

Direito Civil

SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
1ª Vara Federal**Ação Ordinária**

Processo: 99.0000000-0
Autor(es):
Ré: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL – CEF
Juiz: Dr. ANDRÉ JOSÉ KOZLOWSKI

SENTENÇA

1. Ação Ordinária proposta por.....em face da CAIXA ECONÔMICA FEDERAL – CEF. A inicial diz que a parte autora é mutuária do Sistema Financeiro de Habitação devido à aquisição de casa própria financiada pela Caixa Econômica Federal conforme contrato acostado, que prevê prazo demeses, juros de ... % efetivos pelo Sistema Francês de Amortização (Tabela Price) e correção monetária pelo PES/CP – Plano de Equivalência Salarial por Categoria Profissional. Entretanto, a CEF não obedece à lei nem ao contrato quando aplica índices de correção monetária que não correspondem nem ao ajuste de salário da parte autora, nem ao de sua categoria profissional, nem da caderneta de poupança, causando desequilíbrio financeiro gerador da inadimplência.

Alega que há cláusulas abusivas a merecer nulificação sob o Código de Defesa do Consumidor, traça um histórico da legislação especial citando índices percentuais e jurisprudência e inquina de inconstitucional o Dec.-Lei 70/66. Pede que a ré se abstenha de prosseguir com a execução extrajudicial como tutela antecipada, que "os autores sejam autorizados a converterem em depósito judicial o valor das prestações vencidas e vincendas" ou que seja determinado à ré que passe a receber a prestação dos autores no valor que estes consideram como correto, até o julgamento final do feito, e que a ré seja condenada à revisão geral de todas as prestações do financiamento, excluindo o coeficiente de equiparação salarial e utilizando como índice de correção monetária única e exclusivamente a variação salarial do autor.

2. Às fls., foi indeferido o pedido de antecipação de tutela bem como a inicial, por inépcia, relativamente aos pedidos de autorização de conversão em depósito judicial e de determinação de recebimento pela ré das prestações no valor pretendido pelos autores, prosseguindo o processo exclusivamente com o pedido revisional.

3. Em contestação a CEF argúi inépcia da inicial por faltar a identificação da empresa a qual estão vinculados os autores, e requer a denunciação da lide ao Agente Fiduciário, cujo nome e endereço deveriam ser fornecidos pela parte autora. No mérito diz que o Dec.-Lei 70/66 é perfeitamente constitucional, minudencia o histórico do PES e dos reajustes das prestações, justifica a aplicação do CES (Coeficiente de Equiparação Salarial), concluindo pela improcedência do pleito.

4. A réplica acrescenta mais jurisprudência. O Ministério Público Federal diz não ter interesse no feito.

5. Indeferida a especificação de prova pericial, vez que a contestação não versou sobre matéria de fato, a parte ré interpôs agravo retido.

É o relatório. Decido. (CPC, art. 330, I).

6. A função de uma instituição financeira é, basicamente, a intermediação financeira. Capta depósitos do público, à vista ou a prazo, a uma certa remuneração, e empresta o dinheiro a sua clientela ativa. A diferença entre o custo financeiro de captação do depósito e a remuneração ajustada para o empréstimo (diferença essa denominada "spread") constitui o lucro bruto da operação. Obviamente, se os depósitos são indexados (correção monetária, TR, INCC etc.), os mútuos correspondentes não de ser referidos aos mesmos índices de valoração; caso contrário, ocorre um descasamento que, se sistemático, pode levar a instituição financeira à quebra.

A carteira imobiliária da instituição financeira pode ser financiada por outras fontes, mas, em regra, é a caderneta de poupança que desempenha o principal papel. E caderneta de poupança é fonte que, por lei, tem de render ao depositante juros de 0,5% ao mês, mais remuneração básica (atualmente vinculada à TR com redutores). Conseqüentemente, o banco terá de cobrar do mutuário adquirente da casa própria a mesma remuneração básica mais juros superiores a 0,5% ao mês, para cobrir os custos e auferir lucro. Se a instituição financeira receber do mutuário prestações reajustadas por índices inferiores aos da remuneração que paga aos titulares das cadernetas de poupança, inevitavelmente quebra. Se quebra, o Governo tem de vir em socorro para não deixar os poupadores das cadernetas no prejuízo e para proteger a credibilidade do sistema financeiro nacional. Obviamente, assim agindo, o Governo incorre em despesa que onera mais ainda o déficit público, desviando recursos que poderiam ser destinados a obras, serviços, benefícios previdenciários, ou salários de servidores ou simplesmente para diminuir impostos. Quem lucra? Os mutuários da casa própria cujas prestações foram reduzidas. Quem perde? A sociedade. A isso chamam alguns de "aplicação da lei atendendo aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum" (L.I.C.C., art. 5º). É em virtude dessa "justiça social" que milhares de proprietários de unidades residenciais, inclusive em áreas nobres das cidades, estão a pagar prestações de casa própria de R\$ 44,00 (quarenta e quatro reais) por mês, algo como uma parcela mensal de IPTU.

Quando o Governo permite a redução das prestações e "autoriza" a CEF a receber pela metade ou a valores diminuídos, em verdade, subsidia os mutuários, com o que claramente transfere os respectivos custos para a sociedade em geral. Se o faz sem autorização da lei, age sem representatividade, privilegiando uns sem o consentimento social. Se é o juiz que o faz, agrega a sua contribuição para o aumento dos gastos sem previsão orçamentária e, longe de atender aos fins sociais da lei, atende a interesses individuais homogêneos, em manifesto prejuízo da sociedade. O que o bem comum reclama é que cada um cumpra o que lhe compete, inclusive a assimilação de perdas derivadas de maus negócios. Uma certa característica cultural do País tem levado a confundir-se o bem comum com a socialização do prejuízo e a privatização do lucro. A questão só é social até o momento em que o mutuário adquire a propriedade plena e desembaraçada do imóvel com recursos fornecidos pela sociedade; a partir daí o seu então "socialíssimo" e inalienável direito à moradia própria passa automaticamente a exclusivo e alienável, tudo garantido pela Constituição.

O mesmo traço cultural faz com que cenas contraditórias tenham lugar em juízo. Aqui ocorrem os mutuários da casa própria para pedir redução da prestação e

os titulares da caderneta de poupança ou de FGTS (alguns também mutuários da casa própria) para pedir a complementação de índices de remuneração não creditados nas suas contas. O cidadão considera que o crédito sempre tenha de ser integral; já o débito, esse não pode ser integral porque é muito oneroso... Quando o juiz julga procedentes ambos os pedidos, necessariamente debita a diferença à conta da sociedade. Assim, o Estado-Juiz já decidiu que o depositante de caderneta de poupança e titular da conta de FGTS (que são os financiadores dos mutuários da casa própria) têm direito a determinados índices de remuneração, enquanto os correspectivos mutuários da casa própria têm direito a expurgar os mesmos índices de seu débito. Como a conta, obviamente, não fecha entre os interessados (poupadores e mutuários), já que uns têm direito a receber sem que os outros tenham a obrigação de pagar, a diferença – enorme – terá de ser paga por quem não tirou nenhum proveito do negócio: o restante da sociedade. O mesmo ocorre quando o Estado-Juiz diz que o poupador tem direito a receber TR mas o mutuário só tem de pagar INPC: a diferença terá de ser paga por terceiros não interessados, que são o restante da sociedade. A conta é de tal magnitude que nem dois FMI's a bancam. Entretanto, a mesma imprensa que se insurge contra um incremento de parcos R\$ 1 milhão de reais por mês na folha da União decorrentes de aumento salarial de juízes federais, aplaude as decisões judiciais que, a se efetivarem, implicarão gastos imprevistos de bilhões e arruinarão de vez com a possibilidade do ajuste fiscal tão defendido pela zelosa imprensa.

7. O que mais freqüentemente acontece é a falta de prudência do mutuário da casa própria. Ele vê o valor da prestação hoje, despreza o futuro, e endivida-se à taxa de 12% ao ano mais TR da caderneta de poupança. É uma taxa elevada para um ambiente não inflacionário e como o mercado imobiliário não cresce a essa taxa nem coisa parecida, e a TR sofre oscilações conjunturais que a distanciam da taxa de inflação, o resultado é uma dívida muito superior ao valor de mercado da residência, o que deixa o mutuário duplamente frustrado: paga caro e, se vender pendente o financiamento, realiza prejuízo.

O dilema é permanente. A remuneração básica (hoje, a TR com redutores) não pode ser tão baixa que desestimule a poupança, nem tão alta que iniba a aplicação da poupança no financiamento. A compatibilização é assaz difícil entre os interesses conflitantes de poupadores e mutuários. Dilema típico de países com economia instável a despeito da aparente estabilidade da moeda. Se apenas se pensasse que não pode ser estável moeda cujo custo seja tão elevado (a taxa de juros real paga para mantê-la desinflacionada mais a taxa de instabilidade gerada da economia), apagar-se-ia o mito monetário. Entretanto, qualquer tentativa de reduzir o custo do dinheiro para o mutuário significa transferir o respectivo ônus para a sociedade.

8. Entramos agora no mundo jurídico. Consoante a decisão irrecorrida de fls., o pedido subsistente é o revisional que assenta em alegada infração contratual e legal por parte da CEF, a qual, segundo a parte autora, ajusta as prestações sem referi-las ao salário do autor, à sua categoria profissional ou ainda à caderneta de poupança. A par disso, diz a inicial, algumas cláusulas agridem o Código de Defesa do Consumidor, pelo que nulas são. A inicial destaca o sagrado direito de propriedade garantido pela Constituição. Mas nada fala sobre a inadimplência da parte autora. Valham os direitos, não as obrigações, é o grande princípio jurídico inerente às postulações da espécie.

9. Os únicos dados concretos fornecidos pela parte autora estão na planilha de fls. ..., por ela juntada, e segundo a qual o valor da prestação corretamente

devido é, em alguns meses, cerca devezes menor do que o cobrado pela CEF. Já se vê que tal disparidade só pode ter origem na aplicação de índices de reajuste; e não é difícil logo perceber que o autor, figurante no negócio do mútuo hipotecário como "....." (fls.), utiliza índices inferiores até aos que proclama devidos. Assim, a planilha autoral consegue reduzir a prestação que afirma devida mesmo com a utilização dos índices de aumento do salário mínimo. E ainda assim não paga.

10. Consoante o contrato de financiamento acostado, o reajuste das prestações se dá segundo os índices de remuneração básica aplicáveis às cadernetas de poupança e nas épocas em que, fosse o caso, a categoria profissional do autor obtivesse reajuste. Não poderia ser diferente porque, outra vez, se a instituição financeira remunera os depósitos (em poupança ou FGTS) com determinado índice, o mesmo índice terá de ser utilizado na ponta dos empréstimos, pena de quebra. Ou então haverá subsídio, mas se subsídio houver terá de ser claro, expresso e com base em lei; ao contrário, o contrato é claro e expresso a respeito da sua economia não subsidiada.

O PES (Plano de Equivalência Salarial) significa isso, que apenas a periodicidade do reajuste é que se vincula à categoria profissional, jamais os índices de reajuste (*aliter*, após a Lei nº 8692, de 28/7/93, mas ainda aí o saldo devedor é reajustado de acordo com as contas de poupança/FGTS, preservando-se a economia do negócio, apenas as prestações é que ficam contidas dentro da relação prestação/renda. Tudo isso só significa que o prazo do financiamento pode ser ampliado, mas não que a dívida do mutuário possa ser reduzida). O que pode ser feito – e o contrato prevê a hipótese – é a contenção do reajuste da prestação dentro da relação prestação/renda familiar, jogando-se a diferença para o saldo devedor (e não para débito da sociedade), a modo de preservar a proporção do desembolso do mutuário, com algum sacrifício do fluxo de caixa para a instituição financeira, mas sem prejuízo da economia final do negócio. Para isso, prevê a cláusula nona que o mutuário deverá solicitar a revisão à CEF com os devidos comprovantes.

11. Resumindo, as alegações de fato da parte autora não foram provadas e mesmo que o reajuste das prestações obedecesse ao aumento do salário mínimo, os valores apresentados não estão de acordo.

12. Quanto ao direito, a cláusula de reajuste contratual nada tem de abusiva pois apenas mantém o casamento com os reajustes dos depósitos em cadernetas de poupança, e ainda oferece ao mutuário a possibilidade de desconto para futura amortização caso a prestação ultrapasse a relação inicial com a renda familiar. O assunto nada tem com imprevisão ou com equilíbrio contratual. Se a prestação se torna excessivamente onerosa para o mutuário, sem correspondente ganho para o credor, não se pode falar de desequilíbrio contratual; e se não sobrevém acontecimento imprevisto ou imprevisível na época da assinatura do contrato que ocasione mudança radical de circunstâncias econômicas, objetivamente apreciáveis, não há lugar para a incidência da teoria da imprevisão (que muitos ainda confundem com a cláusula *rebus sic stantibus*). A revisão judicial de contratos não pode ser arbitrária. Ou a revisão é prevista em lei, ou é consequência de infração legal, como se houvesse abusividade em alguma cláusula ou vantagem exagerada para o outro figurante no negócio jurídico, ou a revisão é admitida por força da teoria da imprevisão. Não é o caso.

Ainda se fosse aplicável o artigo 6º, V, ou o art. 51, § 1º, III, do Código de Defesa do Consumidor (nos negócios bancários sempre de aplicação temperada pelas suas peculiaridades, que implicam intermediação com a poupança pública,

controle dos meios de pagamento, nível de crédito, confiança no sistema etc.; no particular, sem aplicação porque não houve fatos supervenientes de onerosidade provada pela parte autora, não se podendo falar, outrossim, de qualquer vantagem para o credor decorrente da utilização dos índices de remuneração da caderneta de poupança), o próprio contrato admite a revisibilidade mediante a iniciativa do devedor, de modo que sua validade não se submete a questionamento mesmo sob a ótica protecionista da Lei 8078/90.

O que se vê é o mau negócio decorrente de imprudência dos mutuários e a tentativa de diluição do prejuízo pela sociedade. Se se favorecem alguns – os que conseguiram financiamento para casa própria – e não o pagam – prejudica-se em número múltiplo os que precisam de financiamento para adquirir moradia e não o conseguem porque os recursos que deveriam retornar ao sistema (pagamento das prestações) se esfumam na inadimplência consentida. Foi por isso que o BNH quebrou lançando mais de doze bilhões de dólares da época a débito da sociedade; e se a CEF não quebra formalmente é porque a sociedade em geral vai custeando os prejuízos em lugar de deixá-los acumular como no caso do BNH; de uma forma ou de outra a sociedade paga para o bem dos mutuários da casa própria.

13. Por fim, esclareça-se que o Supremo Tribunal Federal já teve ocasião de julgar constitucional o Dec.-Lei 70/66, que antecipa a execução mas não impede o socorro ao judiciário. Assim como na execução judicial a executada pode embargá-la e suspendê-la, após garantido o juízo com a penhora, nada obsta que o devedor venha a juízo e peça a suspensão da execução extrajudicial como medida cautelar, desde que ofereça caução idônea e faça visível o seu direito. O que não pode é pedir a suspensão da execução extrajudicial como tutela antecipada, pois há todo um passado de inadimplência e nenhuma verossimilhança na alegação do direito de não pagar o contratado. Quanto à preliminar de inépcia, sem fundamento, pois consta do contrato a qualificação da parte autora. Já o requerimento de denunciação da lide a Agente Fiduciário alegadamente desconhecido é espantoso, pois não só tal agente tem de ser conhecido da instituição financeira – afinal, é ele quem age em caso de inadimplemento do mutuário e executa a hipoteca extrajudicialmente – como também não se consegue imaginar que regresso, nesta ação, a CEF poderia ter contra ele.

14. Julgo, pois, IMPROCEDENTE o pedido. Em consequência, condeno a parte autora ao pagamento das custas e de honorários advocatícios na razão de 10% sobre o valor da causa.

Publique-se. Registre-se.

VICTOR HOWARD RODRIGUES SAADEH

Juiz Federal – 1ª Vara Federal de Campos

SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
2ª Vara Federal de Niterói

Ação Ordinária

Processo: 98.0200000-0
Autor: JULIO CESAR DE MENDONÇA MONTEIRO
Ré: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL – CEF
Juiz: Dr. RICARDO PERLINGEIRO MENDES DA SILVA

SENTENÇA

Trata-se de ação ordinária proposta em face da Caixa Econômica Federal – CEF por mutuário do Sistema Financeiro da Habitação, para alegar e requerer o seguinte: 1) prefixação dos juros nas prestações e no saldo devedor, mediante aplicação da tabela price; 2) encargo mensal equivalente a 34,20% da renda do mutuário, o que atenta contra a Lei nº 8.692/93; 3) direito de renegociar a dívida; 3) ilegalidade da atualização do saldo devedor pela TR; 4) cobrança ilegal do seguro; 5) necessidade de observância ao Código de Defesa do Consumidor.

O pedido do autor está assim redigido: “a) seja deferido o depósito judicial das prestações do mútuo no valor de R\$ 155,11 mensais; a.1) seja registrada a citação da ré no RGI; b) revisão do contrato de mútuo com a verificação dos juros prefixados, com aplicação do art. 47 do CDC; c) supressão da taxa referente ao seguro; d) mudança da TR pelo INPC; e) revisão do saldo devedor; f) revisão das prestações; g) devolução de todos os excedentes”.

A petição inicial veio acompanhada dos documentos de fls. 25/73. O Juízo às fls. 74 determinou a emenda da inicial, de modo a excluir o pedido de consignação, o que levou o autor à desistência do pedido “a” (fls. 75). Gratuidade de justiça deferida às fls. 76.

Contestação da CEF às fls. 82/106, alegando em preliminar o seguinte: “1) falta de documento essencial à propositura da ação; 2) ilegitimidade passiva da CEF para responder sobre o seguro obrigatório, que é da alçada da SASSE, litisconsorte passivo necessário; 3) falta de interesse processual, já que a revisão contratual depende de provocação do autor/mutuário”. No mérito, requer a improcedência.

Réplica às fls. 112/127.

É o relatório, decido.

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. O pedido de registro no RGI deve ser indeferido, uma vez que a pretensão autoral é de natureza pessoal e não real. O autor visa alterar um contrato, o que é um direito pessoal por excelência.

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.

A falta de interesse seria acolhida caso a revisão dependesse unicamente do autor, o que não é verdade, já que se discute a legalidade de diversas cláusulas contratuais. Certo que o autor não seria contemplado com qualquer revisão administrativa, pois a CEF discorda do seu ponto de vista. É bom lembrar que as condições da ação devem ser aferidas diante dos fatos deduzidos pelo autor. Se o autor afirma uma situação fática em que o réu está em mora, não se pode negar o interesse processual. Porém, se, embora alegado, não houver mora, a hipótese será de improcedência.

A inépcia da petição inicial, pela falta de documento essencial à propositura da ação, só se justifica no caso em que o documento for o único meio de prova para valoração dos fatos alegados pelo autor, como por exemplo o art. 366/CPC. Nas demais hipóteses, como a dos autos, não tem cabimento a extinção do processo sem solução do mérito. A falta de comprovação pode implicar improcedência.

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.

O Plano de Equivalência Salarial – PES, definido pela Lei nº 8.692/93, que é aplicável ao caso concreto (art. 6º), impõe um reajuste para os encargos mensais no mesmo percentual e na mesma periodicidade dos aumentos salariais da categoria profissional do mutuário (art. 8º). O limite para tais reajustes será o comprometimento de renda na base de 30% entre o encargo e a renda bruta do mutuário (art. 11, *caput*, salvo na hipótese de redução de renda do mutuário ou alteração na sua composição familiar (art. 11, § 1º). Sempre que houver reajuste acima dos índices legais, ao mutuário é facultada a revisão do contrato (art. 9º). Tais regras são de ordem pública e não admitem disposição em contrário. Dessa maneira, o contrato em tela não poderia fixar o comprometimento inicial na base de 34,20% (fls. 31), feito possivelmente em decorrência de algumas medidas provisórias que não foram confirmadas por lei.

A devolução em dobro das prestações em excesso, tal como impõe o Código de Defesa do Consumidor, dependeria de uma postura de má-fé por parte de agente financeiro, na linha da autorizada jurisprudência do STF (Súmula 159). A inclusão do percentual de 34% do comprometimento inicial decorre de medidas provisórias, à época em vigor, que fixavam um limite em 35%, muito embora não tenham sido convalidadas por lei.

O autor tem o direito de ser ressarcido daquilo que pagou a mais. Porém, talvez o melhor fosse o abatimento nas prestações vincendas ou a equivalente amortização. Observe-se que o reconhecimento de cobrança em excesso de encargos mensais não terá o condão de reduzir o saldo devedor. Na prática, o mutuário receberia o valor pago indevidamente para posteriormente arcar com o saldo remanescente. Não obstante, trata-se de faculdade do autor/credor.

O saldo devedor remanescente, atualizado monetariamente na mesma periodicidade e pelos mesmos índices utilizados para os depósitos de caderneta de poupança (art. 15, II), será ônus do mutuário mediante o procedimento previsto no art. 13 daquele diploma legal. O Supremo Tribunal Federal, ao declarar a inconstitucionalidade da Taxa Referencial, o fez apenas para os contratos firmados anteriormente à Lei nº 8.177/91 (AI nº 165.405-9/MG, Rel. Carlos Velloso, DJU de 10.05.96).

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 nº 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 reclama ação de anulação por vício de vontade.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE EM PARTE tão-somente para: 1) impor o comprometimento inicial da renda familiar ao negócio constituído pelo documento de fls. 31, na base de 30%; 2) condenar a CEF à restituição dos valores pagos em desacordo com item anterior; 3) impor o pagamento de juros de mora (6% aa, a contar da data da citação) e correção monetária aos valores decorrentes dos itens 01 e 02; 4) condenar ao pagamento de honorários na base de 10% sobre o montante devido ao autor (itens 01, 02 e 03); 5) impor à CEF a renegociação do contrato, para fiel observância ao item 01, mediante adoção do procedimento previsto no art. 9º da Lei nº 8.692/93, no prazo de 30 dias. Custas *ex lege*. PR (tipo 02) I.

Niterói, 1º de setembro de 1998.

RICARDO PERLINGEIRO MENDES DA SILVA

Juiz Federal da 2ª Vara de Niterói

SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
2ª Vara Federal**Ação Ordinária**

Processo: 98.20393-1
Autor: ALOÍZIO PEREIRA DOS SANTOS
Réu: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL
Juiz: Dr. ROGÉRIO TOBIAS DE CARVALHO

SENTENÇA

Vistos etc.

Trata-se de ação ordinária pretendendo o pagamento de diferenças, a título de expurgo de correção monetária, nos saldos das contas vinculadas ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS, sob argumento de ofensa a direito adquirido.

Estava em regular trâmite a ação quando, através do Ofício Circular nº 093/98, da Direção do Foro, chegou a este Juízo cópia de sentença prolatada na Ação Civil Pública nº 95.3403-4, pela 29ª Vara Federal do Rio de Janeiro, cujo objeto é o mesmo desta ação individual, sendo autor o Ministério Público Federal e réus a Caixa Econômica Federal e a União Federal.

É o relatório. DECIDO.

Compete a este Juízo, de ofício, por se tratar de matéria de ordem pública, definir as conseqüências processuais da prolação daquela sentença nos presentes autos, ante a eficácia *erga omnes* do julgado, publicado no *DOERJ* do dia 06.07.98 (p. 71) e disponível para consulta na Secretaria desta Vara Federal.

Naquela sentença foi condenada a Caixa Econômica Federal a "reajustar os saldos de todas as contas vinculadas ao FGTS existentes no Estado do Rio de Janeiro, ativas e encerradas, pelos índices de variação do IPC/IBGE, de 26,06% no mês de julho de 1987, de 42,72% em fevereiro de 1989, de 44,80% e 7,87% em abril e maio de 1990, e de 21,87% em fevereiro de 1991, respectivamente", com os demais consectários legais.

O julgado alcançou todas as contas, ativas e inativas, existentes no Estado do Rio de Janeiro, bem como foi ajuizada em 1995.

É viável a convivência harmônica de ação civil pública com ação individual, não se configurando litispendência ou carência da ação individual, desde que a lide verse sobre relação de consumo. O artigo 104 da Lei 8.078/90 disciplina tal regra excepcional, impondo restrições quanto a eficácia *erga omnes* da sentença proferida na ação coletiva.

No caso concreto, a relação entre os correntistas e o FGTS é de natureza estatutária, pois este tem natureza institucional, e não contratual, como o são, em regra, as relações de consumo. Ninguém contrata com o FGTS, mas simplesmente adere-se ao sistema vigente. Noutras palavras, o artigo 104 do dispositivo legal mencionado não alcança o presente feito, pois o (s) autor (es) não tem (êm) nenhuma relação de consumo com a CEF, enquanto gestora do FGTS. A relação contratual, de natureza trabalhista, seria com o empregador, que tem a obrigação de efetuar os

depósitos. Ela acaba aí. Esta distinção é de suma importância, mesmo porque nortearia o julgamento do mérito do pedido, caso fosse superada a presente preliminar.

A sentença proferida na ação civil pública reconheceu, expressamente, que quem legitimava o MPF a ingressar em juízo não era o Código de Defesa do Consumidor. A legitimidade estava formalmente apenas na Lei 7.347/85, artigo 1º, inc. IV, bem como materialmente na própria Constituição de 1988 (art. 127), que incumbiu o *parquet* de defender os direitos sociais, como o é o FGTS (art. 7º, III), e na Lei Complementar nº 75/93, art. 6º, inc. VII, alíneas "a", "b" e "d".

Não são todas as disposições do CDC que se aplicam às ações civis públicas, mas apenas as cabíveis (art. 21 da Lei 7.347/85). Entre as incabíveis estão aquelas normas que, pelo princípio da especialidade, só se aplicam às ações onde a lide se verifica entre consumidores e fornecedores, por expressa disposição do texto legal. Sendo assim, é de clareza solar que a regra especial do artigo 104 do CDC só vale para as ações coletivas e individuais em que se discute relações de consumo, o que não é o caso dos autos, repita-se.

Diz o artigo 104 da Lei 8.078/90: —

"As ações coletivas, previstas nos incisos I e II do parágrafo único do artigo 81, não induzem litispendência para as ações individuais, mas..." (negritei).

O artigo 81, por sua vez, é claro:

"A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou título coletivo" (sem negrito no texto legal).

Pode-se perceber que o inciso III do parágrafo único do artigo 81 não foi mencionado no artigo 104, o qual prevê a defesa dos interesses ou direitos individuais homogêneos. Ora, se fosse um dogma processual a não-indução de litispendência entre ações coletivas e individuais, não teria o próprio legislador instituído uma exceção.

Na verdade, a regra geral é a configuração de litispendência entre as ações coletivas e individuais que tenham o mesmo objeto e causa de pedir, desde que nestas últimas resem identificados substituídos processualmente nas primeiras. A exceção é a não-indução de litispendência nos casos dos incisos I e II do artigo 81 do CDC, e apenas quando a lide versar sobre relações de consumo, na exata exegese do artigo 104 do mesmo diploma legal.

No caso concreto, o pedido (mediato e imediato), a causa de pedir (próxima e remota) e as partes são os mesmos, nesta é na ação civil pública julgada na 29ª Vara Federal. Os autores são parte, compondo o pólo ativo, na ação civil pública movida pelo Ministério Público Federal, na condição de substituídos processualmente. No final, em caso de confirmação do julgamento acolhendo o pedido, serão beneficiados diretamente.

Tal ilação jurídica não é nenhum absurdo, tampouco retira do autor o direito de escolher seu próprio advogado e escolher o melhor momento para buscar o Judiciário. O exercício do direito subjetivo de ação, através de legitimação ordinária, lhe é assegurado, desde que o faça antes do ajuizamento da ação coletiva (pois se for depois terá de se enquadrar nas normas processuais cogentes que disciplinam a coexistência de duas ações idênticas), ou desista, prévia e expressamente, de ser beneficiado pela ação coletiva. A heresia seria, isto sim, admitir a não-indução de litispendência (e por consequência de coisa julgada) e permitir decisões antagônicas ou convergentes, ambas as hipóteses nefastas. A primeira para a credibilidade do

Judiciário e abalo do princípio da segurança jurídica. A segunda, na hipótese de procedência do pedido, porque referendaria o enriquecimento sem causa.

Neste erro incorreram as cortes trabalhistas no passado. Hoje não mais. O Colendo Tribunal Superior do Trabalho, onde as ações coletivas são mais comuns, vem decidindo que:

“Existe litispendência quando, em duas ações com identidade de pedido e de causa de pedir, verifica-se que os reclamados são os mesmos e que serão os mesmos beneficiários dos direitos em discussão, ainda que numa das ações figure como autor, em substituição processual, o sindicato da categoria profissional de quem seja o autor na outra ação” (TST, 1ª Turma, RR 58865/92, rel. Min. Ursulino Santos, DJU em 14.05.93, p. 9162).

Para aqueles que pensam diferente, ou seja, que vale o disposto no artigo 104 até mesmo para as ações que não versem sobre relação de consumo, o resultado seria o mesmo, ou seja, também por esta ótica estaria configurada a litispendência.

Com efeito, aplicar-se-ia o artigo 104, a *contrario sensu*, pois, não se configurando litispendência quanto aos incisos I e II do parágrafo único do artigo 81, configurara-se, ante a omissão voluntária do legislador, em relação ao inciso III. “*Ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*” – “quando a lei quis, determinou; sobre o que não quis, guardou silêncio”.

No caso vertente, o direito pretendido é individual e homogêneo, pois a titularidade do direito ao FGTS (e seus acessórios, como a remuneração dos depósitos) faz parte do patrimônio de cada trabalhador, sendo portanto divisível e individualizável. Sendo assim, restaria configurada litispendência das ações individuais em relação à ação civil pública, porque o direito pleiteado estaria inserido justamente na hipótese do inciso III do artigo 81.

ADA PELLEGRINI GRINOVER, sempre lúcida, objetiva e convincente, também chegou à mesma conclusão, ou seja, que a aparente distinção de partes é apenas aparência:

“A diferença entre os legitimados não exclui a identidade de partes ativas, por serem todos os substitutos processuais da coletividade. É essa – a substituída – que está em juízo, pelo portador de interesses extraordinariamente legitimado pela Constituição e pela lei.

Coerente com essa posição é a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, há muito tempo afeita às questões de litispendência suscitadas pelo fenômeno da substituição processual: em duas ações, com identidade de pedido e de causa de pedir, assim como de reclamado, reconheceu-se a litispendência quando numa delas figurou, como autor, em substituição processual, o sindicato de categoria profissional a que pertencia o autor na outra ação. Salientou-se, no caso, que seriam os mesmos beneficiários dos direitos em discussão (como já adiantado antes).

De minha parte, escrevi em sentido análogo com relação ao substituto processual, autor de ação civil pública em defesa de interesses individuais homogêneos, que visasse à reparação dos danos individualmente sofridos, em relação ao autor individual de ação indenizatória de caráter pessoal, reconhecendo neste caso, com base nos mesmos argumentos, a ocorrência de continência objetiva e subjetiva, por abranger o substituto processual e a atuação processual do substituído.

Também não deve impressionar a só aparente diferença de partes passivas na ação civil pública (*rectius*, na ação popular intentada pelo MP) e na

ação popular constitucional, desde que idênticos o pedido e a causa de pedir" (Artigo denominado "Uma nova modalidade de legitimação à ação popular. Possibilidade de conexão, continência e litispendência", in *Ação Civil Pública. Lei 7.347/85. Reminiscências...*, Ed. RT, Coord. Edis Milaré, p. 25).

RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO, na mesma obra mencionada acima, citando KAZUO WATANABE, nos fala da imperiosidade atual de se prestigiar as ações coletivas (molecularização) quando o direito pleiteado importe em múltiplas ações individuais (atomização). Tal orientação atende aos princípios da segurança jurídica, da instrumentalização do processo, da celeridade e economia processuais, bem como evita um desprestígio do Judiciário, ao proferir decisões conflitantes:

"De tudo ressalta a evidente conveniência se não já a imperiosidade em que temas de natureza coletiva recebam tratamento processual coletivo, ou, no dizer de Kazuo Watanabe, impõe-se cada vez mais a necessidade de 'molecularização das demandas múltiplas (atomizadas)', ou seja, quando virtualmente se afigure que inúmeras ações individuais serão ajuizadas envolvendo direito ou interesse socialmente relevante, que se apresente homogêneo pela unidade da origem, o ajuizamento deve fazer-se de modo coletivo".

Prossegue o eminente Professor Livre-docente da USP, lembrando passagem de voto proferido pelo Eminente Ministro Demócrito Reinaldo, do Col. STJ, ao decidir caso análogo:

"... Sobre este aspecto, ... o Min. Demócrito Reinaldo pôs em realce a nota da economia processual, 'não se justificando', diz S. Exa., 'o ajuizamento de inumeráveis demandas todas com o mesmo objetivo, que encarecem a justiça e postergam a prestação jurisdicional' (REsp. nº 49.272-6-RS). Com efeito, impõe-se o trato processual em modo coletivo das lides envolvendo 'interesses de massa', em qualquer gradação do universo coletivo, e é nesse sentido que se vem posicionando o legislador brasileiro, na esteira de tendência universalmente verificada" ("Sobre a Legitimação do Ministério Público em Matéria de Interesses Individuais Homogêneos", 449/450).

O AUTOR, instado a renunciar expressamente ao direito assegurado na Ação Civil Pública nº 95.3403-4, de forma a possibilitar o desenvolvimento regular de sua pretensão trazida por legitimação ordinária, limitou-se a apenas "concordar" em ser beneficiado pela sentença ali proferida, requerendo a remessa dos autos à 29ª Vara.

Assim, configurada a existência de litispendência entre esta ação e a em trâmite na 29ª Vara Federal do Rio de Janeiro (Processo nº 95.3403-4), não resta outra alternativa a este Juízo que não a extinção do feito, sem julgamento do mérito.

ANTE O EXPOSTO, JULGO EXTINTO O PROCESSO, sem julgamento do mérito, nos termos do artigo 267, V, do Código de Processo Civil, c/c 16 da Lei 7.347/85. Sem condenação em honorários, pois a extinção do feito é motivada por causa superveniente, a que nenhuma das partes deu causa.

Custas *ex lege*.

P.R.I.

Transitada em julgado, dê-se baixa e arquivem-se.

Rio de Janeiro, 11 de fevereiro de 1999.

ROGÉRIO TOBIAS DE CARVALHO

Juiz Federal da 2ª Vara do Rio de Janeiro

SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
3ª Vara Federal

Ação Ordinária

Processo: 91.0104964-0
Autor: UNILEVER PLC.
Réu: INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL
Juiz: Dr. ANTÔNIO HENRIQUE CORRÊA DA SILVA

SENTENÇA

I – Relatório

1. Sentença que profiro nos autos de Ação Ordinária movida por UNILEVER PLC. em face do INSTITUTO NACIONAL DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL.

2. A parte autora pleiteia o reconhecimento da nulidade da decisão administrativa da lavra da ré, que indeferiu, com base em colidência suscetível de provocar confusão aos consumidores, os pedidos de registro de marcas com as formas literais "PRONTO" e "PRONTTO".

3. Argumenta, em sua fundamentação, sinteticamente o seguinte:

a) não é aplicável ao presente caso o disposto no art. 65, XVII, do Código de Propriedade Industrial, pois expressões de cunho genérico, como a que se busca registrar, não são apropriáveis no campo marcário, não se opondo, destarte, o direito de exclusividade, mas podendo gerar as chamadas "marcas fracas";

b) é aplicável à espécie a chamada "teoria da distância", cunhada pela doutrina alemã, segundo a qual, em atividades afins, marcas aproximadas por um elemento comum devem merecer diferenciação pelo seu conjunto, de acordo com o hábito adotado pelo mercado de consumo;

c) a proteção legal à propriedade industrial é deferida ao "todo" da marca, não às partes que, isoladas, eventualmente se equiparem.

4. Inicial instruída com os documentos de fls. 18/139. Custas recolhidas em fls. 140. Citação regularmente realizada.

5. Em sua resposta, o INPI aduz os seguintes rebates:

a) em preliminar, necessidade de prestação de caução, na forma do art. 835 do CPC;

b) ainda em preliminar, necessidade de chamamento à lide dos titulares de registros impeditivos;

c) no mérito, que o pedido improcede, pois o art. 65, XVII, do CPI, utilizado como fundamento da decisão administrativa, não leva em conta a presença de marcas genéricas, mas apenas a apresentação gráfica e fonética das marcas em confronto;

d) para ser verificada a colidência, não é necessário que o conjunto das marcas seja idêntico, bastando a reprodução no todo ou em parte;

e) a marca que o autor pretende registrar também incide na proibição do art. 65, XX, do CPI.

6. A réplica de fls. 55/58 acata a preliminar acerca do recolhimento da caução (que foi arbitrada em 20% do valor da causa pelo v. despacho de fls. 163, com recolhimento comprovado em fls. 180). Prova documental superveniente produzida pela parte autora em fls. 168/174. Sem mais provas, vieram os autos conclusos para sentença.

7. É o relatório. Passo a DECIDIR.

II – Fundamentação

8. As partes são legítimas, interessadas e bem representadas. O pedido é juridicamente possível e estão presentes todos os pressupostos processuais. Não há nulidades processuais a sanar ou providências preliminares a adotar.

9. As questões jurídicas e fáticas a serem enfrentadas no presente feito são as seguintes:

– litisconsórcio passivo necessário com os titulares de registros tidos como colidentes;

– registrabilidade da marca almejada de acordo com o art. 65, do antigo CPI, diante de sua condição de expressão genérica ou dispar, em relação às anteriores “peso pronto”, “piattopronto” e “belpronto”.

10. Sendo as questões fundamentais de índole meramente jurídica, e já havendo suficiente prova sobre a questão fática abordada, passo ao JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE.

11. De início, devem ser desentranhados e entregues à parte autora a petição e documentos de fls. 167/174, juntados fora do prazo assinado pelo v. despacho de fls. 161, razão pela qual deixo de reconhecer-lhes valor jurídico e, por consequência, de submetê-los ao contraditório necessário.

12. Quanto à preliminar de litisconsórcio passivo necessário, a mesma não é argüível no presente feito, pois se trata da nulidade de decisão administrativa indeferitória proferida em procedimento onde não houve participação ou oposição de qualquer outro interessado, mas que resultou de pesquisa oficial de colidência realizada pela autarquia-ré.

13. Assim, se na relação jurídico-administrativa subjacente ao presente feito somente tomaram parte autor e réu aqui contendores, legítimos são somente estes para figurar nos lides subjetivos do processo, devendo eventuais terceiros, que não se sujeitarão à eficácia da presente decisão, buscar as medidas pertinentes através da via própria.

14. Ao Juízo da questão não incumbe, em sede de legitimidade *ad causam*, abstrair-se na pesquisa de todos os possíveis prejudicados por uma decisão final, sob pena de alongar indefinidamente seus contornos subjetivos, burocratizando o processo e dificultando a solução da lide. Neste particular, basta-lhe correlacionar as partes na relação substantiva com os indicados a compor a relação adjetiva.

15. Rejeita-se, pois, a preliminar aventada. Passo a examinar o *meritum causae*.

16. O cerne legal da questão posta em juízo gira em torno das normas proibitivas contidas no art. 65, XVII e XX, do antigo Código da Propriedade Industrial (Lei 5772/71), que diz não serem registráveis as marcas que contenham, respectivamente, “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" e "nome, denominação, sinal, figura, sigla ou símbolo – de uso necessário, comum ou vulgar, quando tiver relação com o produto, mercadoria ou serviço a distinguir, salvo quando se revestirem de suficiente forma distintiva".

17. O primeiro comando foi utilizado como fundamento da decisão administrativa indeferitória, onde se vislumbra colidência com as marcas anteriormente registradas "peso pronto", "belpronto", "prontolar", "prontopuré" etc.

18. De fato, tem razão a parte autora ao afirmar que a colidência não se verifica com o uso isolado da marca, mas tendo-se em conta o seu conjunto, o que, adicionado ao argumento de que as marcas genéricas são inapropriáveis, podendo gerar marcas evocativas ou fracas, torna-as registráveis num primeiro momento, por afastar a alegação de colidência.

19. Todavia, há um fato impeditivo do pedido do autor, a afastar a registrabilidade da marca. Trata-se do caráter genérico do vocábulo "pronto", que pertence ao domínio comum e, como diz a própria parte autora em fls. 5, referindo-se ao conjunto de tais marcas, "não podem dar origem a um direito de exclusividade", por desatender ao requisito da novidade relativa.

20. Doutrina, a respeito, DENIS BORGES BARBOSA:

"Um complexo significativo é inapropriável por duas razões: ou já se encontra no domínio comum da língua (*res communis omnium*) ou já foi apropriado por terceiros (*res alii*). O direito marcário considera *res communis omnium* sejam os signos genéricos, os necessários, ou os de uso comum, sejam os signos descritivos" (*in* UMA INTRODUÇÃO À PROPRIEDADE INDUSTRIAL).

21. O caráter genérico do vocábulo "pronto", e sua conseqüente inapropriabilidade, afasta a ocorrência de *res alii* (colidência). Porém, este mesmo caráter genérico vai determinar sua irregistrabilidade, como fato impeditivo do pedido do autor, por constituir violação ao disposto no art. 65, XX, do estatuto marcário. E o autor citou, a respeito, a irretocável lição de PONTES DE MIRANDA a respeito do tema, sem atentar, *concessa venia*, para sua aplicabilidade dentro do seu caso específico:

"Quando a lei se refere a denominações genéricas, ou sua representação gráfica e, bem assim, às expressões empregadas comumente para designar gênero, espécie, natureza, origem, nacionalidade, procedência, destino, peso, medida, valor, qualidade, salvo quando figurem nas marcas como elementos verídicos (...), aludiu ao que é fundo comum de cultura e de indicação, e ao que, por sua generalidade, não poderia individualizar, ou, individualizando, ofenderia direito de outrem que poderia empregar a mesma denominação ou expressão. O que, se fosse de uso exclusivo de alguém, privaria os outros de empregarem termo comum, não pode ser registrado" (os grifos são nossos) (*in* TRATADO DE DIREITO PRIVADO, vol. XVII, p. 33).

22. Vê-se, pois, que ambas as partes estão acordes quanto ao caráter genérico do termo "pronto", divergindo apenas quanto a suas conseqüências. Ocorre que parecem ser claros os efeitos que a natureza do vocábulo empresta à situação jurídica da parte autora.

23. De fato, em se tratando de gêneros alimentícios, torna-se comum o uso do termo para designar produtos pré-elaborados, como refeições enlatadas, bebidas

lácteas etc., em termos de **qualidade**, o que se aduna à doutrina supratranscrita do inolvidável mestre PONTES DE MIRANDA. —

24. A propriedade intelectual, tal como a comum, por ser direito oponível *erga omnes*, exclui a propriedade de outrem. Logo, não se pode reconhecer a alguém a propriedade de coisa ou expressão intelectual que se saiba pertencer ao domínio público, o que ocorreria se reconhecida fosse a registrabilidade.

25. Não se argumente que seria possível, mesmo depois, o registro de “*marcas fracas*” com a mesma expressão, pois isso se trata de exceção ao sistema de registro marcário, aplicável na hipótese de coincidência parcial, em que a parte identificada seja de uso comum, mas esteja convenientemente preservada por um complemento diferencial. No presente caso, busca-se a apropriação, *in totum*, da própria expressão genérica, o que se afigura inadmissível sob todos os aspectos.

26. Não só é inapropriável o signo comum, como é irregistrável, fato impeditivo do pedido do autor, que não pede só a nulidade como o reconhecimento da registrabilidade das expressões mencionadas, o que se torna impossível diante de normas de ordem pública, como as que regem o presente caso, legitimadas internacionalmente com a proteção assegurada pela Convenção de Paris de 1883, que sofreu revisão em Haia, em 1925, da qual é signatário o Brasil.

27. A jurisprudência, igualmente, favorece a orientação acima exposta:

“ADMINISTRATIVO. PROPRIEDADE INDUSTRIAL. REGISTRO DE MARCA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

1. Se a autora pleiteia registro de denominação de uso geral e necessário, sem nenhum cunho de criatividade, a marca carece de originalidade para fins de registro.

(...)

2. **Recurso provido, por maioria**” (TRF, 2ª Região, AC 21266, 2ª Turma, rel. Des. Fed. SILVÉRIO CABRAL, DJU 14.02.95).

III – Dispositivo

Por tudo o que se expõe, julgo **IMPROCEDENTE O PEDIDO**, e:

- a) rejeito a alegação de litisconsórcio necessário do INPI;
- b) rejeito, pelo mérito, o pleito de nulidade do ato indeferitório do pedido de registro formulado pela parte autora, com conseqüente reconhecimento da registrabilidade dos termos “pronto” e “prontto”.
- c) custas pela autora, que pagará ao INPI honorários de sucumbência na base de 20% do valor da causa atualizado. —

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

Rio de Janeiro, 27 de abril de 1998.

ANTÔNIO HENRIQUE CORRÊA DA SILVA
Juiz Federal Substituto

SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
20ª Vara federal

Mandado de Segurança

Processo: 98.0027779-0
Impetrante: UNITED STATES OF AMERICA
Impetrado: DIRETORA DE PATENTES DO INSTITUTO NACIONAL DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL
Juíza: Dr^a LÍVIA M. DE M. FERREIRA

SENTENÇA

Vistos etc.

UNITED STATES OF AMERICA, devidamente qualificado na peça inicial, impetra mandado de segurança contra ato praticado pela DIRETORA DE PATENTES DO INSTITUTO NACIONAL DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL, objetivando a declaração do vigor da Patente nº 8404556-6 pelo prazo vintenário contado do depósito do pedido correspondente, em 04.01.84, bem como a publicação na *Revista de Propriedade Industrial* da anulação do ato da impetrada e do novo prazo de validade da patente até 04.01.2004.

Requer, ainda, a concessão de medida liminar que assegure o vigor da referida patente até a decisão da segurança, eis que relevante o fundamento e irrecuperável o dano a ser causado após 04.01.99.

Como causa de pedir, alega que a patente em questão foi concedida em 31.01.95 pelo prazo de 15 (quinze) anos a partir do depósito. Ocorre que, através do Decreto nº 1.355/94, internalização do Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados com o Comércio, teria nascido a possibilidade de postergar a data de aplicação do que foi convencionado pelo prazo de 5 (cinco) anos.

Junta procuração e documentos de fls. 12/76. Custas pagas às fls. 77.

Devidamente intimada, a autoridade coatora apresentou informações às fls. 86/99 aduzindo, preliminarmente, carência de ação por faltar ao impetrante direito líquido e certo. No mérito, defende a legalidade do ato praticado uma vez que no Brasil, assim com nos demais países em desenvolvimento signatários do Acordo TRIP's, este começará a vigorar em 01.01.2000. E, em certas áreas de conhecimento, apenas a partir de 01.01.2005. Neste raciocínio, resta inaplicável o entendimento do impetrante em vislumbrar a aplicação imediata do acordo. Motivos pelos quais pugna pela denegação da segurança.

Junta procuração e documentos às fls. 100/118.

Às fls. 120/141 o impetrante apresenta petição requerendo a concessão da medida liminar.

Deferida liminar às fls. 142.

Às fls. 159/165 o INPI comunica a este Juízo da interposição do agravo de instrumento interposto no Egrégio Tribunal Regional Federal da 2ª Região.

Às fls. 168/232 as empresas Produtos Químicos São Vicente Ltda., ML Indústrias Químicas Ltda., Dinagro Agropecuária Ltda., Unibrás Agro-Química Ltda. requerem sua admissão no feito como litisconsortes passivas e, ao final, cassação da liminar deferida na medida em que a patente *sub judice* encontra-se com os

efeitos suspensos por decisões proferidas pelos Juizes Federais das 5ª e 15ª Varas Federais do DF e, além disso, é nula a aplicabilidade do prazo de vinte anos. Junta procurações e documentos (fls. 234/847).

Às fls. 848, este Juízo mantém a decisão agravada por seus próprios e jurídicos fundamentos e, ainda, admite o litisconsórcio passivo das quatro empresas.

Às fls. 850 são requisitadas informações para instruir o agravo de instrumento dantes interposto. Prestadas as referidas informações às fls. 852.

Às fls. 894, as litisconsortes requerem vista dos autos após a oitiva do Ministério Público Federal.

Instado a manifestar-se, opina o Ministério Público Federal pela denegação da segurança (fls. 897/901).

É o Relatório. DECIDO.

Inicialmente, indefiro o pedido de fls. 894/895, uma vez que o mandado de segurança possui rito especialíssimo, totalmente disciplinado pela Lei nº 1.533/51, a qual, em seu artigo 10, impõe que, após ouvido o representante do Ministério Público, os autos serão conclusos ao juiz, sem que seja dada vista a qualquer das partes.

Rejeito a preliminar de carência de ação argüida pela autoridade coatora, haja vista que a existência do direito líquido e certo é matéria de mérito a ser apreciada a seguir.

Pretende o impetrante a extensão do prazo de vigência da Patente de Invenção nº 8404556-6, concedida pelo Instituto Nacional da Propriedade Industrial em 31.01.95, requerida em 04.01.84, para vinte anos, sustentando para tanto a aplicação imediata do artigo 33 do Acordo TRIP's.

O Acordo TRIP's, por sua denominação em português seria "Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual" com relação ao comércio. Este acordo foi negociado no âmbito da Rodada do Uruguai de Negociações Multilaterais do GATT. No Brasil, o Congresso Nacional, pelo Decreto Legislativo nº 30, de 15.12.94, aprovou a Ata Final do referido acordo, que foi publicada pelo Decreto nº 1355, de 30.12.94, do Presidente da República.

Dispõe o artigo 33 do Acordo TRIP's: **"A vigência da patente não será inferior a um prazo de 20 anos, contados a partir da data do depósito"**.

À primeira vista parece que o impetrante faz jus ao que pretende. No entanto não se deve perder de vista o artigo 65, parágrafos 1 e 2, do mesmo acordo:

"1 – Sem prejuízo do disposto nos parágrafos 2, 3 e 4, nenhum Membro estará obrigado a aplicar as disposições do presente Acordo antes de transcorrido um prazo geral de um ano após a data de entrada em vigor do Acordo Constitutivo da OMC.

2 – Um país em desenvolvimento, Membro tem direito a postergar a data de aplicação das disposições do presente Acordo, estabelecida no parágrafo 1, por um prazo de quatro anos, com exceção dos Artigos 3, 4 e 5".

A questão, portanto, fica adstrita à aplicabilidade do acordo TRIP's.

Sustenta o impetrante que, embora o Brasil se classifique como um país em desenvolvimento, a sua adesão incondicionada ao Acordo TRIP's, feita sem ressalvas, refletindo política avançada de proteção à propriedade intelectual, não contemplou a faculdade contida no artigo 65, parágrafos 1 e 2.

Não é o que ocorre.

Na verdade, em se tratando de acordo internacional, deve o país signatário, se pretende excluir ou modificar o efeito jurídico de certas disposições em relação a ele, manifestar-se opondo reservas.

A reserva, segundo o Exmo. Ministro do Supremo Tribunal Federal, atual Juiz da Corte Permanente de Arbitragem, José Francisco Resek, "é fenômeno incidente sobre os tratados coletivos, ao término de cuja negociação nem todos os Estados partícipes terão apreciado positivamente cada uma das normas que compõem o texto. Ela é maneira de tornar possível que, reputando inaceitável apenas parte – em geral mínima, ou quando menos, limitada – do compromisso, possa o Estado, não obstante, ingressar em seu domínio jurídico. Constituem as reservas o corolário das naturais insatisfações que, ao término da negociação coletiva em conferência, ter-se-ão produzido, em relação a aspectos vários do compromisso, numa parte mais ou menos expressiva da comunidade estatal ali reunida" (in *Direito Internacional Público*, Ed. Saraiva, 6ª ed, 1996, pág. 71).

Destaca-se, ainda, que o próprio Acordo previu a possibilidade de oposição de reservas em seu artigo 72: "**Não poderão ser feitas reservas com relação a qualquer disposição deste Acordo sem o consentimento dos demais Membros**".

Assim, se o Brasil não quisesse se valer da faculdade contida no artigo 65, parágrafos 1 e 2, do Acordo TRIP's, deveria ter se manifestado, opondo reservas, o que não foi feito.

A patente em questão foi deferida em 31.01.95, após a promulgação do Decreto nº 1355, de 30.12.94, mas, sob a égide da Lei nº 5.772/71, que estabelecia o prazo de vigência de 15 anos.

Portanto, as normas que o Brasil se comprometeu a adotar através da aprovação do Acordo TRIP's poderão vir pouco a pouco, no prazo máximo de cinco anos. Após este prazo, então, todas as normas serão aplicáveis, independentemente da edição de outras normas legais.

Tal entendimento harmoniza-se com Parecer nº 24/97 emitido pela Consultoria Jurídica do Ministério da Indústria, do Comércio e do Turismo.

Destarte, aplica-se o prazo vintenário tão-somente às patentes deferidas à luz do novo Código de Propriedade Industrial, Lei nº 9.279, de 14.05.96.

Não há, portanto, eiva de ilegalidade ou abuso de poder por parte da autoridade coatora que justifique a concessão da ordem.

ISTO POSTO, na forma da fundamentação *supra*, **DENEGO A SEGURANÇA**, revogando a liminar concedida às fls. 142.

Custas pelo Impetrante.

Sem honorários advocatícios, ut Súmulas 105/STJ e 512/STF.

Oficie-se a Autoridade Impetrada, na forma do art. 11 da Lei nº 1533/51.

Intime-se pessoalmente o MPF do inteiro teor da sentença.

P. R. I.

Rio de Janeiro, 29 de abril de 1999.

LÍVIA MARIA DE MELLO FERREIRA

Juíza Federal Substituta no exercício da titularidade plena da 20ª Vara Federal

SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO 26ª Vara Federal

Processo: 99.00.20542-1
Autores: JOSÉ DE SÁ CAVALCANTE E OUTROS
Réus: UNIÃO FEDERAL E PETROBRÁS – PETRÓLEO BRASILEIRO S.A.
Juiz: Dr. LUIZ PAULO DA SILVA ARAÚJO FILHO

SENTENÇA

Vistos etc.

I

1. JOSÉ DE SÁ CAVALCANTE, ILMA BATISTA DE ARAÚJO e ANDRÉ DE ARAÚJO CAVALCANTE, qualificados na petição inicial, propuseram a presente ação, sob o procedimento ordinário, em face da UNIÃO FEDERAL e da PETROBRÁS – PETRÓLEO BRASILEIRO S.A., pleiteando a condenação dos Réus ao “pagamento de vultosa importância”, a título de indenização de danos morais, “a ser arbitrada” na sentença.

Alegaram os Autores, como fundamento do pedido, em apertada síntese, que o primeiro foi cassado e perseguido, por longo tempo, pelo Governo Militar, tendo a família, por conseqüência, sofrido danos morais que devem ser integralmente reparados.

2. No despacho de fls. 62, foi determinada a emenda da petição inicial, a fim de que fossem esclarecidos os fatos jurídicos embasadores da pretensão com relação a cada um dos Autores, bem como para que fossem formulados pedidos específicos, ou seja, certos e determinados.

De conseguinte, veio aos autos a petição de fls. 64-6, requerendo a desistência da ação com relação ao 2º e 3º Autores, e salientando que o valor da indenização deverá ser “arbitrado pelo Magistrado”, mesmo porque, “sendo vencido, embora improvável, poderá ser ... condenado a pagar importância impagável, se igualmente for esta proporcional ao valor do pedido”, já que “entende-se merecedor de uma indenização vultosa”.

3. Em seguida, os autos vieram conclusos.

É o relatório. DECIDO.

II

1. Consoante o artigo 282, inciso IV, do CPC, “a petição inicial indicará o pedido, com as suas especificações”, arrematando o artigo 286, *caput*, primeira parte, que o pedido deve ser certo e determinado. Embora este dispositivo aluda a pedido certo ou determinado, é absolutamente pacífico na doutrina que “ele deve ser certo e determinado. Não se cuida de uma alternativa, mas de uma copulativa, pois ambas as qualidades lhe são imprescindíveis” (Calmon de Passos, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 8ª ed., Forense, 1998, vol. III, p. 171 – grifado no original).

O pedido genérico, ou, melhor, indeterminado em seu quantitativo, é excepcional, e somente pode ser admitido nas hipóteses descritas nos incisos do artigo 286, dentre as quais, em tese, poderia nos interessar a do inciso II, *in verbis*: “quando for possível determinar, de modo definitivo, as conseqüências do ato ou do fato ilícito”.

O pedido de “indenização” por dano moral, à evidência, não pode escapar a esse tratamento, que é imposto por lei, inclusive para assegurar ao réu o direito ao

contraditório e à ampla defesa, previstos no inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal, na medida em que é sobre o pedido que deve versar a defesa.

Mais do que isso, o pedido, mesmo sendo certo e determinado, deve ser, *ex vi legis*, interpretado restritivamente (artigo 293 do CPC), não podendo haver dúvida sobre a diretriz estabelecida pelo Código de Processo Civil.

Não obstante, vem encontrando espaço na jurisprudência a tese de que a "indenização" por dano moral admite, ordinariamente, pedido genérico, a pretexto, basicamente, de dois argumentos: a) de que seu valor deve ser arbitrado pelo juiz e b) de que incide o supramencionado inciso II do artigo 286.

Esse entendimento, no entanto, que generalizado não tem *nenhum* respaldo legal, em realidade encobre finalidades ilegais e imorais, ou seja, evitar o pagamento da taxa judiciária e das custas processuais efetivamente devidas e deixar o autor imune aos eventuais consectários da sucumbência.

2. Antes de continuar a ressaltar este ponto, todavia, convém demonstrar a insubsistência dos mencionados argumentos. O inciso II do artigo 286, para começar, somente admite o pedido genérico, *expressis verbis*, quando *não for possível determinar*, de modo definitivo, as conseqüências do ato ou do fato ilícito, não sendo permitido ao intérprete desconsiderar a restrição inserta no dispositivo legal.

Dessa forma, sempre que for possível determinar, de modo definitivo, as conseqüências do ato ou do fato ilícito, o pedido terá de ser certo e determinado; apenas quando a determinação for *impossível* será admissível o pedido quantitativamente indeterminado. *Tertium non datur*.

O dano moral, por óbvio, não foge à regra. Somente será possível a formulação de pedido genérico, por conseguinte, quando não for possível determinar as conseqüências do fato ilícito, o que eventualmente pode acontecer, como no caso, p. ex., de ainda não ser possível, à época da propositura da ação, saber se da lesão decorrerá deformidade.

Já tendo sido determinadas as conseqüências do ato ou fato ilícito, porém, o pedido de "indenização" por dano moral tem de ser quantitativamente determinado, *ex auctoritate legis*.

Em se tratando de dano moral, aliás, com muito maior razão competirá ao autor indicar o valor pretendido, uma vez que se busca, na verdade, uma compensação pecuniária pelo sofrimento, pela dor, pela angústia por ele experimentado, e não uma genuína indenização, no sentido de deixá-lo indene, com o restabelecimento do *status quo ante*, de resto impraticável. Assim, ninguém melhor do que o próprio autor, que sofreu a agonia, poderá estimar a importância almejada.

3. Dizer-se, por outro lado, para justificar a possibilidade do pedido genérico em casos de dano moral, que cabe ao juiz fixar o respectivo valor por arbitramento, configura argumento assaz especioso. De fato: é certo que, pela norma subsidiária do artigo 1.553 do Código Civil, nos casos não previstos no capítulo destinado à liquidação das obrigações resultantes de atos ilícitos, "se fixará por arbitramento a indenização", mas não quis a lei civil, à evidencia, consagrar uma fixação *arbitrária*, decorrente de íntimos e subjetivos impulsos ou sentimentos do juiz, mesmo porque uma tal interpretação seria inconciliável com os princípios consagrados em nossa Constituição, que estrutura um Estado Democrático de Direito.

A fixação da indenização por arbitramento, prevista no Código Civil, atende apenas à impossibilidade, que por vezes ocorre, de avaliação matemática do quantitativo pecuniário a que tem direito o ofendido (cf. Maria Helena Diniz, *Código Civil Anotado*, 3ª ed., Saraiva, 1997, p. 973), *tout court*. A persecução processual do valor da

indenização, porém, quase desnecessário seria salientar, deve obedecer estritamente às regras do Código de Processo Civil, que impõem, salvo as exceções nele previstas, a formulação de pedido certo e determinado.

O exame do Código de Processo Civil, ademais, deixa claro que, em seu contexto, o termo arbitramento é usado para nomear uma modalidade de liquidação de sentença, que normalmente exige conhecimentos técnicos de perito para a verificação do *quantum debeat* (cf. artigos 18, § 2º, 606 e 607), ou simplesmente para aludir à avaliação de um bem por perito nomeado pelo juiz (artigos 1.071, § 1º, 1.206 e 1.207), sendo certo que, em todas essas hipóteses, poderá o juiz, ao fixar o valor, corrigir equívocos porventura cometidos pelo perito, ou, de modo ainda mais significativo para nós, para esclarecer que o valor estimado pela parte pode ser reduzido pelo juiz (artigo 627, § 1º).

Com efeito, reza o § 1º do artigo 627, ao cuidar da execução para a entrega de coisa certa que: "Não constando da sentença o valor da coisa, ou sendo impossível a sua avaliação, o credor far-lhe-á a estimativa, sujeitando-se ao arbitramento judicial", sendo evidente, como reconhece a doutrina, que o dispositivo fala em arbitramento judicial para significar "que o juiz pode diminuir a estimativa feita pelo exequente" (Amílcar de Castro, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Revista dos Tribunais, 1974, vol. VIII, p. 164).

No sistema do Código de Processo Civil, como se vê, arbitramento judicial significa exclusivamente a possibilidade de o juiz corrigir avaliações de peritos ou estimativas das partes, nada mais.

Nesse contexto, para ser apta a petição inicial, quando pretender o autor a reparação de alegado dano moral, deverá formular pedido quantitativamente determinado, salvo se não for possível determinar, de modo definitivo, as conseqüências do ato ou do fato ilícito, o que não ocorre no caso vertente.

4. Demonstrada a insubsistência dos argumentos invocados para justificar a irrestrita admissão de pedido genérico em se tratando de reparação de dano moral, impende ainda destacar, com maior cuidado, que a prática é utilizada para fraudar a lei, em ultraje ao direito de defesa do réu e ao arripio de princípios elementares de direito processual.

A par de formular pedido genérico, às mais das vezes insinuando a pretensão de receber vultosas quantias, o autor atribui à causa valor irrisório, recolhendo a menor taxa judiciária e as custas processuais. Se o valor fixado pelo juiz na sentença for satisfatório, ótimo; se for superior à estimativa oculta do autor, melhor ainda; mas se o valor lhe parecer pequeno, sem ter corrido o risco da sucumbência, poderá ainda o autor interpor recurso de apelação, já agora pedindo *in concreto* uma determinada importância que entende ser a merecida.

De qualquer forma, portanto, em segunda instância poderá o autor perseguir uma quantia certa, sem se arriscar a ver rechaçada a sua pretensão de valor, e sem correr os riscos da sucumbência. Cria-se, desse modo, uma situação ideal para os adoradores de Gerson, que gostam de "levar vantagem em tudo".

Do outro lado, contudo, fica o réu em situação de inadmissível desvantagem, porque não tem como contraditar o valor pretendido pelo autor, nem pode, conseqüentemente, produzir provas para demonstrar eventuais exageros. Se o valor tirado do nada pelo juiz for excessivo, ou se o valor perseguido em apelação pelo autor for desmedido, não terá mais o réu a possibilidade de se valer de todos os meios de defesa que a lei lhe confere, porque a causa já estará em procedimento recursal, com as limitações de cognição que o Código impõe ao procedimento de segunda instância.

Nesta hipótese, contrariando princípios elementares de direito processual, a discussão concreta sobre o valor da indenização apenas começará no final do

procedimento de primeiro grau de jurisdição, a partir da sentença, ato pelo qual o juiz acaba o ofício jurisdicional (artigo 463 do CPC).

Esses resultados, diga-se com a devida licença, devem ser proscritos pela jurisprudência, sob pena de se consagrar uma situação de extrema injuridicidade.

É por isso, e com toda a razão, que a jurisprudência vem tolhendo ultimamente essas aventuras processuais, como comprovam as seguintes ementas:

"DANO MORAL. Indenização. Necessidade de que o pedido da verba seja certo e determinado para não ficar a fixação ao arbitrio do juiz e possibilitar ao réu contrariar a pretensão.

É de rigor que o pedido de indenização por danos morais seja certo e determinado para que não fique somente ao arbitrio do juiz a fixação do *quantum*, como também para que seja dada ao réu possibilidade de contrariar a pretensão do autor de forma pontual, com objetividade e eficácia, de modo a garantir-lhe o direito à ampla defesa e ao contraditório" (TJSP, 7ª Câm., Agln. nº 91.263-4/5, Rel. Des. Leite Cintra, unânime, j. em 11.11.98, in RT 761/242).

DANO MORAL. Pedido de indenização por arbitramento formulado de forma genérica. Inadmissibilidade, pois não se enquadra em nenhuma das hipóteses dos incisos do artigo 286 do CPC. Valor da causa que deve ser indicado pelo proponente da demanda, a fim de balizar a atividade que o juiz desenvolverá durante todo o processo. Inteligência do artigo 258, também do CPC.

O pedido de indenização por danos morais, fundado no artigo 5º, V e X, da CF e no artigo 159 do CC, com a aplicação do artigo 1.553, também do CC, para a fixação do *quantum* ser por arbitramento, não se enquadra em nenhuma das hipóteses dos incisos do artigo 286 do CPC, motivo pelo qual não pode ser deduzido de forma genérica, pois em casos em que abstrato o prejuízo, ou em que não seja este imediato, cabe ao proponente da demanda a indicação do valor da causa, nos termos do artigo 258 do Estatuto de Ritos, a fim de balizar a atividade que o juiz desenvolverá durante todo o processo" (TJSP, 8ª Câm., Agln. nº 113.892-4/3, Rel. Desa. Zélia Maria Antunes Alves, unânime, j. em 26.05.99, in RT 767/239).

5. Assim sendo, não tendo sido formulado pedido certo quanto ao valor pretendido a título de indenização pelo alegado dano moral, a despeito da oportunidade assegurada ao Autor, deve ser indeferida a petição inicial.

III

Do exposto, INDEFIRO A PETIÇÃO INICIAL e decreto a extinção do processo sem julgamento do mérito, com base no artigo 295, inciso VI, do Código de Processo Civil.

Sem custas, pela concessão da gratuidade de Justiça ora deferida, e sem honorários advocatícios.

P.R.I.

Rio de Janeiro, 25 de novembro de 1999.

LUIZ PAULO DA SILVA ARAÚJO FILHO

Juiz Federal da 26ª Vara

SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO 28ª Vara Federal

Ação Ordinária

Processo: 93.0028585.8
Autora: LUCIANA WAJNGARTEN, representada por MORDECHAI SABONI
Réus: Bateau Mouche Rio Turismo LTDA.
Ramon Rodriguez Crespo, Gerardo Morgade Senra, Avelino Fernandez Rivera, Pedro Gonzalez Mendes, Álvaro Pereira da Costa, Faustino Puertas Vidal, José Ramiro Gandara Fernandez, Juan Carlos Rodriguez Rodriguez, Carlos Gambino Morgade, Cavalo Marinho Comestíveis Ltda., Itatiaia Agência de Viagens e Turismo Ltda., Francisco Garcia Rivero, Miriam Cid de Garcia
Juiz: Dr. Eugênio Rosa de Araújo
MPF: Adriana de Farias Pereira

SENTENÇA

Vistos, etc.

LUCIANA WAJNGARTEN, qualificada na inicial, representada por seu tutor e avô materno MORDECHAI SABONI e assistida por advogado regularmente constituído, ajuizou AÇÃO ORDINÁRIA contra BATEAU MOUCHE RIO TURISMO LTDA., RAMON RODRIGUEZ CRESPO, GERARDO MORGAGE SENRA, AVELINO FERNANDEZ RIVERA, PEDRO GONZALEZ MENDES, ÁLVARO PEREIRA DA COSTA, FAUSTINO PUERTAS VIDAL, JOSÉ RAMIRO GANDARA FERNANDEZ, JUAN CARLOS RODRIGUEZ RODRIGUEZ, CARLOS GAMBINO MORGAGE, ITATIAIA AGÊNCIA DE VIAGENS E TURISMO LTDA., FRANCISCO GARCIA RIVERO, MIRIAM CID DE GARCIA, CAVALO MARINHO COMESTÍVEIS LTDA. E UNIÃO FEDERAL (Ministério da Marinha), objetivando:

(1) reembolso das despesas funerárias, religiosas e de luto, incluindo sepultura;

(2) verba indenizatória, na forma de pensão mensal, acrescida das gratificações e vantagens anuais equivalentes aos rendimentos que seus genitores e irmã iriam auferir, a partir do sinistro (31.12.88) os primeiros e a partir da maioridade a última, até aos sessenta e cinco anos de idade – provável sobrevivência dos falecidos –, com a constituição de um capital garantidor das prestações vincendas, conforme previsão legal;

(3) imediato pagamento das pensões vencidas, corrigidas pelo IGP-M ou outro índice que melhor reflita a inflação, sendo certo que as prestações vincendas também estão sujeitas a eventuais incrementos;

(4) verba para desagravo e reparação de danos morais sofridos pela Autora em decorrência do naufrágio, da perda de sua família e de todo o contexto perverso que desde então vem vivenciando;

(5) ressarcimento integral das despesas com tratamentos psicológicos já realizados, pagos diretamente pela PETROS, fundação da PETROBRÁS, que vêm sendo descontados da pensão da menor, bem como pagamentos futuros a esse título; e

(6) correção monetária de todas as verbas pleiteadas, contada desde a data do sinistro (31.12.88), pelo índice que melhor reflita a desvalorização da moeda, tudo com base na Súmula 562 do STF, juros de mora nos termos dos arts. 962 e 1.544 do Código Civil, custas, despesas processuais e honorários de advogado no montante de 20% incidentes sobre o valor global da condenação, a teor do § 5º do art. 20 do CPC.

Como causa de pedir a prestação jurisdicional, alegou, em síntese,

(a) que a Autora – então com pouco mais de dois anos de idade – embarcou, com seus pais e irmã, na embarcação "Bateau Mouche IV", na noite de 31 de dezembro de 1988, na intenção de comemorar a passagem do ano, ocorrendo trágico naufrágio, no qual sucumbiram cinquenta e cinco pessoas, dentre as quais todos os seus familiares, deixando outras com graves seqüelas físicas e emocionais, tendo a Autora sobrevivido apesar dos dramáticos momentos por que passou;

(b) que a tragédia se deveu à negligência consciente e dolosa das pessoas jurídicas réis, bem como de seus respectivos sócios, com o endosso da Capitania dos Portos (órgão do Ministério da Marinha);

(c) que a embarcação zarpu da Enseada de Botafogo já em estado precário, adernada, minada por água, com visível excesso de lotação, desprovida de salvatérios, apinhada de mesas, cadeiras e volumes móveis, não reunindo os requisitos mínimos e indispensáveis à navegação marítima adequada;

(d) que, mesmo assim, a ITATIAIA AGÊNCIA DE VIAGENS E TURISMO LTDA. prosseguiu com a programação do evento, conformando com a empresa armadora – BATEAU MOUCHE RIO TURISMO LTDA. – e com a firma responsável pelo serviço de bordo fornecido pelo Restaurante "Sol e Mar" – CAVALO MARINHO COMESTÍVEIS LTDA. – indisfarçável "consilium sceleris";

(e) que a Autora, seus pais e irmã foram vítimas da ação integrada criminosa das citadas pessoas jurídicas: BATEAU MOUCHE RIO TURISMO LTDA., armadora e proprietária da embarcação –, ITATIAIA AGÊNCIA DE VIAGENS E TURISMO LTDA., agente e promotora do evento, encarregada do transporte, e CAVALO MARINHO COMESTÍVEIS LTDA. (Restaurante "Sol e Mar"), responsável pelo abarrotamento do navio com mobiliário, tudo ao arrepio de normas elementares de segurança, configurando verdadeiro ilícito. E, de igual modo, vítimas diretas dos seus próprios sócios, vez que todos os assuntos inerentes à atividade desenvolvida pelos Suplicados eram sempre decididos de forma colegiada, conforme depoimento do réu Álvaro Pereira da Costa, sócio da Bateau Mouche Rio Turismo Ltda.;

(f) que foi, igualmente, inescusável o comportamento da Capitania dos Portos do Rio de Janeiro – Diretoria de Portos e Costas, titular do poder de polícia marítimo, ratificando, em 28/12/88, o estado da malsinada embarcação;

(g) que a irresponsabilidade da Patrulha da Capitania dos Portos mais avulta quando, levemente, liberou a embarcação, após interceptá-la e fazê-la retornar ao ancoradouro de origem, para realização de superficial e inconseqüente vistoria, na própria noite da tragédia, já visíveis as inadequadas condições de navegabilidade;

(h) que, com a superlotação de passageiros, desestabilizada pela excessiva carga transportada, desguarnecida de bóias, botes e salva-vidas, a embarcação soçobrou em frente à Ilha de Cotunduba, causando a morte por afogamento do pai, da mãe e da irmã da Autora, a qual se salvou por milagre, por ter-se prendido aos cabelos

de uma mulher, vindo a ser resgatada por uma traineira, sendo levada, já em terra e em estado de choque, a um hospital, pelo também naufrago Borís Jaime Lerner;

(i) que é inegável e incomensurável o dano moral sofrido pela Autora e se fácil é aquilatar a dor que experimentou em razão do dantesco acontecimento, difícil é dimensionar a potencial agudização de seu sofrimento e as seqüelas daí emergentes, em razão dos temores e das lembranças que por toda a vida a seguirão;

j) que é inconteste a obrigação de indenizar, principalmente o dano moral, com fundamento na proteção dos direitos integrantes da personalidade, que não podem ser impunemente atingidos, revestindo dita reparação – alçada a garantia constitucional no art. 5º, X – feição bifronte, ora funcionando como pena, ora como compensação;

(l) que os Réus são solidariamente responsáveis pelos danos materiais e morais suportados pela Autora, ante o comportamento ilícito sobejamente apurado nos diferentes procedimentos instaurados, como os julgados pelo Conselho Regional de Engenharia e Arquitetura, pelo Tribunal Marítimo e pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, resultando na condenação e na prisão dos Réus Álvaro e Faustino;

(m) por derradeiro, que é inafastável o nexó de causalidade entre os atos comissivos e omissivos dos Réus e o naufrágio, sendo aplicável às inteiras a teoria da desconsideração da pessoa jurídica, não se limitando a responsabilidade dos sócios ao capital social, por se estar diante de responsabilidade civil “ex delicto”.

Juntou documentos e preparou o feito (fls. 386).

Aditamento à inicial às fls. 401/405, com documentos.

Manifestação da ITATIAIA AGÊNCIA DE VIAGENS E TURISMO LTDA., FRANCISCO GARCIA RIVERO e MIRIAM CID DE GARCIA (fls. 668/671), juntando a sentença criminal proferida na Ação Penal instaurada contra o segundo, bem como o Acórdão que a confirmou, proclamando a absolvição do mesmo, ponderando não mais proceder a respectiva responsabilização civil, por se cuidar de hipótese em que a sentença penal faz coisa julgada no cível, protestando pela sua exclusão do pólo passivo, o mesmo devendo ocorrer em relação a MIRIAM CID DE GARCIA e à empresa de que ambos são sócios, a ITATIAIA AGÊNCIA DE VIAGENS E TURISMO LTDA.

Contestação de BATEAU MOUCHE RIO TURISMO LTDA. (fls. 747/770), com preliminares de carência do direito à ação, ilegitimidade passiva e de denúncia à lide da Companhia Paulista de Seguros, sustentando no mérito, em síntese, que a responsabilidade pelo sinistro deve ser imputada à União Federal, que vistoriou a embarcação, liberando-a para fins de navegabilidade, à Itatiaia Agência de Viagens e Turismo Ltda., em razão das obrigações contratuais assumidas com os passageiros e à seguradora, em razão do contrato avençado com a Ré, garantidor de cobertura na espécie. Prossegue dizendo que não há respaldo fático ou legal para o pensionamento pretendido, nem para o dano moral, impondo-se, no tocante às de mais despesas, prova de sua efetiva realização. Aduz, ainda, que os honorários são excessivos, que descabe a correção monetária das pensões, posto que já reajustadas as prestações vincendas e que improcedem os juros compostos, só devidos em caso de delito criminal.

Contestação de ITATIAIA AGÊNCIA DE VIAGENS E TURISMO LTDA., FRANCISCO GARCIA RIVERO e MIRIAM CID DE GARCIA (fls. 798/810), com preliminar de ilegitimidade passiva e de descabimento da aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, vez que não tiveram qualquer culpa no acidente, agindo seus sócios na estrita conformidade do contrato social, não desenvolvendo a empresa atividade de risco, sustentando, no mérito, que as alegadas despesas realizadas se impõem comprovadas e, na eventualidade de deferimento da pensão, esta deve

cessar com a maioria da Autora e vinculada unicamente aos seus pais, não se cogitando de pensionamento em relação à irmã, menor à época do acidente e sem relação de dependência econômica com a Autora, descabendo o dano moral, por impossibilidade de cumulação com dano emergente.

Contestação de RAMON RODRIGUEZ CRESPO, GERARDO MORGADE SENRA, AVELINO FERNANDEZ RIVERA, PEDRO GONZALEZ MENDES, ÁLVARO PE-REIRA DA COSTA, FAUSTINO PUERTAS VIDAL, JOSÉ RAMIRO GANDARA FERNANDEZ, JUAN CARLOS RODRIGUEZ RODRIGUEZ, CARLOS GAMBINO MORGADE e CAVALO MARINHO COMESTÍVEIS LTDA. (fls. 827/843), com preliminares de ilegitimidade pas-siva de todos os réus e, em especial, de RAMON RODRIGUEZ CRESPO, por já se ter desligado da sociedade antes do evento e de CAVALO MARINHO COMESTÍVEIS LTDA., por não ter concorrido de forma alguma para o evento, dizendo, ainda, endossar todas as demais preliminares suscitadas pela BATEAU MOUCHE RIO TURISMO LTDA. No mérito, sustentam não lhes assistir qualquer parcela de responsabilidade, devendo-se o fatídico evento ao infortúnio, à má fiscalização das autoridades públicas e à imperí-cia do mestre-arrais, enfatizando – até porque inexperientes na matéria – a total con-fiança depositada na fiscalização a cargo da Capitania dos Portos, que, em laudos e vistorias que se sucederam até à véspera da tragédia (31.12.88), inclusive na própria noite do acidente, atestou a aptidão do navio para fins de navegabilidade, liberando-a para prosseguir no seu curso. Alegam que não restaram provados alguns fatos nar-rados pela Autora, não correspondendo à realidade a sua versão de naufraga sobre-vivente, certamente contada com o intuito de majorar a indenização perseguida, afir-mando, por derradeiro, que a documentação acostada nada tem a ver com a hipótese, motivo pelo qual se abstem de impugnar ou contestar o respectivo teor.

Réplica às fls. 884/899, rechaçando todas as preliminares suscitadas e reiterando os dizeres da Inicial.

Contestação da União Federal, com preliminares de inépcia da Inicial e de ilegitimidade passiva para a causa, sustentando meritoriamente o descabimento da responsabilidade objetiva do Estado, a ausência denexo causal e de dever de indenizar na espécie e a exclusiva responsabilidade dos demais réus, sendo fato notório que a causa do evento danoso foi o excesso de tripulação a bordo, tendo a União procedido à adequada fiscalização do navio, de acordo com as especificações normativas existen-tes. Aduz, ainda, a improcedência das verbas requeridas, pelos mesmos motivos pos-tados nas demais defesas, afirmando, adicionalmente, que o pensionamento só teria respaldo se comprovada a capacidade laborativa das vítimas, o que não ocorreu, res-saltando, ainda, a impossibilidade de constituição de capital garantidor das prestações vincendas em face de ente público, com regras próprias para satisfação de débitos.

Manifestação do Ministério Público, protestando por nova vista após a répli-ca à contestação da União Federal (fls. 918).

Em réplica (fls. 920/924), a Autora refutou as preliminares suscitadas, reite-rando os dizeres da Inicial no tangente à omissão do dever de vigilância da Capitania dos Portos, derivado de seu poder de polícia marítimo, sendo indefensável a libera-ção da embarcação, após interceptada e vistoriada na noite do evento fatídico, no estado em que se achava.

Instadas a falar sobre provas (fls. 925), protestou a Bateau Mouche Rio Turismo Ltda. por perícia médica destinada a apurar a provável sobrevida das vítimas, perícia contábil voltada à apuração dos ganhos das vítimas e da parcela à guisa de contribuição para o sustento da Autora ou complemento da economia do lar, juntada de novos documentos, depoimento pessoal da Autora visando comprovar o efetivo

dano moral, oitiva da testemunha Boris Jaime Lerner e expedição de ofícios ao Imposto de Renda e outros órgãos públicos, relacionados com as provas técnicas requeridas (fls. 927); a Autora prescindiu de novas provas, ante a notoriedade da tragédia e a farta prova documental já produzida, protestando pelo julgamento antecipado da lide (fls. 929); Ramon Rodríguez Crespo e outros protestaram pela juntada de pareceres relacionados com a inaplicabilidade da doutrina da desconsideração da personalidade jurídica na espécie, acrescentando não ter outras provas a produzir, por se fundar a resistência em matéria de direito (fls. 931); a União Federal endossou as provas requeridas pela Bateau Mouche Rio Turismo Ltda. (fls. 1015).

Manifestação da Autora, ponderando que as medidas probatórias requeridas pela primeira Ré e secundadas pela União Federal são manifestamente protelatórias, cabíveis apenas em sede de execução, reiterando o requerimento de julgamento antecipado da lide (fls. 1016).

Despacho deferindo a perícia médica e a perícia contábil, reservada a apreciação das demais provas para momento posterior às diligências (fls. 1017).

Manifestação da Bateau Mouche Rio Turismo Ltda. desistindo das perícias e requerendo pronunciamento judicial sobre as demais provas requeridas e a denúncia da lide à Companhia Seguradora (fls. 1019).

Petição da Autora indicando assistente técnico e formulando quesito relativamente à perícia contábil, louvando-se, no tangente à perícia médica, no Perito Judicial designado.

Despacho no sentido de conclusão para sentença (fls. 1021).

Despacho tornando insubsistente o anterior, de fls. 1021, e determinando o cumprimento do de fls. 1017.

Manifestação de Bateau Mouche Rio Turismo Ltda. acusando engano no despacho de fls. 1022, reiterando a desistência das provas periciais primitivamente requeridas e o pedido de denúncia da lide à companhia seguradora (fls. 1025).

Despacho tornando insubsistente o de fls. 1022, ordenando a conclusão dos autos para sentença (fls. 1027).

Convertido o julgamento em diligência, para vista e manifestação do Ministério Público Federal (fls. 1029). No mesmo despacho, foi confirmada a revogação do despacho de fls. 1017, ante a desnecessidade de outras provas.

Promoção do "Parquet" às fls. 1030/1033, sustentando o descabimento da denúncia à lide por inépcia na formulação do pedido e inexistência de relação jurídica entre denunciante e denunciado, como atestado no documento de fls. 776/784 – cobertura especial nº 8, cláusula 4, alínea "a", que prevê a exclusão de cobertura no caso de risco de perda de vida e de danos pessoais de passageiros pagos, hipótese vertente. Por derradeiro, ratifica os termos da petição da Autora, de fls. 920/924, opinando pela procedência de todos os pedidos.

Nova manifestação da Bateau Mouche Rio Turismo Ltda., reiterando o pedido de denúncia da lide à Companhia Paulista de Seguros e de manifestação judicial sobre a prova oral requerida (fls. 1035).

É O RELATÓRIO.

FUNDAMENTO E DECIDO.

Repilo as preliminares suscitadas pelos Réus.

A inicial descreve de forma esborçada a atividade de cada réu e entidade, geradora de responsabilidade, daí derivando a pertinência subjetiva do direito de

ação que, em análise superficial e provisória da lide, não se há de ter como improvável a existência do direito material invocado.

Pelas mesmas razões, as preliminares dos demais réus devem ser repelidas, inclusive a suscitada por Ramon Rodriguez Crespo, vez que sua saída da sociedade se operou de forma nebulosa, o que gerou persecução penal apropriada, sendo prematura sua exclusão do feito.

Inexiste, por outro lado, a alegada inépcia da inicial, que foi redigida com apuro técnico, permitindo aos réus ampla defesa, debate dos fatos narrados e a análise do direito invocado, daí por que, nesse aspecto, também não prospera a preliminar.

A denúncia da lide também é de ser indeferida, malgrado eventual recusa da seguradora em pagar o prêmio previsto na apólice, com a presença de controvérsia no entorno das cláusulas contratuais do seguro avençado.

Oportuna a lição, na hipótese, de Vicente Greco Filho, no seu *Direito Processual Civil Brasileiro*, vol. I, Saraiva, pág. 141, ao dizer que:

“Parece-nos que a solução se encontra em admitir, apenas, a denunciação da lide nos casos de ação de garantia, não a admitindo para os casos de simples ação de regresso; i.e., a figura só será admissível quando, por força de lei ou de contrato, o denunciado for obrigado a garantir o resultado da demanda, ou seja, a perda da primeira ação, automaticamente, gera a responsabilidade do garante.

Em outras palavras, não é permitido, na denunciação, a intromissão de fundamento jurídico novo, ausente na demanda originária, que não seja responsabilidade direta decorrente da lei e do contrato”.

Nesse sentido a jurisprudência tem decidido que:

“Admitir-se a denunciação em qualquer situação em que poderia haver direito de regresso do vencido contra um terceiro, poder-se-ia chegar a um resultado oposto àquele buscado pelo legislador, de maior delonga na solução da lide principal, o que consistiria ofensa ao princípio da celeridade processual e até mesmo uma denegação da justiça” (JTACIVSP 81/210, RT 603/161, 593/144, 586/89, JTACIVSP 83/114, 65/159).

Desse modo, fica patente o não-cabimento da intervenção requerida.

Ressalto, por oportuno, que, além do prejuízo para a celeridade do processo, a demanda entre particulares não prevista no inciso I do art. 109 da Constituição Federal, impede o Juiz Federal de conhecer da demanda, sabendo-se que a denúncia da lide é ação autônoma e que, no caso, não observou sequer o preceituado no art. 282 do CPC.

No que tange à prova pericial sobre os ganhos das vítimas, esta deverá ser realizada em fase de liquidação, tendo em vista que o pedido foi deduzido de forma genérica, conforme o permitido pelo art. 286, II, do CPC, vez que já era sabido o *an debeatur* (o que é devido), mas não o *quantum debeatur* (o quanto é devido), podendo este elemento ser apurado na fase de liquidação, dando maior celeridade ao processo de conhecimento, que, na hipótese vertente, prescinde, perfeitamente, da prova requerida, daí por que, repito, desnecessária e inconveniente no momento. O mesmo se diga em relação à prova técnica médica, totalmente despicienda, cediço que a média da longevidade é a indicada na Inicial, 65 anos. Desnecessária e até desumana a pretensão de tomada do depoimento pessoal da Autora para aferir a extensão do dano moral e, bem assim, a oitiva da testemunha Boris Jaime Lerner, sem qualquer utilidade para a solução da lide, tangenciando a má-fé o requerimento de tais provas manifestamente procrastinatórias.

A sentença absolutória no Juízo criminal não aproveita ao réu Francisco Garcia Rivero. A uma, porque não comprovado o trânsito em julgado e a duas, porque do acórdão se verifica claramente a afirmação do fato criminoso e este ponto pertence às duas jurisdições (civil e penal), não se podendo, agora, negá-lo na demanda indenizatória.

Quando muito poder-se-ia ponderar sobre a inaplicabilidade do art. 1544 em relação a Francisco Rivero, mas nunca a irresponsabilidade civil.

Não havendo outras questões periféricas a analisar, passo ao exame do mérito.

O Tribunal Regional Federal da 2ª Região, na Apelação Cível nº 0209198/92-RJ, 3ª T., DJ 10.1.95, pág. 303, decidiu sem discrepância de votos questão em tudo semelhante à dos autos, *verbis*:

"CIVIL. REPARAÇÃO DE DANOS (MATERIAL E MORAL), EM DECORRÊNCIA DO NAUFRÁGIO DO 'BATEAU MOUCHE'.

I – Responsabilidade solidária das rés pelo trágico evento.

II – A UF responde, nos termos do art. 37, § 6º, da CF, pois seus prepostos foram, inclusive, condenados criminalmente – fis. 588/675.

III – As empresas agiram com indifereçável culpa, o que determina seu dever de indenizar.

IV – Aos sócios aplica-se, *in casu*, o princípio da 'disregard doctrine', à luz do CC, art. 160, I, a *contrario sensu*, além do art. 10 do Decreto nº 3708/19, c/c arts. 28, §§ 2º e 3º, da Lei nº 8078/90 (CDC), atento, inclusive, a previsão contida no art. 462 do CPC, justificando-se, pois, que os seus patrimônios particulares também respondam pela reparação dos prejuízos. Doutrina e Jurisprudência. V – Os juros de mora fluem a partir do evento – art. 962 do CC. Quanto à cumulatividade da reparação material e moral, aplica-se a Súmula 37 do STJ. A formação do capital – art. 602 do CPC –, ficou relegada para a fase de execução, não estando preclusa".

O segundo grau de jurisdição reconheceu a responsabilidade solidária de todos os réus, sendo certo, no entanto, que a Bateau Mouche, como transportadora, tinha o dever legal de incolumidade para com seus passageiros, estes agenciados pela Itatiaia Turismo, cujo proprietário participou não só na arregimentação dos convivas, mas garantiu-lhes a segurança e coordenou os trabalhos no dia dos fatos.

Os demais sócios, protagonistas e senhores dos empreendimentos econômicos, agiram com base em personalidades jurídicas desprovidas de lastro para suportar o volume da atividade negocial, gerando, para si, o ônus de suportar os encargos financeiros da atividade mal-sucedida, o que se supera com a penetração em seus patrimônios pessoais.

A responsabilidade da União Federal exsurge pela conduta criminosa de seus agentes, que facultaram a permanência no barco superlotado, em condições visivelmente inapropriadas para a navegação segura, devendo participar solidariamente na indenização devida.

Passo a analisar os pedidos da Autora.

Inequívoco o dano moral sofrido pela pequena Autora que, de uma só penada, viu-se, para sempre, privada do convívio de seus pais e de sua irmã.

É fastidiosa a questão da cumulação do dano moral e material, já estando pacificada com a edição do verbete 37 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.

Falar da perda dos pais de um ser humano de tenra idade é falar de uma infância sem aconchego, sem calor, sem sorriso, sem amparo, sem os padrões de comportamento do pai e da mãe, agravada, no caso, pela perda da irmã, que nunca poderá com ela brincar, confidenciar, relacionar-se, crescer junto, conversar e até mesmo "brigar", ficando sempre para a Autora apenas a sombra do que poderia ter sido aquela grande amizade entre irmãos.

Não é preciso ser nenhum Bruno Bettelheim para se avaliar o incomensurável buraco emocional que sofreu, sofre e sofrerá a Autora com esta verdadeira tragédia, mas, para que não se fuja do amparo do direito, recente monografia sobre famílias monoparentais elaborado por Eduardo Oliveira Leite, RT, 1997, citando Poussin, responde a pergunta: para que servem os genitores?

Segundo o professor paranaense:

"3 (três) seriam as funções básicas dos pais em relação aos filhos: 1 – assegurar a satisfação de suas necessidades físicas; 2 – satisfazer as necessidades afetivas; 3 – responder às necessidades de segurança psíquica oferecendo à criança um 'tecido psíquico grupal' no qual se enraizará o psiquismo da criança" (ob. cit., pág. 92).

O já citado psicanalista italiano, autor do precioso "A psicanálise dos contos de fadas", Ed. Paz e Terra, 1980, Bruno Bettelheim, afirma que

"Hoje, como no passado, a tarefa mais importante e também mais difícil na criação de uma criança é ajudá-la a encontrar significado na vida" (pág. 11), sendo certo que

"com respeito a essa tarefa, nada é mais importante que o impacto dos pais e outros que cuidam da criança",

de forma que a ausência prematura dos pais e irmã tirou da pequena Autora um pouco do sentido da vida, sendo missão do magistrado minorar este estado de coisas.

Muito se tem discutido sobre o valor da indenização por danos morais. É certo que inúmeros julgados fornecem o parâmetro de cem salários mínimos, em analogia ao vetusto e revogado Código Nacional de Telecomunicações.

Ocorre que nos dias de hoje, com referida quantia, mal se adquire um carro popular, e deve a magistratura, consciente e humana, recusar-se a premiar o egoísmo com uma indenização que não corresponda à perda de um ascendente querido, sob pena de cairmos no enorme abismo da barbárie humana que este fim de século globalizado, a todo custo, quer nos impor no inconsciente.

Fixo, portanto, pela perda conjunta dos três entes queridos, a quantia de 3 (três) mil salários mínimos, equivalentes a R\$ 390.000,00 (trezentos e noventa mil reais), a título de danos morais.

A verba, que considero devida, do tratamento psicológico deverá ser apurada em liquidação por arbitramento.

Cabível o ressarcimento das despesas com funeral e sepultura, menos o luto. Indefiro a verba de luto, porque não comprovado o uso de vestes de cor preta para a menor, o que talvez tenha sido pedido de uma forma genérica, como que englobada na expressão "luto, funeral e sepultura".

Quanto ao pensionamento, indefiro o pedido em relação ao pensionamento que a irmã pré-morta deveria à Autora, porque os pressupostos para o pensionamento alimentar, em tais casos, necessita de comprovação da impossibilidade de os ascendentes prestarem os alimentos, o que não é o caso.

No tocante ao pensionamento dos pais, fixo em 1/3 da remuneração por eles percebida, a ser apurada em liquidação por arbitramento até a sobrevivência provável das vítimas na base de 65 (sessenta e cinco) anos de idade.

Defiro a verba de ressarcimento dos tratamentos psicológicos já operados, a ser apurada na liquidação de sentença.

No presente processo, a execução poderá tomar dois rumos face a solidariedade no pagamento da condenação.

Caso a autora opte por executar a União Federal, o rito a ser seguido será o do art. 730 do CPC e consignação em folha (§ 5º do art. 20), ao passo que se a execução se direcionar aos demais réus o rito será o do art. 646 e seguintes do CPC, sendo, então, necessária a constituição de capital, a teor do art. 602 do CPC.

A correção monetária é devida desde o evento, observados os índices oficiais e as mudanças de padrão monetário, bem assim os juros, na forma simples, na razão de 12% ao ano.

Honorários são devidos, na razão de 10% sobre o total da condenação.

O pagamento imediato das prestações vencidas é de ser negado, face a inadequação do meio requerido, mormente em face da União Federal, cuja sistemática não prescinde de precatório.

Isto posto, JULGO PROCEDENTE, EM PARTE, O PEDIDO, para condenar os réus solidariamente nas seguintes verbas:

1) danos morais pela perda dos entes falecidos, que fixo em 1000 (mil) salários mínimos para cada qual, perfazendo o total de R\$ 390.000,00 (trezentos e noventa mil reais);

2) reembolso das despesas de funerárias comprovadas às fls. 37;

3) pensão equivalente a 1/3 da remuneração de seus pais, a ser apurada em liquidação por arbitramento, até a data em que cada qual atingisse 65 (sessenta e cinco) anos de idade, com inscrição em folha de pagamento por parte da União Federal e constituição de capital por parte dos demais réus, nos termos do art. 602 do CPC;

4) Imposto de Renda incidente sobre o capital garantidor do pensionamento;

5) reembolso das despesas com tratamento psicológico;

6) correção monetária, quando cabível, das verbas indenizatórias, desde o evento, pelos índices oficiais, observadas as mudanças de padrão monetário, juros de mora a contar do evento, na forma simples para a União Federal e as pessoas jurídicas réus, e compostos quanto aos réus pessoas físicas (art. 1544 do CCB), na razão de 12% ao ano; e

7) honorários de advogado na razão de 10% sobre o total da condenação.

Custas pelos Réus, com ressalva da União Federal, que deverá, em conjunto com os demais sucumbentes, reembolsar a Autora pelo valor recolhido a este título.

Sentença sujeita ao duplo grau de jurisdição.

P.R.I.

Rio de Janeiro, 3 de setembro de 1998.

EUGÊNIO ROSA DE ARAÚJO

Juiz Federal em Auxílio na 28ª Vara

SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO 29ª Vara Federal

Ação Ordinária

Processo: 890014702-1
Autor: CARLOS ORLANDO NOVAES ABRUNHOSA
Ré: EMPRESA BRASILEIRA DE TURISMO – EMBRATUR
Juíza: Dr^a SIMONE SCHREIBER

Vistos, etc.

CARLOS ORLANDO NOVAES ABRUNHOSA ajuíza ação ordinária contra a EMPRESA BRASILEIRA DE TURISMO – EMBRATUR, objetivando indenização por danos materiais e morais advindos da utilização de trabalho fotográfico de sua autoria sem autorização sua e sem efetuar-lhe qualquer pagamento em milhares de folhetos de propaganda comercial.

Aduz em síntese que é autor de obra intelectual, qual seja, fotografia do jogador de futebol Pelé, pela qual inclusive recebeu premiação. Tal fotografia foi utilizada pela ré em folhetos promocionais intitulados "*emotions have a name: Brazil*", destinados à distribuição internacional, sem que fosse solicitada autorização ao autor, ou efetuado qualquer pagamento.

Tal conduta violou os arts. 4º, V; 6º, VIII; 21; 25, II e IV; 29; 30; 82; 122 e seguintes, da Lei 5988, de 14.12.73.

Requer que a ré seja condenada "nas perdas e danos morais e materiais, correção monetária, juros de mora nos termos dos artigos 962 a 1544 do Código Civil, custas e honorários de advogado, contratados na base de 20% sobre o valor da condenação" (fls. 03).

A inicial veio instruída com documentos de fls. 04/13. As custas foram recolhidas (fls. 14). Citada, a ré apresentou sua resposta, com documentos (fls. 21/49), aduzindo em síntese o seguinte:

Requeru nomeação à autoria da Editora Abril S/A, por considerá-la "verdadeira detentora do direito autoral de utilização da foto 'Pelé – soco no ar', como evidencia a cópia anexa do Convênio de Cooperação Técnica", e também da Standard, Ogilvy & Mather Publicidade Ltda., "incumbida da impressão da folheteria da suplicada" (fls. 21).

No mérito, "que foram impressos pela EMBRATUR num total de 833.000 (oitocentos e trinta e três mil) exemplares, em março de 87, mas com a devida autorização de seu autor, e o pagamento na forma da lei como o comprova o doc. IV anexo". Aduz ainda que ao receber o telex do advogado do autor, suspendeu e cancelou a impressão e a distribuição dos folhetos. Que a EMBRATUR não realiza propaganda comercial, mas tão-somente realiza atos de fomento ao turismo nacional, e por isso não tem que indenizar o autor por danos morais e materiais. Que "só utilizou a foto 'Pelé – soco no ar' no folheto '*Emotions have a name: Brazil*'", com a necessária autorização do mesmo através da Editora Abril S/A, em julho de 1986, com o devido pagamento à Standard, não tendo o autor sofrido dano moral ou material, muito pelo contrário, já que teve sua obra fotográfica divulgada no exterior sem objetivos comerciais.

Réplica às fls. 51/52. Determinada a especificação de provas, de início o autor solicitou a produção de provas (fls. 54) e a ré requereu apenas a juntada de documentos (fls. 56). Às fls. 66 a ré requer a oitiva de Edson Arantes do Nascimento, o Pelé, sob a alegação de que o mesmo deu autorização pessoal para inserção de sua foto no folheto.

O autor se opõe ao pedido de nomeação à autoria (fls. 82), a qual é indeferida pelo juízo (fls. 83). É restituído o prazo para contestação, pelo que nova petição de resposta é apresentada (fls. 84/86).

Aduz agora a ré que o autor não provou a autoria da fotografia. Que a autorização para a utilização da foto "Pelé – soco no ar" foi dada pelo próprio Pelé. No mais, repetiu as razões aduzidas na primeira contestação. O autor fala sobre a contestação (fls. 87/90). A EMBRATUR insiste na oitiva de Edson Arantes do Nascimento (fls. 92). O autor pede julgamento antecipado da lide (fls. 94). A União Federal endossa as razões da EMBRATUR e diz não ter provas a produzir. A prova oral é deferida pela MM. Juíza Federal da 8ª Vara em 31.8.93 (fls. 104). Desde então vêm sendo realizados inúmeros atos processuais com o objetivo de infimar Edson Arantes do Nascimento, para que seja inquirido por este juízo.

Na verdade, tem plena razão o autor quando observa que a autorização dada por Pelé à EMBRATUR para divulgação de sua imagem não interfere com o direito do autor da obra fotográfica. Ou seja, tal autorização não supre a necessária autorização do autor da obra. O direito à imagem não se confunde com o direito autoral de quem realizou a fotografia. Assim, é forçoso reconhecer que a prova requerida é dispensável e que teve o efeito de protelar a prolação de uma sentença neste processo por nada menos do que seis anos.

É hora portanto de chamar o feito à ordem para indeferir a oitiva de Edson Arantes do Nascimento neste processo, uma vez que nada poderá esclarecer a respeito dos fatos efetivamente relevantes para julgamento da lide, quais sejam: se está provada a autoria da obra e se foi obtida autorização do autor da obra fotográfica. No mais, a matéria é de direito: se tal autorização era necessária, se sua não-obtenção pela EMBRATUR enseja sua responsabilização, se há danos materiais e morais a serem indenizados.

Indefiro pois a oitiva de Edson Arantes do Nascimento. Não tendo sido requeridas mais provas pelas partes, passo ao julgamento da lide.

RELATEI.

DECIDO.

Preliminarmente, é de ser consignado que, muito embora a Lei 9610/98 tenha revogado quase integralmente a Lei 5988/73, é com base no diploma legal de 1973 que será dirimida a lide, já que os fatos objeto de ação ocorreram quando vigia o mesmo.

Consigno ainda que é legítima para a causa a EMBRATUR, pois proprietária dos folhetos em que foi divulgada a fotografia intitulada "Pelé – soco no ar" e responsável por sua distribuição em vários países do mundo. Se eventualmente constituía obrigação da Editora Abril obter a autorização para utilização da foto, já que a foto usada foi retirada de seus arquivos, deverá a EMBRATUR ajuizar ação regressiva contra a Editora Abril.

O mesmo se diga quanto à alegada responsabilidade da STANDARD, OGILVY & MATHER PUBLICIDADE LTDA., firma que produziu o folheto. Se existe tal responsabilidade, ela não isenta a EMBRATUR de responder por danos eventualmente causados por violação de direito autoral, mas poderá ensejar posteriormente ação regressiva

contra referida empresa de publicidade. Tal direito de regresso não será objeto de exame neste processo, mesmo porque a ré não solicitou denúncia da lide a quaisquer das pessoas jurídicas às quais atribuí responsabilidade pelos fatos narrados na inicial.

No mérito.

Como já consignado no relatório, o direito de autor de obra fotográfica é autonomamente protegido pela lei dos direitos autorais (Lei 5988, de 14.12.73) e absolutamente independente da proteção dada ao fotografado, quanto à divulgação de sua imagem. Assim, eventual autorização de Pelé para que sua imagem seja utilizada pela ré não torna prescindível a autorização do autor da obra fotográfica. Dispõe o art. 6º, inciso VII, da Lei 5988/73:

Art. 6º São obras intelectuais as criações do espírito, de qualquer modo exteriorizadas, tais como:

VII – as obras fotográficas e as produzidas por qualquer processo análogo ao da fotografia, desde que, pela escolha de seu objeto e pelas condições de sua execução, possam ser consideradas criação artística.

A ré não se manteve coerente na linha de defesa adotada, nas duas vezes em que foi instada a apresentar resposta. De início, não discute a autoria da obra, admitindo ser o autor o fotógrafo, alegando apenas que recebeu sua autorização para utilizá-la, "através da Editora Abril S/A, em julho de 1986", indicando o "documento IV, anexo" como apto a comprovar suas alegações. Na segunda peça contestatória, alega que o autor da ação não demonstrou ser autor da fotografia.

Do exame da documentação juntada ao processo, entendo estar perfeitamente provada a autoria da obra, cabendo destacar os termos da denúncia que instaurou ação penal pelo crime de violação de direito autoral decorrente da mesma obra fotográfica: "Inquestionável ser de autoria do ofendido a obra intelectual utilizada indevidamente pelos denunciados, de vez que por essa fotografia, intitulada 'Três no Tri', Carlos Orlando Novaes Abrunhosa recebeu o prêmio internacional para a melhor foto da seleção brasileira nos jogos da Copa do Mundo de 70, realizada no México, no Concurso Internacional de Fotografia IMAGEM DO FUTEBOL BRASILEIRO".

Apesar de este processo não ter sido instruído com documento comprobatório da premiação e, por decorrência, da autoria da obra, a veracidade dos termos da denúncia que claramente imputa a obra ao agora autor não foi contestada pela EMBRATUR. Aliás, a alegação de que o Carlos Orlando não comprovou ser o autor da fotografia não merece crédito, a medida em que não foi acompanhada da informação de quem seria, afinal, seu autor, portanto é destituída de seriedade, a par de não guardar coerência com a primeira peça de resposta apresentada pela EMBRATUR.

Não tenho dúvida, pois, de que o autor nesta ação é o fotógrafo que realizou a fotografia de Pelé utilizada no folheto da EMBRATUR, juntado às fls. 04.

Não há dúvida também de que a obra fotográfica em questão enquadra-se no gênero obra intelectual, tal como conceituado no art. 6º da lei, supratranscrito, e portanto enseja proteção aos chamados direitos patrimoniais e morais (ou pessoais) do autor.

Autores que escrevem sobre o direito autoral observam que a lei protege a obra fotográfica que possa ser considerada "criação artística", como se depreende do inciso VII do art. 6º acima transcrito. Apesar de tal dispositivo legal ensejar críticas da doutrina, pela subjetividade consistente em qualificar uma obra intelectual como "artística" (ver a respeito interessante análise de Antônio Chaves, in Direito de Autor –

Princípios Fundamentais, Ed. Forense, 1987, págs. 308 e seguintes, onde observa que o juiz não pode negar proteção à obra por considerá-la medíocre), no caso em tela nenhuma dúvida há quanto a tal predicado da fotografia em questão.

De fato, a foto "Pelé – soco no ar" – na verdade resultado de uma montagem realizada sobre o negativo de fotografia feita pelo autor intitulada "Três no Tri", em que foi utilizada somente a figura do atleta Pelé, e excluída a dos atletas Jairzinho e Tostão (conforme laudo pericial que acompanhou a petição inicial, fls. 5/10) – tem valor artístico incontestável, pois além de ter sido premiada, só o fato de ter sido utilizada para promover a imagem do Brasil no exterior pela ré já evidencia sua qualidade artística e o talento do fotógrafo em "congelar" a imagem e emoção de Pelé no ato de comemoração de uma vitória do Brasil na Copa do Mundo de 1970.

Reconhecida a autoria de obra fotográfica protegida pela Lei 5988/73, daí decorrem direitos de ordem patrimonial e moral conferidos ao autor pela mesma lei, cabendo transcrever os seguintes artigos:

Quanto aos direitos patrimoniais:

Art. 82. O autor de obra fotográfica tem direito a reproduzi-la, difundi-la e colocá-la à venda, observadas as restrições à exposição, reprodução e venda de retratos, e sem prejuízo dos direitos de autor, sobre a obra reproduzida, se de artes figurativas.

§ 1º A fotografia, quando divulgada, indicará, de forma legível, o nome de seu autor.

§ 2º É vedada a reprodução de obra fotográfica que não esteja em absoluta consonância com o original, salvo prévia autorização do autor.

Quanto aos direitos morais:

Art. 21. O autor é titular de direitos morais e patrimoniais sobre a obra intelectual que reproduziu.

Art. 25. São direitos morais do autor:

I – o de reivindicar, a qualquer tempo, a paternidade da obra;

II – o de ter seu nome, pseudônimo ou sinal convencional indicado ou anunciado, como sendo o do autor, na utilização de sua obra;

Art. 28. Os direitos morais do autor são inalienáveis e irrenunciáveis.

Na hipótese, está evidenciada a violação de direitos patrimoniais e morais do autor. Vejamos:

A EMBRATUR alega que possuía autorização do autor para divulgar sua obra fotográfica nos folhetos de distribuição internacional referentes à campanha "Emotions have a name: Brazil". Entretanto, o documento que a ré indica como apto a demonstrar ter obtido tal autorização é uma autorização de pagamento à firma de publicidade que produziu os folhetos STANDARD, OGILVY & MATHER PUBLICIDADE LTDA, pelo serviço prestado (fls. 49). Em nenhum momento a EMBRATUR junta ao processo tal autorização, dada pelo autor ou por terceiro a quem o autor houvesse eventualmente cedido direito de utilização da obra fotográfica.

Em outro trecho de sua resposta, a ré alega que obteve tal autorização através da Editora Abril S/A. Não junta contrato através do qual o autor da fotografia tenha cedido à Editora Abril direitos patrimoniais atinentes à obra, quais sejam, direito

à reprodução, difusão etc. Também não junta a autorização específica da Editora Abril (pressupondo que ela fosse cessionária dos direitos do autor). Quanto a isso, o termo de convênio de cooperação técnica firmado com a Editora Abril, em sua cláusula II, consigna que "a EMBRATUR e a EDITORA ABRIL cedem e transferem reciprocamente os direitos autorais que detêm sobre seus respectivos acervos documentais e fotográficos" (fls. 31). Não há prova entretanto de que tais direitos autorais tenham um dia sido cedidos pelo autor da fotografia à Editora Abril.

Poderia a ré ter invocado o art. 56 da Lei 5988/73, que dispõe que "a tradição de negativo, ou de meio de reprodução análogo, induz à presunção de que foram cedidos os direitos do autor sobre a fotografia". Na hipótese, no entanto, tal fato não foi suscitado pela ré, ou demonstrado por ela.

Ademais, vários autores criticam os termos do artigo em exame. Dentre eles, José de Oliveira Ascensão, in DIREITO AUTORAL, ed. Forense, 1980, pág. 228, observa que a lei "fala na mera tradição do negativo, mas não é ao ato material de entrega que devemos imputar este efeito tão drástico, e sim à celebração do negócio que seja acompanhado da tradição do negativo. Por outro lado, a presunção é relativa".

Note-se mais uma vez que tal fato (cessão de direitos patrimoniais através de tradição de negativos) não foi sequer invocado pela ré, e muito menos demonstrado por ela. A Editora Abril possuía um *slide* (ou cromo) "Pelé", que foi entregue à STANDARD para a produção dos folhetos (fls. 62/64). Mas tal cromo já se origina de modificação não autorizada da obra original "Três no Tri", como consignado no laudo pericial que acompanha a inicial. Assim, seria imprescindível que a EMBRATUR demonstrasse que a Editora Abril detinha efetivamente direito de divulgar a obra fotográfica do autor ou utilizá-la como lhe aprouvesse, independentemente de autorização.

Está portanto evidenciado que a obra fotográfica do autor foi utilizada pela EMBRATUR sem que fosse solicitada autorização do mesmo e sem que lhe fosse pago o preço devido, o que é ilícito, pois o fato de a EMBRATUR não ter fins lucrativos não a isenta de retribuir os serviços que contrata, ou os direitos autorais das obras de que faz uso para realizar seus fins institucionais, como aliás o fez no tocante aos serviços da STANDARD, OGILVY & MATHER PUBLICIDADE LTDA.

Quanto aos direitos morais do autor, também restaram violados, especialmente, o direito do fotógrafo à divulgação de seu nome ao lado da obra utilizada, o chamado crédito que é lançado junto à fotografia. Note-se, inicialmente, que os direitos morais não são alienáveis ou passíveis de cessão, como consignado no art. 28 acima transcrito.

Um exame superficial do folheto da EMBRATUR destinado à promoção do Brasil no exterior, no qual foi utilizada a foto "Pelé - soco no ar", evidencia a violação ao direito expressamente assegurado no art. 25, II, e no art. 82, § 1º, da Lei 5988/73. Curiosamente, todas as demais fotos que compõem o folheto (fls. 04) estão creditadas aos seus autores. Por exemplo, a foto intitulada "Rivers of de Amazon region" está creditada ao fotógrafo Irmo Celso - Editora Abril. E todas as demais fotografias constantes no folheto, sem exceção, estão creditadas.

Somente no que se refere ao autor a foto (por sinal, a foto de maior destaque, que compõe a capa do folheto) não contém qualquer referência a seu nome, apesar de o dever de lançar o crédito estar expressamente previsto no Convênio de Cooperação Técnica celebrado pela EMBRATUR e a Editora Abril S/A (cláusula IV).

Decorre daí indiscutivelmente dano moral, que não se confunde com o dano patrimonial, para o autor da fotografia. Em virtude de tal omissão, o autor da ação deixou de ter seu nome lançado internacionalmente, como autor de obra de inegável qualidade técnica e artística. Tal desrespeito a um direito seu de caráter moral (não patrimonial), inclusive assim qualificado pela lei de direitos autorais, enseja evidente sofrimento indenizável (art. 126 da Lei 5988/73).

Assim já decidiu o Egrégio Supremo Tribunal Federal em caso análogo ao presente:

"DIREITO AUTORAL. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. DESNECESSIDADE DA PROVA DO PREJUÍZO ECONÔMICO. DESNECESSIDADE DA PROVA DO PREJUÍZO ECONÔMICO. LEI 5988/73, ART. 126".

Direito Autoral. Fotografia.

Modificação da obra e omissão do nome do autor.

Nos termos do art. 126 da Lei 5988, de 1973, o autor tem direito a ser indenizado por danos morais e a ver divulgada sua identidade, independentemente da prova tópica de haver sofrido prejuízo econômico. Hipótese de não-conhecimento de recurso da agência de publicidade e de provimento do recurso do autor" (RE 99501.3-SP, Rel. Ministro Francisco Rezek, *Jurisprudência Brasileira* n° 86, 1984, pág. 436).

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 consolidou-se o direito à reparação por dano moral, independentemente de estar associado a dano material.

Isto posto, julgo procedente o pedido, para condenar a EMBRATUR a indenizar o autor pelos danos materiais e morais decorrentes de violação de direito autoral de obra fotográfica, na forma a seguir explicitada.

Quanto à quantificação do dano patrimonial causado ao autor, entendo que o mesmo deva ser indenizado, tendo em vista o preço de mercado para remuneração da cessão de uso de obra fotográfica, à época dos fatos, considerando-se: 1. o número de folhetos impressos com a fotografia (no caso, 883.000, segundo a EMBRATUR – dado que pode ser colhido às fls. 33/34); 2. o fato de ser destinado à divulgação em vários países do mundo; 3. o fato de a fotografia já ser conhecida do grande público (pois utilizada no vídeo veiculado pela ed. Globo "Isto é Pelé", conforme laudo pericial anexado à inicial) e premiada em concurso internacional de fotografia. Tal valor será apurado através de consulta a agências de publicidade, em fase de liquidação de sentença.

Quanto à quantificação do dano moral causado ao autor,

"Hoje em dia, a boa doutrina inclina-se no sentido de conferir à indenização do dano moral caráter *dúplice*, tanto punitivo do agente quanto compensatório, em relação à vítima (cf. Caio Mário da Silva Pereira, 1989, pág. 67). Assim, a vítima de lesão a direito não patrimonial (art. 5º, V e X, CF) deve receber uma soma que lhe compense a dor e a humilhação sofridas e arbitrada segundo as circunstâncias. Não deve ser fonte de enriquecimento nem ser inexpressiva" (TJSP – 7ª C. – Ap. rel. Campo Melo – j. 30.10.91, *RJTJESP* 137/186).

Cabe ao juiz sopesar as circunstâncias do fato com o fim de quantificar o dano moral. A obra fotográfica do autor foi divulgada em diversos países do mundo, integrando de forma destacada um folheto para promover o Brasil no exterior. A EMBRATUR alega que a utilização da obra para tal fim não enseja dano moral, "muito pelo contrário". Entretanto, a frustração de ver sua obra divulgada em todo o mundo

para fins não comerciais, escolhida para capear publicação que divulgou o País no exterior, é tão grande quanto a honra que adviria de a foto ter sido divulgada dessa forma com o crédito a que seu autor fazia jus.

Como forma de compensar tal sofrimento e ainda tendo em vista o caráter punitivo da indenização (que deve servir à autora do ato ilícito como fator de desestímulo a que repita o erro), fixo o dano moral em dez vezes o valor que lhe é devido a título de dano patrimonial, ou seja, dez vezes o preço de mercado pago pela utilização de obra fotográfica, nas condições estabelecidas acima, tudo a ser apurado em liquidação de sentença.

O *quantum debeatur* deverá ser corrigido monetariamente, desde a data em que o valor deveria ter sido entregue ao autor da obra, considerando como tal o dia em que foi efetuado o pagamento à empresa de publicidade pela "criação e produção da campanha publicitária 'emotions have a name: Brazil' ", dia 14.5.87 (fls. 49). Deve ainda ser acrescido de juros de mora, à alíquota de 0,5% ao mês, desde a data da citação.

Condene ainda a ré ao pagamento das custas processuais e de honorários advocatícios ao autor, fixados em 10% sobre o valor da condenação.

Sentença sujeita ao reexame necessário (Lei 9469/97).

P.R.I.

Rio de Janeiro, 6 de setembro de 1999.

SIMONE SCHREIBER

Juíza Federal da 29ª Vara

SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO 30ª Vara Federal

Ação Ordinária

Processo: 92.0131433-7
Autores: SANDRA MARIA ARAÚJO DA FONSECA E OUTROS
Ré: UNIÃO FEDERAL
Juiz: Dr. ALFREDO FRANÇA NETO

SENTENÇA

Vistos etc.

SANDRA MARIA ARAÚJO DA FONSECA, FERNANDA ARAÚJO DA FONSECA E ANDRÉ LUIZ ARAÚJO DA FONSECA, qualificados na inicial, propõem em face da UNIÃO FEDERAL, esta ação ordinária de indenização por danos materiais e morais, porque objetivam a condenação do Estado, com fundamento na sua responsabilidade civil, pelo seqüestro, prisão ilegal, cárcere privado e, finalmente, morte de FERNANDO AUGUSTO DA FONSECA, no período da ditadura militar, nos idos de 1972/1973.

Dizem, como causa de pedir a prestação jurisdicional que, na condição de viúva, a primeira autora, e filhos, os demais, têm direito ao ressarcimento amplo, com base no § 6º do art. 37 da CF/88, pela feroz perseguição política e morte de FERNANDO AUGUSTO DA FONSECA, ocorrido entre dezembro de 1972 e janeiro de 1973, pelos órgãos de repressão estatal, haja vista ser a vítima ativista político do Comando Nacional do Partido Comunista Brasileiro Revolucionário, razão, então, de se dar a demissão inexplicável do seu emprego no Banco do Brasil S/A, onde ingressa por concurso público, e passar a viver na clandestinidade, até que, preso na cidade de Recife e barbaramente torturado, transferem-no para a cidade do Rio de Janeiro e levam-no para o DOI-CODI.

Nessa repartição militar, o marido e pai dos autores, é brutalmente supliciado até a morte, ocorrida entre dezembro de 1972 e janeiro de 1973, pois a 17 de janeiro de 1973 é noticiada a versão fantasiosa e falsa do seu falecimento em local público, onde equipes do DOI-CODI simularam um tiroteio com morte. Na hora de levar o corpo para o IML fazem-se as substituições daquele que se finge de morto pelo cadáver do preso político. No IML (Instituto Médico Legal), o legista Hany Shibali e outros legalizam a morte em combate, completando a farsa.

Aduzem os autores que documentos que virão, oportunamente, aos autos e a declaração das testemunhas provarão esses fatos que repugnam a consciência do mais pacato dos homens, sem revoltar-se, sem exigir que se apurem as atrocidades e punam os culpados.

Fundamentam, assim, o pedido de procedência da mais ampla e irrestrita indenização por danos materiais e morais, no princípio de responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público, instituído pela norma contida no art. 15 do Código Civil brasileiro e depois consagrado nas Constituições Federais, desde o ano de 1946, razão de não restar dúvida de responder a UNIÃO FEDERAL objetiva e civilmente pelos atos dos seus representantes e funcionários que, nessa qualidade, causem danos a terceiros.

Trazem a lume a lição de AGUIAR DIAS (*in* "Responsabilidade Civil do Estado", *Revista Forense*, vol. 133, p. 335) quando afirma, ao comentar o art. 194 da CF de 1946, que "resulta que a indenização caberá: ... (2°) no caso de morte ou lesões corporais infligidas por agente do poder público, em qualquer caso, desde que a vítima não seja culpada da situação em que ocorreu o fato; em caso de morte ou ofensas corporais a pessoa sob a guarda da polícia ...".

Esclarecem que a prisão e morte do marido e pai dos autores não se dá nos moldes regulares e legais. Na verdade, é vítima de verdadeiro seqüestro por parte dos agentes policiais do Estado (aqui dito da maneira mais ampla), pois não há prisão em flagrante delito ou através de ordem escrita de qualquer autoridade, nem, tampouco, dá-se ciência da sua prisão à autoridade competente, conforme determina o art. 59 da Lei de Segurança Nacional (Lei n° 898/69), vigente à época.

Além de ilegal, tal prisão configura inominável abuso de autoridade, nos termos dos arts. 3° e 4° da Lei n° 4.398/65. Seguindo-se ao seqüestro verdadeiro por prepostos do Estado, eis que praticado por pessoas ligadas aos órgãos de segurança da época, inicia-se uma sucessão de hediondas práticas que vão da manutenção do mesmo em cárcere privado, tortura, até a morte.

Esses fatos consubstanciam, inegavelmente, os danos materiais e morais, quanto à obrigação de indenizar os autores levando em consideração, para o arbitramento, desde a data da prisão ilegal da vítima, em dezembro de 1972, até que completasse a idade de 70 (setenta) anos, ou seja, em 07/03/2018, de vida atuariamente provável, tudo com base no § 6° do art. 38 da CF/88 e demais disposições legais.

Inicial instruída com documentos às fls. 02/35, com as custas judiciais recolhidas pela guia de fls. 36.

Citada, a UNIÃO FEDERAL argüi a preliminar de mérito de prescrição quinquenal, porque os fatos ocorrem entre dezembro de 1972 e janeiro de 1973, como se noticia nos autos, e a ação somente é ajuizada em 18 de dezembro de 1992, com lapso de tempo de 20 (vinte) anos. No mérito, alega que o § 6° do art. 37 da CF/88 diz respeito à responsabilidade civil estatal e dos seus servidores públicos, independentemente de prova de culpa no cometimento da lesão, sem prescindir, todavia, da existência do nexo causal entre o dano suportado e o ato ou fato lesivo (comissivo ou omissivo), coisa que, efetivamente, não há nos autos com a comprovação de que a morte de FERNANDO AUGUSTO DA FONSECA ocorre no interior de estabelecimento oficial militar ou civil, em decorrência, ainda, de ato de agente público.

Ademais, não consta dos arquivos do Ministério do Exército qualquer informação que demonstre que o *de cuius* tenha sequer sido preso durante o período citado na exordial, razão para pedir a improcedência do pedido, com os conectários da sucumbência.

Manifesta-se a parte autora às fls. 59/60, a propósito da preliminar da prescrição, como, também, ao próprio mérito da causa sobre o nexo de causalidade, que se provará pelas testemunhas e perícia, se necessária.

Deferida a prova testemunhal, conforme fls. 65, é colhida em Audiência de Instrução e Julgamento (AIJ), realizada em 1° de junho de 1995, conforme a Assentada de fls. 94/101.

A UNIÃO FEDERAL, às fls. 103, impugna os documentos juntos na AIJ, além de contraditar a prova testemunhal e o depoimento pessoal da autora SANDRA MARIA, para juntar às fls. 114 novos documentos que tem vista a parte autora.

Deferida na AIJ a apresentação de memoriais, fornece-os a parte autora às fls. 120/122 e 124/128.

Pela petição de fls. 135/136, demonstra a parte autora o reconhecimento pela UNIÃO FEDERAL da responsabilidade pela morte de pessoas desaparecidas em razão de participação, ou acusação de participação, em atividades políticas, no período de 2 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979, comprometendo-se a indenizar o cônjuge, companheiro e herdeiros por esses eventos danosos, ao juntar xerocópia da edição da Lei nº 9.140, de 4 de dezembro de 1995.

Às fls. 135/136 e 138/139, a parte autora junta xerocópia do extrato da Ata da Quarta Sessão Ordinária, realizada em 29 de fevereiro de 1996, pela COMISSÃO ESPECIAL DE DESAPARECIDOS POLÍTICOS, de que trata o art. 4º da Lei nº 9.140/95, que reconhece a vítima FERNANDO AUGUSTO DA FONSECA, ex-marido e pai dos autores, como morto, na condição do art. 4º, I, letra b, do referido diploma legal, em 1972.

Às fls. 142, este Juízo Federal converte o julgamento em diligência para que esclareça a UNIÃO FEDERAL se as autoras perceberam qualquer indenização amigável prevista nos artigos 10 e 11 e inciso 11 da Lei nº 9.140/95.

Comprovação do pagamento pela União Federal da indenização amigável de que trata a Lei nº 9.140/95, às fls. 150/153, em favor de SANDRA MARIA ARAÚJO DA FONSECA, a primeira autora e viúva da indigitada vítima, no valor de R\$ 124.110,00 (cento e vinte e quatro mil, cento e dez reais).

A União Federal às fls. 155/210 junta documentos e procedimento administrativo, por xerocópia, que concede à viúva e autora SANDRA MARIA ARAÚJO DA FONSECA a indenização amigável, com fundamento na Lei nº 9.140/95, razão para pedir, inclusive, a extinção deste feito judicial por perda do objeto, já que acolhida administrativa a pretensão, como afirma.

Sobre os documentos e procedimento administrativo de fls. 155/210, há manifestação da parte autora às fls. 213/215.

É o Relatório.

DECIDO.

Com relação à prova testemunhal produzida nestes autos às fls. 94/101, constante da Assentada da AIJ, acolho em parte a contradita manifestada às fls. 103/102, pela União Federal, para receber os depoimentos atribuindo-lhes o valor que merecem como meras peças de informação, aos termos do § 4º do artigo 405 do CPC, seja porque a primeira testemunha FERNANDO ALBAGI, além de ser irmão da primeira autora SANDRA MARIA e tio dos demais autores, declara não presenciar os fatos narrados na inicial, não ter visto o *de cujus* ser preso, não ter presenciado quaisquer atos de tortura contra a vítima, não ter visto morrer nem como morre a vítima; a segunda testemunha, JOSÉ ADEILDO RAMOS, declara, no seu depoimento, ter ação proposta contra a UNIÃO FEDERAL em que pede a anistia política haja vista a sua expulsão da Marinha à época dos fatos; a terceira testemunha, NILMÁRIO MIRANDA, declara não ter conhecimento pessoal dos fatos narrados na inicial, mas sim os conhece pelo "ouvir dizer"; o depoimento pessoal da viúva da vítima e primeira autora nestes autos, SANDRA MARIA, nada esclarece a respeito da morte de FERNANDO, senão o que consta dos jornais.

No que se refere, outrossim, a alegação da UNIÃO FEDERAL, às fls. 103, de não ter sido apresentado a tempo o rol das testemunhas, para apresentar as suas eventuais impugnadas, como ela mesmo esclarece na sua petição, o mesmo já

estava protocolizado e nos autos desde 16/05/95, não obstante o despacho de junta da seja do dia 31/05/95. Ademais, a lei processual se refere ao depósito em cartório do rol de testemunhas no prazo de cinco dias antes da audiência (CPC, artigo 407) e não da sua juntada aos autos, necessariamente.

Não ocorre, assim, a alegada surpresa da UNIÃO FEDERAL que, de toda forma, contradita as testemunhas ainda em Audiência e na sua peça de fls. 103/112, razão de improceder a afirmação de prejuízo e cerceamento do direito da defesa. Em homenagem ao princípio do "pas de nullité sans grief", ou seja, não há nulidade sem prejuízo, rejeito as impugnações.

Independentemente disso, não pairam dúvidas da morte da indigitada vítima FERNANDO AUGUSTO DA FONSECA em decorrência de seu envolvimento com os acontecimentos políticos ocorridos na época, como se vê da prova documental junta aos autos pela parte autora e pela própria UNIÃO FEDERAL.

As circunstâncias em que se dá essa morte (se em dependências de repartição militar ou fora delas) tornam-se irrelevantes, a essa altura, haja vista a edição de Lei nº 9.140/95 (fls. 131/134) e o reconhecimento da morte da vítima em razão da participação, ou acusação da participação, em atividades políticas pela COMISSÃO ESPECIAL DE DESAPARECIDOS POLÍTICOS (fls. 136/139), que enseja a mais ampla e irrestrita indenização, ainda no campo administrativo, sem prejuízo de competente ação judicial, pois ali se reconhece que a morte de FERNANDO AUGUSTO DA FONSECA ocorre por causas não naturais, em dependências policiais ou assemelhadas (fls. 136/139), tanto que faz constar o Relatório, no Procedimento Administrativo nº 01/96, da lavra de JOÃO GRANDINO RODAS, na fundamentação do seu voto, que: "... Houve, na verdade, teatro montado para justificar a versão de morte em tiroteio ao reagir à prisão..." (fls. 168 destes autos), para afinal concluir ocorrer a morte na tipificação do artigo 4º, I, "b", da Lei nº 9.140/95, ou seja, "por causas não naturais, em dependências policiais ou assemelhadas".

Não há dúvida, pela prova coligida nestes autos, dar-se a morte, a toda evidência, pelas circunstâncias narradas pela exordial, ou seja, quando já se encontrava a indigitada vítima FERNANDO presa sob a guarda e proteção de integrantes dos órgãos de repressão estatal à subversão daqueles que não admitiam e reagiam, das mais diversas formas, a ditadura militar implantada no Brasil desde 1964.

Quanto a preliminar de mérito de prescrição quinquenal, argüida pela UNIÃO FEDERAL, a ação, em princípio, estaria fatalmente prescrita, pois os fatos originários ocorrem ainda em dezembro de 1972 e ela somente é ajuizada em 18 de dezembro de 1992, com o transcurso de vinte anos entre um termo e outro.

Ora, é de curial sabença que todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda Pública, seja qual for a sua natureza, inclusive a ação de indenização, prescreve em 05 (cinco) anos, contados da data do ato ou fato do qual se originam, à exceção, apenas, das ações reais, como preceitua o artigo 178, § 10, VI, do Código Civil brasileiro c/c o artigo 1º do Decreto nº 20.910/32.

Não obstante isso, a regra do artigo 172, V, do Código Civil, determina como uma das causas de interrupção da prescrição qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe reconhecimento do direito pelo devedor, e a UNIÃO FEDERAL, seja em razão de edição da Lei nº 9.140, de 4 de dezembro de 1995, vigente a partir de 6 do mesmo mês e ano, com a sua publicação em 05/12/95, no *Diário Oficial*, seja pelo reconhecimento, através da sua COMISSÃO ESPECIAL DE DESAPARECIDOS POLÍTICOS, no documento de 29 de fevereiro de 1996 (fls. 136), da morte da vítima FERNANDO

por causas não naturais, em dependências militares ou assemelhadas, dá causa inequívoca ao começo da contagem do novo prazo de prescrição quinquenal.

Por seu turno, havendo o ajuizamento da ação, ainda em 18 de dezembro de 1992, e o começo da contagem do novo prazo prescricional quinquenal, seja em razão da Lei nº 9.140/95, seja pelo reconhecimento da morte da vítima nas circunstâncias então declaradas, a partir de 29 de fevereiro de 1996, em homenagem ao "princípio da economia processual", não ocorre a alegada preliminar de mérito de prescrição quinquenal, que ora rejeito, por se instaurar, a partir da ocorrência desses eventos, novo prazo prescricional, com o evidente aproveitamento desta ação e de todos os atos até então praticados, por não se conceber a necessidade da propositura de uma nova ação, com a renovação de todos os atos processuais já praticados.

No mérito, o § 6º do artigo 37 da CF/88, em sua dicção determina que "As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa".

É ponto pacífico, pois, ser objetiva a responsabilidade do poder público, em razão de atos de seus agentes, com espeque na "Teoria do Risco Administrativo", pelas linhas delineadas desde a Constituição Federal de 1946 e mantidas pelas Cartas de 1967 e 1969, ampliada pela Constituição de 1988 para incluir, expressamente, também as pessoas jurídicas de direito privado nessa espécie de responsabilidade sem falta ou sem culpa, que será excluída apenas nas hipóteses de fortuito força maior, ou ainda conduta culposa de vítimas (esta, se apenas concorrente, mitiga o ônus), como anota GUILHERME COUTO DE CASTRO (*in Responsabilidade Civil Objetiva no Direito Brasileiro – O Papel de Culpa em seu contexto*, Forense, ed. 1997, p. 50 e 51).

Demais disso, JOSÉ DE AGUIAR DIAS (*in "Responsabilidade Civil do Estado"*, *Revista Forense*, volume 133, p. 335) diz que caberá a indenização, dentre outras hipóteses que elenca, no caso de morte ou ofensas corporais infligidas por agente público, em qualquer caso, a pessoa sob a sua guarda policial.

Ora, é inequívoca a morte da vítima FERNANDO, como reconhece expressamente a UNIÃO FEDERAL, com a tipificação do art. 4º, I, letra "b", da Lei nº 9.140/95, por causas não naturais, em dependências militares ou assemelhadas, e que há, na verdade, um teatro montado para justificar a versão da mesma morte em tiroteio, ao reagir à prisão. A xerocópia do atestado de óbito de FERNANDO está, às fls. 181 destes autos, confirmando a sua morte em 29 de dezembro de 1972.

A indigitada vítima é, por consequência, morta (seja por suplicium, tortura ou simples execução sumária) ao encontrar-se presa em dependências, presumivelmente, do DOI-CODI, que é repartição militar à época da repressão à subversão política, com a implantação da ditadura militar desde 1964.

Vivia-se então em um país, o Brasil, democraticamente insuportável, com um regime político híbrido, incompreensível, com o direito e os seus princípios fundamentais valendo somente para os opressores aguilhoarem as liberdades e a consciência de um povo miserável e amedrontado pelo obscurantismo dos verdadeiros ideais de dignidade, humanidade, fraternidade, humildade, felicidade e conforto. Os defensores desse regime espúrio, militar transvestido em civil, eram criminosos que peleavam uma luta de sobrevivência política em si mesma suja, fratricida, opressora e impatriótica, seviciando, torturando, perseguindo e matando irmãos nacionais que

se insurgiam contra aquele estado de coisas, afinal reconhecido insuportável e inexplicável perante o mundo pelos próprios militares detentores do poder, quando, no processo de abertura ampla e irrestrita, devolve a nação ao povo brasileiro, para que, livremente, volte a eleger os seus principais dirigentes.

Lastima-se, apenas, que desse período de obscurantismo, corrupção e crimes perpetrados por aqueles então detentores do poder, ou por seus agentes, pouco se possa apurar e punir sobre as mortes e violências afinal exercidas em nome de uma nação, que não era aquela querida e ansiada pelo homem comum do povo, mas, sim, por uma casta dominante que fundamentava o seu poder na opressão e nas armas.

Infelizmente é hoje a UNIÃO FEDERAL, ou mais precisamente os cofres públicos, suportados pelo tributo retirado do bolso do trabalhador brasileiro, que tem o dever legal e moral de reparar os danos causados, por compatriotas equivocados e insandecidos, àqueles seus irmãos seviciados, suplicados, torturados e assassinados em nome de uma doutrina política equivocada, que tanta dor causou e ainda causa aos familiares dos desaparecidos políticos, seus entes queridos de saudosa e insubstituível ausência.

Nestes autos, como em tantos outros que transitam nos órgãos e dependências da Justiça Federal, começam a surgir os precisos sinais de que os desaparecidos, cansados de desaparecerem vivos, aparecem mortos, florescendo com seus corpos a primavera de ossos, como acentua em derradeiras homenagens AFFONSO ROMANO DE SANT'ANNA, para que não se eternizem os padecimentos de seus entes queridos ante a cruel dúvida sobre a morte, suas circunstâncias, ou a improvável sobrevida dos certamente desaparecidos e indigitados criminosos políticos pela redentora revolução de 1964, porque "o Senhor resgata a alma dos seus servos, e nenhum dos que nele confiam será condenado" (Salmos 34,22).

Ao Juiz, como homem temente a Deus e ao povo, que lhe atribui o poder de julgar e fazer justiça, não desmerece recordar estar acima do povo que o circunda, senão apenas para melhor se expor aos olhares de todos, ao julgar as causas, pois ele julga a sua justiça. E tal é a fortuna ou desventura dessa condição que não pode esconder nem sua virtude, nem os seus defeitos, como salienta RUI BARBOSA, porque, como acentua o ilustre jurista, não há salvação para o juiz covarde, como se salvou o bom ladrão do ferrete de Pilatos! Assim, medo, venalidade, paixão partidária, subserviência, razão de estado, interesse supremo etc., como quer que chames a prevaricação judiciária, desmerece como justificativa, frente a importância e a dignidade, para o povo, da função ungida ao homem, juiz, para julgar as causas e buscar a melhor justiça.

Demonstrado que está, pois, o nexó de causalidade da indigitada morte de FERNANDO AUGUSTO DA FONSECA, reconhecida ocorrer em dependências militares ou assemelhadas, de maneira inequívoca (fls. 136 e 139), cumpre agora, apenas, perquirir quanto ao valor da indenização e, nesse passo, é de bom alvitre observar algumas regras, quais sejam: 1º) em caso de ilícito, o grau de culpa dos envolvidos no evento causal é sempre relevante na fixação do dano moral; 2º) como a Fazenda Pública em última análise representa, de qualquer modo, a coletividade, o dano moral deve ser arbitrado apenas atento ao seu caráter compensatório, com modicidade, sem socializar a punição; 3º) inexistindo culpa atribuível ao Estado, os juros de mora terão como termo a quo a data da citação, conforme o CC, artigo 1536, § 2º, e a Jurisprudência consolidada do STJ, ou, em caso contrário, os juros serão os compensatórios contados da data do evento danoso, pois a culpa do Estado justifica uma indenização mais ampla e justa.

É certo que a autora SANDRA MARIA ARAÚJO DA FONSECA, e somente ela, já usufruiu da indenização a título reparatório, administrativamente, no valor de R\$ 124.110,00 (cento e vinte e quatro mil, cento e dez reais), conforme o artigo 11 e parágrafos da Lei nº 9.140/95, recebida dos cofres públicos da UNIÃO FEDERAL, como demonstram os documentos de fls. 150/153. Os demais autores, filhos da vítima FERNANDO, nada recebem por conta da Lei nº 9.140/95, como consta dos autos.

O dano moral, que cuida do abalo de sentimento, da angústia, da mágoa ou sofrimento que experimente uma pessoa, não mais se restringe, hoje, ao "*pretium doloris*", para abranger também qualquer ataque ao nome ou à imagem da pessoa física ou jurídica, com o objetivo de resguardar a sua credibilidade e respeitabilidade.

É possível obtê-lo, agora, em cúmulo com o dano material (Súmula STJ-37); é viável, ainda, a sua incidência em benefício de parentes da vítima falecida, desde que comprovados laços de afeição fortes e inequívocos que não se presumem; o dano moral tem fim compensatório e não de reposição; o valor do dano moral não deve ter fixação em quantia vil, não atendendo sequer a seu fim compensatório, mas também não deve ser transformado em fonte de enriquecimento sem causa justa; de ordinário, tem a doutrina apoiado, como ponto de partida, a adoção de normas legais que estabelecem algum critério na sua fixação, tal como a Lei de Imprensa ou já ao revogado Código Brasileiro de Telecomunicações (artigo 84) que trabalham com piso e teto para fixar; apuradas as circunstâncias, o dano moral terá cuidadoso aumento dos valores, se a ofensa for mais grave que o ataque à honra, como na espécie destes autos em que se cuida reparar a ausência da vida de um ente querido: marido e pai.

Enfim, na fixação da indenização por dano moral o juiz arbitrará o *quantum* com prudência e moderação, o que ora faço com supedâneo nos elementos constantes da Lei nº 9.140/95, com relação aos autores FERNANDA ARAÚJO DA FONSECA e ANDRÉ LUIZ ARAÚJO DA FONSECA, filhos da vítima FERNANDO, haja vista que considero a autora viúva SANDRA MARIA ARAÚJO DA FONSECA inteiramente ressarcida, moralmente, com o recebimento da quantia de R\$ 124.110,00 (cento e vinte e quatro mil, cento e dez reais), em procedimento administrativo, pela UNIÃO FEDERAL.

Assim, fixo para cada um dos filhos de FERNANDO, os autores FERNANDA e ANDRÉ nesta ação, a quantia, também, de R\$ 124.110,00 (cento e vinte e quatro mil, cento e dez reais), a ser paga como dano moral aos mesmos pela dor e sofrimento que experimentaram com a ausência do pai querido na infância e na puberdade, principalmente.

Com relação, outrossim, aos danos materiais, como a vítima FERNANDO era empregado concursado do BANCO DO BRASIL S/A e dele demitido, inexplicavelmente, fixo para a autora SANDRA MARIA uma pensão vitalícia e mensal a ser paga pela UNIÃO FEDERAL, a contar de 06/12/95, data da vigência da Lei nº 9.140/95, no valor correspondente a 50% (cinquenta por cento) do que percebia e perceberia FERNANDO, com as sucessivas promoções na carreira, até hoje, se vivo fosse; fixo para os filhos FERNANDA e ANDRÉ, como danos materiais, uma importância a ser repartida e apurada em liquidação de sentença correspondente a 25% (vinte e cinco por cento), a contar de 06/12/95, data da vigência da Lei nº 9.140/95, do que percebia e perceberia FERNANDO, com as sucessivas promoções na carreira do BANCO DO BRASIL S/A, se até a data de 06/12/95, não completaram, ainda, cada um deles, 21 (vinte e um) anos de idade ou 24 (vinte e quatro) anos de idade, respectivamente, se estudantes de curso superior de terceiro grau, no referido período, como se apurar em

execução de sentença; ressalvo para a autora SANDRA MARIA, viúva de FERNANDO, a reversão da correspondente parte da pensão dos filhos FERNANDA E ANDRÉ a partir do implemento das respectivas condições resolutivas à percepção da pensão, ou seja, a maioridade ou os 24 (vinte e quatro) anos, se estudante de curso superior, até o máximo de 25% (vinte e cinco por cento), passando então a autora SANDRA MARIA a perceber a pensão mensal vitalícia de 75% (setenta e cinco por cento) do salário ou provento da aposentadoria que estaria percebendo a vítima FERNANDO, se vivo fosse.

Sobre as importâncias pagas a título de danos morais incidirão os juros compensatórios de 1% (hum por cento) ao mês, contados da vigência da Lei nº 9.140/95, evento que reconhece a responsabilidade objetiva da UNIÃO FEDERAL até a data do efetivo pagamento aos autores FERNANDA E ANDRÉ, além da correção monetária pelos índices usualmente utilizados para a atualização do poder aquisitivo da moeda utilizada pela Justiça Federal no pagamento dos precatórios requisitórios.

Nas importâncias atrasadas pagas a título de danos materiais incidirão os juros moratórios de 6% (seis por cento) ao ano, contados da citação, mais a correção monetária pelos índices de atualização dos precatórios requisitórios da Justiça Federal.

Posto isto, JULGO PROCEDENTE, EM PARTE, O PEDIDO e extingo o processo, nos termos do artigo 269, I, do CPC, com julgamento do mérito, para condenar a UNIÃO FEDERAL na obrigação de pagar aos autores FERNANDA ARAÚJO DA FONSECA e ANDRÉ LUIZ ARAÚJO DA FONSECA, filhos da vítima FERNANDO AUGUSTO DA FONSECA, por danos morais, a importância total a cada um deles de R\$ 124.110,00 (cento e vinte e quatro mil, cento e dez reais), acrescida dos juros compensatórios de 1% (hum por cento) ao mês, contados da vigência da Lei nº 9.140/95, ou seja, 06/12/95, mais a correção monetária pelos índices de atualização dos precatórios requisitórios da Justiça Federal, e os honorários advocatícios que fixo em 10% (dez por cento) do valor total que se apurar nesta verba.

Condeno, outrossim, a UNIÃO FEDERAL na obrigação de pagar, por danos materiais, aos autores FERNANDA MARIA ARAÚJO DA FONSECA e ANDRÉ LUIZ ARAÚJO DA FONSECA numa pensão mensal na importância, a cada um deles, correspondente a 12,5% (doze e meio por cento) do que percebia e perceberia a vítima FERNANDO, se vivo fosse, como empregado ou aposentado do BANCO DO BRASIL S/A, da data da vigência da Lei nº 9.140/95, ou seja, 06/12/95, até que completem os autores 21 (vinte e um) anos, respectivamente, ou 24 (vinte e quatro) anos, se estudantes de curso superior do terceiro grau, no referido período, acrescida dos juros de mora, contados de 06/12/95 até a data do efetivo pagamento, mais a correção monetária pelos índices de atualização dos precatórios requisitórios da Justiça Federal, e os honorários advocatícios que fixo em 10% (dez por cento) do valor total que se apurar nesta verba.

Condeno, ademais, a UNIÃO FEDERAL na obrigação de pagar, por danos materiais, à autora SANDRA MARIA ARAÚJO DA FONSECA uma pensão vitalícia e mensal correspondente, desde 06/12/95, data da vigência da Lei nº 9.140/95, a 50% (cinquenta por cento), do que percebia e perceberia o *de cuius*, se vivo fosse, como empregado do BANCO DO BRASIL S/A, com todas as sucessivas promoções na carreira, além da reversão até o total de 25% (vinte e cinco por cento) do correspondente aos seus filhos, a partir de quando completam a maioridade e há o implemento da condição resolutiva (24 anos se estudantes universitários); incidência sobre os atrasados dos juros moratórios de 6% (seis por cento) ao ano, de 06/12/95, até o efetivo pagamento, mais a correção monetária pelos índices de atualização dos

precatórios requisitórios, e os honorários advocatícios que fixo em 10% (dez por cento) do valor total dos atrasados como se apurar nesta verba.

Condeno, finalmente, a UNIÃO FEDERAL a incluir a autora SANDRA MARIA ARAÚJO DA FONSECA em folha de pensionistas ressarcida pelos cofres públicos, até a sua morte, no valor que se apurar em execução de sentença, além de reembolsar aos autores as custas judiciais adiantadas.

O BANCO DO BRASIL S/A e a instituição de previdência privada dos funcionários do BANCO DO BRASIL S/A informarão os elementos necessários à fixação da pensão para os autores, com base no salário ou proventos de aposentadoria que estaria percebendo FERNANDO, se vivo fosse, inclusive as atualizações periódicas desses valores.

Sentença sujeita ao reexame necessário pelo TRF/2ª Região, para a sua eficácia.

P.R.I.

Rio de Janeiro, em 22 de abril de 1999.

ALFREDO FRANÇA NETO
Juiz Federal – 30ª Vara

Direito Penal

SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
2ª Vara Federal de Niterói

Processo: 96.0026770-7
Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Réus: JOSÉ CARLOS VIDAL E OUTROS
Juíza: Drª ISABEL MARIA DE F. SOUTO

SENTENÇA DE PRONÚNCIA

Vistos, etc.

O Ministério Público Federal ofereceu denúncia contra José Carlos Vidal, Antônio Carlos da Costa Pereira e Acir da Fonseca Dantas, qualificados, respectivamente às fls. 13, 14 e 26 dos autos, imputando ao primeiro a prática do ilícito descrito no art. 121, § 2º, IV, do Código Penal (homicídio qualificado) e aos dois últimos a prática do ilícito descrito no art. 342, § 1º, do mesmo diploma legal (falso testemunho, na forma calar a verdade com o fim de obter prova destinada a produzir efeito em processo penal).

Segundo a denúncia:

"No dia 21 de dezembro de 1991, entre as 08:00 e às 08:20 hs., José Carlos Vidal, Patrulheiro Rodoviário Federal, no exercício de suas funções, fez parar no acostamento da Rodovia Niterói-Manilha, perto do Posto da Patrulha Rodoviária Federal situado no trecho Trindade-Itaúna, no Município de São Gonçalo, o automóvel tipo Chevette, fabricado pela General Motors do Brasil, cor bege, placa AL-7794.

Em seguida, o veículo saiu em disparada, em direção à pista de rodagem, momento em que o denunciado, plenamente consciente de seus atos e assumindo o risco de matar o motorista do veículo, Gilberto Camilo dos Santos, disparou voluntariamente a arma de fogo que então portava, pelas costas da vítima, na direção do Chevette (fl. 31).

Imediatamente após o disparo, o carro desgovernou-se, indo parar no acostamento da referida rodovia, fato que demonstra que a conduta do primeiro denunciado foi a causa imediata das lesões sofridas pela vítima, eis que, sem que a Gilberto fosse possível qualquer forma de defesa, o projétil disparado atingiu-o na cabeça, causando-lhe as lesões descritas nos laudos de fls. 20/23 e 66, as quais lhe deixaram desacordado e, posteriormente, resultaram em seu óbito.

José Carlos Vidal, então, embora Gilberto ainda estivesse vivo, deixou de prestar o socorro devido e, sem demonstrar qualquer sinal de arrependimento, refugiou-se no interior do já mencionado Posto da Patrulha Rodoviária Federal, onde se encontrou com os denunciados, e também Patrulheiros Rodoviários, Antônio Carlos da Costa Pereira, de serviço no citado posto, e Acir Dantas, o qual foi chamado de seu plantão na Ponte Rio-Niterói para ajudar no socorro a Gilberto.

Estes últimos, ao se dirigirem ao local onde o carro havia parado, foram informados pelos populares que socorreram Gilberto dos fatos acontecidos, bem como foram instados a socorrer a vítima e a prender o primeiro denunciado, por eles apontado como autor do delito.

Contudo, ouvidos em sede policial, nos autos de processo administrativo policial instaurado com o fim de obter prova destinada a produzir efeito em processo penal, os denunciados Antônio Carlos da Costa Pereira e Acir Dantas, consciente e voluntariamente, calaram a verdade, negando-se a falar o que realmente sabiam dos fatos.

Assim agindo o denunciado José Carlos Vidal matou, de forma que impossibilitava a defesa do ofendido, Gilberto Camilo dos Santos, incorrendo nas penas cominadas pelo art. 121, § 2º, IV, do Código Penal, enquanto os denunciados Antônio Carlos da Costa Pereira e Acir Dantas incorreram nas penas previstas pelo art. 342, § 1, do Diploma Penal.

O inquérito policial, de nº 904/91, desenvolveu-se na Polícia Estadual, tendo o órgão do Ministério Público Estadual oferecido denúncia em 31.01.96. Na mesma ocasião, ofereceu parecer em que, apreciando a questão referente às competências federal e estadual, concluiu pela prevalência desta, quanto aos delitos em questão (fls. 114/116).

O parecer foi acatado integralmente pelo MM. Juiz de Direito da 4ª Vara Criminal da Comarca de São Gonçalo, que recebeu a denúncia em 13.02.96.

No dia marcado para o interrogatório dos réus (25.04.96), entretanto, aberta a audiência, o representante do Ministério Público Estadual presente ao ato levantou questão de ordem, requerendo que, com base no art. 109 da Constituição da República, fosse reconhecida a incompetência do Juízo, tendo em vista que os réus, quando da prática do crime, estavam a serviço da Polícia Rodoviária Federal (fls. 123).

O representante da Defensoria Pública ratificou o parecer e o MM. Juiz, declinando de sua competência, revogou o recebimento da denúncia e determinou a remessa dos autos à Justiça Federal.

Inicialmente distribuídos à 25ª Vara Federal, na cidade do Rio de Janeiro, os autos, após ouvido o representante do Ministério Público Federal com atribuição junto àquele Juízo, foram redistribuídos a este Juízo (fls. 132 v. 133/135).

O representante do Ministério Público Federal (parecer de fls. 137/140) suscitou, então, conflito negativo de competência, ao argumento de que somente na hipótese de o homicídio ter sido praticado contra o Patrulheiro Rodoviário Federal, é que seria a Justiça Federal a competente para todos os crimes.

A fim de dirimir o conflito, determinou o MM. Juiz a remessa das peças necessárias ao Superior Tribunal de Justiça.

O Egrégio Tribunal, decidindo a questão, assim se manifestou:

"PROCESSUAL PENAL. POLICIAIS RODOVIÁRIOS FEDERAIS. HOMICÍDIO. JÚRI FEDERAL.

1. Compete à Justiça Federal processar e julgar os delitos praticados por policial rodoviário federal, no exercício de suas funções e com estas relacionadas.

2. A instituição do Júri é assegurada pela Carta Magna e o Júri Federal é expressamente previsto no Decreto-lei 253/67, para os crimes de competência da Justiça Federal, e que devam ser julgados pelo Tribunal Popular, cabendo sua presidência ao Juiz Federal que competir o processamento da respectiva ação penal.

3. Conflito conhecido, declarado competente o Juízo Federal da 2ª Vara de Niterói-SJ/RJ".

Nova denúncia foi então oferecida pelo representante do Ministério Público Federal, em 15.01.98, recebida em 04.08.98 (fls. 151).

O interrogatório dos réus foi realizado em 23.09.98.

Defesa prévia, com arrolamento de testemunhas, às fls. 225.

Sumário de acusação em 15.10.98 (fls. 227).

Oitiva das testemunhas arroladas pela defesa em 18.11.98 (fls. 265/266).

Folha de Antecedentes Criminais de Acir da Fonseca Dantas às fls. 125.

Laudo de Exame Cadavérico às fls. 20/22.

Laudo de Exame de Veículo e Local às fls. 32.

Laudo de Exame de Arma de Fogo às fls. 36/37, 39 e 70/71.

Alegações finais do representante do Ministério Público Federal às fls. 268/275, onde foi requerida a pronúncia dos réus e seu julgamento pelo E. Tribunal do Júri, nos termos precisos da denúncia, pugnando pela sua condenação.

Alegações finais da defesa às fls. 277/282, requerendo a impronúncia dos réus.

É o relatório.

Decido.

Tendo em mente que ao juiz da pronúncia não é permitido adentrar o mérito das questões que competem ao Tribunal do Júri, em razão da soberania deste para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida (CR, art. 5º, XXXVIII), verifico que estão presentes nos autos elementos de convicção suficientes para a prolação de sentença de pronúncia, em conformidade com o disposto no art. 408 do Código de Processo Penal.

De fato, apreciando esses elementos, em especial os laudos de exame cadavérico, de exame de veículo e local e de exame de armas de fogo, além dos depoimentos das testemunhas, constato a presença de indícios suficientes quanto a serem os acusados os autores dos delitos descritos na denúncia.

I. Da Materialidade

A materialidade do crime de homicídio qualificado, de que foi vítima Gilberto Camilo dos Santos, exsurge do Laudo de Exame Cadavérico (fls. 20/23), do Laudo de Exame em Veículo e Local (fls. 32) e do Laudo de Exame em Arma de Fogo (fls. 36 e 70/71), todos confirmados pelos demais elementos probatórios contidos nos autos.

Quanto ao crime de falso testemunho, na forma calar a verdade com o fim de obter prova destinada a produzir efeito em processo penal que, segundo a denúncia, teria sido praticado pelos segundo e terceiros réus, é crime formal, cujo momento consumativo é o encerramento do depoimento em que houve a reticência.

II. Das Autorias

1. JOSÉ CARLOS VIDAL

O acusado, Patrulheiro Rodoviário Federal, estava de plantão no Posto da Patrulha Rodoviária Federal, na Rodovia Niterói-Manilha, situado no trecho Trindade-Itaúna, no Município de São Gonçalo, na data em que Gilberto Camilo dos Santos foi atingido na cabeça por um projétil de arma de fogo, nas proximidades do referido posto.

Às fls. 07, encontra-se um Registro de Ocorrência em que a testemunha Magno da Silva Couto afirma que vinha em seu carro quando viu o carro da vítima sair em disparada e, ainda, que viu Patrulheiro Rodoviário, que não conseguiu identificar, efetuar disparos em direção ao auto.

Às fls. 09, encontra-se um registro de ocorrência da Polícia Rodoviária Federal, em cujo verso consta anotação feita pelo policial Acir da Fonseca Dantas, na qual é transcrita a informação prestada por Magno da Silveira Couto:

"que passava e viu o guarda efetuar o disparo, todos os guardas esconderam-se dentro da patrulha e negaram-se a prestar socorro. Socorreu em seu próprio carro com seus familiares. Após ter socorrido chegou a viatura MA 1674".

Às fls. 10, 27, 97 e 98, a mesma testemunha relata, detalhadamente, que no dia 21.12.91 trafegava na Rodovia Niterói-Manilha (neste sentido) em seu veículo e, ao passar em frente ao Posto da Patrulha Rodoviária Federal já referido, ouviu barulho provocado por arma de fogo e, em seguida, percebeu que um veículo Chevette, que estava no acostamento e começava a retornar à pista, desgovernou-se e bateu no meio-fio.

Que ao olhar para o lado, viu um Patrulheiro Rodoviário colocando sua arma no coldre e correndo na direção do posto.

Que retornou e prestou socorro ao motorista, juntamente com seu filho e constatou que aquele havia sido baleado na nuca.

Que enquanto seu filho levava a vítima ao hospital, ficou no local do ocorrido, ocasião em que foi informado por um popular que a vítima tinha sido atingida por um tiro disparado pelo Patrulheiro Rodoviário.

Declarou, ainda, que ao voltar do hospital o seu filho efetuou o retorno em frente ao posto da Patrulha, ocasião em que um Patrulheiro o interpelou, por não ser a manobra ali permitida. Ao ser informado de que o motorista era filho da testemunha e que retornava para pegá-lo, um Patrulheiro teria dito:

"É por isso que a gente atira".

Finalmente, afirma que os Patrulheiros se recusaram a anotar a identificação das testemunhas que se encontravam no local.

Às fls. 11, 90, 99, 228 e 229, tem-se os depoimentos de Marcos Antônio Couto, filho da primeira testemunha e a pessoa que ajudou a socorrer e transportar a vítima.

Nesses depoimentos, o mesmo descreve que passava pelo local dos fatos, dirigindo, quando percebeu, próximo ao Posto da Patrulha Rodoviária já referido, um veículo que ia pelo acostamento desgovernar-se, após ter ouvido um barulho característico de disparo de arma de fogo.

Descreve que ouviu o pai dizer que vira um Patrulheiro correr, com a arma na mão, em direção ao posto.

Que pessoas que se encontravam no local comentavam que o autor dos disparos havia sido um Patrulheiro Rodoviário.

Finalmente, diz que, quando retornou ao local dos fatos, para pegar seu pai, efetuou a manobra de retorno em frente ao posto e ouviu um dos Patrulheiros dizer:

"É por isso que a gente mata, por estar desrespeitando a autoridade".

O Laudo de Exame de Arma de Fogo (fls. 36, 70 e 71) revela que a arma pertencente ao acusado, um revólver de marca Taurus, embora tendo seis câmaras de disparo encontrava-se com, apenas, cinco cartuchos íntegros.

2. ANTÔNIO CARLOS DA COSTA PEREIRA E ACIR DA FONSECA DANTAS

Como se verifica no registro de ocorrência de fls. 09, e em seu verso, os Patrulheiros foram informados de que havia sido disparado um tiro e que a vítima tinha sido atingida por disparo de arma de fogo.

Entretanto, em suas declarações, tanto em sede policial quanto em sede judicial, insistiram em afirmar que não sabiam do ocorrido.

Antônio Carlos, às fls. 14 v., diz que só tomou conhecimento de que a vítima havia sido ferida por disparo de arma de fogo quando solicitado a comparecer à Delegacia Policial.

Às fls. 57 v., afirma que jamais poderia supor que a causa tivesse advindo de disparo de arma de fogo.

Acir, que preencheu o Registro de Ocorrência de fls. 09 e verso, onde constam todos os dados da testemunha Magno da Silva Couto, afirma em sede judicial (fls. 208), que só conheceu a referida testemunha na noite dos fatos, na Delegacia Policial.

Declara, ainda, nesse mesmo depoimento, que essa testemunha jamais lhe teria indicado que um colega seu teria sido o autor do disparo.

III. Dos Argumentos da Defesa

Os argumentos da defesa fundam-se na discussão quanto às provas, o que me é vedado apreciar, já que a apreciação e valoração das mesmas é incumbência do Colendo Conselho de Sentença.

IV. Conclusão

Pelos motivos apresentados e por tudo o que consta dos autos, entendo presentes os requisitos para o decreto de pronúncia, eis que, em consonância com o disposto no art. 408 do Código de Processo Penal, verifico a existência dos crimes e a presença de índícios de que os réus sejam seus autores.

V. Da Prisão Preventiva

Entendo que a prisão preventiva, em qualquer caso, é medida excepcional, de natureza cautelar, só se justificando quando houver comprovada necessidade, como para garantia da ordem pública, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, ou seja, como garantia da execução do decreto condenatório.

Os réus, ao que consta dos autos, são primários, não apresentam antecedentes criminais, têm emprego fixo e, ao longo de todo o processo apuratório (durante aproximadamente sete anos), compareceram a todos os atos em que sua presença foi solicitada.

Não considero presentes, portanto, os fundamentos para o decreto prisional.

VI. Da Conexão

O delito imputado a ANTÔNIO CARLOS DA COSTA PEREIRA e a ACIR DA FONSECA DANTAS teria sido praticado com a finalidade de ocultar o crime atribuído ao primeiro réu.

Presente, assim, a conexão instrumental, prevista no art. 76, II, do Código de Processo Penal.

Em decorrência, impõe-se a unidade de processo e julgamento, com prevalência da competência do Egrégio Tribunal do Júri, em decorrência do disposto nos arts. 78 e 79 desse mesmo diploma legal.

DISPOSITIVO

Isto posto, PRONUNCIÓ JOSÉ CARLOS VIDAL, qualificado às fls. 13, como incurso nas sanções do art. 121, § 2º, IV, do Código Penal (homicídio qualificado) e ANTÔNIO CARLOS DA COSTA PEREIRA e ACIR DA FONSECA DANTAS, qualificados, respectivamente, às fls. 14 e 26, como incursos nas sanções do art. 342, § 1º, do mesmo diploma legal.

DETERMINO QUE TODOS OS RÉUS, ORA PRONUNCIADOS, SEJAM SUBMETIDOS A JULGAMENTO PELO EGRÉGIO TRIBUNAL DO JÚRI FEDERAL.

Deixo de decretar a prisão decorrente de pronúncia, com base no acima exposto e, ainda, em atenção ao disposto no § 2º do art. 408 do CPP.

Intime-se o Ministério Público Federal.

Intimem-se, pessoalmente, os réus e seus advogados.

Solicitem-se as Folhas de Antecedentes Criminais dos réus.

Niterói, 3 de fevereiro de 1999.

ISABEL MARIA DE F. SOUTO

Juíza Federal Substituta

SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO 4ª Vara Federal

Ação Penal

Processo: 96.27080-5
Acusados: Antônio José Costa Lima Gioia e outro (art. 1º, I, c/c art. 11 da Lei nº 8.137/90)
MPF: Dr. Maurício da Rocha Ribeiro
Juiz: Dr. Júlio Emílio Abranches Mansur

SENTENÇA

Vistos, etc.

I

O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL propôs a presente ação penal em face de ANTÔNIO JOSÉ COSTA LÍMA GIOIA e de SÉRGIO BAND, qualificados na denúncia de fls. 02/03, narrando, em síntese, que em setembro de 1995, os acusados, na qualidade de sócios-gerentes da empresa MAXWAY DO BRASIL COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA., atribuíram valores de aquisição inferiores ao preço real de mercadorias importadas (câmaras de ar, pneus e protetores de borracha) com o intuito de recolher menos Imposto de Importação e IPI.

Postula assim suas condenações nas penas do art. 1º, I, c/c art. 11 da Lei nº 8.137/90.

A denúncia veio instruída com o procedimento fiscal de fls. 08/171.

Denúncia recebida em 21/06/96 pela r. decisão de fls. 174.

Os acusados foram interrogados em fls. 218/220 e 261/263.

Defesas prévias em fls. 225/235 e 266/276.

Não foram arroladas testemunhas pela acusação, tendo a defesa dispensada a oitiva das testemunhas que arrolou.

As partes nada postularam em diligências.

Em fls. 221/228 o MPF pugna pela condenação dos acusados na forma postulada na denúncia, sustentando a comprovação da autoria e materialidade do delito imputado, ressaltando que documentos apreendidos na empresa pela fiscalização comprovam que os acusados forjavam preços com o intuito de reduzir o valor de tributos.

As defesas manifestaram-se em alegações finais em fls. 409/419 e 420/431, requerendo, preliminarmente, a suspensão do processo até decisão final no procedimento administrativo que apurou os fatos em questão, negando, no mérito, a ocorrência de subfaturamento dos produtos importados, conforme documentos trazidos aos autos, ressaltando que os mesmos eram de categoria inferior e, portanto, possuíam preços menores, invocando, outrossim, o princípio da presunção de inocência.

É O RELATÓRIO. EXAMINADOS, DECIDO.

II

Não há irregularidades a sanar, estando o feito apto a receber sentença.

Trata-se de ação penal em que é imputada a prática do delito tipificado no art. 1º, I, c/c art. 11 da Lei nº 8.137/90 por terem os acusados, em setembro de 1995, na qualidade de sócios-gêrentes da empresa MAXWAY DO BRASIL COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA., atribuído valores de aquisição inferiores ao preço real de mercadorias importadas (câmaras de ar, pneus e protetores de borracha) com o intuito de recolher menos Imposto de Importação e IPI.

Inicialmente, rejeito o requerimento formulado pelas defesas no sentido de suspender o presente feito até decisão final no procedimento administrativo que apurou os fatos em questão, por não ser hipótese de aplicação dos arts. 92 e 93 do Código de Processo Penal, vez que a decisão a ser proferida neste processo não depende de qualquer decisão administrativa, pautando-se o julgamento apenas nas provas colhidas nestes autos.

O art. 92 do CPP diz respeito a questões ligadas ao estado civil das pessoas, ao passo que o art. 93 do mencionado Diploma refere-se a questão diversa, objeto de ação proposta no cível, e não de mero procedimento administrativo.

Ademais, a suspensão só ocorrerá caso o Juiz repute a questão como de "difícil solução", o que, definitivamente, não é o caso da presente demanda, sendo a prova colhida nestes autos mais do que suficiente para decidir a lide penal. A decisão que denega a suspensão é, inclusive, irrecurável (§ 2º do art. 93 do CPP).

Entendimento contrário ensejaria uma situação absurda, em que a prestação jurisdicional ficaria condicionada ao término de todo o procedimento administrativo, com seus diversos recursos e impugnações.

Em se tratando de crimes contra ordem tributária, em que necessariamente há um procedimento fiscal-administrativo, tal entendimento inviabilizaria a persecução criminal, tendo em vista a consumação da prescrição que certamente decorreria da pretendida "suspensão" até decisão final do procedimento administrativo, que, obviamente, não se enquadra no conceito de "processo", à luz do disposto no inciso I do art. 116 do Código Penal.

Neste sentido, segue transcrita decisão do Eg. STJ, a ilustrar o entendimento amplamente majoritário, tanto em sede jurisprudencial quanto em sede doutrinária:

"PROCESSUAL PENAL. CRIME DE SONEGAÇÃO FISCAL. INSTAURAÇÃO DA AÇÃO PENAL. SUSPENSÃO PARA AGUARDAR DECISÃO ADMINISTRATIVA. FALTA DE AMPARO LEGAL.

AS INSTÂNCIAS PENAL E ADMINISTRATIVA NÃO GUARDAM DEPENDÊNCIA UMA DA OUTRA, E NEM AS DISPOSIÇÕES DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL AUTORIZAM A SUSPENSÃO, DE OFÍCIO, DA AÇÃO PENAL NO AGUARDAMENTO DE SOLUÇÃO A SER PROFERIDA NO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO.

FIRME, POR OUTRO LADO, A JURISPRUDÊNCIA SEGUNDO A QUAL A APURAÇÃO DO DÉBITO FISCAL NÃO É CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE DA AÇÃO PENAL" (g.n.).

[STJ – DECISÃO: 26-04-1995 – Resp.: 0059512/95-SP – TURMA: 05 – DJ de 15-05-95 – pg. 13427 – Relator: MINISTRO JESUS COSTA LIMA – UNÂNIME].

No que tange ao *meritum causae*, merece prosperar a pretensão autoral contida na denúncia, diante da integral comprovação dos fatos imputados aos acusados.

Com efeito, a fiscalização da Receita Federal forneceu vasta documentação que não deixa dúvidas que os acusados efetivamente praticaram a conduta descrita na denúncia, atribuindo valores inferiores a mercadoria importada, com o intuito de reduzir tributos incidentes, no caso o IPI e o Imposto de Importação.

Conforme o documento de fls. 52, oriundo do Departamento de Planejamento e Política Comercial da Secretaria de Comércio Exterior, constata-se claramente que os preços atribuídos pelos acusados às mercadorias importadas estavam aquém do mínimo aceitável por tal órgão, o que, por si só, já seria forte evidência da conduta criminosa.

Porém, não foi só isto.

Pela análise dos documentos de fls. 47/51, constata-se que a mesma exportadora vendeu, no mesmo período, o mesmo tipo de produto para outra empresa, diversa da empresa dos acusados, tendo constado valores bem superiores, compatíveis com os limites aceitáveis pelo DPPC (fls. 52).

Os documentos trazidos aos autos pela Defesa (fls. 277/361 e 377/382) não têm o significado pretendido, vez que além de tratar de vendas realizadas em períodos posteriores ao da denúncia, não comprovam que os preços ali constantes sejam compatíveis com os valores reais de mercado, para importações no Brasil.

Outrossim, o "parecer técnico" de fls. 383/384, não alude à mercadoria constante da denúncia, que se encontra apreendida pela Receita, conforme informou o próprio acusado SÉRGIO em fls. 263, mas a produtos (apenas três unidades, fornecidas pelos próprios interessados) supostamente semelhantes, não se podendo concluir que a mercadoria apreendida seja toda de má qualidade, possuindo, assim, preços inferiores.

A ligação entre a empresa importadora, gerenciada pelos acusados (MAXWAY DO BRASIL LTDA.), e a empresa exportadora (MAG TRADING CORPORATION), que tem como sócios estes mesmos acusados, conforme reconhecido em seus próprios interrogatórios (fls. 219 e 262), por si só, não poderia incriminá-los, conforme ressaltado pela Defesa.

Ocorre, porém, que os acusados utilizaram-se desta estreita ligação entre as empresas importadora e exportadora para alcançarem fins ilegais, no caso, a redução do tributo a ser pago mediante fraude.

Tal fato demonstra-se pelo grande número de faturas em branco da exportadora MAG CORPORATION apreendidas junto à empresa importadora MAXWAY LTDA. (fls. 115/157), indicando que seu preenchimento ocorria de forma ilegal, mediante prévio acordo dos valores a serem indicados, para fins fiscais.

Corroborando tal conclusão, as correspondências entre as duas empresas apreendidas pela fiscalização (fls. 163/170) são provas incontestáveis do conluio praticado com o fim de lesar o Fisco, sendo certo que o teor destes documentos em momento algum foi refutado pela Defesa, embora tenha sido juntados aos autos desde o oferecimento da denúncia.

Tais correspondências, encaminhadas via fax, têm, de um lado, os acusados SÉRGIO e ANTÔNIO, e de outro, as pessoas denominadas CLARA e RONALDO, havendo ainda uma correspondência dirigida a pessoa denominada "Mr. HERMANN" (fls. 167).

Transcritos seguem alguns trechos de tais documentos, que torna evidente a manipulação de preços determinada pelos acusados com o intuito de reduzir os valores dos tributos a serem recolhidos:

"Dear Mr. Hermann

Após muito me informar e aprender sobre as confusas leis deste nosso imposto estadual, gostaria de lhe passar os dados para a nossa nota fiscal, desculpe pela demora.

Precisamos de uma nota datada de janeiro 27, 1995 para 100 pneus radiais 900r20 a R\$ 140,00 cada e 50 câmaras 900r20 a R\$ 15,00, isto nos cobriria por um bom tempo.

(...) Sérgio" (fls. 167 - g.n.).

"Caros Sérgio/Antônio

Para efeitos contábeis temos $100 - 67 = 33$ pneus 900/2 em estoque e $50 - 47 = 3$ câmaras 900r20. Não possuímos nota de entrada para nenhuma câmara 1000x20 - 1100x22, precisamos então pedir para o Sr. Hermann. **Sérgio: você pode me dizer a quantidade delas (câmaras) que devemos pedir para a entrada? Talvez fosse interessante colocar mais uns 50 pneus na nota. O que acham?**

(...) Thanks Clara" (fls. 168 - g.n.).

"Para: Antônio Gioia

(...)

Caro Sérgio: (...) Você recebe algum extrato confirmando este valor em dólar?

Preciso saber o preço das câmaras que vamos colocar na nota que vou pedir a seu 'tio'.

(...)

Que tal estes?" (fls. 170 - Clara - g.n.).

Como se vê, a inserção de dados e valores fictícios em notas fiscais era prática comum, utilizada pelos acusados com o intuito de sonegar tributo.

III

Em face de todo o exposto, JULGO INTEGRALMENTE PROCEDENTE a pretensão autoral contida na denúncia para CONDENAR os acusados ANTÔNIO JOSÉ COSTA LIMA GIOIA e SÉRGIO BAND pela prática do tipo descrito no art. 1º, inciso I, da Lei nº 8.137/90.

Passo a individualizar suas penas, conforme o disposto no art. 68 do Código Penal:

a) Em relação ao acusado ANTÔNIO JOSÉ COSTA LIMA GIOIA, as circunstâncias judiciais (art. 59 do CP) ligadas ao mesmo são favoráveis, sendo que os motivos, as circunstâncias e as conseqüências do crime não são gravosos além do padrão normal inerente ao delito, motivo pelo qual fixo a pena-base no mínimo legal, qual seja, dois anos de reclusão e pagamento de dez dias-multa.

Não havendo circunstâncias genéricas que agravem ou atenuem a sanção, bem como inexistindo qualquer causa especial de aumento ou diminuição da pena, **torno-a definitiva em 2 (dois) anos de reclusão e pagamento de 10 (dez) dias-multa.**

Tendo em vista a condição econômica do acusado, que, conforme fls. 218/220, é empresário, sendo sócio de uma empresa exportadora nos EUA, fixo o valor de cada dia-multa em 5 (cinco) vezes o valor do salário mínimo vigente à época dos fatos, atualizado monetariamente (art. 49, §§ 1º e 2º, do CP), aumentando-o em seu triplo, conforme autoriza expressamente o § 1º do art. 60 do CP, conferindo, assim, maior eficácia e efetividade à pena de multa.

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

Presentes os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal, com a nova redação dada pela Lei nº 9.714, de 25/11/98, **substituo a pena privativa de liberdade por uma pena restritiva de direito e multa**, conforme preceitua o § 2º do referido dispositivo, tal como a seguir disposto:

I) uma pena restritiva de direito consistente na prestação de serviços à comunidade (art. 43, IV, do CP), em entidade cadastrada junto a este Juízo, na forma do art. 46 do Código Penal, em sua nova redação, a ser estabelecida em fase de execução;

II) multa, cujo valor estipulo de forma idêntica ao da multa já fixada acima, em favor do Fundo Penitenciário Nacional, à luz do disposto no § 3º do art. 45 do Código Penal, aplicado analogicamente.

Condeno-o ainda no **pagamento das custas judiciais, pro rata.**

Concedo ao acusado o direito de recorrer em liberdade, presentes os requisitos do art. 594 do CPP.

b) Em relação ao acusado SÉRGIO BAND, as circunstâncias judiciais (art. 59 do CP) ligadas ao mesmo são favoráveis, sendo que os motivos, as circunstâncias e as conseqüências do crime não são gravosos além do padrão normal inerente ao delito, motivo pelo qual fixo a pena-base no mínimo legal, qual seja, dois anos de reclusão e pagamento de dez dias-multa.

Não havendo circunstâncias genéricas que agravem ou atenuem a sanção, bem como inexistindo qualquer causa especial de aumento ou diminuição da pena, **torno-a definitiva em 2 (dois) anos de reclusão e pagamento de 10 (dez) dias-multa.**

Tendo em vista a condição econômica do acusado, que, conforme fls. 261/263, é engenheiro, tendo sido sócio de uma empresa exportadora nos EUA, residindo em endereço nobre desta cidade, fixo o valor de cada dia-multa em 5 (cinco) vezes o valor do salário mínimo vigente à época dos fatos, atualizado monetariamente (art. 49, §§ 1º e 2º, do CP), aumentando-o em seu triplo, conforme autoriza expressamente o § 1º do art. 60 do CP, conferindo, assim, maior eficácia e efetividade à pena de multa.

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

Presentes os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal, com a nova redação dada pela Lei nº 9.714, de 25/11/98, **substituo a pena privativa de liberdade**

por uma pena restritiva de direito e multa, conforme preceitua o § 2º do referido dispositivo, tal como a seguir disposto:

I) uma pena restritiva de direito consistente na prestação de serviços à comunidade (art. 43, IV, do CP), em entidade cadastrada junto a este Juízo, na forma do art. 46 do Código Penal, em sua nova redação, a ser estabelecida em fase de execução;

II) multa, cujo valor estipulo de forma idêntica ao da multa já fixada acima, em favor do Fundo Penitenciário Nacional, à luz do disposto no § 3º do art. 45 do Código Penal, aplicado analogicamente.

Condeno-o ainda no pagamento das custas judiciais, pro rata.

Concedo ao acusado o direito de recorrer em liberdade, presentes os requisitos do art. 594 do CPP.

Com o trânsito em julgado, venham os autos conclusos para designação de audiência admonitória e especificação das entidades e a forma em que serão cumpridas as penas restritivas de direito de prestação de serviços à comunidade.

P.R.I.

Rio de Janeiro, 19 de janeiro de 1999.

JÚLIO EMÍLIO ABRANCHES MANSUR
Juiz Federal Substituto

SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
5ª Vara Criminal Federal

Processo: 91.38.045-8
Acusados: LUIZ FLORÊNCIO DOS SANTOS E OUTROS
Juiz: Dr. ABEL FERNANDES GOMES

SENTENÇA**Vistos etc.**

O Ministério Público Federal ofereceu denúncia em face de LUIZ FLORÊNCIO DOS SANTOS, CARLOS ALBERTO DE SOUZA CARDOSO e WERTER RODRIGUES DOS SANTOS, pelo fato de, em 12.11.90, terem dado causa a incêndio culposo na praça de máquinas do navio METALTANQUE I, que resultou na morte de duas pessoas.

Os acusados, segundo a denúncia, não observaram o dever de cuidado objetivo necessário; o primeiro deles ao permitir, como superior hierárquico do segundo réu e chefe de máquinas do navio, a realização de fainas simultâneas de carregamento de óleo diesel e descarga de produto químico, ambos altamente combustíveis, operação esta não recomendável e carecedora de cuidados especiais, sobretudo diante da ocorrência do aquecimento de geradores, que estavam em operação e se situavam no mesmo ambiente das bocas de medição dos tanques de óleo combustível, dos quais emanavam gases e eventualmente poderia vaziar óleo, o que acabou acontecendo.

O segundo acusado, em razão de ser o responsável pela faina de recebimento de combustível e não ter adotado postura condizente com os cuidados necessários, tais como disposição de pessoal em número e qualidade adequados e acompanhamento próximo e integral de toda a operação, sendo que, ao final, mesmo ciente da vazão excessiva das bombas, não determinou de imediato o desligamento das mesmas.

O terceiro, por sua vez, responsável pelo bombeamento de combustível da chata (barca que emite óleo) para o navio, abandonou seu posto de observação da operação, cuja comunicação entre as pessoas nela ocupadas era feita verbalmente, de modo que não foi alcançado a tempo pela voz de comando para fazer parar a bomba, o que permitiu que o óleo combustível transbordasse no interior do navio. Sua presença e vigilância em seu posto de operação era imprescindível, do momento em que a capacidade de armazenar óleo da chata era superior à do navio, de modo que, diante do comando verbal, deveria parar, imediatamente, o abastecimento.

Laudos periciais de local de incêndio às fls. 37, 72 e 74/86, e exames cadavéricos às fls. 39 e 42.

Recebimento da denúncia às fls. 150, em 04.10.93.

Interrogatórios dos dois primeiros acusados às fls. 164/171 e defesa prévia às fls. 177/178. Decreto de revelia do terceiro acusado às fls. 201 e defesa prévia às fls. 202.

Prova oral de acusação às fls. 222/233 e prova oral de defesa às fls. 303 e 350/355.

Em alegações finais de fls. 362/365, o MPF requer a condenação, em suma, por ter restado provado que, mesmo diante das precárias condições materiais em

que operava o navio, a instrução apontou a negligência humana, descrita e individualizada na denúncia, como determinante da ocorrência do incêndio.

A defesa de WERTER, às fls. 370/376, pugna pela absolvição, aduzindo, em resumo, que diante de tantas carências materiais, de equipamentos e pessoal, no navio, não se pode atribuir ao réu a causa do incêndio, destacando que ficou evidenciado ser ele novo naquele serviço e não estar entre suas funções o bombeamento de combustível da barcaça para os tanques do navio, sendo certo que a ele cabia apenas a sondagem dos referidos tanques.

A defesa de LUIZ FLORÊNCIO e CARLOS ALBERTO, às fls. 378/389, clama pela absolvição, em síntese, realizando uma abordagem de toda a situação material precária do navio, bem como das operações conjuntas de carga e descarga que era feita na ocasião e que, por si só, não seria causa direta do incêndio nem representaria tal perigo. Destaca, ainda, que o primeiro acusado apenas estava adstrito ao abastecimento do navio, não tendo qualquer responsabilidade pela faina simultânea; que a faina simultânea não era operação tão complexa assim; que CARLOS ALBERTO agiu com observância de todos os deveres relativos à segurança da operação e que ambos os defendentes cumpriam ordens da empresa e, se não o fizessem, corriam o risco de demissão. Ao final, chama atenção para o fato de que era à empresa que cabia manter o navio bem aparelhado, seus homens bem instruídos e fazer exigências de serviço compatíveis com o tempo, com as regras de segurança e com o cuidado exigido. Enfim, se culpa se poderia atribuir a alguém, esta seria à empresa.

O processo e julgamento do fato delituoso couberam à Justiça Federal, em razão do disposto no art. 109, inciso IX, da Constituição da República.

É o relatório.

FUNDAMENTAÇÃO

Examinados decido.

A materialidade dos delitos está consubstanciada nos laudos periciais que constam dos autos. A princípio, foi realizado um exame pericial pela Capitania dos Portos do Estado do Rio de Janeiro (fls. 37) e, posteriormente, pelo órgão oficial de perícia da Polícia Técnica, foram efetuados os exames cadavéricos nas vítimas fatais do incêndio (fls. 39 e 42), um exame em local de morte violenta (fls. 72) e o exame em local de incêndio (fls. 74/86).

Segundo tais perícias, o incêndio ocorreu "em virtude da explosão de gases e vapores concentrados no estrado inferior da praça de máquinas do navio, pois os vapores combustíveis emanados dos tubos de sondagem, associados a gases oriundos dos motores em funcionamento, entraram em contato com fontes de ignição geradas por atividades extras, desempenhadas no interior da praça de máquinas, atingindo o limite da explosão, sendo certo que a velocidade extrema de pseudo-explosões propagaram o fogão através das denominadas línguas de fogo".

O perigo concreto, necessário à configuração típica do delito em tela, traduziu-se na perda de duas vidas humanas, como se pode ver das conclusões dos laudos de fls. 39 verso e 42 verso.

O incêndio não decorreu de dolo, mas foi derivado da falta do dever de cuidado objetivo, uma vez que, segundo o laudo pericial, não se pode atribuí-lo ao infortúnio, cabendo, nesta oportunidade, delimitar a culpa, a previsibilidade e o nexos especial de causalidade entre os comportamentos e o evento.

O laudo da perícia oficial, nos exames relatados às fls. 77/79, detectou vários elementos demonstrativos das inadequadas condições de segurança no local, tais como caixa de fósforo e pontas de cigarro no interior da praça de máquinas, ausência de placa "NÃO FUME", ferramentas e luzes incandescentes capazes de gerar faíscas, sistema de renovação de ar inadequado, sistema de comunicação entre os homens que operavam as fainas não apropriado e bocas de medição próximas a motores de combustão em funcionamento, criando superfícies quentes e gerando riscos de fogo.

Diante deste quadro, o mesmo laudo pericial indicou, às fls. 79/80, como causas que teriam contribuído para a ocorrência do incêndio, todos aqueles elementos acima apontados, de modo que, pelo que se pode concluir, integram eles o contexto da ausência do cuidado que a situação concreta exigia, para o desempenho seguro das operações simultâneas de fainas realizadas no navio, na ocasião do incêndio.

Note-se que, até mesmo em relação a uma das vítimas fatais, ANTONIO ÂNGELO, os peritos puderam relacionar o encontro de pontas de cigarro carbonizadas no local, não apropriado para fumar, e que correspondiam à mesma marca do cigarro encontrado na camisa do morto.

Ocorre que, segundo a conclusão do laudo, o fogo adveio dos vapores combustíveis emanados dos tubos de sondagem, associados a gases oriundos dos motores em funcionamento e que entraram em contato com fontes de ignição geradas por atividades extras, desempenhadas no interior da praça de máquinas.

Todavia, entre aquela série de negligências e imprudências, omissivas ou comissivas (o que é irrelevante para a constatação da inobservância do dever de cuidado), as que se atribuem, diretamente, aos acusados seriam a não-observação de medidas administrativas para realizar com segurança as fainas, a permissão da realização de fainas conjuntas com número reduzido de pessoas e comunicação insuficiente e precária e o abandono, pelo terceiro acusado, de seu posto de operação.

Sobre as medidas administrativas que deveriam ter sido tomadas para prevenir o incêndio, parece que, se passarmos ao exame mais detido das tantas exigências e reparos que a própria embarcação deveria cumprir, após a inspeção da Capitania dos Portos, realizada em 04.10.90 (fls. 32/36), um mês antes do incêndio, dentre as quais podemos encontrar medidas relacionadas com colocação de equipamentos de incêndio válido na praça de máquinas (e que mesmo assim não funcionaram no dia dos fatos, segundo a testemunha de defesa de fls. 353), motores a funcionar a contento, vazamento de óleo, gases e problemas de circulação de ar, veremos que elas suplantam, em muito, o campo de atribuição dos acusados, dependendo muito mais da direção da empresa.

No tocante à sistemática de comunicação entre os homens que, segundo consta dos depoimentos, era verbal, certamente que caberia à empresa munir a embarcação de equipamento adequado e mais moderno, e não deixá-la operar com tão "rudimentar procedimento" (como classificou o oficial superior da Marinha, testemunha GILENO, às fls. 227).

Da mesma forma, não estava ao alcance dos acusados modificar os locais físicos ocupados pelos tubos de sondagem, nem os sistemas de ventilação, duas das concausas do incêndio relatadas no laudo.

Mas, também no âmbito do delito culposo, importa considerarmos a teoria da *conditio sine qua non*, não nós sendo possível afastar das demais causas que, se existentes e ligadas direta e especificamente ao evento, dele foram pressuposto.

O que se apurou é que o incêndio não teria ocorrido, também, se não houvessem ferramentas, luzes encandescentes, pontas de cigarro e motores de combustão em funcionamento no local, e o controle do nível do óleo tivesse sido feito com mais atenção e por equipe única e preparada para tal, que não estivesse a se preocupar com outra faina simultânea. Então, será necessário pesquisar o alcance da atitude de cada réu na realização destas causas.

De imediato, em virtude de que ao Direito Penal é estranha a responsabilidade objetiva, é de se afastar a do primeiro acusado LUIZ FLORÊNCIO, pois consta dos autos, dos diversos depoimentos, que suas funções eram as mesmas de CARLOS ALBERTO, só que num nível hierárquico acima. Ele o chefe de máquinas e o segundo o subchefe, bastando, portanto, que um deles estivesse à frente da operação.

Ocorrê que, segundo FLORÊNCIO e confirmado por CARLOS ALBERTO, o primeiro não estava no comando das fainas naquele momento, pois encontrava-se em seu camarote (fls. 165 e 169), de modo que não se lhe pode atribuir responsabilidade pelos atos de direção, comando, precaução e desempenho das fainas naquela ocasião, sobretudo quando as condutas negligentes que teriam causado o incêndio, atribuídas pela denúncia e pelo laudo, a quem chefiava a praça de máquinas, somente circunscrevem-se àquele momento específico.

Por outro lado, segundo consta do depoimento da testemunha STALIN (fls. 229), as fainas simultâneas foi uma determinação do comandante do navio, de nome TENÓRIO, que somente foi ouvido em sede policial uma vez e sobre fatos circundantes ao incêndio, pouco se indagando sobre as condições de segurança e seqüência na hierarquia de ordens para realização de operações de carga e descarga.

Confirmou-se a determinação da realização das fainas simultâneas, pelo depoimento de fls. 350/355, mas, ao que parece, esta operação, por si só, não seria a causa determinante do incêndio, como o próprio oficial GILENO acrescenta às fls. 226, bastando que a conferência fosse realizada independentemente para cada uma delas, sob cuidados outros específicos.

Se as diversas carências materiais do navio não podem ser atribuídas aos acusados e a determinação das fainas tenha sido uma ordem do comandante, seguindo diretrizes da companhia, por outro lado, a realização destas tarefas, observando os cuidados devidos, dentro de uma previsibilidade inerente às condições daqueles que ali trabalhavam, e situados nas suas esferas de alcance, era impositiva para evitar o evento.

Neste diapasão, vemos que CARLOS ALBERTO declara: *"No dia do acidente descrito na denúncia, eu me encontrava fazendo a faina do recebimento do óleo diesel. Eu era o responsável pelo recebimento"* (fls. 169). Portanto, se o segundo acusado era o subchefe da praça de máquinas e responsável pela faina de recebimento de óleo diesel, no decorrer da qual veio a acontecer o incêndio, por certo que, quanto aos cuidados que deveriam imperar naquele exato momento, em torno daquela operação, era ele o responsável pela adoção das medidas que visassem assegurá-los.

Não poderia permitir uma faina de recebimento de óleo combustível naquelas condições, diante da existência, no lugar, de "ferramentas, luzes encandescentes, pontas de cigarro" e, quiçá, de pessoas fumando no local, já que, segundo o laudo pericial, estes serviram de "fontes de ignição" para as explosões que propagaram o fogo, ao entrar em contato com os "vapores dos tubos de sondagem e os gases emanados dos motores em funcionamento".

Note-se que, agora, não se está atribuindo ao segundo réu a culpa pelas condições rudimentares do sistema de comunicação, nem pelas condições físicas da localização de algumas estruturas da embarcação, muito menos pela determinação ou seguimento da ordem para realizar as fainas simultâneas (série de negligências e imprudências que a outrem podem ser imputadas), mas sim pelo descuido naquilo que estava a seu alcance zelar, dentro de uma previsibilidade do evento que lhe era possível como primeiro oficial que era e, sobretudo, diante de todas aquelas características do navio, que suscitavam maiores cuidados ainda, inclusive na escalação de homens preparados para o serviço.

Trata-se de delito adstrito à conduta de "causar incêndio", que, segundo a doutrina, significa "provocar ou motivar a combustão" (CELSO DELMANTO, *Código Penal Comentado*, RJ, Renovar, 1991, p. 397), sendo que, no caso, derivado de culpa. Como se disse, anteriormente, nos delitos culposos também se trabalha com a teoria da *conditio sine qua non*, sendo certo que não se admite, em Direito Penal, a compensação de culpas.

Por essa razão, nem mesmo o fato de haver nos autos atribuição de culpa também à vítima ANTONIO ÂNGELO, ou mesmo restar evidente ter havido uma série de negligências não imputáveis aos réus, é capaz de excluir a parcela de culpa com que o segundo acusado contribuiu para o evento, já que, segundo predominante jurisprudência, o que se há de levar em conta nos delitos culposos é a concorrência de culpas, cada qual respondendo pelo evento na medida de sua culpabilidade.

"A relação de causalidade tem por consequência a imputação a quem deu causa ao resultado do qual dependa o crime. Daí por que, na hipótese de concorrência de culpa, ambos os culpados respondem" (TAMG – AC 9.667 – Rel. Sebastião Maciel – *CP e sua interpretação jurisprudencial*, v. 1, t. 1. Alberto Silva Franco e outros, SP, RT, 1997, p. 297).

Aqui, não aproveita, o acusado, qualquer causa de exclusão da ilicitude ou da culpabilidade, pois não se pode conceber o estado de necessidade frente à diferença entre os bens jurídicos eventualmente em confronto (emprego e subsistência do segundo réu, perigo concreto com resultado morte de pessoas), muito menos o perigo a direito próprio se revelou assim tão palpável.

Não se pode estender ao caso de ordens particulares (derivada de relação empregatícia), a excludente da obediência hierárquica (CELSO DELMANTO, *Código Penal Comentado*, RJ, Renovar, 1996, p. 39) e, finalmente, não se chega a conceber uma inexigibilidade de conduta diversa, na medida em que, ao agente, não se liga a falta de cuidado pelo fato de realizar a faina determinada pela companhia, mas sim o modo como, a partir daí, passou a executar tal determinação, coisa que não se justifica nem mesmo diante do "medo de perder o emprego". Afinal, descuidar de fontes de ignição para combustão e da utilização de pessoal despreparado, nada tem a ver com o receio de ser demitido.

Já no tocante ao acusado WERTER, nota-se que o mesmo era marinheiro de convés (fls. 171), o qual sequer tinha qualificação para exercer o bombeamento de óleo, como se afirma às fls. 354, pelo contrário, era inexperiente naquele serviço (fls. 30, verso) e cujas funções eram a de zelar pela embarcação, com serviços de pintura, ferrugens etc. Segundo o próprio FLORÊNCIO, WERTER estava acostumado apenas a transportar barcas com água (fls. 167); entretanto, foi a ele que coube a tarefa de controlar o repasse de óleo da chata para o navio.

Ao que parece, temeridade foi a escalção do marinheiro WERTER para aquela tarefa e, se por razões diversas, isto não pôde ser evitado, sua indicação para aquele trabalho já pressupunha maior parcela de cuidado por parte daqueles funcionários mais experientes, sobretudo o que chefiava a operação no momento, o réu CARLOS ALBERTO.

Quanto ao terceiro acusado, entendo que, nas circunstâncias que o levaram a assumir a tarefa, para a qual não foi treinado, não estava preparado e sequer tinha realizado antes, não se lhe pode exigir a previsibilidade necessária ao juízo de culpa.

Com efeito, como se extrai da melhor doutrina e mais abalizada jurisprudência, a princípio, todo acidente é passível de previsão, exigindo-se a cautela para evitá-lo, de acordo com a realidade e as circunstâncias concretas, o que aponta a importância da análise caso a caso, de modo a aferir a previsibilidade do agente diante do fato em si e suas circunstâncias.

Em razão disso, entendo que, quanto ao terceiro acusado, as circunstâncias em que exercia sua função de cuidar da remessa de óleo da chata para o navio, sem preparo específico para tal e diante de toda aquela série de negligências outras que evidenciaram a inadequação das condições físicas do barco e do comando e controle operacional da faina de abastecimento, por parte de seu responsável, indicam a exclusão da previsibilidade quanto ao evento, elemento imprescindível para a realização do juízo positivo de culpa.

DISPOSITIVO

Isto posto, **JULGO PROCEDENTE EM PARTE** o pedido contido na denúncia, para **CONDENAR CARLOS ALBERTO DE SOUZA CARDOSO** como incurso nas penas do art. 250, § 2º, c/c art. 258, *in fine*, do CP e **ABSOLVER LUIZ FLORÊNCIO DOS SANTOS** e **WERTER RODRIGUES DOS SANTOS**, com fulcro no art. 386, IV, do CPP.

Trata-se de agente contra o qual não operam as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, já que não há anotações em sua FAC nem provas de que sua conduta social, personalidade e motivos, tenham contribuído para maior reprovabilidade. As conseqüências do crime, por sua vez, ainda que levadas em conta as duas mortes, estão adstritas ao próprio art. 258. Em função disto, a pena base situar-se-á no mínimo legal de 6 (seis) meses de detenção e na ausência de agravantes e atenuantes, elevo-a para 1 (um) ano e aumento-a de 1/3 (um terço), em razão do disposto no art. 258, *fine*, que remete ao art. 121, § 3º, do CP, restando **definitiva em 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de detenção**, a ser cumprida em regime, inicialmente, **aberto**.

Preenchidos que estão os requisitos do art. 44 do CP, substituo a pena privativa de liberdade pela **prestação pecuniária**, derivada da alteração procedida pela Lei nº 9.714, de 25.11.98, na forma nela prevista e de acordo com as diretrizes do Juízo da Execução.

Condeno-o nas custas.

Verifica-se, enfretanto, que entre a data do recebimento da denúncia (fls. 150) e a data da sentença, transcorreram mais de 5 (cinco) anos.

Transitando em julgado a presente sentença, para a acusação, a prescrição da pretensão punitiva do Estado regula-se pela pena aplicada (art. 110 do CP), e, no caso, já terá ocorrido.

Não obstante consideráveis entendimentos em contrário, tanto por parte da doutrina como pela jurisprudência, sou dos que esposa a corrente da possibilidade de reconhecimento da prescrição retroativa em primeiro grau.

Não há sentido, uma vez transitada em julgado a sentença para a acusação, tenha a defesa que interpor recurso, impetrar *habeas corpus* ou ajuizar revisão criminal, para a decretação da prescrição obviamente constatada, assoberbando o Segundo Grau, ainda mais, com questão bastante singela em sua aferição, sobretudo quando a própria lei "atribui à declaração o efeito de invalidar a sentença condenatória, obstando-lhe a formação da coisa julgada e a constituição de título penal executório" (*Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*, Alberto Silva Franco e outros, Revista dos Tribunais, 3ª ed., 1990, pág. 568), como o faz no art. 110, §§ 1º e 2º, do Código Penal.

Deixemos aos Tribunais mais tempo para a apreciação e julgamento de causas mais intrincadas e complexas, em prol de um Judiciário mais econômico, célere e objetivo.

Tal solução mais rápida e simples nenhum prejuízo traz às partes, e racionaliza mais a entrega da prestação jurisdicional (cf. HEITOR COSTA JR., "A prescrição no novo Código Penal", ADV – Seleções Jurídicas, agosto/85).

No mesmo sentido, as seguintes jurisprudências:

"Nos termos dos arts. 2º, parágrafo único, do CP e 61 do CPP, se a defesa não recorrer e a sentença condenatória transitar em julgado para a acusação, o próprio Juízo de 1ª Instância pode se pronunciar sobre a prescrição da pretensão punitiva" (TACRIM - SP - Rel. DAVID HADDAD - JUTACRIM 86/160).

"Constatada a prescrição retroativa, com ou sem recurso da defesa, deve o Juiz de primeiro grau – do processo ou da execução – declará-la, até mesmo de ofício. Isso constitui imperativo legal, é medida de economia processual e se afasta do apego exagerado ao formalismo, que hoje não se compatibiliza com a necessidade de se imprimir agilidade no funcionamento da Justiça" (in *Diário do Judiciário*, de 07/02/90, pág. 2, Minas Gerais – Parte II e COAD nº 48229).

Dessarte, transitada em julgado a presente sentença, declaro EXTINTA A PUNIBILIDADE DE CARLOS ALBERTO DE SOUZA CARDOSO, na forma do art. 107, inc. IV, 1ª figura, c/c art. 110, §§ 1º e 2º, do Código Penal, devendo a Secretaria certificar o trânsito e fazer conclusão dos autos.

P.R.I.

Rio de Janeiro, 17 de março de 1999.

ABEL FERNANDES GOMES

Juiz Federal – 5ª Vara Criminal/RJ

SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO 6ª Vara Federal Criminal

Processo: 9900446272-6

Vistos, etc.

1. Este juízo, ao autorizar as buscas e apreensões requeridas pelo Ministério Público Federal já admitiu, *embora implicitamente*, a viabilidade de o *Parquet* fazê-lo, sem que o pedido parta, necessariamente, da Polícia Federal. Também em decisões anteriores, conforme se nota às fls. 57, houve reconhecimento implícito da constitucionalidade do art. 240, letra f, do CPP.

Neste momento, em que o MPF requer a abertura dos envelopes lacrados, *parece-me necessário voltar ao tema da inviolabilidade do sigilo de correspondência*, quer no que tange à possibilidade de busca e apreensão, quer, finalmente, quanto à viabilidade de abrir cartas fechadas apreendidas.

Saliento, antes de enfrentar propriamente as questões jurídicas mencionadas, que o material descrito nos autos de apreensão se encontra nos estreitos limites do permitido nas decisões que determinaram as buscas, já que todas elas determinam a apreensão de "todo e qualquer objeto necessário à prova da infração ou elemento de convicção".

2. DO SIGILO DE CORRESPONDÊNCIA

Dispõe a Magna Carta, em seu art. 5º, inc. XII, *in verbis*:

"XII – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal".

A inviolabilidade do conteúdo de correspondência é direito fundamental cuja previsão remonta à Constituição de 1824, originariamente ligada ao direito de intimidade. *Todavia, como bem adverte RAUL CERVINI, a tendência moderna é considerar o aspecto meramente formal deste direito, de modo a proibir sua violação ainda que o conteúdo da comunicação não tenha qualquer relação com a vida íntima ou privada do remetente ou destinatário. Isto porque, "solo desligando la existencia del Derecho de la cuestion sustantiva del contenido de lo comunicado puede evitarse caer en la enaceptable aleatoriedad en su reconocimiento que llevaria la confusion entre este Derecho y el que protege la intimidad de las personas"* (*in Intercepção Telefônica*, Editora RT, pág. 33).

Qualquer que seja o enfoque a ser dado pelo intérprete a este direito, entretanto, é questão já pacificada em nossa doutrina, bem como na doutrina estrangeira, que nenhum direito fundamental é absoluto, permitindo-se, como consequência, a imposição de limites quando de sua vivência cotidiana.

Estas limitações ou restrições aos referidos direitos podem encontrar-se expressas no texto constitucional, ele próprio excepcionando a regra ou facultando a disciplina do exercício do direito ao legislador, ou, ainda, podem resultar de restrições ou limites implícitos ou imanentes.

Assim, ainda que a Constituição não faça qualquer alusão a limitações ao direito fundamental que encampa, é equivocada a idéia de que seriam insuscetíveis de restrição.

Quanto aos limites imanescentes, assim nos ensina J. J. GOMES CANOTILHO:

"Não basta recorrer a 'limites imanescentes' para justificar uma concepção restritiva do TATBESTAND de um direito. Mesmo em concepções alargadas do âmbito normativo de um direito, liberdade e garantia, se chegaria às mesmas soluções. O problema reside em que o exercício de um direito não está, já, de antemão, limitado por reservas de 'amizade' ou de 'não danosidade'; o direito garantido por uma norma constitucional como direito, liberdade ou garantia insuscetível de restrições é mesmo, prima facie, um direito sem reserva de restrições. Todavia, a posteriori, através do jogo de argumento e contra-argumento, da ponderação de princípios jurídico-constitucionais, pode chegar-se à necessidade de uma otimização racional, controlável, adequada e contextual, de várias constelações de princípios jurídico-constitucionais. Esta otimização é possível porque os princípios transportam dimensões objectivas possibilitadoras de uma ponderação de bens jurídico-constitucionais efetuada a partir da própria constituição. Nota-se, porém: esta ponderação assenta na idéia: (1) de que entre as normas constitucionais não há qualquer hierarquia normativa material (ex.: o bem da saúde pública não é superior ao 'direito de greve'); (2) de que a ponderação é feita entre bens constitucionais ... (3) a otimização de bens constitucionais levada a efeito através da ponderação não pressupõe qualquer 'exercício abusivo', 'arbitrário' ou 'inespecífico' de um direito, não reentrante no âmbito de proteção de um direito, pois o problema dos limites imanescentes não pode ser resolvido através de critérios prévios, livres de qualquer ponderação, mas, ao invés, só pode construir-se como resultado de ponderação de princípios jurídicos constitucionalmente consagrados" (grifo nosso, in *Direito Constitucional*, Editora Almedina, págs. 620 e 621).

Vê-se, portanto, na lição do mestre português, que sua visão dos limites imanescentes se afasta, em parte, da noção abraçada por parte da doutrina, que os vêem como os esculptores do próprio perfil do direito em tela. Para Canotilho, ainda em situações que em princípio seriam passíveis de receber a tutela jurídico-constitucional, portanto amparadas pelo direito em questão, a colisão com outro direito de hierarquia constitucional, no caso concreto, permitiria a restrição, invocando-se os mencionados limites imanescentes, solução justificada pela doutrina discordante exclusivamente mediante a invocação do conflito e ponderação de bens (neste sentido, v. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, in *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, págs. 216 e 217).

De qualquer forma, ambas as correntes doutrinárias admitem, embora sob rótulos distintos, que situações em tese abarcadas pela proteção constitucional possam vir a ser afastadas desta mesma proteção, na hipótese de colisão de direitos de hierarquia constitucional, em nome da unidade da Constituição.

Uma das formas de restrição aos direitos fundamentais, conforme acima referido, se dá pela via legislativa. Em tal caso, isto será possível tanto quando a própria Lei Fundamental consignar expressamente a necessidade da atividade do legislador ordinário, quanto, ainda, ela não o fizer de modo expresso, mais uma vez em vista da natureza não absoluta destes direitos.

Vital, neste passo, a lição de VIEIRA DE ANDRADE:

“Nalguns casos, a Constituição autorizou a lei a restringir este ou aquele aspecto de determinados direitos fundamentais ou atribuiu-lhe expressamente uma competência de regulação da matéria que (deve entender-se) inclui também poderes de restrição.

No entanto, há preceitos constitucionais, como, por exemplo, os relativos às liberdades de criação cultural (art. 43), de aprender e de ensinar (art. 43), aos direitos de deslocação e emigração (art. 44), de reunião e manifestação (art. 45) ou ao direito de greve (art. 58), que não prevêm quaisquer restrições...

E não poderá a lei ordinária (cf. art. 158 – A do C. Civil), proibir associações para além dos limites dos n.ºs 3 e 4 do art. 46, por exemplo, quando os seus fins sejam contrários à lei, à ordem pública e aos bons costumes? É que nestes, como em muitos outros casos, não se trata (ou nem sempre se tratará) de situações em que os direitos não existem enquanto tais, por se terem ultrapassado os limites (iminentes) da sua proteção constitucional. Estará em causa apenas um conflito entre o direito fundamental e outros valores comunitários, ou, mais corretamente, entre o direito e o modo como o legislador (democrático) perspectiva ou define certos valores da comunidade. De fato, estaremos normalmente perante formas ou situações típicas (não anômalas) de exercício dos direitos, de tal modo que não é correto concluir que a Constituição às não teve em vista ao formular a hipótese normativa. Só no caso concreto, em virtude da concorrência de outras circunstâncias, é que esse exercício vai colidir com outros direitos ou valores, que podem exigir o sacrifício parcial ou total (restritivo) do direito. A (relativa) falta de preceitos constitucionais que autorizem a restrição pela lei pode, contudo, ser colmatada pelo recurso à Declaração Universal dos Direitos do Homem, nos termos do n.º 2 do art. 16. A Declaração, no seu art. 29, permite que o legislador estabeleça limites aos direitos fundamentais para assegurar o reconhecimento ou o respeito dos valores aí enunciados: ‘direitos e liberdades de outrem’, ‘justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar geral numa sociedade democrática’. É esta a opinião de MOTA PINTO, a que damos o nosso acordo. Isto significa que o n.º 3 do art. 18 deve ser interpretado como proibição de uma relativização absoluta dos direitos fundamentais, ao consagrar o princípio da excepcionalidade da restrição, que só deverá ser admitida quando se trate de salvaguardar um outro valor ou interesse constitucionalmente protegido (como se diz no fim do referido número) (*in ob. cit.*, págs. 230 e 231).

Resta claro, desta feita, que ainda que a Carta Constitucional não mencione a possibilidade de lei restritiva da abrangência de direitos fundamentais, esta poderá vir a ser editada, ou mesmo recepcionada pela Constituição, desde que excepcional a restrição, na hipótese de colisão entre direitos de hierarquia constitucional.

3. DA BUSCA E APREENSÃO DE CARTAS

O texto constitucional anterior ao vigente tratava do sigilo de correspondência, dispondo simplesmente: “é inviolável o sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas e telefônicas”. Nenhuma menção fazia à possibilidade de lei restritiva

e, ainda assim, jamais a Excelsa Corte reconheceu a inconstitucionalidade do art. 240, f, do CPP, o que corrobora o valor das lições transcritas no item 2 desta decisão.

Com a nova Constituição, a mudança na redação do inciso que trata da inviolabilidade do sigilo de correspondência, de dados e das comunicações telefônicas, ao mencionar unicamente lei restritiva do sigilo das comunicações telefônicas, fez com que alguns doutrinadores passassem a inadmitir qualquer restrição ao sigilo de correspondência, inclusive a busca e apreensão, o que, com a devida vênia, parece-me sem razão.

Deveras, *quid iuris*, se indícios veementes indicarem que determinado envelope traz em seu interior, além de comunicação entre duas pessoas, droga, moeda falsa ou quaisquer instrumentos cujo porte ou fabricação constituam ato ilícito? E ainda, se indícios apontarem para a utilização destas correspondências como forma de comunicação entre os componentes de um bando ou quadrilha, para planejamento dos delitos já cometidos? Inúmeros outros exemplos podem ser aventados para demonstrar a possibilidade de restrição a este direito, cujo caráter absoluto a boa doutrina insiste em negar.

Neste sentido, sempre útil a lição da festejada processualista ADA GRINOVER:

“É cediço na doutrina constitucional moderna que as liberdades públicas não podem ser entendidas em sentido absoluto, em face da natural restrição resultante do princípio da convivência das liberdades, pelo que não se permite que qualquer delas seja exercida de modo danoso à ordem pública e às liberdades alheias. As grandes linhas evolutivas dos direitos do homem, após o liberalismo, acentuaram a transformação dos direitos individuais em direitos do homem inserido na sociedade. De tal modo, que não é mais exclusivamente com relação ao indivíduo, mas no enfoque de sua inserção na sociedade, que se justificam, no Estado Social de Direito, tanto os direitos como suas limitações” (*in Novas Tendências do Direito Processual*, Editora Forense Universitária, pág. 60).

Vê-se, portanto, que não faz sentido vedar atividade legislativa que pretenda adaptar a forma de exercício do direito assegurado na Constituição à proteção que a própria Magna Carta dispensa, em seu texto, a outros bens jurídicos de igual importância.

Neste diapasão, decidiu recentemente a Excelsa Corte, por unanimidade, pela constitucionalidade de lei restritiva do direito ao sigilo de correspondência, mais especificamente o art. 41 da Lei de Execuções Penais, conforme acórdão que passo a transcrever:

“Ementa: *Habeas Corpus*. Estrutura formal da sentença e do acórdão. Observância. Alegação de interceptação criminosa de carta missiva remetida por sentenciado. Utilização de cópias xerográficas não autenticadas. Pretendida análise de prova. Pedido indeferido.

A estrutura formal da sentença deriva da fiel observância das regras inscritas no art. 381 do Código de Processo Penal. O ato sentencial que contém a exposição sucinta da acusação e da defesa e que indica os motivos em que se funda a decisão satisfaz, plenamente, as exigências impostas pela lei.

A eficácia probante das cópias xerográficas resulta, em princípio, de sua formal autenticação por agente público competente (CPP, art. 232, parágrafo único). Peças reprográficas não autenticadas, desde que possível a aferição de sua legitimidade por outro meio idôneo, podem ser validamente utilizadas em juízo penal.

A administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança pública, de disciplina prisional ou de preservação da ordem jurídica, pode, sempre excepcionalmente, e desde que respeitada a norma inscrita no art. 41, parágrafo único, da Lei nº 7210/84, proceder à interceptação das correspondências remetidas pelos sentenciados, eis que a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento para salvaguarda de práticas ilícitas.

O reexame de prova produzida no processo penal condenatório não tem lugar na ação sumaríssima do *habeas corpus* (grifo nosso, STF, 1ª Turma, Relator Celso de Mello, unânime, em 01/03/94).

Assim, admitida a possibilidade da atividade legislativa restritiva, mesmo sem previsão expressa na Magna Carta, sua constitucionalidade será analisada à luz do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade. A essência deste princípio traduz-se, no dizer de SUZANA DE TOLEDO BARROS, "na exigência de que toda intervenção estatal nessa esfera se dê por necessidade, de forma adequada e na justa medida, objetivando a máxima eficácia e otimização dos vários direitos fundamentais concorrentes" (*in O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*, Editora Brasília Jurídica, pág. 89).

No caso da busca e apreensão, parece evidente que as mesmas razões que levaram o STF a admitir excepcionalmente a interceptação de cartas de presos também podem ser usadas, *mutatis mutandis*, para a apreensão de cartas para fins de instrução de investigação penal. Isto porque, também na hipótese desta medida cautelar, temos em jogo interesses de hierarquia constitucional – o sigilo de correspondência e a segurança pública, através da necessidade de preservação da ordem jurídica, cujo conflito, na esteira do entendimento da Corte Suprema, deve pender para preservação deste último.

E nem se alegue que semelhante entendimento pode dar margem a abusos, uma vez que o art. 240, *f*, do CPP condiciona a apreensão às hipóteses em que "... haja suspeita de que o seu conteúdo possa ser útil à elucidação dos fatos".

Esta cláusula permite, assim, que a licitude da apreensão seja aferida pelo juiz diante do caso concreto, o que, aliado aos limites oferecidos pela proporcionalidade da restrição, também no caso concreto, afastam qualquer incursão arbitrária ou desmotivada na esfera da intimidade alheia.

4. DAS CARTAS APREENDIDAS E DA ABERTURA DOS ENVELOPES LACRADOS

No caso em análise, diversos bilhetes foram apreendidos nas residências e escritórios onde se deram as buscas, a maioria deles abertos e alguns contidos em envelopes lacrados.

O conflito de bens acima enunciado é evidente, na medida em que temos, de um lado, o direito ao sigilo de correspondência, e, de outro, a proteção conferida

pela Constituição ao Sistema Financeiro Nacional, bem como aos bens públicos, de forma geral (em vista de suposta malversação de dinheiro público no caso concreto), e, finalmente, a necessidade de preservação da segurança pública e salvaguarda da ordem jurídica.

Admitido o conflito, resta apenas analisar a proporcionalidade da medida no caso concreto.

Oportuna, neste passo, a lição de SUZANA DE BARROS TOLEDO:

“Acresce aduzir que o juízo acerca da exigibilidade de uma medida restritiva não se dará senão pela valoração complementar no caso concreto, que envolve uma avaliação sobre o grau de afetação do destinatário, em função do meio eleito. Haverá, aqui, uma margem de livre apreciação do Juiz que nem por isso retira o seu caráter objetivo, antes se explica em função da própria natureza da ciência do direito. O que se pretende apenas registrar é que o processo de avaliação da necessidade de uma medida legal restritiva de direitos é controlável, e pode ser, em inúmeras situações, respaldada por provas, já que, assim, como em relação ao subprincípio da adequação, está ligada à otimização de possibilidades fáticas” (*in ob. cit.*, pág. 79).

Relativamente às correspondências abertas, a suspeita de que possam vir a ser úteis ao deslinde da causa é acentuada, muito embora a verdade de seus conteúdos ainda não tenha sido submetida ao contraditório, quando então serão esclarecidos todos os pontos a elas referentes. Temos, porém, até este momento, várias correspondências alusivas a operações financeiras ocorridas no momento da desvalorização cambial, bem como correspondências trocadas entre os investigados e pessoas de suas relações próximas, seja referentes a operações bancárias, seja a operações realizadas na empresa de Consultoria Macrométrica, que em tese podem em muito acrescentar na busca da verdade real.

No que tange às cartas fechadas, tendo em conta que sua potencial utilidade não pode ser de antemão aferida, acentua-se a importância da análise da proporcionalidade no caso concreto.

Saliento, inicialmente, que a possibilidade de abertura de cartas lacradas vem prevista, ainda que de forma implícita, no art. 240, f, do CPP, uma vez que, ao admitir a apreensão de cartas fechadas, nenhum sentido teria se não permitisse, também, fosse-lhes desvendado o conteúdo.

Os crimes objeto da presente investigação são o de gestão temerária, prevista no art. 4º, parágrafo único, da Lei nº 7492/86, bem como aquele previsto no art. 23 da citada lei. Sem que se possa ainda chegar a qualquer conclusão a respeito de sua efetiva ocorrência, a suspeita em torno do caso consiste no socorro supostamente indevido do Banco Central a instituições financeiras que teriam apostado alto na manutenção do câmbio, valendo-se, para tanto, de informações privilegiadas fornecidas por funcionários do Banco Central e que, ao final, teriam se mostrado equivocadas.

Ora, a própria forma como esta espécie de conduta ilícita é normalmente cometida, na surdina e longe dos olhos de eventuais testemunhas, bem como as naturais precauções tomadas por pessoas afeitas às minúcias do sistema financeiro e bancário – o que dificulta a prova por meio da quebra de sigilos fiscal e bancário –, obstaculizam sobremaneira a colheita de provas, fazendo sobrelevar a importância das cartas como meio de prova.

A tudo isto acrescenta-se que as cartas cujo conteúdo se desvendou, até este momento, eram em grande parte pertinentes ao objeto das investigações, o que reforça a suspeita de que também as cartas lacradas possam vir a sê-lo. Ademais, três dos envelopes possuem o impresso do Banco Marka, enquanto o quarto possui o impresso de uma agência de publicidade, de forma que também por este aspecto se indicia a possibilidade de os conteúdos não serem de natureza estritamente pessoal, mas sim ligados aos fatos investigados.

Assim é que, em meu entender, a abertura das cartas lacradas apreendidas na residência do Sr. Salvatore Cacciola e mencionadas nos itens 83 e 85 a 87 do respectivo auto de apreensão, a par de albergada nos ditames do art. 240, *f*, do CPP, não fere a proporcionalidade no caso concreto, à luz, notadamente, no subprincípio da necessidade.

Imperativo, todavia, tomar precauções para que a intimidade dos envolvidos seja afetada no exato limite da necessidade da medida.

Neste sentido, tendo em conta ainda o princípio da comunhão da prova, a abertura dos envelopes lacrados será feita em minha presença, intimados para o ato os Procuradores da República subscritores dos pedidos de busca, o Delegado Federal que preside as investigações, bem como os envolvidos e seus advogados com procuração nos autos. Verificada a imprestabilidade das correspondências para fim de prova, serão elas imediatamente devolvidas a seu proprietário, mediante termo de entrega. Caso contrário, passarão a fazer parte do acervo probatório.

Designo, para este fim, dia 07 de maio de 1999, às 14:00 hs.

P.I.

Rio de Janeiro, 29 de abril de 1999.

ANA PAULA VIEIRA DE CARVALHO

Juíza Federal Titular da 6ª Vara Federal Criminal

Direito Previdenciário

SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
Vara Federal de Itaboraí

Processo: 98.0800305-2
Autora: MERYELEN GOMES AMADO
(Representada por Elídia Maria Gomes Soares)
Réu: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS
Juíza: Drª MARIA ALICE PAIM LYARD

SENTENÇA

MERYELEN GOMES AMADO, assistida por sua mãe ELÍDIA MARIA GOMES SOARES e qualificada às fls. 03, propõe ação de estabelecimento de benefício previdenciário, pelo rito sumário, em face do INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS, sustentando que veio ao mundo portadora de deficiência física de caráter irreversível, em consequência da qual não fala nem anda, permanecendo o dia inteiro presa a uma cadeira de rodas. Não pode e nunca poderá prover a própria subsistência, segundo afirma.

Segundo sustenta, seu avô enquanto vivo a inscrevera como sua dependente junto ao INSS, isto em 24/08/84, e, por ocasião da morte do mesmo, em 10/12/92, este já era viúvo, não possuindo nenhum outro dependente, sendo que a autarquia previdenciária, no entanto, negou seu pedido de benefício por morte.

Em sua petição inicial requer a autora seja-lhe concedida pensão por morte de seu avô, fazendo referência também ao seu direito ao benefício do artigo 203 da CF/88. Requereu gratuidade de justiça.

Com a inicial vieram os documentos de fls. 06/27.

Às fls. 30 e 32, anexadas declaração de pobreza e declaração de patrocínio gratuito da causa.

Às fls. 33, deferida a gratuidade de justiça.

Remetidos os autos a este Juízo Federal, o INSS juntou Procuração às fls. 42 e ofereceu contestação, que foi anexada às fls. 49/50, tendo se realizado audiência de conciliação e instrução em 19/08/98, na qual foram inquiridas as testemunhas arroladas pela parte autora, vindo em seguida os autos conclusos para sentença.

• É o relatório. DECIDO.

O benefício da pensão por morte, como se sabe, é devido ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer, aposentado ou não, a contar da data do óbito ou da decisão judicial, no caso de morte presumida (artigo 74 da Lei nº 8213/91).

A autora pleiteia a pensão por morte de seu avô materno Osmar Gomes da Costa, falecido em 10/12/92, na condição de aposentado, conforme certidão de fls. 17 dos autos.

Pelo documento de fls. 14, constata-se que o avô da autora promovera a inscrição da mesma junto ao então INPS em 24/08/84.

O avô da autora faleceu em dezembro de 1992, quando o artigo 16 da Lei nº 8213/91 ainda continha o inciso IV, assim redigido:

"Art. 16. São beneficiários do regime geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado:

(...).

IV – a pessoa designada, menor de 21 (vinte e um) anos ou maior de 60 (sessenta) anos ou inválida".

O inciso IV, transcrito, foi revogado pelo artigo 8º da Lei nº 9032, de 28/04/95, deixando de existir a figura da designação.

Tendo em vista que o avô da autora faleceu em dezembro de 1992, aplicável a lei vigente à época do óbito.

Pois bem, a autora, tendo sido designada por seu avô como dependente, não pertencia, no entanto, ao rol daqueles dependentes chamados de primeira classe, que eram, nos termos da Lei nº 8213/91, artigo 16, antes da revogação:

O cônjuge, a companheira, o companheiro, o filho de qualquer condição, menor de 21 anos ou inválido.

Em não se tratando desses dependentes, todos os outros têm que provar sua dependência econômica, total ou parcial, em relação ao segurado. A dependência, a rigor, deve existir não no momento da inscrição ou designação, uma vez que ela deve se verificar por ocasião do óbito.

A dependência econômica deve existir no momento em que nasce o direito ao benefício, no caso de pensão, no momento do óbito do segurado.

Na hipótese *sub judice*, não há comprovação da dependência econômica da autora em relação ao avô por ocasião do falecimento do mesmo, razão pela qual não é possível reconhecer-lhe o direito à pensão.

Passemos a analisar, agora, se a autora tem direito ao benefício de prestação continuada de que trata o artigo 20 e seus parágrafos da Lei nº 8742, de 07/12/93 (regulamentada pelo Decreto nº 1744, de 08/12/95), sendo este inacumulável com qualquer outro no âmbito da seguridade social ou de outro regime, salvo o da assistência médica, nos termos do § 4º do referido artigo.

Dispõe o artigo 1º do Decreto nº 1744, de 08/12/95, *verbis*:

"Art. 1º O benefício de prestação continuada, previsto no artigo 20 da Lei nº 8742, de 07 de dezembro de 1993, é a garantia de um salário mínimo mensal à pessoa portadora de deficiência física e ao idoso, com setenta anos ou mais, que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção e nem de tê-la provida por sua família.

§ 1º Para os efeitos do disposto no *caput*, entende-se por família a unidade mononuclear, vivendo sob o mesmo teto, cuja economia é mantida pela contribuição de seus integrantes.

§ 2º Para efeito de concessão deste benefício, a pessoa portadora de deficiência é aquela incapacitada para a vida independente e para o trabalho.

§ 3º Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda mensal *per capita*, seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo.

§ 4º O benefício de que trata este artigo não pode ser acumulado pelo beneficiário com qualquer outro no âmbito da seguridade social ou de outro regime, salvo o da assistência médica".

A condição de deficiente física e mental da autora foi facilmente constatada por esta Magistrada, e por todos os presentes à audiência que se realizou em 19/08/98, à qual esteve presente o ilustre representante do MPF, condição esta que a foto anexada aos autos, às fls. 12, e os documentos de fls. 10 e 11 corroboram de forma inquestionável. A autora é deficiente física e mental e não tem qualquer condição de prover a própria subsistência, estando presa a uma cadeira de rodas e dependendo da ajuda de seus pais para os atos mais básicos da existência humana. Presente pois o requisito do artigo 1º e seu § 3º do regulamento acima transcritos.

A situação de pobreza em que vive está claramente comprovada pela prova testemunhal produzida na audiência de 19/08/98, nos termos da qual as três testemunhas inquiridas foram unânimes ao afirmar que a família da autora vive em estado de extrema pobreza, sendo o pai de família pedreiro, e a mãe lavadeira.

Ressalte-se que o § 3º do regulamento acima transcrito foi considerado inconstitucional pela jurisprudência maciça de nossos egrégios Tribunais, por exigir a prova de renda mensal *per capita* de $\frac{1}{4}$ (um quarto) de um salário mínimo.

A autora preenche, pois, os requisitos legais para a percepção do benefício de que trata a Lei nº 8742/93, que já tinha previsão constitucional na norma do artigo 203, V, CF/88, norma de eficácia plena e auto-aplicável desde outubro de 1988.

Isto posto, **JULGO PROCEDENTE O PEDIDO** para condenar a autarquia ré a promover a imediata implantação do benefício de prestação continuada de que trata a Lei nº 8742/93, artigo 20, em nome da autora, pagando-lhe os atrasados desde 15 de outubro de 1988 acrescidos de juros de mora de 6% aa a partir da citação e de correção monetária na forma da Lei nº 6899/81. Deixo de condenar o INSS a pagar custas por ser isento. Condeno-o a pagar honorários advocatícios que fixo em 5% do valor da condenação.

O pagamento dos atrasados far-se-á por precatório.

Oficie-se a autarquia para que promova a imediata implantação do benefício.

Dê-se ciência ao MPF.

P.R.I.

Itaboraí, 24 de agosto de 1998.

MARIA ALICE PAIM LYARD

Juíza Federal da Vara de Itaboraí

SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO 31ª Vara Federal

Ação Ordinária

Processo: 97.0102434-6
Autor: JANIS ANDRIJONOKS
Réu: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS
Juíza: Drª MARIA AMÉLIA ALMEIDA SENOS DE CARVALHO

SENTENÇA

JANIS ANDRIJONOKS, devidamente qualificado na inicial, propõe a presente ação de rito ordinário em face do INSS postulando a condenação da autarquia a rever os reajustes de seu benefício previdenciário promovidos a partir de janeiro de 1992, mantendo-se a equivalência de 6,52 salários mínimos, pagando-se as diferenças devidas com os acréscimos legais e ônus da sucumbência.

Como causa de pedir informa que através do Processo nº 9766731, distribuído em 17/06/87 à 8ª Vara Federal, já havia requerido revisão de reajuste de seu benefício, obtendo sentença favorável a qual, entende, vem sendo descumprida desde janeiro de 1992.

Inicial acompanhada de documentos às fls. 02/58.

Despacho ordinatório às fls. 60.

Juntada de documentos às fls. 63/146.

Citado, o INSS contesta às fls.150/160 onde suscita **prejudicial de mérito de prescrição**. No mérito, ainda, postula pela improcedência. Requer por fim seja o autor compelido a complementar custas sob pena de extinção.

Réplica às fls.162/163.

Em provas o INSS nada requer (fls.165).

Despacho de fls.166 determinando ao autor que esclarecesse a finalidade da prova pericial requerida em sua réplica.

Petição do autor às fls.167.

Decisão de fls.168 indeferindo a prova pericial pelas razões que menciona.

Despacho de fls.170 determinando ao autor que formulasse pedido certo, o que foi feito às fls.171.

Petição do INSS às fls. 172.

Relatados, decido.

I – PRELIMINARMENTE

Completamente descabida é a pretensão da autarquia-ré de ver o autor compelido a depositar a integralidade das custas.

Com efeito, a Lei 9289/96, que dispõe sobre as custas devidas na Justiça Federal, dispõe em seu art. 14, inc. I, que o autor ou requerente poderá pagar apenas metade das custas por ocasião da distribuição ou do despacho inicial, razão pela qual o recolhimento de fls. 06 foi feito corretamente.

II – DO MÉRITO

DA COISA JULGADA NAS AÇÕES DE REVISÃO DE BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS

O Autor alega em sua inicial como causa de pedir que a ré desde janeiro de 1992 estaria infringindo a coisa julgada já que anteriormente propusera ação de revisão de seu benefício e obtivera sentença favorável que lhe garantiu uma prestação de valor equivalente a 6,52 salários mínimos, equivalência que pretende agora ver restabelecida. Urge, portanto, analisar a relação jurídica existente entre autarquia previdenciária e segurado, a natureza da obrigação dela oriunda e as conseqüências disto quanto à coisa julgada.

A obrigação de pagar benefício previdenciário é eminentemente de natureza legal. Em que pese a força com que os princípios civilistas de direito securitário informam o direito previdenciário e as relações dele oriundas, mesmo considerando as origens remotas desse ramo do direito e as instituições que serviram de embriões ao que hoje é o INSS, fato é que, presentes os pressupostos legais, a filiação ao regime geral da previdência social é obrigatória e automática. Todos os enumerados no art. 11 da Lei 8213/91 são considerados segurados obrigatórios do Regime Comum de Previdência, e, portanto, devedores de um tributo específico (contribuição social) que é o "prêmio", cujo recolhimento lhes dará, ao cabo de alguns anos e preenchidos outros requisitos, o direito à prestação previdenciária ou seguro.

Inexistindo liberdade de associação ou de vinculação ao regime geral, pode-se dizer que quanto a ele a relação jurídica segurado-autarquia e a obrigação previdenciária são de *cunho* eminentemente legal, sujeitando ambas as partes a um estatuto, e não a um contrato.

Como regra geral, o conteúdo da obrigação previdenciária no que diz respeito ao segurado é uma *prestação pecuniária*, com o que separamos o previdencialismo do assistencialismo.

Preenchidas as condições previstas em lei (que não são poucas e tendem a estreitar-se), surge o direito à aposentadoria, à pensão, ao auxílio-acidente etc. Estas prestações possuem uma característica comum: a periodicidade de seus pagamentos. No atual sistema, consideradas as diversas modificações sofridas pela Lei 8213/91 e as extinções de algumas espécies de benefícios, não existem benefícios de pagamento único e, portanto, instantâneo. Todas as prestações pecuniárias previstas no art. 18, incs. I e II, da referida norma são devidas mensalmente aos segurados ou seus dependentes, todos estes beneficiários do regime comum.

Assim, a obrigação previdenciária pecuniária é uma espécie de obrigação *periódica*, gerando uma *prestação de trato sucessivo*, ou seja, aquela em que "solvese a prestação em trato sucessivo ou continuado, num espaço mais ou menos longo de tempo" (*in* Washington de Barros Monteiro, *Curso de Direito Civil*, vol. 4, 24ª ed., pág. 51, Ed. Saraiva).

Este tipo de prestação está sujeita a sofrer influências das alterações do estado de fato e de direito, daí a aplicação da chamada Teoria da Imprevisão e da cláusula *rebus sic stantibus*. Mais que isso, considerando tratar-se de obrigação legal, o estatuto que a rege está sujeito às alterações impostas pelo legislador ordinário, o qual deverá acatar os princípios constitucionais que balizam a matéria.

É bem verdade que dentre os princípios insertos na Constituição está o do respeito ao direito adquirido e à coisa julgada. Mas inexiste direito adquirido a um estatuto imutável, âmbito em que se insere o critério de reajustamento dos benefícios

previdenciários. Muito pelo contrário, a própria Carta Magna, considerando as peculiaridades deste País (tais como instabilidade econômica), prevê em seu art. 201, § 2º, que o benefício deverá ser revisado sempre que o valor atual não corresponder ao valor real, partindo, assim, do pressuposto da mutabilidade dos critérios.

Até hoje a noção de valor real apresenta-se nebulosa, mas ao menos já existe um parâmetro de entendimento que vem sendo adotado pelo Eg. STF: estará acatando o princípio constitucional da manutenção do valor real do benefício a norma que determinar o reajustamento por índice jamais inferior ao da inflação.

Quanto ao princípio da coisa julgada, este deve ser analisado considerando a própria natureza de obrigação continuativa, sujeita que é às alterações de fato e de direito.

A sentença quando produzida deve ater-se ao pedido o qual será considerado, tomando por base os fatos comprovados e a norma em vigor.

Nesse sentido cabe a aplicação analógica da lição de **Adroaldo Furtado Fabrício** ao tratar das obrigações de alimentos previstas no direito de família e semelhante à obrigação previdenciária no que tange à característica de continuidade:

"O processo e a sentença apanham sempre, como se fotografassem, imobilizando, determinado momento da relação jurídica (momento que pode ser o da propositura da demanda, o da *litiscontestatio*, o do saneamento, o da própria sentença ou outro, segundo variáveis que não cabe analisar aqui e de todo modo estarão cristalizadas em disposição legislativa). Tudo que venha a ocorrer depois desse momento – visto que do Juiz não se pode esperar poderes divinatórios – está fora do alcance da sentença e da coisa julgada, por tratar-se de dados a cujo respeito, por hipótese, não se exerceu *cognitio* e ainda menos *iudicium*.

Dependendo do maior ou menor grau de dinamismo e mobilidade que a relação jurídica acertada possua, o estado dela, que se cristalizou na sentença, terá maior ou menor permanência, assim como a fotografia guarda similitude com o objeto fotografado por um tempo mais ou menos longo, segundo se trate de coisa mais ou menos mutável. ...

O que ocorre, pois, com as relações jurídicas de natureza alimentar não é um fenômeno único, ou sequer excepcionalmente raro. Acontece, isto sim, que elas se costumam caracterizar por duas qualidades, aí em regra reunidas: a *longa duração* e um *particular dinamismo*. ...

Rigorosamente, todas as sentenças contêm implícita a cláusula *rebus sic stantibus* pelas razões que vêm de ser expostas quanto à superveniência de fatos novos e até mesmo por simples aplicação dos critérios de identificação das demandas. ...

Toda sentença vale *rebus sic stantibus*, dado que a alteração da causa de pedir permite a rediscussão das conclusões nessa causa de pedir judicialmente assentes" (*in Revista AJURIS* 52/6, "A coisa julgada na ação de alimentos").

Considerando tal premissa, o legislador de 1973 previu na Lei Adjetiva:

Art. 471. Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide, salvo:

1 – se, tratando-se de relação jurídica continuativa, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito, caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença;

Comentando este dispositivo, diz HUMBERTO THEODORO JUNIOR com a lucidez de sempre:

"Desaparecida a situação jurídica abrangida pela sentença, a própria sentença tem que desaparecer também. Não se trata, como se vê, de alterar a sentença anterior, mas de obter uma nova sentença para uma situação também nova" (*in Curso de Direito Processual Civil*, vol. I, 5ª ed., págs. 587/8, Ed. Forense).

Ora, o Juiz analisa a procedência do pedido formulado cotejando-se a legislação vigente no momento do julgamento ou no momento em que se alega adquirido o direito quando a causa versa sobre direito subjetivo oriundo de lei já revogada. Esta é a base do princípio da tríplice identidade da ação: partes, pedido e *causa de pedir* iguais. A norma jurídica aplicável ao caso concreto integra o conceito de causa de pedir. Sob a égide dessa norma, o Juízo proferirá sentença dizendo se o postulante tem ou não razão. Não tem o Juízo a pretensão de achar que sua sentença regerá aquela relação jurídica continuativa *ad aeternum*, da mesma forma que não pode prever se é quando a norma jurídica em que se baseou o *decisum* será revogada.

Em matéria previdenciária seria inclusive altamente pernicioso considerar que uma sentença transitada em julgado tivesse tal poder de manter-se aplicável à medida que o tempo passasse e as leis alterassem. Considerando a instabilidade econômica que nos é peculiar, a fixação de um determinado índice como o corretamente aplicável ao reajuste de um benefício previdenciário se hoje é o mais benéfico, amanhã poderá não ser.

Em consequência do princípio da tríplice identidade da ação, bem como do fato de que a prestação previdenciária é continuativa e que a lei que rege o critério de reajustamento integra a *causa petendi*, a sentença proferida numa segunda ação de revisão de reajuste previdenciário não fere necessariamente a coisa julgada ainda que as partes sejam as mesmas, se elas se basearem em momentos e leis regedoras diversas.

Tratando de analisar a coisa julgada, não poderíamos deixar de citar o mestre de todos os excelentes autores já mencionados, no qual os mesmos se basearam e que produziu um dos maiores estudos acerca do tema, ENRICO TULLIO LIEBMAN:

"Ora, é certo, primeiramente, que a possibilidade da acenada mudança se verifica só para as sentenças dispositivas que se referem a uma relação continuativa, cujos elementos sejam por sua natureza variáveis; em segundo lugar, é certo igualmente que também para elas a coisa julgada se forma como para todas as outras sentenças e vale enquanto permaneçam inalteradas as condições da relação, só se tomando possível uma mudança quando e na medida em que variam as circunstâncias que determinaram a decisão. ...

O que há de diverso nestes casos não é a rigidez menor da coisa julgada, mas a natureza da relação jurídica, que continua a viver no tempo com conteúdo ou medida determinados por elementos essencialmente variáveis, de maneira que os fatos que sobrevenham podem influir nela, não só no sentido de extingui-la, fazendo por isso extinguir o valor da sentença, mas também no sentido de exigir mudança na determinação dela, feita anteriormente".

Finalizando a questão, vale mencionar que os Tribunais Superiores são unânimes em endossar tal entendimento:

"A coisa julgada não impede que a lei nova passe a reger diferentemente os fatos ocorridos a partir de sua vigência" (STF, RE 90.518-PR, rel. Min. Xavier de Albuquerque, *in RTJ* 89/344).

"A eficácia da sentença declaratória perdura enquanto estiver em vigor a lei em que se fundamentou, interpretando-a" (STJ, REsp. 719-SP, rel. Min. Américo Luz, *in RSTJ* 8/341).

Ora, a sentença lembrada pelo autor foi prolatada em 1987, antes mesmo da edição da nova Carta. Nesta época, o critério de reajustamento dos benefícios previdenciários baseava-se na Política Salarial (Lei 7604/87). Em janeiro de 1992 já havia sido promulgada a nova Constituição Federal de 1988, já fora editada a nova Lei de Benefícios (Lei 8213, de junho de 1991) e a mesma já fora regulamentada trazendo novos critérios de reajustamento e substituindo o critério da equivalência em número de salários mínimos. É inegável a mudança no estado de fato e de direito a reger a relação jurídica previdenciária. Logo, não há qualquer lesão a coisa julgada e o pedido de revisão deve ser analisado presentemente como um novo e autônomo pedido, o que passamos a fazer.

DO REAJUSTE DE BENEFÍCIOS CONCEDIDOS ANTERIORMENTE À CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Desde o Decreto-lei 66/66 os índices de reajustamento dos benefícios previdenciários eram os mesmos fixados para a política salarial, utilizando-se o reajuste do salário mínimo tão-sómente como marco temporal.

No primeiro reajuste dos benefícios, conforme dispunha a Lei 6708/79, deveria ser aplicado o índice integral da política salarial, e não proporcional ao mês em que o segurado obteve o benefício (Enunciado n° 260 da Súmula do extinto TFR). Registre-se que tal dispositivo legal foi reiteradamente desacatado pela autarquia previdenciária, então INPS, que passou a adotar critério casuístico em função da data de concessão do benefício e utilizando salário mínimo anterior ao invés do atual quando dos reajustamentos subsequentes. Ou seja, conforme a Renda Mensal Inicial, o segurado deveria ser enquadrado em uma das faixas salariais instituídas pela Lei de Política Salarial, mas o INPS promovia cálculo diferenciado para quem se aposentasse fora dos meses de reajuste do salário mínimo, aplicando o índice de forma proporcional, criando, assim, um redutor.

"Cálculos de Liquidação. Reajuste de benefício previdenciário. Cálculo zero.

1. O exato entendimento da Súmula 260/TFR não pressupõe equivalência salarial, mas a apropriação dos índices da política salarial para efeito de reajustamento dos proventos de aposentadoria.

2. Quando a data de início do benefício ocorra em mês diverso daquele em que se dava a majoração do salário mínimo (maio até 1978; maio e novembro entre 1979 e 1985; março em 1986; janeiro, março, maio, junho, agosto, setembro, outubro, novembro e dezembro em 1987) existem sempre diferenças a ser apuradas, na forma da Súmula TFR/260.

3. (omissis)" (TRF-4ª Região, AC 91.04.23412-0/SC, 1ª Turma, votação unânime, Rel. Juíza Ellen Gracie Northfleet, DJ 05/10/94, p. 55925).

Tal conduta motivou a edição do referido Enunciado 260 cujo real significado impõe que, independentemente do mês em que fosse concedido o benefício, a ele

devesse ser aplicado o índice integral de reajuste da Política Salarial, mantendo a vinculação à faixa salarial em que foi originariamente enquadrado, e não ao número equivalente de salários mínimos, como poderia fazer supor sua deficiente redação. Obviamente a aplicabilidade do Enunciado só teve razão de ser enquanto permaneceu a vinculação dos benefícios à Política Salarial.

Jamais houve vinculação dos índices de revisão dos valores dos benefícios previdenciários aos índices de reajustamento do salário mínimo, até a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Esta, em sua parte transitória (art. 58), dispôs que os benefícios de prestação continuada mantidos pela previdência social, ou seja, somente os já concedidos até aquela data, sofreriam uma revisão de seus valores para que fossem expressos no número de salários mínimos equivalentes à data da concessão. Dispôs, entretanto, que os efeitos financeiros desta revisão só seriam devidos e pagos a partir do sétimo mês a contar da promulgação, isto é, 5 de abril de 1989, e que tal critério só seria aplicável até a implantação do plano de custeios e benefícios. Para o STJ tal implantação se deu em 9 de dezembro de 1991, com a edição do Decreto 356 que regulamentou a Lei 8213/91. Já para o STF, o termo *ad quem* de sua aplicabilidade é 24/07/91, data de edição da própria Lei.

Com isso, e pela primeira vez, os benefícios previdenciários de prestação continuada concedidos anteriormente à Constituição passaram, ainda que por um curto lapso de tempo (de 05/04/89 a 09/12/91) a ser atualizados na mesma época de divulgação do salário mínimo e de acordo com os mesmos índices. Tal preceito (constância da relação de quantidade de salários mínimos e valor do benefício) foi estabelecido para o futuro, ou seja, somente produzindo efeitos financeiros a partir de abril de 1989, devendo vigorar tal sistema de reajuste até que a lei ordinária regulamentasse os arts. 201 e 202 da Constituição. No interregno entre a promulgação e abril de 1989, deveria ser aplicado o critério da Súmula 260 do extinto TFR, conforme já sumulado pelo Eg. TRF-2ª Região (Enunciado 17). Desta forma, o critério de reajuste explicitado no Enunciado 260 limita-se temporalmente aos benefícios concedidos até abril de 1989.

Aos benefícios concedidos após a promulgação da Carta, o critério de reajuste instituído no art. 58 do ADCT é inaplicável eis que já submetidos ao preceito do art. 201, § 2º, da parte permanente da Constituição, norma que veio a ser integrada pela Lei 8213/91, estabelecidora dos novos critérios.

Em 1991, portanto, voltou-se a desvincular o índice de reajuste dos benefícios daquele concedido ao salário mínimo, observando-se, entretanto, que por força de dispositivo constitucional determinando a preservação do valor real, os futuros índices aplicáveis jamais poderiam ser inferiores aos da inflação.

Tais critérios de reajuste passaram a ser, sucessivamente e a exemplo:

- a) de 12/91 a 12/92 – variação integral do INPC calculado na mesma época de alteração do salário mínimo (Lei 8213/91, art. 41);
- b) de 01/93 a 12/93 – IRSM – índice de reajuste do salário mínimo (Lei 8242/92);
- c) de 01/94 a 05/94 – FAS – fator de atualização salarial (Lei 8700/93);
- d) de 05/94 a 04/95 – variação acumulada do IPC-r (Lei 8880/94);
- e) de 05/95 a 03/96 – aplicação do mesmo percentual estabelecido para reajuste do salário mínimo (Lei 9032/95);
- f) a partir de 04/96 – variação do IGP-DI – índice geral de preços – disponibilidade interna (MP 1415/96 e suas reedições).

No caso em tela o benefício foi concedido em 24/11/83, ou seja, antes da promulgação da Constituição de 1988, fazendo jus, portanto, à aplicação do art. 58 do ADCT e cabível o raciocínio vinculando o benefício ao salário mínimo até dezembro de 1991, apenas. Entretanto, conforme se pode depreender dos documentos acostados aos autos, a ré já efetivou a revisão determinada no referido dispositivo transitório, aplicando o critério de equivalência que, por determinação constitucional, seria transitório.

Por outro lado, se houve aplicação errônea dos critérios de reajuste previstos legitimamente nas Leis 8213/91 e seguintes que disciplinaram o regime dos benefícios previdenciários, tal não foi demonstrado pelo autor, impondo-se a improcedência do pedido.

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

Rio de Janeiro, 15 de janeiro de 1999.

MARIA AMÉLIA ALMEIDA SENOS DE CARVALHO
Juíza Federal

Direito Tributário

SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO Vara Federal de São Pedro D'Aldeia

Ação Declaratória

Processo: 98.0900855-4

Trata-se de AÇÃO DECLARATÓRIA proposta pelo CENTRO EDUCACIONAL TERRA NOVA DE ARARUAMA LTDA., de procedimento ordinário, com requerimento de antecipação de tutela, em face da UNIÃO FEDERAL e do INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS, objetivando declarar a existência de relação jurídica entre a autora e a parte ré para assegurar que a mesma possa optar pelo SIMPLES, se atendidas as demais condições previstas na Lei 9.317/96.

É o breve relatório.

Passo a apreciar o pedido de antecipação.

Com efeito, a questão de fundo, em tela, se resolve na extensão a ser atribuída à vedação constante do art. 9º, inciso XIII, da Lei 9.317/96 e o enquadramento (ou não) da Requerente neste dispositivo.

“Art. 9º Não poderá optar pelo SIMPLES a pessoa jurídica:

.....
XIII – que preste serviços profissionais de corretor, representante comercial, despachante, ator, empresário, diretor ou produtor de espetáculos, cantor, músico, dançarino, médico, dentista, enfermeiro, veterinário, engenheiro, arquiteto, físico, químico, economista, contador, auditor, consultor, estatístico, administrador, programador, analista de sistemas, advogado, psicólogo, professor, jornalista, publicitário, fisicultor, ou semelhantes, e de qualquer outra profissão cujo exercício dependa de habilitação profissional legalmente exigida.”

Como já decidido pelo STF, na ADIn. 1643/1, a Lei 9.317 teve por objetivo incentivar as empresas qualificadas como micro-empresas e de pequeno porte, evitando o abuso de poder econômico pelas empresas mais fortes, retirando-as da clandestinidade ou da chamada economia formal, gerando empregos e possibilitando às pessoas que estavam sendo alijadas do mercado de trabalho por falta de capacitação científica, técnica ou profissional, de manter o seu próprio negócio dentro de sua habilidade natural.

Assim, dando concretude ao disposto no artigo 179 da Constituição Federal, a lei em referência estabeleceu uma visão social e econômica a ser implementada pelo tratamento fiscal e administrativo do SIMPLES, evidenciando o caráter de extrafiscalidade deste sistema.

Com esta leitura, entendeu nossa Corte que o tratamento diferenciado não viria a ferir o princípio da isonomia tributária, posto que o discrimen se justifica. Decidiu o Relator, Ministro Maurício Corrêa, ao apreciar medida liminar na referida ação direta:

“Com efeito, especificamente quanto ao inciso XIII do citado art. 90. Não resta dúvida que as sociedades civis de prestação de serviços profissionais relativos ao exercício de profissão legalmente regulamentada não sofrem

impacto do domínio de mercado das grandes empresas; não se encontram, de modo substancial, inseridas no contexto de economia informal; em razão do preparo científico, técnico e profissional dos seus sócios estão em condições de disputar o mercado de trabalho, sem assistência do Estado; não constituiriam, em satisfatória escala, fonte de geração de empregos se lhes fosse permitido optar pelo 'Sistema Simples'".

Desta forma a exclusão das sociedades civis de prestação de serviços profissionais não restaria viciada, por macular o princípio da isonomia.

Tomando por base tal orientação, resta determinar se a requerente, na qualidade de sociedade constituída por cotas de responsabilidade limitada, tendo por objetivo principal o desenvolvimento de atividade de ensino pré-escolar e de primeiro grau, se exclui do conceito de sociedade de profissionais liberais e, por conseqüência, pode usufruir do sistema integrado de pagamento de impostos e contribuições considerado.

Neste particular entendo por razoáveis e adequados os argumentos aduzidos pela autora.

É que, na verdade, a atividade desenvolvida por uma escola não se exaure na estreita expressão "atividade de professor". Conforme perfil constitucional, delineado no art. 205, as instituições de ensino viabilizam o direito fundamental à educação, tornando-se instrumentos facilitadores para a realização dos objetivos básicos da própria Educação; isto é, o pleno desenvolvimento da pessoa humana, o preparo para o exercício da cidadania e a qualificação para o trabalho.

Ademais, a própria composição societária dos estabelecimentos de ensino – desvinculada da exigência legal da presença do professor (*vide* a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, Lei 9.394/96) – afasta a figura da sociedade de profissionais liberais. Inclusive, como apontado pela própria requerente, às fls. 31, uma escola "pode ter – rigorosamente – a mesma composição do 'bar da esquina que vende alcóolicas', da 'loja que vende armas', dentre outros exemplos".

A propósito, as considerações do Dr. Oswaldo José Barbosa Silva, no Parecer 97 PAR 009, anexo, bem evidenciam tal situação:

"Com efeito. Soa estranha a expressão 'prestar serviços profissionais de professor'. Não sem razão. O estabelecimento particular de ensino não presta serviços profissionais de professor, mas de ensino. O espírito da vedação é a proibição de opção para o SIMPLES de sociedades profissionais liberais ou assemelhados, ou seja, de sociedades cuja constituição, no que tange aos sócios, não prescindia da existência de um profissional habilitado. Assim é que as sociedades civis de advogados não podem prescindir de advogados para a sua formação e devem ser registradas na Ordem dos Advogados do Brasil do local de sua sede; da mesma forma de outras sociedades civis, de contadores, administradores, engenheiros, arquitetos, fisioterapeutas etc., devem ser registradas nos respectivos Conselhos Estaduais que fiscalizam a profissão".

Por outro lado, a postura adotada pelo próprio Fisco, no Parecer Normativo SRF nº 15, de 21 de setembro de 1983, ressalta e corrobora a tese autoral abraçada pelo Juízo.

Ao examinar a conceituação de sociedade civil de prestação de serviços relativos ao exercício de profissão legalmente regulamentada (exatamente aquelas

que hoje se encontram excluídas do SIMPLES, por força do art. 9º, inciso XIII, da Lei 9.317), para fins de aplicação de alíquota de 3%, à época mais benéfica, de Imposto de Renda incidente sobre os rendimentos pagos ou creditados a esse tipo de sociedades (Decreto-lei 1.790 e Decreto-lei 2.030), no tocante às escolas, entendeu a Fazenda que as mesmas não poderiam se beneficiar dessa alíquota menor, por não serem sociedades civis prestadoras de serviços relativos ao exercício de profissão legalmente regulamentada.

Eis o entendimento da SRF:

"Do exposto, não deve ser conceituada como sociedade civil de prestação de serviços relativos ao exercício de profissão legalmente regulamentada, para os efeitos dos decretos-leis citados, aquela que:

.....
d) seja cooperativa de prestação de serviços, ou sociedade exploradora de estabelecimento de ensino, de hospital etc."

Trata-se, pois, de interpretação autêntica, efetuada pela própria Administração, que se reveste de atualidade e não pode ser ignorada pelo Juízo.

Ora, se antes as escolas não eram sociedades civis prestadoras de serviços relativos ao exercício de profissão legalmente regulamentada, agora TAMBÉM NÃO O SÃO.

E, PORTANTO, É LEGÍTIMA SUA OPÇÃO PELO SIMPLES.

Assim presentes os requisitos autorizativos da concessão da medida requerida, impõe-se seu deferimento.

(A verossimilhança do direito alegado exsurge da tese supra-exposta; o justo receio de dano irreparável ou de difícil reparação se manifesta no pesado encargo tributário a qual se vê submetida a autora, se excluída do SIMPLES; e inexistente, ainda, o perigo da irreversibilidade do provimento já que a qualquer momento se viabilizaria o recolhimento tributário das exações afastadas pelo sistema unificado.)

DO EXPOSTO, DEFIRO A ANTECIPAÇÃO requerida para declarar que a autora – estabelecimento de ensino – pode, se atendidas as demais condições previstas na Lei 9.317/96, optar pelo SIMPLES, assegurando, assim, a existência da relação jurídica formalizada através do Termo de Opção ao SIMPLES, para que produza os legais efeitos junto à União Federal, através da Secretaria da Receita Federal, e ao Instituto Nacional do Seguro Social.

Publique-se e intime-se. Cite-se.

São Pedro da Aldeia, 8 de setembro de 1998.

FERNANDA DUARTE LOPES LUCAS DA SILVA

Juiza Federal Substituta em exercício pleno na Vara de São Pedro D'Aldeia

SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO Vara Federal de São Pedro

Processo: 99.0651448-5
Autores: MUNICÍPIO DE ARARUAMA, INSTITUTO DE BENEFÍCIOS E ASSISTÊNCIA DOS SERVIDORES MUNICIPAIS DE ARARUAMA E CÂMARA MUNICIPAL DE ARARUAMA
Réu: CHEFE DO POSTO DE ARRECADAÇÃO E FISCALIZAÇÃO DO INSS NO MUNICÍPIO DE ARARUAMA
Juiz: Dr. ALCIR LUIZ LOPES COELHO

SENTENÇA

Os autores ajuizaram mandado de segurança preventivo, pleiteando serem eximidos do cumprimento das normas decorrentes da aplicação do § 13 do art. 40 da CF, com a redação dada pela EC nº 20/98. Pediram liminar para suspender a exigibilidade do crédito tributário advindo da aplicação do § 13 do art. 40 da CF; e para que a autoridade coatora não se negasse a fornecer certidão negativa de débito dos tributos ora questionados.

Sustentam que o § 13 do art. 40 da CF é inconstitucional porque fere a autonomia municipal; que compete ao Município instituir contribuições sociais, conforme previsto no parágrafo único do art. 149 da CF; que o Município goza de imunidade tributária prevista no art. 150, VI, "a", da CF; que o § 13 do art. 40 da CF não é auto-aplicável.

Com a inicial (fls. 02/26) vieram os documentos de fls. 27/83.

Decisão, às fls. 84/85, deferindo a liminar.

Informações do Gerente Regional de Arrecadação e Fiscalização em Niterói às fls. 92/102. Em preliminar alega impossibilidade jurídica do pedido e ausência de direito líquido e certo. No mérito, sustenta a constitucionalidade do § 13 do art. 40 da CF; que a imunidade tributária recíproca é referente apenas a impostos.

Parecer do Ministério Público Federal, às fls. 105/114, sustentando as preliminares de ausência de instrumento do mandato e ausência de direito líquido e certo. Quanto ao mérito, opinou pela denegação da segurança.

Às fls. 117/130 cópia do agravo de instrumento interposto pelo INSS contra a da decisão de fls. 84/85.

É o relatório. Decido.

Rejeito as preliminares sustentadas pela autoridade coatora e pelo MPF.

Não é caso de aplicação da Súmula 266 do STF. Os impetrantes pretendem a declaração incidental da inconstitucionalidade do § 13 do art. 40 da CF. O controle de constitucionalidade incidental é possível em sede de mandado de segurança, pois não há efeito *erga omnes*. Além disso, o que se pretende é a sustação dos efeitos concretos decorrentes da aplicação da norma impugnada. Pelas informações, é evidente o propósito da cobrança do crédito tributário decorrente da aplicação do § 13 do art. 40 da CF.

EMENTA

PROCESSUAL. MANDADO DE SEGURANÇA. LEI DE EXECUÇÃO IMEDIATA. LEI QUE ALTERA CRITÉRIO DE INCIDÊNCIA TRIBUTÁRIA. DECLARAÇÃO INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº 1.965/93 DO MUNICÍPIO DE ARACAJU.

I – Editada lei, mudando critérios de incidência de tributo ou contribuição social, é de se presumir que os agentes arrecadadores irão executá-los. Em tal hipótese, cabe Mandado de Segurança preventivo contra o agente arrecadador – tanto mais quando tal agente manifesta nas informações o propósito de efetuar a cobrança malsinada.

II – Se a Lei estabelece, com eficácia plena, vedações ou obrigações, é possível Mandado de Segurança, para que o agente da Administração deixe de executar os preceitos legais;

III – Na ação de Mandado de Segurança, o Judiciário aprecia, diretamente, a qualidade jurídica do ato que agride a pretensão do Impetrante. A legalidade ou constitucionalidade da norma em que este se fomenta pode ser objeto de declaração incidente. É, assim, possível, no processo de Mandado de Segurança, a declaração incidente de inconstitucionalidade de Lei (ROMS nº 8.730/BA (9700498883) STJ, 1ª T., Rel. Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS, unânime, DJ 17/08/1998, pg. 00022).

O direito dos impetrantes é líquido e certo. Eles demonstraram que os servidores a que se refere o § 13 do art. 40 da Constituição estão vinculados a regime próprio de seguridade do Município. Não está se discutindo o regime jurídico desses servidores. O que importa é a vinculação deles a sistema próprio de previdência.

O advogado que subscreveu a inicial é procurador do Município (fls. 26). Como tal está dispensado de exhibir procuração. Nesse sentido: RT 491/162, 493/156, 495/86.

Passo ao exame do mérito.

A autoridade coatora sustenta que apenas os servidores regidos pelo sistema estatutário e ocupantes de cargos públicos efetivos são beneficiários do sistema de previdência social previsto no parágrafo único do art. 149 da CF.

Pela sua tese, apenas esses servidores ficariam excluídos do regime geral de previdência social.

Alegou que *"mesmo que o cargo em comissão ou o servidor temporário não seja celetista, competirá seu enquadramento como segurado obrigatório do Regime Geral"*.

Dispõe o parágrafo único do art. 149 da CF: *"Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir contribuição, cobrada de seus servidores, para o custeio, em benefício destes, de sistemas de previdência e assistência social"*.

Esse dispositivo refere-se apenas a "servidores". Não há qualquer razão para se interpretar que tais servidores seriam apenas os regidos pelo sistema estatutário e ocupantes de cargos públicos efetivos, como sustentado nas informações.

Deve-se, portanto, dar interpretação ampla à palavra "servidores" constante do parágrafo único do art. 149 da CF. Os servidores, sejam eles celetistas ou estatutários, ocupantes de cargo em comissão de livre nomeação e exoneração, bem como de outro cargo temporário ou de emprego público, podem ser vinculados ao sistema previdenciário instituído pelos estados, Distrito Federal e municípios.

Estabelece o art. 9º da Lei Municipal de Araruama nº 460, de 16.02.82 (fls. 30/43): "Art. 9º São contribuintes obrigatórios do IBASMA (Instituto de Benefícios e Assistência aos Servidores Municipais de Araruama): I – os servidores estatutários da Prefeitura Municipal de Araruama; II – Os servidores da Câmara Municipal de Araruama; III – Os ocupantes de cargos em comissão, que não pertençam aos quadros da Administração Municipal; IV – Os servidores do IBASMA, sob qualquer regime de trabalho ou legislação".

Portanto, de acordo com a Lei Municipal nº 460/82, os servidores ocupantes de cargos em comissão na administração direta do Município de Araruama (art. 9º, III), e também os servidores ocupantes de cargo em comissão ou de outro cargo temporário ou de emprego público da Câmara Municipal de Araruama e do IBASMA (art. 9º, II e IV) estão obrigatoriamente vinculados ao regime próprio de seguridade social daquele Município.

A vinculação desses servidores ao sistema de previdência do Município de Araruama, contudo, conflita com o dispositivo introduzido pela Emenda Constitucional nº 20/98 segundo o qual "Ao servidor ocupante, exclusivamente, de cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração, bem como de outro cargo temporário ou de emprego público, aplica-se o regime geral de previdência social" (art. 40, § 13).

A questão está em saber se tal conflito deve ser resolvido pela prevalência da citada norma agora encartada na Constituição Federal, ou se, pelo contrário, deve prevalecer o princípio da autonomia federativa, vale dizer, se deve prevalecer a vinculação dos servidores estaduais e municipais ao regime de seguridade das entidades às quais servem.

Sobre essa questão, ensina Hugo de Brito Machado, em recente artigo (*Seguridade social e autonomia dos estados e municípios*) publicado no jornal *Correio Brasiliense*, edição de 28.06.1999, caderno *Direito e Justiça*, a respeito do advento do art. 40, § 13, da CF/88: "À primeira vista pode parecer que esse conflito deve ser resolvido com a prevalência da norma recém-introduzida no sistema, pela aplicação do critério hierárquico de superação das autonomias. Ocorre que a Constituição alberga norma segundo a qual 'Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir contribuição, cobrada de seus servidores, para o custeio, em benefício destes, de sistemas de previdência e assistência social' (art. 149, parágrafo único). Assim, tem-se que o conflito na verdade não se estabelece entre as leis dos estados e dos municípios, mas no seio da própria Constituição Federal. Com essa norma que atribui competência aos estados, ao Distrito Federal e aos municípios para instituir contribuição de seguridade social contra seus servidores, não se concilia a questionada norma introduzida pela Emenda nº 20. Guida-se, pois, de conflito entre uma norma emanada do Poder Constituinte, e outra, emanada do Poder Reformador.

As emendas à Constituição, sabemos todos, estão sujeitas aos limites que a própria Constituição estabelece, entre os quais o albergado pelo inciso I do § 4º do art. 60, segundo o qual não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a forma federativa de Estado. Em outras palavras, nossa Constituição não admite emendas que afetem a autonomia dos estados e dos municípios.

Por outro lado, a interpretação constitucional, como ensina Arturo Hoyos, 'em uma democracia liberal deve ter como meta o fortalecimento da liberdade política e evitar o despotismo'. E dúvida não pode haver de que a autonomia dos estados e dos municípios consubstancia o pluralismo político, com certeza o único caminho para o fortalecimento da liberdade política e o combate ao despotismo. Isso, porém, requer,

além de estruturas adequadas, juízes capazes, honestos e decididos a enfrentar os formidáveis obstáculos que encontra a democracia na América Latina (Arturo Hoyos, La interpretación constitucional, Temis, Santa Fé de Bogotá (Colômbia), 1998, p. 39, nossa a tradução).

Demonstrando que temos juízes com tais qualificações, o MM. Juiz Federal da 8ª Vara no Ceará, professor Napoleão Nunes Maia Filho, em despacho recente, proferido em mandado de segurança impetrado por municípios cearenses contra o superintendente do INSS (Processo 99.11058-7) concedeu medida liminar contra a aplicação daquela mencionada norma da Emenda nº 20, asseverando, com inteira propriedade, que 'a banalização do princípio da supremacia constitucional, através da subalternização de qualquer de seus dispositivos, pode levar à abolição da noção de rigidez da Carta Magna, daí se iniciando a insidiosa destruição de todas as garantias que ela assegura'.

Resta aos brasileiros a esperança de que essa postura seja adotada também nas instâncias superiores do Poder Judiciário, pois na verdade estamos a presenciar, nos últimos anos, essa 'insidiosa destruição' das garantias constitucionais".

A norma emanada do Poder Reformador (art. 40, § 13) não pode prevalecer sobre a norma emanada do **Poder Constituinte** (art. 149, parágrafo único), **pois aquela norma afeta a autonomia dos estados e dos municípios**. Os municípios integram a federação brasileira, e gozam de autonomia administrativa, conforme arts. 18 e 34, VII, da CF ("Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição; Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para: (...) VII – assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais: (...) c) autonomia municipal;"). E o art. 60, § 4º, I, da CF (Art. 60. § 4º Não será objeto de deliberação a proposta tendente a abolir: I – a forma federativa de Estado), na lição de Hugo de Brito Machado (ob. cit.), **proíbe emendas à Constituição que afetem a autonomia dos estados e municípios**.

Dessa forma, declaro incidentalmente a inconstitucionalidade do § 13 do art. 40 da CF/88, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 20/98, e CONCEDO A SEGURANÇA PARA EXIMIR OS IMPETRANTES DO CUMPRIMENTO DAS NORMAS DECORRENTES DA APLICAÇÃO DO § 13 DO ART. 40 DA CF.

Sem honorários (Súmula 105 do STJ).

Custas, como de lei.

Sentença sujeita a reexame necessário (art. 12, parágrafo único, da Lei nº 1.533/51).

São Pedro da Aldeia, 20 de julho de 1999.

ALCIR LUIZ LOPES COELHO

Juiz Federal Substituto no exercício da titularidade

SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
2ª Vara Federal

Embargos à Execução

Processo: 96.0076859-5
Embargante: PAES MENDONÇA S/A
Embargado: INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA, NORMALIZAÇÃO E QUALIDADE INDUSTRIAL

SENTENÇA

Vistos, etc.

PAES MENDONÇA S/A ajuizou os presentes embargos à execução fiscal promovida pelo INMETRO – INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA, NORMALIZAÇÃO E QUALIDADE INDUSTRIAL, requerendo o cancelamento da execução fiscal em apenso.

Alega, como causa de pedir, que foi autuada pelo INMETRO, mediante expedição dos Autos de Infração de nº 178315/93, 178316/93, 178317/93 e 178318/93; que os referidos autos são ineptos, pois não mencionariam o valor da multa pela suposta infração cometida; que não se pode obrigar o particular por meio de portarias; que o processo administrativo gerado pelos autos é nulo, vez que não foi motivado; que não houve dolo ou culpa por parte da Embargante no que concerne aos fatos descritos nos autos de infração; que a Embargante não pode evitar que fatores físicos externos extrapolem o *ius diligens* da Embargante; que a falta de indicação quantitativa, conforme aposto nos autos de infração, revela dois aspectos, sendo o primeiro intrínseco, qual seja, a não-menção da quantidade e o segundo extrínseco, relacionando-se com a ausência de etiqueta; que não pode evitar que a etiqueta se solte ou seja arrancada do produto, vez que há o freqüente manuseio por parte dos consumidores, além de dilatação térmica proveniente de calor ambiental.

Juntou procuração e documentos de fls. 17/26.

A ação foi regularmente distribuída ao MM. Juízo da 8ª Vara Federal.

Em sede de impugnação (fls. 30/40) o Embargado alegou que a inicial é inepta; que o valor atribuído à causa está incorreto; que a nomeação dos bens para fins de penhora não garante o juízo; que o INMETRO encontra respaldo legal para sua atuação na Lei nº 5.966, de 11.12.73; que as penalidades aplicáveis às infrações metrológicas, bem como à gradação de sua aplicação estão positivadas no art. 9º da referida Lei; que inexistente ilegalidade no que concerne à delegação de competência do CONMETRO para o INMETRO; que a Lei nº 8.078, de 11.09.90, ratifica em seu art. 39, VIII, as normas metrológicas; que não há que falar em nulidade da decisão administrativa, vez que esta observou os elementos contidos no procedimento administrativo, encontrando-se, outrossim, devidamente motivada; que a Embargante presenciou os exames efetuados nos instrumentos de medir – balanças, que se encontravam em uso, apresentando irregularidades; que as infrações constatadas independem de dolo ou culpa; que é risco inerente à atividade da empresa a vigilância e eleição de métodos de trabalho e utilização de equipamentos suficientemente seguros para prevenir ocorrências prejudiciais ao consumidor.

Juntou o Embargado os documentos de fls. 41/120.

Em réplica de fls. 122/123, a Embargante reafirmou os termos da petição inicial.

O juízo deferiu vista à União (fls. 128), tendo esta tomado ciência por seu representante legal às fls. 130.

Os presentes autos foram redistribuídos a este juízo da 2ª Vara de Execução Fiscal em 30.04.99 (fls. 130-verso).

Não havendo outras provas a serem produzidas, vieram os autos conclusos para sentença.

É o relatório. Decido.

Preliminarmente, mister se faz reconhecer que é de todo descabida a alegação do Embargado no sentido de que os presentes embargos não poderiam ser conhecidos, vez que o valor atribuído à causa seria equívocado.

Na realidade, se o Embargado pretendia discutir o valor atribuído à causa pela Embargante, deveria ter lançado mão na espécie do procedimento aplicável à questão, qual seja, a impugnação ao valor da causa, nos termos do art. 261 do Código de Processo Civil.

Também no que concerne à suposta ineficácia da nomeação dos bens e conseqüente insuficiência da penhora, verifico dos autos da execução que o Oficial de Justiça, por força de expressa manifestação do Embargado (fls. 18), penhorou bem cujo valor atribuído satisfaz o crédito do Exequente (fls. 22). Em conseqüência, não há que falar em falta de garantia do juízo.

Quanto ao mérito dos presentes embargos, impõe-se reconhecer que o pedido não procede.

Efetivamente, o argumento desenvolvido pela Embargante no sentido de que a Administração Pública estaria criando obrigações para o particular através de portarias é de todo descabido.

Consoante se depreende dos autos de infração colacionados às fls. 42/45, a atividade de fiscalização implementada pelo INMETRO possui pleno respaldo na Lei nº 5.966/73.

Note-se que no art. 3º, "f", da referida Lei (fls. 52), o legislador expressamente atribuiu ao Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial – CONMETRO competência para fixar critérios e procedimentos para aplicação de penalidades no caso de infração a dispositivo de legislação referente à metrologia, à normalização industrial, à certificação de qualidade de produtos industriais e aos atos normativos dela decorrentes.

Neste sentido o CONMETRO, no uso de sua competência, editou a Resolução nº 11/88, dispondo sobre a Regulamentação Metrológica. Ora, a Portaria desatendida pela Embargante, de nº 63/44, encontra seus precisos limites na referida Lei nº 5.966/73 bem como na citada Resolução nº 11/88. Portanto, impõe-se frisar que o administrador em nenhum momento normatizou condutas sem o necessário amparo legal, inexistindo assim qualquer violação ao princípio da legalidade insculpido no art. 5º, II, da Constituição da República.

Ressalte-se outrossim que a penalidade imposta, qual seja, a multa pecuniária, bem como sua quantificação, também possuem assento legal na alínea "b" do art. 9º da Lei nº 5.966, de 11.12.73.

Da mesma forma, a alegação de que os autos de infração seriam nulos, sob o fundamento de que não estariam motivados nem fundamentados, deve ser rejeitada.

Conforme se verifica dos citados autos de infração (fls. 42/45), constam dos referidos documentos de forma expressa os dispositivos da legislação infringidos, o local, a data e a hora da lavratura do auto, o nome e a assinatura do agente da

fiscalização autuante, bem como a fundamentação propriamente dita da autuação, revelando os motivos da lavratura dos autos, que, na espécie, implementou-se face à constatação de que diversos selos dos lacres de aferição de balanças utilizadas na comercialização de carnes e salgados, bem como na conferência de pesagem de mercadorias encontravam-se violados.

Em conseqüência, forçoso é concluir que não há nulidade no que tange ao crédito fiscal exigido, pois constata-se dos autos que a Administração Pública agiu dentro da mais absoluta e regular legalidade, motivando devidamente o ato administrativo de fiscalização e autuação e declinando a fundamentação legal que deu azo à imposição da multa.

Por sua vez, o argumento de que a Embargante não poderia evitar que as etiquetas constantes de seus produtos se desprendessem é de todo esdrúxulo, já que a autuação implementou-se não por este motivo, mas face à constatação de que as balanças de pesagem teriam sido violadas.

As balanças utilizadas para pesagem de produtos destinados ao consumo por óbvio devem estar de acordo com os padrões fixados pela Administração Pública, no regular exercício de seu poder de polícia, em prol dos interesses dos consumidores, sob pena de responsabilidade do fornecedor.

Neste sentido, expressamente dispõe a Lei nº 8.078, de 11.09.90 – Código de Defesa do Consumidor –, em seu art. 39, VIII, que se considera prática abusiva o fornecimento de “produtos ou serviços em desacordo com as normas expedidas pelos órgãos oficiais competentes, ou se normas específicas não existirem, pela Associação Brasileira de Normas Técnicas ou outra entidade credenciada pelo Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial – CONMETRO”.

Da mesma forma, dispõe o art. 19, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor que “o fornecedor imediato será responsável quando fizer a pesagem ou a medição e o instrumento utilizado não estiver aferido segundo os padrões oficiais”.

Ora, se os selos dos lacres de aferição das balanças de pesagem encontravam-se violados, forçoso é reconhecer que, a par de desatender a regular comando administrativo, por si só apto a justificar a autuação, a Embargante atentou vigorosamente contra interesse do consumidor, desatendendo à lei, ao obstar o direito ao consumo de produtos de acordo com os padrões oficiais fixados pela Administração Pública.

Vê-se, assim, que a autuação fiscal observou *in totum* os parâmetros legais aplicáveis à espécie, razão pela qual permanece revestido de liquidez e certeza o título executivo que deu ensejo à execução fiscal em apenso.

ISTO POSTO, JULGO IMPROCEDENTES OS PRESENTES EMBARGOS, e condeno a Embargante a pagar honorários advocatícios, que fixo em 10% (dez por cento) sobre o valor da execução monetariamente corrigido. Custas *ex lege*.

Traslade-se cópia da presente sentença para os autos da execução fiscal.
Após o trânsito em julgado, dê-se baixa na distribuição e archive-se.
P.R.I.

Rio de Janeiro, 13 de maio de 1999.

CARLOS GUILHERME FRANCOVICH LUGONES
Juiz Federal da 2ª Vara de Execução Fiscal

SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO 2ª Vara Federal

Mandado de Segurança

Processo: 99.0300623-3
Impetrante: SINDICATO NACIONAL DOS SERVIDORES FEDERAIS DA
EDUCAÇÃO BÁSICA E PROFISSIONAL
Impetrado: DIRETOR DO CENTRO FEDERAL DE EDUCAÇÃO
TECNOLÓGICA
Juiz: Dr. MARCELO LEONARDO TAVARES

1. RELATÓRIO

Sindicato Nacional dos Servidores Federais da Educação Básica e Profissional, qualificado na inicial, impetra o presente em nome de seus substituídos de fls. 39/45, contra ato do Diretor do Centro Federal de Educação Tecnológica, objetivando fique assegurado aos servidores aposentados e pensionistas o direito de receber seus proventos sem o desconto da contribuição instituída pela Lei nº 9.783/99. Como causa de pedir, sustenta a ausência de finalidade da contribuição previdenciária, irredutibilidade de proventos de aposentadoria e pensão, impropriedade da previsão de progressividade nas alíquotas, ruptura no princípio constitucional da isonomia, necessidade de lei complementar para instituir a exação.

Representação processual de fls. 29/45. Junta documentos de fls. 46/48. Custas às fls. 49.

Liminar concedida para determinar a abstenção da autoridade impetrada em cobrar a contribuição dos inativos e pensionistas representados.

Informações de fls. 55/88, alegando, preliminarmente, a ilegitimidade passiva *ad causam* e, no mérito, requerendo a denegação da segurança, pois é desnecessária a edição de lei complementar para instituição do tributo, bem como a inexistência de direito adquirido.

O d. Membro do Ministério Público Federal opina no sentido de que seja retificada a autuação, para a notificação do Sr. Secretário de Recursos Humanos da Secretaria de Administração e do Patrimônio do Ministério do Orçamento e Gestão e, no mérito, pugna pela concessão.

É o relatório. Decido.

2. FUNDAMENTAÇÃO

PRELIMINAR

Rejeito a alegação de ilegitimidade passiva *ad causam*, pois a autoridade estaria potencialmente apta para o cumprimento da medida concessiva da segurança, segundo a lição de Hely Lopes Meirelles (*in Mandado de Segurança...*, 16ª ed., Malheiros, p. 25). Neste compasso, também não vislumbro plausibilidade no

requerimento do Ministério Público Federal em trazer para os autos o Sr. Secretário de Recursos Humanos.

MÉRITO

A Constituição da República estrutura a previdência pública em dois sistemas básicos: o dos trabalhadores da iniciativa privada, gerido pelo Instituto Nacional do Seguro Social, com as regras delineadas no art. 201 – o Regime Geral de Previdência Social – RGPS; e permite que os entes políticos institua regimes de previdência para seus servidores, cada qual com disposições específicas, respeitada a normatização comum prevista no art. 40.

Com relação ao segundo – a previdência dos servidores das entidades políticas –, as normas constitucionais norteadoras da cobrança da contribuição são os arts. 40 e 149 para a União; e os arts. 40 e 149, parágrafo único, para os demais entes da federação. Teremos, portanto, verdadeiras contribuições previdenciárias e de assistência social, destinadas ao custeio dos benefícios e serviços desses direitos sociais.

Os sistemas, portanto, não se confundem, possuindo, cada qual, meios próprios de manutenção e regras peculiares de concessão e manutenção das prestações previdenciárias.

A questão trazida a lume nos autos limita-se ao exame da validade da cobrança da contribuição dos servidores inativos e dos pensionistas da União impetrantes.

A instituição da contribuição previdenciária dos inativos e pensionistas merece estudo frente à vedação constitucional contida no art. 195, II, norma subsidiária ao sistema de previdência dos servidores, por força do art. 40, § 12.

As disposições específicas de previdência contidas no art. 40 não prevêm claramente a possibilidade de cobrança da contribuição sobre proventos; mas, de outra forma, também não vedam diretamente. No entanto, o § 12 deste artigo determina: “Além do disposto neste artigo, o regime de previdência dos servidores públicos titulares de cargo efetivo observará, no que couber, os requisitos e critérios fixados para o regime geral da previdência social”, e impõe, no silêncio das normas específicas, a aplicação subsidiária das regras do Regime Geral, quanto aos requisitos e critérios; não deixando dúvida sobre a aplicação do inciso II do art. 195, criador de imunidade na cobrança de contribuição para a seguridade sobre os proventos de aposentadorias e pensões pagas pelo sistema do INSS – “não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201”.

Realmente, em relação às suas contribuições, o INSS não faz incidir este tributo sobre os benefícios pagos a aposentados e pensionistas em respeito à imunidade, não importando o valor do benefício, cumprindo o dispositivo constitucional referido último. Ocorre que esta também se aplica subsidiariamente ao art. 40, da Carta, nos termos de seu § 12, por absoluta ausência de dispositivo sobre o tema, impedindo tecnicamente a cobrança da contribuição dos servidores inativos e pensionistas. O caso é de silêncio normativo relevante, pois a ausência de norma específica provedora do sistema previdenciário dos entes federativos resulta na aplicação das regras previstas para o Regime Geral.

A incompatibilidade vertical entre a norma legal contida no art. 1º da Lei nº 9.783/99, e o dispositivo constitucional configura vício de inconstitucionalidade, a ser

declarado pelo método difuso, ou concentrado, respeitadas as competências constitucionais. E neste sentido, não vislumbro possibilidade de cobrança da contribuição previdenciária incidente sobre os proventos dos inativos de qualquer sistema de seguro público instituído pelos entes políticos.

Poder-se-ia alegar que a matéria já foi objeto de análise pelo Supremo Tribunal Federal, como na ADIn. nº 1.430-1-BA, rel. Min. Moreira Alves; mas, à época, não havia sido editada a Emenda Constitucional nº 20/98, extensora da norma de imunidade de contribuição sobre proventos de servidores inativos e pensionistas.

Da mesma forma, entendo afastada a discussão a respeito do termo "no que couber", constante no § 12 do art. 40, a sugerir que a extensão da imunidade é inaplicável. Isto porque somente não cabe à extensão o que é vedado, e inexistente qualquer norma contrária, na Carta, à aplicação subsidiária aos servidores públicos, da imunidade prevista no art. 195, II. O instituto jurídico é conceitual e materialmente aplicável à espécie.

Temos ainda o problema das alíquotas progressivas, que se encontra ligado aos níveis exorbitantes a que pode atingir a exação, injustificáveis diante do valor do benefício a ser pago ao final. Com isso, há agressão à razoabilidade do sistema. Nada impede as alíquotas variáveis, como são, por exemplo, as incidentes sobre a contribuição dos segurados do RGPS, com base no art. 20 da Lei nº 8.212/91. O que não se justifica é a incidência de alíquotas tão elevadas, sem a correspondente prestação de serviço de previdência que justifique o valor retirado da remuneração.

E isto é confisco.

O art. 150, IV, da Constituição, veda a utilização de tributo com este efeito, e reconheço a dificuldade de, na prática, delinear limites ao fenômeno. Como expresso por Paulo de Barros Carvalho, em seu *Curso de Direito Tributário*, "A idéia de confisco não traz em si essa dificuldade. O problema reside na definição do conceito, na delimitação da idéia, como limite a partir do qual incide a vedação do art. 150, IV, da Constituição Federal... A temática sobre as linhas demarcatórias do confisco, em matéria de tributo, decididamente não foi desenvolvida de modo satisfatório... A intuição, que sabemos ser importante elemento cognoscitivo, indica-nos alguns casos flagrantes".

O sistema de previdência da União, e também dos demais entes da federação, funciona pelo método da solidariedade entre gerações, isto é, os atuais contribuintes sustentam os atuais beneficiários. Não se faz, individualmente, contribuição para fruição *a posteriori*, como nos regimes baseados na idéia de capitalização. Isto impediria, a princípio, a alegação de confisco. Contudo, a análise do caso concreto pode levar ao descobrimento de que a contribuição, arrecadada por determinado período e aplicada corretamente com ganhos de juros e correção monetária razoáveis, ensejaria o gozo de benefícios em valores bastante acima dos efetivamente pagos. Também não é irrelevante o fato de que a cobrança da contribuição previdenciária, somada ao pagamento de imposto de renda, em algumas situações, levará o servidor a trabalhar por até cinco meses no ano apenas para pagar estes tributos incidentes diretamente em sua remuneração. Em alguns casos, o somatório dos dois tributos comprometerá 41,1% da remuneração.

Neste sentido, verifico inexistir qualquer planejamento tributário e estudo atuarial na manutenção dos benefícios previdenciários dos servidores. O Diploma nº 9.783/99 deixa claro o caráter emergencial em cobrir iminentes deficiências, instituindo contribuição social com alíquotas temporárias, a princípio (tal qual a idéia inicial da

CPMF). Demonstra que o sistema de previdência não é projetado e dimensionado para o futuro; tomando, a todos nós, diariamente de assalto e surpresa com suas mudanças. Estas, ainda, não são discutidas democraticamente, mas preparadas de afogadilho e aprovadas sob os auspícios das notícias do advento do apocalipse previdenciário.

A temporariedade do aumento da alíquota caracteriza o desvirtuamento da contribuição social, dando-lhe natureza extrafiscal. É incoerente a alegação, na defesa da majoração, baseando-se no princípio da seguridade inscrito no parágrafo único do art. 194 da Constituição "eqüidade na participação no custeio", pois através de sua provisoriedade não se está contribuindo a maior para conferir justiça ao Sistema, mas apenas desafogando as contas públicas do Estado, imediatamente.

Por outro lado, não vislumbro direito adquirido dos servidores ou dependentes que tiveram seus benefícios concedidos anteriormente à edição da Lei nº 9.783/99 à não-incidência do tributo. O fato de já se encontrarem aposentados ou recebendo pensão não lhes concede o direito ao afastamento da contribuição. Isto porque o sistema não funciona, como já declarado, sob o método de capitalização, o que enfraquece a tese da existência do direito adquirido ao não-pagamento. Neste sentido, o STF reiteradamente assevera a inexistência de direito à manutenção a determinado regime jurídico, como se observa no RE nº 218589/SC, 1ª Turma, DJ de 30/04/98, p. 19, rel. Min. Sydney Sanches. Assim, não cabe alegar que o pagamento não resultará em benefício novo ou a maior, pois, aqui, não se contribui para o próprio benefício, mas para a manutenção de todo o sistema.

Da mesma forma, também não creio haver agressão à irredutibilidade de vencimentos ou proventos, pois o princípio é aplicado à remuneração bruta total, e não ao valor líquido a ser percebido, conforme também tem-se manifestado a Corte Suprema. Não há direito adquirido contra a tributação, desde que ocorra o fato gerador previsto previamente na hipótese de incidência.

Quanto à necessidade de lei complementar, existe previsão constitucional para a instituição da contribuição incidente sobre a remuneração ou subsídios dos servidores ativos, nos termos dos arts. 149 e 40 da Constituição. Com isso, e por não me filiar à corrente dos que acreditam que a criação deste tributo é feita com base em competência residual da União, aceito sua formatação por lei ordinária, não havendo necessidade de normatização através de lei complementar.

O princípio da anterioridade aplicável é o nonagesimal, motivado pela mesma justificativa contida na vedação à cobrança da contribuição dos inativos. Como o art. 40 da Carta omite-se quanto ao princípio adotado, aplica-se subsidiariamente seu art. 195, § 6º, e também devido à natureza do tributo, contribuição previdenciária, a sustentar direito espécie do gênero seguridade social.

Por fim, não poderia omitir-me quanto ao aspecto de que a reflexão, contudo, vai adiante do tecnicismo, e reside na sensação de se estar sujeito como cidadão a um Estado voraz na cobrança dos tributos, deficiente na prestação dos serviços e motivado, sempre e sempre, pelas pressões econômicas do momento. Este Estado que se desonera a cada dia da prestação de serviços e da intervenção no domínio social e econômico, através da venda de empresas estatais, da privatização de estradas e hospitais e da delegação constante de serviço público; mas, mesmo assim, está sempre envolvido em gastos extremamente elevados para sua manutenção.

3. DISPOSITIVO

Isto posto, JULGO PROCEDENTE O PEDIDO e CONCEDO A SEGURANÇA, RATIFICANDO A LIMINAR anteriormente deferida, para determinar à autoridade impetrada que se abstenha de cobrar a contribuição previdenciária criada pela Lei nº 9.783/99 dos servidores inativos e dos pensionistas substituídos pelo sindicato impetrante e listados às fls. 39/45 dos autos.

Custas pelo impetrado. Sem honorários advocatícios de sucumbência, a teor do verbete nº 512 da Súmula do STF.

Sentença sujeita ao reexame necessário.

Comunique-se, para imediato cumprimento.

Publique-se. Registre-se e intimem-se, inclusive o Ministério Público Federal e o Centro Federal de Educação Tecnológica de Campos.

Campos do Goytacazes, 10 de maio de 1999.

MARCELO LEONARDO TAVARES

Juiz Federal Substituto

SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
11ª Vara Federal

Mandado de Segurança
(II)

Processo: 98.0019938-1
Impetrante: ALMAR ALUMÍNIO INDÚSTRIA E COMÉRCIO S/A
Impetrado: DELEGADO DA RECEITA FEDERAL NO RIO DE JANEIRO
Juíza: Drª LUCY COSTA DE FREITAS FILHA

SENTENÇA

Vistos, etc.

ALMAR ALUMÍNIO INDÚSTRIA E COMÉRCIO S/A, devidamente qualificada na inicial, impetra o presente *mandamus* em face de ato da esfera do SR. DELEGADO DA RECEITA FEDERAL NO RIO DE JANEIRO requerendo a concessão de ordem a fim de que a Autoridade Impetrada se abstenha de exigir da Impetrante a quitação dos débitos fiscais, determinando a inscrição e do competente cartão do CNPJ.

Alega, como causa de pedir, que é empresa industrial localizada neste Estado, e como tal é pessoa jurídica inscrita no Cadastro Geral de Contribuintes do Ministério da Fazenda – CGC/MF; que o Ministério da Fazenda teria editado a Instrução Normativa nº 27, instituindo o Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica – CNPJ, regulamentando a matéria nos termos da Instrução Normativa nº 54; que a referida IN nº 27/98, que determinou a extinção do CGC/MF e sua substituição pelo CNPJ, determinou o recadastramento a todas as pessoas jurídicas; que é vedado o funcionamento das pessoas jurídicas que não possuam o cartão de inscrição junto ao CGC/MF, sendo obrigatória a sua inscrição no novo cadastro.

Ocorre que a referida instrução estaria a estabelecer exigência no sentido de que somente as pessoas jurídicas que não possuam pendências fiscais poderão obter o seu cadastramento junto ao CNPJ.

Aduz que em decorrência disto estariam os contribuintes enquadrados nesta hipótese impossibilitados de efetuar operações junto a instituições financeiras, participar de concorrências públicas, além de estarem sujeitos à aplicação de penalidades pela suposta irregularidade de seu funcionamento, ensejando constrangimento indevido a que às pessoas jurídicas em débito com a Receita Federal procedem à quitação nada obstante a eventual existência de discordância acerca de sua exigência.

Assim sendo, estando a Impetrante na situação acima descrita, estaria na verdade impossibilitada de dar continuidade às suas atividades, prerrogativa esta constitucionalmente assegurada.

Inicial de fls. 02/23, instruída com a procuração de fls. 24 e demais documentos de fls. 25/40.

Custas recolhidas às fls. 41.

Sem liminar foram solicitadas as informações (fls. 63 e 65).

Devidamente notificado, o Impetrado prestou suas informações às fls. 68/70, alegando ser legítima a exigência guerreada, uma vez que a atividade da Administração engloba o poder de polícia, em favor do interesse público, que deve prevalecer sobre o interesse particular.

Sustenta que o exercício de atividade comercial, com a inscrição regular no CNPJ, não prescindiria, a seu ver, da verificação de regularidade de pagamentos que deveriam ter sido efetuados pela Impetrante, decorrentes de obrigação legal com a Fazenda Pública; que a criação do referido cadastro visaria aperfeiçoar os mecanismos de controle da Receita Federal, visando reduzir a inadimplência, assim impedindo a inscrição no novo cadastro das pessoas jurídicas cujos sócios apresentassem pendências em seus "sistemas", ressaltando que o referido cadastro "não pode restringir-se a uma mera coleta de informações".

Aduz em seu favor que o art. 37, II, da Lei nº 9.250/95 faculta à SRF a celebração em nome da União de convênios com os Estados, Distrito Federal e Municípios "objetivando instituir cadastro único de contribuintes, em substituição aos cadastros federal, estaduais e municipais"; que neste diapasão teria disposto o Convênio ICMS nº 8/96, que se consubstancia no cadastro em testilha; que a Lei nº 5.614/70 autoriza o Secretário da receita dispor sobre prazos, condições, forma e exigências para o processamento das inscrições e atualizações dos elementos cadastrais na esfera federal; que o CNPJ representa a referida atualização; que as instruções normativas são normas complementares dos atos expedidos pelas autoridades administrativas, nos termos do art. 100 do CTN; que a exigência em comento não seria desarrazoada ou abusiva, vez que se estaria exigindo o cumprimento das obrigações tributárias.

Parecer do Ministério Público Federal às fls. 74/77, opinando pela concessão do writ.

RELATADOS, DECIDO.

Assiste razão à Impetrante, na medida em que visa remover óbice injustificável e inconstitucional ao exercício de suas atividades empresariais.

Senão, vejamos.

Da livre iniciativa

Prima facie, a Carta Magna, no capítulo que cuida dos princípios gerais da ordem econômica, preceitua:

"Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(omissis)

IV – livre concorrência;

(omissis)

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei".

Como se pode notar, a *mens legislatoris* é no sentido de que o exercício da empresa econômica se desenvolva da forma mais desimpedida possível, limitando a

intervenção do Estado neste domínio, consagrando o modelo descentralizado, no qual predominam as leis do mercado.

Sic modo,

“dos valores fundamentais por ela albergados, não poderão se afastar jamais nem o legislador infraconstitucional, nem muito menos o administrador na execução da lei e da Constituição.

A doutrina em geral tem reconhecido esse papel saliente e preponderante dos princípios na ordem jurídica, vislumbrando neles mais do que meras normas, justamente por se irradiarem sobre o todo normativo, ao contrário do que ocorre com meros preceitos ou regras, que se exaurem no comando que expedem” (Bastos, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*, Saraiva, 18ª ed., 1997, págs. 446-447).

E comentando o parágrafo único do precitado artigo:

“No capítulo referente aos direitos individuais, a Constituição já assegura no art. 5º, XIII, que é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer. Aqui cuidou-se sobretudo do trabalho como manifestação da individualidade. Já o parágrafo sob comento cuida de garantir a todos a possibilidade de lançarem-se no mercado não só como profissionais no desempenho de uma atividade econômica, mas também de levarem adiante a própria empreitada consistente na organização da empresa” (Bastos, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*, 7º vol., Saraiva, pág. 34).

Destarte, a norma sob comento contrapõe-se à tônica do regime descentralizado de economia esposado pelo Constituinte de 1988, na medida em que, com objetivos nitidamente fiscais, ensejaria grave óbice ao exercício da livre empresa, uma vez que sem a materialização do seu registro junto ao CNPJ, que deverá substituir o atual CGC, só muito dificilmente a empresa conseguiria desenvolver suas atividades, obter crédito, participar de licitações.

Da razoabilidade e proporcionalidade dos atos administrativos

Por outro lado, apesar de legítimo o exercício do Poder de Polícia pela Administração Fiscal, deve esta se ater aos limites da razoabilidade e da proporcionalidade.

Leciona Diogo de Figueiredo Moreira Neto (*in Curso de Direito Administrativo*, 17ª ed., Forense, págs. 72 e seguintes), a razoabilidade não cuida tão-somente da relação “causa” e “efeito” – o que de certa forma justificaria no plano político a adoção da medida em testilha pelos convenientes – senão que implica numa compatibilização de “interesses e razões, numa relação razoável”.

Prossegue o ilustre doutrinador:

“A tomada de decisões complexas, como as que a Administração e o Judiciário têm como dever, para atender a interesses definidos, integral ou parcialmente, pelo Legislativo, não é o mesmo que prosseguir caminhos racionalmente lógicos para obter resultados no universo natural.

Exemplificando: para se construir uma ponte, usa-se a lógica do racional; para se decidir se se deve ou não construí-la, necessita-se da lógica

do razoável. No primeiro caso, trabalha-se com causas e efeitos e, no segundo, com razões e interesses”.

E mais adiante:

“A superação do formalismo axiológico e do mecanismo decisional em Direito fica a dever à lógica do razoável, que põs em evidência que o aplicador da lei, seja o administrador, seja o juiz, não pode desligar-se olímpicamente do resultado de sua decisão e entender que cumpriu o seu dever com ela, ambos integram a ordem jurídica.

Com efeito, à luz da razoabilidade, os atos administrativos, bem como os jurisdicionais, ganham plena justificação teleológica, concretizam o Direito e dão-lhe vida, ao realizarem, efetivamente, a proteção e a promoção dos interesses por eles destacados e garantidos em tese.

À luz da razoabilidade, o Direito, em sua aplicação administrativa ou jurisdicional contenciosa, não se exaure num ato puramente técnico, neutro e mecânico; não se esgota no racional nem prescinde de valorações e de estimativas: *a aplicação da vontade da lei se faz por atos humanos, interessados e aptos a impor os valores por ela estabelecidos em abstrato*”.

As instruções normativas em questão, no aspecto em debate, em muito extrapolam a razoabilidade como acima definida, eis que o interesse financeiro do Estado, de inegável relevância, não pode se contrapor ao interesse da sociedade em ver a economia se movimentando, empregos garantidos e mercadorias e serviços disponibilizados.

Devo ressaltar, ainda, que além de desarrazoada a norma é desproporcional aos objetivos visados.

Acerca deste outro princípio, leciona Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

“A atividade estatal sempre representa a imposição de um sacrifício de interesses, por parte de alguns, em benefício geral. Tanto a lei, que a prevê e a autoriza em tese, quanto a ação administrativa, que a concretiza, estão limitadas pela proporcionalidade entre o sacrifício imposto e a vantagem geral obtida. Quando esta relação for desbalanceada, ao ponto de tornar demasiadamente onerosa a prestação, positiva ou negativa, do administrado, em confronto com o reduzido ou nenhum proveito para a sociedade, a força do princípio é desconstitutiva” (grifo nosso).

Observe-se que o ato desproporcional se ressentirá até mesmo de validade no que concerne ao exercício da competência administrativa.

Neste diapasão, pondera Celso Antônio Bandeira de Mello, *in Curso de Direito Administrativo*, ed. Malheiros, 6ª edição, pág. 56:

“Este princípio enuncia a idéia – singela, aliás, conquanto freqüentemente desconsiderada – de que as competências administrativas só podem ser *validamente* exercidas na *extensão e intensidade* proporcionais ao que seja realmente demandado para o cumprimento da finalidade e interesse público a que estão atrelados. Segue-se que os atos cujos conteúdos ultrapassam o necessário para alcançar o objetivo que justifica o uso da competência ficam maculados de ilegitimidade, porquanto desdobram do âmbito da competência; ou seja, superam os limites que naquele caso lhes corresponderiam.

Sobremodo quando a Administração restringe situação jurídica dos administrados além do que caberia, por imprimir às medidas tomadas uma intensidade ou extensão supérfluas, prescindendas, ressalta a ilegalidade de sua conduta. É que ninguém está obrigado a suportar constrições em sua liberdade ou propriedade de que não sejam indispensáveis à satisfação do interesse público.

Sob este prisma, deve-se concluir que a medida se afigura danosa e desproporcional até mesmo se tomarmos em consideração os interesses fiscais da administração a médio e longo prazos, eis que o fenômeno da tributação se nutre, preponderantemente, do fato econômico.

Interrompida a produção e circulação de mercadorias e serviços, ato contínuo, a receita do Estado haverá de se ressentir.

Ainda assim quanto à norma regulamentar, que a princípio deveria apenas agregar níveis de concreção, não pode extrapolar dos limites da hierarquia normativa, no que diz respeito a direitos e obrigações dos administrados, dada a secundariedade da espécie na ordem jurídica brasileira, na hipótese em face da Lei nº 9.250/95 e 5.614/70.

Da pessoa jurídica e dos sócios

Numa outra linha de argumentação, vale ressaltar que a pessoa jurídica, como é cediço na doutrina e jurisprudência, possui personalidade jurídica e patrimônio diferenciados da dos seus sócios, não sendo admissível, via de regra, a interpenetração das esferas jurídicas respectivas, senão que naquelas hipóteses em que se admite a desconsideração da pessoa jurídica.

Nada obstante, a inversão da teoria do *disregard* para fazer incidir sobre a esfera jurídica da empresa as consequências dos débitos fiscais dos seus sócios, seria, no mínimo, inusitada.

No mesmo sentido, *mutatis mutandis*, as seguintes decisões:

“Tributário. Inscrição no CGC. Filial. Indeferimento. Sócio. Inadimplemento.

1. Não é lícito ao fisco exigir da empresa, em situação regular, que pretenda abrir filial, que seus sócios estejam em situação fiscal regular, tanto quanto a obrigação tributária como a acessória, para deferir pedido de inscrição no Cadastro Geral de Contribuintes – CGC. Trata-se de uma forma indireta e fácil de cobrar o tributo, quando a cobrança deve ser feita via execução fiscal.

2. Merece elogios a apresentação ordenada, concatenada, precisa, dos documentos trazidos pela impetrante, facilitando o manuseio dos autos” (TRF, 1ª Região, 3ª Turma, relator Juiz Tourinho Neto, decisão de 14.4.98, AMS 010000093/MG, publicado no DJ de 8.5.98, pág. 95, ac. unânime).

“Constitucional e Tributário. Negativa de inscrição de firma no CGC/MF. Instrução Normativa nº 112/94 da SRF. Inconstitucionalidade.

1. A exigência para a inscrição da pessoa jurídica no CGC/MF de que seus sócios tenham prestado declarações de renda nos últimos cinco (5) anos é inconstitucional.

2. Tal exigência afronta o art. 170, parágrafo único, da Constituição Federal, que assegura o livre exercício de qualquer atividade econômica” (TRF, 2ª

Região, 2ª Turma, relator Desembargador Ney Valadares, decisão de 24.6.97, REO 0239112/RJ, publicado no DJ de 5.8.97, pág. 59, ac. unânime).

Ademais, a UNIÃO FEDERAL, bem como o DISTRITO FEDERAL, ESTADOS e MUNICÍPIOS, dispõem de via própria para a cobrança de seus créditos, a saber a execução fiscal, disciplinada na Lei nº 6.830/80, sendo certo que a admitir-se como legítima a utilização do expediente em comento com a finalidade de reduzir a inadimplência, teríamos que descon siderar um dos princípios basilares do Estado de Direito, o *due process of law*.

Isto posto, **CONCEDO A SEGURANÇA** para determinar à autoridade impetrada que proceda à inscrição da Impetrante no CNPJ, fornecendo o respectivo cartão, independentemente da quitação de débitos fiscais eventualmente existentes.

Custas *ex lege*. Sem honorários, ante os termos das Súmulas 512 do STF e 105 do STJ.

Sentença sujeita ao duplo grau obrigatório de jurisdição.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se e oficie-se.

Rio de Janeiro, 12 de novembro de 1998.

LUCY COSTA DE FREITAS FILHA

Juíza Federal Substituta no exercício da titularidade plena da 11ª Vara

SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
15ª Vara Federal

Ação Ordinária

Processo: 92.0053050-8
Autora: CLARKE MODET DO BRASIL LTDA.
Réu: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS
Juíza: Drª CLÁUDIA VALÉRIA BASTOS FERNANDES

SENTENÇA

CLARKE MODET DO BRASIL LTDA., qualificada na inicial, ajuizou a presente Ação Ordinária em face do INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS, visando a anulação do débito fiscal, com relação aos lançamentos da NFLD nº 35680/88, referente à diferença de contribuições sociais e da NDFG nº 3526/88, referente à cobrança de depósitos de FGTS, sob as alegações contidas nos relatórios fiscais de fls. 24 e 37, segundo as quais, tais cobranças teriam origem na contratação de trabalhadores autônomos, mas que, na realidade, eram empregados com vínculo empregatício.

Alega a Autora, além da decadência do prazo para lançamento, que a Ré não possuía competência para reconhecer o vínculo de emprego e nem mesmo elementos para isso.

Inicial instruída com procuração e documentos (fls.17/54).

Regularmente citada, a Ré refuta a pretensão, nada informando sobre a preliminar de decadência e no mérito, sustentando a legalidade de cobrança, eis que caracterizada a relação de emprego, pois se trata de trabalhadores inseridos na atividade-fim da empresa, de forma não eventual.

Em réplica (fls. 65/67), a Autora reafirma os argumentos contidos na inicial.

Instadas as partes a produzirem provas, informaram que não havia provas a produzir.

É o relatório.

Passo a decidir.

Da decadência

Inicialmente, rejeita-se a arguição de decadência sustentada pela Autora, tendo em vista que, em se tratando de contribuições previdenciárias e fundiárias, anteriores, inclusive, ao ano de 1988, o prazo para constituição do crédito é de 30 (trinta) anos, aplicando-se à hipótese a Emenda Constitucional nº 08/77.

Nesse sentido, inclusive, segue a Jurisprudência:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS E AO FGTS. PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA. PRAZO DE TRINTA ANOS.

FGTS e as contribuições previdenciárias só tiveram a natureza jurídica concebida como tributária até o advento da Emenda Constitucional nº 8/1977, quando perderam essa característica e passaram a ser consideradas contribuições sociais, cujo prazo de prescrição e decadência, não mais regulados pelo CTN, ficou estabelecido em trinta anos. Precedentes. Recurso a que se negou provimento. Decisão unânime (STJ, 1ª Turma, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, REsp. nº 0097926, DJ 11/11/96).

EXECUÇÃO FISCAL. FGTS. PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA. CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ART. 165, XIII. EC Nºs 1/69 E 8/77. CTN, ARTS. 173 E 174. LEIS Nºs 3807/60, ART. 144, 5107/66 E 6830/80, ART. 2º, § 9º. DECRETO Nº 77077/76, ART. 221. DECRETO Nº 20910/32. SÚMULAS Nºs 107, 108 E 219 – TFR.

1. O FGTS, cuja natureza jurídica, fugidia dos tributos, espelha a contribuição social, para a prescrição e decadência, sujeita-se ao prazo trintenário.

2. Precedentes STF e STJ.

3. Recurso provido (STJ, 1ª Turma, REsp. nº 1874/90, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJ 09/05/94, p. 10801).

No mérito

Razão assiste à parte autora.

Entendo que o Instituto-réu, através de seus agentes, não possui competência para reconhecer vínculo de emprego entre trabalhadores e empresas, porquanto esta limita-se, na hipótese, à autuação de créditos oriundos de uma relação de emprego inequivocamente evidenciada, o que, por si só, já torna nulo o ato administrativo.

Demais disso, mesmo que seja considerada a competência do Instituto-réu nesse sentido, ressalto que não restou evidenciada de forma cabal e inequívoca a relação de emprego daqueles trabalhadores que ensejaram a cobrança das contribuições em questão.

O simples fato de a empresa, de forma habitual, contratar trabalhadores autônomos, por si só, não é suficiente para caracterizar uma relação de emprego.

Isso porque não se confunde a habitualidade com a não-eventualidade, pois a primeira diz respeito à prática regular de uma atividade, sem que, necessariamente, seja essencial e permanente na atividade-fim da empresa, ao passo que, a segunda, refere-se ao desempenho de uma atividade essencial e que tenha necessidade de permanência na atividade-fim da empresa.

Logo, o fato de a empresa utilizar-se de trabalhadores autônomos habitualmente não é o bastante para considerá-los empregados em sentido estrito.

Ademais, ao elemento NÃO EVENTUALIDADE deve estar associado o da SUBORDINAÇÃO JURÍDICA, que é a submissão do empregado ao Poder Diretivo do empregador, inexistente, pois, no caso dos trabalhadores autônomos e sequer comprovada nos autos, de modo a sustentar a relação empregatícia alegada pelo Réu.

Assim sendo, considerando-se que os lançamentos contidos na NFLD nº 35680/88 e na NDFG nº 3526/88 foram efetuados com base na existência de relação empregatícia duvidosa, porquanto apurada apenas através de simples relatórios fiscais, desprovidos de qualquer legitimidade para tanto, não há como reconhecer-lhes a validade, razão pela qual procede o pedido.

Conclusão

Isto posto, julgo PROCEDENTE o pedido para declarar a nulidade dos débitos fiscais lançados através da NFLD nº 35680/88 e da NDFG nº 3526/88, na forma da fundamentação *supra* que passa a integrar o presente *decisum*.

Condeno, ainda, o Réu a pagar honorários advocatícios na base de 5% do valor da causa, na forma do art. 20, § 4º, do CPC.

Custas *ex vi legis*.

Sentença sujeita à remessa necessária.

P.R.I.

Rio de Janeiro, 3 de fevereiro de 1999.

CLÁUDIA VALÉRIA BASTOS FERNANDES

Juíza Federal Substituta em exercício na 15ª Vara

SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
18ª Vara Federal

Mandado de Segurança

Processo: 98.0012300-8
Impetrante: MONAG MONTAGENS INDUSTRIAIS LTDA.
Impetrados: SUPERINTENDENTE REGIONAL DO INSS NO RIO DE JANEIRO E OUTRO
Juíza: Drª EDNA CARVALHO KLEEMANN

SENTENÇA

Vistos etc.

01. MONAG MONTAGENS INDUSTRIAIS LTDA. aforou Mandado de Segurança Preventivo, em face do Superintendente Regional do INSS no Rio de Janeiro, a fim de ver afastado todo e qualquer ato coator em relação à compensação, que vem exercendo, dos valores relativos à contribuição do salário-educação, indevidamente recolhidos no período de maio de 1989 a março de 1997. Requereu a citação, para integrar o pólo passivo do *mandamus*, do FUNDO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCAÇÃO – FNDE, como destinatário da receita tributária.

02. Como causa de pedir assevera que o salário-educação, inicialmente instituído pela Lei nº 4.440/64, passou a ser regulamentado pelo Decreto-Lei nº 1.422/75, que delegava ao Poder Executivo a faculdade de fixar a alíquota incidente. Com a entrada em vigor da Carta Magna de 1988 e decorrido o prazo de 180 dias, outorgado pelo art. 25 do ADCT, o referido decreto foi sumariamente revogado, pelo que, a partir de maio/89 até a vigência e eficácia da Lei nº 9.424/96, todos os valores recolhidos a título de salário-educação são indevidos e passíveis de compensação, nos termos do art. 66 e parágrafos da Lei nº 8.383/91.

03. Instrumentando a exordial, vieram os documentos de fls. 21 *usque* 42, entre os quais demonstrativo dos valores indevidamente pagos a título de salário-educação durante o período questionado: as custas foram recolhidas (fls. 43).

04. A liminar foi concedida em fundamentada decisão do então Juiz Titular desta Vara Federal, que, reconhecendo a existência da plausibilidade do direito postulado e do perigo na demora, deferiu a compensação tributária com os créditos vencidos e vincendos, integralmente, com a própria contribuição para o salário-educação, sem qualquer limitação (fls. 49/54).

05. Notificada, a Autoridade Impetrada apresentou informações (fls. 56/83), argüindo, preliminarmente, sua ilegitimidade passiva *ad causam*, por não ser o salário-educação contribuição para a Seguridade Social, competindo ao INSS tão-somente a sua arrecadação, mediante remuneração (1%), com repasse ao Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação.

06. Em prejudicial de mérito, alega a extinção do direito de pleitear a restituição ou compensação dos valores recolhidos há mais de cinco anos. No mérito, defende a constitucionalidade das normas regulamentadoras do salário-educação, ao argumento de que o Decreto-Lei nº 1.422/75 foi recepcionado pela Constituição Federal. Admitida a compensação, deverão ser observadas as limitações decorrentes da prova de ter a Impetrante suportado o ônus do tributo, bem como do percentual de 30% imposto pelo art. 89, § 3º, da Lei nº 8.212/91, nova redação.

07. Às fls. 85/101, o INSS noticia a interposição de Agravo de Instrumento contra a concessão da liminar, inexistindo, nos autos, informações acerca do julgamento do recurso.

08. O FUNDO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCAÇÃO – FNDE, ingressando na lide como litisconsorte necessário (fls. 105/141), levantou prejudicial de litispendência face a distribuição anterior de mandado de segurança com o mesmo objeto, ajuizado perante a 1ª Vara Federal desta Seção Judiciária; e arguiu a carência da ação, diante da impossibilidade de declarar-se inconstitucional uma norma pré-constitucional frente à nova Constituição Federal.

09. Em prejudicial de mérito, sustenta a prescrição quinquenal da pretensão da Impetrante. No mérito, em longo arrazoado, defende a constitucionalidade da exação impugnada; a recepção do Decreto-Lei nº 1.422/75; a legalidade da Lei nº 9.424/96 e sua validade a partir de 1º de janeiro de 1997.

10. O MPF, em parecer de fls. 143/155, defende a constitucionalidade das normas legais instituidoras do salário-educação, arrecadado a longo tempo sem que lhe fosse questionada a validade. *Ad argumentandum*, se inconstitucionalidade lhe fosse imputada, não poderia ter efeitos retroativos, em prol da segurança jurídica e dos riscos e prejuízos, irreparáveis para a educação, em caso de reconhecimento da inconstitucionalidade *ex tunc*. Finaliza o *Parquet* Federal opinando pela denegação da segurança.

É O RELATÓRIO. DECIDO.

11. A Impetrante, ao pressuposto da não-recepção do Decreto-Lei nº 1.422/75 pela nova ordem constitucional, pretende ver declarado pelo Judiciário o seu direito à compensação dos valores recolhidos a título de salário-educação, desde a revogação do aludido decreto-lei (maio/89), em face do art. 25 do ADCT/88, até a vigência da Lei nº 9.424/96, que, segundo entende, seria a partir de março/97, ficando a Autoridade Impetrada impedida de lançar os créditos quitados pela via da compensação tributária.

12. Dos efeitos da concessão da ordem, emana a legitimidade passiva *ad causam* do Superintendente do INSS pois, conforme reconhece nas informações, ao Órgão Previdenciário compete fiscalizar, arrecadar, lançar e cobrar, administrativa e judicialmente, a contribuição do salário-educação. Afasto, desta forma, a preliminar argüida pela Autoridade Impetrada.

13. Igualmente, deixo de reconhecer a preliminar de mérito levantada pelo litisconsorte passivo, por entender que o mandado de segurança é via própria para obter a declaração do direito à compensação tributária, sendo hoje matéria sumulada pelo E. Superior Tribunal de Justiça, nos termos do Verbete nº 213, *verbis*:

“O MANDADO DE SEGURANÇA CONSTITUI AÇÃO ADEQUADA PARA A DECLARAÇÃO DO DIREITO À COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA”.

14. Inexistente, por outro lado, a alegada litispendência de ações, nos termos das informações de fls. 46 e 47, que comprovam a extinção, sem julgamento de mérito, do *mandamus* aforado perante a 1ª Vara Federal, autuado sob o nº 98.0009991-3.

15. Afasto a alegada extinção do direito à compensação, argüida pela Autoridade Impetrada e pelo litisconsorte passivo, em razão da pretensa prescrição dos créditos a serem compensados. As contribuições do salário-educação são lançadas pelo contribuinte, dependendo, para a extinção da obrigação tributária e conseqüente início do prazo prescricional, de homologação pela Autoridade Arrecadadora do tributo ou do decurso do prazo de cinco anos (homologação tácita). Sendo assim, antes da homologação e/ou do decurso do prazo de 5 anos, não se inicia a contagem da prescrição quinquenal, consoante tem, reiteradamente, entendido o E. Superior Tribunal de Justiça.

16. Vencidas as preliminares e as prejudiciais de mérito, passo à análise do mérito, que comporta o exame da legalidade ou não da exigibilidade do salário-

educação no período questionado pela Impetrante, bem como a possibilidade de sua compensação com parcelas vencidas e vincendas da mesma contribuição.

17. Como bem ponderou o Ilustre Procurador da República, subscritor do parecer de fls. 143/155, o denominado salário-educação é de vital importância para a manutenção do já combalido sistema de ensino público, especialmente o de primeiro grau. Não obstante a relevância da destinação constitucional desse tributo, não se podem postergar os princípios, também constitucionais, que regulamentam o poder de tributar. O respeito a esses princípios é garantia fundamental do cidadão e, portanto, não olvidada a importância da exação, os argumentos apresentados neste *mandamus* merecem exame cuidadoso e exauriente.

18. O salário-educação, sem conotação de tributo, foi introduzido na nossa ordenação jurídica pela Lei nº 4.440/64, que, nos artigos 2º e 3º c/c art. 8º, contemplava complexa fórmula de apuração (base de cálculo e alíquota). Logo depois, veio a lume a Lei nº 4.863/65 que fixou a alíquota de 1,4% para o salário-educação, nos termos do art. 35. Durante mais de dez anos, esse gravame foi sendo exigido dos contribuintes, pela alíquota 1,4% da folha de salários, até a edição do Decreto-Lei nº 1.422/75, este nascido já sob a égide da Emenda Constitucional nº 1 à Constituição de 1967.

19. O indigitado decreto-lei modificou as regras da contribuição do salário-educação, delegando ao Poder Executivo a prerrogativa de estipular a alíquota, *mediante demonstração de efetiva variação do custo real unitário do ensino de primeiro grau* (art. 1º, § 2º). A alíquota, então, foi alterada para 2,5% pelos Decretos nºs 76.923 e 87.043. Posteriormente, já sob a égide da Carta Constitucional de 1988, o Poder Executivo cuidou de editar a Medida Provisória nº 1.518/96, que não logrou conversão em lei, sendo revogada pela Lei nº 9.424/96, que regulou integralmente a matéria. Pela Lei em comento foi mantida a alíquota de 2,5% aplicada sobre o *total das remunerações pagas ou creditadas, a qualquer título, aos segurados empregados* (art. 15). Mais recentemente, têm sido editadas e reeditadas medidas provisórias (1.565/97; 1.607-13/98) que se destinam a regulamentar a Lei nº 9.242/96.

20. A Impetrante pretende obter guarida do Poder Judiciário para compensar a integralidade dos valores do salário-educação que, no seu entendimento, teriam sido recolhidos indevidamente, por força do revogado Decreto-Lei nº 1.422/75, com débitos atuais, instituídos pela Lei nº 9.424/96, corrigidos monetariamente.

21. Diferentemente do posicionamento adotado por alguns julgados de que tenho notícia, proferidos em sede de cognição sumária, vejo a questão *sub judice* sob outro prisma, ratificando o entendimento do Ilustre Juiz Newton de Lucca, do E. TRF/3ª Região, esposado em voto proferido no julgamento do Agravo de Instrumento nº 57.502. Entendo que o salário-educação é exigível nos termos do art. 35 da Lei nº 4.863/65, que só veio a sofrer revogação com a recente Lei nº 9.424/96.

22. A esta conclusão não é difícil chegar-se, efetuando um exame da inconstitucionalidade, ainda que parcial, do Decreto-Lei nº 1.422/75, diante da Constituição vigente à época de sua edição. Se é verdadeira a impossibilidade de declarar-se inconstitucional, perante a Carta Magna vigente, uma norma pré-constitucional, a mesma lógica inaplica-se ao exame da constitucionalidade da norma frente à Constituição vigente à época de sua elaboração.

23. Indubitavelmente, a disposição do art. 1º, § 2º, do Decreto-Lei nº 1.422/75 (que expressamente revogou a Lei nº 4.440/64 e, tacitamente, as disposições legais em contrário), ao delegar poderes ao Executivo para, por decreto, fixar as alíquotas do salário-educação, padece do vício da inconstitucionalidade perante a Constituição de 69, uma vez que exorbitou as limitações constitucionais ao poder de tributar, **vigentes em seu tempo**, consoante art. 6º da CF/69, *verbis*:

"Art. 6º São poderes da União, independentes e harmônicos, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Parágrafo único. Salvo as exceções previstas nesta Constituição, é vedado a qualquer dos Poderes delegar atribuições; quem for investido na função de um deles não poderá exercer a de outro".

24. As exceções contempladas no dispositivo *supra* diziam respeito, unicamente, à possibilidade de edição, pelo Executivo, de decretos-leis e leis delegadas, e, portanto, não abrangiam autorização para que a estipulação da alíquota de tributo ou de contribuição se efetivasse por meio de simples decreto.

25. Sendo assim, o Decreto-Lei nº 1.422/75 e decretos que estipularam a alíquota do salário-educação, pode-se afirmar, mostraram-se inconstitucionais, perante a Constituição então vigente, a qual apenas outorgava ao Executivo liberdade para alterar alíquota dentro de parâmetros previamente fixados em lei. Assim, ao Congresso caberia fixar uma faixa com valor máximo e mínimo, dentro da qual o Poder Executivo poderia, por decreto, fazer variar a alíquota do salário-educação, *verbi gratia*, ocorre hoje com alguns tributos federais (CF/88, art. 153, § 1º).

26. Vista a questão sob este ângulo, inconstitucional, desde a sua edição, segundo a ordem constitucional vigente, se me afigura o art. 1º, § 2º, do Decreto-Lei nº 1.422/75. A inconstitucionalidade de uma norma de lei, ainda que reconhecida *incidenter tantum*, importa na sua inexistência ou nulidade absoluta. Neste sentido, proclama Francisco Campos, em sua obra *Direito Constitucional*, vol. 1/430, *verbis*:

"Um ato ou lei inconstitucional é um ato ou uma lei inexistente; uma lei inconstitucional é lei aparente, pois que, de fato ou na realidade, não o é. O ato ou lei inconstitucional nenhum efeito produz, pois que inexistente de direito ou é para o Direito como se nunca houve existido".

27. Como consequência da inconstitucionalidade do art. 1º, § 2º, do Decreto-Lei nº 1.422/75, temos a sua inexistência para o Direito. E uma norma legal inexistente, por seu turno, não pode revogar tacitamente uma lei, formal e materialmente, constitucional, como sói ser a Lei nº 4.863/65 a qual fixou a alíquota do salário-educação em 1,4%.

28. Portanto, ainda que todas as demais disposições contidas no indigitado decreto-lei tenham tido vigência e, efetivamente, tenham revogado as normas contidas na Lei nº 4.440/64, o mesmo não ocorreu com o art. 1º, § 2º, que delegava ao Executivo a fixação da alíquota incidente, via decreto. Este artigo, como os Decretos nºs 76.923 e 87.043, que estabeleceram, em 2,5%, a alíquota do salário-educação, por inconstitucionais, não tiveram aplicabilidade válida, não tendo força para revogar a Lei nº 4.863/65, especialmente o seu artigo 35, esta recepcionada pela atual Carta Constitucional.

29. Concluindo, entendo que a exigibilidade do salário-educação, como contribuição especial com destinação constitucional específica, encontra legitimidade no art. 35 da Lei nº 4.863/65, sendo devido, desde então, pela alíquota, legalmente estabelecida, de 1,4%. Pois a inconstitucionalidade do art. 1º do Decreto-Lei nº 1.422/75, reconhecida à luz dos princípios constitucionais da tributação à época da Constituição de 1969, equivale à inoperância das novas alíquotas fixadas por Decreto, remanescendo válido e eficaz o comando da Lei nº 4.863/65, que fixou a alíquota do salário-educação, *verbis*:

"Art. 35. (*omissis*)

§ 2º As contribuições a que se refere este artigo integrarão, com as contribuições de previdência, uma faixa única de 28% (vinte e oito por cento), incidente, mensalmente, sobre o salário de contribuição definido na legislação social e assim discriminada:

CONTRIBUIÇÕES	DOS SEGURADOS	DAS EMPRESAS
I – geral da previdência	8,0%	8,0%

II – 13º salário	1,2%
III – salário-família	4,3%
IV – salário-educação	1,4%
V – Legião Brasileira de Assistência	0,5%
VI – SENAI e SENAC	1,0%
VII – SESI e SESC	2,0%
VIII – Instituto Nacional de Desenvolvimento Agrário	0,4%
IX – Banco Nacional de Habitação	1,2%
TOTAL	<u>8,0%</u>
	<u>20,0%</u>

30. Diante das normas existentes acerca do salário-educação, válidas e eficazes, até a edição da Lei nº 9.424/96, utilizando-se da interpretação sistemática das normas jurídicas, conclui-se que o salário-educação persistiu como contribuição sobre a folha de salários por força do Decreto-Lei nº 1.422/75, cuja inconstitucionalidade cingiu-se ao art. 1º, § 2º, que delegava a fixação das alíquotas ao Executivo. Inoperante este comando (já que uma norma legal inconstitucional equivale a um "nada jurídico"), como a lei tem vigência desde a sua publicação até ser revogada, expressa ou tacitamente, pela lei nova (LICC/art. 2º e parágrafos), entendo que o salário-educação, como contribuição com destinação específica, pôde ser validamente arrecadado, segundo a alíquota prevista pela Lei nº 4.863/65, que não foi revogada expressa ou tacitamente pelo indigitado decreto-lei.

31. Na interpretação constitucional, merece relevo o princípio da continuidade da ordem jurídica. Luis Roberto Barroso esclarece que "ao entrar em vigor, a nova Constituição depara-se com todo um sistema legal preexistente. Dificilmente a ordem constitucional recém-estabelecida importará em um rompimento integral e absoluto com o passado. Por isso, toda a legislação ordinária, federal, estadual e municipal que não seja incompatível com a nova Constituição conserva sua eficácia" (*in Interpretação e Aplicação da Constituição*, Saraiva, 1996, p. 64). Em nome da continuidade da ordem jurídica e no contexto de uma interpretação harmônica e integrativa do sistema jurídico, reconheço a validade e eficácia da cobrança do salário-educação à alíquota de 1,4%, com fulcro na Lei nº 4.863/65 (art. 35) e não no Decreto-Lei nº 1.422, inconstitucional perante não só a Constituição atual, como também perante a Constituição vigente à época de sua edição.

32. A Lei nº 4.863/65, art. 35, justificou a cobrança do salário-educação durante quase dez anos, até a edição do indigitado decreto-lei, o qual, no entanto, embora tivesse sobrevivido, nasceu inconstitucional (é ato inexistente), perante a Carta anterior, ao delegar ao Executivo o poder de, por simples decreto, fixar a alíquota da referida contribuição.

33. A inconstitucionalidade do art. 1º do Decreto-Lei nº 1.422/75, desde o seu nascimento, além de contaminar os decretos que fixaram a alíquota do salário-educação, impediu que a nova norma revogasse lei anterior e constitucionalmente válida. Por isso, até o advento da Lei nº 9.424/96, concluo pela vigência e eficácia da Lei nº 4.863/65, plenamente recepcionada pela ordem constitucional vigente. No fenômeno da recepção o que é verdadeiramente imperativo é a compatibilidade entre o velho e o novo, ou, como nos ensina Pontes de Miranda: "As leis que continuam em vigor são todas as que existiam e não são incompatíveis com a Constituição nova".

34. O salário-educação, como contribuição especial com destinação constitucional específica, estava previsto nas Constituições anteriores, como foi consagrado pela atual Carta Magna. Sendo assim, inexistente incompatibilidade, material ou formal, da Lei nº 4.863/65 com a atual Carta, põe-se que se pôde garantir ter sido a mesma recepcionada pela ordem constitucional vigente, até sua revogação pela Lei nº 9.424/96, legitimando a cobrança da contribuição em comento, pela alíquota de 1,4% até 1º de janeiro de 1997.

35. De outro lado, a Lei nº 9.424/96, que reinstituíu perante a ordem constitucional vigente o salário-educação, pela alíquota de 2,5%, tem eficácia a partir de 1º de janeiro de 1997, e não de março, como sustenta a Impetrante, a ela não se aplicando a anterioridade nonagesimal, posto não se tratar o salário-educação de contribuição para a seguridade social. Tendo sido publicada no exercício de 1996, sua vigência se dá a partir do exercício seguinte, ou seja, a partir de 1º/janeiro/97.

36. Feitas as considerações *supra*, que delimitam não só os valores a serem compensados (diferença entre a alíquota paga de 2,5% e a alíquota efetivamente devida de 1,4%), bem como o início de vigência da Lei nº 9.424/96, passo à questão da compensação imediata do indébito.

37. A compensação, como modalidade de extinção do crédito tributário, vem reconhecida pelo Código Tributário Nacional, recepcionado como Lei Complementar, no artigo 170, exigindo que lei ordinária autorize a compensação tributária, fixando as garantias e o modo de proceder-se. Para esse mister, surgiu a Lei nº 8.383/91, artigo 66 e parágrafos, cujo dispositivo deixou claro e expresso que o contribuinte poderia compensar, já nos períodos subseqüentes, ou seja, a partir de 1º de janeiro de 1992, o valor do tributo pago indevidamente.

38. A Lei nº 8.383/91, em seu artigo 66, ao dispor que o contribuinte poderá efetuar a compensação, estabelecendo, desde logo, as condições a serem observadas, gerou para o contribuinte UM DIREITO (POTESTATIVO), consoante nos ensina Hugo de Brito Machado (*in Curso de Direito Tributário*, 8ª ed., p. 142). E o contribuinte, conforme voz hoje unânime dos Tribunais pátrios, pode exercer esse direito SEM TER QUE EFETUAR QUALQUER SOLICITAÇÃO À AUTORIDADE ADMINISTRATIVA, eis que se trata de um lançamento por homologação, cuja extinção do crédito tributário só se efetivará quando homologada pela autoridade fiscal.

39. Improcede a alegação da Autoridade Coatora no sentido de incomensurabilidade dos créditos da Impetrante por terem sido repassados ao consumidor (Súmula 546 do STE). A exação compensável tem natureza de contribuição especial, não estando vinculada a uma mercadoria ou serviço de molde a possibilitar o fenômeno da repercussão, conforme já decidiu o Tribunal Regional Federal da 3ª Região, *verbis*:

"COMPENSAÇÃO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. AUTÔNOMOS ETC. EXAÇÃO SUPOSTADA PELO EMPREGADOR. LIMITAÇÃO.

1. É indevida a contribuição previdenciária incidente sobre os pagamentos realizados a autônomos e administradores. Inconstitucionalidade declarada pelo Colendo Supremo Tribunal Federal.

2. A contribuição previdenciária debatida na presente demanda é exação suportada pelo empregador, vale dizer, é ele sujeito passivo da obrigação tributária em tela, circunstância que o legitima a pleitear a compensação do que desembolsou àquele título, posto não se tratar do denominado imposto indireto.

3. A limitação posta pelo art. 89, § 3º, da Lei nº 8.212/91 refere-se à compensação dos pagamentos realizados indevidamente, motivo pelo qual sequer cabe discuti-la aqui, por versar demanda sobre a repetição do indébito.

4. Apelação improvida" (Apelação Cível nº 97.03.015401-4/SP/363095, Relator Juiz Theotônio Costa, *in DJU*, 2, de 17.06.97, p. 44485 – grifei).

40. Por derradeiro, excludo, na hipótese aqui versada, a limitação imposta pela Lei nº 9.129/95, pois o salário-educação não é contribuição destinada ao financiamento da seguridade social, mas contribuição especial, com destinação constitucional específica, pelo que inaplicável as disposições da Lei nº 9.129/95.

41. Procedem, em parte, os argumentos da Impetrante, sendo-lhe legalmente possível compensar, pela diferença, os créditos decorrentes de pagamento do salário-educação à alíquota de 2,5%, com parcelas vencidas e vincendas do salário-educação instituído pela Lei nº 9.424/96. Declaro, pois, o direito da Impetrante à compensação, pela diferença de 1,1%, de todas as parcelas recolhidas a partir de maio/89, conforme pleiteado na exordial, até 31 de dezembro de 1996, sujeitando-se, a partir de 1º de janeiro de 1997, aos dispositivos da Lei nº 9.424/96, contra a qual não se insurgiu no presente *mandamus*.

42. Os valores recolhidos indevidamente deverão ser corrigidos, desde a data do respectivo recolhimento, pelos mesmos índices reais de inflação, devendo-se aplicar o INPC até dezembro de 1991, convertendo-os em UFIR em janeiro/92. Incabível a condenação em juros de mora, uma vez que a compensação tributária é de iniciativa do contribuinte, consoante vem decidindo o E. STJ (*in DJU*, 1, de 13.10.97, p. 51559, RE nº 121.377-RS) e ainda por falta de previsão legal.

43. A compensação, nos recolhimentos por homologação, é atividade do contribuinte, conjugada com a do Órgão Arrecadador: o primeiro, elaborando *a priori* os cálculos e fazendo a compensação; o segundo, controlando, *a posteriori*, a compensação para que não vá além da permissão legal. E a extinção do crédito tributário exigirá sempre a homologação pelo Órgão Arrecadador do tributo, de sorte que a compensação ora autorizada se fará sob a vigilância e fiscalização do INSS, extinguindo-se a obrigação tributária somente após a devida homologação.

44. *EX POSITIS*, nos limites da fundamentação *suso*, revogo parcialmente a liminar, para CONCEDER, EM PARTE, A SEGURANÇA, JULGANDO PARCIALMENTE PROCEDENTE O MANDAMUS, aforado por MONAG MONTAGENS INDUSTRIAIS LTDA. Autorizo a Impetrante, por força da presente sentença, a proceder à compensação dos valores recolhidos a maior a título de salário-educação (diferença entre a alíquota paga de 2,5% e a efetivamente devida de 1,4%), desde maio/89 até 31 de dezembro de 1996, devidamente corrigidas, desde a data dos respectivos recolhimentos, sem quaisquer limitações decorrentes da Lei nº 9.129/95. A compensação deverá ser efetuada com parcelas vencidas e vincendas do salário-educação, devidas por força da Lei nº 9.424/96, sem empeco da fiscalização pelo Órgão responsável, ficando a Autoridade Impetrada impedida de lançar pretensos créditos oriundos da compensação aqui autorizada; recusar emissão de CND ou, ainda, incluir o nome da Impetrante em lista do CADIN.

45. Custas *ex lege*. Sem honorários, *ex vi* Súmulas 512/STF e 105/STJ.

46. Sentença sujeita ao reexame obrigatório, nos termos do art. 12, parágrafo único, da Lei nº 1.533/51.

47. Determino à Secretaria, seja oficiado ao E. TRF/2ª Região, dando ciência ao Exmo. Sr. Relator do Agravo de Instrumento, noticiado às fls. 86/101, do inteiro teor desta sentença.

P.R.I. OFICIE-SE.

Rio de Janeiro, 15 de fevereiro de 1999.

EDNA CARVALHO KLEEMANN

Juíza Federal em exercício na 18ª Vara Federal

SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
24ª Vara Federal

Mandado de Segurança

Processo: 99.0003003-6
Impetrante: COMPANHIA VALE DO RIO DOCE
Impetrado: DELEGADO DA RECEITA FEDERAL NO RIO DE JANEIRO
Juíza: Drª FRANA ELIZABETH MENDES

SENTENÇA (tipo II):

Vistos etc.

COMPANHIA VALE DO RIO DOCE, qualificada na exordial, impetrou o presente Mandado de Segurança, objetivando a não-incidência do Imposto de Renda na Fonte sobre os rendimentos de operação de "swap", feita para fins de "cobertura" ("hedge") contratada com a ING-GUILDER Corretora de Câmbio e Títulos S/A e com o Banco Santander do Brasil S/A, liquidadas em 01.02.99 e em 10.02.99.

Aduz, basicamente, que o disposto no artigo 5º da Lei nº 9.779, de 19.01.99, é ilegal e inconstitucional, na medida em que modifica o conceito de renda, além de desrespeitar princípios constitucionais tributários.

A peça vestibular veio acompanhada dos documentos de fls. 20/122.

A liminar foi deferida, conforme decisão de fls. 132/136.

Regularmente notificada, a autoridade impetrada apresentou as informações de fls. 144/154, onde sustenta a legalidade e constitucionalidade dos procedimentos adotados.

Regularmente notificada, a autoridade impetrada apresentou as informações de fls. 144/154, onde sustenta a legalidade e constitucionalidade dos procedimentos adotados.

O Ministério Público Federal pugna pela concessão da segurança.

É O RELATÓRIO.

FUNDAMENTO E DECIDO.

Inicialmente, a preliminar suscitada há que ser refutada, na medida em que a autora juntou toda a documentação relativa aos contratos com cobertura de riscos financeiros, e o que se discute nestes autos é a incidência ou não do IRF sobre os valores objeto dos aduzidos contratos.

Trazendo à colação o escólio de Hely Lopes Meirelles (*in Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, "Habeas Data"*, 13ª edição, pp. 14/15, editora RT, 1991, São Paulo), tem-se que "direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se a sua existência for duvidosa; se a sua extensão ainda não estiver delimitada; se o seu

exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais...".

Cinge-se a *vexata quaestio* à verificação da constitucionalidade do disposto pelo artigo 5º da Lei nº 9.799/99, elucidando-se a natureza jurídica dos valores transacionados em contratos de cobertura de riscos financeiros, ou seja, operações de "swap", feitas para fins de cobertura ("*hedge*"), a fim de enquadrá-las no conceito de renda ou de indenização e, conseqüentemente, identificar a incidência ou não do imposto sobre a renda refido na fonte.

Visando proteger-se da variação cambial do real diante do dólar norte-americano, em relação à dívida expressa em contrato de empréstimo de moeda estrangeira celebrado pela impetrante, realizou esta operações de *hedge* mediante contratos de *swap*.

No escólio de Maria Chaves de Mello (*in Dicionário Jurídico*, 4ª edição, editora Barrister's, Rio de Janeiro, 1991), *hedging* é o contrato de compensação de perdas havidas nos negócios a termo, configurando o contrato de *swap* a permuta deste valor.

Maria Helena Diniz (*in Dicionário Jurídico*, Saraiva, São Paulo, 1998) define *swap* como a "operação consistente na troca de resultados financeiros decorrentes da aplicação de taxas ou índices sobre ativos ou passivos utilizados como referenciais. Tais operações de *swap* referenciadas em ouro, taxas de câmbio, taxas de juros e índices de preços são realizadas no mercado de balcão, por bancos múltiplos com carteira de investimento, sociedades corretoras de títulos e valores mobiliários, por conta própria ou de terceiros. Por exemplo, se uma empresa tiver sua receita em dólares e uma dívida em marcos alemães, temendo a desvalorização da moeda norte-americana, poderá, por meio de operação de *swap*, intermediada por uma instituição financeira, trocar a moeda ou até mesmo o indexador contratual para impedir qualquer perda eventual...".

A mesma autora refere-se ao *hedge* como sendo "espécie de venda a termo responsável pelo aumento de valor das obrigações do contratante, em que a moeda é o bem objeto do negócio. Tal procedimento visa neutralizar os efeitos da desvalorização. No caso de uma moeda, o real por exemplo, observa-se que sofre variação frente a outras, em virtude da oscilação do câmbio, causando, em alguns casos de contratos internacionais firmados em moeda estrangeira, aumento de valor das obrigações, uma vez que a moeda real pode desvalorizar-se rapidamente frente a outras moedas fortes...".

Dessume-se, portanto, que o objetivo do contrato de *swap* para operações de *hedge* (cobertura) é o de assegurar a parte contra variações cambiais que possam levar a prejuízo significativo, havendo, a final, uma espécie de indenização pelos mesmos que, como cediço, são garantidos pelas aplicações financeiras que a interessada tenha junto à instituição financeira contratada.

Na definição de De Plácido e Silva (*in Vocabulário Jurídico*), tem-se como indenização o seguinte:

"INDENIZAÇÃO. Derivado do latim *indemnis* (*indene*), de que se formou no vernáculo o verbo indenizar (reparar, recompensar, retribuir), em sentido genérico que exprimir toda compensação ou retribuição monetária feita por uma pessoa a outrem, para a reembolsar de despesas feitas ou para a ressarcir de perdas tidas. E neste sentido, indenização tanto se refere ao reembolso de quantias que alguém despendeu por conta de outrem, ao pagamento feito para recompensa do que se fez ou para reparação de prejuízo ou dano que se tenha causado a outrem".

Na órbita tributária é mister trazer-se à baila os ensinamentos do mestre da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Roque Antonio Carrazza (*in Curso de Direito Constitucional Tributário*, p. 377, 4ª edição, Malheiros Editores, São Paulo, 1993), ao ditar que "a legislação do IR não prevê isenções de indenizações. A razão disto é patente, já que as indenizações não são rendimentos e, nesta medida, refogem à tributação por via de imposto sobre a renda. Não há por que uma lei isentiva federal se ocupar com o assunto. (...) Realmente, as indenizações não são rendimentos. Elas apenas recompõem o patrimônio das pessoas. Nelas, não há geração de rendas ou acréscimos patrimoniais (proventos) de qualquer espécie. Não há riquezas novas disponíveis, mas reparações, em pecúnia, por perdas de direitos.

Na indenização, como é pacífico, há *compensação, em pecúnia, por dano sofrido*. Noutros termos, o direito ferido é transformado numa quantia de dinheiro. O patrimônio da pessoa lesada não aumenta de valor, mas simplesmente é repostado no estado em que se encontrava antes do advento do gravame (*status quo ante*).

Em apertada síntese, pois, na indenização inexistente *riqueza nova*. E, sem riqueza nova, não pode haver incidência do IR ou de qualquer outro imposto da competência residual da União (neste último caso, por ausência de indício de *capacidade contributiva*, que é o princípio que informa a tributação por meio de impostos).

Logo, as indenizações não são – nem podem vir a ser – tributáveis por meio de IR".

De outro lado, tem-se o conceito de renda estampado no artigo 43 do Código Tributário Nacional, onde aquela é sempre um produto, um resultado, quer do trabalho, quer do capital, quer da combinação destes dois fatores.

Conclui-se, por conseguinte, que para ocorrer incidência do imposto de renda, é indispensável que haja acréscimo patrimonial.

Ressalte-se, ademais, que o conceito de renda é constitucional, não podendo o legislador ordinário dilargá-lo, nem, tampouco, modificá-lo. José Arthur Lima Gonçalves (*in Imposto sobre a renda – pressupostos constitucionais*, p. 198, Malheiros Editores, São Paulo, 1997) ensina-nos que "qualquer que seja o conceito de renda adotado, presentes estão as noções de ganho patrimonial resultante de confronto entre elementos (ingressos e saídas) verificados ao longo de certo período. As definições podem variar em diversos aspectos (renda auferida, renda constituída, aumento patrimonial, ganho de capital etc.), mas não resta nenhuma dúvida quanto à necessidade de ocorrência de ganho efetivo, dentro de um determinado período.

Deveras, a Constituição somente admite a incidência de imposto sobre a renda quando tenha havido alteração positiva no patrimônio do contribuinte, no período. Fora daí, não se admite (a Constituição não tolera) incidência de imposto sobre a renda. E tal constatação só é possível ao cabo de um período de tempo determinado, dentro do qual a renda tenha sido auferida e ao cabo do qual ela possa ser quantificada".

Hugo de Brito Machado (*in Curso de Direito Tributário*, p. 219, 12ª edição, Malheiros Editores, São Paulo, 1997) ensina que "... E se assim é perante o sistema tributário disciplinado na Constituição, o CTN deixou essa questão fora de qualquer dúvida razoável, fixando, embora de modo bastante amplo, os conceitos de renda e de proventos. Não há renda, nem provento, sem que haja acréscimo patrimonial, pois o CTN adotou expressamente o conceito de renda como *acrécimo*. Já não é possível, portanto, considerar-se renda uma cessão gratuita do uso de imóvel, por exemplo, como pretendeu, seguindo os anteriores, o Regulamento do Imposto de Renda aprovado

pelo Decreto nº 84.450, de 4.12.80, em seu artigo 31, parágrafo único, segundo o qual era tributável "o valor locativo do prédio urbano construído, quando cedida seu uso gratuitamente, exceto quanto a dependente considerado encargo de família".

Após alcançar os significados das expressões renda e indenização, tem-se que os valores referentes aos contratos em análise possuem caráter indenitário, aproximando-se de uma compensação por perdas sofridas e não como elevação patrimonial.

O que releva considerar, destarte, é a real natureza das quantias em foco, como indenização pelos prejuízos advindos de alterações cambiais.

A contingência econômica atual do País, principalmente após a crise instaurada em janeiro p.p., com excessiva desvalorização do real em face da moeda norte-americana, torna cada vez mais delicada a situação daqueles que celebraram contratos em moeda estrangeira, seguros quanto à estabilidade econômica e credibilidade que o Brasil vinha apresentando até então.

O magistrado não pode colocar-se alheio a tais questões. Deve estar atento ao fato de que os processos de hermenêutica não podem deixar de levar em conta os comandos constitucionais, sob pena de transformar-se a Constituição jurídica em um simples pedaço de papel, na sugestiva expressão de Lassalle.

É necessário buscar-se o real sentido da lei, ou seja, a *mens legis* e não a mera vontade do legislador (*mens legislatoris*). Deve-se partir da interpretação gramatical, mas ir além desta. É função do jurista e do intérprete da lei investigar a *ratio legis*, ou seja, não a lei considerada em si mesma, inexistente como regra jurídica, mas sim aquela *resultante lógica de um complexo de ações e reações que se processam no sistema jurídico onde foi promulgada. A lei age sobre as demais leis do sistema; estas, por sua vez, reagem; a resultante lógica é a verdadeira regra jurídica da lei que provocou o impacto inicial (in Teoria Geral do Direito Tributário, Alfredo Augusto Becker, 2ª edição, São Paulo, Saraiva, 1972, pp. 183/184).*

No mesmo sentido, trago à colação os ensinamentos do professor da Universidade de Freiburg Konrad Hesse (*in Die normative Kraft der Verfassung – A força normativa da Constituição*, tradução de Gilmar Ferreira Mendes, 1991, Sérgio Fabris Editores, pp. 15, 19, 24 e 25), ao mencionar que: "... A Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. (...) Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes os juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional –, não só a vontade de poder (*Wille zur Macht*), mas também a vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*)...".

Mais adiante o conceituado autor dita: "... A Constituição jurídica logra conferir forma e modificação à realidade. Ela logra despertar 'a força que reside na natureza das coisas', tornando-a ativa. Ela própria converte-se em força ativa que influi e determina a realidade política e social. Essa força impõe-se de forma tanto mais efetiva quanto mais ampla for a convicção sobre a inviolabilidade da Constituição, quanto mais forte

mostrar-se essa convicção entre os principais responsáveis pela vida constitucional. Portanto, a intensidade da força normativa da Constituição apresenta-se, em primeiro plano, como uma questão de vontade normativa, de vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*).

A Constituição não está desvinculada da realidade histórica concreta do seu tempo. Todavia, ela não está condicionada, simplesmente, por essa realidade. Em caso de eventual conflito, a Constituição não deve ser considerada, necessariamente, a parte mais fraca. Ao contrário, existem pressupostos realizáveis (*realisierbare Voraussetzungen*) que, mesmo em caso de confronto, permitem assegurar a força normativa da Constituição...".

Fixada a premissa de que a operação em foco tem mero caráter indenizatório, não se configurando, portanto, em acréscimo patrimonial, resta saber se o artigo 5º da Lei nº 9.779, de 19 de janeiro de 1999, que alterou o tratamento dado às operações de *hedge*, onde inicialmente o IRF não incidia, a teor do disposto no artigo 77 da Lei nº 8.981/95 c/c a Lei nº 9.065/95, padece dos vícios apontados.

Dita o aduzido artigo, *in verbis*:

"Art. 5º Os rendimentos auferidos em qualquer aplicação ou operação financeira de renda fixa ou de renda variável sujeitam-se à incidência do imposto de renda na fonte, mesmo no caso das operações de cobertura (*hedge*), realizadas por meio de operações de *swap* e outras, nos mercados de derivativos".

A meu ver, tal diploma padece de dois vícios insuperáveis, um de ordem formal e outro de ordem material.

Quanto ao primeiro, observo que a Lei nº 9.779/99 foi oriunda da conversão da Medida Provisória nº 1.788, de 29 de dezembro de 1998.

Medida provisória não pode dispor sobre qualquer matéria tributária, sob pena de afronta ao princípio da tripartição das funções do poder, verdadeiro cânone do Princípio Republicano.

Apesar de já ter o Egrégio Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário nº 146.733-SP, se manifestado no sentido da possibilidade de criação ou majoração de tributos mediante medida provisória, desde que convertida em lei na forma e prazo previstos no artigo 62 da CF/88, ousou, com a devida vênia, discordar de tal posicionamento.

Como cediço, de acordo com o ordenamento constitucional vigente, os tributos, de modo geral, somente podem ser criados ou alterados mediante lei complementar (nas hipóteses dos artigos 148 e 154, I, da CF); lei ordinária; decreto-legislativo que ratifica tratado internacional, a teor do artigo 49, inciso I, da Lei Maior ou, ainda, decreto-legislativo que ratifica convênio sobre ICMS celebrado entre os Estados, além das exceções previstas na própria Carta Magna acerca da alteração de alíquotas referentes a tributos determinados.

Demais instrumentos infralegais são precários e inaptos à modificação da ordem jurídica tributária.

Vivemos um período em que, infelizmente, o "Estado Democrático de Direito" cinge-se a uma expressão estampada no artigo 1º da Lei Maior. A instabilidade impera, através de uma legislação, se é que assim pode ser chamada, cuja base repousa nas indigitadas medidas provisórias.

Está mais do que na hora de findar tal situação. Medidas Provisórias somente podem ser adotadas em casos de *relevância e urgência*, devendo ser, expressamente, *convertidas em lei, no prazo de 30 dias*.

Corroborando tais assertivas, trago à baila as lições de Sidney Souza Cruz (*in Revista de Direito Tributário* n° 54, ano 14, outubro/dezembro de 1990, Ed. Revista dos Tribunais Ltda., São Paulo, pp. 23/34), *in verbis*:

1. O art. 5º, II, da CF, consagra o Princípio da Legalidade quando preceitua: 'ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei'.
2. No art. 150 da Carta Magna, constata-se o Princípio da Legalidade quando diz: 'é vedado (...) exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça'.
3. Geraldo Ataliba asseverou: 'Os princípios são a chave e essência de todo o direito. Não há direito sem princípios'.
4. Os princípios constitucionais garantem o direito e asseguram a liberdade.
5. O Princípio da Legalidade Tributária encontra-se incorporado ao Código Tributário Nacional.
6. Somente a lei pode instituir tributo, bem como cabe a ela majorá-lo.
7. A política econômica necessita do Princípio da Legalidade Tributária. Este é necessário, principalmente, às empresas, em face de permitir a previsão de encargos tributários.
8. O Texto Constitucional da medida provisória é obscura, dando origem a substancial indagação na área jurídica.
9. O legislador não limitou o alcance da medida provisória. Contudo, é veículo inadequado a questões tributárias, pois fere os princípios da norma tributária constitucional.
10. As expressões 'relevância' e 'urgência', contidas no texto que trata da medida provisória, não são apropriadas aos preceitos constitucionais tributários.
11. Para os casos emergenciais tributários, a Constituição já prevê disposições peculiares. Prevê os casos urgentes.
12. A lei, na criação de tributos, é norma geral, pois passa por um processo legislativo, passando a ter existência e eficácia.
13. À luz do art. 62 da Carta Magna, a medida provisória é precária e instável. Não é lei.
14. A lei tributária tem sua aplicabilidade adiada, em face do princípio da 'Anterioridade' que dá segurança jurídica ao contribuinte.
15. A medida provisória tem eficácia e aplicação antecipada, gerando inteira insegurança. É contraditória aos princípios tributários.
16. A matéria fiscal sempre deverá ser tratada por lei.
17. A imposição fiscal, via medida provisória, é inconstitucional.
18. A lei é preponderante na área tributária, sendo sua importância demonstrada no art. 146 da Constituição, que trata da lei complementar.
19. A lei é que dispõe sobre conflito de competência tributária.
20. A medida provisória é instrumento inadequado para criar ou majorar tributos. Não é o meio formal...".

Não é outro o entendimento de Paulo de Barros Carvalho, ao asseverar que: "... Meditemos, por derradeiro, acerca do emprego de medidas provisórias no plano do direito tributário. A União poderá utilizá-las para criar tributo, estabelecer faixas adicionais de incidência em gravames já existentes ou, ainda, majorá-los? Cremos que não. E dois motivos suportam este entendimento: um, pela incompatibilidade da vigência imediata, elemento essencial à índole da medida, com o princípio da anterioridade (CF, art. 150, III, b); outro, de cunho semântico e pragmático, pela concepção de 'tributo' como algo sobre que os administrados devam expressar seu consentimento prévio. A noção de 'tributo', nos países civilizados, repele a exigência de parcelas do patrimônio dos indivíduos, por ação unilateral do Estado, considerando a iniciativa como fundada em idéia vetusta, que prevaleceu em tempos medievais e em ambientes de tirania. O intervalo de tempo em que vigora a medida, sem que o Poder Legislativo a aprecie, acolhendo-a, expõe os cidadãos, comprometendo direitos que lhes são fundamentais (propriedade e liberdade), expressamente garantidos na Carta Básica. Este intertempo, onde impera a vontade monárquica do Estado sem o conhecimento antecipado e o assentimento dos destinatários da pretensão, não se compagina também com a magnitude semântica que o termo 'tributo' ostenta nos dias atuais. Não valessem tais razões e a simples invocação do princípio da segurança do direito já seria bastante em si para inibir esse mecanismo de ação fiscal..." (in *Curso de Direito Tributário*, 4ª edição, 1991, Editora Saraiva, São Paulo, p. 57).

Exatamente por estarmos perante um "Estado Democrático de Direito", a saber, aquele "Estado de legitimidade justa (ou Estado de Justiça Material), fundante de uma sociedade democrática, qual seja, a que instaure um processo de efetiva incorporação de todo o povo nos mecanismos do controle das decisões e de sua real participação nos rendimentos da produção" (in José Afonso da Silva, *O Estado Democrático de Direito*, palestra proferida em 6.8.88, às 15 h, no I Encontro Nacional de Advogados, realizado em Belo Horizonte de 5 a 7.8.88, sob o patrocínio da Associação dos Advogados de Minas Gerais, publicada na RT 635, de setembro de 1988, pp. 07/13), é que se faz mister a obediência aos ditames constitucionais.

É inconteste, portanto, que normas tributárias devem ser obrigatoriamente interpretadas não só em consonância com o título VI da Carta Magna, mas, também, de acordo com os títulos I e II da Lei Maior, a fim de se respeitar princípios basilares de um Estado Democrático de Direito, como é o caso da República Federativa do Brasil, que são a certeza do direito e segurança jurídica.

Portanto, em obediência ao princípio da anterioridade, estampado no artigo 150, inciso III, alínea "b", da CF, se a norma fosse materialmente válida somente poderia ensejar a cobrança do tributo no exercício financeiro subsequente ao de sua criação, ou seja, somente a partir de 1º de janeiro de 2000.

Objetiva-se, com tais digressões, ressaltar a imperiosidade de adoção do princípio da não-surpresa em matéria tributária, já previsto na ordenação anterior.

O exercício do poder tributário, pelo Estado, submete-se, *in totum*, aos modelos jurídicos positivados no texto constitucional que institui, em favor dos contribuintes, limitações à competência estatal para impor e exigir as diversas espécies tributárias.

Para tanto, a Carta Magna criou um verdadeiro *estatuto do contribuinte*, que contempla um complexo de direitos concernentes aos limites intransponíveis pelos Poderes do Estado.

No escólio de Roque Antonio Carrazza (in *Curso de Direito Constitucional Tributário*, 4ª edição, editora Malheiros, 1993, São Paulo, pp. 235/236), tem-se que o

estatuto do contribuinte, como vimos, impõe limitações aos Poderes Públicos, inibindo-os de desrespeitarem os direitos subjetivos das pessoas que devem pagar tributos. Inexistisse, e o legislador poderia, por meio de uma tributação atrabiliária, até espoliar as pessoas. A Fazenda Pública, à míngua deste *estatuto*, não poderia ser impedida de fazer o mesmo. (...) O "estatuto do contribuinte" exige que a tributação, livre de qualquer arbitrariedade, realize a idéia de Estado-de-Direito. Às várias possibilidades de atuação da Fazenda Pública não de corresponder a garantia dos direitos de cada contribuinte. Quanto mais gravosa a intervenção tributária, tanto mais cuidadosamente deverá ser protegida a esfera de interesses dos indivíduos.

Heinz Paulick, ao depois de destacar que a administração financeira, como a administração pública em geral, tende à realização da idéia de Estado-de-Direito, acrescenta: "O moderno Direito Tributário já não conhece o súdito, que era um mero objeto da tributação. A atual administração financeira relaciona-se com o cidadão livre e emancipado, que possui, em virtude da Constituição, uma esfera jurídica própria, que exige ser respeitada, inclusive em todas as questões relativas à tributação".

Portanto, a tributação deve desenvolver-se dentro dos limites que a Carta Suprema traçou (fulminando o poder Tributário absoluto do Estado). Este objetivo é alcançado, basicamente, respeitando-se os direitos fundamentais do contribuinte e aquela faixa de liberdade das pessoas, onde a tributação não pode se desenvolver. É nesse sentido que Albert Hensel dizia que "o Direito Tributário é um direito intervencionista submetido à ordenação do Estado-de-Direito".

Em suma, o legislador ordinário da União, de cada Estado, de cada Município e do Distrito Federal encontra, na Carta Constitucional, perfeitamente delimitada, sua área de tributação.

Diante de tais digressões, vejo que os princípios relativos à matéria tributária devem ser vistos e interpretados como garantia constitucional instituída em favor dos contribuintes, que são os sujeitos passivos da atividade estatal no campo da tributação.

Além disso, a norma padece de um segundo vício, constante na intenção do legislador ordinário em alargar o conceito constitucional de renda acima verificado.

Finalmente, há que se tecer algumas considerações acerca da justificativa da autoridade impetrada, que passo a transcrever: "pelo exame da exposição de motivos anexa ao Projeto de Medida Provisória apresentada pelo Ministro da Fazenda ao Presidente da República, percebe-se que, por razões de política fiscal e em observância aos princípios constitucionais da isonomia e da generalidade, foram propostas normas relativas à tributação dos Fundos de Investimento Imobiliário e dos rendimentos auferidos em aplicação ou operação financeira de renda fixa ou variável, visando evitar o adiamento do pagamento do imposto sobre os ganhos daí decorrentes. Confira o item 8 da Exposição de Motivos: As novas normas têm por objetivo evitar a postergação ao pagamento do imposto sobre os ganhos e rendimentos auferidos pelos referidos fundos, tendo em vista a previsão de distribuição de lucros e a consequente incidência do imposto de renda na fonte. O artigo 5º trata da incidência do imposto de renda na fonte sobre os rendimentos auferidos em aplicações ou operações financeiras de renda fixa ou variável, incluindo, nessa forma de tributação, as de *hedge*, realizadas por meio de *swap* como forma de equalização com as demais operações realizadas no mercado financeiro, mantida, no entanto, a possibilidade de se reconhecer, integralmente nos balanços da empresa, eventuais perdas incorridas nessas operações" (grifei).

Embora no presente momento esteja sendo o Judiciário alvo de inúmeras críticas por parte das demais esferas de Poder, com o intuito de lhe transferir integralmente a responsabilidade pela crise econômica, social e política por que passa o País, os olhos mais atentos não podem estar cerrados para o fato de que este é o guardião maior da Constituição, determinando o seu respeito e efetivo cumprimento.

Razões "políticas" não podem embasar afronta aos ditames constitucionais. O interesse meramente arrecadatório não se compadece com os interesses públicos.

Trazendo novamente à colação José Arthur Lima Gonçalves (*in ob. cit.*, p. 77), tem-se que "o mero interesse arrecadatório, como interesse secundário, não pode sobrepor-se à legalidade, à isonomia e aos direitos individuais. E nenhuma justificativa do plano extrajurídico – tão em voga nestes tempos de crise fiscal do Estado, conforme preambularmente salientado – poderá servir de fundamento válido para a subversão dos princípios mais básicos do sistema constitucional brasileiro, iluminados todos eles pelo princípio da legalidade".

Quando se fala na prevalência de princípios, não se está fazendo mero exercício de retórica. É mister dar-se efetividade à expressão. O não-atendimento ao comando de um princípio constitucional é a forma mais grave de inconstitucionalidade ou ilegalidade, conforme nos ensina o professor Celso Antônio Bandeira de Mello (*in Elementos de Direito Administrativo*, p. 300, 2ª edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1991), "porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra".

Diante do exposto e de tudo o mais que dos autos consta, JULGO PROCEDENTE o pedido formulado no presente *mandamus* e, em consequência, CONCEDO A SEGURANÇA, para que a impetrante não sofra a incidência de IRF sobre os valores objeto de operação de *swap*, feita para fins de cobertura (*hedge*), conforme requerido no item 5.1, "d", de fl. 18, por considerar inconstitucional o disposto no artigo 5º da Lei nº 9.779, de 19 de janeiro de 1999, nos termos da fundamentação *supra*, que fica fazendo parte integrante deste dispositivo.

Indevidos honorários advocatícios, a teor das Súmulas nºs 512 e 105 dos Egrégios STF e STJ, respectivamente.

Custas *ex lege*.

Sentença sujeita a reexame necessário.

P.R.I.C. e *oficie-se*.

Rio de Janeiro, 25 de março de 1999.

FRANA ELIZABETH MENDES

Juíza Federal Substituta

SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
29ª Vara Federal**Ação Ordinária**

Processo: 95.0009599-8
Autor: DOREX ADMINISTRAÇÃO E PARTICIPAÇÕES LTDA.
Réus: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL E UNIÃO FEDERAL
Juiz: Dr. LUIZ NORTON BAPTISTA DE MATTOS

VISTOS, ETC.

DOREX ADMINISTRAÇÃO E PARTICIPAÇÕES LTDA., sucessora de DOREX COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA., já qualificada na petição inicial, ajuizou a presente AÇÃO ORDINÁRIA em face do INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL e da UNIÃO FEDERAL, objetivando a declaração da inexistência de relação jurídico-tributária entre a autora e os réus no tocante à exigibilidade da COFINS sobre as receitas de locação de imóveis e títulos imobiliários, as receitas de venda de imóveis construídos, em construção e de terrenos, as receitas de vendas de títulos e valores mobiliários e as receitas financeiras.

Aduziu, em síntese, que a Lei Complementar nº 70/91 instituiu a COFINS, determinando, em seu art. 2º, a sua incidência, à alíquota de 2% (dois por cento), sobre o faturamento mensal das empresas, assim entendido como a receita bruta das vendas de mercadorias e serviços de qualquer natureza.

Que mercadoria corresponde apenas a bem móvel, ou semovente, corpóreo, que se destina ao comércio, excluindo os bens imóveis. Conseqüentemente, as receitas de vendas de imóveis construídos, em construção, ou de terrenos, da locação de bens imóveis, da venda de títulos e valores mobiliários, e as receitas financeiras não se qualificam como receitas decorrentes da venda de mercadorias e da prestação de serviços, afastando a incidência da contribuição social em questão.

Juntou os documentos de fls. 07/21.

Custas recolhidas às fls. 22.

A União Federal, às fls. 30/38, ofereceu contestação, arguindo, preliminarmente, a inadequação do pedido formulado na inicial, eis que a autora não indica um caso concreto de litígio a ser solucionado pelo Poder Judiciário, pretendendo a obtenção de uma sentença de eficácia normativa para regular relações jurídicas futuras e incertas. No mérito, pleiteou a improcedência do pedido, sob o fundamento de que o conceito de faturamento deve ser entendido como receita operacional bruta, de sorte que todas as operações mencionadas na exordial podem ser enquadradas como serviços, inclusive, fazendo parte da lista de serviços arrolada pelo Decreto-Lei nº 406/68 para a incidência do ISS.

O Instituto Nacional do Seguro Social contestou, às fls. 39/41, suscitando, preliminarmente, a sua ilegitimidade passiva, sob o argumento de que a contribuição impugnada é arrecadada pela Receita Federal. No mérito, postulou a improcedência do pedido.

Réplica às fls. 44/46.

Instadas a especificarem provas, as partes requereram o julgamento antecipado da lide.

É o relatório. Passo a decidir.

Existem questões de índole processual, levantadas nas peças de bloqueio, a serem solucionadas antes do exame da pretensão formulada na petição inicial.

O primeiro ponto relaciona-se à invocada inadequação da via processual eleita, visto que, na ótica do segundo réu, a autora não teria apontado um conflito concreto de interesses, nem demonstrado que realiza as operações descritas na peça vestibular, almejando, em verdade, uma sentença de eficácia normativa, estando ausente, pois, o interesse de agir.

É cediço que a prestação jurisdicional a ser realizada através do processo não é dada a parte como simples instrumento de consulta acadêmica ao Poder Judiciário ou de interpretação da lei em situações abstratas. Isto significa dizer que o autor da ação deve demonstrar uma situação concreta litigiosa a exigir e tornar necessária a intervenção estatal na sua composição. Por outro lado, o Estatuto Processual Civil, em seu art. 4º, admite explicitamente as ações declaratórias, ficando configurado o interesse na sua propositura quando presente uma incerteza, objetiva e atual, a respeito da existência ou da inexistência da relação jurídica cuja declaração judicial é perseguida.

A tese de que a autora não comprovou desempenhar as atividades indicadas na inicial e para as quais colima o reconhecimento judicial da não-incidência da COFINS não resiste a uma análise atenta dos documentos apresentados quando do ajuizamento da ação.

Verifica-se, a partir do contrato social acostado às fls. 09/20, que a suplicante tem como objeto social as atividades, entre outras, de incorporação e construção civil, compra e venda de imóveis, administração de bens próprios, que envolve atividade de locação de imóveis – o que, inclusive, é corroborado pelo fato de o seu ato constitutivo (fls. 14/18) outorgar poderes aos seus diretores para alugar imóveis da sociedade, entre os atos destinados ao seu funcionamento regular – e de participação com capital, trabalho ou ambos em outras sociedades, o que abrange inexoravelmente a negociação de valores e títulos mobiliários representativos daquela participação, assim como a realização de operações de crédito, com a cessão do uso de seu capital financeiro às empresas das quais participa, percebendo, em contrapartida, receitas financeiras.

Restou configurada, outrossim, a incerteza jurídica no tocante à relação jurídico-tributária, cuja inexistência a autora pretende ver afirmada por este Juízo, uma vez que os próprios réus, em suas defesas, sustentam a exigibilidade do tributo.

Por conseguinte, esta ação é útil e necessária para o sujeito ativo, o que impõe a rejeição da preliminar.

O INSS alegou também a sua ilegitimidade passiva, estribada no fato de não arrecadar a exação nem a ele se destinar o produto de sua cobrança.

A legitimidade ad causam corresponde à coincidência entre os sujeitos ativos e passivos da relação de direito material e da relação de direito processual.

A contribuição social em tela tem a sua arrecadação cometida, nos termos do parágrafo único do art.10 da Lei Complementar nº 70/91, à Secretaria da Receita Federal, de sorte que é a União Federal o sujeito ativo da relação jurídico-tributária resultante da incidência da contribuição, sendo, pois, a única parte passiva legítima.

Assim sendo, acolho a preliminar de ilegitimidade passiva e julgo extinto o processo sem exame do mérito, em relação ao INSS.

Início a apreciação do mérito.

A autora colima exonerar-se do pagamento da COFINS sobre as receitas de venda de imóveis, de locação de imóveis, de venda de títulos e valores mobiliários e as receitas financeiras que, no seu entendimento, não se encaixariam no conceito de faturamento.

O art. 195 da Lei Fundamental, mediante os incisos I, II e III, em rol taxativo, determina que a seguridade social será financiada através de contribuições dos empregadores, incidentes sobre a folha de salários, o faturamento e o lucro, dos trabalhadores e sobre a receita dos concursos de prognósticos. As exações sobre as fontes de custeio aí relacionadas de forma exaustiva e fechada poderão ser instituídas por lei ordinária. É possível a criação de outras contribuições, com hipóteses de incidência diversas daquelas, devendo, nesse caso, por força do seu § 4º, o ato normativo instituidor observar as regras que norteiam a competência residual tributária da União Federal prevista no art. 154, inc. I, ou seja, a reserva de lei complementar, a ausência de cumulatividade e a impossibilidade de adoção de fato gerador ou de base de cálculo próprios dos impostos discriminados na Constituição.

A Lei Complementar nº 70, de 30 de dezembro de 1991, instituiu a contribuição social incidente sobre o faturamento – denominada de COFINS, com base no inciso I do art. 195 da Carta Magna, que, aliás, não exigia lei complementar para a sua criação.

A expressão faturamento utilizada pela Constituição Federal para a definição da competência tributária da União para a instituição de contribuição voltada para o financiamento da seguridade social vem sendo definida pela Corte Suprema, a partir do voto do Ministro Ilmar Galvão, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 150.764-PE, publicado na RTJ nº 147/1039, como a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza, isto é, o produto de todas as vendas de mercadorias e serviços, e não apenas das vendas acompanhadas de fatura, formalidade exigida somente das vendas mercantis a prazo.

A definição de mercadoria deve conter tudo aquilo que, possuindo valor econômico, pode ser objeto de compra e venda, e, portanto, de um empreendimento comercial, com o fim de lucro, atributos presentes nos imóveis destinados a comercialização.

A atividade de construção, incorporação e alienação de imóveis apresenta indisfarçável conteúdo mercantil, tanto que o legislador ordinário, através da Lei nº 4.068/62 e da Lei nº 4.591/64, confere a qualidade de comerciante à pessoa física e jurídica que desenvolva atividade de incorporação e a conseqüente alienação de imóveis, de forma habitual, com o escopo de lucro.

A locação de imóveis tem a natureza de serviço, sendo elencada entre os serviços sujeitos à incidência do ISS, de competência municipal, *ex vi* do item 79 da lista contida no Decreto-Lei nº 406, de 31/12/68.

Destarte, as receitas de venda e locações de imóveis inserem-se no conceito de faturamento.

A jurisprudência vem se manifestando neste sentido:

“COFINS. INCIDÊNCIA. VENDA DE IMÓVEIS.

As atividades de construir e alienar, comprar, alugar, vender imóveis e intermediar negócios imobiliários, estão sujeitas a COFINS, posto caracterizarem compra e venda de mercadorias, em sentido amplo, como empregou o legislador.

Recurso provido” (REsp. nº 149094-97/PB, STJ, 1ª Turma, Rel. Min. Garcia Vieira, j. 07/11/97, DJU de 15/12/97, p. 66314).

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL – COFINS. EMPRESA DEDICADA À CONSTRUÇÃO E COMERCIALIZAÇÃO DE IMÓVEIS. MERCADORIA. CONCEITO.

1. A Contribuição Social para Financiamento da Seguridade Social (COFINS), instituída pela LC nº 70/91, tem como fato gerador a venda de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza.

2. As empresas dedicadas à construção e comercialização de imóveis estão sujeitas ao seu pagamento, como prestadoras de serviços (a comercialização de imóveis), e mesmo porque os imóveis, como objeto de sua atividade econômica, constituem mercadoria. Mercadoria não é somente coisa móvel que esteja no comércio, mas tudo aquilo que, tendo valor econômico, seja objeto de mercancia.

3. Mandado de segurança denegado. Manutenção da decisão atacada”. (MS nº 95.01.11293-4/DF, TRF – 1ª Região, 2ª Seção, Rel. Juiz Olindo Menezes, j. 27/06/95, DJU de 28/08/95, p. 54577).

As atividades de venda de títulos e valores mobiliários, de empréstimo de capital e de participação em outras sociedades também têm a natureza de serviço, sendo assim qualificadas pelos itens 43 e 46 da lista de serviços do Decreto-Lei nº 406/68. As receitas de venda de títulos e valores imobiliários e as receitas financeiras se enquadram, outrossim, no conceito de receita bruta, o que, inclusive, já estava expresso no art. 22, § 2º, “b”, do Decreto-Lei nº 1.940/82 – diploma de regência da contribuição para o FINSOCIAL, que, por força do art. 56 do ADCT, gravou o faturamento das empresas, visando ao financiamento da seguridade social, até a edição da contribuição social em discussão, que tem a mesma hipótese de incidência.

Além disso, solução contrária implicaria situação anti-isonômica de privilégio para as empresas de venda de imóveis, de venda de títulos e valores mobiliários e que realizam operações financeiras, que estariam exoneradas de contribuir sobre as suas receitas brutas para o financiamento da seguridade social, em afronta à regra que ordena a vedação de tratamento desigual entre contribuintes que se encontram em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão da ocupação profissional ou da função por eles exercida (art. 150, II, da CF/88), e ao princípio da solidariedade financeira de toda sociedade no financiamento da seguridade social (art. 195, *caput*, da CF/88).

ISTO POSTO, COM FULCRO NO ART. 267, INC. VI, DO CPC, JULGO EXTINTO O PROCESSO SEM EXAME DO MÉRITO, em relação ao primeiro réu, INSS, condenando a autora a pagar-lhe as custas processuais e honorários advocatícios que fixo em 10% (dez por cento) do valor atribuído à causa, devidamente atualizado.

JULGO IMPROCEDENTE O PEDIDÓ, em relação ao segundo réu, União Federal, condenando a autora a pagar-lhe as custas processuais e honorários advocatícios, que fixo em 10% (dez por cento) do valor atualizado da causa.

Publique-se. Registre-se. Intime-se.

Rio de Janeiro, 30 de março de 1998.

LUIZ NORTON BAPTISTA DE MATTOS
Juiz Federal Substituto