documentos de fls. 75/76.

Este fato corrobora ainda mais o entendimento de que a eliminação do Impetrante foi totalmente irrazoável, haja vista que a má-oclusão dentária quase sempre tem origem congênita, hereditária, não sendo plausível que o problema tenha se agravado de forma tão acentuada no curto período de um ano.

Por fim, pela declaração médica de fls. 19 constata-se que o defeito dentário do Impetrante é facilmente corrigível, através da simples utilização de aparelhos ortodônticos.

Em face de todo o exposto, impõe-se a concessão da ordem.

### III – DISPOSITIVO:

Em face de todo o exposto, **CONCEDO A ORDEM** a fim de determinar o cancelamento do ato que eliminou o Impetrante do concurso para ingresso no Colégio Naval em decorrência de ter sido reputado fisicamente incapaz para a carreira militar, mantendo os efeitos da liminar concedida anteriormente.

Sem condenação em honorários advocatícios (súmula 512 do S.T.F.), reembolsando-se as custas judiciais adiantadas pelo Impetrante.

P.R.I. e Oficie-se, dando-se ciência ao M.P.F.

Sentença sujeita ao duplo grau obrigatório.

Rio de Janeiro, 03 de setembro de 1998.

**JÚLIO EMÍLIO ABRANCHES MANSUR**

Juiz Federal Substituto  
em exercício na 2ª Vara Federal

SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

21ª Vara Federal

Ação Ordinária

Processo: 00.0984305-1

Autores: 1) Sandra Maria Faroni, 2) Adolpho Fucs, 3) Ana Maria Ferreira Figueiredo, 4) Ana Maria Neif Alem, 5) Antonio Lauri de Oliveira, 6) Ayres Paiva da Costa Reis, 7) Celia Licht, 8) Clara Vainboim, 9) Eridan Maria Veloso de Passos, 10) Fernando Moretzsohn de Andrade, 11) Fernando José Ribeiro Muniz, 12) Gabriel Bastos, 13) Guiomar Saboia Carneiro Leão, 14) Iris Pacheco da Rocha Mendes Coelho, 15) João Paulo Favilla Monteiro, 16) Jorge Antonio de Miranda Schnoor, 17) Jorge da Silva Campos, 18) Leila Mattos Eyer de Araujo, 19) Leunam Costa Leite, 20) Lucia Maria de Amorim, 21) Maria da Conceição Santos Albuquerque, 22) Marilene de Oliveira Maron, 23) Mauro Balsalobra Leiva, 24) Neide Soares Velloso, 25) Ney Roberto Luiz Coelho, 26) Paulo Orlando Gulhon Albuquerque, 27) Sergio Santiago da Rosa, 28) Solange Osório, 29) Úrsula Hansen, 30) Yollette Maria Lima Cabral e 31) Zedyr Macedo.

Réu: União Federal

Juiz: Dr. Guilherme Bollorini Pereira

SENTENÇA

Vistos, etc.

Os autores, servidores públicos federais qualificados às fls. 02/16, ajuízam a presente ação ordinária, objetivando a reclassificação, dentro dos cargos que ocuparam e ocupam, para a referência 57 da Classe Especial da Categoria Funcional de Fiscal de Tributos Federais, a partir de 01/03/76 e, conseqüentemente na referência NS-25 da mesma classe e categoria, a partir de 01/01/81 e, finalmente, no padrão III, da Classe Especial da Categoria Funcional de Auditor Fiscal do Tesouro Nacional, com a conseqüente condenação da ré a pagar as diferenças daí advindas.

Alegam que, como ex-ocupantes do cargo da classe singular de Técnico de Tributação do Ministério da Fazenda, instituída pelo Decreto-Lei 788/69, estavam posicionados no teto funcional da carreira e, portanto, no mais alto nível de remuneração previsto na Lei 3780, de 12/07/60.

Com a edição do Decreto-Lei nº 1024, de 21/10/69, afirmam os autores que foi preservada a posição dos Técnicos de Tributação, mantendo-os no teto funcional. Com o advento da Lei 5645, de 10/12/70, e o Decreto nº 76.346, de 01/10/75, no entanto, alegam que a Administração Pública Federal, por intermédio de transposição, criou a classe "C" da categoria Fiscais de Tributos Federais e reclassificou-os nesta, com a extinção da anterior, mas o fez de maneira prejudicial. Isso porque deveriam ter sido classificados na última referência da classe "C".

Mais tarde, através do Decreto-Lei 1445, de 13/02/76, foram os autores enquadrados na tabela de vencimentos anexa ao diploma legal, mas não na última referência (ref. 57, com

vencimento mais alto), sujeitando-os, destarte, ao processo de promoção. Isso ocorreu, dizem os autores, em detrimento de seus vencimentos pessoais, se comparados com os de outras categorias, e.g., Procuradores da República, Delegado da Polícia Federal etc.

Veio a lume, então, o Decreto-Lei 2225, de 10/01/85, que criou a carreira de Auditor Fiscal do Tesouro Nacional, ocasião em que os autores, mais uma vez por transposição, foram posicionados em classe intermediária, embora tivessem direito adquirido ao enquadramento no último degrau da carreira, PADRÃO III, já que ocupavam essa posição por força do disposto no Decreto-Lei 788/69.

Dizem os autores que galgaram o último nível da carreira por concurso público, tendo direito adquirido, conforme Súmulas 15 e 16 do STF.

Inicial de fls. 02/24 instruída com documentos de fls. 25/115. —

Custas pagas às fls. 118, verso. —

Contestação da ré às fls. 126/144, alegando, em primeiro lugar, a prescrição da pretensão autoral, eis que os atos de enquadramento aludidos na petição inicial ocorreram há mais de dez anos, devendo ser aplicado, destarte, o art. 1º do Decreto 20.910/32. O que os autores pretendem, diz a ré, é a revisão judicial dos atos administrativos que estabeleceram o enquadramento, ou seja, o próprio fundo do alegado direito adquirido. Portanto, ocorreu a prescrição, conforme Súmula 250 do TFR.

Quanto à questão de fundo, afirma a ré que o enquadramento dos autores obedeceu ao previsto no Decreto 72.933/73, especialmente em seu art. 8º. Alega que foi cumprido o que estabeleceu o Decreto-Lei 1445/70 e que os autores foram posicionados na referência correspondente à tabela relativa à faixa salarial respectiva, conforme art. 6º daquele diploma legal, mormente os parágrafos 2º e 3º.

No que respeita ao enquadramento na carreira de Auditor do Tesouro Nacional, implementada pelo Decreto-Lei 2225/85, foi feito conforme determinou as prescrições legais e na forma do Decreto 90.928, de 07/02/85. Aduz o argumento pelo qual a carreira instituída pelo DL 2225/85 não guardou nenhuma correspondência com os padrões de vencimentos em relação às antigas referências. Citou jurisprudência do antigo Tribunal Federal de Recursos.

Às fls. 155/157 consta cópia da decisão proferida na exceção de incompetência nº 89.0023997-0, pela qual o Juízo declinou da competência para processar e julgar a ação em relação aos autores não domiciliados no Estado do Rio de Janeiro, determinando, outrossim, o desmembramento do feito. Tendo a ação sido proposta originariamente por 90 autores, transitada em julgado a decisão proferida na exceção referida, restaram 31 autores.

Réplica às fls. 162/163. —

Petição de fls. 172/173, na qual consta o rol de autores residentes fora do Estado do Rio de Janeiro, para os fins de fornecimento de cópias das procurações.

Custas complementares pagas às fls. 179. —

Sem provas especificadas, vêm os autos conclusos para sentença.

É o relatório.

Passa-se à decisão. —

A arguição de prescrição deve ser acolhida, em parte. Com efeito, os autores

pretendem novo enquadramento funcional decorrente da aplicação dos Decretos-Leis 1446/76 (Decreto 76.346/75) e 1820/80. Ora, esses diplomas legais foram editados há mais de 5 anos antes da propositura da ação. E se a pretensão dos autores refere-se a reenquadramento funcional, atacando o ato administrativo que o promoveu, portanto, o próprio fundo do direito, é de se entender prescrita.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça corrobora esse entendimento, conforme a seguinte ementa:

Administrativo. Servidor Público. Reenquadramento. Lc 247/1981 e 318/1983. Prescrição. Fundo de Direito.

- Havendo pretensão dos autores a ter revisão do enquadramento funcional, para só depois ter reconhecido o direito a perceber vantagens pecuniárias, é forçoso admitir que houve prescrição do fundo de direito, se a ação foi proposta mais de dez anos após o seu não reconhecimento pela administração.

- Precedentes.

- Recurso especial conhecido e provido.

(STF, 5ª Turma, REsp nº 72878, rel. Min. Felix Fischer, j. 13/10/97, pub. DJ de 17/11/97, pág. 59.565).

Resta examinar se os autores têm direito adquirido ao enquadramento proposto na petição inicial, no último padrão da classe mais elevada da carreira de Auditor Fiscal do Tesouro Nacional, criada pelo Decreto-Lei 2225, de 10/01/85. A adução a seguir também se aplicaria ao exame dos pedidos referentes aos Decretos-Leis 1445/76 e 1820/80.

A Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei nº 4657, de 04/09/42) traz a definição, por demais conhecida, do que seja direito adquirido. Pode-se concluir, com base na lei, que o direito adquirido é aquele que se incorporou definitivamente no patrimônio do titular, conforme a lição clássica de GABBA. A dúvida seria estabelecer quando efetivamente ocorreria essa incorporação, e desde já é possível fixar um critério: todos os fatores aquisitivos devem estar completos. Se não estiverem, há mera expectativa de direito.

A questão principal cinge-se ao exame da existência ou não de direito adquirido de servidores públicos a ocuparem cargo e respectiva referência, previstos em um novo plano de cargos e salários, instituído por lei, que, em tese, correspondesse, no que respeita às atividades funcionais, exatamente ao mesmo cargo e referência do antigo plano. É de se ressaltar que não se discute aqui decréscimo na remuneração dos autores que, segundo consta da causa de pedir, não ocorreu.

Assim, conforme alegam os autores, se estavam ocupando a última referência da última classe de determinada carreira, deveriam, por ocasião do advento do novo plano de cargos, ser enquadrados também na última referência da última classe, correspondente ao máximo da progressão funcional, pois teriam direito adquirido ao referido enquadramento.

A relação existente entre a Administração Pública e os ocupantes de cargos públicos foi definida, nos seguintes termos, por Celso Antonio Bandeira de Mello:

"A relação jurídica que interliga o Poder Público e os titulares de cargo público, como já foi dito - e ao contrário do que se passa com os empregados -, não é de índole contratual, mas *estatutária*, institucional.

Nas relações contratuais, como se sabe, direitos e obrigações recíprocos, constituídos nos termos e na ocasião da avença, são unilateralmente imutáveis e passam a integrar de imediato o patrimônio jurídico das partes, gerando, desde logo, direitos adquiridos em relação a eles. Diversamente, no liame de função pública, composto sob a égide estatutária, o Estado, ressalvadas as pertinentes disposições constitucionais impeditivas, deterá o poder de alterar legislativamente o regime jurídico de seus servidores, inexistindo a garantia de que continuarão sempre disciplinados pelas disposições vigentes quando de seu ingresso." (*in* Curso de Direito Administrativo, 8ª ed. Malheiros, g.n.)

Visto isso, chega-se à inelutável conclusão de que, ressalvados os casos expressos na Constituição da República, pode haver alterações no regime jurídico dos servidores, sem que ditas alterações fiquem limitadas por situações jurídicas estabilizadas no regime anterior, com a ressalva mencionada.

No caso concreto, com efeito, houve alterações quanto à classificação funcional dos autores, com a edição do Decreto-Lei nº 2225/85. Mas daí a considerar que os mesmos deveriam ser posicionados no último nível da carreira previsto no novo plano, caso não desrespeitado mandamento constitucional, não configura direito adquirido.

Ademais, não houve sequer transposição para novo cargo. Esse fato ocorre quando um funcionário concursado é nomeado para cargo diverso daquele para o qual prestou concurso, e que exige habilitações distintas. No caso concreto, por necessidades do serviço público, tendo em vista novas diretrizes a serem implementadas pela Administração Pública, criaram-se novas classes, carreiras, novos cargos, com referências distintas do anterior, com base na lei.

Como não se poderia fazer novo concurso para preenchimento das vagas referentes aos novos cargos, tendo em vista o princípio fundamental da continuidade do serviço público, a administração promove, sempre com autorização legal e obedecidos determinados pressupostos, a um reenquadramento dos funcionários já existentes nas repartições, tendo em vista as exigências e qualificações exigidas pelo novo plano de carreira.

Aqueles funcionários que não preencherem os requisitos e qualificações exigíveis para determinado nível na carreira, mesmo relativo a um único cargo, obviamente não poderão ser reenquadrados em uma posição aparentemente similar à situação jurídica anterior.

Assim, o disposto no Decreto-Lei 2225, de 10/01/85, ao determinar a "transposição" dos funcionários ocupantes de cargos da carreira de Fiscal de Tributos Federais - TAF-601, não feriu qualquer dispositivo constitucional vigente.

Ao apreciar matéria semelhante à dos autos, assim decidiu o Supremo Tribunal Federal (RE 116/683-RJ, rel. Min. Celso de Mello, DJ 13/03/92:

Funcionário Público Estatutário - Enquadramento em Novo Plano de Carreira - Discricionariedade da Administração Pública - Ausência de Direito Adquirido - Recurso Extraordinário não Conhecido.

- A Administração Pública, observados os limites ditados pela Constituição Federal, atua de modo discricionário ao instituir o regime jurídico de seus agentes e ao elaborar

novos Planos de Carreira, não podendo o servidor a ela estatutariamente vinculado invocar direito adquirido para reivindicar enquadramento diverso daquele determinado pelo Poder Público, com fundamento em norma de caráter legal.

Esse o entendimento, outrossim, do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, conforme a seguinte ementa:

Administrativo. Enquadramento no PCC. Critério Seletivo.

- O posicionamento do servidor, no PCC, depende da lotação, observados os limites fixados para a categoria. Havendo, no quadro, servidores com mais tempo de serviço, estes é que devem ocupar as classes mais elevadas.

- O sistema instituído pela lei nº 5645/70 não tem relação com as situações funcionais pretéritas. O funcionário que se encontrava no último nível da carreira, no plano anterior, não tem direito adquirido a idêntico posicionamento no novo plano.

(TRF-2ª região, AC nº 200137, rel. Des. Federal Clelio Erthal, pub. Dj de 25/06/91, unânime)

Isto posto, JULGO IMPROCEDENTES os pedidos, condenando os autores, nos termos do artigo 20, do Código de Processo Civil a pagar o equivalente a dez por cento do valor da causa, a título de honorários advocatícios.

Custas *ex lege*..

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

Rio de Janeiro, 14 de setembro de 1998

GUILHERME BOLLORINI PEREIRA  
Juiz Federal Substituto em exercício  
na 21ª Vara Federal

SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

21ª Vara Federal

Ação Ordinária

Processo: 97.0021283-1

Autora: Sonia Regina Mandarino

Réu: EMBRATUR - Instituto Brasileiro de Turismo

Juiz: Dr. Guilherme Bollorini Pereira

SENTENÇA

Vistos, etc.

A Autora, servidora pública federal em autarquia, ocupante do cargo de Secretária III, qualificada às fls. 02, ajuíza a presente ação ordinária, com pedido de tutela antecipada, objetivando seja declarado o direito de perceber remuneração equivalente ao cargo de programadora pedagógica, incluídas as vantagens pessoais, bem como pagamento das diferenças advindas, vencidas e vincendas.

Alega que trabalhou ininterruptamente como programadora pedagógica de abril de 1991 a dezembro de 1996 (fls. 12), mas sempre percebeu vencimentos referentes ao cargo de Secretária III, ganhos estes bem menores do que os relativos àquele cargo, de nível universitário. Diz que a autarquia reconheceu sua capacidade como programadora pedagógica, mas sempre lhe pagou como Secretária III, apesar de ter promovido, administrativamente, e sem sucesso, a correção de seus vencimentos. Cita como paradigmas as servidoras Arminda Lourdes de Azevedo e Luci de Lourdes Soares.

Inicial de fls. 02/13 instruída com documentos de fls. 14/207.

Custas pagas às fls. 208.

Exame do pedido de tutela antecipada protraído para depois da resposta da Ré, conforme despacho de fls. 210.

Contestação às fls. 216/220, segundo a qual a igualdade de trabalho, por si só, não é condição para equiparação de salários entre dois funcionários e que as condições de trabalho da Autora eram diferentes daquelas pessoas indicadas como paradigmas. Além do mais, afirma a Ré, não conseguiu a Autora comprovar suas afirmações. Pede, finalmente, a condenação em honorários, eis que não se aplica, no caso concreto, do disposto na lei 5584/70.

Réplica às fls. 225/226, na qual a Autora reitera seu pedido de tutela antecipada, além de afirmar que a prova documental trazida aos autos comprova que tem direito líquido e certo à equiparação pretendida.

Decisão de fls. 227, indeferindo o pedido de tutela antecipada.

Sem mais provas, vêm os autos conclusos para sentença.

É o relatório.

Passa-se à decisão.

Trata-se de ação ordinária, através da qual a Autora pretende receber a remuneração equivalente ao cargo de programadora pedagógica, eis que, embora ocupasse o



cargo de Secretária III, exercia as funções inerentes a queloutro.

O pedido referente ao direito de perceber, permanentemente, a remuneração referente ao cargo para o qual alega a Autora ter sido desviada no exercício de suas funções há de ser, desde já, repellido. Isso porque, com a promulgação da Constituição de 1988, que traz entre suas normas aquela declarada no art. 37, II, segundo a qual exige-se a aprovação prévia em concurso público para a investidura em cargo público (ressalte-se que a EC 19/98, apesar de alterar parte do referido inciso, não modificou esse requisito), não permite aquele desiderato.

Ou seja, com a nova Carta da República, foi banida do ordenamento jurídico pátrio, como forma de investidura em cargo público, a ascensão funcional, que é o que pretende a Autora. Ou seja, ela não pode ingressar em carreira diferente daquela para a qual prestou concurso público, a não ser que realize outro. Sequer existe mais o instituto da transposição, pelo qual o servidor, habilitado para o exercício de cargo mais elevado, era nela provido através de concurso interno.

Como os vencimentos são inerentes aos respectivos cargos públicos (art. 37, XII), não pode a Autora pretender o recebimento permanente da remuneração referente ao cargo de programadora pedagógica.

No entanto, no que refere especificamente ao desvio de função, há de ser considerado, antes de mais nada, se o servidor, mesmo não podendo ascender a cargo público sem ter concurso, exerceu as atribuições inerentes a este e quais as conseqüências dessa situação. Apreciando a questão, o Superior Tribunal de Justiça editou a seguinte ementa:

"Administrativo - Função - Desvio - Pagamento - O Desvio de Função, porque ilícito, não confere ao servidor direito de permanecer nessa situação. Todavia, faz jus à percepção de diferença de vencimentos, comparados com os do cargo de que é titular." (STJ-6ª T, REsp 79629, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, j. em 26/02/96, pub. DJ de 09/09/96, pág. 32417)

Portanto, a questão há que ser decidida tendo em vista a comprovação da ocorrência do desvio de função, pois, embora seja ilegal a permanência do servidor nessa situação, reconhece-se o direito ao recebimento das diferenças correspondentes ao cargo que ocupa e para o qual prestou concurso. Tanto é assim que a Autora especificou o período dentro do qual ocorreu o desvio, de abril de 1991 a dezembro de 1996.

Verificando o que consta dos autos, resta comprovado que a Autora efetivamente exerceu as funções inerentes ao cargo de nível superior, conforme foi reconhecido pela comissão de reenquadramento instituída pela Ré (fls. 190/191). Também consta dos autos declaração, datada de 26/04/93, encaminhada à referida comissão pela Sra. Elsa Portela, na qual afirma que a Autora executava, desde 1991, trabalhos "inerentes ao cargo de Programadora Pedagógica", de nível superior (fls. 46).

A Autora, por outro lado comprovou que o cargo de Programadora Pedagógica fazia parte do Quadro de Pessoal da Empresa, classe 09, enquanto que o cargo que ocupava era o de Secretária III, classe 08 (fls. 36).

Também comprovou ter curso superior completo (fls. 24), bem como ter assinado vários pareceres, em diferentes épocas, sobre diversos assuntos relacionados com planos de cursos para guias de turismo (fls. 75/121), e que essa atividade não se coadunava com aquelas previstas para o cargo que ocupava (fls. 53 e verso).

A contestação de fls. 216/220, em nenhum momento contesta os fatos comprovados pela farta prova documental acostada aos autos, no que se refere especificamente ao

desvio de função. Ou seja, embora haja na jurisprudência entendimento segundo o qual a norma contida no parágrafo único do art. 302 do CPC não se aplica à Fazenda Pública, deve-se levar em conta que, administrativamente, houve reconhecimento do desvio de função, não se deferindo o pedido da Autora por razões de direito (fls. 29).

É de se reconhecer, destarte, o direito da Autora a receber as diferenças salariais decorrentes do exercício do cargo de nível superior - programadora pedagógica. Esse é o entendimento atual da jurisprudência dos tribunais regionais federais, conforme a seguinte ementa:

Administrativo. Funcionário Público. Pretensão à Reclassificação por Desvio de Função. Jornada Extraordinária.

1. - O exercício de atividade alheia ao cargo não enseja a reclassificação ou readaptação de funcionário público estatutário, mas lhe assegura o direito de perceber a diferença de remuneração referente a função mais qualificada. Devido também é o pagamento de jornada extraordinária, se comprovada a sua prestação. Reconhecimento *in casu* da prescrição quinquenal.

2. - Apelo provido, em parte.

(TRF 4ª R., AC 419420, rel. Juiz José Morschbacher, j. em 20/06/91, pub. DJ de 07/08/91).

Deve-se observar, outrossim, que a Autora comprovou estar qualificada para a função que exercia (fls. 24), e a prova dessa condição era necessária para fazer jus às diferenças que pretende receber. A respeito dessa exigência, confira-se a seguinte ementa:

Trabalhista. Desvio de Função. Diferenças Salariais.

Comprovado o desvio de função entre o cargo de agente administrativo e o de engenheiro, sendo o reclamante profissional inscrito no CREA, são devidas as diferenças salariais pertinentes.

(TRF 4ª R., RO 451328, rel. Juiz Vladimir Passos de Freitas, j. em 07/12/95, pub. DJ de 06/03/96, pág. 12611, unânime)

Quanto ao período no qual a Autora alega ter exercido atividade em desvio de função, há que se considerar os documentos de fls. 46, 52 e 54, não impugnados pela autarquia, para declarar que, no período de abril de 1991 a dezembro de 1996, a Autora laborou em desvio de função.

Quanto ao prazo prescricional, há de ser observado o entendimento do TRF da 2ª Região, que, examinando questão semelhante, assim decidiu:

Administrativo - Funcionalismo - Readaptação - Desvio de Função - Prescrição - Existência de Pedido em Processo Administrativo.

I - o prazo prescricional começa a fluir na data em que o interessado tomar ciência do indeferimento do seu pedido na esfera administrativa. Aliás, pacífica é a jurisprudência no sentido de que a ação contra a fazenda pública prescreve em cinco anos, a contar da última decisão administrativa desfavorável ao interessado. E, por última decisão, há de se entender aquela regularmente

cientificada ao interessado.

II - recurso provido.

(TRF 2ª, AC 225646, rel. Des. Federal Castro Aguiar, j. em 26/06/95, pub. DJ de 10/10/95).

A ciência da decisão desfavorável ocorreu em junho de 1996 (fls. 30), correndo a partir daí o prazo prescricional. Como a ação foi proposta em julho de 1997, a Autora deverá receber as diferenças compreendidas no período de abril de 1991 a dezembro de 1996.

Deve-se levar em conta também o fato de ter havido modificação na nomenclatura do quadro de pessoal da empresa. Nesse caso, dever-se-á acompanhar a equivalência de atribuições entre o cargo anterior (extinto) e o posterior, para se aferir as diferenças devidas, isso tanto em relação ao cargo para o qual a Autora prestou concurso público, como aquele de nível superior que estava efetivamente exercendo.

Por todo o exposto, JULGO PROCEDENTE em parte o pedido, para condenar a Ré a pagar à Autora as diferenças decorrentes da remuneração paga ao ocupante do cargo de programadora pedagógica (classe 09) e daquela paga ao ocupante do cargo de Secretária III (classe 08), no período de abril de 1991 a dezembro de 1996, a ser apurado em liquidação de sentença, com juros de 6% ao ano e correção monetária na forma da Lei 6899/81.

A Ré reembolsará as custas e despesas processuais, e arcará ainda com honorários, que fixo em 5% (cinco por cento) do valor da condenação.

Sentença sujeita a reexame necessário, conforme Lei 9469/97.

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

Rio de Janeiro, 27 de setembro de 1998

GUILHERME BOLLORINI PEREIRA

Juiz Federal Substituto em exercício

na 21ª Vara Federal

SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

23ª Vara Federal

Mandado de Segurança

Processo: 98.0012021-11

Impetrante: Carlos Otávio Ferreira de Almeida e Outro

Impetrado: Diretor do Pessoal Militar da Marinha

Juíza: Dra. Maria do Carmo Freitas Ribeiro

SENTENÇA

Vistos, etc.

Carlos Otávio Ferreira de Almeida e Wilson Augusto Cortez, qualificados na inicial, impetram MANDADO DE SEGURANÇA, com pedido de eliminar, em face de ato do Ilmo. Sr. Diretor do Pessoal Militar da Marinha, porque objetivam seja ordenada àquela autoridade que proceda ao desligamento dos Impetrantes do Serviço Ativo da Marinha (SAM), a salvo de qualquer punição, de modo a resguardá-los de eventual alegação de acumulação de cargos por parte da Administração, sem que se lhe exija o pagamento prévio de indenização, para aquele desligamento, devendo a discussão do valor daquele débito ser feita em via própria.

Como causa de pedir a prestação jurisdicional, dizem que pertenciam ao quadro da Marinha do Brasil, ocupando, respectivamente, os postos de Primeiro-Tenente e o de Capitão-Tenente.

Ocorre que, aprovados no concurso público para o cargo de agente Fiscal de Renda da Secretaria de Fazenda do Estado de São Paulo e tendo requerido o imediato processamento de suas demissões *ex-officio*, com a conseqüente passagem para a reserva não remunerada, conforme previsto no artigo 42, §3º, da CF/88, tomaram e entraram em exercício no cargo acima referido em 17 de fevereiro de 1998. Todavia, a indigitada autoridade coatora está a lhe exigir pagamento de indenização referente a ajuste de contas, condicionando o desligamento das Forças Armadas ao pagamento daquele débito, que foi estabelecido unilateralmente e sem que lhes fosse dada oportunidade de se manifestarem sobre os respectivos valores, o que alegam ofender o devido processo legal, seja à observância de procedimento próprio para a aferição do débito, quanto ao momento de sua cobrança, razões pelas quais requerem a procedência do pedido.

A inicial (fls. 02/08) vem instruída com as Procurações e documentos (fls. 09/03), comprovando-se o pagamento das custas às fls. 31.

Deferida a liminar, tal como requerida, conforme decisão fls. 33.

Notificada a indigitada autoridade coatora, o Ilmo. Sr. Diretor de Pessoal Militar da Marinha, na oportunidade em que informa estar adotando as medidas administrativas cabíveis ao cumprimento da liminar, defende a legalidade do ato impugnado, ou seja, da exigência do pagamento da indenização como condição para o desligamento do serviço

ativo militar, em virtude de que, para a situação em tela, há um processo de demissão que segue os trâmites previstos na legislação pertinente (art. 81, 116, da Lei 6.880/80). Ademais, com base naquela Lei, a Marinha estabeleceu diversos atos normativos internos, visando divulgar instruções para a organização, tramitação e arquivamento dos processos de exclusão de militares do Serviço Ativo da Marinha, em especial a Instrução Interna PESSOMARINST nº 10-03, que trata da Indenização de Custos, de Cursos e Estágios e critérios para o reembolso da União Federal, não havendo, portanto, ilegalidade na exigência formulada.

Às fls. 44/48, o D. representante do MPF opina pela concessão da segurança, em parecer assim ementado:

"Desligamento de militares em decorrência de posse destes em cargos públicos civis, condicionando ao prévio pagamento de dívida. Ilegalidade. Pela concessão da segurança."

RELATEI.

DECIDO.

Sem questões preliminares, passo diretamente ao exame do mérito da causa.

Conforme ressaltado no parecer do d. representante do MPF, o § 3º, do art. 42, da CF/88 foi recentemente modificado pela Emenda Constitucional nº 18, de 05/02/98, que assim dispôs sobre a hipótese em tela.

Art. 4º acrescenta-se o seguinte § 3º ao art. 142, da Constituição:

Art. 142 .....

§ 3º. Os membros das Forças Armadas são denominados militares, aplicando-se-lhes, além dos que vierem a ser fixados em lei, as seguintes disposições:

I. ....

II. o militar em atividade que tomar posse em cargo ou emprego público civil permanente será transferido para a reserva, nos termos da lei."

Todavia, o fato da Constituição Federal ter remetido à lei ordinária os termos em que se deve operar aquela transferência para a reserva, daí não resulta um "cheque em branco" para a autoridade administrativa, uma vez que a lei deve se subordinar aos princípios constitucionais, respeitando, em especial, os direitos e garantias fundamentais que estão consagrados nos incisos do art. 5º da CF/88, que protegem todos os brasileiros e estrangeiros residentes no País, inclusive os servidores militares.

Sem entrar aqui no mérito da justeza ou não da indenização em tela, ou seja, do cabimento da devolução à coletividade do *quantum* ou de parcelas do *quantum* investido pela União Federal na formação dos oficiais das Forças Armadas, se aqueles pretendem o desligamento do serviço ativo, todavia, no caso da hipótese prevista no inciso II, do § 3º do art. 142 da CF/88 e art. 117 da Lei 6.880/80 não me parece, d.v., conforme a Constituição a exigência do pagamento daquela indenização como condição à baixa do serviço ativo da

Marinha, por ofensa ao devido processo legal, de acordo com o inciso LIV do art. 5º da CF/88. A uma, porque aquele *quantum* (documento fls. 15/16 e 26/27) foi apurado unilateralmente pela autoridade administrativa, sem qualquer oportunidade de defesa por parte dos ora Impetrantes, sendo o contraditório, mesmo na esfera administrativa, uma garantia constitucional, conforme o inciso LV da CF/88, carecendo, portanto, os créditos constantes dos documentos de fls. 15/16 e 26/27 de certeza e liquidez. A duas, porque a União Federal dispõe de um procedimento próprio de cobrança de seus créditos (oriundos de dívida tributária ou não-tributária, sendo esta última o caso dos créditos em tela), que é o procedimento da execução fiscal, estabelecido na Lei 6.880/80.

Ao nível do Eg. TRF-2ª Região, temos decisão recentemente publicada, em Ag. de Instrumento, relator o Exmo. Sr. Des. Henry Barbosa, conforme destacado no parecer de fls. 44/48, que se aplica ao presente caso:

"Processual Civil – Agravo de Instrumento – Militar – Desligamento – Pagamento de Indenização.

I – Condicionar a liberação do serviço militar ao pagamento de indenização é arbitrariedade, que deve ser coibida. Não há que se falar em irreversibilidade do provimento antecipado, eis que este em nada fere o direito da agravante que pode, a qualquer tempo, cobrar a dívida que lhe for devida, bastando para tanto a mera inscrição do débito na dívida ativa e o ajuizamento da respectiva execução fiscal, meio de que dispõe para a cobrança de seus créditos.

II - Agravo de Instrumento Improvido."

(Agravo de Instrumento nº 97.021.5825-7. Julgado em 14/04/98. Rel. – Juiz Henry Barbosa, publicado no DJ em 07/07/98, pg. 22)."

Além do maltrato ao princípio do devido processo legal acima referido, a meu ver, o ato impugnado está a incorrer em maltrato ao princípio da liberdade de profissão, consagrado no inciso XIII, do art. 5º, da CF/88, conforme também destacado no parecer do d. representante do MPF, princípio aquele que repercute no campo dos servidores militares quando a própria Constituição Federal prevê, no inciso II do §3º, do seu art. 142, a solução para a hipótese de opção do servidor militar por outro cargo, na área civil, ou por emprego civil.

O fato dos Impetrantes, quando jovens, terem optado pela carreira militar, enfim, tal fato não os impede de uma nova escolha, conforme o teor do art. 117, da Lei 6.880/80, acarretando o exercício de cargo ou emprego público permanente, estranho à carreira militar, na demissão *ex-officio* e na sua transferência para a reserva não remunerada, onde ingressarão com o posto que possuíam na ativa.

Sendo a opção por outra carreira um direito subjetivo consagrado em lei, não podem normas infralegais (Regulamentos, Instruções normativas) criar restrições ou constrangimentos ao exercício daquele direito subjetivo, em obediência ao princípio da legalidade, consagrado no inciso II, do art. 5º, da CF/88: ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, configurando, a meu ver, cerceamento ao exercício daquele direito subjetivo a aplicação da invocada PESSOMARINST nº 10-03.

Para se saber se um ato administrativo é constitucional ou legal, não basta verificar se o mesmo está previsto numa lei ou num ato normativo. Há que se fazer o contraste dos dispositivos normativos invocados com a Constituição Federal, cuja supremacia formal e material em nosso ordenamento jurídico implica em que todos os demais atos normativos a ela se adaptem e não o contrário.

Outrossim, o referido controle é poder/dever do Juiz, em cada caso concreto, conforme previsto no art. 102, III e suas alíneas, da CF/88.

Face a todo o exposto, JULGO PROCEDENTE O PEDIDO DOS IMPETRANTES, pelo que CONCEDO-LHES A SEGURANÇA, CONFERINDO DEFINITIVIDADE À LIMINAR DEFERIDA, CONFIRMANDO A ORDEM CONCEDIDA PARA QUE OS MESMOS SEJAM DESLIGADOS DO SERVIÇO ATIVO DA MARINHA, SEM QUALQUER TIPO DE PUNIÇÃO OU ÓBICE ADMINISTRATIVO POR PARTE DA AUTORIDADE IMPETRADA, DEVENDO A COBRANÇA DA INDENIZAÇÃO EM TELA SER FEITA EM PROCESSO PRÓPRIO, E NÃO COMO CONDIÇÃO AO DESLIGAMENTO DO S.A.M., PODENDO, ASSIM, OS IMPETRANTES EXERCEREM O SEU DIREITO SUBJETIVO DE POSSE E EXERCÍCIO NOS CARGOS PÚBLICOS PARA OS QUAIS FORAM RESPECTIVAMENTE APROVADOS, EM CONCURSO PÚBLICO.

Custas *ex lege*. Sem honorários advocatícios, conforme Súmula 512, do Eg. STF e Súmula 105, do Eg. STJ.

P.R.I. inclusive a União Federal e o Ministério Público Federal. Comunique-se ao impetrado.

Sentença sujeita ao duplo grau obrigatório de jurisdição, de acordo com o parágrafo único do art. 12, da Lei 1533/51.

Decorrido *in albis* o prazo de interposição de recurso voluntário, remetam-se os autos ao Eg. TRF-2ª Região.

Rio de Janeiro, 12 de agosto de 1998.

MARIA DO CARMO FREITAS RIBEIRO

Juíza Federal Substituta  
em exercício na 23ª Vara

**Direito Civil**

---



SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

2ª Vara Federal de Niterói

Processo: 97.0045261-1

Autor: Carlos Alberto Mendes Pinheiro e Maria de Fátima Sodré Braga Pinheiro

Réu: CEF

Juiz: Dr. Ricardo Perlingeiro Mendes da Silva

SENTENÇA

Vistos, etc.

Trata-se de ação proposta por mutuário do SFH em face da CEF, postulando o seguinte: "depósito judicial de prestações no valor de R\$ 56,93; revisão do contrato com verificação dos juros prefixados; promover a supressão da taxa referente ao seguro; expedição de ofício à CEF para obter informações sobre o contrato de financiamento; alterar a TR pelo INPC no saldo devedor; revisão do saldo devedor e das prestações de modo a excluir os planos econômicos; devolução dos excessos".

A inicial veio acompanhada dos documentos de fls. 23/69. Embora não tenha havido deferimento de liminar (fls. 71 e 161), o autor realizou depósitos judiciais. Contestação da CEF às fls. 76/109, alegando preliminares e, no mérito, improcedência. Réplica às fls. 112/129.

A liminar foi indeferida sob a seguinte fundamentação: "A alegação de excesso no valor do saldo devedor é incompatível com o *periculum in mora*. Caso sejam procedentes as suas razões, a redução do saldo devedor só será relevante para a renegociação do saldo remanescente, que ocorrerá ao final das prestações mensais. As alegações de que o valor das prestações e o seguro são ilegais partem da premissa de que o Código de Defesa do Consumidor deve imperar nos contratos do SFH. De fato, o CDC deve prevalecer, salvo se houver legislação em sentido contrário. Pelo que se verifica, tanto o seguro, quanto as prestações decorrem de leis específicas do SFC" (fls. 161). Dessa decisão foi interposto o agravo retido de fls. 163/166.

É o breve relatório, decido.

PERÍCIA. DOCUMENTO ESSENCIAL.

Não há necessidade de prova pericial ou contábil, posto que a controvérsia se limita a critérios de cálculo, não havendo, na realidade, discussão sobre erros aritméticos. Documento essencial à propositura da ação é tão-somente aquele que for o único meio de prova do fato alegado pelo autor, tal como nos casos dos contratos que necessariamente devem ser comprovados por documento.

DEPÓSITO JUDICIAL NAS AÇÕES DO SFH.

Não há sentido no pedido de depósito judicial das prestações que entende o autor como devidas. Encarar tais depósitos como garantia judicial (caução fidejussória) é

descabido, pois o próprio contrato hipotecário já é uma garantia. Ademais, ainda que fosse essa a intenção a garantia deveria ser no valor pretendido pela CEF e não pelo mutuário. Depositar o que entende devido é pretensão de consignação em pagamento, que é inacumulável processualmente em função da especialidade do seu rito. Além disso, a pretensão consignatória é inadmissível quando dependente de alteração contratual (questão prejudicial externa), como no caso dos autos. A utilidade daquela providência processual também é questionável para as demandas que envolvem o SFH. Os efeitos da mora não serão afastados no caso de improcedência da pretensão. E no caso de procedência significará que o autor jamais estivera em mora, o que por si só impede qualquer execução extrajudicial do mútuo. Em ambas as hipóteses a sentença produzirá efeitos *ex tunc*. Porém, a procedência em parte das alegações do mutuário, certamente, ocasionará a improcedência da consignatória, que depende de liquidez e certeza. Os depósitos constantes dos autos não têm qualquer valor, pois foram realizados por conta do próprio autor e sem respaldo judicial ou jurídico.

### CUMULAÇÃO COM PRETENSÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS. LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO. INÉPCIA.

O pedido de expedição de ofício ao réu para informar dados técnicos sobre o seguro obrigatório processualmente inadequado. Devem tais pretensões ser postuladas em sede de ação de prestação de contas, que é inacumulável em razão da especialidade do seu procedimento.

O litisconsórcio passivo necessário é aquele que decorre da lei ou da natureza da relação jurídica de direito material. As pretensões que justificam o litisconsórcio necessário são as seguintes: a) modificação de negócio jurídico com mais de uma parte; b) pluralidade de devedores de dívida não solidária indivisível. O alegado direito do autor é de modificação de contrato de seguro, como acessório de contrato de financiamento firmado com a CEF. Diante de tais afirmações não há pluralidade de devedores. A CEF é a única apontada como devedora e isso é o bastante para lhe conferir a legitimidade passiva *ad causam*. A real responsabilidade da CEF pelo contrato de seguro é uma questão de mérito. Ilegitimidade passiva *ad causam* da União e da SASSE.

Os pedidos de revisão do saldo devedor, de modo a expurgar os índices referentes ao plano verão (janeiro/89), plano collar (março/90), plano collar (abril/90) e plano collar II (fevereiro/91) foram elencados na petição inicial (fls. 20) sem qualquer fundamentação (narrativa fática). Vale registrar que a CEF apontou tal inépcia na contestação e o autor, em réplica, embora tenha tido oportunidade, não reparou o seu erro.

### SEGURO OBRIGATÓRIO. SASSE E CEF.

Se é a CEF quem cobra o seguro do autor, ainda que venha a repassar os valores à SASSE, é ela a responsável pelas seqüelas jurídicas perante o autor/mutuário. Lembre-se que a obrigação pelo pagamento do seguro consta de contrato em que a SASSE não participou. No entanto, as alegações do autor não contêm respaldo jurídico. A imposição do contrato de seguro decorre do disposto no art. 14 da Lei 4.380/64. A afirmação de que

o valor do prêmio é injusto cede à vontade manifestada pelo próprio autor quando da ocasião da assinatura do contrato. Negar efeito a tal cláusula reclamação de anulação por vício de vontade.

### VALOR DO IMÓVEL E O SALDO DEVEDOR INICIAL.

Não cabe ao autor se irresignar contra o valor do imóvel. No âmbito da Justiça Federal, apenas se julga contrato de financiamento vinculado ao SFH, aí incluída a execução hipotecária a que, necessariamente, estará sujeito o comprador (mutuário). O contrato de compra e venda do imóvel é absolutamente distinto do contrato de financiamento, embora entre eles possa haver relação de dependência, por ocasião da assinatura, e sejam eles coligados.

A alteração do valor das prestações, ou saldo devedor, em nada afetará o contrato de venda, assim como a alteração do valor do preço da venda não influenciará no valor do financiamento, já concretizado. Se porventura os autores obtivessem a redução do valor do preço da venda, no máximo seriam ressarcidos, pelo vendedor (Cooperativa Habitacional São Francisco - COHASF), causador do financiamento excessivo. As consequências do contrato de venda, do qual resulta o financiamento, é questão que pode ser apreciada pela Justiça Estadual, sem que haja risco de decisões conflitantes, já que não há relação de prejudicialidade entre tais negócios jurídicos.

### TABELA PRICE. JUROS PREFIXADOS.

De fato, a adoção da tabela price requer a prefixação dos juros, tanto nas prestações quanto no saldo devedor. Não há nenhuma ilegalidade nisso. Aliás, não há como se processar de modo diverso um empréstimo sujeito a juros. O que não se admitiria seria a exigência da totalidade dos juros prefixados na hipótese de antecipação de pagamento. Não é a hipótese dos autos. A prevalecer o entendimento do autor, a ré não cobraria qualquer espécie de juros.

### CRITÉRIO DE REAJUSTE DAS PRESTAÇÕES MENSAS PARA MUTUÁRIO AUTÔNOMO. RENEGOCIAÇÃO DO CONTRATO E CONCEITO DE LIDE.

A cláusula décima do contrato (fls. 29v) impõe que os reajustamentos "posteriores ao previsto na cláusula nona serão realizados em meses que atendam ao previsto na cláusula oitava, mediante aplicação do percentual de aumento do salário da categoria profissional a que pertence o devedor". No entanto, o parágrafo único da cláusula décima primeira dispõe que "na hipótese do devedor não pertencer à categoria profissional específica, bem como na de o devedor classificado como autônomo, profissional liberal ou comissionista, os reajustes previstos neste contrato se realizarão na mesma proporção do salário mínimo".

A CEF alegou que, quando da assinatura do contrato, o autor varão pertencia à categoria de agentes autônomos e de seguro e de crédito e de empresa distribuidoras de títulos e valores mobiliários", sendo que, em março de 1992, passou à categoria de servidores públicos civis federais (fls. 81). O autor, em réplica, não opôs qualquer

resistência a respeito, do que se conclui ser tal fato incontroverso. —

A cláusula de equivalência salarial é inaplicável aos mutuários desprovidos de vínculo empregatício, isto porque, em tese, poderia o mutuário fixar o valor da prestação, de acordo com o seu livre-arbítrio e disposição para o trabalho, o que é vedado pelo ordenamento jurídico (cláusula potestativa). Portanto, por esse motivo, improcederia o pedido de manutenção do conceito de equivalência salarial preconizado pelo *caput* da cláusula décima.

Além disso, o autor sequer especificou o critério que entende correto para o reajuste das prestações. No item 03 da petição se limitou à TR, que, contudo, não afasta a limitação contratual e legal para o reajuste das prestações mensais. Ainda que a TR estivesse sendo aplicada equivocadamente no reajuste das prestações, bastaria que houvesse observância à cláusula (décima) limitativa dos reajustes. A TR é relevante apenas para o reajuste do saldo devedor, mesmo assim na eventualidade de saldo remanescente, aferido apenas no final do pagamento das prestações avençadas.

Outro aspecto a ser levado em consideração é o de que não há nos autos notícias de que houve pedido de revisão do contrato calcado no desrespeito aos critérios de reajustes das prestações mensais. Ao contrário dos demais pedidos, aqui não há irresignação contra dispositivo contratual. Pretende-se justamente a observância de uma cláusula contratual. Porém, como afirmar que o réu/agente financeiro está em mora na cláusula que permite a renegociação, sem que tenha havido indeferimento ou omissão referente a pedido de revisão do contrato? Só haveria litígio caso a CEF se recusasse à renegociação. A esse respeito, entretanto, não há qualquer referência na petição inicial e muito menos comprovação. O item 04 (fls. 08) é por demais genérico.

#### SALDO DEVEDOR. INCONSTITUCIONALIDADE DA TR AOS CONTRATOS ANTERIORES À LEI 8.177/91. INPC.

De fato, a TR não pode ser aplicada ao contrato em tela, pois tendo sido firmado em 1989 (fls. 27), a Lei 8.177/91 estaria retroagindo, de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal na ADIn. 493/DF (Rel. Min. Moreira Alves). O índice a ser adotado deve ser o mesmo que fora avençado inicialmente (INPC). Precedente da 1ª Região na AC. 56361, de que foi Relatora a Juíza Eliana Calmon (DJU. 19/03/98). Dessa maneira, a TR deve ser expurgada do saldo devedor, aplicando-se o IPC. A diferença será absorvida do saldo devedor final.

Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE EM PARTE para expurgar do saldo devedor a TR, de modo a condenar a CEF a recalcular o saldo devedor do contrato do autor (aplicando o INPC) e descrito nestes autos, sob pena de permanecer impedida de promover a execução extrajudicial do mútuo enquanto não der fiel cumprimento a este julgado. Custas *ex lege*. Sem honorários (sucumbência recíproca).

PRI.

Niterói, 7 de dezembro de 1998.

RICARDO PERLINGEIRO MENDES DA SILVA  
Juiz Federal em exercício na  
2ª Vara de Niterói

SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

10ª Vara Federal

Processo: 91.0005717-7

Autores: Alice Martins e Carlos Humberto Martins

Réus: União Federal e Estado do Rio de Janeiro

Juiz: Dr. Edward Carlyle Silva

SENTENÇA

Vistos, etc.

Alice Martins e Carlos Humberto Martins, devidamente qualificados na inicial, intentaram ação indenizatória por ato ilícito em face da União Federal e do Estado do Rio de Janeiro, pleiteando ressarcimento por danos materiais decorrentes do não pagamento de salários e corretagens ao Sr. João Guilherme Martins, ex-marido e pai, respectivamente, dos autores. Além disso, requerem indenização por dano moral em razão da instauração de Inquérito Policial em face do Sr. João, após sua morte, para apurar possível prática de delito previsto no art. 296, parágrafo 1º, inciso II do Código Penal, além de tais dissabores terem contribuído para seu prematuro falecimento aos 58 (cinquenta e oito anos de idade). Solicitam, ainda, o pagamento de tudo que perderam e deixaram de lucrar na "não intervenção obrigatória e legal do corretor de mercadorias João Guilherme Martins". Requer ainda, a 1ª autora a atualização de sua pensão (benefício) com os atrasados corrigidos.

Com a inicial vieram os documentos de fls. 10/46;

A União Federal apresentou Contestação às fls. 51/52 refutando todas as alegações no mérito apresentando parecer elaborado pela Consultoria Jurídica do Ministério da Justiça, fazendo parte integrante da mesma os documentos de fls. 53/76;

O Estado do Rio de Janeiro apresentou Contestação às fls. 77/83 acompanhada dos documentos de fls. 84/103, tendo argüido preliminarmente a ilegitimidade ativa *ad causam* da primeira autora, bem como a prescrição quinquenal de todos os pedidos, exceto a constante da alínea "d". Argüi ainda litispendência em face de ação em curso na 3ª Vara da Fazenda Pública do Estado do Rio de Janeiro, na qual pleiteia a percepção de corretagens que julga devidas. No mérito, refuta todos os pedidos dos autores, denominando a inicial de inepta e de "aventura jurídica".

Réplica dos autores às fls. 105/108, acompanhada dos documentos de fls. 109/136;

Pronunciamento da Procuradoria da República às fls. 137 "v", pleiteando a improcedência da ação;

Manifestação do Estado do Rio de Janeiro às fls. 139/140;

Os réus não solicitaram outras provas conforme promoção de fls. 141 "v" e petição de fls. 143;

Os autores apresentaram petição de fls. 144/145, trazendo aos autos os documentos de fls. 146/168;

Manifestação da União Federal solicitando que o 2º autor comprovasse sua capacidade postulatória, bem como requerendo a improcedência do pedido às fls. 170/172;

Petição dos autores às fls. 174/175, bem como as fls. 177/178 (Doc. Fls. 179/191), não tendo nenhuma delas esclarecido os despachos judiciais de fls. 173 e 176;

Nova petição dos autores às fls. 192 acompanhada de documento de fls. 193. Novos documentos às fls. 195/199. Outra petição do autor às fls. 200.

Manifestação da União Federal às fls. 201 solicitando o julgamento antecipado da lide.

É O RELATÓRIO, PASSO A DECIDIR.

#### QUANTO ÀS PRELIMINARES:

Em primeiro lugar desconsidero a alegação de prescrição do direito dos autores, eis que a matéria confunde-se com o mérito, motivo pelo qual será apreciada oportunamente.

No que tange à alegada irregularidade de capacidade postulatória por parte do segundo autor, entendo que não foram produzidas quaisquer provas que pudessem fazê-lo incidir em infração aos Estatutos da Ordem dos Advogados do Brasil, devendo a parte que alegou tal situação comprová-la com documento ou outros meios idôneos de prova. Frise-se outrossim que a matéria não foi ventilada em momento oportuno (contestação), restando, portanto, preclusa desde então.

Quanto à teste de ilegitimidade da 1ª autora, entendo que a matéria tem relação direta com o período dentro do qual ainda era casada com o falecido Sr. João, motivo pelo qual rejeito a alegação de sua ilegitimidade *ad causam* sob o argumento de que na maior parte do período atingido pelo pedido contido na inicial, a 1ª autora ainda era casada com o *de cujus*, o que garante o seu direito de indenização.

Rejeito também a tese de litispendência tendo em vista que nenhuma prova foi produzida para confirmar tal fato (identidade de pedido), constando apenas que a questão diria respeito a uma "reclamação", não esclarecendo se trabalhista, ou se era ação ordinária, nem se as "corretagens" eram as mesmas requeridas nos presentes autos.

#### QUANTO AO MÉRITO:

Após exame minucioso dos autos, vislumbra-se no presente feito um caso raro de repúdio coletivo a determinada entidade.

A denominada Junta dos Corretores de Mercadorias da qual o ex-marido e pai dos autores fazia parte, a princípio, dizia respeito somente ao Distrito Federal (Dec. nº 20.881/31). Ocorre, entretanto, que alguns outros Estados da federação acabaram por criar suas próprias bolsas de mercadorias, tendo conseqüentemente "nomeado" os respectivos corretores em função das necessidades que passavam. Como exemplo básico de tal

situação, podemos citar a Bolsa de Café de Paranaguá, criada no Paraná mediante ato administrativo estadual.

A respeito de tal tema, esclarecedor é o ensinamento de RUBENS REQUIÃO em sua obra "Curso de Direito Comercial", Ed. Saraiva, 20ª Edição, pág. 154;

"Nem sempre foi claro, em nosso direito comercial, o modo de investidura dos corretores de mercadorias. Indagava-se, por exemplo, se eram eles livres ou se dependiam de nomeação oficial e, nesta hipótese, qual a autoridade competente para concedê-la. Surgiu, então, o Decreto nº 20.881/31, que baixou o novo regulamento da Junta de Corretores de Mercadorias, do antigo Distrito Federal, atribuindo-se ao Presidente da República os atos de nomeação dos corretores de mercadorias da respectiva bolsa, sendo o seu número fixado pelo Ministério do Trabalho.(...) Assim, no que se referia ao resto do país, a competência de nomeação dos corretores implicitamente pertencia aos governos estaduais.

A lei nº 4.726 de 13 de julho de 1965, que regulou o Registro do Comércio e disciplinou as funções de Juntas Comerciais, outorgou a esta a competência de nomear os corretores de mercadorias, como está inscrito no art. 10, alínea 3. Esses corretores, além da nomeação por ato daquele órgão oficial, devem ser matriculados, completando-se assim, a sua investidura.

As juntas comerciais constituem, pois, o poder competente para nomear os corretores de mercadorias, pondo-se fim à confusão estabelecida pela legislação anterior e pela concorrente competência federal e estadual, extinguindo-se o "verdadeiro labirinto" a que se referia J. X. Carvalho de Mendonça, "cujos meandros somente com grande esforço e muito receio poderão ser percorridos".

O fato é que a matéria relativa aos corretores de mercadorias sempre foi deixada um pouco de lado pelos legisladores, sendo de muitas décadas atrás o referido descaso.

Exatamente trinta anos depois da edição do acima mencionado decreto, mais precisamente em 29 de dezembro de 1961, foi publicada a Lei nº 4.048, que tendo por escopo organizar o Ministério da Indústria e Comércio, acabou em seu artigo 62 afirmando que enquanto não fosse resolvida a situação das Juntas de Corretores de Mercadorias do Estado da Guanabara, regulamentada pelo D. nº 20.881 de 30/12/31, continuaria a mesma executando suas atribuições normais, subordinada, porém, ao D.N.R.C. (Departamento Nacional de Registro do Comércio).

Tal "confusão" em se saber se tal junta era regulada pela esfera federal ou estadual se deu em razão de um ponto-chave, qual seja, na época da publicação do mencionado decreto, o Distrito Federal confundia-se com o limite territorial do Estado da Guanabara. Tais pessoas Jurídicas de Direito Público Interno "co-existiam" no mesmo espaço geográfico, o que acabou redundando na confusão acerca da área de atuação da referida junta de corretores.

Esta inusitada situação acabou por solucionada com a Lei nº 4.726 de 13 julho de 1965, quando especificou em seu artigo 60 que a Junta de Corretores de Mercadoria do Estado da Guanabara passaria a se subordinar à Junta Comercial *daquela unidade federativa*. (grifo nosso)

A partir desde momento, não resta a menor dúvida de que a Junta Comercial do Estado da Guanabara era competente para dirimir qualquer situação que porventura dissesse respeito aos interesses dos participantes da referida Junta de Corretores.

Note-se por outro lado que o pai do 2º autor e ex-marido da primeira autora ainda não havia sido nomeado pelo Presidente da República (Doc. nº 03, fls. 14, datado de 04 de agosto de 1966).

Ora, existindo lei regulando a matéria (nº 4.726/65), e posteriormente até mesmo um Decreto regulamentando tal (Dec. nº 57.651 de 19/01/66), é visivelmente eivado de ilegalidade o ato do então Presidente da República, Mal. Castelo Branco, em "nomear" o Sr. João Guilherme Martins como corretor de mercadorias na praça do Rio de Janeiro (!?!). Tal fato seria extremamente estranho não fosse a época dos acontecimentos em que ilegalidades e arbitrariedades de toda ordem foram cometidas, muitas vezes contra dispositivos expressos da lei, que, diga-se de passagem, provavelmente era pouco consultada, criando os equívocos que até hoje repercutem.

Como outrora afirmado, o Decreto nº 57.651/66 regulou a matéria, tendo dito em seu artigo 14, inciso III, ser de atribuição das Juntas Comerciais "os encargos de fixar o número, processar a habilitação e a nomeação, fiscalizar, punir e exonerar os tradutores públicos, (...), corretores oficiais de mercadorias e os fiéis e prepostos desses profissionais". Tal atribuição é corroborada pelo art. 32, inciso IV do mesmo estatuto, quando estipula as atribuições do Plenário das Juntas.

Assim, de antemão já se consegue vislumbrar a ilegalidade da posse do Sr. João como corretor de mercadoria na praça do Rio de Janeiro, por infringência aos dispositivos legais em vigência à época dos fatos.

Por outro lado, não se pode admitir que o Dec. 20.881/31 regulamente, ainda, a Junta de Corretores de Mercadoria da qual participava o Sr. João Guilherme Martins, eis que esta dizia respeito ao Estado da Guanabara, sendo, portanto, posteriormente modificada com base na Lei e no Decreto anteriormente mencionados.

No que pertine aos argumentos apresentados pelo 2º autor, devem os mesmos ser apreciados um a um a fim de evitar qualquer dúvida.

A alusão à Lei nº 2.146 de 29 de dezembro de 1953 perde completamente seu objeto a partir do momento em que a Lei nº 4.726/65 regulou a matéria de forma mais específica, esclarecendo que desde a sua entrada em vigor, a junta de mercadorias do Estado da Guanabara ficaria adstrita à junta comercial daquela unidade federativa.

Assim, afastado ficou qualquer desrespeito à legislação Federal que regulasse a matéria, mesmo porque já havia lei específica a respeito.

Quanto ao cargo de síndico (período de 17/08/79 até 05/09/80) e adjunto de síndico ocupado pelo Sr. João Guilherme Martins perante seus pares na mencionada entidade, a questão deve ser entendida sob diferentes aspectos. Embora diante tudo que aqui foi dito, perceba-se claramente que tal "Assembléia" não obedeceu à Lei que na época já regulava a Junta dos corretores, não se pode afastar a manifestação de vontade dos demais



corretores em concederem a defesa de seus interesses ao familiar dos autores.

A questão principal, entretanto, é que seus esforços no sentido de ver regulamentada tal junta de corretores não surtiu o efeito almejado. Muito pouco, ou praticamente nada foi obtido. Todas as vezes em que ocorreu do Poder Judiciário para ver resguardados seus interesses, ou foi considerado parte ilegítima para pleitear tal direito, ou o mesmo foi julgado improcedente. Isto não significa dizer que este juízo desconheça a existência de tal Junta, pelo contrário, tudo que consta dos autos sedimenta meu entendimento de que a referida Junta de corretores, de fato, um dia existiu. O problema é que foi considerada uma entidade "espúria", isto é, ninguém assumia a ela estar vinculada, ou porque determinado decreto deixava a entender que tal junta de corretores dizia respeito à área federal, ou porque outra lei especificava que tal junta estava vinculada a uma unidade federativa, tal como explicado anteriormente.

A "intromissão da JUCERJA, portanto, não era indevida, eis que a ela competia a fiscalização de tal atividade desde 1965. E disso não se pode argumentar com o desconhecimento de tal atribuição, eis que a própria Lei assim estipulava, e o próprio Sr. João de tal fato tinha conhecimento conforme demonstram os documentos de fls. 32 e, principalmente, 33 e 34.

O caso de responsabilidade trabalhista imputada à União no processo nº 4769040 (fls. 19/23, da lavra do então Exmo. Sr. Juiz Federal da 3ª Vara Federal, Dr. ALBERTO NOGUEIRA), não pode ser adotado como fundamental para o deslinde do presente feito, eis que naquela oportunidade o que estava em jogo eram os direitos de uma funcionária que fora contratada pela Junta de Corretores e não teve seus direitos trabalhistas respeitados. Nesse caso, nada mais justo que deixar-se a discussão acerca de a quem seria vinculada tal Junta, para aplicar-se uma "embrionária" "teoria da aparência" a fim de ver resguardadas as garantias da trabalhadora. Como naquele caso as provas apontavam de modo mais substancial para a responsabilidade da União, ainda mais correto a ela imputar-se a responsabilidade pelas verbas devidas. Mas repita-se, em nenhum momento foi realizado qualquer juízo de valor a tornar definitiva a vinculação de tal Junta ao Ministério da Indústria e Comércio e conseqüentemente à União.

Relembre-se que as anotações na carteira funcional da trabalhadora constavam em nome da União Federal, o que nem é de se estranhar em face do teor do ofício de fls. 33 que já comprovava a utilização indevida de material com o nome da mesma.

Quanto às alegações de negligência e coação por parte do diretor do D.N.R.C., considero as mesmas completamente destituídas de sentido, vez que os atos por ele praticados foram tipicamente de resguardo dos símbolos nacionais, não se podendo compreender o "uso dos meios legais" como forma de coação (posição adotada às fls. 35).

Já no que diz respeito ao Inquérito Policial instaurado em face do Sr. João, ao que parece, com base no ofício de fls. 35, melhor sorte não assiste aos autores. O Inquérito Policial é mera investigação, sendo portanto simples forma de angariar elementos para a formação da *opinio delicti* por parte do "Parquet". O I.P. é mera colheita de dados para possível oferecimento de ação penal. Tem natureza meramente administrativa, não se podendo impor ao mesmo conotação judicial.

Pelo que os próprios autores esclareceram, o Inquérito Policial foi arquivado, não sendo nem ao menos instaurada ação penal. Ora, não havendo qualquer prejuízo aos autores, eis que o nome de seu familiar não foi lesado, pois nem ao menos chegou a ser denunciado, entendo que falece razão aos mesmos em seus pleitos indenizatórios, pelo

menos nesta parte. Se fosse possível processar o Estado pela realização de investigação, em pouco tempo o Estado estaria falido pelas milhares de ações que seriam intentadas, muitas delas por ladrões, traficantes, estupradores, etc.

Pelo que se depreende, os autores preferiam que o Sr. João fosse denunciado pelo crime investigado e posteriormente absolvido tal como ocorreu com o Sr. Newton, como se o requerimento de arquivamento feito pelo membro do Ministério Público não fosse o melhor meio de manter limpa a imagem de um homem íntegro. O Estado pode e deve realizar as investigações que entender cabíveis, não podendo, entretanto, inventar acusações, falsificar provas ou coisas desse gênero, o que, *in casu*, não ocorreu.

Conforme ensina o professor JOSÉ FREDERICO MARQUES, em sua famosa obra "Elementos de Direito Processual Penal", Ed. Forense, ano 1965, 2ª Edição, pág. 142/143:

"A investigação é atividade estatal de *persecutio criminis* destinada a preparar a ação penal. Daí apresenta caráter preparatório e informativo, visto que seu objetivo é o de levar aos órgãos da ação penal os elementos necessários para dedução da pretensão punitiva em juízo: *inquisitio nihil est quam informatio delicti*."

Quanto ao pedido de indenização por danos morais decorrentes da morte do Sr. João Guilherme Martins em razão de dano à sua saúde ocasionado pelos dissabores que enfrentou em sua luta pela regularização da Junta de Corretores da qual fazia parte, também não o entendo possível.

A *causa mortis* atestada no documento de fls. 18 pode, de fato, ter sido agravada pelos aborrecimentos que o Sr. João teve no decorrer do exercício de síndico e adjunto de síndico da junta de corretores, mas isso não pode ser considerado nem o único nem o principal fator de seu lamentável falecimento, eis que não há nos autos nenhuma prova de que tais "doenças" foram ocasionadas por sua atividade laboral. A existência do aludido inquérito policial também não o foi, eis que iniciado após o falecimento do mesmo conforme amplamente afirmado pelos autores.

Entendendo-se de modo contrário, qualquer servidor que trabalhe com afinco em uma atividade estafante e de responsabilidade poderá pleitear indenização do Estado, inclusive os próprios juízes.

Acrescente-se ainda que o mencionado Inquérito Policial foi instaurado após o falecimento do Sr. João, o que significa dizer que em absolutamente nada influenciou em seu falecimento.

Relativamente ao pedido de atualização da pensão (ao que parece, benefício de natureza previdenciária) da 1ª autora, infelizmente não há como se conceder tal direito nestes autos. A autora pode e deve pleitear a atualização de seus benefícios previdenciários caso ache incompatível com o que lhe seria devido, ocorre, entretanto, que é no bojo de uma ação de indenização que tal pleito pode ser formulado, mesmo porque deveria ser citado como réu o INSS (Instituto Nacional do Seguro Social), que é a autarquia federal encarregada de conceder e pagar, além de atualizar as pensões devidas.

Quanto ao pedido principal de indenização visando o recebimento dos salários atrasados e da corretagem devida e não procedida, dos registros de comércio e percentagem legal (art. 31, "a" do Dec. 20.881/31 e Dec. 20.882/31), também entendo que os mesmos não são devidos, pelo menos na esfera federal. E tal entendimento decorre do simples fato de que o Estado do Rio de Janeiro é parte ilegítima passiva *ad causam* no

presente feito, eis que qualquer direito existente contra a mesma deverá ser pleiteado nas competentes Varas de Fazenda Pública.

Quanto à aplicação da mencionada teoria da aparência para condenar a União, esta não é possível, eis que os autores não fizeram a mínima prova de seus direitos, deixando de apresentar a carteira de trabalho de seu familiar, ou qualquer outro documento que pudesse comprovar sua situação de "aparentemente vinculado à União Federal".

Para corroborar tal entendimento ainda consta dos autos a certidão de fls. 110, onde o próprio presidente da Junta Comercial de Estado da Guanabara certifica ser o Sr. João Guilherme Martins corretor oficial deste Estado (atual Rio de Janeiro).

Note-se que não há nos autos uma prova sequer dos valores percebidos pelo Sr. João Guilherme seja como síndico, adjunto de síndico ou como simples corretor de mercadorias. Os autores apresentaram inúmeras cópias de decisões e sentenças, bem como de vários documentos, mas nestes não há cópias da carteira de trabalho para se aferir seus rendimentos. Também não foi trazido aos autos nenhum contrato firmado pelo Sr. João. Se não há nos autos uma prova sequer de que o Sr. João realizou uma corretagem e não foi pago, nem de que a União Federal "assinava sua carteira", não há como se admitir a legalidade de seu pleito.

Relembrem-se as lições do renomado Humberto Theodor Júnior, em sua minuciosa obra "Curso de Direito Processual Civil", Ed. Forense, 4ª Edição, Volume I, pág. 454:

"Há um simples ônus, de modo que o litigante assume o risco de perder a causa se não provar os fatos alegados e do qual depende a existência do direito subjetivo que pretende resguardar através de tutela jurisdicional. Isto porque, segundo máxima antiga, fato alegado e não provado é o mesmo que fato inexistente."

Ora, não pode o juízo adivinhar se o Sr. João recebeu ou não seu ordenado, eis que nada foi anexado neste sentido, nem carteira de trabalho, nem contratos, nem valores, absolutamente nada. Se ele não recebeu os salários a que fazia jus como síndico, deveria ter sido esclarecido como ele sustentava sua família e o porquê do não recebimento, eis que pelo teor da inicial e outros documentos, o mesmo teria ficado impedido de exercer a atividade de corretor de mercadoria em face de sua atuação como síndico da referida junta.

É de conhecimento notório nos meios forenses de que o ônus da prova cabe àquele que o alega (art. 333, inciso I do C.P.C.). Se não foi produzida qualquer prova de que o pai e ex-marido dos autores não recebeu os salários que lhe eram devidos nem as corretagens a que fazia jus, não há como lhes conceder a proteção legal. Decidir de outra forma seria um direito que nem os interessados parecem saber ao certo se o possuem, pois do contrário as provas solicitadas e devidas já estariam nos autos.

#### DECISUM

Em face do exposto, JULGO EXTINTO O PROCESSO SEM JÚLGAMENTO DO MÉRITO em face do Estado do Rio de Janeiro tendo em vista sua ilegitimidade passiva *ad causam*, nos termos do art. 267, inciso VI do C.P.C.

Julgo a 1ª autora CARECEDORA DE AÇÃO quanto ao pedido de atualização de sua pensão (benefícios) em face dos motivos acima expostos, e com fundamento no art. 267, inciso VI do C.P.C.

Julgo ainda IMPROCEDENTES OS PEDIDOS contidos na inicial, com fundamento no artigo 269, inciso I do C.P.C., condenando os autores nas custas e honorários advocatícios que arbitro em 10% (dez por cento) do valor da causa atualizado.

P.R.I.

Rio de Janeiro, 03 de dezembro de 1997.

EDWARD CARLYLE SILVA  
Juiz Federal Substituto  
em exercício na 10ª Vara Federal

SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

20ª Vara Federal

Processo: 96.0073246-9

Impetrante: José Wilson Antunes

Impetrado: Liquidante do Grupo Investcorp

Juiz: Dr. Carlos Guilherme Francovich Lugones

SENTENÇA

1

Vistos, etc.

José Wilson Antunes ajuizou o presente mandado de segurança contra ato do Liquidante do Grupo Investcorp, requerendo a concessão da ordem para que lhe seja permitido averbar no Registro Geral de Imóveis a operação de compra do imóvel situado na Rua José Carlos de Oliveira, lote 9, Quadra f-18, do PA 34.291.

Alega como causa de pedir que através de contrato particular de compra e venda adquiriu o imóvel supracitado; que o imóvel foi adquirido pelo preço total de R\$ 21.500,00 (vinte e um mil e quinhentos reais); que através de procuração lavrada no Cartório do 12º. Ofício de Notas em 18/05/1995, foram outorgados poderes específicos pelo vendedor do imóvel para que se realizasse a transferência de seu direito relativo à propriedade sobre o bem para o Impetrante; que o Impetrante adquiriu o direito líquido e certo ao registro e averbação do referido direito no Registro Geral de Imóveis; que a Autoridade Coatora tornou o referido bem indisponível, mediante ofício ao Registro Geral de Imóveis; trata-se de ato abusivo, ilegal e inconstitucional; que a Administração Pública deve agir de acordo com o princípio da legalidade, insculpido no art. 5º., II da Constituição da República; que quando a Autoridade Impetrada praticou o citado ato, o Impetrante já possuía direito adquirido à transferência do imóvel para o seu nome, vez que já se havia celebrado ato jurídico perfeito e acabado; que tendo em vista o disposto no art. 5º., XXII da Carta Maior e no art. 530 e 531 do Código Civil, seu direito de propriedade está sendo desrespeitado.

As custas foram pagas (fls. 19).

Com a inicial, vieram a procuração e documentos de fls. 20/56.

Em sede de informações a Autoridade Impetrada alegou que o *mandamus* não poderia prosperar vez que o Banco Central do Brasil, no exercício do seu dever de fiscalização do Sistema Financeiro Nacional, decretou a liquidação extrajudicial do Banco Investcorp S/A através do ato nº. 423 de 05/12/1995, com base no disposto na Lei 6.024 de 13/03/1974; que nos termos do art. 36, §º. 1º. e 4º. da referida lei todos os bens dos seus administradores ficaram indisponíveis, aí incluídos os bens objeto de contrato de alienação não levados ao competente registro público antes da data da decretação da liquidação

extrajudicial; que essa indisponibilidade de bens foi comunicada pelo Banco Central do Brasil a todas as instituições financeiras e Bolsas de Valores, bem como aos registros públicos; que o liquidante apenas cumpriu as normas legais bem como Ato do Banco Central do Brasil, não possuindo legitimidade para figurar na relação mandamental; que não há que se falar em direito adquirido, pois o título dominial não foi inscrito no registro imobiliário nem tampouco apresenta-se revestido da forma prescrita em lei, como determina o art. 134, II do Código Civil; que o citado título é ineficaz contra terceiros, face à dicção do art. 135 do Código Civil.

Juntou documentos de fls. 72/75.

Instado a manifestar-se, o Ministério Público Federal opinou pela denegação da segurança (fls. 77/79).

É o relatório.

DECIDO.

Dispõe o art. 134, II do Código Civil que em se tratando de contratos constitutivos ou translativos de direitos reais sobre bens imóveis é da substância do ato a escritura pública. Destarte, impõe-se concluir que o contrato de compra e venda de bens imóveis é solene.

Neste sentido, é a lição de Silvio Rodrigues, que transcrevo:

"Solenes são os contratos que dependem de forma prescrita em lei; não-solenes, os de forma livre.

Em regra, a forma dos atos jurídicos é livre. Todavia, para alguns atos a lei impõe determinada forma, não dando validade ao negócio a menos que ele se ultime por meio de tal solenidade. Neste caso, isto é, quando a lei considerar determinada forma como da substância do ato, o juiz não lhe admitirá a prova por outro meio (...)"

(in "Direito Civil – Dos Contratos e das Declarações Unilaterais da Vontade" vol. III, Editora Saraiva, 16ª. Edição, 1987, SP, pág. 36).

Vê-se, pois, que em se tratando de compra e venda de imóveis, o instrumento público é imperioso para que reste materializado o negócio jurídico.

*In casu*, depreende-se que o Impetrante adquiriu de Carlos Ernanny Chagas de Mello e Silva em 16/05/1995 o imóvel situado na Rua José Carlos de Oliveira, Lote 09, Quadra F-18, do PA. 34291 através de "contrato particular de compra e venda com quitação", acostado às fls. 22 dos autos.

De plano, constata-se que o referido contrato de compra e venda encontra-se desprovido de validade jurídica, vez que não obedeceu à forma prescrita no art. 134, II do Código Civil Brasileiro, qual seja, escritura pública. Em consequência, o documento de fls. 22 não serve sequer para início de prova, na medida em que o art. 366 do Código de Processo Civil é incisivo ao dispor que "quando a lei exigir, como da substância do ato, o instrumento público, nenhuma outra prova, por mais especial que seja, pode suprir-lhe a falta".

Nem se alegue que o referido documento foi registrado junto ao 1º. Ofício de Registro de Títulos e Documentos. Conforme se verifica do inciso I do art. 127 da Lei 6.015 de 31/12/1973:

"No Registro de Títulos e Documentos será feita a transcrição:

I – dos instrumentos particulares, para a prova das obrigações convencionais de qualquer valor;"

(...)

Vê-se, pois, que o registro efetuado em se tratando de instrumentos particulares destina-se apenas a provar direitos de natureza pessoal e não direitos reais. Uma vez que o bem negociado era imóvel, o registro realizado junto ao 1º. Registro de Títulos e Documentos é inócuo para o deslinde do presente *mandamus*.

Frise-se outrossim que se o contrato de compra e venda do bem imóvel em comento não revestiu-se da forma preconizada em lei, faz-se óbvio que jamais poderia ser apresentado junto ao Registro Geral de Imóveis, razão pela qual não há que se falar em direito adquirido.

Quanto às informações de fls. 66/71 prestadas pela Autoridade Impetrada, verifica-se que o vendedor do imóvel adquirido pelo Impetrante era ex-administrador do Banco Investcorp S/A, e que o Banco Central do Brasil, no exercício de seu dever de fiscalização do sistema financeiro nacional, decretou a liquidação extrajudicial da referida instituição financeira. Em consequência, os bens do alienante ficaram indisponíveis nos termos do art. 36 da Lei nº. 6.024 de 13/03/1974, que transcrevo:

"Art. 36: Os administradores das instituições financeiras em intervenção, em liquidação extrajudicial ou falência, ficarão com todos os seus bens indisponíveis, não podendo, por qualquer forma, direta ou indireta, aliená-los ou onerá-los, até apuração e liquidação final de suas responsabilidades.

Par. 1º. A indisponibilidade prevista neste artigo decorre do ato que decretar a intervenção, a liquidação extrajudicial ou a falência, e atinge a todos aqueles que tenham estado no exercício das funções nos doze meses anteriores ao mesmo ato.

(...)

Par. 4º. *Não são igualmente atingidos pela indisponibilidade os bens objeto de contrato de alienação, de promessa de compra e venda, de cessão, ou promessa de cessão de direitos, desde que os respectivos instrumentos tenham sido levados ao competente registro público, anteriormente à data da decretação da intervenção, da liquidação extrajudicial ou da falência.* " (grifei)

A norma legal é expressa ao determinar a indisponibilidade dos bens pertencentes aos administradores das instituições financeiras em liquidação extrajudicial, não lhes sendo lícito portanto celebrar contratos de alienação, a menos que estes tenham sido levados ao competente registro público antes da data da decretação da referida liquidação extrajudicial.

Vê-se, assim, que o citado texto legal só excepciona da indisponibilidade as alienações de bens imóveis devidamente apresentadas junto ao Registro Geral de Imóveis antes da decretação da liquidação extrajudicial.

A Lei 6.024/74 encontra-se harmonizada com o disposto no Código Civil Brasileiro. Efetivamente, nos termos do inciso I do art. 530 deste diploma legal, a propriedade imóvel só se transfere através da transcrição do título de transferência no registro de imóveis.

Como leciona o eminente civilista Caio Mário da Silva Pereira:

"Pelo nosso direito, o contrato não opera transferência do domínio. Gera tão-somente um direito de crédito, impropriamente denominado direito pessoal. Somente o registro cria o direito real. É o registro do instrumento no cartório da sede do imóvel que opera a aquisição da propriedade (Cód. Civil, arts. 530 e 531)."

(in Instituições de Direito Civil, vol. IV, Editora Forense, 12ª edição, 1997, págs. 92/93)

O registro público do negócio jurídico translativo da propriedade imóvel tem o condão de operar a aquisição e transferência da propriedade, a par de tornar público o ato negocial, indicado o titular do direito real.

*In casu*, como bem ponderou o Ministério Público Federal, o "anômalo" contrato de alienação foi firmado em 16/05/1995 e a indisponibilidade dos bens somente foi informada aos cartórios de RI em janeiro de 1996. Todavia, não houve o necessário registro do imóvel objeto da alienação.

Ora, sem a transcrição do título no registro de imóveis não há que se falar em transferência do domínio. Em conseqüência, forçoso é concluir que o proprietário do imóvel situado na Rua José Carlos de Oliveira, lote 9 da Quadra f-18 do PA 34.291 à época da decretação da liquidação extrajudicial era o ex-administrador do Banco Investcorp S/A Carlos Ernanny Chagas de Mello e Silva e não o Impetrante.

Desta forma, o ato que decretou a indisponibilidade do referido bem encontra guarida na dicção da Lei 6.024/74 razão pela qual não pode ser acoimado de ilegal ou arbitrário.

ISTO POSTO, DÊNEGO A SEGURANÇA PLEITEADA.

Custas *ex lege*. Sem honorários (verbete 105 da Súmula do E. STJ).

P.R.I.C.

Rio de Janeiro, 27 de janeiro de 1998.

CARLOS GUILHERME FRANCOVICH LUGONES

Juiz Federal Substituto  
em exercício na 20ª Vara Federal



## **Direito Comercial**

---

SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

2ª Vara Federal

Ação Ordinária

Processo: 92.0063920-8

Autor: Indústria de Chocolates Lacta S/A (CGC Nº 56.993.645/0001-27)

Réus: 1) Instituto Nacional da Propriedade Industrial - INPI

2) Chocolates Dizioli S/A (CGC Nº 61.287.256/0001-16)

Juiz: Dr. Guilherme Bollorini Pereira

SENTENÇA

Vistos, etc.

1. RELATÓRIO

A Autora pede, em síntese, a declaração de nulidade do ato administrativo praticado pela 1ª Ré do qual adveio o registro nº 813.127.165, concedido à 2ª Ré para efeito de registro da marca "DIZ".

Invoca como causa de pedir, em suma, a notoriedade da marca "BIS", que identifica e distingue bombons recheados de sua fabricação, registrada desde 1941 e prorrogada duas vezes. Afirma que a 2ª Ré, concorrente no mesmo ramo industrial e comercial, lançou no mercado produto análogo àquele registrado com a marca "BIS", assinalando a marca "DIZ" ao mesmo. Com o deferimento do registro desta marca pela 1ª Ré (INPI), alega a Autora que houve ofensa ao disposto no artigo 65, inciso 17, da Lei 5772/71, eis que é evidente que o fonema "DIZ" é imitação gráfica e fonética da palavra "BIS". Transcreve a Autora diversas ementas referentes à imitação de marcas.

Com a inicial de fls. 02/10 vêm os documentos de fls. 20/36.

Custas pagas às fls. 10 e complementadas às fls. 41.

Contestação da autarquia-Ré às fls. 46/48, alegando que a Autora não se opôs ao registro da marca "DIZ", faculdade prevista no Código da Propriedade Industrial, nem interpôs revisão administrativa por ocasião da concessão do registro. Além disso, afirma que as palavras "BIS" e "DIZ" possuem significado próprio, razão pela qual não houve tentativa de reprodução da primeira, o que justificou a concessão do registro.

Primeira réplica às fls. 68, na qual a Autora refuta a alegação de falta de oposição, pois a propositura de ação de nulidade de registro de marca não se subordina à prévia interposição de recurso administrativo; contradiz, outrossim, a alegação pela qual os registros obtidos anteriormente pela 2ª Ré não sofreram oposição, pois, afirma, tal alegação é indiferente à solução da causa; e que o significado das expressões em causa também é indiferente à solução da controvérsia.

Citada por carta precatória, a ré Chocolates Dizioli S/A junta contestação às fls. 96/

99, pela qual alega que sempre atuou no mercado na "mais absoluta boa-fé" e que a marca "DIZ" foi tirada da denominação da empresa (DIZIOLI), nada tendo a ver com aquela registrada em nome da Autora. Afirma, outrossim, que os significados das palavras "BIS" e "DIZ" são diferentes e que houve registros anteriores visando proteger os mesmos produtos da classe 33, nos quais foi empregada a expressão "DIZ". Alega, com isso, estar demonstrado não ter havido tentativa de reprodução de um símbolo pelo outro. Pede o depoimento pessoal do representante legal da Autora e produção de provas testemunhal e documental.

Segunda réplica às fls. 103/104, pela qual a Autora refuta as alegações da 2ª, dizendo que houve violação da marca "BIS" e que, se a 2ª Ré preza o patronímico "Dizioli", que o adotasse como marca.

Sem provas especificadas pelas partes, vêm os autos conclusos para sentença.

É o relatório.

Passo a decidir.

## 2. FUNDAMENTAÇÃO

A alegação, pela autarquia-Ré, de não utilização dos recursos administrativos previstos em lei (Lei nº 5772/71) por parte da Autora, a fim de justificar a eventual inexistência de colidência das marcas, não vem a propósito, por duas razões principais.

A primeira, e decisiva, é que o art. 5º, inciso XXXV, da Constituição da República não exclui da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito; além disso, há prazo de prescrição previsto tanto na revogada Lei nº 5772/71 (art. 98, parágrafo único), como na Lei nº 9279/96 (art. 174), aí sim com a possibilidade de perda do direito subjetivo à declaração de nulidade.

A discussão nos presentes autos se limita ao exame da existência ou não de colidência das marcas nominativas "BIS" e "DIZ", referentes a um mesmo produto alimentício (classe 33 - doces e pós para fabricação de doces em geral).

A base de proteção dos direitos definidos como "propriedade industrial" está na concorrência. Em uma sociedade que tem como princípio fundamental a livre iniciativa (art. 1º, IV, da Constituição da República), avulta a proteção à livre concorrência que, aliás, é princípio geral da ordem econômica da sociedade brasileira (art. 170, IV, da Carta Magna).

Na lição de Denis Borges Barbosa (*in* Uma Introdução à Propriedade Intelectual, vol. I, ed. Lumen Juris/1997), "para que haja concorrência entre agentes econômicos é preciso que se verifiquem três identidades:

- que os agentes econômicos *desempenhem* suas atividades *ao mesmo tempo*;
- que as atividades se voltem para o mesmo produto *ou* serviço;
- que as trocas entre produtos e serviços, de um lado, e a moeda, de outro, ocorram num mesmo mercado". (g.do autor)

A concorrência é própria do regime de economia de mercado, havendo, naturalmente, que se considerar como intrínseca a esse sistema econômico a disputa entre

empresas. Essa disputa acarreta danos às empresas, mesmo porque o que se procura é sempre alhear a clientela da adversária em proveito próprio; no entanto, desde que respeitadas as regras da competição, não constituem, tais danos, ilícitos. Se determinada empresa produz ou vende mercadoria de qualidade superior à de um competidor, é até saudável para o consumidor que aquele seja aliado do mercado, caso persista em atuar com baixo nível de tecnologia.

Deve-se levar em conta, por outro lado, como já se disse, que o jogo competitivo entre os agentes econômicos se realize de acordo com as regras estabelecidas, pois liberdade ilimitada quer dizer possibilidade de prejudicar outrem. Isso tudo significa que em determinado mercado há regras a serem seguidas que marcam uma linha limdeira entre os padrões aceitáveis e inadmissíveis de concorrência. Neste último caso, um concorrente utiliza métodos não aceitáveis de práticas de mercado e exatamente aí o Direito intervém e atua para reprimir a *concorrência desleal*.

O seguinte excerto da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal situa devidamente a questão:

"A livre concorrência, com toda liberdade, não é irrestrita, o seu direito encontra limites nos preceitos dos outros concorrentes pressupondo um exercício legal e honesto do direito próprio, expresso da proibidade profissional. Excedidos esses limites surge a concorrência desleal.

Procura-se no âmbito da concorrência desleal os atos de concorrência fraudulenta ou desonesta, que atentam contra o que se tem como correto ou normal no mundo dos negócios, ainda que não infrinjam diretamente patentes ou sinais distintivos registrados." (R.T.J. 56/453-5).

Assentados tais fundamentos, verifica-se que a marca, na lição de Rubens Requião "é o sinal distintivo de determinado produto, mercadoria ou serviço". Na lição do mestre, quando ainda em vigor a Lei 5772/71 (arts. 59 a 61 e 64):

"As marcas têm, segundo o Código, por função, *distinguir* os produtos, mercadorias ou serviços de seu titular. Mas, na medida em que distinguem seus objetos - o que importa um confronto com os demais existentes - as marcas servem também para identificá-los. A *identificação* dos produtos e mercadorias, pela marca, era a intenção primitiva do produtor ou comerciante."

"O fim imediato da garantia do direito à marca é resguardar o trabalho e a clientela do empresário. Não assegurava nenhum direito do *consumidor*, pois, para ele, constituía apenas uma indicação da legitimidade da origem do produto que adquirisse. Atualmente, todavia, o direito sobre a marca tem duplo aspecto: resguardar os direitos do produtor, e, ao mesmo passo, proteger os interesses do consumidor, tornando-se instituto ao mesmo tempo de interesse público e privado. O interesse do público é resguardado pelas leis penais que reprimem a fraude e

falsificações fora do campo da concorrência desleal." (Curso de Direito Comercial, vol. I, 22ª edição, 1995, Saraiva, g.n.)

Verifica-se que as expressões clientela, consumidor e concorrência estão presentes na definição e análise da natureza jurídica da marca apresentadas pelo mestre. Assim, deve-se examinar questões relativas a marcas em um contexto de mercado, levando-se em consideração aquela tríade.

Outra definição, já à luz do novo código (Lei 9279/96, arts. 122 e 123), dá Denis Borges Barbosa (op.cit.), *verbis*:

"Assim, marca é o sinal visualmente representado, que é configurado *para o fim específico* de distinguir a origem dos produtos e serviços. Símbolo voltado a um fim, sua existência fática depende da presença desses dois requisitos: capacidade de simbolizar e capacidade de indicar uma origem específica, sem confundir o destinatário do processo de comunicação em que se insere: o consumidor. Sua proteção jurídica depende de um fator a mais: a *apropriabilidade*, ou seja, a possibilidade de se tornar um símbolo exclusivo, ou legalmente unívoco do objeto simbolizado." (g. do autor)

A proteção às marcas e outros signos distintivos manteve-se no novo código (Lei 9279/96) praticamente inalterada em relação ao anterior. A Lei 5772/71 (sob a qual foi proposta a presente ação) prescrevia:

"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."

A atual mantém, na essência, e para os fins do caso concreto, a proteção aludida:

"Art. 124. Não são registráveis como marca:

...

XIX - reprodução ou imitação, no todo ou em parte, ainda que com acréscimo de marca alheia registrada, para distinguir ou certificar produto ou serviço idêntico, semelhante ou afim, suscetível de causar confusão ou associação com marca alheia."

Não podem ser registrados como marca os sinais que não apresentem as características da distintividade, veracidade e novidade relativa (Rubens Requião cita quatro requisitos: originalidade, novidade, licitude e veracidade). A distintividade

assinala-se pelo fato do signo não ter, objetivamente considerado, características próprias, de forma a desempenhar a função marcária (identificar a origem do produto e incitar ao consumo) e, não estando no domínio comum, poder ser apropriada singularmente.

A novidade relativa diz respeito à apropriabilidade da marca sem infringir direitos de terceiros. O princípio da veracidade está expresso no inciso X do art. 124 da Lei 9279/96, ou seja, não será registrada marca que indique falsa procedência ou qualidade.

A jurisprudência já fixou os contornos básicos da colidência de marcas caracterizadora da concorrência desleal nos seguintes termos:

"A semelhança gráfica, a identidade de natureza fonética e a similitude nos ramos da atividade comercial, que possam provocar confusão entre o público consumidor, caracterizam a concorrência desleal e ensejam a abstenção de uso." (TJSP, AC nº 107.127-1-SP, in RJTJSP/LEX-119/235-238).

"Mandado de segurança - Marca comercial - O registro de marca deve obedecer os requisitos de distinguibilidade, novidade relativa, veracidade e licitude. Buscam, além disso, evitar repetições ou imitações que levem terceiros, geralmente o consumidor, a engano. De outro lado, cumpre observar a natureza da mercadoria. Produtos diferentes, perfeitamente identificados e inconfundíveis, podem, porque não levam àquele engano, apresentar marcas diferentes." (STJ, MS 0000328/90-DF, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, un., DJ 21/05/90, pág. 4421).

Dois princípios básicos, citados por Denis Borges Barbosa (op. cit.), são fundamentais para se determinar a ocorrência de colidência de marcas. Em primeiro lugar, aprecia-se o conjunto dos elementos mais expressivos, e não diferenças de detalhes; além disso, leva-se em consideração o público a quem a marca é destinada, ao *consumidor*. Visto isso, havendo similitude verbal, similitudes figurativas ou associação de idéias, afigura-se presente a colidência de marcas e, conseqüentemente, confusão com marca já usada legitimamente. Essas similitudes devem ser apreciadas, como já se disse, tendo em vista o "consumidor relevante".

Os documentos trazidos aos autos comprovam foram aprovados dois pedidos de registros, um referente à marca "BIS" (fls. 14/18), incluído na classe 33.10 e 33.20, e o outro ao signo "DIZ", cadastrado na classe 33.10, ambos atuais. Verifica-se, com isso, a existência de concorrência dentro do mesmo mercado e referente ao mesmo produto.

Na contestação de fls. 46/48, a autarquia-Ré afirma a existência de registros anteriores deferidos à 2ª Ré que apresentam o "prefixo DIZ", bem como o fato de ambas as expressões terem significados diversos. Ora, não procedem tais alegações, em vista da característica fundamental presente em todas as marcas legítimas, que é a *distinguibilidade*, o não possuir características próprias, "não significar, desempenhando, destarte, a função marcária que lhe é própria" (Denis Borges Barbosa, op.cit.).

Quanto à afirmação, pela 2ª Ré, pela qual o prefixo DIZ foi utilizado em outros signos distintivos, também não procede, pois, como o próprio nome diz, o prefixo forma, com a raiz da palavra, uma palavra nova, o que demandaria nova apreciação para se verificar eventuais colidências com a outra marca, que permaneceria monossilábica. O que aqui se

examina é a possibilidade ou não do público destinatário do produto ficar em dúvida ou confundir as marcas "BIS" e "DIZ" (registro nº 813127165), induzindo-o a erro.

A classe comum a ambas, 33.10, compreende uma série de produtos, tais como, geléias, gelatinas, compotas, frutas secas e cristalizadas, confeitos, bombons, balas, gomas de mascar, mel, melados, sorvetes, cacau em pó, chocolate etc., incluídos na denominação genérica "doços e pós para fabricação de doces em geral" (Ato Normativo nº 51, de 27/01/81).

Tratando-se de produtos da mesma classe e subclasse, o exame da existência ou não de colidência deve conter aqueles cuidados necessários para que respeite o princípio da livre concorrência, já aludidos.

Verifica-se que ambas as palavras possuem similitude verbal, além de possuírem acento tônico na mesma letra, "i" e o final, embora com letras diferentes, "s" e "z", há a mesma pronúncia, com som de "S".

O público a que se dirige o produto é o mais amplo possível, pois é fato notório o alto índice de consumo de doces no Brasil, reportando-se a todas as classes sociais e a pessoas de todas as idades. Portanto, a semelhança fonética entre as duas marcas encontra vasto campo de aferição, o que aumenta e muito a possibilidade de confusão e, portanto, quebra da expectativa de lucros futuros em um mercado de concorrência viciada.

Veja-se a seguinte jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 2ª Região:

"Administrativo - Registro de Marca - Colidência

I - Resulta clara a colidência entre as marcas 'lorena' e 'gorena', pois, apesar de classes diferentes, os produtos são afins, eis que a classe 24 diz respeito a tecidos em geral e a classe 25 a artigos de vestuário, gerando erro, dúvida ou confusão em relação a terceiros.

II - Recurso improvido." (AC 214490-RJ, rel. Des. Federal Tania Heinc, DJ de 17/10/91.

"Propriedade Industrial. Marcas 'Nava' e 'Nasa' para Assinalar Produtos dos Artigos Compreendidos na mesma Classe.

Reproduzindo a segunda marca parcialmente a primeira, já registrada em nome de terceiro, prevalece a anterioridade, por se tratar, no caso, de colidência vedada pelo art. 65, item 17, do Código da Propriedade Industrial." (MAS 0212914, 1989, 3ª Turma, rel. Des. Federal Ney Valadares, un., DJ 27/05/95) "

Note-se que o fato das marcas DIZI e DIZ-GELLS terem sido deferidas anteriormente, na mesma classe, à 2ª Ré, em nada altera o entendimento *supra*, pois o registro específico debatido nestes autos é posterior ao da Autora.

O direito marcário é dominado pelo princípio da especialidade da marca, cuja titularidade nasce com o registro.

O legislador da propriedade industrial teve, tanto na lei antiga quanto na atual, a clara intenção de impedir, ou ao menos dificultar, que o consumidor seja induzido em erro ou confusão por ocasião da escolha dos produtos que lhe são oferecidos, em decorrência da excessiva proximidade gráfica e/ou fonética entre duas marcas de indústria e comércio, quando destinadas a produtos do mesmo segmento mercadológico. No caso concreto,

houve, portanto, colidência de marcas e o registro concedido à 2ª Ré feriu o disposto no art. 65, item 17, da Lei 5772/71 (em vigor quando da propositura da ação) e a norma contida no art. 124, inciso XIX, da Lei 9279/96.

### 3. DISPOSITIVO

Do exposto, JULGO PROCEDENTE O PÉDIDO, para decretar a nulidade do registro da marca referida no item 7 do pedido inicial.

CONDENO as rés nas custas, bem como em honorários advocatícios, *pro rata*, arbitrados em 10% do valor corrigido da causa.

Sentença sujeita a reexame necessário, por força do disposto no art. 10 da Lei 9469/97 c/c o art. 475, II, do CPC.

P.R.I.

Rio de Janeiro, 09 de maio de 1998

GUILHERME BOLLORINI PEREIRA

Juiz Federal Substituto em auxílio

na 2ª Vara Federal/RJ



**Direito Penal**

---

SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

3ª Vara Federal de Niterói

DECISÃO

Vistos.

I.

Cuida-se de requerimento formulado pela acusada objetivando, com fundamento no artigo 11 e "temporário" parágrafo único da Lei n.º 9.639/98, seja julgada extinta a punibilidade em razão da rotulada anistia.

A questão foi objeto de parecer contrário do Ministério Público no juízo de Nova Friburgo (onde praticamente TODOS os atos processuais instrutórios foram praticados – é certo que por cartas precatórias) e de onde voltaram os autos em razão de decisão proferida em sede de conflito de competência.

Com nova vista dos autos, manifestou-se o culto e diligente representante do Ministério Público às fls. 218/219 em oposição ao requerido sob o argumento de tratar-se de anistia parcial, cuja existência e constitucionalidade é reconhecida pela doutrina e jurisprudência, além de que a inclusão do citado parágrafo único na espécie normativa sob exame não existe juridicamente por não ter decorrido de processo legislativo, permanecendo eficaz, tão-somente, o *caput* do dispositivo que politicamente contempla apenas determinados agentes políticos.

II.

Tenho que não assiste razão à acusada. Não pelos judiciosos fundamentos trazidos pelo *parquet* federal, mas sim pelo simples fato de que o "benefício" rotulado de "anistia" pelo legislador não passa de um óbvio e desnecessário reconhecimento legal de que uma conduta atípica é realmente atípica.

Mais uma vez constata-se a forma lamentável e pouco cuidadosa como são elaboradas nossas leis. Inúmeros são os exemplos, que aqui me abstenho de citar, de regras legais editadas sem sistematização e que impõem ao Poder Judiciário o ciclópico esforço de interpretação e aplicação dada a indeclinabilidade da jurisdição.

O *caput* do artigo em tela estampa:

"Art. 11. São anistiados os agentes políticos que tenham sido responsabilizados, sem que fosse atribuição legal sua, pela prática dos crimes previstos na alínea "d" do artigo 95 da Lei n.º 8.212, de 1991, e no artigo 86 da Lei n.º 3.807, de 1960".

Segue o "temporário" parágrafo único, obra do desconhecido, estendendo o favor aos "demais responsabilizados" pela prática de ditos atos.

Vê-se, pois, que o texto legal concede o "favor" a quem, em verdade, não tinha "responsabilidade" pelo recolhimento das contribuições. É o mesmo, *data venia* que, por exemplo, conceder-se "anistia" àqueles que, sem serem pais, eventualmente tenham sido "responsabilizados" pela prática de abandono intelectual (art. 246 do Código Penal) ou

àqueles que, também eventualmente tenham sido “responsabilizados” pela prática da bigamia (art. 235 do Código Penal) sem que ao menos um dos contraentes, à época do fato, fosse casado (pressuposto do crime).

Ora, pressuposto do crime descrito no artigo 95 da Lei nº 8.212/91, por sua própria essência omissivo, é a “atribuição legal” do acusado para o recolhimento das contribuições descontadas dos empregados. Sem isso, não há responsabilidade, inexistindo, pois, tipicidade subjetiva.

A “anistia” (assim foi rotulada) tem como absurdo pressuposto a irresponsabilidade do agente diante do fato. Tangencia, ou melhor, culmina por adentrar ao mérito. Reconhece o óbvio, ou seja, que “quem não é o autor, não é autor”.

Mas como ao Juiz incumbe verificar se a hipótese legal subsume-se ao fato e como para aplicação do indigitado “favor” é imprescindível a verificação da aptidão para a qualidade de autor, não vislumbro, considerando que até agora só há indícios de autoria que justificaram o recebimento da denúncia, possibilidade de aplicação daquela norma com a declaração da extinção da punibilidade (que em verdade equivale, nos processos em curso, à absolvição porque negada a autoria, art. 386, IV do CPP) eis que, no Direito Processual Penal, inexistente quanto à certeza da autoria “julgamento antecipado da lide”, salvo, é claro, no procedimento dos crimes da competência do Tribunal do Júri.

Por tudo isto, indefiro o requerimento de fls. 212/213 no que é pertinente à extinção da punibilidade.

Quanto ao pedido de autorização para viagem, tenho que não há razão para seu indeferimento, ou melhor, para a manutenção da restrição.

Com o devido respeito à posição adotada pelo MP e pelo culto colega prolator da decisão que revogou o decreto de prisão preventiva (fls. 158) tenho que são ineficazes as condições impostas para a revogação daquela medida cautelar.

É que a medida provisória restritiva do direito de liberdade da acusada que fora anteriormente decretada (fls. 122/123) fundamentou-se, pelo que se extrai do seu texto, na conveniência da instrução criminal, fase processual que, segundo entendimento que adoto, deve ser verificada e ter delimitada a sua extensão caso a caso. Explica-se: pelo teor da decisão que decretou a prisão preventiva era, naquele momento, conveniente a medida extrema para “garantir” o comparecimento da acusada aos atos processuais a que deveria estar presente (o que, de fato, de uma forma ou de outra cumpriu seus fins. A acusada, dali em diante, passou a comparecer aos atos para os quais fora intimada, inclusive a audiência de prova de defesa realizada em Nova Friburgo – fls. 191). Passando-se agora para a fase das diligências (art. 499 do CPP) não há nenhum outro ato processual a ser praticado que imponha o comparecimento da acusada. Disso decorre, *in casu* e mesmo que a preventiva não tivesse sido revogada e, ainda, no estado em que se encontra o processo, que qualquer medida restritiva do exercício do seu direito de liberdade não se justifica sob o argumento da conveniência da instrução.

Se não bastasse, com a *venia* já expressada linhas acima, a decisão que revoga decisão anterior que decretou a prisão preventiva restitui o sujeito passivo da medida cautelar ao seu estado anterior, vale dizer, ao estado de liberdade plena, ou seja, sem qualquer restrição (note-se que não se trata de acusada que fora presa em flagrante). É claro que, caso venha a se ausentar do distrito da culpa e venha a ter comportamento que demonstre pretender se furtar à aplicação da lei penal ensejará, além do ônus da revelia, por

certo, novo decreto de prisão preventiva. Digo novo, porque será fundado em outro motivo, claramente diverso do ensejador da decisão originária já revogada.

Em conclusão, tenho que tratando-se de restrição de direito fundamental (artigo 1º, inciso III e artigo 5º, *caput*, da Constituição da República), somente se aplicam as vedações e exigências do artigo 310, 327 e 328, todos do CPP, em casos relativos a deferimento de liberdade provisória como substitutivo de prisão em flagrante, jamais em casos de restituição de liberdade plena como o que decorre de revogação de prisão preventiva.

Pelo exposto, defiro neste particular o requerimento de fls. 213 não para "autorizar viagem ao exterior", mas para reconsiderar a decisão de fls. 158, mantendo a revogação da prisão, tornando ineficazes as condições lá impostas, conseqüentemente insubsistente o termo de compromisso de fls. 160 e declarar não haver até o presente momento, nestes autos, qualquer motivo que impossibilite ou limite o regular exercício do direito de ir e vir da acusada.

Reconsidero também a decisão proferida em audiência às fls. 190 quanto ao sobrestamento do feito, por entender inexistente conexão entre os fatos aqui tratados e os que são objeto da ação penal de processo n.º 97.0062063-8 que se refere a outra NFLD e, por isto, **FACULTO ÀS PARTES FORMULAREM REQUERIMENTO DE DILIGÊNCIAS NO PRAZO LEGAL (ART. 499 DO CPP).**

Ciência pessoal ao Ministério Público e pela imprensa ao advogado constituído (art. 370, § § 1º e 4º, do CPP).

Niterói, 16 de setembro de 1998.

**MARCELLO FERREIRA DE SOUZA GRANADO**

Juiz Federal em exercício na

3ª Vara Federal de Niterói

SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

25ª Vara Federal

Processo: 96.0067420-5

Autor: MPF

Réu: Isaiás Pereira Cabral

Juiz: Dr. Flávio Oliveira Lucas

SENTENÇA

Visto, etc.

Isaiás Pereira Cabral, qualificado nos autos, foi denunciado em 09 de março de 1998 pelo MPF, como incurso nas penas do artigo 14 na forma do artigo 18, inciso I, todos da Lei nº 6.368/76, eis que segundo consta na inicial, a partir da prisão em flagrante de Henry Pineda e de Guilherme Pineda (que se identificaram como sendo "Salomon Fernandez Velasco e Guilherme Leon Rengifo Pineda), que pretendia deixar o país com a quantia de US\$ 720.000,00 (setecentos e vinte mil dólares americanos), foram encetadas investigações policiais que concluíram pela ligação do acusado ISAIÁS, na associação com o tráfico internacional de entorpecentes. Segundo o parquet, o acusado teria associado-se com Juan Carlos Hernandez, Temístocles Moura Torres e Salvatore Battaglia, ao fito de, reiteradamente, praticar o tráfico internacional de entorpecentes.

Nesse sentido, teriam sido colhidos, segundo o Ministério Público Federal, os seguintes elementos de prova:

a) cópias de 2 cartões de visitas do denunciado apreendidos em poder de Henry Pineda, um deles constando o réu como proprietário da empresa ICE HOT, não registrada na Junta Comercial do Rio de Janeiro;

b) declarações do próprio réu afirmando que havia sido contratado por Salomon para montar no Rio de Janeiro uma empresa de importação e exportação denominada Mabrex, Imp. Exp. Ltda, em nome deste e de Guilherme, mediante o pagamento de US\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil dólares);

c) documento de desembaraço, entregue ao acusado por Salomon (Henry), de um "container" no Porto de Santos, proveniente da Colômbia, contendo polpas naturais de um produto conhecido como "Guanabara", sendo que tal operação, pela documentação apreendida, teria ocorrido em 29/11/95, contrariando anterior informação do denunciado de que somente teria sido contratado por Salomon no mês de março de 1996;

d) anotação apreendida com Henry Pineda (Salomon), contendo o número de telefone do réu ao lado da palavra "Profe";

e) declaração do "La Reserve Hotel Residence", informando sobre a hospedagem de Salomon (Henry Pineda), bem como o registro de utilização do veículo Fiat, modelo Uno, cor vinho, placa GTF 2551, sendo que, segundo informado pela empresa Localiza Rent a Car, teria sido alugado pelo acusado, e devolvido três dias antes da prisão de Henry Pineda;

f) relação das despesas efetuadas pelo acusado para a organização criminosa de Henry Pineda (Salomon Fernandes Velasco), totalizando a quantia de R\$ 46.972,28, revelando o apoio operacional prestado pelo acusado à organização criminosa, sendo que as despesas efetuadas, segundo o MPF, são absolutamente estranhas àquelas que seriam prestadas por uma pessoa que tinha a incumbência de, apenas, registrar uma empresa na Jucerja.

A denúncia foi instruída com o competente inquérito policial do qual constam as seguintes peças dignas de destaque:

I) Volume 1: auto de prisão em flagrante de Guilherme Leon Rengifo Pineda e Salomon Fernandes Velasco às fls. 04/06; cópias dos cartões do acusado à fls. 13; termo de declaração do acusado às fls. 14/15; contrato social da empresa Mabrex Comércio Importação e Exportação Ltda às fls. 16/18 e 198/200, sendo que consta como gerente social o acusado Isaías Pereira Cabral; informações acerca de Henry Pineda, fornecidas pela Interpol e pela embaixada dos EUA às fls. 19/27; relatório da autoridade policial nos autos do inquérito oriundo da prisão em flagrante de Henry e Guilherme Pineda às fls. 28/32; cópia do inquérito policial 66/94, que trata da prisão em flagrante de indivíduos ligados ao narcotraficante cuja alcunha é "Carlinhos da Lelé" às fls. 86/97; cópia de documento do Comando Regione – Carabinieri Lazio – Comando Provinciale di Roma, apreendido com "Carlinhos da Lelé" às fls. 98/99 e 158/161, fazendo referência ao acusado Isaías Pereira Cabral; declaração do responsável pelo La Reserve Hotel Residence à fl. 101; declaração da Localiza Rent a Car às fls. 113 e 196; cartão da empresa Ice Hot à fl. 116; encontrado em poder de Henry Pineda; fotografia de Henry Pineda e Guilherme Pineda à fl. 117; cópia de documento traduzido da língua espanhola para o português referente à prisão de Henry Pineda e outros, em Santo Domingo – República Dominicana – às fls. 128/144; cópia de informações, referente à tradução da documentação acima mencionada apreendida com "Carlinhos da Lelé", remetidas pelo Consulado da Itália, fazendo referência a Isaías Pereira Cabral às fls. 172/174; a documentação em idioma italiano foi devidamente traduzida às fls. 176/181; informações acerca de linhas telefônicas e bens em nome do réu, de sua esposa e filho às fls. 182/195; cópias das informações remetidas pela TELERJ acerca de ligações efetuadas pelos telefones titularizados por Isaías Pereira Cabral no ano de 1994 às fls. 202/245; II) Volume 2: informações acerca de linhas telefônicas ligadas ao tráfico internacional de entorpecentes às fls. 268/298, 321/324; cópia do contrato social da empresa ICE HOT Assessoria Imobiliária Ltda – ME às fls. 300/308; certidões dos 5º e 6º ofício de registro de distribuição em nome de Isaías Pereira Cabral, Raphael Mourim Cabral, Ana Maria Mourim Cabral e Marli Correa de Oliveira às fls. 310/316; termo de declaração de Henry Pineda às fls. 378/379 e de Marli Correia de Oliveira e Raphael Mourim Cabral às fls. 395/398; interrogatório de Isaías Pereira Cabral às fls. 399/401; termo de declarações de Carlos Roberto Santos de Oliveira às fls. 406/407; termo de declaração de "Carlinhos da Lelé", cujo nome verdadeiro é Carlos Alberto da Costa Moreira às fls. 408/409; relatório de investigação às fls. 416/426; fotografias do acusado e bens às fls. 447/452; relatório às fls. 457/472.

Requerida a prisão preventiva do acusado (fls. 480/482), foi a mesma deferida às fls. 483/484.

O acusado foi interrogado às fls. 497/500, apresentando suas alegações preliminares às fls. 504/507, já no Volume 3 dos autos deste processo, ocasião em que anexou a documentação de fls. 508/551, inclusive com relatório de degravação de interceptação telefônica deferida pelo Juiz de Direito da Vara Criminal de Santa Cruz.

Às fls. 576/581, foram inquiridas as testemunhas arroladas pela acusação: Luiz Cravo Dórea e Marcelo Duval Soares.

Às fls. 593/598, foram inquiridas as testemunhas Márcia Rôzana Vicente de Meneses e Ana Maria Mourim Cabral.

FAC do acusado às fls. 620/621.

Fax – símile às fls. 632/633 da Dr<sup>a</sup> Anna Canepa, Procuradora Substituta junto à D.D.A. (Direção Distrital Antimáfia) de Gênova/Itália.

Cópia das declarações do imposto de renda do réu e de sua esposa, oriundas da quebra do sigilo bancário e fiscal determinada pelo juízo, às fls. 672/697.

Laudo de exame em material de informática referente ao computador apreendido na empresa do acusado às fls. 701/822.

Memoriais do MPF às fls. 669/675 que, após tecer considerações acerca do conjunto probatório constante dos autos, requereu a condenação, nos termos da denúncia.

De seu turno, a defesa, em seus memoriais de fls. 828/863, alegou, em síntese, que:

#### I) PRELIMINARES:

- a) fosse o feito convertido em diligência, para que os autos fossem apensados aos autos do processo em que foram condenados os acusados Henry e Guilherme Pineda;
- b) fossem anexadas aos autos as declarações de imposto de renda da esposa do acusado;
- c) inspeção do local onde estão situados os imóveis do réu;
- d) reconsideração do despacho de fls. 656, para que, dessarte, seja reconhecida a conexão entre o presente processo e o de número 8.681/98, que tramitou perante a 1<sup>a</sup> Vara Criminal de Santa Cruz.

#### II) MÉRITO:

- a) o fato de ter sido encontrado junto ao traficante Henry Pineda um cartão de advogado do réu não o liga ao comércio ilícito de drogas;
- b) a empresa ICE HOT é regularmente constituída e, igualmente, o fato de ter sido encontrado um cartão da companhia em poder de Henry Pineda não implica ligação com o tráfico;
- c) que apenas figurou como sócio na empresa MABREX, pois "Salomon", leia-se Henry Pineda, precisava de um sócio para legalizá-la;
- d) que o réu não detinha procuração, mas estava patrocinando os interesses de Henry Pineda, em conjunto com o advogado Edson Ribeiro;
- e) que, em verdade, foi ludibriado por Henry Pineda, que disse ser Salomon Fernandes, sendo que não tinha ciência de sua ligação com o tráfico de entorpecentes;
- f) que o acusado não é a mesma pessoa que "PROFE", até mesmo porque, se forneceu o seu cartão de visita a "Salomon", não tinha interesse em se acobertar no anonimato;

g) que o desembarço de um container no Porto de Santos de uma polpa natural denominada "Guanabara" não significa dizer que esse é o meio empregado para internar entorpecentes pelos traficantes e, principalmente, que o acusado tem, de fato, envolvimento com a organização criminosa;

h) que as provas produzidas em juízo – consistentes nos depoimentos de dois delegados de polícia federal – se limitaram a reproduzir os "lances" da investigação produzida em sede inquisitorial, pelo que, segundo afirma, não há nos autos qualquer prova que não tenha tido origem no trabalho policial, pelo que o contraditório não foi garantido;

i) que o ônus da prova é da acusação, que não logrou êxito em comprovar a responsabilidade penal do réu;

j) que nos autos há somente ilações que não autorizam prolação de decreto condenatório;

k) que o réu somente foi à Itália para contratar advogado para Valdir Del Moral e Sérgio Jaime Leforce de Araújo, a rogo de "Carlinhos da Lelé";

l) que o episódio da Itália não é objeto de imputação pela denúncia, pelo que a sentença não pode se afastar do pedido, sob pena de julgamento *ultra* ou *extra petita*;

m) que o patrimônio do acusado é compatível com seus ganhos;

n) que o depoimento dos policiais deveria ser corroborado por pessoa estranha aos quadros policiais;

o) pugna, ao final, pela absolvição.

Com os memoriais, a defesa anexou aos autos, ainda, a documentação constante de fls. 864/879.

À fls. 904 consta o depoimento da testemunha DELFIM NETO, arrolada pela defesa, dizendo não conhecer o réu.

Foi determinada a ciência às partes da juntada da documentação, inclusive do retorno da carta precatória (fl. 906).

Em apenso os autos do seqüestro dos bens do acusado, medida assecuratória que foi indeferida às fls. 27 e 27v.

RELATEI.

FUNDAMENTO E DECIDO.

Há questões preliminares que devem ser resolvidas antes da apreciação do mérito da causa.

De início o pleito de conversão do feito em diligência para que fossem os autos apensados aos do processo em que foram julgados Guilherme e Henry Pineda, merece indeferimento, por absoluta falta de amparo legal. O requerimento não tem o menor cabimento, sendo totalmente desprovido de fundamentação legal, pelo que não merece acolhimento.

O pedido de conversão do feito em diligência para que sejam anexadas aos autos as últimas 5 (cinco) declarações de renda da pessoa do réu também não merece sorte, já que, a uma, as mesmas não são imprescindíveis para o exame do mérito da questão e, a duas, que sua ausência nos autos não importa prejuízo para a defesa, já que nenhum dado inexistente nos autos, como é óbvio, poderá ser usado em desfavor da defesa; por fim, tal diligência



somente seria relevante, *ad argumentandum*, se fosse utilizado pelo juízo, quando da prolação desta sentença, elemento probante vinculando as atividades ilícitas do acusado com a desproporção de seu patrimônio, o que, como se verá, não é o caso dos autos.

O requerimento de inspeção nos imóveis do réu, pelos mesmos motivos alinhados acima, merece indeferimento, acrescentando-se, ainda, a absoluta intempestividade do mesmo pela defesa, o que dá impressão ao juízo de que providência requerida guarda nítido caráter de retardar a prestação jurisdicional.

O pedido de reconsideração do despacho de fls. 656, de seu turno, é absolutamente impertinente e injurídico, eis que, conforme bem sublinhado pelo ilustre Juiz federal titular desta vara, inexistente, atualmente, no ordenamento jurídico pátrio a figura da "avocatória", pelo que o juízo da 25ª Vara Federal não tem o poder de requisitar ou avocar autos de processo que tramitam na 1ª Vara Criminal da Santa Cruz. Fica mantida, pois, a decisão, por seus próprios fundamentos.

Rejeitadas todas as preliminares, passo então a decidir o mérito da causa.

Merece total acolhida o pedido de condenação contido nos autos.

Com efeito, restou sobejamente demonstrado que o acusado, de fato, associou-se, com ânimo de permanência e estabilidade, com diversas pessoas, notadamente com o narcotraficante Henry Pineda, ao fim de traficar entorpecentes provenientes do exterior e para o exterior.

Há nos autos um sólido conjunto probatório a incriminar o réu, demonstrando que o mesmo, de muito tempo, já integrava uma organização criminoso que tinha por atividade principal o nefasto comércio de entorpecentes, cujos "tentáculos", no Brasil, eram administrados pelo acusado, com a colaboração eficiente de outras pessoas, todas elas com ligação com o tráfico de entorpecentes.

De relevo considerar, outrossim, o competente trabalho de investigação levado a termo pela Polícia Federal que, ao revés do que foi pela eficiente e diligente defesa do réu, obrou com extrema competência nas investigações que deram origem a esta ação penal.

A defesa, em seus bem elaborados memoriais, tenta dar aos elementos de prova constantes dos autos interpretação absolutamente distorcida, que não corresponde à realidade dos fatos, e, em verdade, ela mesma expõe todo o conjunto probatório que consta em desfavor de Isaias Pereira Cabral.

Se não vejamos:

Já foi dito acima que as investigações em relação ao possível envolvimento de Isaias Pereira Cabral com a tráfico internacional de entorpecentes começaram a partir da prisão de Salomon Fernandez Velasco (cujo nome verdadeiro é Henry Pineda) e de Guillermo Leon Rengifo Pineda, em 23 de maio de 1996, no Aeroporto Internacional do Rio de Janeiro.

Como foram encontrados com tais acusados 2 (dois) cartões de visitas do réu (fls. 13 dos autos) apreendidos em poder de Henry Pineda, começaram as investigações em relação à sua pessoa.

É claro que o simples fato de terem sido encontrados os mencionados cartões não relaciona, por si só, o réu com o tráfico internacional de entorpecentes. Mas, é claro, configura, sem sombra de dúvida, indício que, somado com o restante dos elementos de

prova constantes dos autos, autoriza o juízo a concluir pela sua culpa.

Desde já, convém ressaltar, a consideração pelo juízo dos elementos de prova não confere à doughta defesa a possibilidade de dar enfoque institucional aos mesmos, como parece ser seu desejo, ao afirmar que o fato da acusação querer incriminar o acusado por ter sido encontrado um cartão de advogado do mesmo com Henry Pineda importa violação e afronta aos direitos da classe dos advogados.

Antes de prosseguir no exame do mérito da causa, convém, desde já, afastar a alegação defensiva de que as provas dos autos se limitaram a reproduzir os "lances" da investigação policial, pelo que restaria violado o princípio do contraditório.

Isso pois o "contraditório" nada mais é do que a oferta de possibilidade à defesa para que participe e influencie no conteúdo da produção da prova, sendo que tal garantia foi assegurada à ilustre defesa quando teve oportunidade de formular perguntas às testemunhas inquiridas em juízo.

A prevalecer o entendimento defensivo, nunca restaria observado o "contraditório", eis que, como se sabe, de regra, as provas produzidas em juízo são precedidas de anterior investigação na qual são colhidos anteriormente depoimentos que, obviamente, são, via de regra, repetidos, posteriormente, quando da inquirição em juízo.

A garantia do contraditório – diz Ada Pellegrini Grinover e outros

"não tem apenas como objetivo a defesa entendida em sentido negativo – como oposição ou resistência –, mas sim principalmente a defesa vista em sua dimensão positiva, como influência, ou seja, como direito de incidir ativamente sobre o desenvolvimento e o resultado do processo. É essa visão que coloca ação, defesa e contraditório como direitos a que sejam desenvolvidas todas as atividades necessárias à tutela dos próprios interesses ao longo de todo o processo, manifestando-se em uma série de posições de vantagem que se titularizam quer no autor, quer no réu...". (a *in* "As Nulidades no Processo Penal", ed. Malheiros, pág. 104)

Vê-se, dessarte, que foi obedecido às inteiras o importantíssimo princípio constitucional, dando-se ampla faculdade à defesa de produzir provas e contestar todas as provas que constam dos autos, como, aliás, o fez muito bem em seus memoriais constantes dos autos.

Retornando, mister de frisar, desde já, que de fato o senhor Henry Pineda é notório traficante internacional de entorpecentes, ocupando posição de destaque no "Cartel de Cáli", organização criminosa vinculada, inclusive, à máfia italiana, conforme comprovam diversos documentos anexados aos autos, notadamente os de fls. 09, 11, 19/27 e 128/144 dos autos. Tal pessoa possui, mesmo, "histórico pessoal" catalogado na INTERPOL, conforme faz certo o documento de fls. 23/27. Quanto ao envolvimento de Henry Pineda com o comércio internacional de entorpecentes, nem mesmo a defesa de Isaías, questiona, sendo de se ressaltar, inclusive, que tal pessoa foi condenada pelo juízo da 13ª Vara Federal. Ademais o próprio STF já decretou a prisão preventiva de Henry Pineda para efeito de extradição, a pedido do Governo da Holanda, local onde tal pessoa, em 1991, através de terceiras pessoas, internou 130 kg de cocaína (fls. 458). Henry Pineda foi preso, ainda, em 1987, na República Dominicana, país onde internou 720 kg de cocaína.

O acusado alega que teria sido apresentado a Henry Pineda por um advogado colombiano "que freqüentemente visita o Brasil", de nome Henri Escobar (fl. 14 dos autos). Alega, ainda, que em nenhum momento sabia o seu verdadeiro nome, eis que se apresentou como Salomon Fernandez e, por fim, que somente integrou o contrato social da empresa MABREX para que a mesma fosse legalizada, eis que os demais "sócios" são estrangeiros.

Não é verdade a alegação do réu.

Em verdade, o próprio réu, por diversas vezes, se contradiz em suas afirmações, o que denota a sua vã tentativa de se ver livre das acusações, que lhes foram dirigidas. Se não vejamos:

Às fls. 14/15 dos autos, inquirido em 24/06/1996, na Polícia Federal, o acusado informou que "...até o presente momento não recebeu nenhum pagamento pelos serviços prestados ao Senhor SALOMON, sendo que, ora é credor de US\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil dólares)...". Mais adiante, às fls. 399/401, em 05/02/1998, ainda na Polícia Federal, disse "...que a assessoria prestada pelo indiciado consistia na confecção do contrato social da empresa MABREX, na procura de uma residência para Henry e seus sócios aqui no Rio de Janeiro; que não realizou nenhuma despesa para Henry Pineda além destas que foram mencionadas..."

Vê-se, em seu interrogatório judicial, constante de fls. 497/500, que o acusado faltou com a verdade, eis que, nessa oportunidade disse: "... que menos de um mês após conhecê-lo o Sr. Salomon (Henry) deixou no escritório do interrogando cerca de 46 mil reais em espécie à guisa de despesas; que foi com este dinheiro que o interrogando alugou o automóvel, somente poderia ser alugado através de cartão de crédito..."

Ademais, às fls. 410/411, consta uma relação de despesas efetuadas por Isaías Pereira Cabral em nome de Salomon Fernandes Velasco (Henry Pineda), sendo que tal relação foi apreendida na residência do próprio Isaías, por ocasião de sua prisão ocorrida em 07/01/1998.

Mas não é essa a contradição do réu. Disse ele, em seu interrogatório judicial: "... que conheceu o Sr. Salomon – Henry durante o ano de 1996, no mês de maio ... que antes de maio de 1996 nunca havia tido nenhum tipo de contato com o Sr. Salomon – (Henry) ou qualquer pessoal dele..."

Tal afirmação é totalmente inverídica, eis que, conforme comprova a peça de fls. 113, ISAÍAS, em 01/04/1996, alugou o veículo modelo Uno Mille de placa GTF 2151, automóvel esse que foi utilizado por Salomon/Henry, conforme demonstra o exame de fls. 101, sendo que Henry se hospedou no Hotel Residence La Reserve no período de 19/04/1996 a 26/04/1996, utilizando nesse período tal veículo. O réu declarou, ainda, nos autos do inquérito instaurado em virtude da prisão em flagrante de Henry e Guilherme Pineda (fls. 14/15), que conheceu o Sr. Salomon em novembro ou dezembro de 1995.

As contradições acima apontadas apenas indicam a disposição do réu em mentir ao fito de assegurar a sua impunidade.

Caracterizada a intenção do acusado, passemos ao exame das provas que o incriminam diretamente com o tráfico internacional de drogas.

Nesse particular, é fundamental destacar a importância do episódio ocorrido na Itália. Inicialmente, porém, desde já afastado a alegação defensiva no sentido de que o tal episódio não foi imputado na denúncia, eis que trata-se de imputação relativa ao delito de associação para fins de tráfico, que, como se sabe, é "crime permanente", cuja consumação

se protraí no tempo, motivo pelo qual, à toda evidência, a menção de episódios na exordial, o foi feito de modo apenas exemplificativo, sendo que dos autos já constava a documentação comprobatória de tão grave episódio. A imputação que delimita o *thema decidendum*, obviamente, na hipótese, é de associação com vínculo de permanência e estabilidade para fins de tráfico de entorpecentes, pelo que o episódio, uma vez que já constava dos autos a documentação referente ao mesmo, pode e deve ser utilizado para caracterizar a culpa do réu, sendo que sua alegação soa ao juízo quase como uma confissão defensiva quanto à responsabilidade do réu. O denunciado alega que compareceu por "umas três vezes" à Itália (fl. 499). Uma das vezes viajou em retribuição à defesa que patrocinou de dois presos italianos no Brasil por infração ao artigo 289 do CP; a segunda delas em função de "acerto" de honorários com Francesco Ríbezo, que foi preso no Rio de Janeiro com o nome falso de Simoni Monti e, por fim, e aí o episódio adquire relevo nos autos, contratado por um traficante de nome Carlos Alberto de Oliveira, vulgo "Carlinhos da Lelé", eis que duas "mulas" suas haviam sido presas naquele país: Valdir Del Moral e Sérgio Jaime Leforcio de Araújo, motivo pelo qual teria viajado para contratar um advogado para os mesmos. Tais mulas eram, conforme informado pelo próprio acusado, comissários de bordo da companhia aérea VARIG.

Ocorre que, consta dos autos, documento, devidamente traduzido para o português (fls. 157/161 e 172/174), enviado pela Embaixada Italiana, "Ambasciata D' Italia in Brasilia - Brasile" informando que:

"ação de serviço correspondente a atividade sob cobertura desenvolvida no dia 06 de março de 1994 pelo Brigadeiro Del Vecchio Giuseppe.

O abaixo assinado se (trecho ilegível) na via Emanuele Filiberto nr. 177 para receber uma quantidade de cocaína equivalente a 10 (dez) quilos de alguns membros do pessoal em serviço junto à VARIG, companhia aérea de nacionalidade brasileira, e que fazem a ordem da organização de Isaias Pereira Cabral.

As 13:00 horas o abaixo assinado, por intermédio de uma linha telefônica celular que lhe fora fornecida, recebeu uma ligação do Brasil (trecho ilegível) na qual era informado de contactar com um 'steward' da VARIG que ocupava o quarto 201 do Hotel President que o aguardaria para realizar a entrega da droga.

O Isaias, durante a ligação, recomendava também ao abaixo assinado de não ir embora após o recebimento da droga e de ter pago a importância de 230 mil dólares americanos e até que outro cliente não tivesse, durante a noite, retirado todo o restante da mercadoria, poderia retirar também a que sobrasse.

Às fls. 176/181, consta também tradução realizada por Giancarlo Valente, funcionário do Consulado Geral da Itália, do teor de tais notícias constantes de fls. 158/161, com o seguinte teor:

"... O entorpecente deveria ser entregue a alguns clientes italianos que mantinham com organização que se repor-

tava como chefe a Isaiás P... e um certo Carlinhos que já apareceram na investigação em curso.

Um suboficial do centro operativo da DIA em Gênova, operando sob disfarce e com credenciais para aquele contexto devia receber nesta data uma parte da carga de entorpecente mencionada e que consistia em 10 quilos, então foi organizada uma devida operação com fins de identificar entre o pessoal da VARIG quem fossem os transportadores.

As 12:55 o pessoal em serviço no Hotel registrava a chegada de um telefonema proveniente do Brasil para o apartamento ocupado por Stuart Valdir acima identificado. Após alguns minutos o agente sob disfarce sinalizava aos mencionados agentes de polícia (sic) de ter recebido um telefonema de parte de Isaiás Pereira, o qual tendo confirmado a sua presença nas proximidades do Hotel Romano lhe dizia de tomar contato com o ocupante do apartamento 201 que já o esperaria para entregar o entorpecente. O Isaiás Pereira informava também que uma retirado os 10 quilos de cocaína e pago 230 mil dólares americanos não se deveria retirar enquanto um outro cliente não tivesse retirado naquela mesma noite toda a mercadoria remanescente da qual parte era disponível para ele.

De se notar, pois, que a relação de Isaiás Pereira Cabral com os fatos ocorridos na Itália, em 06 de março de 1994, acima indicados, não limita-se à relação entre advogado/cliente, sendo que, em verdade, conforme foi constatado pela Polícia Italiana, era o mesmo o dono do entorpecente que estava sendo negociado naquela oportunidade, sendo que os dois empregados da VARIG que foram presos não passavam de "mulas" que foram contratadas por Isaiás Cabral. Vê-se, pois, que no mínimo a partir desta data Isaiás Pereira Cabral possuía já relação visceral com o tráfico internacional de entorpecentes, associando-se, com caráter de estabilidade e permanência com Valdir Del Moral, "Carlinhos da Lelé", Sérgio Jaime e outros.

Ademais, ao revés do que afirmou o réu, "Carlinhos da Lelé" disse que "nunca contratou os serviços advocatícios com o Sr. Isaiás; que portanto procede a declaração do Dr. Isaiás dando conta que o declarante lhe contratara em 1994 para dar assistência jurídica aos comissários de bordo da VARIG, Valdir Del Moral e Sérgio Le Force, bem como a brasileira Ana Maria Nunes, presos na Itália com certa quantidade de cocaína..." (fl. 408). Carlinhos disse, ainda, que Ana Maria Nunes (também presa na Itália por tráfico de entorpecentes) já conhecia Isaiás, fato negado por esse em seu interrogatório judicial. Constata-se, pois, que, mais uma vez, mentiu o acusado.

A relação de Isaiás com a Cia. VARIG, de seu turno, também merece destaque, eis que, conforme se investigou, possuía relação com o piloto de tal companhia de nome Eduardo Dentzien, vulgo "TED", além da relação com os dois comissários de bordo presos em solo italiano, conforme acima referido.

Segundo declarou Isaiás (fl. 400), teria conhecido Eduardo Dentzien através de seus encontros com Henry Pineda em seu escritório. De se lembrar que à fl. 499 (em seu

interrogatório judicial), declarou que somente conheceu Henry em maio de 1996, sendo que, sempre segundo suas próprias declarações, "ficou sabendo que Eduardo era piloto de aeronave de Henry há bastante tempo quando pôde ouvir que Eduardo fizera várias viagens internacionais com Eduardo, todavia o indiciado nunca teve qualquer relacionamento comercial ou profissional com Eduardo. Que somente após a prisão de Henry recebeu algumas ligações de Eduardo..." (fl. 400).

Acontece que, em data anterior, Eduardo Dentzien que utilizava até o dia 27 de junho de 1996 (um mês após a prisão de Henry) a linha de telefonia celular de número (021) 983-3466, recebeu duas chamadas telefônicas de Isaías Pereira Cabral, que utilizou-se do telefone número (021) 396-5080, de sua propriedade à época. Depreende-se, então, que, em verdade, Isaías Pereira Cabral e Eduardo Dentzien, que figura como indiciado em um inquérito policial por tentativa de furto de aeronave (que seria destinada ao tráfico de drogas, conforme informações de fl. 420 e 467) no Estado do Tocantins, se conheciam de data anterior à prisão de Henry Pineda, evidenciando sua relação comercial.

Com relação aos telefonemas, também cabe abrir um parêntese, eis que, conforme constatado, o réu possuía em seu nome, ou em nome de parentes (seu filho e esposa) diversos terminais telefônicos que, segundo alegação de sua esposa Ana Maria Mourim Cabral (fls.), se justifica, na medida em que lidava com uma espécie de "consórcio" de linhas telefônicas.

Em verdade, foram constatadas ligações para números ligados a inúmeras pessoas envolvidas no tráfico internacional de entorpecentes, como, por exemplo, o expediente de fls. 412/415 oriundo da INTERPOL/RJ, atendendo a pedido da INTERPOL/Bruxelas, informando terminais telefônicos do Brasil que foram contactados por números de telefones ligados ao tráfico de grande quantidade de cocaína, números esses descobertos após investigações procedidas por autoridades belgas. Dentre essas ligações constam alguma para os números (021) 396-5080: propriedade de Isaías Pereira Cabral; (021) 366-8787, de propriedade de Raphael Mourim Cabral, filho do réu e outros.

De relevo salientar, que inquirido em sede policial, o filho de Isaías, Raphael Mourim Cabral (fls. 397/398) disse "que nunca promoveu ligações para o exterior; que nunca fez uso ou promoveu ligações para o telefone 366-8787; que desconhecia ter em seu nome imóvel sito na Avenida Paranapuã...". Aliás, em tal endereço está justamente instalada a linha telefônica número (021) 366-5080.

Relevante consignar, ainda, que Henry Pineda era sócio de Isaías Pereira Cabral na empresa Mabrex Comércio Importação e Exportação, sendo que no contrato social da mesma consta um endereço inexistente e, ainda, consta o endereço de "Salomon", cujo nome verdadeiro é Henry, como sendo o de Isaías, sendo que, indagado pelo juízo acerca do fato, disse, de forma inverossímil, se tratar de erro de digitação de sua secretária.

Tal firma, em verdade, como soa óbvio ao juízo, tinha como único objetivo facilitar a internação de entorpecente no país e, ainda, de "lavar" dinheiro de Henry Pineda e Isaías Pereira Cabral.

Na agenda eletrônica de Henry Pineda foram encontrados diversos terminais telefônicos de Isaías Pereira Cabral ao lado da palavra "PROFE".

A testemunha Luiz Cravo Dórea, inquirido em juízo, com a oportunidade de ser inquirido pela douta defesa, disse que:

"... que mais recentemente como remanescência do que se

chamou "conexão Panam", ocorrida em 1987, quando brasileiros e americanos estiveram envolvidos no tráfico de aproximadamente uma tonelada de cocaína para os EUA, em que se suspeitava do envolvimento dos senhores Temístocles Moura Torres e Juan Carlos Hernandez, apurou-se no final de 1997, através da operação "tarja preta" a continuidade da atuação de tais pessoas com o tráfico de drogas mediante escuta telefônica realizada, quando se apurou através de linguagem metafórica, que o acusado ISAÍAS cobrava de Juan Carlos a droga que já havia pago e que não havia recebido...;

Em casos semelhantes, assim se manifestou a jurisprudência:

"A associação se mostra evidente com a montagem da operação destinada ao tráfico de substância entorpecente representada, então, pelo transporte em avião de cerca de 375 kg de cocaína, pelos encontros prévios efetuados, o estabelecimento da função de cada um, dispensável a estabilidade do ajuste, embora esteja evidenciado, no caso em decorrência da atividade plurissubjetiva e tendo em vista os altíssimos lucros a estimular a permanência da sociedade no prosseguimento do abjeto comércio" (TFR – AC 8.239 – Rel. Costa Lima – JTFR – Lex 82/340).

Pelo exposto, vê-se que o acusado Isaiás, de muito tempo, já mantinha vínculo estável e permanente com diversas outras pessoas, de molde a possibilitar o tráfico ilícito de entorpecente do exterior para o Brasil, pelo que, merece ser julgo totalmente procedente o pedido de condenação contido na denúncia.

A pena do réu será fixada, nos termos do artigo 14 da Lei 6.368/76, com o preceito secundário do artigo 8º da Lei nº 8.072/90, como defendido por Damásio de Jesus e conforme já foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

"Tratando-se de associação para o tráfico de drogas, prevalece a tipificação do artigo 14 da Lei 6.368/76, vale dizer, a associação de duas ou mais pessoas, para praticar, reiteradamente ou não, o tráfico de drogas, tipifica o delito do artigo 14 da Lei 6.368/76. A pena a ser aplicada será a prevista no art. 8º da Lei 8.072/90, isto é, reclusão de três a seis anos. Precedentes do STF" (STF – HC 73.11908, Rel. Ministro Carlos Velloso – RT 733/498).

#### DISPOSITIVO:

Isto posto, Julgo Procedente a Pretensão Punitiva Estatal deduzida na Denúncia, para CONDENAR o acusado Isaiás Pereira Cabral, qualificado nos autos, como incurso nas penas do artigo 14, na forma do inciso I do artigo 18, todos da Lei 6.368/76.

Passo, pois, à fixação da pena-base do réu, de acordo com as balizas do artigo 59 do Código Penal.

De acordo com tal artigo, devo, antes de mais nada, salientar que o réu é primário. Porém, todas as demais circunstâncias não lhe favorecem. Seu dolo foi intenso, eis que com sua conduta internava em território nacional expressiva quantidade de cocaína. As conseqüências do delito foram as piores possíveis com repercussões, de monta, em vários países estrangeiros. Sua personalidade, definitivamente, é voltada para a prática de delitos. Deve ser considerado, ainda, que o acusado ocupava posição de destaque na organização, sendo que em documento da polícia italiana é mencionado como o "capo" da mesma. Nessa perspectiva, entendo que o acusado é pessoa que representa perigo permanente à sociedade, e, entendo necessário e suficiente à prevenção do delito, fixar a pena-base em seu máximo legal, ou seja, em 6 (seis) anos de reclusão e 360 (trezentos e sessenta) dias-multa, cada um no valor de 1 (um) salário mínimo vigente à data dos fatos, sendo que, entendo que a pena de multa não foi revogada pelo artigo 8º da Lei 8.072/90, eis que essa não foi, à toda evidência, a *mens legis*.

Pela incidência da causa especial de aumento de pena decorrente da internacionalidade, prevista no artigo 18, inciso I da Lei de regência, aumentando a pena-base em 2/3, totalizando-a em 10 (dez) anos de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa, no critério já determinado.

Fixo o regime fechado para o início do cumprimento da pena.

Condeno o réu no pagamento das custas do processo.

Nego ao acusado o direito de recorrer em liberdade da sentença, eis que persistem os motivos que autorizariam a manutenção de sua prisão preventiva, sendo de se destacar que o réu respondeu preso a todo o processo e não seria razoável ser solto, após a prolação de sentença condenatória, quando à toda evidência ficam robustecidos os motivos que autorizariam em tese a decretação de sua custódia cautelar. Expeça-se, *incontinenti*, mandado de prisão.

Transitada em julgado, lance-se o nome do réu no rol dos culpados e expeça-se guia de recolhimento.

P.R.I.C

Rio de Janeiro, 31 de julho de 1998

FLÁVIO OLIVEIRA LUCAS  
Juiz Federal Substituto,  
em exercício na 25ª Vara