
SUMÁRIO

DOCTRINA

<i>Carentes de Justiça</i> Marcelo Leonardo Tavares	10
<i>Democracia e Estado de Direito (Estado de Legitimidade e Estado de Legalidade)</i> Reis Friede	25
<i>A Tributação da Internet no Brasil e nos Estados Unidos</i> Valéria Medeiros de Albuquerque	35
<i>A Súmula nº 189 do STJ e o Interesse Público Justificador da Intervenção do Ministério Público no Processo Civil</i> José Eduardo Nobre Matta	45

JURISPRUDÊNCIA

<i>Direito Administrativo</i>	64
<i>Direito Civil</i>	179
<i>Direito Penal</i>	238
<i>Direito Previdenciário</i>	265
<i>Direito Tributário</i>	299

ÍNDICES

<i>De Siglas</i>	359
<i>Sistemático</i>	362
<i>Analítico</i>	366

DOUTRINA

CARENTES DE JUSTIÇA*

Marcelo Leonardo Tavares**

1. Introdução - 2. Direito à Assistência Jurídica Gratuita - 2.1. Conceito - 2.2. Natureza - 3. Assistência Judiciária Gratuita na Justiça Federal - 3.1. Espécies de Assistência Judiciária - 3.2. Defensoria Pública da União - 3.3. Assistência Voluntária por Advogado - 3.4. Assistência Nomeada por Advogado - 4. Conclusão

1. INTRODUÇÃO

O acesso à justiça pelas pessoas em igualdade de oportunidades inclui-se entre as grandes preocupações dos Estados como garantia de aplicação justa da ordem jurídica.

Na verdade, de pouco adiantaria a existência formal dos direitos se não houvesse preocupação com a efetivação da igualdade das partes no processamento dos litígios porventura decorrentes do desrespeito a esses direitos, bem como na possibilidade de esclarecimento e oferecimento de solução de problemas extrajudicialmente.

A assistência jurídica gratuita encontra-se prevista em diversos ordenamentos jurídicos e possui, na ordem pátria, normatização de estatura constitucional, além de longa tradição de previsão legislativa, desde os tempos imperiais. Em que pese isso, nem sempre houve uma preocupação sincera em se dar efetividade à norma, com a criação de mecanismos que proporcionassem a abertura real dos órgãos judiciários à população carente, seja porque resultasse em despesas para o Estado a criação e aperfeiçoamento das instituições que desempenhassem essas funções, ou porque a realização do acesso poderia possibilitar o aumento de litígios em face do próprio Estado, tantas vezes patrocinador de abusos e desrespeitos aos direitos individuais, além de lento implementador de políticas sociais. Como afirma José Carlos Barbosa Moreira¹ "De nada valeria inscrever na Constituição o princípio de que todos têm o direito de pleitear em juízo, se não se cuidasse de pensar no problema daqueles que, sentindo essa necessidade, não disponham todavia dos meios necessários para o custeio do processo. Houve quem dissesse ironicamente: a justiça, assim como o Hotel Ritz, está aberta a todos. É preciso que nós asseguremos concretamente a possibilidade do acesso, não ao Hotel Ritz, que, convenhamos, é supérfluo, mas à justiça, que não é tão supérflua assim. Como prover a essa necessidade? E como prover, especificamente, no

que diz respeito - e é o tópico que nos vai interessar mais de perto - à atuação dos profissionais por meio dos quais as partes se farão representar em juízo?".

A observação, precisa, adequa-se com perfeição à distância real ainda existente entre a população carente e a Justiça Federal.

2. DIREITO À ASSISTÊNCIA JURÍDICA GRATUITA

2.1. Conceito

Historicamente², o problema do acesso à justiça pelas pessoas desprovidas de recursos remonta à antigüidade. Na Grécia, havia a nomeação anual de dez advogados para defender os pobres, perante os tribunais civis e criminais e, em Roma, a instituição do patronato servia para prestação de socorro quando os cidadãos necessitavam recorrer à justiça. Na idade medieval, atribuiu-se à justiça eclesiástica a competência para processar e julgar as causas em que fossem interessadas pessoas de poucos recursos, pois, nessa época, a justiça prestada pelos aparelhos judiciários exigia a retribuição remuneratória diretamente pelas partes aos juízes. Foi somente na idade moderna que surgiu a idéia de patrocínio gratuito pelos advogados como um dever honorífico, solução insatisfatória que ainda permanece no ordenamento jurídico pátrio³.

Nos dias atuais, diversas Cartas Constitucionais⁴, elencando direitos fundamentais, incluem a assistência judiciária como instrumento garantidor do acesso à justiça. Como exemplo, temos a Constituição Política da República do Chile (art. 19, 3º), a Constituição Espanhola (art. 119), Constituição da República Italiana (art. 24), Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos (arts. 17 e 20) e a Constituição de Portugal, de 1976, onde se lê: "Art. 20. A todos é assegurado o acesso aos tribunais para defesa dos seus direitos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios econômicos".

No Brasil, a assistência judiciária foi prevista pela primeira vez na Constituição de 1934, no art. 113, nº 32. Após o silêncio normativo da Carta Ditatorial de 1937, a Constituição de 1946 retomou a garantia no art. 141, parágrafo 35, sob a égide da qual foi publicada a Lei nº 1.060/50 (Estabelece Normas para a Concessão de Assistência Judiciária aos Necessitados) e o art. 150, parágrafo 32, da Carta de 1967 prosseguiu na tradição (mantida pela EC nº 1/69).

Atualmente, a Constituição da República, no art. 5º, LXXIV, dispõe: "LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos".

A assistência jurídica integral envolve não somente representação em juízo, mas também o esclarecimento e prestação de consultoria jurídica para o exercício de direitos subjetivos perante os órgãos judiciais, bem como extrajudiciais. A prestação, a ser feita pelo Estado, poderá ser fruída por aqueles que comprovem insuficiência de recursos. Sobre o tema, Barbosa Moreira⁵ mais uma vez observa "a Constituição abandona aquela orientação restritiva de cuidar do assunto unicamente com referência à defesa em juízo; abandona a concepção de uma assistência puramente judiciária e passa a falar em 'assistência jurídica integral'. Obviamente, alarga de maneira notável o âmbito da assistência, que passa a compreender, além da representação em juízo, além da defesa judicial, o aconselhamento, a consultoria, a informação jurídica e também a assistência a carentes em matéria de atos jurídicos extrajudiciais, como, por exemplo, os atos notariais e outros que conhecemos".

Assim é que disserta Alexandre Freitas Câmara⁶ "Facilmente se constata que a redação do dispositivo constitucional é amplo a ponto de assegurar algo mais do que a assistência gratuita em processos judiciais (o que resulta da garantia à assistência judiciária). Ao assegurar a assistência jurídica integral, a Constituição eleva à categoria de garantia fundamental não só a já anteriormente assegurada assistência judiciária gratuita, mas também a assistência gratuita na esfera extrajudicial".

Aspecto merecedor de atenção é que, a rigor, não existe serviço estatal gratuito, pois as despesas estatais serão mantidas por alguma fonte de ingresso público, distribuindo-se o encargo por toda a sociedade, em regra, através da arrecadação dos impostos, tributos não vinculados. A utilização do termo "gratuita" significa, apenas, que não haverá prestação tributária específica pelos usuários do serviço que comprovarem a impossibilidade de pagamento. Trata-se, portanto, de imunidade condicionada a taxa⁷ relativa ao serviço público de assistência jurídica.

Sendo assim, assistência jurídica integral e gratuita compreende a imunidade às taxas relativas à representação judicial, a consultoria jurídica e a assistência em atos jurídicos extrajudiciais às pessoas que comprovarem impossibilidade em arcar com o pagamento do serviço público.

A medida é fundamental na conquista da cidadania plena e para a legitimação do próprio Estado, merecendo o comentário de Cândido Dinamarco⁸ "As tradicionais limitações ao ingresso na Justiça, jurídicas ou de fato (econômicas, sociais), são óbices graves à consecução dos obje-

tivos processuais e, do ponto de vista da potencial clientela do Poder Judiciário, constituem para cada qual um fator de decepções em face das esperanças frustradas e insatisfações que se perpetuam; para a sociedade, elas impedem a realização de práticas pacificadoras destinadas ao estabelecimento de clima harmonioso entre os seus membros; para o Estado, é fator de desgaste de sua própria legitimidade e da dos seus institutos e do seu ordenamento jurídico. Existe um leque mais ou menos aberto de causas dessa lamentada estreiteza. Situam-se no campo econômico (pobreza, alto custo do processo), no psicossocial (desinformação, descrença) e no jurídico (legitimidade ativa individual)".

A assistência jurídica integral e gratuita integra, dessa forma, a visão ampla do acesso à justiça, como aspecto central do moderno Estado Social (*welfare state*), movimento que, nos países ocidentais, tem transparecido em três ondas, segundo informam Mauro Capelletti e Bryant Garth⁹. Segundo os autores, a primeira onda consiste na assistência jurídica (superação dos obstáculos decorrentes da pobreza); a segunda diz respeito às reformas necessárias para a legitimação à tutela dos interesses metaindividuais, especialmente os respeitantes aos consumidores e os pertinentes à higidez ambiental; e a terceira onda traduz-se em múltiplas tentativas com vistas à obtenção de fins diversos, entre os quais: a) procedimentos mais acessíveis, simples e racionais, mais econômicos, eficientes e adequados a certos tipos de conflitos; b) promoção de uma espécie de justiça coexistencial, baseada na conciliação e no critério de equidade social distributiva; c) criação de formas de justiça mais acessível e participativa, atraindo a ela os membros dos grupos sociais e buscando a superação da excessiva burocratização.

Em complementação à previsão constitucional de assistência jurídica gratuita, a Lei nº 1.060, de 5/02/1950, prevê a isenção de adiantamento das despesas processuais para aquele "cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo...sem prejuízo do sustento próprio ou da família". Consiste o benefício em ficar o assistido exonerado do dever de antecipar as despesas do processo (art. 19, do Código de Processo Civil), que serão imputadas na sentença, afinal, ao vencido, nos termos de art. 20, do CPC. Na Justiça Federal, o Regimento de Custas, Lei nº 9.289/96, no art. 4º, II, ainda prevê isenção de custas para os que provarem insuficiência de recursos e os beneficiários da assistência judiciária gratuita. Vencido o beneficiário, a ele caberá pagar as despesas do processo, relativamente a seus atos, e ressarcir as antecipadas pela outra parte e os honorários advocatícios de sucumbência, "desde que possa fazê-lo sem prejuízo do sustento próprio ou da família". A obrigação ficará prescrita "se dentro de cinco anos, a contar da sentença final", o assistido

não puder satisfazer o pagamento (arts. 3º, 11, 12 e 13, da Lei nº 1.060/50). Sendo assim, em relação às despesas processuais devidas pelo assistido ou antecipadas pela parte contrária, bem como aos honorários advocatícios de sucumbência, a cobrança do crédito dependerá da verificação de condição suspensiva, qual seja, a comprovação da perda da qualidade de beneficiário da assistência gratuita, no prazo de cinco anos, a partir do trânsito em julgado.

Aspecto crítico em relação às despesas do processo se dá quanto ao adiantamento do pagamento dos honorários do perito (art. 33, do CPC). Os profissionais liberais nomeados, muitas vezes, não têm como arcar com a realização de trabalhos sem remuneração, até mesmo porque poderiam ter que utilizar materiais de consumo adquiridos com dinheiro próprio. Se o requerente da produção da prova pericial for a parte beneficiária da assistência gratuita, estará isento do adiantamento das custas pela Lei nº 1.060/50, do que resultará eventualmente em pedido para desoneração do encargo pelo auxiliar do juízo; mesmo porque, de qualquer forma, se for vencido o assistido pela gratuidade de justiça, dificilmente haverá pagamento final dos honorários periciais¹⁰. Diante da dificuldade enfrentada para a produção de prova pericial de interesse da parte necessitada, algumas soluções alternativas têm sido adotadas pelo próprio Poder Judiciário, como a realização de convênios com hospitais públicos para a realização de perícias médicas¹¹. Recentemente, buscou-se solução alternativa para o problema no Juízo Federal de Itaperuna da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro. Alguns feitos encontravam-se sem andamento, diante de sucessivas negativas de médicos em servir como auxiliares do juízo em perícias relativas a ações previdenciárias cujos objetos eram a condenação do INSS em conceder benefícios ligados à incapacidade para o trabalho (auxílio-doença e aposentadoria por invalidez); com declarações dos profissionais que “agradecendo a honra da designação, declinavam do *munus* por motivo de foro íntimo”. A solução foi conseguir junto à Procuradoria do INSS o custeio das perícias, arbitrando-se valor próximo a dois terços do salário mínimo (correspondente ao valor mediano de uma consulta médica na região), por analogia à obrigação da Autarquia no adiantamento das custas nas ações de acidente do trabalho, prevista no art. 129, da Lei nº 8.213/91. A partir de então, reduziu-se a quase zero o número de casos de recusa na realização de perícia médica. A solução obteve grande alcance social, diante do elevado número de ações desta natureza que ficariam aguardando por longo prazo a devida prestação jurisdicional, ou, pior, poderiam estar passíveis de reduzido grau de certeza nas sentenças prolatadas, se o juízo se apoiasse somente em outras modalidades de prova.

2.2. Natureza

A assistência jurídica integral e gratuita é garantia individual vinculada aos princípios constitucionais da igualdade (art. 5º, *caput*), do devido processo legal (art. 5º, LIV), do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV), bem como da inafastabilidade do acesso ao judiciário (art. 5º, XXXV), consubstanciando-se em pedra de toque do regime democrático e do exercício da cidadania.

Com efeito, não existe igualdade processual real de oportunidade entre as pessoas quando não se proporciona paridade de forças de expressão junto ao judiciário¹².

O instituto é corolário do princípio do devido processo legal, na feliz expressão de Kazuo Watanabe¹³, do “acesso à ordem jurídica justa”. A garantia transcende o aspecto simplesmente formal da cláusula do *due process of law*, para abranger também seu aspecto material, isto é, é vital para possibilitar à parte a obtenção de uma tutela jurisdicional efetiva e justa, que ficaria prejudicada diante do desequilíbrio econômico e social existente entre as pessoas, refletido na relação processual. Não basta que os demandantes sejam iguais perante a lei, pois o tratamento formalmente igual de partes que se encontram em condições desiguais de acesso à justiça chancela e ratifica o desequilíbrio social e econômico existente entre elas.

A norma constitucional de assistência jurídica gratuita prevê que o Estado deverá prestar assistência jurídica ao necessitado, proporcionando-lhe possibilidades reais de resolução das questões jurídicas, judicializadas ou não, em igualdade de condições. Ao dever estatal de prestação do serviço, corresponde o direito subjetivo público de exigí-lo.

O termo “o Estado prestará” configura a norma constitucional como de natureza de eficácia limitada, de aplicabilidade indireta e mediata e princípio institutivo, exigindo a criação¹⁴ de órgão com capacidade de prestar a assistência jurídica, no que é complementada pelo art. 134 da Constituição, carente ainda de efetivação quanto à criação da defensoria pública da União.

Relacionando-se com o princípio do contraditório e da ampla defesa, a assistência jurídica gratuita efetivada é capaz de conferir igualdade de oportunidade às partes carentes de se desincumbirem dos ônus processuais necessários à comprovação de seus direitos subjetivos¹⁵. A prestação positiva do serviço de estatal destina-se a igualar processualmente pessoas social e economicamente desiguais, de modo que o mais

abastado não seja favorecido com a dificuldade processual do mais fraco, vencendo-o de forma injusta¹⁶.

O regime democrático fortalece-se com a assistência, pois mais pessoas podem ver seus problemas jurídicos resolvidos, judicialmente ou não, dando mais legitimidade ao Estado, que poderá cumprir uma de suas funções típicas relacionadas à soberania, garantindo o bem comum¹⁷.

3. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA NA JUSTIÇA FEDERAL

3.1. Espécies de Assistência Judiciária

A Lei nº 1.060/50, no art. 1º, dispõe que “os poderes públicos federal e estadual, independentemente da colaboração que possam receber dos municípios e da Ordem dos Advogados do Brasil - OAB, concederão assistência judiciária aos necessitados nos termos desta lei”. Sendo assim, acometeu-se à estrutura administrativa da União e dos Estados, ainda sob a normatividade da Constituição de 1946, o dever de promover a assistência judiciária gratuita, havendo ainda a criação de mecanismos subsidiários de defesa sem oneração através de serviços prestados mediante colaboração da OAB e dos municípios. O dispositivo pretendeu regulamentar o parágrafo 35, do art. 141, daquela Carta “O poder público, na forma que a lei estabelecer, concederá assistência judiciária aos necessitados”, norma de eficácia limitada, de princípio programático, dependendo de lei para ter aplicabilidade plena. Sua interpretação sugere caber ao poder público providenciar a assistência judiciária dos necessitados, não determinando, de antemão, que o serviço deveria ser prestado diretamente pelo Estado. Sendo assim, naquela época, nada impediria a edição de norma legal complementar atribuindo a assistência a advogados liberais, por exemplo, desde que o Estado cuidasse do custeio do serviço; ou, invertendo os pólos da prioridade na assistência, acometendo a prestação principal à OAB e, subsidiariamente, ao poder público. Contudo, como já se observou, a legislação ordinária preferiu conferir a obrigação primeiro aos Estado e à União, com apoio da OAB e dos municípios. A Carta de 1967 (e a Emenda nº 1/69) dispôs sobre o tema da seguinte forma “será concedida assistência judiciária aos necessitados, na forma da lei”, portanto, sem sequer atribuir encargo aos poderes públicos de forma explícita. Como não havia qualquer tipo de incompatibilidade material, o teor normativo do art. 1º, da Lei nº 1.060/50 foi considerado recepcionado por ela.

Ocorre que o art. 5º, LXXIV, da atual Constituição, modificou o tratamento da matéria. Ao invés de atribuir à lei a missão de disciplinar

como se implantaria a assistência judiciária, resolveu impor ao Estado, diretamente, o dever de prestar a assistência jurídica gratuita, sem deixar à legislação a possibilidade de normatização diferenciada. Sendo assim, a obrigação correspondente ao direito público individual previsto deve ser satisfeita pelo Estado, através de órgãos próprios. A norma constitucional, apesar de continuar a ter eficácia limitada e aplicabilidade mediata e não integral como na Constituição de 1946, não atribui à lei a complementação legislativa programática, e sim requer a criação de uma instituição -, isto é, constitui-se em norma e eficácia limitada de princípio institutivo. Complementa-se o tratamento do tema através do art. 134, da própria Carta "a Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV", portanto, a assistência jurídica gratuita deve ser mantida por órgão do Estado, vinculado ao Executivo - a Defensoria Pública -, a atuar em todas as instâncias judiciais.

Uma interpretação mais radical do dispositivo do direito individual à assistência poderia levar à conclusão de que a parte da norma do art. 1º, da Lei nº 1.060/50, que se refere à colaboração da OAB teria deixado de ser recepcionado pela atual Constituição; entretanto, na realidade, o dispositivo continua em vigor, agora com esteio no art. 133, da Carta "o advogado é indispensável à administração da justiça...", permitindo-se que a parte, alegando necessidade, mesmo assim possa preferir a representação de advogado liberal. Da mesma forma, mantém-se a possibilidade de nomeação judicial de causídico, se verificado pelo juízo a inércia na instituição da Defensoria Pública; medida garantidora do direito fundamental do amplo acesso à Justiça.

Três são, portanto, as formas de garantir-se a representação judiciária gratuita: através da Defensoria Pública (sendo essa a prioritária e que atende mais efetivamente à intenção constitucional); a representação voluntária de advogado; e, na impossibilidade, repita-se, na impossibilidade das anteriores, através de nomeação de causídico, medida atualmente de previsão excepcional.

3.2. Defensoria Pública da União

Mesmo com a previsão normativa da Lei Complementar nº 80/94 (Organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e Prescreve Normas Gerais para sua Organização nos Estados e dá outras providências), a Defensoria Pública da União ainda não se encon-

tra instalada a contento e atuando na defesa dos direitos de pessoas pobres que necessitem da tutela jurisdicional prestada pelos órgãos judiciais da União. Conforme já se afirmou, a atual Constituição determina que o serviço deve ser prestado diretamente pelo Estado, não se justificando a falta de vontade do Poder Executivo em criar condições materiais de instalação dos órgãos da defensoria, passados aproximadamente doze anos de promulgação da Carta. O que se observa é que há um esforço claro do Executivo federal para propiciar o melhor funcionamento possível dos órgãos de defesa estatal, com o aparelhamento e fortalecimento da Advocacia da União e da Procuradoria da Fazenda Nacional, enquanto que inexistente o mesmo empenho na efetivação do funcionamento da Defensoria Pública da União; negando-se aos necessitados o efetivo acesso à justiça federal, para litigar em face do Estado, esvaziando-se a intenção do legislador constituinte originário e tornando-se prejudicados os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório quando em litígio a administração pública da União e pessoa impossibilitada de custear os serviços de acesso à justiça.

Roberto Gonçalves de Freitas Filho¹⁸ manifestou-se sobre o problema da inércia em se efetivar criação da defensoria pública da União¹⁶ “Pretende-se que a Defensoria Pública seja um organismo burocrático destinado a encaminhar petições referentes a litígios entre pobres. Não se deseja uma instituição forte que propicie à massa de deserdados a ampla discussão e a pretensão de seus direitos em juízo. Sabem nossas elites que o funcionamento eficaz da Defensoria Pública implicaria num primeiro momento na dedicação aos litígios *interna corporis* da pobreza, as separações, os alimentos etc., mas que, num segundo momento, vencido o grosso da demanda inicial, o cidadão pobre deste País viria a discutir outros direitos seus, estes em conflito com aquela elite que sempre espoliou. Mais que descaso, a Defensoria Pública é motivo de temor ... a União está devidamente representada em todos os estados brasileiros por seus advogados; os demais interesses também contam com os representantes do Ministério Público; enquanto o cidadão pobre que tiver processos na área da Justiça Federal há de aguardar, resignadamente, que haja defensor Público da União em seu estado - o que ainda não ocorre. Vemos que o Estado cuidou de si e abandonou a nação...”.

Sendo assim, há inversão da intenção da norma constitucional: a assistência jurídica gratuita prestada diretamente pelo Estado, com previsão legislativa prioritária, encontra-se sem efetivação, tornando predominante, na prática, as outras formas de assistência, voluntária e nomeada, praticada pelos advogados, que mereceram tratamento normativo subsidiário.

3.3. Assistência Voluntária por Advogado

A assistência voluntária gratuita prestada por advogado liberal encontra previsão legal no parágrafo 4º, do art. 5º, da Lei nº 1.060/50 "será preferido para a defesa da causa o advogado que o interessado indicar e que declare aceitar o encargo". Apesar de a Ordem dos Advogados do Brasil recomendar aos advogados que não prestem serviços gratuitos, salvo nos casos previstos na legislação¹⁹, nada impede o profissional de patrocinar causa sem cobrar pelo trabalho desempenhado como mandatário. Na Justiça Federal, essa forma de patrocínio é bastante comum, principalmente quando o hipossuficiente ocupa o pólo ativo da relação processual, seja em ações de natureza previdenciária, ou quando a parte vem representada por advogado com quem mantém vínculo de parentesco ou amizade²⁰. Pesquisa²¹ realizada em Varas da Justiça Federal na Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro demonstrou que essa modalidade de assistência é encontrada em aproximadamente 60% dos autos nas Varas Previdenciárias (desses, 30% são vitoriosos), 70% dos processos nas Varas localizadas no interior do Estado (metade de vitórias) e 20% nas ações que tramitam em Varas Cíveis (metade de vitórias), sendo praticamente inexistente nas Varas de Execução Fiscal e Criminais.

O que caracteriza a assistência judiciária voluntária é a antecipação do profissional à nomeação judicial formal, apresentando-se voluntariamente para atuar em determinado feito por vontade própria, sem cobrar honorários contratuais e requerendo o reconhecimento da qualidade de necessitado jurídico do representado, para fim de isenção de despesas processuais, nos termos da Lei nº 1.060/50.

3.4. Assistência Nomeada por Advogado

Como forma última de assistência judiciária gratuita, o art. 5º, da Lei nº 1.060/50, ainda prevê a nomeação de advogado para a defesa de necessitados, não havendo órgão da defensoria pública instalado. A indicação do causídico deve ficar a cargo da Seção ou da Subseção da OAB, somente cabendo ao juízo a escolha direta quando não houver, na região, órgãos de representação de classe. Nomeado, deverá o advogado cumprir o *munus*, sob pena de incorrer em infração disciplinar (art. 34, XII, da Lei nº 8.906/94) e multa, podendo recusar-se nas hipóteses previstas pelo art. 15, da Lei nº 1.060/50.

Como já afirmado, a previsão de representação gratuita nomeada é medida excepcional, quando não houver prestação de assistência

pela defensoria pública. É solução insatisfatória, sendo natural que os advogados, em certa medida, resistam um pouco em se verem onerados com uma pluralidade de causas que não comportem remuneração. A situação é ainda mais grave em locais onde grande parte da população é pobre e encontra na assistência gratuita a única forma de acesso à justiça. Nessas localidades, além de haver um maior número de casos de nomeação de advogados, os honorários advocatícios, nos feitos em que são cobrados, pouco remuneram o advogado, o que torna bastante difícil o exercício da profissão.

Na Justiça Federal, o que era para ser exceção, na prática transforma-se em regra, diante da inércia do Estado em dar cumprimento à norma constitucional de instalar efetivamente os órgãos da defensoria pública da União. É a própria administração judiciária que vem se empenhando em firmar convênios, seja diretamente com a Ordem dos Advogados do Brasil, ou com escritórios de prática forense de instituições de ensino jurídico²², na tentativa de suprir parcialmente a necessidade inatendida de acesso aos órgãos judiciários federais, cuidando, outrossim, de não sobrecarregarem determinados causídicos com número excessivo de representações gratuitas. De qualquer forma, a medida é insatisfatória e precária, somente existindo diante da preocupação dos juízes em proporcionar um mínimo de acesso à justiça aos necessitados com possibilidade de litigar devidamente representadas por profissional habilitado. A nomeação de advogados ocorre principalmente quando o hipossuficiente é réu, já que, como autor, a maioria das assistências gratuitas ocorre de forma voluntária. A pesquisa realizada em Varas Federais da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro também mostrou que esse tipo de representação ocorre em maior parte em Varas Criminais (aproximadamente 30% dos processos; desses, 30% de absolvições) e Varas localizadas em municípios do interior do Estado (10% dos feitos; desses, 50% de vitórias), sendo praticamente inexistente nas Varas Cíveis, de Execução Fiscal e Previdenciárias.

O art. 22, parágrafo 1º, da Lei nº 8.906/94, dispõe “o advogado, quando indicado para patrocinar causa de juridicamente necessitado, no caso de impossibilidade da Defensoria Pública no local da prestação de serviço, tem direito aos honorários fixados pelo juiz, segundo tabela organizada pelo Conselho Seccional da OAB, e pagos pelo Estado”. Contudo, a remuneração dos defensores dativos tem sido feita com base em tabela estabelecida por resolução do Conselho da Justiça Federal em valores que variam de cem a duzentos reais, ficando, em média, bastante abaixo dos valores previstos pela tabela de honorários mínimos da OAB²³. Por esse motivo, ocorre algumas vezes que a representação nomeada fica por

conta de profissionais recém-formados, que não possuem qualificação técnica primorosa ou conhecimento jurídico específico das matérias em litígio, reduzindo as chances de sucesso do pleito dos hipossuficientes, pois encontram, na defesa dos interesses da administração pública, órgãos da Procuradoria da Fazenda Nacional e da Advocacia da União bem aparelhados, com profissionais em regra bem preparados, oriundos de rigorosos concursos públicos e especializados nos temas em discussão.

Não é por outro motivo que afirma Cândido Rangel Dinamarco²⁴ "...o patrocínio gratuito não passa de solene promessa constitucional, cumprida em casos que ainda são muito poucos. O Estado não o oferece como deveria e prometeu; os profissionais liberais não se consideram obrigados a prestar serviço gratuito, ainda que isso seja de grande relevância social".

4. CONCLUSÃO

1. A Constituição de 1988 determina que a assistência jurídica integral e gratuita será prestada diretamente pelo Estado. Cuida-se de norma de eficácia limitada de princípio institutivo dependente da criação de órgão para que possua aplicabilidade plena. É complementada pelo art. 134, da Carta, que prevê a criação de órgãos de defensoria pública.
2. O termo assistência jurídica gratuita pressupõe não somente representação em juízo, mas também o esclarecimento e prestação de consultoria jurídica para o exercício de direitos subjetivos perante os órgãos judiciários, bem como extrajudiciais. A Lei nº 1.060/50, por outro lado, dispõe sobre a isenção de adiantamento de despesas judiciais por aqueles que não tiverem condições de arcar com as mesmas sem prejuízo da própria manutenção e da família.
3. A assistência jurídica integral e gratuita é garantia individual vinculada aos princípios constitucionais da igualdade (art. 5º, *caput*), do devido processo legal (art. 5º, LIV), do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV), bem como da inafastabilidade do acesso ao judiciário (art. 5º, XXXV); consubstanciando-se em pedra de toque do regime democrático e do exercício da cidadania.
4. Existem três formas de se garantir a representação judiciária gratuita: através da Defensoria Pública (sendo essa a prioritária e que atende mais efetivamente à intenção constitucional); a representação voluntária por advogado; e, por fim, através de nomeação de causídico. Dessas, a segunda pressupõe ato volitivo do profissional permitido por lei, e a terceira é medida excepcional baseada no art. 133, da Constituição, e na Lei nº 1.060/50.

5. Na Justiça Federal, a assistência judiciária gratuita voluntária e nomeada, que eram para ser exceções, transformam-se em regra, diante da inércia do Estado em instalar os órgãos da defensoria pública da União. Em relação à assistência nomeada, a própria administração judiciária vem se empenhando em firmar convênios, seja diretamente com a Ordem dos Advogados do Brasil ou com escritórios de prática forense de Instituições de ensino jurídico. A medida, contudo é precária e tecnicamente insatisfatória.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. **BARBOSA MOREIRA, JOSÉ CARLOS.** O Direito à Assistência Jurídica. Revista de Direito da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, nº 8.
2. **BASTOS, CELSO RIBEIRO.** Curso de Direito Constitucional, 18ª ed., Ed. Saraiva, São Paulo, 1997.
3. **CÂMARA, ALEXANDRE FREITAS,** Lições de Direito Processual Civil, vol. I, 1ª ed., Freitas Bastos Editora, 1998.
4. **CAPELLETTI, MAURO e GARTH, BRYANT.** Acesso à Justiça. Tít. Original Access to Justice: The Worldwide Movement to Make Rights Effective. A General Report. Trad. Ellen Gracie Northfleet., Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.
_____. *Proceso, Ideologia, Sociedad*, Buenos Aires, Ediciones Juridicas Europa-America, trad. Santiago Sentís Melendo Y Tomás A. Banzhar, 1974.
5. **CINTRA, ANTONIO CARLOS DE ARAUJO; GRINOVER, ADA PELLEGRINI e DINAMARCO, CÂNDIDO RANGEL.** Teoria Geral do Processo, Malheiros, 11ª ed., São Paulo, 1994.
6. Constituição do Brasil e Constituições Estrangeiras, Senado Federal, 1987.
7. **DALLARI, DALMO DE ABREU.** Elementos de Teoria Geral do Estado, 20ª ed., Ed. Saraiva, São Paulo, 1998.
8. **DINAMARCO, CÂNDIDO RANGEL.** A Instrumentalidade do Processo, 8ª ed., Malheiros, 2000.
9. **FREITAS FILHO, ROBERTO GONÇALVES.** Obstáculos Institucionais: a Defesa dos Pobres. Revista de Direito da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, nº 5.
10. **PEÑA DE MORAES, HUMBERTO.** A Assistência Judiciária Pública e os Mecanismos de Acesso à Justiça, no Estado Democrático. Revista de Direito da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, nº 9.
11. **SILVA, JOSÉ AFONSO DA.** Aplicabilidade das Normas Constitucionais, 3ª ed., Malheiros, São Paulo, 1998.
12. **WATANABE, KAZUO.** Assistência Judiciária e o Juizado de Pequenas Causas em Juizado Especial de Pequenas Causas, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1985.

* Trabalho apresentado no Curso de Mestrado da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ, no primeiro semestre de 2000, na matéria de Acesso à Justiça e Tutela de Direitos.

** Juiz Federal da Vara de Itaperuna da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro - Mestrando em Direito Público - Professor da Escola da Magistratura da Justiça do Trabalho, 1ª Região - EMATRA.

NOTAS

1. O Direito à Assistência Jurídica. Revista de Direito da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, nº 8, p. 123.
2. Humberto Peña de Moraes. A Assistência Judiciária Pública e os Mecanismos de Acesso à Justiça, no Estado Democrático. Revista de Direito da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, nº 9, p. 71/72.
3. Art. 34, XII, da Lei nº 8.906/94 (Estatuto da OAB).
4. Constituição do Brasil e Constituições Estrangeiras. Senado Federal, 1987.
5. *Op. cit.*, p. 123/125.
6. Lições de Direito Processual Civil, vol. I, 1ª ed., Freitas Bastos Editora, 1998, p. 43/44.
7. Art. 77 do Código Tributário Nacional.
8. A Instrumentalidade do Processo; 8ª ed., Malheiros, 2000, p. 274/275.
9. Acesso à Justiça. Trad. Ellen Gracie Northfleet., Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.
10. O problema não ocorre com os serventuários servidores públicos que recebem suas remunerações do Estado. Quanto aos serviços notariais e de registro sob delegação do poder público, poderá o juízo requerer a extração de certidões para utilização como meio de prova para os assistidos, nos termos da Lei nº 8.935/94, desde que requerido.
11. Mesmo nesses casos, muitos diretores de hospitais públicos já declararam a impossibilidade de as instituições continuarem com os serviços periciais, sob o fundamento de acúmulo de trabalho (como se a realização da perícia gratuita aos carentes não fosse também prestação de serviço público).
12. Como afirma Mauro Capelletti "está bem claro hoje que tratar 'como igual' a sujeitos que econômica e socialmente estão em desvantagem, não é outra coisa senão uma ulterior forma de desigualdade e de injustiça". Em *Proceso, Ideologia, Sociedad*, 1974, p. 67.
13. Assistência Judiciária e o Juizado de Pequenas Causas em Juizado Especial de Pequenas Causas, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1985, p. 161.
14. As normas constitucionais de princípio institutivo são "aquelas através das quais o legislador constituinte traça esquemas gerais de estruturação e atribuições de órgãos, entidades ou institutos, para que o legislador ordinário os estruture em definitivo, mediante lei", na definição de José Afonso da Silva, em *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, 3ª ed., Malheiros, São Paulo, 1998, p. 126.
15. Celso Ribeiro Bastos. Curso de Direito Constitucional, 1997, p. 226/228.
16. Antonio Carlos de Araujo Cintra, Cândido Rangel Dinamarco e Ada Pellegrini Grinover afirmam que "a absoluta igualdade jurídica não pode, contudo, eliminar a desigualdade econômica; por isso, do primitivo conceito de igualdade, formal e negativa (a lei não deve estabelecer qualquer diferença entre os indivíduos), clamou-se pela passagem à igualdade substancial. E hoje, na conceituação positiva da isonomia (iguais oportunidades para todos, a serem propiciadas pelo Estado), realça-se o conceito realista, que pugna pela igualdade proporcional, a qual significa, em síntese, tratamento igual aos substancialmente iguais". *Teoria Geral do Processo*, 1994, p. 53/54.
17. Dalmo de Abreu Dallari ressalta a finalidade no conceito de Estado "ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo em determinado território", esclarecendo que se

apóia na definição de bem comum dada pelo Papa João XXIII, na Encíclica *Pacem in Terris II*, "O bem comum consiste no conjunto de todas as condições de vida social que consintam e favoreçam o desenvolvimento integral da personalidade humana". *Elementos de Teoria Geral do Estado*, p. 24 e 118.

18. O autor ainda disserta que a Lei Complementar nº 80, organizadora da Defensoria Pública, sofreu vetos presidenciais que a mutilaram, tais como a legitimação da Defensoria Pública para a propositura da Ação Civil Pública (art. 4º, XII). *Obstáculos Institucionais: a Defesa dos Pobres*. *Revista de Direito da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro*, nº 5, pp. 118/127.
19. *Observações Gerais da Tabela de Honorários Mínimos da OAB/RJ*. *Tribuna do Advogado*. Junho/98.
20. Nas causas previdenciárias, muitos profissionais ainda vinculam a necessidade de patrocínio gratuito à isenção de adiantamento das custas; contudo, o art. 128, da Lei nº 8.213/91, concede a isenção das taxas judiciárias em causas de até determinado valor, independentemente da prestação de assistência judiciária gratuita.
21. A pesquisa foi realizada em duas Varas Federais de cada especialidade na Capital da Seção Judiciária e três Varas Federais localizadas no interior, considerando-se as sentenças prolatadas no ano de 1999.
22. Provimento nº 116, de 14 de julho de 1997, da Corregedoria-Geral da Justiça Federal – TRF – 2ª Região, desenvolvendo o Programa de Assistência Judiciária Gratuita, na modalidade Convênio Aberto.
23. A Resolução atual, nº 208, de 27/04/99, estabelece como valores mínimos para ações de procedimento ordinário, ações diversas e ações criminais o valor mínimo de R\$ 170,19 e máximo R\$ 231,91; para mandados de segurança, *habeas corpus*, execuções fiscais, execuções diversas, ações de procedimento sumário e reclamações trabalhistas, mínimo de R\$ 141,80 e máximo de R\$ 193,26; delitos não contenciosos e procedimentos criminais R\$ 118,80 e R\$ 161,04; diversos, mínimo de R\$ 118,16 e máximo de R\$ 161,04. Somente como comparação, a tabela de honorários mínimos da OAB/RJ fixa, para procedimentos sumários valores em torno de 800 UFIRs. Os pagamentos são feitos pelos ordenadores de despesa da Justiça Federal - na primeira instância, pelo Diretor do Foro, e na segunda, pelo Presidente do Tribunal. A remuneração dessa forma não cumpre a previsão legal, possibilitando aos causídicos cobrar da diferença da União.
24. *Op. cit.*, p. 276.

DEMOCRACIA E ESTADO DE DIREITO (ESTADO DE LEGITIMIDADE E ESTADO DE LEGALIDADE)

Rels Friede*

Não obstante a indiscutível caracterização da *democracia* como autêntica modalidade de *regime político*, é fato incontestado que o chamado *regime democrático* transcende, em muito, as limitadas fronteiras da questão central da *representatividade* e, por extensão, da *legitimidade*, para também constituir-se em sustentáculo imperioso da *ordem jurídico-político-estatal*, consensualmente estabelecida.

O chamado *império da lei* (*Estado de legalidade*) constitui-se, ao lado do imperativo da *legitimidade* (originária e concomitante), também conhecido sinteticamente como *Estado de legitimidade*, desta feita, em um dos pilares fundamentais de apoio da *democracia*, sem o qual a questão da *representatividade* acabaria esvaziada pela simples imposição da vontade da *maioria* (sem o necessário respeito aos direitos da *minoria*), relegando-se a segundo plano, por efeito conseqüente, a idéia central da garantia efetiva das *amplas liberdades públicas* (direitos individuais e coletivos inalienáveis do gênero humano).

(É preciso lembrar que o *liame* de legitimidade (*consensus*) é naturalmente *dinâmico*, sendo possível, pois, que um dado *regime* não representativo (ou seja, não legítimo), inicialmente, venha, posteriormente, a obter legitimidade, ao mesmo tempo em que um dado regime, originalmente representativo, pode igualmente, com o passar do tempo, perder legitimidade.

Não é por outra razão que os regimes reputados democráticos caracterizam-se pela *permanente e periódica consulta popular* - seja através de *eleições livres* (democracia indireta representativa), seja pelo *plebiscito* e, especialmente, os *referenduns* na hipótese de democracia indireta cesarista -, permitindo, desta forma, que o imperativo último da necessária *legitimidade* (consentimento popular) esteja sempre presente originária e concomitantemente ao advento do novo (ou preexistente) *sistema político*.)

A *democracia* denota, portanto, características e atributos básicos que, na qualidade de genuínos elementos de concreção, ultrapassam em muito a concepção clássica (e limitada) da *representatividade* para forjar um autêntico *binarismo complementar* entre os denominados *Estados de legitimidade* e de *legalidade*, por intermédio de, pelo menos, cinco postulados fundamentais: 1) a efetiva participação do *povo* (conjunto de nacionais) na atividade sociopolítico-estatal; 2) legitimidade do exercício do poder (ou seja, os *mandatários* e *agentes de poder* devem gozar de incontestado *autorização* do titular do poder político (povo); 3) prevalência da vontade da maioria, porém com respeito aos direitos da minoria; 4) regime de *amplas liberdades*, servindo o *Estado* como sinérgico avalista

desta realidade; 5) império da lei e da ordem legitimamente (consensualmente) estabelecido, em última análise, no texto constitucional.

(Se, por um lado, a conceituação efetiva de *democracia* não pode ser estabelecida de forma inequívoca (restando apenas a identificação genérica de espécie do gênero *regime político*), certamente subsiste na doutrina muitas dúvidas sobre quais seriam, em tese, as *características básicas da democracia*.

Para alguns, a *democracia* está associada à idéia da *constante participação dos nacionais* (e, particularmente, dos cidadãos) na *atividade estatal* (decidindo, executando o decidido e, em última análise, transformando a realidade sociopolítica) por intermédio de um genuíno *processo democrático*. Para outros, a *democracia* se encontra associada, fundamentalmente, à questão da *legitimidade do exercício do poder*, permitindo ao povo uma sinérgica participação (ainda que indireta) no governo, em sua acepção ampla. Há também aqueles que identificam a *democracia* com o regime de *amplas liberdades* (Independentemente da efetiva participação nas decisões políticas que seria uma questão basicamente volitiva e individual) e ainda certos doutrinadores que elegem a máxima da "*prevalência da vontade da maioria com respeito aos direitos da minoria*" para bem traduzir, de maneira objetiva, o vocábulo *democracia*.

Em qualquer hipótese, resta claro que, independentemente de outras considerações, o denominado *regime democrático* é, em última análise, a prevalência absoluta do *império da lei* em sentido amplo, incluindo neste diapasão a *Constituição* (com todos os direitos e deveres individuais, coletivos e difusos ali previstos), desde que a mesma evidentemente goze da necessária legitimidade popular (inicial e posterior), e, em certo aspecto, a própria soma ponderada de todos estes fatores que podem ser, inclusive, reconhecidos como autênticos *postulados* do regime democrático.)

Nesse sentido, a *democracia* (e, em particular, o *regime democrático*), vale frisar, revela-se de uma forma muito mais ampla do que a simples expressão do *consenso autorizativo* do titular do poder em face dos responsáveis pelo seu exercício direto e indireto (*liame* de legitimidade), ainda que reconhecidamente estas sejam, ao lado da efetiva participação popular, as duas características mais elementares (e iniciais) da necessária construção do chamado *Estado de legitimidade* que, associado ao *Estado de legalidade* (na qualidade de tradução final da necessária garantia de concreção efetiva da ordem legal-constitucional legitimamente estabelecida), forjam o derradeiro *Estado democrático* ou, em termos mais precisos, a concepção contemporânea do *Estado Democrático de Direito*, como natural desdobramento evolutivo do clássico (e limitado) *Estado de Direito*.

1. DEMOCRACIA, ESTADO DE DIREITO E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A noção básica de *Estado de Direito* - embora inicialmente forjada no século XVIII pela burguesia com o único objetivo de virtual oposição

ao *absolutismo*, através da submissão dos governantes à vontade geral -, resta lembrar, acabou por romper, no início do século XIX, a última fronteira entre as concepções de *democracia* como simples *forma de governo* e como autêntico *regime político*. Nesse sentido, convergindo os autores para a aceção de *democracia*, não obstante sua inerente complexidade e múltiplas caracterizações (conforme afirmamos), *como o império da lei*, restaria, em todos os casos, a plena sujeição do *Estado* ao conjunto normativo que o mesmo edita para a completa efetivação do *regime democrático*, o que acabou ocorrendo, em última análise, com o surgimento do chamado *Estado de Direito*, não obstante toda a sorte de críticas que se possam fazer no que alude ao restrito (e, neste aspecto, limitado) *Estado de legalidade* que imperou nos primórdios de seu nascimento.

Sob este ângulo de observação, o fato de o *Estado* passar a se submeter à lei *lato sensu* (que o mesmo edita, através de sua função legislativa) pareceu, em momento subsequente, não ser suficiente para a plena caracterização do *regime democrático*, posto que não restaria perfeitamente assegurada a necessária *submissão do Estado* (e, sobretudo, de seus governantes) à *vontade popular e aos fins propostos pelos cidadãos*, fazendo surgir, em resposta, logo no início do século XX, a concepção primeira do denominado *Estado Democrático de Direito*, ainda que sob um prisma restritivamente formal.

“É em boa hora que a Constituição acolhe estes dois princípios: o *democrático* e o do *Estado de direito*. Pois, como visto, o princípio republicano, por si só, não se tem demonstrado capaz de resguardar a soberania popular, a submissão do administrador à vontade da lei, em resumo, não tem conseguido preservar o princípio *democrático* nem o do *Estado de direito*.”

Antes, porém, de analisarmos estes preceitos, uma questão nos salta aos olhos: estabeleceu a Constituição dois princípios ou na realidade o *Estado democrático* e o *Estado de direito* significam a mesma coisa? Daremos esta resposta através das seguintes palavras de CANOTILHO e VITAL MOREIRA: ‘Este conceito é bastante complexo, e as suas duas componentes - ou seja, a componente do *Estado de direito* e do *Estado democrático* - não podem ser separadas uma da outra. O Estado de Direito é democrático e só sendo-o é que é de direito; o Estado Democrático é Estado de Direito e só sendo-o é que é Estado de Direito’ (*Constituição da República Portuguesa Anotada*, 2ª ed., Coimbra Ed., 1984, v. 1, p. 73). Esta íntima ligação poderia fazer-nos crer que se trata da mesma coisa, no entanto, os autores complemen-

tam o pensamento da seguinte maneira: 'Esta ligação material das duas componentes não impede a consideração específica de cada uma delas, mas o sentido de uma não pode ficar condicionado a ser qualificado em função do sentido da outra' (*Constituição*, cit., p. 73). Concluímos, então, tratar-se de um conceito híbrido, e para que possamos melhor compreendê-lo, necessitamos percorrer, preliminarmente, cada um deles.

O *Estado de direito*, mais do que um conceito jurídico, é um conceito político que vem à tona no final do século XVIII, início do século XIX. Ele é fruto dos movimentos burgueses revolucionários, que àquele momento se opunham ao absolutismo, ao *Estado de polícia*. Surge como idéia-força de um movimento que tinha por objetivo subjugar os governantes à vontade legal, porém, não de qualquer lei. Como sabemos, os movimentos burgueses romperam com a estrutura feudal que dominava o continente europeu; assim os novos governos deveriam submeter-se também a novas leis, originadas de um processo novo onde a vontade da classe emergente estivesse consignada. *Mas o fato de o Estado passar a se submeter à lei não era suficiente*. Era necessário dar-lhe outra dimensão, outro aspecto. Assim, passa o Estado a ter suas tarefas limitadas basicamente à manutenção da ordem, à proteção da liberdade e da propriedade individual. É a idéia de um Estado mínimo que de forma alguma interviesse na vida dos indivíduos, a não ser para o cumprimento de suas funções básicas; fora isso, deveriam vigor as regras do mercado, assim como a livre contratação.

Como não poderia deixar de ser, este *Estado formalista* recebeu inúmeras críticas na medida em que permitiu quase que um absolutismo do contrato, da propriedade privada, da livre empresa. Era necessário redinamizar este Estado, lançar-lhes outros fins; não que se desconsiderassem aqueles alcançados, afinal eles significaram o fim do arbítrio, mas cumprir outras tarefas, principalmente sociais, era imprescindível.

Desencadeia-se, então, um processo de democratização do Estado; os movimentos políticos do final do século XIX, início do XX, transformaram o velho e *formal Estado de direito* num *Estado democrático*, onde além da mera *submissão à lei* deveria haver a *submissão à vontade popular e aos fins propostos pelos cidadãos*. Assim, o conceito de *Estado democrático* não é um conceito formal, técnico, onde se dispõe um conjunto de regras relati-

vas à escolha dos dirigentes políticos. A *democracia*, pelo contrário, é algo dinâmico, em constante aperfeiçoamento, sendo válido dizer que nunca foi plenamente alcançada. Diferentemente do Estado de direito - que, no dizer de OTTO MAYER, é o direito administrativo bem ordenado -, no *Estado democrático* importa saber a que apenas o Estado e o próprio cidadão estão submetidos. Portanto, no entendimento de Estado democrático deve ser levado em conta o perseguir certos fins, guiando-se por certos valores, o que não ocorre de forma tão explícita no Estado de direito, que se resume em submeter-se às leis, sejam elas quais forem" (CELSO R. BASTOS, *in Curso de Direito Constitucional*, 18ª ed., São Paulo, Saraiva, 1997, ps. 156-157).

Rebatendo, com sinergia, toda as críticas à concepção inicial do *Estado de direito*, a nova aceção (ainda que inicialmente limitada) do *Estado Democrático de Direito* acabou por permitir, pelo menos *prima facie*, a plenitude da *democracia* (e, por efeito, do *regime democrático*), com a efetivação de uma série de princípios, tais como aqueles enunciados por JOSÉ AFONSO DA SILVA (*Curso de Direito Constitucional Positivo*, 6ª ed., ps. 101-108): *princípio da constitucionalidade, princípio democrático, princípio da justiça social, sistema de direitos fundamentais, princípio da igualdade, princípio da divisão de poderes, princípio da legalidade e princípio da segurança jurídica*.

"Por outro lado, se se conhece o direito apenas como um conjunto de normas estabelecidas pelo Legislativo, o *Estado de direito* passa a ser o *Estado da legalidade*, ou *Estado Legislativo*, o que constitui uma redução. Se o princípio da legalidade é um elemento importante do conceito de Estado de direito, nele não se realiza completamente" (JOSÉ AFONSO DA SILVA, *in Curso de Direito Constitucional Positivo*, 6ª ed., p. 101).

"(...) Como se depreende, ao *Estado de direito* não é necessária, ou não lhe é essencial, a organização democrática. Se houver democracia, estaremos em face do *Estado democrático de direito*, ao qual, em seguida, nos referiremos. Mas, como se verifica também, ao *Estado de direito* não é suficiente apenas o respeito à lei, pois, como já dissemos anteriormente, este grande equívoco validaria qualquer Estado, mesmo aquele em que atrocidades e desprezo total à liberdade e à cidadania existissem.

O *Estado democrático de direito*, como inserido na Constituição em seu art. 1º, necessita, além dos requisitos já enumerados,

que o poder emane do povo. Em nossa Constituição, este é exercido direta ou indiretamente (parágrafo único do art. 1º).

Portanto, o Estado somente poderá ser democrático se e quando o povo exercer efetivamente o poder por meio de seus representantes, ou, em algumas circunstâncias, diretamente. Além disso, e, efetivamente sobremais disso, mister que direitos fundamentais constem das cartas políticas e sejam cabalmente respeitados. Em conseqüência, o *Estado de direito é o Estado de legitimidade* (LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, in "Estado de Direito e Devido Processo Legal", R. AJUFE, nº 56, out./97, ps. 12-13).

Ainda assim, numerosos estudiosos do assunto insistiam no fato; com base em observações científicas da realidade política, de que mesmo na plenitude do chamado *Estado Democrático de Direito*, com todas as suas caracterizações e em sua concepção anteriormente descrita, a *democracia* poderia, em tese, ainda não se efetivar plenamente, posto que no exercício efetivo do *regime democrático* também se exige, por parte do Estado, além de todos os elementos já mencionados, sinérgica *ação comissiva* dentro do contexto do binômio *poder-dever*² que condiciona a atuação estatal no âmbito maior da promoção concreta do *império da lei* (e, conseqüentemente, da *ordem jurídica derivada*).

(Durante muito tempo, vale consignar, a doutrina preocupou-se em resolver uma permanente dúvida (e um verdadeiro dilema) sobre o papel do *Estado* e, particularmente, do *Estado democrático de direito*. O Estado possuiria, neste contexto, o *poder* legítimo de agir em nome do cidadão e da sociedade ou, ao contrário, apenas o *dever* de fazer cumprir as leis?

Se tivesse o Estado restritivamente o *poder*, ainda que legitimado pelo consenso popular, para agir, o governante, em certas situações, teria a livre opção de usar ou não o poder outorgado pelo povo, em eventual detrimento do insuperável dever de agir. Se, ao contrário, o *Estado* tivesse apenas o *dever* de fazer cumprir as leis, muitas vezes se encontraria em situação de impotência, em face da ausência do necessário *poder de agir*.

O problema foi parcialmente resolvido com o advento da noção contemporânea do binômio *poder-dever* que, em certa medida, caracteriza o moderno e autêntico *Estado democrático de direito* em sua concepção inerente à chamada *democracia material*, obrigando, nas situações reportadas abstratamente na lei, como *dever* inexorável do governante, o uso do *poder* que lhe foi outorgado pelo povo com finalidade precípua.

Neste aspecto, *resta obrigatória*, por exemplo, *ação comissiva* do agente policial de prender, em flagrante delito, o indivíduo que esteja praticando um crime tipificado pela lei penal. Da mesma forma, o *Estado* é obrigado, através de suas diversas instituições, a proteger a posse legítima da propriedade Individual privada que esteja sendo eventualmente turbada, independentemente de considerações político-discricionárias, muito embora reconheça-se que algumas vezes o Estado (e seus agentes) não cumpra nenhuma das hipóteses, deixando de utilizar do *dever* de empregar o *poder* (e todos os recursos disponíveis) para fazer valer o mandamento legal e constitucional, caracterizando, em grande medida, o que contemporaneamente se convencionou definir por *democracia formal* (ou Estado democrático de direito formal (aparente)).

2. DEMOCRACIA FORMAL (APARENTE) E DEMOCRACIA MATERIAL (SUBSTANTIVA)

É exatamente desta virtual *omissão* do dever estatal de agir que em muitos casos, mesmo existindo um indiscutível *Estado Democrático de Direito* (pelo menos sob a ótica formal), a *democracia* (na qualidade de *império da lei* e da *ordem jurídica*) não se realiza em sua plenitude (democracia material ou substantiva), forjando o que, nos últimos anos, convençamos chamar de *democracia formal* (ou aparente).

Neste regime, ainda que possa existir *ampla liberdade*, efetivo *respeito* (por parte do Estado) *aos direitos individuais e coletivos* e outras características próprias da *democracia*, não há a necessária efetividade plena da *lei* e, sobretudo, da *ordem jurídica*, existindo um *Estado* que, em essência, não consegue, por simples *omissão* (de seus governantes) e/ou sinérgica impotência de meios, concretizar, na prática, o próprio *direito positivo* (constitucional e infraconstitucional) que produz e continua a produzir legitimamente (consensualmente).

Em grande medida, este é, para muitos estudiosos, o retrato do *Estado brasileiro* que, não obstante toda a sorte de avanços legislativos e de outros matizes, não consegue fazer valer, em termos práticos e concretos, para todos os cidadãos e em todos os casos, como determina a Constituição, elementos legais básicos, muitas vezes relativos a direitos fundamentais (de natureza constitucional) e que, neste aspecto, apenas aparentemente, se encontram assegurados.

(Em certo aspecto, o denominado *período revolucionário* de 64-85 (relativo ao *movimento* militar inaugurado em 1964 e que parte da doutrina define como autêntica *revolução*, ao passo que alguns autores preferem caracterizar como *golpe de Estado* (ou, em essência, *golpe de governo*)) inaugurou, em nosso País, o chamado estrito *Estado de legalidade*, consolidado, particularmente, com a obediência sublime, por todos (e, inclusive, por parte do próprio Estado), ao novo regime constitucional introduzido com o advento da Constituição de 1967 e, posteriormente, da EC nº 1/69, não obstante a malsinada edição do AI-5, em 1968, que tanto contribuiu para o sinérgico comprometimento da inicial feição democrática do regime.

Todavia, deixando de lado as discussões de cunho *ideológico* (e, no campo do direito, mais precisamente, de natureza da *legitimidade jurídica* do regime político implantado), não há como deixar de reconhecer que aquele período, *vis-à-vis* com a atual fase política brasileira, se caracterizou por uma presença viva (de natureza efetivamente *comissiva*) do *Estado*, garantidora, em última instância, da *lei* e da *ordem jurídica* vigentes à época (ainda que se pudesse discutir a legitimidade estrita do sistema legal).

O próprio presidente do Senado, durante o governo FERNANDO HENRIQUE CARDOSO, ANTÔNIO CARLOS MAGALHÃES, em discurso proferido em 20.1.98, neste aspecto, não poupou elogios ao regime político patrocinado pelos militares e, muito particularmente, ao regime constitucional anterior à vigência da Constituição Federal de 1988, *verbis*:

“O regime militar, tão malsinado, teve realmente pontos muito positivos. Faço questão de dizer isso. Poucos têm coragem de dizer isso hoje. Talvez a falta de prática dos militares com o poder tenha tido alguns erros e exageros. Talvez por isso tivéssemos uma situação no Brasil que levou à *Constituição* de 88, tão aplaudida por todos na época. Mas tenho a consciência tranqüila porque não a aplaudi. A *Constituição Cidadã* é a causa de grandes males do Brasil”.

Em necessária comparação elucidativa entre os dois regimes (o pretérito e o atual), a verdade é que, independentemente da *intenção* dos governantes, o *Estado* brasileiro recente, de forma diversa do anterior, tem se pautado, em grande medida, por uma crescente e altamente preocupante *omissão*, geradora não só de virtual *insegurança* jurídica, mas, particularmente, de perigosa ausência de sinérgico comprometimento em relação ao provimento de garantias reais aos direitos constitucionais básicos dos cidadãos e demais nacionais e estrangeiros em solo pátrio.

Para alguns, inclusive, este é o *Estado de legitimidade* (pois, o *consensus* ao regime político democrático atual resta incontestável) que não conseguiu se firmar como *Estado de legalidade*, em curiosa oposição ao anterior *Estado de legalidade* que, muito possivelmente (pelo menos para uma expressiva parcela da doutrina), não conseguiu se caracterizar como *Estado de legitimidade*, forjando, em ambas as situações, apenas uma *democracia formal* (aparente), considerando a inexorável necessidade da presença de ambas as características para a verdadeira consolidação do regime democrático, convencionalmente designado, nos últimos anos, por *democracia material*, posto que o verdadeiro *Estado democrático de direito* (de nítido caráter substantivo) não se constitui apenas em um conjunto de sérias e rigorosas limitações ao poder estatal, em face dos *direitos individuais e coletivos fundamentais*, mas, sobretudo, na efetiva garantia, por parte do Estado, de que esses mesmos direitos não serão violados por outros indivíduos e grupos transestatais ou paraestatais.

Neste especial, resta absolutamente fundamental afirmar, em caráter conclusivo, que - de forma diversa daquela lecionada por alguns autores - inexistente propriamente uma espécie de hierarquia entre o *Estado de legitimidade* e o *Estado de legalidade* no sentido de caracterização última do *Estado Democrático de Direito* (material). A confusão, estabelecida por alguns, muito possivelmente deriva da indubitável constatação de que o chamado *Estado de legitimidade* possui feição *originária e inicial* e, portanto, *anterior* à formalização efetiva do próprio *Estado de legalidade*.

(Nesse particular aspecto, não há dúvida de que não se pode falar em *regime democrático* (sob a ótica *material*) em Estados comprometidos inicialmente com a ordem jurídico-política não legítima, posto que, necessariamente, o primeiro exame a ser realizado para se perquirir a existência de *democracia* (em seu sentido substantivo) deve ser a inexorável constatação da *legitimidade* da ordem constitucional e, somente após esta, a constatação da plena efetividade da mesma, forjando a concepção do *Estado de legalidade*.)

Não é por outra razão que, em muitas circunstâncias, mesmo analisando a realidade política no sentido técnico-jurídico, de modo reconhecidamente equivocado, alguns doutrinadores concluem, muitas vezes de maneira simplória, que os *Estados* em que o *princípio da legalidade*

lato sensu é considerado em termos efetivos, mas sua ordem jurídico-político-constitucional não é fruto do *consenso autorizativo* do povo (Estado de legitimidade mitigado ou, mesmo, inexistente), devem ser necessariamente classificados como um *Estado não-democrático*, ao passo que os Estados, de maneira inversa, ou seja, dotados de reconhecida *legitimidade*, mas desprovidos do necessário *viés de legalidade*, podem ser reputados como genuínos exemplos de *Estado Democrático de Direito*.

Há, portanto, uma nítida tendência de se privilegiar a questão da *legitimidade* em detrimento da *legalidade*, esquecendo-se, porém, de que - embora o *liame* do *consensus* (legitimidade) seja anterior em relação à criação da própria *ordem jurídico-política* (e dos instrumentos (e disposição política) para a sua efetivação)), o primado da criação da ordem originária legítima (consensual) é totalmente inútil se não existir, em paralelo, o *Estado garantidor* dessa vontade popular manifestada (*Estado de legalidade*).

3. ESTADOS FORTES E ESTADOS FRACOS

Muito embora a doutrina tradicional não comente, pelo menos de modo mais detalhado, a questão da *força imperativa* do Estado, optando, muitas vezes, por simplesmente ignorar a moderna tendência política de classificarem-se os Estados contemporâneos em *Estados fortes* e em *Estados fracos*, é extremamente importante, na atualidade, enfrentar esta questão que, de um modo muito especial, também se encontra associada à formação da concepção técnico-jurídica da *democracia material*.

Neste diapasão, vale registrar inicialmente que a noção mais elementar de *Estado forte* se encontra irremediavelmente associada ao conceito amplo de *Estado de legalidade*, no exato sentido não só da efetiva constatação da presença de um sólido *poder político*, mas também da sinérgica disposição de utilizá-lo, de acordo com os ditames da ordem jurídico-política estabelecidos e, particularmente, em favor de sua completa concretização.

Como toda *democracia material* (substantiva) necessariamente caracteriza-se pelo *binômio associativo* da legitimidade/legalidade - incluindo, através deste último atributo, a idéia da força imperativa estatal -, é lícito (e razoável) concluir que todo verdadeiro *Estado Democrático de Direito* se constitui inexoravelmente em um *Estado forte*, não obstante nem todo *Estado* reputado forte traduzir necessariamente um regime político genuinamente democrático, considerando a ausência de insuperável compromisso deste tipo de *Estado* com a questão ampla da *legitimidade*.

3.1. PRINCÍPIO DA AUTORIDADE, AUTORITARISMO E AUSÊNCIA DE AUTORIDADE

Por outro prisma, também resta obrigatório deduzir, para um melhor entendimento dos conceitos de *Estado forte* e *Estado fraco*, que o *princípio da autoridade* não possui qualquer correspondência com a noção conceitual de *autoritarismo* e muito menos com a simples idéia de *ausência de autoridade*.

Em essência, o denominado *princípio da autoridade* é consequência natural da plena legitimidade do regime político democrático na construção de uma *ordem jurídico-política* e de sua sinérgica aplicação rigorosamente de acordo com as regras previamente estabelecidas, forjando, em última análise, a própria concepção do *Estado Democrático Material* que associa, dentre outros, no *princípio da autoridade*, a natureza nitidamente vinculativa do binômio poder-dever.

O *autoritarismo*, neste contexto analítico, corresponde a apenas um viés estritamente *legalista* do Estado, caracterizando, em sua tradução ampla, o que comumente ocorre, em diferentes graus, nos *Estados fortes* rotulados como *democracias formais legalistas*, *Estados autoritários* e *Estados totalitários*.

Finalmente, a acepção técnico-jurídica da *ausência* (parcial ou total) *de autoridade*, por sua vez, traduz-se pela falta de capacidade e/ou determinação política para impor a ordem jurídico-política estabelecida legitimamente (como no caso das *democracias formais fundadas na legitimidade*) ou imposta pela força (como na hipótese dos *Estados autoritários e totalitários instáveis ou protegidos*), caracterizando os chamados *Estados fracos*.

BIBLIOGRAFIA

Reis Friede, Mestre e Doutor em Direito Público, é Magistrado Federal e autor de inúmeras obras jurídicas, dentre as quais "Curso de Teoria Geral do Estado – Teoria Constitucional e Relações Internacionais", Forense Universitária, 2000, RJ (502 ps.)

A TRIBUTAÇÃO DA INTERNET NO BRASIL E NOS ESTADOS UNIDOS

Valéria Medeiros de Albuquerque
Juíza Federal da 9ª Vara do Rio de Janeiro e
Professora de Direito Tributário da Universidade do Rio de Janeiro

I - INTRODUÇÃO

A Internet é um sistema complexo, predominantemente auto-regulamentado, caracterizando-se como um segmento de atividade via computador, auto-suficiente e aberto.

O correio eletrônico (e-mail) transformou-se em um meio de comunicação indispensável que revolucionou, nos últimos anos, os Estados Unidos e o Brasil.

O objetivo deste trabalho é apresentar as semelhanças e diferenças entre a tributação das atividades relacionadas à Internet no Brasil e nos Estados Unidos.

Certamente a extensão dos aspectos a serem considerados é imensa, sendo impossível uma abordagem completa neste trabalho.

O primeiro capítulo trata dos tributos da Internet nos Estados Unidos.

O trabalho prossegue estabelecendo um roteiro básico para auxiliar os advogados na definição da proporção de tributos a ser aplicada à Internet nos Estados Unidos e no Brasil.

O potencial de crescimento da utilização da Internet para anunciar, vender e entregar bens e serviços obriga tributaristas de todo o mundo a considerarem todas as ramificações desses novos métodos de negociação e suas repercussões na esfera tributária.

Na conclusão, a autora aborda, através de sua visão profissional, a maneira pela qual os tributos relacionados à Internet devem ser inseridos na realidade jurídica e como afetarão o sistema de auto-regulamentação da Internet existente nos dois países.

II - HISTÓRIA DE IMPOSTOS SOBRE INTERNET NOS ESTADOS UNIDOS

Apesar de, tecnicamente, a Internet ter surgido em 1965, somente a partir de 1990 ela pode ser considerada como um recurso disponibilizado e facilmente acessível ao público.

Em 1980 o estado do Texas foi o primeiro a enfrentar crises fiscais. As indústrias imobiliária, do petróleo e os bancos passaram por momentos muito difíceis que acarretaram grandes perdas financeiras e implicaram em perda de recursos para o Texas.

Assim, o estado do Texas decidiu, em 1987, ampliar a tributação de vendas e cobrar impostos, além da tributação sobre várias categorias importantes de serviços, inclusive processamento de dados e de informação. Naquele momento, fora da indústria comum, surgiu a tributação da Internet.

O grupo controlador das contas públicas nos Estados Unidos, em resposta a consultas de entes privados, recomendou a tributação das transações relacionadas à Internet no Texas, a título de imposto de vendas. Assim, havendo um local de rede ou página de rede, este constitui um armazenamento de dados, sujeito a imposto.¹

No Texas, então, foram emitidas várias decisões indicando que os serviços relacionados à Internet estavam sujeitos a imposto, o que atingiu a indústria de criação e manutenção da rede local, até mesmo na qualidade de destinatária dos serviços sujeitos a impostos, o que gerou crítica nacional significativa.

Alguns críticos sugeriram que o clima de imposto no Texas seria hostil ao crescimento da Internet e dos negócios relacionados à mesma.

Em resposta a tais críticas, o grupo controlador das contas públicas no Texas, interpretando a tributação de vendas e transações relacionadas à Internet, decidiu aplicar os tributos já existentes sobre venda e uso de serviços de processamento de dados, informações e telecomunicações, como incidentes sobre as transações via Internet.

Todavia, nesta ocasião, percebeu-se que a Internet era um veículo virtualmente desconhecido.

Os mecanismos de tributação da Internet no Texas são resultado de interpretações do referido grupo, bem como das leis estaduais do Texas sobre impostos existentes. Existe um relatório contendo recomendações específicas no sentido da necessidade de ação do Legislativo em âmbito nacional.

O Deputado Cox e o Senador Wyder iniciaram esforços para, em nível federal, cobrar certos impostos na Internet, propondo legislação federal tornando a Internet tributável também em nível nacional nos Estados Unidos.

O Ato de Isenção de Impostos na Internet está baseado em um princípio simples: a informação não deveria ser taxada. Este ato foi apro-

vado como H.R. 4328 pelo Congresso dos Estados Unidos em 20 de outubro de 1998 e assinado na forma da Lei 105-277, publicada em 21 de outubro de 1998.

O Ato de Isenção de Impostos na Internet foi necessário para proteger o comércio realizado via Internet, visando assegurar aos americanos a certeza de não serem surpreendidos com impostos inesperados que implicariam em custos não previstos.

Tal ato, nos Estados Unidos, sofreu várias mudanças desde que foi introduzido como resultado de meses de intensas negociações com Estados e líderes governamentais locais. Assim, a legislação foi alterada para refletir as preocupações dos Estados, e agora reflete um compromisso equilibrado entre o interesse nacional e o estadual.

Foram feitas muitas mudanças pelos governos locais para derrubar a referida isenção, incluindo a diminuição do prazo da moratória para três anos. A moratória do Imposto de Internet teve início em 1º de outubro de 1998 e estará em vigor até 21 de outubro de 2001.

Porém, uma cláusula de proteção limitada constante do referido ato permitiu que diversos Estados que estavam em vias de taxar o acesso à Internet, tais como: Connecticut, Wisconsin, Iowa, Dakota do Norte, Dakota do Sul, Novo México, Carolina do Sul, Tennessee, Texas e Ohio, pudessem tributar a Internet caso demonstrassem que esta tributação havia sido implementada antes do Ato, ou seja, antes de 01/10/98. Mesmo assim, nem todos estes estados optaram por tributar o acesso à Internet. Connecticut e Carolina do Sul preferiram permanecer abrangidas pela moratória estabelecida pelo Governo Federal dos Estados Unidos.

III - IMPOSTOS SOBRE INTERNET NOS ESTADOS UNIDOS

Ao redor do país, autoridades tributárias de vários estados consideram os Provedores de serviços da Internet como prestando um ou vários serviços diferentes, tais como:

- a) serviços de informação;
- b) dados que processam serviços;
- c) serviços de telecomunicações;
- d) anúncio de serviços.

Atualmente nos Estados Unidos, como nós vimos no capítulo II deste trabalho, a *Internet tax moratorium* foi implementada em 1º de outubro de 1998 e vigorará até 21 de outubro de 2001, por decisão do Congresso americano, alcançando os consumidores e comerciantes envolvi-

dos em transações vinculadas à Internet, protegendo-os de eventual taxa-ção incidente sobre comércio e serviços efetivados exclusivamente via Internet, os quais não tenham equivalente *off-line*.

Uma Comissão Disciplinar Temporária de Comércio Eletrônico foi criada para estudar os aspectos relacionados à tributação do comércio eletrônico e informar ao Congresso americano, no prazo de dezoito meses, as possibilidades de taxa-ção e, em caso de resposta positiva, até que ponto se poderia assegurar que tal segmento comercial não estaria submetido a tributação especial distintiva, excessiva e cumulativa. O Congresso detém autoridade para alterar ou descartar as propostas da comissão.

Tal moratória também declarou que a Internet deveria se caracterizar como zona não tributável. A Administração Clinton está trabalhando agressivamente junto à União Européia para manter o comércio eletrônico livre de tarifas e impostos distintivos. O Departamento de Comércio tem o dever de informar ao Congresso eventuais barreiras impostas que dificultem a competitividade comercial dos Estados Unidos no âmbito internacional do comércio eletrônico.

O Ato de Isenção de Impostos na Internet foi criado porque o Congresso entendeu haver necessidade de uma pausa que conferisse à Internet oportunidade para crescer e, ao mesmo tempo, propiciar uma reflexão substancial e madura acerca da melhor política a ser adotada com respeito a taxa-ção na Internet.

Durante os três anos em que a moratória foi posta em prática, uma comissão composta por 19 representantes do governo e das partes interessadas foi formada para discutir o assunto, ficando estabelecida, após o decurso de tal prazo, a possibilidade de taxa-ção da Internet nos Estados Unidos.

Tal equiparou as vendas via Internet a um catálogo de vendas via telefone. Não produziu qualquer efeito em relação aos impostos sobre vendas até então existentes, por não haver alterado em nada a legislação vigente aplicável a vendas à distância. Simplesmente previu impostos novos.

A Suprema Corte Americana, decidindo os casos envolvendo distinções tarifárias entre transações intra e interestaduais, firmou entendimento no sentido de que somente poderiam ser tributadas pessoas e empresas com "presença física significativa" na área de jurisdição, o que significa: nenhuma tributação sem representação.

Existem, porém, preocupações válidas sobre os efeitos que a Internet livre de impostos estaria causando ao comércio local.

A resposta, no momento, se encontra sob a responsabilidade do Congresso que tem oportunidade para firmar posição e manter a Internet livre de impostos, pelo menos até que a nação tenha uma noção mais exata da melhor maneira de se lidar com os efeitos desta nova infra-estrutura empresarial e suas aceleradíssimas transformações.

Neste sentido, existe um consenso nos Estados Unidos, no que concerne ao implemento das regras de tributação sobre o comércio eletrônico, visando a neutralidade no tratamento conferido ao comércio eletrônico e ao tradicional, não-eletrônico.

Naquele país, as bases para taxaço são fixadas tanto sobre a fonte de renda como sobre a residência da pessoa que aufera aquela renda. Os conceitos de fonte de renda, geralmente, assumem um papel principal no que concerne à taxaço internacional, uma vez que os países onde se encontra a fonte têm, em geral, legitimidade para taxar a respectiva renda e os países de residência evitam a taxaço dobrada utilizando um sistema de crédito ou um sistema de isenço.

As pequenas quantias muitas vezes envolvidas nas transações via Internet também complicarão a administraço do imposto. O Tesouro Norte-Americano solicitou estudos relativos ao modo de adaptaço do sistema de imposto a tais microtransações sem intermediários e o meio de informaço de tais transações.

O governo dos Estados Unidos preparou uma estratégia para ajudar a acelerar o crescimento do comércio global via Internet. Sob a liderança do Vice-Presidente Gore, formou-se um significativo grupo de trabalho sobre Comércio Eletrônico que preparou o denominado: "Projeto para o comércio eletrônico global"². Este projeto estabelece um jogo de princípios para guiar a política de desenvolvimento e esboçar as posiço da Administraço em relaço a vários assuntos primordiais relacionados a comércio eletrônico.

O Grupo de Trabalho é composto por representantes de alto nível dos gabinetes de várias pastas, inclusive os Departamentos do Tesouro, Estado, Justiça e Comércio, como também os escritórios executivos da Presidência e da Vice-Presidência, o Nacional Econômico, Conselhos de Segurança, o Escritório de Administraço e Orçamento, o Escritório de Política para Ciência e Tecnologia e a Representaço Comercial americana.

A Administraço Clinton desenvolveu este projeto por se tratar de um elemento crucial no programa de trabalho da Administraço sobre comércio e tecnologia na medida em que discute as implicaço comerciais desta nova infra-estrutura de informaço global.

O citado projeto constatou que esta nova tecnologia tornou possível a efetivação de pagamento por bens e serviços adquiridos via Internet através de alguns métodos eletrônicos e sistemas de pagamento, incluindo as cadeias de cartão de crédito e débito, dando origem a *interfaces* de varejo novas via Internet, através do denominado dinheiro eletrônico, em relação às quais os consumidores, entretanto, podem não se sentir confortáveis por preferirem o anonimato garantido nas transações efetivadas com o chamado dinheiro vivo.

A Comissão Disciplinar de Comércio Eletrônico nos E.U.A. foi instaurada através da *Public Law* nº 105-2777 para conduzir um estudo comparativo completo, nos níveis federal, estadual, local e internacional, acerca de taxação e tratamento tarifário das transações que usam a Internet, em relação às atividades de vendas intraestatais, interestatais e internacionais e informar suas constatações e recomendações para o Congresso dos Estados Unidos.

Governadores de muitos estados, preocupados quanto aos danos que o comércio via Internet livre de imposto pode causar em seus orçamentos, pretendem que o Congresso proscreva, permanentemente, impostos sobre vendas estatais.

Antes da implementação do Ato de Isenção, em outubro de 1988, vários Estados vinham taxando o acesso a Internet e, virtualmente, todos os estados impuseram critérios de taxação, tanto nas classes de bens como nas de serviços oferecidos via Internet, semelhantes aos aplicados em relação a catálogos de vendas tradicionais.

Atualmente, a preocupação dos Estados está centrada na pouca visibilidade das transações eletrônicas via Internet e nas reduções de arrecadação, possivelmente significativas, de impostos.

Estas preocupações enfocam o uso da Internet para transações de vendas convencionais. Menos atenção foi prestada à taxação dos serviços originários e específicos da Internet como os provedores de acesso e *web masters*.

Vários Estados adaptaram vendas e usaram impostos em serviços selecionados. A maioria dos estados, inclusive o Texas, presume os serviços como não sujeitos a impostos, a menos que a atividade seja especificamente taxada. Em relação aos tributos sobre serviços que não estão relacionados diretamente à propriedade identificável, como aquele cobrado no Texas sobre vendas e utilização de serviços de informação e processamento de dados, é evidentemente difícil a identificação do local e momento de ocorrência do fato tributável.

O Texas é uma das poucas jurisdições a taxar as transações via Internet. Até mesmo depois que o Congresso de Estados Unidos impôs a moratória dos impostos relacionados a Internet, o governo do estado de Texas, isentado da moratória, manteve a cobrança.

Neste momento nos Estados Unidos, há uma Comissão Disciplinar em Comércio Eletrônico (ACEC) que estuda como os governos federal e estaduais deverão taxar as transações via Internet, assim que o período de moratória haja terminado.

Existe também um forte compromisso norte-americano que elegeu uma liderança para implementar o Ato de Isenção de Impostos na Internet (1998), não só como uma moratória de três anos, mas também como uma política a longo prazo.

IV - COMÉRCIO VIA INTERNET E TRIBUTOS NO BRASIL

O crescimento do comércio global pela Internet diminuiu as distâncias entre os diferentes países, não só em relação ao tempo mas também ao espaço. Hoje em dia é muito comum a efetivação dos mais diversos tipos de negócio somente teclando o computador. Evidentemente, isto afetou a realidade brasileira em grande proporção.

A velocidade dos negócios internos e as relações comerciais com outros países foram implementadas e melhoradas pelos sites de Internet onde os vendedores expõem seus produtos acompanhados de toda a sorte de informações necessárias.

O governo do Brasil se deu conta do progresso ocasionado pela Internet e está tentando limitar e controlar as operações e negócios envolvidos, preocupando-se com a evasão fiscal. O Governo encontra dificuldades para tributar as transações via Internet porque, de acordo com a legislação tributária, para taxar é necessária a delimitação de um fato gerador e nas operações de Internet não há documento ou comprovação quanto ao momento ou local da transação.

De acordo com o Código Comercial Brasileiro, comerciante é aquele que tem como primeira e principal atividade o comércio, sendo o homem de negócios ou o negociante, de acordo com o mesmo estatuto, obrigado a manter todos os livros comerciais e documentos em ordem, registrado-se na respectiva Junta Comercial e apresentando a cada ano balanço do exercício.

Por analogia, devemos considerar o negociante de Internet sujeito às mesmas regras impostas ao homem de negócios convencional.

Como nós temos um sistema de direito civil distinto do sistema consuetudinário norte-americano, baseado em precedentes, diversos estatutos normativos brasileiros deverão ser alterados para se adaptarem ao comércio de Internet.

Certamente, a legislação tributária deverá incorporar estes novos conceitos e procedimentos, estabelecendo mecanismos suficientes para a manutenção dos níveis de arrecadação nos parâmetros necessários à Federação.

O Brasil vem participando de discussões internacionais sobre Comércio de Internet, em muitos Congressos, eventos, comissões e grupos de trabalho para lidar com este tipo de comércio internamente e no exterior, preservando a soberania brasileira e firmando posicionamento quanto às determinações globais.

Todavia, a dificuldade de enquadramento do comércio via Internet no ordenamento jurídico brasileiro está preocupando o governo brasileiro, em decorrência da grande evasão de impostos que poderá ocorrer. O Congresso brasileiro vem tentando regulamentar o Comércio Eletrônico, devendo ser implementada a fiscalização sobre as transportadoras de mercadorias negociadas via Internet e cartões de crédito eletrônicos.

Enquanto as transações comerciais tradicionais comportam 45,38% de tributos, as negociações via Internet implicam apenas 2,38% de tributos, ou seja, as transações ordinárias têm carga tributária dezenove vezes superior àquela aplicável às chamadas transações eletrônicas.

O ICMS, por exemplo, que pertence ao Estado onde o negócio é localizado, é de difícil incidência no comércio eletrônico, e só pode ser implementado no estado onde as vendas começaram.

De acordo com artigo 21, XI, da Constituição de 1988, negociantes de Internet não precisam de permissão governamental especial para se estabelecer. Eles não são considerados prestadores de serviço de comunicação, estando fora da incidência do ICMS. Existem, por outro lado, algumas decisões administrativas e judiciais opostas a esse posicionamento.

V - CONCLUSÃO

Existe um antigo provérbio no meio político segundo o qual, se você deseja que algo prospere, subsidie; porém, se você deseja que algo termine, taxe.

Todavia, tanto os governantes norte-americanos como os brasileiros estão encarando o vertiginoso crescimento do mundo virtual como uma maneira promissora de expandir suas bases tributárias.

Ambos os governos pretendem aumentar as taxações sem, contudo, ser possível delimitar os prejuízos que os novos tributos poderão causar ou os procedimentos específicos que se farão necessários para a efetiva tributação.

Atualmente, apesar da aparente avidez governamental em ambos os países quanto à necessidade de se tentar taxar a Internet, existem também relevantes aspectos a serem considerados acerca dos efeitos que a ausência de tributos sobre a Internet pode exercer sobre o comércio tradicional local.

Há vários problemas decorrentes da pressa em taxar transações eletrônicas. O problema principal é que a Internet compreende comércio global, um mercado sem fronteiras, com alcance ilimitado, ao contrário das lojas tradicionais com seus produtos convencionalmente dispostos dentro de um espaço delimitado fisicamente.

Claro que o comércio eletrônico terá um impacto em relação aos princípios tributários. O princípio de neutralidade entre comércio físico e eletrônico necessita que aqueles princípios sejam adaptados à realidade virtual, *on-line*, ao mundo sem fronteiras do espaço cibernético.

Esta revolução nas comunicações que continua varrendo o mundo necessita de princípios claros e racionais os quais assegurem que a lei tributária não será um impedimento ao crescimento destas tecnologias avançadas que têm um enorme potencial para melhorar nossas vidas.

Porém, alguns aspectos deste desenvolvimento tecnológico, como o crescimento de transações anônimas envolvendo vultosas quantias de dinheiro eletrônico, despertam elevados níveis de preocupação.

Mesmo assim, os governos do Brasil e dos Estados Unidos tentam assegurar que a lei tributária não será um impedimento ao crescimento destas tecnologias avançadas que têm um considerável potencial para melhorar nossas vidas.

Estas tecnologias novas eliminaram as fronteiras nacionais na estrada da informação. Subseqüentemente, diversos países poderão reivindicar jurisdição sobre estas transações, estipulando taxações proibitivas, e impedindo que estas tecnologias alcancem seu potencial máximo.

Eu concluo este trabalho acreditando que a Internet deveria ser declarada um ambiente livre de tarifas, no que concerne à entrega de

produtos e serviços. A Internet é uma via de comunicação verdadeiramente global, e todas as nações serão beneficiadas com a ausência de barreiras tributárias.

NOTAS

1. Veja, por exemplo, Comptroller Rulings Número 9512L1386B04 (criação de uma página de rede é sujeita a imposto sobre serviço de processamento de dados); 9501L1335A01 (conversão de fita de vídeo a formato *on-line* eletrônico está sujeita a imposto de processamento de dados; assim como manutenção de uma página na rede); 9512L1386D04 (esquadrinhar informação sobre a Internet e criação de "documentos de HTML" são sujeitos ao imposto sobre processamento de dados; páginas de rede postando em um servidor são sujeitos ao imposto sobre processamento de dados); 9601L1389G04 (carregar informação de um servidor no Texas está sujeito a imposto sobre serviço de informação); 9610L1436A02 (serviço de dados na Internet está sujeito a imposto sobre serviço de informação); 9701189L (criação de *website* para uso radiodifundindo em cima da Internet está sujeita a imposto sobre o serviço); e 9811967L (prover acesso de Internet é um serviço sujeito a imposto sobre informação).
2. <http://www.iltf.nist.gov/eleccomm/exec-sum.htm>

A SÚMULA Nº 189 DO STJ E O INTERESSE PÚBLICO JUSTIFICADOR DA INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO PROCESSO CIVIL

Por José Eduardo **NOBRE MATTA**, Juiz Federal da 6ª Vara Federal de Execução Fiscal do Rio de Janeiro, professor de Ciência Política e Direito Constitucional da Faculdade da Cidade e conferencista dos Cursos de Pós-Graduação da Universidade Estácio de Sá.

I. Apresentação; II. Analisando a jurisprudência do STJ cristalizada na Súmula nº 189; III. O alcance da segunda parte do inciso III do art. 82 do CPC, em sua nova redação; IV. Conseqüências práticas; V. Conclusões.

I. APRESENTAÇÃO

Quando estivemos na titularidade da Vara Federal de Angra dos Reis, interior do Estado do Rio de Janeiro, ao herdar parte do acervo de processos das Varas Cíveis da Justiça Estadual daquela Comarca, que ali tramitavam por força do parágrafo 3º do art. 109 da Constituição Federal, tivemos oportunidade de observar como, diferentemente do que ocorre na Justiça Federal, na Justiça Estadual, ao menos do Estado do Rio de Janeiro, o membro do Ministério Público atua na seara cível com freqüência espantosa, sob o pretexto de cumprimento do inciso III do art. 82 do Código de Processo Civil. Assim é que, como *custos legis*, o "parquet" manifesta-se em processos que visam desde a responsabilização civil do Estado até aqueles de simples revisão de benefícios previdenciários.

Interessamo-nos sobre o assunto e passamos a estudá-lo. Cremos que o tema merece, ainda, reflexão por parte da doutrina, de sorte a influir na prática judiciária comum na Justiça dos Estados, não obstante o muito que já se escreveu sobre o assunto.

II. ANALISANDO A JURISPRUDÊNCIA DO STJ CRISTALIZADA NA SÚMULA Nº 189

Diz a Súmula nº 189 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça que "é desnecessária a intervenção do Ministério Público nas execuções fiscais".

Com efeito, desde a época do saudoso Tribunal Federal de Recursos que a matéria já vinha sendo delineada no sentido que findou por se cristalizar nos termos da súmula. O problema desde sempre suscitado em relação às execuções fiscais era se naqueles processos estaria presente o relevante interesse público a justificar a intervenção ministerial. Em caso positivo, a não-intervenção do "parquet" redundaria em nulidade de todo o processo, por força da conjugação das normas contidas nos arts. 84 e 246 do CPC.

De regra, dizem os defensores da atuação do Ministério Público nas execuções fiscais, o interesse público seria flagrante, na medida em que a cobrança da dívida ativa tem inegável repercussão no orçamento do Estado e, via de consequência, na prestação de serviços do Poder Público, os quais sempre visam o bem comum. Assim, prosseguem em sua argumentação, não obstante a Lei de Execução Fiscal não fazer referência quanto à intervenção ministerial naquela modalidade de processo, esta se faz necessária, por força do art. 82, III, do CPC, cuja aplicação é autorizada pelos termos do art. 1º da aludida lei especial. Confirma-se o teor dos seguintes acórdãos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, referidos, respectivamente, nos relatórios dos Recursos Especiais nºs 48.771-4 e 52.318-4:

"... a execução fiscal tem relevante interesse público, isso porque a cobrança da dívida ativa tem inegável repercussão no orçamento do Estado e, via de consequência, na prestação de serviços do Poder Público que, em última análise, visam o bem comum.

Não obstante a Lei nº 6.830/80 não fazer referência expressa quanto à participação no processo de execução, sua presença se torna necessária por força do art. 82, III, do CPC, porquanto o art. 1º da supracitada lei determina que se aplicam, subsidiariamente, as disposições do CPC.

Em razão disso, anula-se a sentença, para que outra seja proferida após ser ouvido o Ministério Público".

"Não obstante a Lei das Execuções Fiscais (Lei nº 6.830/80) silenciar acerca da necessidade de intervenção do Ministério Público, em seu art. 1º determina que, subsidiariamente, se aplicam as regras do Código de Processo Civil. Este, em seu art. 82, inciso III, torna obrigatória a intervenção do *Parquet* 'em todas as demais causas em que há interesse público, evidenciado pela natureza da lide ou pela qualidade da parte'.

Quer pela natureza da lide, quer pela qualidade da parte, há na execução fiscal inegável e relevante interesse público.

Quanto à natureza da lide, evidencia-se o interesse público por que diz respeito com a arrecadação, com a receita do Estado, com a execução orçamentária e, em última análise, com a própria finalidade do Estado.

O art. 246 do CPC comina de nulidade o processo em que não for intimado o Ministério Público, nas causas em que deve intervir.

Face ao exposto, anula-se o processo, a partir da sentença, inclusive, outra devendo ser proferida, após regular intimação do Ministério Público para intervir.”

Apesar de tal posicionamento, já a jurisprudência do antigo Tribunal Federal de Recursos findou por consolidar entendimento contrário. O eminente Ministro **ANTÔNIO PÁDUA RIBEIRO**, quando na relatoria do Recurso Especial nº 52.318-4-RS, tratou de apontar julgado da 4ª Turma daquele sempre Egrégio Tribunal, especificamente a Apelação Civil nº 99.128-GO, assentada de 11.02.1987, publicado na Revista do TFR nº 143, pp. 97/99, em que, também na qualidade de relator, proferiu voto no sentido de que “o interesse público a justificar a intervenção do órgão do Ministério Público (CPC, art. 82, III) não se identifica com o da Fazenda Pública, que é representada por procurador, como, no caso, o foi, e se beneficia do duplo grau obrigatório (CPC, art. 475, III)”.

Assim é que o Colendo Superior Tribunal de Justiça tendo herdado tal jurisprudência, manteve-se na mesma linha, passando a pronunciar-se da seguinte forma:

EMENTA: Execução Fiscal. Intervenção do Ministério Público. Desnecessidade.

I - Não é necessária a intervenção do Ministério Público em execução fiscal, porquanto o interesse público que a justificaria (CPC, art. 82, III) não se identifica com o da Fazenda Pública, que é representada por procurador e se beneficia do duplo grau obrigatório (CPC, art. 475, III). Precedentes.

II - Recurso especial conhecido e provido.

(Resp. nº 52.318-4-RS, julgado em 16.11.94. Relator: Ministro PÁDUA RIBEIRO)

Note-se que uma das tônicas das reiteradas decisões do STJ é que não basta para justificar a intervenção do Ministério Público no processo a simples participação ou mesmo a existência de interesse de pessoa jurídica de Direito Público na lide. Com efeito, aquela Corte Superior vem afirmando reiteradamente que a representação judicial de tais entes públicos por suas procuradorias devidamente organizadas para a defesa de seus interesses subtrai do Ministério Público qualquer interesse imediato na lide, salvo expressa determinação legal. Destarte, não fazendo a Lei nº 6.830/80 qualquer referência expressa à intervenção ministerial e estando os interesses fazendários devidamente representados em juízo por suas procuradorias, firma-se uma presunção de desnecessidade da atuação do Ministério Público nessas lides.

De fato, estando os entes estatais já representados por suas procuradorias, a obrigatoriedade da atuação como *custos legis* do Ministério Público na lide, com fulcro na segunda parte do inciso III do art. 82 do CPC, representaria uma desconfiança sem justificativa em relação àquelas instituições, ou, para utilizar a expressão cristalizada na ementa do Resp. nº 63.529-PR, “reduzir à inutilidade o Advogado do Estado”. Confirma-se o teor da ementa do julgado.

PROCESSUAL E TRIBUTÁRIO - EXECUTIVO FISCAL - INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO - DESNECESSIDADE - DIREITO DE CONSTITUIR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO - DECADÊNCIA - ART. 173, III, DO CTN.

I - A intervenção do Ministério Público no processo de execução fiscal não é necessária, porque o Estado autor já está assistido por órgão especializado: seu advogado. Tornar obrigatória a intervenção do MP, no executivo fiscal, seria reduzir à inutilidade o Advogado de Estado.

II - (...)

III - (...)

(Resp. nº 63.529-2-PR, julgado em 17.05.95. Relator: Ministro **HUMBERTO GOMES DE BARROS**)

O Ministro **MILTON LUIZ PEREIRA**, de seu turno, em longo voto proferido no julgamento do Recurso Especial nº 48.771-4, onde analisa detalhadamente a questão, verdadeiramente leciona. *Verbis*: “ressalta-se que, na execução fiscal, a Fazenda Pública tem Procuradoria organizada para a sua representação judicial, necessariamente voltada para os seus interesses”. E prossegue em seu voto-aula: “Sucede que o invocado art. 82, III, do CPC dispõe *in genere*, faltando

expressa enunciação para a execução fiscal (Código Processual Civil e Lei nº 6.830/80). Logo se vê como não há intervenção facultativa do Ministério Público, sob a réstia do art. 82, a participação teria por pressuposto o *interesse público*, evidenciado pela qualidade da parte exequente (inc. III). Ora, de súbito, descogita-se do litisconsórcio ou como terceiro (arts. 47 e 50, CPC). Só resta, pois, avaliar da existência, ou não, de *interesse público* legitimador do *parquet*... Portanto, permeia-se que, para a obrigatória intervenção do Ministério Público, não basta o 'querer' do Juiz ou das partes, ou do agente representante do *parquet*, exigindo-se a imprescindível caracterização, *stricto sensu*, do *interesse público*. Logo, não se justifica pela simples presença de entidade de Direito Público na relação processual, fato que, se admitido, obrigaria a intervenção em todas as ações em que se litigasse contra o Estado, uma vez que: *'também é de interesse público o respeito a direitos conferidos pelo ordenamento jurídico em face do Estado; da mesma forma, é exigência do interesse público a adequação da atividade administrativa ao que prescreve a lei. Levada ao extremo, essa tese imporá a participação do Ministério Público em toda e qualquer ação, porque o próprio exercício da função jurisdicional, como função do Estado que é, tem por objetivo a satisfação do interesse público'* (Resp. nº 4.991-DF, cit.)".

A última referência feita pelo eminente Ministro MILTON LUIZ PEREIRA, amparando-se em precedente da Corte, de que não há de se levar a tese do interesse público ao extremo, sob pena de obrigar a intervenção do Ministério Público em toda e qualquer demanda, uma vez que sempre se poderia argumentar que a causa envolve aquela categoria de interesses, aponta para um delineamento pretoriano do que seria o interesse público capaz de justificar a atuação do "parquet" na esfera cível, com fulcro na parte final do inciso III do art. 82 do CPC.

Com efeito, em outro acórdão daquela Corte Superior, tratando do mesmo tema, ficou assentado que o aludido interesse público deve ser imediato e não remoto. Ou seja, só se justificaria a intervenção do órgão do Ministério Público se o interesse passível de tutela fosse evidente, imediato, uma vez que dadas as características extremamente elásticas do conceito de interesse público, sempre se poderia dizer estar ele presente em qualquer feito. Confirma-se o teor da ementa abaixo transcrita:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DESNECESSIDADE. CORREÇÃO DE DÉBITO TRIBUTÁRIO. IPC DA FIPE. IMPOSSÍ-

BILIDADE. VINCULAÇÃO RESTRITA A ÍNDICES INSTITUÍDOS POR LEI FEDERAL. MATÉRIA NÃO SUJEITA À RESERVA LEGAL.

I. Em regra geral, a obrigatoriedade de participação do Ministério Público na relação processual deve vir expressa na lei. Na sistemática processual vigente, o interesse público justificador da presença do *Parquet* há de ser imediato e não remoto, inexistindo entre este e o interesse da Fazenda Pública, que dispõe de procuradores para defendê-la em juízo e beneficia-se do reexame compulsório das decisões que lhe são desfavoráveis. Na espécie, o interesse ou participação de pessoa jurídica de direito público, faltante expressa disposição legal, de modo a tornar obrigatória a intervenção do Ministério Público na relação processual. Precedentes (*os grifos são nossos*).

II. (...)

III. Recurso provido, parcialmente, à unanimidade.

(Resp. nº 80.581-SP, julgado em 26.03.96. Relator: Ministro DEMÓCRITO REINALDO)

Assim, temos que, especificamente em relação ao processo de execução fiscal, a desnecessidade da intervenção do Ministério Público tem as seguintes justificações, consoante a interpretação do Egrégio Superior Tribunal de Justiça. -

1. A simples presença de ente público na lide não basta para justificar a intervenção do Ministério Público, sem que haja expressa previsão legal para tal;
2. A obrigatoriedade da intervenção do Ministério Público reduziria à inutilidade as procuradorias dos entes públicos, estruturadas exatamente para defender seus interesses;
3. O interesse público justificador da intervenção ministerial deve ser imediato e não remoto.

III. O ALCANCE DA SEGUNDA PARTE DO INCISO III DO ART. 82 DO CPC, EM SUA NOVA REDAÇÃO

A redação originária do inciso III do art. 82 do CPC causou perplexidades na doutrina. Sobre a questão, vale consignar a contundente crítica de **CELSO AGRÍCOLA BARBI** (1): “Grandes dificuldades vêm

sendo encontradas na interpretação da norma contida nesse item... A regra é extremamente vaga, porque impreciso é o conceito de interesse público. Mesmo a referência a ser ele evidenciado pela natureza da lide ou pela qualidade da parte não elimina a indeterminação do texto”.

Com efeito, vimos acima como o Egrégio Superior Tribunal de Justiça tratou do tema da intervenção do Ministério Público, especificamente em relação à execução fiscal. Sendo o STJ a Corte de Justiça responsável pela unificação da interpretação da lei federal, pensamos, após a edição da multicitada súmula, não há mais espaço para manifestações jurisprudenciais em sentido contrário. Assim, em relação às execuções fiscais, não se pode, de ordinário, reputar presente interesse público justificador da intervenção do Ministério Público.

Todavia, quanto a outras espécies de demandas, a questão pode ainda ensejar controvérsias.

Não se trata apenas de preocupação com a possível argüição de nulidade futura do processo. O problema ganha especial relevância se tivermos em conta todos os esforços que têm sido feitos para tornar mais célere o trâmite dos processos. De fato, num mundo globalizado, onde a busca pela justiça tem-se intensificado assustadoramente, a duração do processo tem sido uma das grandes preocupações do meio jurídico.

Com efeito, a celeridade processual é hoje uma garantia constitucional, por força do parágrafo 2º do art. 5º da vigente Carta Política, uma vez que tratou o Brasil de ratificar a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e integrá-la ao seu ordenamento jurídico através do Decreto nº 678, de 06.11.92. O item 1 do art. 8º da referida Convenção consagra o que chamaram **ADA PELEGRINI GRINOVER, CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO e ANTÔNIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA** (2) de direito ao processo em prazo razoável. Confira-se o que dizem os consagrados autores sobre a nova garantia fundamental, *verbis*: “Realmente, a garantia da prestação jurisdicional sem dilações indevidas integra as garantias do devido processo legal (expressas, nesse ponto, a Constituição espanhola de 1978, no art. 11, b), porquanto justiça tardia não é verdadeira justiça”.

Assim, uma determinação de “diga o MP”, vista agora sob o prisma dos direitos fundamentais, qual seja, o da celeridade no trâmite do processo, ganha outra relevância, e merece ser discutida com maiores cuidados, de acordo com as novas preocupações da moderna ciência processual.

O festejado professor **CALMON DE PASSOS** (3) aborda o tema de forma original, qual seja, sob a ótica da teoria geral do processo. Louvando-se na assertiva de **SÉRGIO COSTA**, anota com singeleza que o Ministério Público quando age, ou é réu ou é autor; e quando intervém, é interveniente. Ou seja, o Ministério Público sujeita-se ao tratamento processual que a teoria geral do processo impõe à admissão de alguém como parte ou interveniente. Averba o ilustre processualista: **“A intervenção do MP só se diferencia da intervenção dos demais terceiros no tocante ao interesse que a legitima e no particular dos poderes que a essa intervenção se vinculam. Mas nem por força dessa peculiaridade, deixa a intervenção do MP de ser intervenção em processo de partes, submetida ao controle jurisdicional de sua legitimidade e pertinência. O MP, conseqüentemente, quando pretende intervir numa causa pendente, deve demonstrar sua legitimação para isso. Como, por igual, se reclamada sua intervenção em algum processo pendente, cabe ao juiz, previamente, examinar a legitimação do MP para intervir, como requerido”** (4).

Continuando na mesma linha de enfoque do tema, conclui o eminente catedrático da Universidade Federal da Bahia que ao Poder Judiciário é que cabe definir no caso concreto se o Ministério Público tem ou não legitimidade para intervir no feito. Seria dizer: ao órgão ministerial não há nenhuma discricionariedade para pleitear a sua intervenção na lide; crendo estar presente o interesse público *in casu*, caracterizado pela natureza da lide ou qualidade da parte, deve requerer sua intervenção ao juiz. Todavia, caberá ao Poder Judiciário decidir sobre o pleito. Nas palavras de **CALMON DE PASSOS**: **“Pretendendo participar de processo em curso, porque lhe pareça nele consubstanciado interesse público, quer em função dos sujeitos da lide, quer em função da natureza dessa mesma lide, cumpre-lhe postular sua interveniência, demonstrando sua legitimação e interesse. Admitido que seja, no processo atuará. Recusada sua participação, nenhum poder lhe assiste para essa participação, sobrepondo-se ao juízo que seja feito pelo magistrado a respeito, salvo a utilização dos recursos admissíveis na espécie (...) ao Judiciário cabe definir a legitimação do MP para intervir e, uma vez fixada, quer positiva, quer negativamente, por decisão firme, não mais recorrível, ficará ela definida nos termos em que a decisão a tenha fixado”** (5). Nem poderia ser diferente à luz da teoria geral do processo. Com efeito, se dentro da relação processual a intervenção ministerial se faz observando-se os mesmos critérios para todas as modalidades de intervenção de terceiros, por certo deve ela ser requerida ao juiz, que decidirá a respeito. Tal decisão, por outro lado, poderá ser impugnada pelos recursos adequados, até tornar-se firme.

Ainda, segundo as seguras ponderações de **CALMON DE PASSOS**, a participação do “parquet” na hipótese da segunda parte do inciso III do art. 82 do CPC não é facultativa, mas coacta. Afinal, diz o art. 82 competir ao Ministério Público intervir em todas as hipóteses arroladas em seus incisos. Bem verdade que para os casos previstos nos incisos I, II e primeira parte do inciso III, já estão indicados precisamente os litígios onde devem intervir o órgão ministerial, e, de fato, em relação à parte final do inciso III, fala-se em interesse público, um conceito extremamente aberto e vago. Mas ainda assim, não é de se reputar como facultativa a intervenção ministerial nesta última hipótese. Também aqui, mesmo diante da flexibilidade do conceito interesse público, deve ser reputada obrigatória a intervenção do Ministério Público, desde que reconhecida sua necessidade por decisão judicial definitiva (6).

Do que se disse até aqui, já fixamos que: 1) a intervenção ministerial atende aos princípios vetores da teoria geral do processo; 2) em consequência, cabe ao Juiz dar a última palavra sobre o interesse público justificador de tal intervenção; 3) fixada pelo Poder Judiciário a existência de interesse público na lide, a intervenção ministerial não é mais facultativa, mas passa a ser obrigatória.

Mas não é só. Resta o ponto mais problemático, como já observara **CELSO AGRÍCOLA BARBI**, exatamente aquele que diz respeito sobre a interpretação do conceito de interesse público. Em outras palavras, a identificação mesma do interesse público no caso concreto.

LÚCIA VALLE FIGUEIREDO elabora excelente esforço para definir o conteúdo da categoria jurídica interesse público. Diz a ilustrada professora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo: “**Interesse público tem acepções diversas e pode, aparentemente, apresentar-se como conceito fluido (...) Interesse público e fim público podem ter conteúdo pré-jurídico, metajurídico ou jurídico-positivo. É somente deste último que queremos tratar. À questão – ‘que é interesse público?’ – poder-se-á responder de maneira singela: ‘Aquilo que a lei assim quis’. Interesse público, dentro de determinado ordenamento jurídico-positivo, é aquele a que a Constituição e a lei deram tratamento especial**” (7). E prossegue: “**A única fonte do Direito Positivo só pode ser o próprio Direito. Somente a análise exaustiva do ordenamento fará aflorar quais os interesses públicos que devam ser perseguidos pela Administração...**” (8) Assim, diz a ilustre publicista em arremate: “**... como conceito pragmático que é, terá conotações diversas, dependendo da época, da situação sócio-econômica, das metas a atingir etc. (...) muito embora pragmáti-**

co ou indeterminado, detém núcleo mínimo de compreensão, sendo que sua conotação e sua denotação deverão ser extraídos das *normas e dos princípios informadores do ordenamento*. Destarte, seu conteúdo será dado à luz do instituto, que se examina, e do próprio sistema” (9).

Eis aí, pensamos, a chave para a definição do interesse público justificador da intervenção ministerial, referida na parte final do multicitado inciso III do art. 82 do CPC: o ordenamento jurídico-positivo. Há que se buscar no sistema a resposta para a questão. O ponto de partida, como não poderia deixar de ser, deve ser a Constituição Federal. Analisando a Lei Maior, em primeiro lugar, e valendo-nos das decisões que ensejaram a edição da Súmula nº 189 do Egrégio STJ, jogaremos novas luzes sobre o tema.

O art. 127 da vigente Constituição Federal trata de definir, a um só tempo, a natureza e os fins da instituição Ministério Público. Ao dizer o referido dispositivo que incumbe à instituição a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, não outorga uma carta em branco ao Ministério Público para atuar em todo e qualquer processo, mas sim nos casos em que o próprio ordenamento jurídico imponha sua participação, que deverá estar pautada na persecução das finalidades da instituição. Outrossim, ao conferir natureza institucional permanente ao Ministério Público, essencial para o exercício da função jurisdicional do Estado, tratou de extremá-lo do Poder Judiciário, mantendo apenas a relação de cooperação com este Poder. Vale anotar os comentários de CRETELLA JR. (10): “Pontes de Miranda (cf. *Comentários*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1987, vol. III, p. 407), escrevendo sob o regime da Carta Política de 1969, dizia: ‘Posto que ligado ao ordenamento judiciário, não faz parte da Justiça – não é órgão judiciário, mas administrativo’. A Constituição de 1988, art. 127, entretanto, define o Ministério Público como *instituição essencial à função jurisdicional do Estado*, incumbindo-lhe, antes de tudo, a defesa da ordem jurídica. Tem *funções essenciais à Justiça*, como diz a epígrafe do Capítulo IV. Logo, faz parte da justiça, embora, é claro, não se classifique como *órgão judiciário*, embora participe intensamente junto aos órgãos de funções jurisdicionais”.

Merece especial atenção o inciso IX do art. 129 da Lei Suprema. A primeira parte do dispositivo, de um lado, permite o exercício de outras funções pelo Ministério Público, nos termos da lei, desde que compatíveis com as finalidades da instituição. Tem-se, assim, que as funções institucionais arrolados nos incisos precedentes do mesmo art. 129, não exau-

rem as funções que podem ser desempenhadas pelo Ministério Público. São as principais, é verdade. Afinal, o legislador constituinte tratou de evidenciá-las, ressaltá-las, como a dizer, estas, são típicas funções do "parquet". Todavia, outras funções podem vir a ser exercidas pela instituição, atendendo à vontade da lei, desde que sejam compatíveis com suas finalidades constitucionais, quais sejam, a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Como se vê, todas as atividades do Ministério Público ou já estão previstas na Constituição Federal, ou devem estar expressas em lei. Não há espaço para a imaginação.

De outro turno, o mesmo inciso IX acima referido, em sua parte final, trata de erguer uma vedação à atividade ministerial, qual seja, a representação judicial e a consultoria de entidades públicas. Confirmam-se as palavras do eminente **ARRUDA ALVIM** (11): "**Se até o sistema constitucional precedente o Ministério Público representava a União, o que acarretava duplicidade indesejável de funções, com o novo sistema constitucional tal não mais deve ocorrer. Tanto é verdadeira esta observação que ao Ministério Público é vedada, por disposição expressa da Constituição Federal de 1988 (art. 129, inciso IX), a representação judicial e a consultoria de entidades públicas**".

Eis aí o motivo das manifestações dos ilustrados ministros do Superior Tribunal de Justiça, acima analisadas, quando afirmaram que não basta para justificar a intervenção do Ministério Público a simples presença de ente público na lide, sem que haja expressa previsão legal para tal, sob pena de tornar inúteis as procuradorias dos entes públicos. É certo que os julgamentos voltavam-se para processos de execução fiscal. Todavia, as conclusões podem e devem ser aplicadas a toda e qualquer demanda que envolva entes públicos, por força de uma análise sistemática da Constituição Federal.

Do mesmo modo, o último argumento por nós evidenciado da análise dos acórdãos daquela Corte Superior, qual seja, de que o interesse público justificador da intervenção ministerial deve ser imediato e não remoto, ilumina definitivamente a questão. Com efeito, apenas o próprio ordenamento jurídico poderá expressar a imediatidade do interesse público. Só a Constituição e a lei podem dizer se neste ou naquele caso há interesse público imediato a justificar a intervenção ministerial, sob pena de esbarrarmos em insuperáveis problemas hermenêuticos. Perfeita, pois, a conclusão de **CELSO AGRÍCOLA BARBI** (12), ao responder à questão por ele mesmo formulada, sobre qual seria o interesse público que exige a intervenção do Ministério Público na redação original do inciso III do art. 82

do CPC: “Não podem ser os da organização familiar, os de zelo pelos incapazes, ausentes e testadores já falecidos, porque quanto a eles há norma expressa nos itens I e II. Não podem ser os interesses patrimoniais da Fazenda e suas autarquias, porque elas têm seus procuradores judiciais, habilitados a bem defendê-las em juízo. Em resumo, além dos casos previstos nos itens I e II do artigo e dos que são objeto de disposições expressas do Código e das leis especiais, como a de falências, a de ação popular e outras, não se conseguem ver casos em que se justificasse a participação obrigatória do Ministério Público, com assento no item em exame”.

Na mesma linha, averba CALMON DE PASSOS (13): “Acréscce, ainda, que se intenção do legislador exigir a presença do MP em toda causa em que fosse autora ou ré uma pessoa jurídica de direito público, ele o teria dito de modo claro e direto, sem necessitar do circunlóquio ilógico de mencionar um interesse público evidenciado pela qualidade da parte”. E prossegue, em seguida, tratando especificamente dos processos expropriatórios: “Exigir-se a participação do MP em um processo expropriatório, porque a ação em que é autor o Estado, será exigir-se sua presença em toda e qualquer causa em que seja parte a União, o Estado, o Município ou suas entidades descentralizadas com personalidade jurídica de direito público, o que é por demais grave em suas conseqüências e por demais injustificável em suas exigências para ser aceito como conclusão a retirar-se de um dispositivo de lei não explícito a respeito”.

Por igual razão, assim, afigura-se desnecessária a intervenção do Ministério Público nos processos de responsabilidade civil contra o Estado, feitos previdenciárias, ações de repetição de indébito, cautelares fiscais etc. O rol é meramente exemplificativo.

IV. CONSEQÜÊNCIAS PRÁTICAS

Até aqui vimos que o interesse público justificador da intervenção ministerial no processo civil deve ser extraído do ordenamento jurídico. De outro lado, apoiados na teoria geral, constatamos que cabe ao Poder Judiciário decidir sobre a questão. Vale dizer, é o juiz que decidirá se no caso concreto configura-se o aludido interesse público, admitindo ou não a intervenção do “parquet”. A decisão pode ocorrer a partir de três hipóteses: 1) a requerimento das partes; 2) a requerimento do Ministério Público; 3) por decisão espontânea do juiz da causa. Analisemos cada um dos casos.

As partes envolvidas no litígio, entendendo estar presente o interesse público motivador da intervenção ministerial, deverão requerer neste sentido. Observe-se que qualquer das partes, autor ou réu, possui legitimidade para tal, não obstante referir-se o art. 84 do CPC a parte, no singular. Afinal, ambas têm interesse no regular desenvolvimento do feito.

Do mesmo modo, o próprio Ministério Público, que possui incumbência constitucional de zelar pela ordem jurídica, deve requerer sua intervenção no feito, sempre que se deparar com uma das hipóteses previstas nos incisos do art. 82 do CPC. Especificamente em relação ao interesse público referido na parte final do inciso III do aludido artigo, o "parquet" também não se pode furtar de requerer sua intervenção. Não há discricionariedade. Dignas de serem anotadas as palavras de **CALMON DE PASSOS** (14): **"a própria índole da intervenção do MP fá-la coacta, em função do interesse público existente e definido pelo legislador, quando fá-lo intervir"**.

Outrossim, o próprio juiz da causa poderá, ele mesmo, de ofício, determinar a intervenção ministerial, sempre que reputar presente uma causa justificadora da intervenção. Trata-se de um dever do juiz, que deve sempre zelar pela efetividade do processo. Aliás, é isto o que ocorre na maioria dos casos (15).

Em relação às duas primeiras hipóteses – requerimento da intervenção pelas partes, ou pelo próprio Ministério público – parece não haver dúvida tratar-se de decisão interlocutória o ato decisório do juiz, quer venha ser de conteúdo positivo ou negativo. Afinal, o juiz está a decidir incidente processual que lhe foi apresentado pelas partes, sem pôr fim ao processo. Assim, não satisfeito o requerente, resta-lhe a via do agravo.

Todavia, a questão parece complicar-se quando a intervenção ministerial é determinada de ofício pelo juiz da causa. Qual será a natureza jurídica de tal determinação? Quais serão os seus efeitos para as partes e para o Ministério Público, se este, por exemplo, não reconhecer presente o interesse público definido pelo juiz?

O artigo 162 do CPC define quais os atos do juiz. Em princípio, não caberia à lei definir. Conceitos devem ser formulados pela doutrina. Todavia, postas as definições legais, resta-nos utilizá-las da melhor forma possível. São atos do juiz: sentenças, decisões interlocutórias e despachos. A sentença, conceitua o Código, é o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa. Decisões interlocutórias, prossegue o diploma legislativo, é o ato pelo qual o juiz decide questão incidente, no curso do processo. Por despacho, chama o Código a todos os demais atos. Há, ainda, os chamados despachos de mero expediente, referidos no art. 504.

Por óbvio, não pondo fim ao processo, a decisão do juiz que determina a manifestação do Ministério Público fulcrada na segunda parte do inciso III do art. 82 do CPC não é sentença. Resta saber, então, se tal pronunciamento configura decisão interlocutória, despacho de não-mero expediente (16), ou despacho de mero expediente.

Se o juiz, de ofício, determinou a manifestação ministerial no feito, reputando presente o interesse público referido no inciso III do art. 82 do CPC, não há resolução de questão incidental alguma. Nada lhe foi apresentado pelas partes ou por terceiro. É certo que sempre haverá uma carga decisória em qualquer ato do juiz. Porém, para caracterizar-se em decisão interlocutória, o pronunciamento deverá resolver uma questão incidental, de sorte a dar prosseguimento no processo. Anotem-se as palavras do professor **EGAS MONIZ ARAGÃO**: “O texto circunscreve o conceito de decisão interlocutória: primeiro requisito é que haja sido ‘no curso do processo’; segundo, que resolva ‘questão incidente’” (17).

Resta verificar, então, se se trata de despacho de não-mero expediente ou despacho de mero expediente. Valemo-nos mais uma vez das lições do eminente professor **EGAS MONIZ ARAGÃO**, para desvendar a questão. Propõe o mestre paranaense o seguinte critério diferenciador entre as duas categorias de despacho: “**Aí está uma solução hábil a superar a dificuldade com que se defrontará o intérprete brasileiro: todos os despachos que visem unicamente à realização do impulso processual, sem causar qualquer lesão ao direito das partes, serão de mero expediente. Caso, porém, ultrapassem esse limite e acarretem ônus ou afetem direitos, causando algum dano (máxime se irreparável), deixarão de ser de mero expediente e ensejarão recurso**” (18).

O critério diferenciador, então, deve ter como tônica o prejuízo que possa a decisão causar aos envolvidos na lide. Se causar prejuízo, o pronunciamento reputar-se-á de não-mero expediente. Ao revés, não causando prejuízo, estar-se-á diante de despacho de mero expediente.

Como já salientamos acima, a celeridade da prestação jurisdicional é hoje uma garantia constitucional, visto que o denominado direito ao processo em prazo razoável foi incorporado ao rol de direitos-garantias fundamentais insculpidos na Carta Política de 1988, por força de expresse preceito contido na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ratificada pelo Brasil. Isto quer dizer que há reconhecimento expresse em nosso ordenamento jurídico de que a rapidez na entrega da prestação jurisdicional deve ser colimada pelo Estado, para atender um direito-ga-

rantia fundamental. Assim, qualquer ato processual desnecessário, que retarde o andamento do processo, que o tumultue, atenta contra o denominado direito fundamental ao processo em prazo razoável e, indubitavelmente, provoca prejuízo tanto processual como até mesmo material. Destarte, o ato do juiz que considera presente o interesse público justificador da intervenção ministerial é um despacho de não-mero expediente. Em conseqüência, passível de impugnação por agravo pelas partes.

Mas e em relação ao Ministério Público? Pode ele agravar o despacho que lhe determinou intervir no processo?

Penso que não.

Como vimos acima, é o Poder Judiciário que definirá processualmente a existência ou não do interesse público justificador da intervenção do "parquet". Todavia, esta definição só produzirá efeitos endoprocessuais para o MP. É que, como vimos acima, a intervenção do Ministério Público como *custos legis* neste caso é coacta, obrigatória. Assim, cumpre-se o mandamento legal da intervenção ministerial com a sua simples intimação para tal. É dizer, intimado o Ministério Público para intervir, não está ele obrigado a agir, a praticar atos. Com efeito, se não há como se obrigar um terceiro qualquer a praticar atos processuais, maior motivo se este terceiro é o Ministério Público, dada a própria independência da instituição. Dignas de referência as palavras de **CALMON DE PASSOS**: "Cumprer ressaltar, entretanto, que na intervenção coacta, se a participação no processo se dá mesmo contra a vontade do terceiro, sua atuação, contudo, depende exclusivamente de sua vontade. Obrigado a ser sujeito da relação processual, não é ele obrigado a praticar atos no processo. O dever de agir, aliás, inexistente hoje, até mesmo quando o réu, que apenas sofre o ônus da impugnação dos fatos postos pelo autor, sancionada sua omissão com a determinação, ao juiz, de ter como verídicos os fatos constitutivos do pedido do demandante. Não se deve, pois, confundir participação obrigatória, que existe, com atuação obrigatória, que inexistente. Também neste particular o MP não goza de situação processualmente privilegiada. Menos por desmerecê-la, sim por incompatível com os princípios que presidem ao processo civil" (19).

Então, determinada a intervenção do "parquet" de ofício pelo juiz da causa, sendo ele regularmente intimado e, ao contrário, fixar entendimento de que não estaria presente o interesse público justificador para sua atuação, nada nem ninguém o pode obrigar a manifestar-se. A autonomia e independência do órgão imperam. Sequer haverá o juiz de aplicar

analogicamente o art. 28 do CPP, para obrigar uma atuação efetiva no Ministério Público no processo, por ser absolutamente desnecessária e supérflua tal medida. Afinal, a simples intimação do órgão, por si só, já supriu, como vimos, o mandamento legal de sua intervenção.

Por este motivo, dissemos, falta ao Ministério Público interesse recursal para impugnar a decisão judicial que determinou sua intervenção no feito. Basta que ele expresse seu desinteresse na lide. O problema se foi certa ou errada a promoção do órgão ministerial negando sua manifestação efetiva no feito é interno da instituição. Não atinge a relação processual. Não a nulifica. A vontade da lei já foi cumprida com a intimação do "parquet", frisamos.

Por fim, é bom lembrar que decisões do tipo "ao MP" são nulas, por ausência da necessária fundamentação, exigida pelo inciso IX do art. 93 da Lei Maior. Aí sim, nestes casos, poderia o "parquet", agora como fiscal da lei, impugnar a determinação, reputando-a nula, por ausência de fundamentação.

V. CONCLUSÕES

1. A intervenção ministerial atende aos princípios vetores da teoria geral do processo;
2. Em conseqüência, cabe ao Juiz dar a última palavra sobre o interesse público justificador de tal intervenção;
3. Fixada pelo Poder Judiciário a existência de interesse público na lide, a intervenção ministerial não é mais facultativa, mas passa a ser obrigatória;
4. O alcance do interesse público há de ser extraído do ordenamento jurídico (Constituição e leis), sendo certo que a simples presença de ente público na lide não basta para justificar a intervenção do Ministério Público, sem que haja expressa previsão legal para tal. Afinal, a obrigatoriedade da intervenção do Ministério Público sempre que presente na lide um ente público reduziria à inutilidade as procuradorias destes entes, estruturadas exatamente para defender seus interesses;
5. O interesse público justificador da intervenção ministerial deve ser imediato e não remoto;
6. Como modalidade de intervenção coacta, basta a intimação do MP, para cumprir o mandamento legal;

7. O ato decisório do juiz que aprecia requerimento das partes ou do Ministério Público para a sua intervenção no feito tem natureza jurídica de decisão interlocutória. Sendo, pois, agravável por qualquer daqueles que formulou o pedido de intervenção;
8. O ato decisório do juiz que, de ofício, determinou a intervenção ministerial, possui natureza jurídica de despacho de não-mero expediente, sendo agravável exclusivamente pelas partes, que podem ter seu direito fundamental a uma prestação jurisdicional célere retardado – direito ao processo em prazo razoável;
9. O MP só passa a ter interesse recursal para impugnar a decisão do juiz que, de ofício, determina sua intervenção no feito, se esta não tiver sido devidamente motivada;
10. Exemplificativamente, não existe interesse público ordinário para a atuação do MP nos seguintes casos: processos expropriatórios, de responsabilidade civil contra o Estado, previdenciários, de repetição de indébito e cautelares fiscais.

NOTAS

1. *In Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. I, tomo II, Forense, 1975, p. 379.
2. *In Teoria Geral do Processo*, Malheiros, 16ª edição, 2000, p. 86. Ainda sobre a questão da duração do processo, vale conferir a segura reflexão de Luiz Guilherme Marinoni, *In Novas Linhas do Processo Civil*, Malheiros, 2ª edição, pp. 28 e seguintes.
3. *In Intervenção do Ministério Público nas causas a que se refere o art. 82, III, do C. Pr. Civ.*, Revista Forense nº 268. Afirma o grande mestre baiano, com propriedade, que “sem uma boa teoria geral e sem fidelidade a ela, nunca seremos juristas. Corremos sempre o risco de nos perder no que denomino de discurso sobre o direito. Uma inconseqüente e muitas vezes emocional construção de palavras, que afinal se apresentam como infecundas e incongruentes”.
4. *Ob. cit.*, p. 49.
5. *Ob. cit.*, p. 50.
6. Entendimento diferente tem PONTES DE MIRANDA, para quem seria facultativa a intervenção ministerial no caso do interesse público referido no inciso III do art. 82 do CPC (*Comentários*, Forense, 1997, tomo II, p. 184).
7. *In Curso de Direito Administrativo*, Malheiros, 1995, pp. 33/34.
8. *Ob. cit.*, p. 35.
9. *Ob. cit.*, p. 37.
10. *In Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, Forense Universitária, Rio de Janeiro, 1992, p. 3294.
11. *In Manual de Direito Processual Civil*, vol. 1, São Paulo, 1997, p. 489.

12. Ob. cit., p. 380.
13. Art. cit., p. 57.
14. Art. cit., p. 52.
15. Neste sentido, observa **CELSO AGRÍCOLA BARBI**, *verbis*: “Geralmente, o juiz determina essas intimações, que são feitas, de ofício, pelo escrivão ou pelo oficial de Justiça, conforme o caso. Se houver omissão do juiz, tem lugar a iniciativa da parte, requerendo ao magistrado seja determinada a intimação” (ob. cit., p. 383).
16. A expressão despacho de não-mero expediente é adotada por **ARRUDA ALVIM** em sua obra já referida. **PONTES DE MIRANDA**, nos seus *Comentários*, tomo III, p. 110, de seu turno, refere-se a “despachos que não são de mero expediente (= só de expediente)...”.
17. *In Comentários ao Código de Processo Civil*, Forense, Rio de Janeiro, 1974, p. 41.
18. Ob. cit., p. 45.
19. Ob. cit., p. 51.

BIBLIOGRAFIA

- **ARAGÃO**, Egas Dirceu Moniz de, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Forense, Rio de Janeiro, 1974.
- **ARRUDA ALVIM**, *Manual de Direito Processual Civil*, vol. 1, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 6ª edição, 1997.
- **BARBI**, Celso Agrícola, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. I, tomo II, Forense, São Paulo, 1975.
- **CINTRA**, Antônio C. de Araújo, **DINAMARCO**, Cândido Rangel, e **GRINOVER**, Ada Pellegrini, *Teoria Geral do Processo*, São Paulo, Malheiros Editores, 16ª edição, 2000.
- **CRETILLA JÚNIOR**, José, *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, Forense Universitária, Rio de Janeiro, 1992.
- **FIGUEIREDO**, Lúcia Valle, *Curso de Direito Administrativo*, Malheiros Editores, São Paulo, 2ª edição, 1995.
- **MARINONI**, Luiz Guilherme, *Novas Linhas do Processo Civil*, Malheiros Editores, 2ª edição, 1996.
- **MIRANDA**, Pontes, *Comentários ao Código de Processo Civil*, tomo III, Forense, Rio de Janeiro, 1979.
- **PASSOS**, Calmon J.J., *Intervenção do Ministério Público nas causas a que se refere o art. 82, III, do C. Pr. Civ.*, Revista Forense nº 268.

JURISPRUDÊNCIA

SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
17ª VARA

Processo: 99.0016776-7 CLASSE 02001 TIPO 2
Autor: PREMIER COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.
Réu: PRESIDENTE DA COMISSÃO ESPECIAL DE LICITAÇÃO DA COORDENAÇÃO GERAL DAS UNIDADES HOSPITALARES PRÓPRIAS DO MINISTÉRIO DA SAÚDE NO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
Juiz: Dr. WANDERLEY DE ANDRADE MONTEIRO

SENTENÇA

Vistos, etc.

I - O Relatório

PREMIER COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA., qualificada na inicial, ajuíza MANDADO DE SEGURANÇA, com pedido de liminar, contra ato do Ilm^o PRESIDENTE DA COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO DAS UNIDADES HOSPITALARES PRÓPRIAS DO MINISTÉRIO DA SAÚDE NO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, com o fito de obter a sustação da Concorrência Pública nº 005/99-CAO (Processo nº 25.001.004039/99-49), do tipo menor preço, destinada a contratação de empresa prestadora de serviços de nutrição e dietética, ao argumento de irregularidade no instrumento convocatório, tais como falta de previsão de recursos orçamentários; ausência de orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os custos unitários e previsão dos respectivos quantitativos a esse escopo; e ilegalidade da inserção dentre as unidades hospitalares que integram o objeto licitado do Hospital Geral de Nova Iguaçu, por manter com este contrato administrativo regular para prestação dos mesmos serviços, com vigência até 19/12/2001.

Com a inicial vieram os documentos de fls. 39/415.

Liminar indeferida nos termos da decisão de fls. 418.

Solicitada as informações (fls. 455), foram estas prestadas pela Autoridade Impetrada às fls. 457/464, argüindo preliminarmente a inépcia da inicial e no mérito, defendendo a clareza e legalidade do atacado procedimento licitatório, inexistindo as apontadas irregularidades no edital de convocação, razão pela qual pede a denegação da segurança.

Ouvído o Ministério Público Federal, opinou pela extinção do processo sem julgamento de mérito, nos termos do Art. 267, inciso VI, do Código de Processo Civil ou, quando muito, pela denegação da segurança (fls. 466/468),

Ofício do TRF da 2ª Região solicitando informações deste Juízo para instrução do Agravo de Instrumento nº 99.02.23206-2, interposto pela Impetrante, esclarecendo ainda ter sido proferido despacho negatório do efeito suspensivo pretendido no citado recurso (fls. 470/471). A solicitação foi atendida conforme fls. 472.

Manifestação da Impetrante às fls. 474/475, juntando os documentos de fls. 477/480 e 482/486.

É o relatório.

II - Os Fundamentos

Quanto as preliminares

Em primeiro lugar cumpre rejeitar a preliminar da inépcia, visto que, embora seja extremamente prolixa, a inicial compreende todos os requisitos exigidos pela Lei para o seu conhecimento, estando apta a ser examinada. Também não me parece que ela dificulte a defesa da autoridade apontada como coatora, levando-se em conta que esta conseguiu fornecer as informações para o exame do mérito do pedido, esclarecendo meticulosamente os pontos que estariam sendo objeto de irresignação pelo Impetrante.

Quanto ao mérito

Manifesta a Impetrante a pretensão de obter o decreto de nulidade do edital de Concorrência Pública nº 005/99-CAO, sob a modalidade de menor preço, e que tem por objeto a contratação de empresa para prestação de serviços de nutrição e dietética, com alocação de recursos humanos técnico-administrativo e operacional, sob a alegação de dele não constar previsão de recursos orçamentários que assegurem o pagamento das despesas decorrentes dos serviços pretendidos a licitar, bem como de orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os custos unitários, com a previsão dos respectivos quantitativos a essa composição de custos inerente.

Diz ainda a Impetrante, em sua inicial, ter sido ilegalmente incluído na relação das unidades hospitalares do objeto licitado, os serviços do Hospital Geral de Nova Iguaçu, já que com ele detém contrato administrativo regular, resultante de anterior licitação válida com prazo de vigência até 19.12.2001.

Redargüi a Autoridade Impetrada sustentando que o questionário edital apresenta todos os requisitos obrigatórios ditados pela Lei nº 8.666/93, já que as planilhas de quantitativos e preços unitários foram padronizadas pela administração para que o licitante siga, rigorosamente, a seqüência das informações colimadas pelo Poder Público; a dotação orçamentária não requer dinheiro disponível no momento da abertura de uma licitação e não há ilegalidade de inclusão do Hospital Geral de Nova Iguaçu dentre as unidades hospitalares do objeto licitado.

Fixados os limites da lide, cumpre proceder ao exame dos argumentos apresentados pelo Impetrante, um a um, a fim de esclarecer os pontos inquinados de ilegalidade que o mesmo afirma existir no Edital nº 005/99-CAO.

Quanto à alegada inexistência de recursos orçamentários, cabe destacar que o art. 7º, § 2º, do inciso II da Lei Federal nº 8.666/93, há de ser interpretado de forma harmônica com o disposto no art. 37, inciso XXI, e no teor do art. 167, inciso II da Carta Magna, para que dele se possa extrair a exegese melhor ajustada à situação em exame. Em verdade, o que se pretende com o sistema erigido no plano constitucional e infraconstitucional é a compatibilidade da despesa programada com a lei orçamentária em vigor, e não a vinculação incondicional do certame licitatório, especificamente considerado.

Adite-se, por relevante, que a tese da mera indicação de previsão de recursos na proposta orçamentária, como pressuposto suficiente ao início da licitação, já foi acolhida inclusive pelo Colendo Tribunal de Contas da União, na DECISÃO PLENÁRIA Nº 622/96, que teve como Relator o Ilustre MINISTRO JOSÉ ANTÔNIO BARRETO DE MACEDO, *DOU* de 15.10.96, págs. 20.983/20.9840, em entendimento que também prestigia melhor doutrina pátria (cf. Marçal Justen Filho, in "Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, pág. 174, Ed. Aide, 1994).

Assim, não há como render crédito ao argumento da Impetrante, quando afirma que os recursos orçamentários devem estar disponíveis no momento mesmo em que se abre o processo licitatório, já que para esse fim basta a existência de previsão orçamentária, como consignado na própria expressão do legislador no inciso III do § 2º do art. 7º da Lei nº 8.666/93, e o edital da Concorrência Pública nº 005/99-CAO cumpriu, nes-

te ponto o que era de rigor, como se vê do seu item 11 e subitem 11.1 (fls. 74 dos autos).

No que diz respeito aos demais argumentos contidos na impetração, tenho, entretanto, que razão assiste à Impetrante.

A Lei nº 8.666/93, em seu artigo 3º, estabelece, dentre outros, que o edital de licitação se subordinará aos princípios da vantajosidade para a administração pública, da impessoalidade e do julgamento objetivo.

A concorrência pública em questão há de se prevenir de todas as formas, pois mais que qualquer outro certame, cogita-se de prestação de serviços no interior de instalações hospitalares, razão por que todo cuidado é pouco.

Contudo, por mais necessárias que sejam as medidas que assegurem à administração pública uma prestação de serviço satisfatória, o instrumento convocatório não pode se afastar do princípio da legalidade, devendo restringir-se aos seus estritos termos, principalmente da Lei nº 8.666/93, que expressamente, visando o julgamento objetivo, exige que o edital se componha de planilha detalhada que expresse a composição de todos os seus custos unitários, devidamente aprovada pela autoridade competente.

Diz a Lei:

“Art. 7º As licitações para execução de obras e para a prestação de serviços obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, à seguinte seqüência:

omissis

§ 2º As obras e os serviços somente poderão ser licitados quando:

.....
II – existir orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários;” (sic).

O edital combatido no certame, ao tratar da especificação dos quantitativos e do orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os custos unitários, fê-lo somente em relação as refeições, conforme evidencia o seu Anexo VI composto para cada unidade hospitalar respectiva (fls. 124/125 – 138/139 – 148/149 – 160/161 – 174/175 – 186/187 – 197/198 – 210/211 e 218).

De acordo com o mencionado anexo do instrumento convocatório, apenas os itens atinentes a desjejum, colação, almoço, lanche da tarde, módulos de nutrientes etc., apresentam especificação quantitativa em unidade de medida com o detalhamento do custo unitário e seu valor dia.

Ocorre que questionado certame licitatório não reúne em seu objeto apenas o preparo, fornecimento e distribuição de refeições, mas também a alocação de recursos humanos técnico-administrativo e operacional, em quantidade suficiente à execução dos trabalhos de nutrição e dietética, como está dito no subitem 1.1.1 do edital (fls. 62) e reafirmado no subitem 5.15, ao exigir dos licitantes a apresentação de declaração formal de que disponibilizarão essa mão-de-obra, em quantidade suficiente (fls. 67).

Neste ponto, cabe aqui ainda fazer registrar que o projeto básico constante do Anexo I do Edital nº 005/99-CAO, não deixa qualquer margem de dúvida, ao dispor no seu item 1.2 que: "na prestação do serviço de nutrição e dietética, o objeto inclui o fornecimento de: mão-de-obra: pessoal técnico, operacional e administrativo" (fls. 82).

Desse modo, era imperativo que o combatido edital contivesse em seu bojo a especificação do quantitativo dessa mão-de-obra e a estimativa do seu custo, como determina a Lei nº 8.666/93 em seu art. 7º, § 2º, inciso II, e ainda, no seu art. 40, § 2º, inciso II. Esse, aliás, o entendimento da Corte de Contas da União, que ao proceder o exame da matéria firmou a orientação de que quando da utilização de recursos federais, somente sejam licitadas as obras e serviços "com a existência de orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários, conforme estabelece o art. 7º, § 2º, inciso II, da Lei nº 8.666/93" (Decisão Plenária/TCU nº 668/97, Rel. Min. JOSÉ ANTÔNIO BARRETO DE MACEDO, pub. no *DOU* de 20.1.97, pág. 23.650. No mesmo sentido: Decisões Plenárias/TCU nº 527/96, pub. no *DOU* de 31.10.95, à pág. 17.332, e nº 69/96, pub. no *DOU* de 18.03.96, pág. 4.523).

Com efeito, não se discute a prerrogativa do poder discricionário de que é titular a Administração Pública, para decidir o teor dos serviços que pretende ver licitados, bem como sobre os critérios de que se utilizará para a escolha da melhor proposta. O que me parece inaceitável é que, a pretexto de possuir tal poder, a Administração publique edital de licitação que dificulte a concorrência do maior número possível de candidatos, e que traduza em razão das disposições, contraste ao princípio do julgamento objetivo e legalidade.

A conclusão a que se chega, portanto, é a de que a inclusão da locação de mão-de-obra de pessoal técnico-administrativo e operacional no edital é legal, não existindo qualquer empecilho quanto a tal aspecto. Ocorre, porém, que tal inclusão deve repercutir nas cláusulas econômicas do contrato que dele se originará, de forma a evitar um enriquecimento ilícito por parte do Estado. Da mesma maneira que me parece óbvio o

direito da Administração em estipular esta espécie de prestação de serviços no referido edital, também me parece evidente que o aspecto econômico do contrato dele decorrente reflita o equilíbrio econômico entre as partes envolvidas. Na hipótese em apreço, em nenhum momento há menção ao valor do contrato em relação a mão-de-obra a ser disponibilizada e alocada junto às unidades hospitalares licitadas, para consecução dos serviços de nutrição e dietética.

Essa previsão não existe, já que o edital não detalha quantitativo dessa mão-de-obra e não especifica em planilha estimativa do seu custo. Não vejo, assim, como deixar de reconhecer a nulidade em que incide o combatido edital, por vício de legalidade, ante, inclusive, ao que dispõe o § 6º do art. 7º da Lei nº 8.666/93: "A infringência do disposto neste artigo implica a nulidade dos atos ou contratos realizados e a responsabilidade de quem lhes tenha dado causa".

No que tange à inclusão do Hospital Geral de Nova Iguaçu, dentre as unidades hospitalares licitadas, observo que a Impetrante possui com este contrato administrativo com prazo de vigência até 19.12.2001 (fls. 268/276 e 278/279), e os serviços de nutrição e dietética vêm sendo por este executado sem qualquer desabono, conforme está escrito nos atestados adunados às fls. 55 e 56 dos autos, datados respectivamente de 19.03.97 e 14.05.99.

Em tese, não há, a princípio, qualquer óbice quanto a prerrogativa da Administração Pública de levar a nova licitação serviços que, anteriormente licitados, estejam com seus contratos em plena vigência. Essa iniciativa, contudo, não se processa sem rumo, já que a administração, em casos tais, deve se cercar das cautelas e formalidades devidas, tendo em vista o princípio da fidelidade da execução dos contratos, inserto no art. 66 da Lei nº 8.666/93, que assim reza: "o contrato deverá ser executado fielmente pelas partes, de acordo com as cláusulas avençadas e as normas desta Lei, respondendo cada uma pelas conseqüências de sua inexecução total ou parcial".

Desse modo, é dever da administração justificar formal e motivadamente a sua iniciativa, não sendo bastante a esse pretexto a mera invocação de "interesse público", ou de que é detentora da faculdade de rescindir unilateralmente os seus contratos a qualquer tempo, como argumentado pela autoridade coatora nas informações que prestou às fls. 457/464.

As chamadas cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos, em que se insere, dentre outras, a prerrogativa de a Administração romper unilateralmente os contratos firmados com particulares, não está

afeta à sua margem discricionária, mas vincula a ocorrência das hipóteses ditadas pela Lei nº 8.666/93, em seu art. 79, inciso I. Na hipótese presente, não houve por parte da administração qualquer iniciativa de rescisão unilateral do contrato mantido pela Impetrante com o Hospital Geral de Nova Iguaçu, e a Autoridade Coatora, em suas informações, além de não negar esse fato incontroverso (CPC, art. 334, inciso III), também não tece qualquer argumento que, suficientemente sério, pudesse fazer desmerecer a *qualidade dos serviços que vêm sendo desenvolvidos para a referida unidade hospitalar*, ao ponto de autorizar o rompimento unilateral da avença por justo motivo e justificar a combatida inclusão dos seus serviços na Concorrência nº 005/99-CAO.

Não se cogitando de qualquer hipótese de rescisão unilateral fundada em motivo justo de inexecução contratual, tenho para mim que, de fato, incide o edital em ilegalidade. Por qualquer ângulo que se analise a questão, essa conclusão é inafastável, não se prestando para ilidi-la sequer o argumento de que fundada em “razões de interesse público”, a administração detém o poder de rescindir seus contratos, já que essa prerrogativa por não constituir ato discricionário, e sim vinculado, não lhe dispensa o dever de obrigatório acatamento da forma prescrita em Lei, que reclama, em casos tais, a presença de intenção formal devidamente motivada em autos de processo administrativo regular, em tudo respeitada a garantia do contraditório com ampla defesa ao particular contratado (Lei nº 8.666/93, art. 78, parágrafo único – CF, art. 5º, incisos LIV e LV).

Além disso, tratando-se de rescisão baseada em razões de “interesse público”, surgiria para a administração a obrigação de indenizar ao contratado as perdas e danos acarretadas, já que o contrato administrativo produz efeitos adquiridos, que devem ser respeitados inclusive pela Lei nova (CF, art. 5º, inciso XXXVI – STF, Súmula 473). Neste ponto, há verdadeira unanimidade da doutrina pátria, dela não se afastando a jurisprudência nesse sentido firmada pelos Tribunais, como bem fez em demonstrar a impetrante em sua alentada inicial, ao lançar mão de um caudal de normas, acórdãos e Autores renomados.

Assim, somente se justificaria a inclusão do citado Hospital em relação das unidades hospitalares que integram o objeto do combatido edital, se a administração, valendo-se da sua prerrogativa de rescisão unilateral dos seus contratos ao fundamento de interesse público, manifestasse essa intenção de modo formal e motivado em autos de processo, com observância das garantias do contraditório e ampla defesa, e pagamento de indenização ao contratado, antes de instaurado o certame.

Não o fazendo, incidiu em ilegalidade, criando para a Impetrante caráter restritivo para sua participação no certame, já que concorrer com

a cotação de preços para os serviços que sem qualquer desabono mantém contratado junto ao Hospital Geral de Nova Iguaçu, com prazo de vigência até 19.12.2001, implicaria para ele disposição dos seus direitos adquiridos com submissão aos efeitos ruinosos do ato de arbítrio e ilegalidade, tendo em vista, inclusive, ao que está disposto no item 3.4 do indigitado edital, ao salientar que "independentemente de declaração expressa", a apresentação por parte dos licitantes dos seus envelopes documentação e proposta implicaria "na submissão às normas vigentes e todas as condições estipuladas neste edital e seus anexos".

III - O dispositivo

Isto posto, JULGO PROCEDENTE a presente AÇÃO MANDAMENTAL proposta por PREMIER COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA. contra ato do Sr. PRESIDENTE DA COMISSÃO ESPECIAL DE LICITAÇÃO DA COORDENAÇÃO GERAL DAS UNIDADES HOSPITALARES PRÓPRIAS DO MINISTÉRIO DA SAÚDE NO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, para nos limites da fundamentação acima, CONCEDER A SEGURANÇA PLEITEADA, declarando nulo o edital da CP nº 005/99-CAO referente ao Procedimento Administrativo nº 25.001.004039/99-49, e condeno o Impetrante no pagamento das custas, excluídos os honorários advocatícios a teor do disposto nas Súmulas nº 105 do Egrégio STJ e nº 512 do colendo STF.

Oficie-se, de imediato, ao Exmº Sr. Desembargador Relator do Agravo interposto, bem como à autoridade impetrada, comunicando a presente decisão.

Sentença sujeita ao duplo grau de jurisdição obrigatório.

Dê-se vistas ao ilustre representante do MPF.

P.R.I.

Rio de Janeiro, 26 de janeiro de 2000.

WANDERLEY DE ANDRADE MONTEIRO, Dr.

Juiz Federal

SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
24ª Vara Federal

Mandado de Segurança

Processo: 2000.5101017681-9
Autoras: JORGINA COELHO DA COSTA E OUTRA
Réu: DIRETOR DO HOSPITAL CENTRAL DO EXÉRCITO
Juiz: Dr. THEOPHILO ANTONIO MIGUEL FILHO

SENTENÇA (TIPO II)

Relatório

Vistos etc.

JORGINA COELHO DA COSTA e PAULA FERREIRA COUTO, qualificadas na inicial, impetram Mandado de Segurança, com pedido de concessão de medida liminar *inaudita altera pars*, cujos efeitos pretendem sejam mantidos, ao final, com a prolação da sentença, contra ato do SR. DIRETOR DO HOSPITAL CENTRAL DO EXÉRCITO, objetivando obter a assistência médico-hospitalar gratuita, no hospital militar ao qual estavam vinculados os ex-combatentes (dos quais são dependentes as Impetrantes) à época de sua participação em operações bélicas.

Sustentam, como causa de pedir, a ilegalidade do procedimento administrativo, em desconformidade com a legislação pertinente, mormente com o instituído no inciso IV do artigo 53 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, e em desconformidade com diversos julgados em 1ª instância.

Alegam, em síntese, que, como dependentes de ex-combatentes (conforme documentos juntados a fls. 44 e 48 dos autos), fazem jus ao benefício instituído no inciso IV do artigo 53 do ADCT, benefício esse que já vinha previsto nas Constituições anteriores e fora ratificado pela atual Carta Magna, configurando, destarte, o direito adquirido das Impetrantes. Argumentam que o texto constitucional é claro e incontroverso, garantindo, de forma inequívoca, a assistência médico-hospitalar gratuita aos ex-combatentes e seus dependentes.

Aduzem as Impetrantes que a percepção do benefício independe de contribuição ou desconto, já que o texto constitucional menciona ex-

pressamente sua gratuidade. Ademais, argumentam que o legislador constituinte, ao redigir a norma em comento, quis manter o liame entre o ex-combatente e o ministério militar ao qual estivesse vinculado, de forma que a mencionada assistência médico-hospitalar deverá ser prestada pelos hospitais militares e não por uma instituição vinculada ao SUS.

Não obstante, a Administração, em desobediência ao princípio da estrita legalidade consagrado no artigo 37 da Constituição da República, vem recusando os pedidos de internação de ex-combatentes e seus dependentes nos hospitais militares, motivo pelo qual pretendem as Demandantes, através do presente *mandamus*, ver reconhecida sua pretensão.

Enumeram, por fim, os prejuízos advindos da não-concessão da medida liminar, em especial pela natureza do benefício pleiteado, pelo que entendem estarem caracterizados o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*.

Juntam procuração e documentos a fls. 10/48 dos autos.

Decisão a fls. 50, deferindo o pedido de medida liminar e determinando a expedição de ofício à autoridade impetrada.

Informações da Autoridade Coatora, notificada, a fls. 54/55. No mérito, rechaça os argumentos expendidos pelas Impetrantes na exordial, pugnano pela denegação da segurança. Alega, em síntese, que as Impetrantes, por não contribuírem para o Sistema de Saúde dos militares do Exército (que retira seus recursos do SAMMED e do FUSEx, sendo este último, por intermédio de recursos captados pelas contribuições obrigatórias e indenizações, o responsável pelo custeio de 85% das despesas do sistema), não poderiam, em contrapartida, receber atendimento nas instituições militares, já que o encargo da assistência médico-hospitalar compete ao Estado, e não à instituição militar, especificamente.

Parecer do Ministério Público Federal, a fls. 58/60, no qual opina pela denegação da segurança.

É o relatório. Fundamento e decido.

FUNDAMENTAÇÃO

De fato, decorre da própria interpretação do texto constitucional a razoabilidade da pretensão deduzida. Ao Poder Judiciário cabe, quando do conflito de interesses, interpretando a lei, fazer valer a vontade concreta desta. Note-se que o que deve prevalecer é a manifestação volitiva da lei e não a intenção do legislador. Ao perscrutar qual a verdadeira vontade

que emana do texto de determinado dispositivo legal, o julgador analisa a *mens legis* em observância ao contexto jurídico em que se insere o dispositivo, vale dizer, ao todo que compõe o ordenamento jurídico enquanto sistema.

Para JUAREZ DE FREITAS (*in* "A Interpretação Sistemática do Direito", Ed. Malheiros, São Paulo, 1996), "a Constituição Federal há de ser sempre interpretada, pois somente por meio da conjugação da letra do texto com as características históricas, políticas, ideológicas do momento, se encontrará o melhor sentido da norma jurídica, em confronto com a realidade sócio-político-econômica e almejando sua plena eficácia".

O Título VIII, Seção II da Carta Política de 1988 disciplina, em seus artigos, as normas gerais relativas ao direito à saúde. O art. 196 consagra o acesso universal e igualitário de todos à assistência à saúde, consubstanciado na prestação de serviços oferecida pelo SUS - Sistema Único de Saúde, com vistas à prevenção e redução de riscos de doenças e outros agravos e à recuperação dos enfermos. Não obstante, o art. 199 da Magna Carta determina que a "assistência à saúde é livre à iniciativa privada", observadas as restrições da lei.

Já na seção correspondente ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, e, portanto, em apartado, no inciso IV do art. 53, a Constituição ressalvou o direito dos ex-combatentes à assistência médica e hospitalar gratuita. Não cabe indagar, aqui, de redundância legislativa, pois o que fez o legislador foi ressaltar situação específica, a demandar tratamento diferenciado. Deve-se compreender, portanto, qual o exato alcance da norma em questão.

Ao dispor expressamente sobre a garantia aos ex-combatentes à assistência médica e hospitalar, a Carta Constitucional - ratificando previsões das Cartas anteriores - elevou aqueles que participaram efetivamente de operações bélicas, durante a Segunda Guerra Mundial, a uma categoria especial, pois, ainda que não integrem os quadros militares, ser-lhes-á assegurado um conjunto de benefícios, verdadeiro estatuto, que consta do art. 53 do ACDT e seus incisos. Os benefícios que integram os incisos do artigo em comento, tais como o aproveitamento no serviço público, a pensão especial, a assistência médica e educacional, e os demais, compreendem uma série de medidas de caráter compensatório, destinadas àqueles que prestaram valorosos serviços à Pátria, e se expuseram aos inúmeros riscos que envolvem uma operação de guerra.

Para tanto, o único requisito essencial à percepção dos benefícios elencados é a prova do enquadramento do ex-combatente nas condições estabelecidas pela Lei nº 5.315/67. Não obstante observação de

CELSO RIBEIRO BASTOS e IVES GANDRA MARTINS (*in* "Comentários à Constituição do Brasil"), a respeito do *caput* do art. 53 do ADCT, que se transcreve:

"o dispositivo excepcional para honrar os 'pracinhas' na Europa foi regulamentado pela Lei nº 8.059, de 4 de julho de 1990. A lei foi mais abrangente do que o dispositivo poderia admitir, isto porque a Constituição fala em participação em 'operações bélicas' e a Lei nº 8.059/90 dá um conceito lato à expressão, de tal maneira que brasileiros lotados no país e incorporados ao Exército que não batalharam, mas foram designados, também se beneficiaram",

o dispositivo contido no inciso IV do art. 53 do ADCT é norma constitucional de eficácia plena e auto-aplicável. A Lei nº 8.059/90 apenas explicita as normas relativas à concessão de pensão especial ao ex-combatente ou de pensão por morte a seus dependentes, sem, contudo, retirar da norma constitucional sua aplicabilidade imediata.

Assim discorre CELSO RIBEIRO BASTOS (*in* "Curso de Direito Constitucional", Ed. Saraiva, 1998, p. 73/75), sobre a eficácia das normas constitucionais:

"Em verdade, a maior ou menor aptidão para atuar, para incidir sobre os fatos abstratamente descritos na hipótese da norma, depende do modo como a própria norma regula a matéria de que se nutre. É falar, a possibilidade de plena incidência da norma está sempre condicionada à forma de regulação da respectiva matéria. Se esta é descrita em todos os seus elementos, é plasmada por inteiro quanto aos mandamentos e às conseqüências que lhe correspondem, no interior da norma formalmente posta, não há necessidade de intermédia legislação, porque o comando constitucional é bastante em si. Tem autonomia operativa e idoneidade suficiente para deflagrar todos os efeitos a que se preordena".

A doutrina é unânime em afirmar que as normas de eficácia plena ou imediata estão aptas a produzir todos os seus efeitos desde a entrada em vigor da nova Constituição, ou seja, a sua aplicabilidade, de acordo com JOSÉ AFONSO DA SILVA (*in* "Aplicabilidade das Normas Constitucionais", Ed. Revista dos Tribunais, 1968), é "direta, imediata e integral sobre os interesses objeto de sua regulamentação jurídica".

Ainda de acordo com JOSÉ AFONSO DA SILVA, a distinção entre as normas constitucionais dependentes de regulamentação e as de eficá-

cia plena obedece a critérios complexos e de difícil determinação. Para a doutrina italiana, em síntese, “*são normas preceptivas de imediata aplicação (eficácia plena) aquelas que, para sua aplicação, ‘non hanno bisogno di essere integrate’”.* A doutrina norte-americana ressalta que a auto-aplicabilidade de uma norma constitucional reside no fato de ser esta norma completa naquilo que determina. Para José Afonso da Silva, completa será a norma quando contiver “*todos os elementos e requisitos para sua incidência direta*”.

Da exegese do inciso IV do art. 53 do ADCT, depreende-se, pois, que contém uma norma constitucional que prescinde de integração e, como tal, não se lhe pode retirar sua plena eficácia e auto-aplicabilidade, mediante considerações da Administração sobre a forma de custeio da assistência médica e hospitalar aos militares, condicionando a atuação do comando constitucional à contribuição dos ex-combatentes ao sistema. O que se extrai, mediante interpretação sistemática e teleológica da redação do dispositivo mencionado, é que, à semelhança das pensões especiais de ex-combatentes, e das pensões por morte devidas aos dependentes, que são de responsabilidade dos órgãos militares, também a assistência médica e hospitalar deverá ser prestada pelos referidos órgãos, aos quais estiver vinculado o ex-combatente.

Outro não é o entendimento de nossos tribunais a esse respeito, pondo fim a eventuais dúvidas acerca da questão, senão vejamos:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. EX-COMBATENTE. ASSISTÊNCIA MÉDICO-HOSPITALAR GRATUITA. ART. 53, IV, DO ADCT. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA.

Razoável a interpretação de que a assistência deva ser prestada também nos hospitais militares, pela própria natureza dos serviços executados pelos ex-combatentes e não apenas nas unidades do SUS - Sistema Único de Saúde.

Presença dos pressupostos à concessão da tutela antecipada.

Precedentes da Eg. 3ª Turma.

Manutenção da decisão agravada”.

(TRF, 5ª Região, 3ª Turma, AG 0509968-7/97/CE, Relator: Juiz Rogerio Fialho Moreira, Decisão de 02/10/97, in DJ de 14/11/97)

“MANDADO DE SEGURANÇA. CONSTITUCIONAL. MILITAR. EX-COMBATENTE. DIREITO À ASSISTÊNCIA MÉDICA E HOSPITALAR. ARTIGO 53, IV, DO ADCT. ALEGAÇÃO DE FALTA DE RE-

CURSOS NO SAMMED. PRECEDENTE DESTA CORTE DE JUSTIÇA.

1. A novel Constituição Federal de 1988 dilatou os benefícios outorgados aos ex-combatentes, desde que restasse comprovado que os mesmos participaram de operações bélicas durante a Segunda Guerra Mundial, nos termos da Lei nº 5.315/67, suprimindo a condição 'carência de recursos'.

2. Destarte, a lume da Carta Magna vigente, não se pode negar àquele que em época de conflito mundial foi convocado para cumprimento de operações militares, um direito que lhe é assegurado, tendo em vista o disposto no artigo 53, inciso IV, do ADCT.

3. A Constituição não condiciona, também, o gozo do direito pleiteado à existência de recursos financeiros nem de estrutura médico-hospitalar compatível.

1. Precedente desta Corte de Justiça (RE nº 08451/PE).

5. Apelação e remessa oficial improvidas."

(TRF, 5ª Região, 3ª Turma, AMS 0542782-4/94/CE, Relator: Juiz Geraldo Apoliano, Decisão de 07/11/96, in DJ de 06/03/98)

"ADMINISTRATIVO. MILITAR. EX-COMBATENTE. DIREITO À ASSISTÊNCIA MÉDICA E HOSPITALAR (ART. 53, ADCT). REMESSA IMPROVIDA."

(TRF, 5ª Região, 2ª Turma, REO 0508451-6/92/PE, Relator: Juiz Lázaro Guimarães, Decisão de 18/08/92, in DJ de 09/10/92)

"ADMINISTRATIVO. EX-COMBATENTE. ART. 53, IV, DO ADCT. ASSISTÊNCIA MÉDICA, HOSPITALAR E EDUCACIONAL GRATUITA. INAPLICABILIDADE A INSTITUIÇÕES PARTICULARES.

I - O disposto no art. 53, IV, do ADCT da Constituição de 1988 não obriga entidades particulares.

II - Recurso e remessa providos.

(TRF, 2ª Região, 2ª Turma, AMS 208070-1/96/RJ, Relator: Juiz Castro Aguiar, Decisão de 01/10/96, in DJ de 12/12/96)

Uma vez superada a questão quanto ao direito do ex-combatente ao benefício instituído no inciso IV do art. 53 do ADCT, não se pode olvidar da extensão do conceito de "dependentes", que, em última análise, é fundamental para averiguar a existência de direito líquido e certo das impetrantes. Assim dispõe o art. 53, inciso IV, do ADCT:

"Art. 53. Ao ex-combatente que tenha efetivamente participado de operações bélicas durante a Segunda Guerra Mundial, nos termos da Lei nº 5.315, de 12 de setembro de 1967, serão assegurados os seguintes direitos:

(...) *omissis*

IV - assistência médica, hospitalar e educacional gratuita, extensiva aos **dependentes**;" (grifou-se)

Não cabe ao legislador constitucional minudenciar conceitos, em decorrência do caráter amplo e genérico de que se revestem as normas que compõem a Constituição. O exato alcance de determinados vocábulos e expressões, que constam do texto constitucional, poderá demandar, por vezes, conceituação própria de legislação infra-constitucional.

Recorrendo à doutrina do Direito Penal, ramo da ciência jurídica que estuda os elementos que compõem seus tipos com rara proficiência, há uma diferenciação entre os "tipos normais", que encerram apenas uma descrição puramente objetiva - operando-se o conhecimento do tipo, de acordo com HELENO CLÁUDIO FRAGOSO (*in* "Lições de Direito Penal", 4ª ed., Ed. Forense, RJ, 1980), "através de simples verificação sensorial, o que ocorre quando a lei se refere a membro, explosivo, parto, homem, mulher, etc." - e os chamados "tipos anormais".

Com relação aos últimos, o texto legal demanda, para a exata compreensão de seu alcance, a interpretação de termos jurídicos ou extrajurídicos. Como bem assinala JULIO FABRINI MIRABETE (*in* "Manual de Direito Penal", Vol. 1, 10ª ed., Ed. Atlas, 1996), há os elementos normativos do tipo, que exigem, nas circunstâncias do fato natural, um juízo de valor para que se possa dizer haver tipicidade: quando o legislador emprega expressões como "indevidamente", "sem justa causa" está se referindo à antijuridicidade da conduta que, em outras circunstâncias, seria lícita. Pode referir-se a lei, ainda, a um elemento extrajurídico, em que se exige um juízo de valoração ao se apreciar o fato concreto, como é o caso do emprego da expressão "mulher honesta". Por fim, pode também o elemento constituir-se em termo jurídico, como "cheque", "funcionário público", quando só haverá tipicidade se, no fato natural, estiverem preenchidos os requisitos legais ou simplesmente jurídicos de suas definições. (grifou-se)

Aplicando-se, *mutatis mutandis*, o raciocínio acima descrito, temos que a atuação do comando constitucional requer a conceituação jurídica do termo "dependentes", conceituação essa que se encontra na Lei nº 8.059/90, a qual, ainda que tenha por objeto disciplinar as regras para a concessão de pensão especial, traz, em seu art. 5º, a definição de "dependente", plenamente aplicável à espécie, senão vejamos:

“Art. 5º Consideram-se dependentes dos ex-combatentes para fins desta lei:

I - a viúva;

II - a companheira;

III - **o filho e a filha de qualquer condição, solteiros, menores de 21 anos ou inválidos;** (grifou-se)

IV - o pai e a mãe inválidos;

V - o irmão e a irmã, solteiros, menores de 21 anos ou inválidos”.

Necessário aqui perscrutar a real intenção da lei, mais uma vez, a fim de aplicar corretamente a norma jurídica: o fundamento do dispositivo foi justamente o de não deixar ao desamparo, em caso de falecimento do provedor, aqueles que dependessem economicamente do ex-combatente. Daí decorre a letra da lei, presumindo que os filhos, quando inválidos ou, ainda, os solteiros e menores de 21 anos, necessitem do auxílio dos pais para prover a sua subsistência. A dependência dos filhos em relação aos pais, inclusive, é princípio informativo do dever de assistência que decorre do pátrio poder, conforme disciplina o Direito de Família.

Portanto, quanto ao direito dos dependentes de ex-combatente à assistência médica, hospitalar e educacional gratuita, nas instituições militares, o critério a se considerar é o da efetiva dependência econômica. O que não se admite, até pelo princípio da isonomia - igualdade de tratamento para situações equivalentes -, é que postulantes perfeitamente capazes de prover o próprio sustento façam jus a um benefício especial, sem previsão legal para tanto. A Carta Magna não menciona “descendentes” e sim “dependentes”, definição essa a que deve se prender o julgador e aplicador da lei - ao qual, se não lhe é dado restringir a letra da lei, atribuindo-lhe menor eficácia, não cabe, outrossim, ampliar-lhe o conceito, principalmente considerando que a enumeração legal que consta da Lei nº 8.059/90 é taxativa.

Há que se diferenciar, portanto, as noções de dependente e beneficiário de pensão por morte. O dependente, nas hipóteses previstas em lei, pode vir a ser beneficiário de pensão por morte do instituidor justamente porque, em vida, dele dependia para a sua subsistência. O pagamento de pensão, portanto, tem o objetivo de suprir a ausência do provedor. No entanto, a partir do momento em que deixa de preencher os requisitos legais que presumem a sua incapacidade laborativa, perde também a sua condição de dependente.

Não lograram as Impetrantes, ambas maiores e viúvas, fazer prova de sua dependência, já que consta dos autos, tão-somente, documen-

to atestando sua condição de beneficiárias de pensão especial (percebendo, cada uma, a quantia mensal de, aproximadamente, mil e seiscentos reais), sem que ficasse especificado quando lhes fora deferido o benefício, nem a que título. A invalidez, apta a caracterizar a dependência, mesmo após atingida a maioridade, depende de prova.

Considerando que as Impetrantes não lograram carrear aos autos suporte probatório apto e suficiente a ensejar a pretensão deduzida e, principalmente, que a utilização da via mandamental para proteger direito líquido e certo, vale dizer, comprovável de plano, através de prova pré-constituída, inadmitindo-se, portanto, dilação probatória, não restaram consubstanciados os requisitos de liquidez e certeza do direito alegado.

Vale ressaltar que provimento judicial, como este, que conclui pela inexistência do direito líquido e certo apto a justificar a tutela mandamental não produz coisa julgada material, não impedindo, a teor dos artigos 15 e 16 da Lei nº 1.533/51, a propositura de novo mandado de segurança, esse acompanhado de prova pré-constituída do alegado, ou mesmo o ingresso das Impetrantes, em Juízo, por intermédio de outra via processual, cabendo-lhes postular sua tese em sede de Ação Ordinária, em cuja fase instrutória se alcance a comprovação do direito alegado.

DECISUM

Do exposto, JULGO IMPROCEDENTE O PEDIDO, para DENEGAR A SEGURANÇA, por falta de direito líquido e certo das Impetrantes, na forma autorizadora do artigo 269, I, do Código de Processo Civil e do artigo 1º da Lei nº 1.533/51, mantendo, entretanto, os efeitos da medida liminar deferida por decisão do Juízo, a fls. 50, até o trânsito em julgado da presente sentença.

Honorários advocatícios não são devidos, de acordo com o Verbete nº 512 da Súmula do STF, confirmado pelo Verbete nº 105 da Súmula do STJ.

Custas *ex lege*.

P.R.I.

Rio de Janeiro, 20 de setembro de 2000.

THEOPHILO ANTONIO MIGUEL FILHO

Juiz Federal

SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
11ª Vara Federal

Mandado de Segurança

Processo: 2000.5101012765-1

SENTENÇA TIPO II

Vistos etc.

POPULAR DIESEL COMÉRCIO DE PETRÓLEO LTDA., devidamente qualificada na inicial, impetra o presente MANDADO DE SEGURANÇA contra o **CHEFE DE FISCALIZAÇÃO DA SUPERINTENDÊNCIA DE ABASTECIMENTO DA AGÊNCIA NACIONAL DE PETRÓLEO**, objetivando seja reconhecido o seu direito de praticar atos de livre comércio – aquisição, transporte e comercialização de combustíveis em geral: óleo diesel, querosene e gasolina, em qualquer ponto do território nacional, e álcool carburante, diretamente das destilarias produtoras, afastando as restrições, limitações e vedações nos artigos 5º e 9º, VIII, da Portaria nº 10/97 e artigo 2º da Portaria nº 201/99, ambas do Ministro das Minas e Energia.

Como causa de pedir sustenta ser uma empresa Transportadora-Revendedora-Retalhista (TRR) de combustíveis derivados de petróleo, devidamente registrada na ANP.

Sustenta que Portarias expedidas pelo Ministro das Minas e Energia proibiram as empresas TRR de comercializarem gasolina, álcool carburante e GLP, bem como determinou que os produtos comercializados pelas TRR somente poderiam ser adquiridos de Distribuidores localizadas na mesma Unidade da Federação.

Afirma que tais restrições buscam colher suporte no Decreto-Lei nº 395/38, porém tal diploma legal não foi recepcionado pela Carta Magna de 1988, posto que seus termos e os dos atos administrativos citados colidem com artigos 170 e 283 do Texto Constitucional.

O presente *mandamus* foi, originariamente, impetrado junto à Seção Judiciária do Estado do Paraná.

A petição inicial veio instruída com procuração e documentos de fls. 28/130.

Custas recolhidas às fls. 131.

Liminar deferida, conforme despacho de fls. 132/133.

C. E. ALBANEZ & CIA. LTDA. postulou seu ingresso na demanda na qualidade de litisconsorte ativo, fls. 134/147, sendo a pretensão rejeitada pela decisão de fls. 148.

O Diretor-Geral da ANP prestou informações, esclarecendo que a Autoridade apontada pela Impetrante inexistente, cabendo a extinção do mandado. Assevera, ainda, a ocorrência de impetração contra a lei em tese. No mérito, aduz que o Supremo Tribunal Federal já se pronunciou pela recepção do Decreto-Lei nº 395/38, sendo descabida a irresignação autoral.

Decisão reconhecendo a incompetência do Juízo originário, às fls. 228/229.

Por distribuição automática, foram os autos remetidos a este Juízo.

Parecer Ministerial às fls. 235/239.

É o relatório. Decido.

II. FUNDAMENTAÇÃO

II.a. Da ilegitimidade passiva

Não há que prosperar a preliminar de ilegitimidade passiva.

No presente caso, o Diretor-Geral da ANP, o qual subscreveu as informações, é a autoridade detentora de poderes para reverter o ato inquinado.

Por sua vez, afirma a aludida Autoridade que o ocupante do cargo de Fiscal de Derivados de Petróleo é mero executor das ordens das autoridades superiores, não podendo figurar na impetração, tratando-se de cargo subalterno na hierarquia da referida Agência Reguladora.

A Autoridade signatária das informações, embora postule a extinção do processo por ilegitimidade passiva, assumiu a defesa do ato inquinado. Em hipóteses como esta, tem-se que a Autoridade superior encampou o ato por outra de inferior envergadura, passando então a responder pelo ato inquinado. Neste sentido:

MANDADO DE SEGURANÇA. ILEGITIMIDADE PASSIVA DA AUTORIDADE IMPETRADA. NÃO CARACTERIZAÇÃO. C.P.C., ART. 267, VI.

I - Se a autoridade impetrada, nas suas informações, não se limitou a alegar a sua ilegitimidade, contestando o mérito da

impetração, encampou, ao assim proceder, o ato coator praticado por autoridade de inferior hierarquia. Por isso, não há como afastá-la da impetração, não se podendo divisar ofensa ao art. 267, VI, do C.P.C.

II - Recurso especial não conhecido. (STJ, REsp. nº 12.837-CE, rel. Min. Antonio de Pádua Ribeiro, DJ 05/04/93)

Logo, deve ser rejeitada a preliminar.

II.b. Do mandado de segurança contra lei em tese

Como orienta o mestre **Hugo de Brito Machado**:

“Afastemos desde logo a confusão, feita por alguns, entre mandado de segurança preventivo e mandado de segurança contra a lei em tese. São coisas inteiramente distintas.

Há quem entenda ‘como lei em tese aquelas normas abstratas que, enquanto não aplicadas por ato concreto de execução, são incapazes de acarretar lesão a direito individual’. Na verdade, porém, a lei deixa de ser em tese no momento em que incide. No momento em que ocorrem os fatos na mesma descritos, e que, por isto mesmo, nasce a possibilidade de sua aplicação. Não é o ato de aplicar a lei, mas a ocorrência de seu suporte fático, que faz com que a lei possa ser considerada já no plano concreto.

Mandado de segurança contra lei em tese é mandado de segurança contra lei que não incidiu” (**in Mandado de Segurança em Matéria Tributária, p. 268 a 270**).

No caso vertente, a Impetrante se opõe aos atos normativos que obstaram o seu livre exercício da atividade econômica em foco. Tais normas encerram comandos proibitivos e como tal são dotadas de eficácia imediata, incidindo a contar da data prevista para sua vigência, colhendo em seu espectro todos os fatos que a estas se subsumam, independentemente da adoção de qualquer ato material por parte dos agentes públicos.

Agindo em desacordo com a norma proibitiva, de imediato, subordina-se o agente às sanções que de sua conduta decorram.

Abstendo-se de proceder na forma exigida pela norma, sofre a Impetrante uma restrição à sua liberdade, se tal restrição é compatível como ordenamento jurídico é matéria a ser deslindada em exame de mérito. Contudo, é possível, desde já, afirmar que há um obstáculo para prática de atos, até então, juridicamente válidos.

Em qualquer uma das hipóteses *supra*, a Impetrante já se encontra sofrendo os efeitos da norma inquinada, razão pela qual não há que se falar em impetração contra lei em tese.

Prefiminar rejeitada.

II.c. Do Mérito

No que se refere ao exercício da atividade econômica, a Constituição Federal de 1988 adotou linha neoliberal, conferindo à iniciativa privada ampla atuação nos diversos ramos da economia, é o que se infere de seu artigo 170:

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:

- I – soberania nacional;
- II – propriedade privada;
- III – função social da propriedade;
- IV – livre concorrência;
- V – defesa do consumidor;
- VI – defesa do meio ambiente;
- VII – redução das desigualdades regionais e sociais;
- VIII – busca do pleno emprego;
- IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

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. (g.n.)

Contudo, a liberdade de atuação conferida à iniciativa privada resta subordinada ao interesse social, o qual é perseguido pela ação estatal.

A submissão do exercício da atividade econômica aos princípios da soberania, da defesa do consumidor e do meio ambiente permitem antever a existência de limites a serem impostos à liberdade de iniciativa.

Por sua vez, é a própria constituição que, através de norma de eficácia contida, estabelece a possibilidade de, por intervenção legislativa, serem instituídas limitações à liberdade de iniciativa. A lei pode condicionar ou restringir o exercício de determinada atividade econômica, é o parágrafo único do artigo 170 da Carta Magna que assim o determina.

Em verdade, de outra forma não poderia ser.

A liberdade de iniciativa, mesmo que tomada como direito fundamental, não se encontra revestida de supremacia tal que a tornasse intangível a qualquer restrição ao seu exercício. Tal circunstância ocorre porque o nosso ordenamento constitucional não contempla direitos ou garantias de natureza absoluta. As exigências do interesse público podem, observados os termos na Carta Magna, impor restrições às liberdades públicas, sem que com isso se tenha por violado qualquer prerrogativa dos indivíduos. Neste sentido, já se pronunciou o Plenário do Excelso Pretório:

COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO - PODERES DE INVESTIGAÇÃO (CF, ART. 58, § 3º) - LIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS - LEGITIMIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL - POSSIBILIDADE DE A CPI ORDENAR, POR AUTORIDADE PRÓPRIA, A QUEBRA DOS SIGILOS BANCÁRIO, FISCAL E TELEFÔNICO - NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO DO ATO DELIBERATIVO - DELIBERAÇÃO DA CPI QUE, SEM FUNDAMENTAÇÃO, ORDENOU MEDIDAS DE RESTRIÇÃO A DIREITOS - MANDADO DE SEGURANÇA DEFERIDO. COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO - COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

- (.....)

OS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS NÃO TÊM CARÁTER ABSOLUTO.

Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas - e considerado o substrato ético que as informa -, permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coe-

xistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros. (.....). (STF, MS nº 23.452, rel. Min. Celso de Mello, Informativo nº 163)

Assim, quer seja por expressa previsão constitucional (parágrafo único do artigo 170) ou por força dos princípios assentes em nosso sistema constitucional, não há que se ter por infensa as limitações à liberdade do exercício de atividade econômica.

Por outro giro, o Constituinte considerou como extremamente relevante para o desenvolvimento nacional as atividades relativas a combustíveis, fósseis ou não, tendo este assentado que:

Art. 177. Constituem monopólio da União:

I – a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos;

II – a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro;

(.....).

§ 1º A União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I e II deste artigo, observadas as condições estabelecidas em lei.

§ 2º A lei a que se refere o § 1º disporá sobre:

I - a garantia do fornecimento dos derivados de petróleo em todo o território nacional;

II - as condições de contratação;

III - a estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União;

Art. 238. A lei ordenará a venda e revenda de combustíveis de petróleo, álcool carburante e outros combustíveis derivados de matérias-primas renováveis, respeitados os princípios desta Constituição.

Ao considerar imprescindível a garantia do fornecimento de derivados de petróleo em todo o território nacional, por evidente, o Constituinte impõe ao tema características de matéria de interesse público, vindo tal assertiva a ser confirmada através da exigibilidade de preceptivo legal para fins de disciplina do comércio de tais produtos.

A Constituição Federal, quando promulgada, encontrou vigente norma infraconstitucional consubstanciada nos Decretos-leis nºs 359/38, 538/38 e na Lei nº 2.004/53.

O Decreto-Lei nº 359/38 deferiu ao Poder Executivo competência para, entre outras medidas, autorizar, regular e controlar a distribuição e o comércio de petróleo e seus derivados, sendo tal competência carreada, expressamente, ao Conselho Nacional do Petróleo, por força do artigo 1º, alínea "a", do Decreto-Lei nº 538/38.

Pôsteriormente, a Lei nº 2.004/53 conferiu ao Conselho Nacional do Petróleo competência para superintender as medidas concernentes ao abastecimento nacional de petróleo, dentre elas incluídas a distribuição e comercialização de petróleo e seus derivados.

O Pretório Excelso conferiu ampla aplicabilidade aos Diplomas Legais supraditos, pelo que se infere a adequação destes ao ordenamento constitucional pretérito, neste sentido veja-se:

O Conselho Nacional do Petróleo é competente para fixar a produção do refino feito pelas empresas particulares, competência esta que se estende àquelas cujos títulos de autorização não mencionam a capacidade operacional máxima admitida. Recurso Extraordinário não conhecido. **(RE nº 7.9675-GB, rel. Min. Cordeiro Guerra, DJ 23/09/75)**

Empréstimo Compulsório. Mandado de segurança contra lei em tese (impossibilidade: Súmula nº 266). Ilegitimidade passiva *ad causam*.

1. (.....)

2. Na hipótese *sub judice*, os efeitos do ato presidencial somente atingiriam o alegado direito do requerente em decorrência do aumento do preço do combustível, determinado por ato do Conselho Nacional do Petróleo - CNP, órgão para tanto competente (Decretos-leis nºs 395/38 e 538/38).

3. Incompetência do STF para o conhecimento e julgamento da pretensão do impetrante. 'Writ' não conhecido. **(MS nº 20.629, rel. Min. Cordeiro Guerra, DJ 21/04/89)**

Conselho Nacional de Petróleo. Aprovação das alterações nos estatutos de empresas distribuidoras de petróleo. Ilegalidade da exigência. Inocorrência de ofensa do art. 4º da Lei nº 2.004/53 e do art. 10, letra 'f', do Decreto-lei nº 538/38. Recurso Extraordinário não conhecido. **(RE nº 68.819, rel. Min. Amaral Santos, DJ 07/04/72)**

Por sua vez, os diplomas legais supraditos não se demonstram colidentes com o novel ordenamento constitucional, instituído a contar de outubro de 1988.

O artigo 177, § 2º, III, da CF prevê a existência de entidade estatal incumbida de gerir o monopólio do petróleo, não havendo qualquer contradição, ou melhor demonstrando-se bastante razoável, que tal instituição também promova o acompanhamento das operações de comercialização de combustíveis (artigo 238 da CF).

Por seu turno, a delegação de competência normativa à aludida entidade não viola o princípio da separação de poderes, posto que somente estará legitimada a atuação quando contida nos estritos limites traçados pelo Poder Legislativo.

Impende ressaltar que a velocidade com que se processam as modificações tecnológicas e econômicas impõe a necessidade de serem conferidos a órgãos ou entidades vinculadas ao Poder Executivo competência normativa mais ampla, tendo por escopo a salvaguarda dos interesses da sociedade.

Como é sabido, as supraditas modificações infligem imediatos reflexos nas relações travadas no corpo social, sendo potencialmente capazes de comprometer ou pôr em risco diversas áreas de interesse público, reclamando, portanto, a adoção de medidas profiláticas e corretivas mais imediatas.

Também é cediço que a atividade do Legislador, por exigir alto grau de reflexão e discussão, por vezes, não consegue acompanhar, com a mesma velocidade, a dinâmica das mudanças ocorridas no seio da sociedade. Tal descompasso entre atividade legislativa e realidade social pode ocasionar um indesejado afastamento das condutas aos reclamos do interesse coletivo.

Consistindo os Conselhos e as Agências Reguladoras em unidades de atuação estatal, e como tal, vocacionadas à realização do bem comum, e sendo, de regra, detentoras de informações mais precisas e consolidadas que os órgãos legislativos, bem como contando seus agentes com conhecimentos técnicos, por vezes, superiores aos do Legislador, encontram-se estes habilitados a promoverem intervenções no domínio econômico de forma mais célere e eficaz, proporcionando resposta imediata às transformações setoriais, reconduzindo as atividades reguladas aos trilhos do interesse público.

Logo, desde que exercida nos lindes fixados pela lei, a atuação normativa, levada a efeito pelos citados órgãos do Poder Executivo, não se constitui, por si só, em qualquer afronta ao sistema jurídico vigente.

Por sua vez, como antes observado, o postulado do livre exercício da atividade econômica não encerra regra de caráter absoluto, poden-

do ter seu alcance limitado pelo Estado, observados os parâmetros gizados em matriz constitucional.

Assim, desde que tendente a atender interesse coletivo relevante, as limitações estatuídas pelas Portarias nº 10/97 e 201/99 encontrarão ressonância junto ao Ordenamento Jurídico Pátrio.

As restrições impostas pelos atos administrativos supramencionados visam permitir uma melhor fiscalização das atividades de comercialização de combustíveis, produtos que encerram alto grau de risco. Tais restrições vêm ao encontro do princípio da proteção ao consumidor, o qual, em última análise, seria o maior prejudicado com a falta de controle da manipulação e qualidade dos produtos em foco.

Ademais as empresas retalhistas caracterizam-se pela entrega de produtos no domicílio do consumidor. Por questões de segurança, a gasolina, o álcool carburante e o GLP não podem ser objeto de entrega domiciliar, somente devendo ser adquiridos em locais apropriados, os quais estão sujeitos à fiscalização e controle quanto à localização, armazenamento, segurança e qualidade dos produtos que comercializam.

Quanto à proibição da aquisição de produtos em outras unidades da federação, nítido se demonstra o escopo de preservar o controle da procedência e qualidade do produto comercializado, encerrando evidente medida de proteção ao consumidor.

Cumpra ainda observar que "Se o posto varejista negocia combustíveis cuja a origem não corresponde a sua bandeira, ele estará enganando o consumidor e se locupletando às custas do titular do logotipo." (STJ, MS nº 4.578-DF, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 18/12/98).

Por fim, cabe trazer à colação recente manifestação do Supremo Tribunal Federal sobre o tema em comento:

CONSTITUCIONAL. COMBUSTÍVEIS DERIVADOS DE PETRÓLEO E ÁLCOOL CARBURANTE. PRODUTOS VEDADOS AO TRANSPORTADOR-REVENDEDOR-RETALHISTA. PORTARIA Nº 250/91 DO ANTIGO MINISTÉRIO DA INFRA-ESTRUTURA. ALEGADA OFENSA AO ART. 170, PARÁGRAFO ÚNICO, DA CONSTITUIÇÃO.

Ato ministerial que se limita a explicitar os termos da Resolução nº 4, de 24.05.88, legitimamente editada pelo antigo Conselho Nacional de Petróleo, no exercício de atribuição que lhe fora conferida pelo DL nº 395, de 29.04.83, que limitou em atividade do transportador-revendedor-retalhista à entrega, em domicílio, de óleo diesel, óleos combustíveis e querosene iluminante a gra-

nel e cuja vigência somente superveniente lei, prevista nos arts. 177, § 2º, II, e 238, da Constituição, poderá afastar. Inaplicabilidade, ao caso, da norma do art. 170, parágrafo único, da Carta da República.

Conhecimento e provimento do recurso extraordinário da primeira recorrente para reformar o acórdão recorrido.

Não-conhecimento do da segunda. (RE nº 229.440-RN, rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 05/11/99)

De todo o exposto, há que se concluir pela inexistência de direito líquido e certo a ser protegido.

III. DISPOSITIVO

Isto posto, **REJEITO AS PRELIMINARES SUSCITADAS e DENEGO A SEGURANÇA**, revogando a liminar anteriormente deferida.

Condeno a Impetrantes nas custas antecipadas. Sem honorários (Súmulas nº 512 do STF e nº 105 do STJ)

Remetam-se os autos à SEADI para retificação da autuação, nela devendo figurar como autoridade impetrada o Diretor-Geral da Agência Nacional do Petróleo.

Trânsitada em julgado, dê-se baixa e archive-se.

P.R.I.C.

Rio de Janeiro, 14 de agosto de 2000.

SILVIO WANDERLEY DO NASCIMENTO LIMA

Juiz Federal substituto da 11ª Vara Federal

SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
33ª Vara Federal

Processo:
Impetrante:
Impetrados: **GERENTE-EXECUTIVO NO RIO DE JANEIRO**
 SUPERINTENDÊNCIA DO INSS

SENTENÇA

Vistos, etc.

_____ impetrou a presente segurança em face de ato do **GERENTE-EXECUTIVO NO RIO DE JANEIRO DA SUPERINTENDENCIA DO INSS**, narrando, como causa de pedir, que teve seu benefício previdenciário suspenso por ato que aponta como violador de direito líquido e certo, requerendo, outrossim, o seu restabelecimento.

Juntou documentos.

Liminar deferida às fls. ____.

A autarquia apresentou as informações de fls. _____ e juntou os documentos de fls. _____.

M.P.F. opinou às fls. _____, pela concessão da segurança.

É o relatório.

DECIDO:

Inicialmente, defiro o benefício de gratuidade de justiça requerido.

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

Presentes, ainda, as condições da ação, requisitos de ordem processual, intrinsecamente instrumentais, para admitida a ação, ser julgado o mérito, vez que a exigência deduzida em Juízo existe, abstratamente, dentro do ordenamento jurídico brasileiro (possibilidade jurídica do pedido), existe a necessidade e a utilidade de obter através do processo a

proteção ao interesse substancial (interesse de agir) e presente, por derradeiro, a legitimidade ativa para a causa, tendo em vista que estarão legitimadas as partes quando forem as possíveis titulares do direito pretendido.

Não vislumbro a prescrição do fundo de direito, pertinente, no caso, o escólio do Verbete nº 85 da Súmula predominante do Superior Tribunal de Justiça o qual dispõe que “nas relações jurídicas de trato sucessivo em que a Fazenda Pública figure como devedora, quando não tiver sido negado o próprio direito reclamado, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação”.

Na casuística forense, é significativo o número de mandados de segurança impetrados contra atos de autoridades do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, trazendo grande quantidade de questões que, nem sempre, têm o tratamento adequado por parte do Judiciário.

De regra, os benefícios são suspensos ou bloqueados com base na vetusta Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal e a retomada do benefício por parte do segurado, em geral, dá-se em homenagem ao Verbete 160 do extinto Tribunal Federal de Recursos.

Partamos da Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal:

“A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos, ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”.

Nenhuma dificuldade se encontra na leitura do verbete onde a anulação deriva do desrespeito ao princípio da legalidade, ao passo que a revogação do ato administrativo poderá ocorrer quando a autoridade valorar a conveniência e a oportunidade de sua manutenção.

Trata-se do exercício do poder de autotutela da Administração controlando seus próprios atos, independentemente de permissão do Poder Judiciário.

Oração quase sempre esquecida do Verbete 473 é a que impõe o respeito aos direitos adquiridos e se constitui pressuposto negativo lógico e necessário para o exercício regular e legítimo da autotutela por parte da Administração.

Não seria necessária grande divagação jurídica ou filosófica para colocarmos o ato administrativo de concessão do benefício previdenciário entre aqueles denominados atos administrativos vinculados, isto é, a lei

estabelece, de maneira rígida, a forma segundo a qual a Administração deve agir, bem como os requisitos que deve observar, não havendo nenhum espaço para discricionariedade, do contrário, o direito subjetivo ameaçado, será submetido à proteção do Judiciário.

Disso resulta que o ato vinculado não pode ser revogado por motivo de conveniência ou oportunidade, esvaziando, nesse ponto, o conteúdo abstrato da Súmula 473 no que concerne à suspensão ou bloqueio de benefícios (ato administrativo vinculado), não podendo o INSS revogar o ato concessivo de aposentadoria, por ser categoria inaplicável à modalidade de desfazimento do ato.

Constata-se que o benefício previdenciário só pode ser extinto caso no procedimento de sua concessão tenha ocorrido afronta ao princípio da legalidade e que tal ocorrência não seja de molde a sofrer convalidação.

Convalidação ou saneamento é "o ato administrativo pelo qual é suprido vício existente em um ato ilegal, com efeitos retroativos à data em que este foi praticado" (Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito Administrativo*, 11ª ed., Atlas, 1999).

O que se tem aqui é a obrigatoriedade por parte da Administração de perquirir se o ato por ela expedido tem condição de ser convalidado, analisando os cinco elementos do ato administrativo: sujeito, objeto, forma, motivo e finalidade.

Deve a Administração comprovar que desenvolveu atividade no sentido de aferir o correto ou incorreto cumprimento de todos os elementos do ato de concessão da aposentadoria, para ainda comprovar de forma motivada que deixou de convalidar o ato administrativo da concessão do benefício.

Verificado, após as condutas já indicadas, que, por exemplo, não havia tempo de serviço comprovado (situação de fato <motivo> que não pode ser convalidada) ou que houve intenção ilegal de obter aposentadoria por invalidez quando hipótese apenas de auxílio invalidez (objeto ilegal que não é convalidável), poderá, aí sim, a Administração anular o ato concessivo do benefício.

Vale ressaltar que o Superior Tribunal de Justiça vem mitigando o vigor e o rigor da Súmula 473 ao decidir no REsp. 6.345/DF, 7/6/95, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, que "a regra enunciada no Verbete nº 473 da súmula do STF deve ser entendida com algum tempero: no atual estágio do direito brasileiro, a Administração pode declarar a nulidade de seus próprios atos, desde que, além de ilegais, eles tenham causado le-

são ao Estado; sejam insuscetíveis de convalidação e não tenham servido de fundamento a ato posterior praticado em outro plano de competência”.

Tem-se, dessa forma, o entendimento segundo o qual a Administração tem o dever de desenvolver atividade ampla da matéria suscetível de convalidação, da ilegalidade do ato e da lesão ao erário, sem o que o bloqueio ou a suspensão do benefício serão írritos e nulos.

Na ausência de dispositivo específico na legislação previdenciária para o correto atendimento do que já é consagrado na doutrina e jurisprudência do STJ, é de ser aplicada a Lei 9.784/99 que regula o processo administrativo federal.

No referido diploma, o art. 5º estabelece o dever de convalidar os atos que não acarretam lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, devendo a Administração comprovar de forma cabal, repiso, que exerceu atividade no sentido de identificar hipóteses de não-convalidação – este ônus probatório é da Administração, mesmo em sede de mandado de segurança por ser atividade vinculada e obrigatória a ser desenvolvida pela autoridade coatora ou seus delegatários.

Adite-se a isso que o procedimento a ser observado pela autoridade deve ser iluminado pelo princípio da verdade material, não sendo possível a prática corriqueira de anulação do ato concessivo pura e simplesmente com base no silêncio ou inércia do beneficiário.

Mais uma vez socorre o administrado a Lei 9.784/99, posto que em seu art. 27 estabelece o princípio da verdade material no processo administrativo já que o “desatendimento da intimação não importa o reconhecimento da verdade dos fatos nem a renúncia a direitos pelo administrado” sendo que “no prosseguimento do processo será garantido direito de ampla defesa ao interessado”.

Certo é que, no estreito âmbito destas despretensiosas considerações, não são adequadas digressões sobre o modo como se desenvolve o novo processo administrativo no âmbito federal, apenas para o que agora nos ocupamos, deve ser dito que a Lei 9.784/99 se aplica à atividade administrativa a ser obrigatoriamente desenvolvida pelo INSS no tocante à anulação de atos administrativos concessivos de benefícios.

Em sede de mandado de segurança, portanto, o impetrante deverá, como puder, comprovar o bloqueio ou suspensão de seu benefício, ao passo que a lisura do procedimento adotado pela Administração, logicamente, fica a seu cargo e ônus, sem o que deverá ser anulado o ato atacado.

Veja-se que o tema é riquíssimo e envolve não só aspectos processuais e previdenciários; na necessidade multidisciplinar de sua completa apreensão deverão o advogado, o Ministério Público e o Magistrado atentar para o que dispõe a Constituição da República, a quase desconhecida Lei de Política Nacional do Idoso (Lei 8.842/94), bem como a Lei 9.784/99, com o que se estará com o quadro jurídico da matéria minimamente desenhado.

Infelizmente, hoje, vivemos um momento paradoxal onde, ao lado de diplomas de cunho nitidamente garantista, convivemos com uma ditadura oligárquica risonha, onde a moralidade administrativa é mote de parlance e dever apenas dos inimigos, sendo certo que o prestígio destes diplomas depende única e exclusivamente dos operadores do direito.

Posto isso, ratifico os efeitos da liminar deferida às fls.____, que devem gerar efeitos patrimoniais a contar da impetração do presente *writ*, mantendo-os até o trânsito em julgado desta e **CONCEDO A SEGURANÇA**, para determinar que o órgão previdenciário restabeleça o pagamento do benefício previdenciário de _____, sob pena de pagamento de multa diária de 100 UFIR, a ser revertida em favor do impetrante.

Oficie-se à Autarquia, para cumprimento imediato da presente decisão.

Sentença sujeita ao duplo grau de jurisdição obrigatório, *ex vi* do disposto no art. 12, parágrafo único, da Lei 1.533/51.

Custas *ex lege*. Sem honorários, em face do verbete da Súmula 512 do Supremo Tribunal Federal.

P. R. I.

Rio de Janeiro, _____ de _____ de 2000.

EUGÊNIO ROSA DE ARAÚJO

Juiz Federal Titular da 33ª Vara

SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
1ª Vara Federal

CONCLUSÃO

Nesta data, faço estes autos conclusos ao MM. JUIZ FEDERAL
EDWARD CARLYLE SILVA

Rio de Janeiro, 08 de junho de 2000.

Diretora de Secretaria.

Processo: 97.0100969-0
Impetrante: RICARDO GATTASS
Impetrado: REITOR DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE
JANEIRO
Juiz: Dr. EDWARD CARLYLE SILVA - 1ª Vara Federal

SENTENÇA

Vistos, etc.

RICARDO GATTASS impetra Mandado de Segurança, com pedido liminar *inaudita altera pars*, em face do **REITOR DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO (UFRJ)**, objetivando impedir que a autoridade impetrada mantenha exigência de apresentação de certidão por tempo de serviço junto ao INSS, no período de março de 1971 a 29 de abril de 1975, formulada indevidamente em seu processo de aposentadoria como professor, ao argumento de que o tempo de serviço em questão já foi reconhecido pela própria UFRJ, responsável pelo recolhimento do desconto previdenciário, sendo defeso à Administração recusar fé em documentos públicos.

Sustenta, em síntese, encontrar-se em vias de aposentar-se com proventos integrais, após 30 (trinta) anos no exercício de funções de magistério, conforme mapa de tempo de serviço exarado pela própria UFRJ. Aduz que, tendo em vista as perspectivas de reforma no sistema de aposentadoria dos funcionários públicos federais, a descabida exigência da autoridade coatora coloca em risco suas previsões de vida, na medida em que, caso não seja concedida a liminar pleiteada, não haverá como com-

pensar alterações que alcancem os requisitos para a aposentadoria do impetrante, residindo aí o *periculum in mora*.

Diferida a apreciação do pedido liminar para após a recepção das informações (fls. 109).

Informações da autoridade apontada como coatora, esclarecendo ter havido equívoco da Administração quando da homologação do tempo de serviço do impetrante, eis que foi considerado prestação de serviço o pagamento de bolsa a estagiário, sendo que o impetrante não demonstrou ter efetuado o devido recolhimento da parcela de contribuição do empregado para a Previdência Social, razão pela qual perfeitamente legal a exigência formulada (fls. 112/114).

Indeferida a cautela liminar (fls. 117).

Promoção do Ministério Público Federal, opinando seja denegada a segurança (fls. 119/122).

É o Relatório. **DECIDO.**

O ponto nodal da presente demanda, tal como mencionado pelo ilustre representante do Ministério Público Federal, é a legalidade dos atos administrativos efetivados pela autoridade apontada como coatora desde a data do ingresso do impetrante na referida instituição.

Conforme podemos verificar pela cópia da CTPS às fls. 38, a data de admissão do impetrante na U.F.R.J. foi em 30 de abril de 1975, no cargo de Auxiliar de Ensino.

Posteriormente, tal contrato teve seus efeitos retroagidos até 01 de março de 1971 mediante autorização do Reitor da UFRJ (fls.39).

Nos documentos mais atuais, tal lapso de tempo já é contado como de efetiva prática profissional para o impetrante (fls. 11/14).

Ocorre, porém, que conforme demonstrado pelo documento de fls. 52 subscrito pelo próprio impetrante, embora desde março de 1971 recebesse por verbas de convênios (BNDE) como Bolsista, ele realizava inúmeras funções acadêmicas. Tal fato é corroborado pela declaração de fls. 53.

Às fls. 100, podemos verificar que a data de admissão regular do impetrante junto à UFRJ é 30 de abril de 1975, tal como anteriormente mencionado, muito embora sem qualquer comprovação, pelo menos nesses autos, tenha sido realizada a retroação à março de 1971.

Percebe-se, portanto, que o requerimento de aposentadoria do impetrante esbarrou justamente na irregularidade da retroação do ato de admissão até março de 1971.

Relembre-se que a Constituição de 1988 estabelece como princípios básicos a serem obedecidos pela Administração Pública a legalidade, a impessoalidade, a moralidade e a publicidade (art. 37, "caput", da C.F.). Assim, inobstante a prática dos atos até agora narrados, nada impede que a Administração Pública, localizando ilegalidades na estrutura dos mesmos, anule-os desde seu início.

Esta é a base do argumento da autoridade apontada como coatora, e, realmente, é o que me parece o mais adequado.

É característico de seu poder de autotutela a possibilidade de que dispõe a Administração Pública para anular (invalidar) seus próprios atos, desde que eivados de vícios de legalidade. Tal "poder" é amplamente aceito pelo Poder Judiciário conforme se demonstra pelas Súmulas nº 346 e 473 do Egrégio Supremo Tribunal Federal.

Ora, devemos salientar que não se está discutindo sobre as repercussões do ato apontado como ilegal pela Administração Pública, mas sim se tal ato, mesmo havendo fundados indícios de ilegalidade em sua criação, pode ser considerado "perfeito" e originador de "direito adquirido". A meu ver, tal não é possível.

É de pleno conhecimento no meio jurídico que o Mandado de Segurança exige para sua utilização que o direito invocado seja líquido e certo. Assim, pelo fato de não estar adequadamente comprovado o meio pelo qual se deu a alegada "retroatividade" da data de admissão do impetrante, nem a que título ele exercia funções no período de março de 1971 até abril de 1975, tenho para mim como inaceitável a pretensão do impetrante de que a UFRJ se abstenha de opor qualquer obstáculo ao seu pedido de aposentadoria.

Devendo observar o princípio da legalidade, impossível se admitir que a Administração Pública, mesmo tendo conhecimento da possível ilegalidade do ato, se abstenha de adotar qualquer providência ao seu bel prazer.

No abalizado ensinamento da professora **Maria Sylvia Zanella Di Pietro** em sua obra "Direito Administrativo", 8ª Edição, Ed. Atlas, pág. 195:

"Para nós, a Administração tem, em regra, o dever de anular os atos ilegais, sob pena de cair por terra o princípio de legalidade. No entanto, poderá deixar de fazê-lo, em circunstâncias determinadas, quando o prejuízo resultante da anulação puder ser maior do que o decorrente de manutenção de ato ilegal, nesse caso, é o interesse público que norteará a decisão".

Assim sendo, existindo fundado motivo para que a autoridade apontada como coatora desconsidere o lapso de tempo requerido pelo impetrante, não vislumbro como se possa admitir em sede mandamental a procedência dos argumentos por este apresentados.

Cabe ressaltar que se naquele lapso de tempo o impetrante era apenas bolsista e monitor na referida instituição, mais fundada ainda a recusa da autoridade coatora em conceder a aposentadoria almejada exigindo a comprovação de todo o tempo de serviço, especialmente do período debatido.

Os próprios Tribunais já se manifestaram neste sentido, conforme as ementas de acórdãos adiante transcritas:

EMENTA

TRABALHISTA. ESTÁGIO. INEXISTÊNCIA DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO, NO CASO.

I - A PROVA, BEM ANALISADA, REVELA A EXISTÊNCIA DE ESTÁGIO, COMO ESTUDANTE, NÃO CONFIGURANDO-SE, POIS, O LIAME EMPREGATÍCIO. MANUTENÇÃO, POR SEUS FUNDAMENTOS, DA R. SENTENÇA QUE ACOLHEU A PRELIMINAR DE CARÊNCIA DE AÇÃO.

II - RECURSO ORDINÁRIO CONHECIDO, MAS IMPROVIDO, NOS TERMOS DO VOTO CONDUTOR.

(TRIBUNAL: TR2 DECISÃO: 30-11-1992; PROC; RO; NUM: 0203448; ANO: 89; UF: RJ; TURMA: 03; REGIÃO: 02; RECURSO ORDINÁRIO TRABALHISTA)

JUIZ RELATOR: ARNALDO LIMA

EMENTA

TRABALHISTA. MÉDICO RESIDENTE. INEXISTÊNCIA DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO. DECRETO NR. 75778/75. ART.9.

- MÉDICO ADMITIDO NA CONDIÇÃO DE RESIDENTE DO INAMPS.

- VÍNCULO EMPREGATÍCIO NÃO RECONHECIDO.

- APLICAÇÃO DO ART. 9 DO DECRETO NR. 75778/75.

- RECURSO ORDINÁRIO A QUE SE NEGA PROVIMENTO, EM DECISÃO UNÂNIME.

(TRIBUNAL: TR2; DECISÃO: 03-02-1993; PROC: RO; NUM: 0212491; ANO: 90; UF:RJ; TURMA: 03; REGIÃO: 02; RECURSO ORDINÁRIO TRABALHISTA)

JUIZ RELATOR: CELSO PASSOS

No caso em apreço, não tendo sido observada a determinação do art. 202, parágrafo 2º, da Constituição Federal de 1988, não vislumbro fundamento no pedido contido na inicial.

Isto Posto, **DENEGO A SEGURANÇA** com fulcro no art. 269, inciso I, do CPC c/c o art. 10 da Lei nº 1.533/51. Condene o impetrante nas custas processuais. Sem honorários face o teor das Súmulas nºs 105 do S.T.J. e 512 do S.T.F.).

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

P.R.I.

Rio de Janeiro, 14 de abril de 1998.

EDWARD CARLYLE SILVA

Juiz Federal Substituto, em exercício na 1ª Vara

SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
8ª Vara Federal

AÇÃO ORDINÁRIA

Processo: 92.0076808-3
Autora: BAUHAUS ENGENHARIA E CONSTRUÇÕES LTDA.
(Adv. Dr. José Carlos Bruzzi Castelo)
Réu: INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E RECURSOS RENOVÁVEIS - IBAMA
(Proc. Dr. Rodolfo Icamar A. de Carvalho)
Juíza Federal Substituta: Dr^a ANDRÉA DE LUCA VITAGLIANO
Sentença: Tipo II

SENTENÇA

Vistos, etc.

BAHAUS ENGENHARIA E CONSTRUÇÕES LTDA., qualificada às fls. 02, propõe **Ação Ordinária** em face do **INSTITUTO BRASILEIRO DE MEIO AMBIENTE E RECURSOS RENOVÁVEIS - IBAMA**, objetivando a condenação do Réu em indenizá-la por danos materiais, morais e lucros cessantes; acrescidos de juros e correção monetária, bem como a pagar publicação nas primeiras páginas dos jornais da cidade de Petrópolis de avisos com o mesmo destaque das notícias dos embargos às obras por ela realizada, comunicando as decisões finais nos âmbitos administrativo e judicial, bem como esclarecendo à população a atitude equivocada da Autarquia Ré.

Alega, em suma, que as obras por ela realizadas, respectivamente, nos números 95 e 210 da Rua Dr. Nelson de Sá Earp, na cidade de Petrópolis, foram embargadas sob a infundada alegação de ausência de autorização do IBAMA, sendo certo que a mesma não se torna necessária, posto que os locais das construções não se situam em áreas de preservação ambiental, bem como foram as mesmas previamente licenciadas pela Prefeitura Municipal da aludida cidade.

Aduz ainda que, em consequência dos referidos embargos efetuados pelo Réu em obras lícitas e licenciadas pela Poder Público Municipal, sofreu danos materiais de grande monta, consistente no pagamento de operários e funcionários no período de paralisação das obras,

rescisão de contratos de trabalho etc., além de lhe advirem danos morais, resultantes da ampla repercussão na imprensa local, prejudicando outros lançamentos imobiliários, o que originou retração em suas vendas, merecendo, assim, ser plenamente ressarcida, inclusive, quanto aos lucros cessantes.

Por outro lado, argumenta que para recuperar o prestígio que fora abalado, deve o Réu também pagar publicações em periódicos locais com a mesma divulgação da notícia dos embargos, comunicando a população local o seu equívoco, bem como a decisão final nos âmbitos administrativo e judicial.

Com a inicial de fls. 02/04 vieram a procuração e documentos de fls. 05/45, tendo sido recolhidas as custas às fls. 13.

Regularmente citada às fls. 47, a Autarquia Ré ofereceu contestação de fls. 52/55, com procuração de fls. 56, requerendo a improcedência do pedido, por ter o IBAMA atuado em conformidade com a legislação aplicável ao caso *sub examen*, sendo certo que a ele compete a concessão prévia de licenciamento e a suspensão de atividade prejudicial ao meio-ambiente, exercendo, assim, ação fiscalizadora dos recursos naturais.

Argumenta, ainda, que a competência do Município para conceder licença para construção urbana, não exclue, de qualquer forma, a dos órgãos da União para concessão de licenças concernentes ao meio-ambiente e aos recursos naturais, pelo que tendo a Autarquia executado atividade degradadora do meio-ambiente, não pode fazer jus a qualquer sorte de indenização, sendo certo que não pode ser responsabilizada por dano moral, já que não veiculou qualquer notícia junto à imprensa local.

Em réplica (fls. 58/59), a Autarquia reiterou os termos da exordial, requerendo a procedência do pedido.

Determinada a especificação de provas (fls. 58), a parte Autarquia requereu a produção de prova oral, documental e pericial (fls. 61), e Ré de prova testemunhal (fls. 72).

Petição da parte Autarquia de fls. 63, requerendo a expedição de ofício ao Réu a fim de que remeta os processos administrativos que apuraram os embargos às suas obras.

Saneador de fls. 68, deferindo a produção de prova documental suplementar, pericial e oral.

Quesitos da parte Autarquia às fls. 69/70.

Proposta de honorários periciais às fls. 79.

Manifestação do Réu quanto à referida proposta de honorários às fls. 81/82.

Concordância da Autora às fls. 84, quanto à proposta de honorários do perito.

Expedição de ofício ao Réu a fim de que remeta os processos administrativos, nos quais se apurou os embargos das obras às fls. 86.

Resposta do ofício às fls. 90, sendo trazido aos autos cópia do processo administrativo, que foi apensado aos autos do processo principal.

Depósito dos honorários periciais às fls. 96.

Laudo pericial de fls. 100/126.

Alvará de levantamento dos honorários do perito às fls. 129.

Impugnação do IBAMA ao laudo pericial às fls. 131.

Juntada de procurações às fls. 132 e 133.

Concordância da Autora quanto ao laudo pericial às fls. 135.

Despacho de fls. 138, determinando a intimação do assistente técnico do Réu a fim de que, querendo, apresente impugnação específica ao laudo pericial.

Intimação do assistente técnico às fls. 145v.

Despacho de fls. 153, deferindo o prazo de 30 (trinta) dias para impugnação do laudo, bem como prorrogando-o às fls. 157.

Petição do IBAMA às fls. 161, alegando que deixa de se manifestar quanto ao laudo pericial por omissão de sua equipe técnica (fls. 162).

Designação de audiência às fls. 167.

Rol de testemunhas do Réu às fls. 183.

Termo de assentada de audiência às fls. 187, acompanhado do depoimento da testemunha do réu, JOSÉ PEDRO NETO (fls. 188/189).

Na audiência, as partes, em alegações finais, ratificaram os seus pedidos, requerendo a Autora a procedência e o Réu a improcedência.

Autos conclusos para sentença.

É O RELATÓRIO.

DECIDO.

A Constituição Federal, em seu artigo 225, assegura proteção ao meio-ambiente, estabelecendo que todo e qualquer ato causador de sua degradação está sujeito ao controle pelo Poder Público.

Compete ao INSTITUTO BRASILEIRO DE MEIO AMBIENTE E RECURSOS RENOVÁVEIS - IBAMA empregar esforços para preservação ambiental, a teor do artigo 23, inciso VI, da CF, e art. 2º, parte final, da Lei nº 7.735/89.

Desta forma, qualquer ato que importe em degradação ao meio-ambiente, e seus recursos naturais, sujeita-se a atividade fiscalizadora da Autarquia Ré, não importando que, no caso em tela, as construções se situem ou não em área de preservação ambiental.

A atividade de fiscalização do IBAMA se encontra no âmbito do exercício do poder de polícia, que, conforme leciona o professor HELY LOPES MEIRELLES, *in* Direito Administrativo, 16ª Edição, Editora Revista dos Tribunais, pg. 110, consiste na ***“faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado”***.

Assim, ao embargar obra potencialmente degradadora ao meio-ambiente, está a Autarquia Ré cumprindo o seu dever de fiscalização, procedendo ao exercício do poder de polícia.

Não resta dúvida de que o poder de polícia deve ser utilizado comedidamente, de modo a não se transfigurar em abuso de poder.

No entanto, em se tratando de agressão ambiental, que acarreta danos de difícil ou até mesmo de impossível recomposição, a atuação do Poder Público deve ser imediata, nem mesmo se exigindo a certeza absoluta de intervenção nociva ao meio ambiente, tal como previsto no Princípio 15 da Declaração do Rio de Janeiro de 1992, *in verbis*:

“Com o fim de proteger o meio-ambiente, os estados devem aplicar amplamente o critério de precaução conforme as suas capacidades. Quando haja perigo de dano grave ou irreversível, a falta de uma certeza absoluta não deverá ser utilizada para postergar-se a adoção de medidas eficazes em função do custo para impedir a degradação do meio ambiente”.

Assim, tendo a Autarquia Ré, por meio de seus agentes administrativos, verificado a existência de atividade potencialmente degradadora do meio ambiente, agiu por bem em promover de imediato a sua paralisação, não tendo qualquer importância o resultado final do procedimento administrativo; seja favorável ou não à Autora, sendo certo que tal atitude se encontra ainda prevista no artigo 14, inciso IV, da Lei nº 6.938/81.

Por outro lado, da análise dos autos exsurge que, à época da lavratura dos autos de infração bem como da efetivação dos embargos, foi constatada a retirada de cobertura vegetal local, bem como a dinamitação de rocha natural, a teor da prova documental anexada aos autos pela própria Autora, qual sejam os periódicos, bem como do depoimento da testemunha da Ré, **JOSÉ PEDRO NETO**, às fls. 188/189.

Verifico, ainda, que embora a equipe de vistoria do IBAMA tenha concluído pela revogação dos autos de infração, conforme consta do procedimento administrativo em anexo às fls. 23/24, não resta dúvida de que se não tivesse ocorrido agressão à cobertura vegetal local, ou ao mesmo houvesse ameaça, não constaria de seu laudo ***o compromisso da Autora em plantar 20 (vinte) mudas de árvores nativas da região, onde se constatou a presença de um pequeno bosque, no fundo do terreno.***

Da análise do conceito de meio-ambiente e de recursos ambientais previstos nos incisos I e V do artigo 3º da Lei nº 6.398/81, depreende-se que as referidas atividades desenvolvidas pela Empresa-Autora se constituíram no mínimo em potencial ameaça ao ecossistema.

Ademais, nem se alegue ter sido a obra licenciada pela Prefeitura Municipal de Petrópolis, pois a licença deferida pelo Poder Público Municipal não exclui a possibilidade de a Autarquia Ré, no exercício da competência prevista no artigo 23, VI, da Constituição, embargar obra lesiva ou potencialmente lesiva ao meio-ambiente.

Trata-se de competência comum, cumulativa ou paralela da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, que, segundo JOSÉ AFONSO DA SILVA, *in* Curso de Direito Constitucional Positivo, 8ª Edição, Malheiros Editores, 1992, pg. 420/421, "***significa a faculdade de legislar ou praticar certos atos, em determinada esfera, juntamente e em pé de igualdade, consistindo, pois, num campo de atuação comum às várias entidades, sem que o exercício de uma venha a excluir a competência de outra, que pode assim ser exercida cumulativamente (art. 23)***".

Logo, se inserindo o ato administrativo da Autarquia Ré no âmbito do exercício do poder de polícia, reveste-se de legalidade, não rendendo ensejo a perdas e danos.

Não havendo, assim, responsabilidade da Autarquia Ré por danos, principalmente de ordem moral, bem como não tendo sido equivocado o embargo das obras da Autora, conforme ora fundamentado, não merece igualmente prosperar o pedido de pagamento de publicação de notícia em periódicos locais.

Isto posto, **JULGO IMPROCEDENTES OS PEDIDOS**, condenando a Autora nas custas processuais e em honorários advocatícios, que arbitro no percentual de 10% do valor atualizado da causa (Súmula 14 do STJ).

Translade-se cópia da presente para os autos do Processo Cautelar em apenso (Proc. nº 92.0076808-3).

P. R. I.

Rio de Janeiro, 12 de agosto de 1998.

ANDRÉA DE LUCA VITAGLIANO

Juíza Federal Substituta

SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
8ª Vara Federal

Ação Ordinária

Processo: 98.0029995-5
Autores: LUIZ CARLOS BACELAR LTDA. E OUTROS
(Adv.: Dr. Mauro Roberto Gomes de Mattos)
Réu: UNIÃO FEDERAL
(Proc.: Drª Maria Beatriz L. de A. Teixeira)
Juíza Federal: Drª LANA MARIA FONTES REGUEIRA

SENTENÇA

Vistos etc.

LUIZ CARLOS BACELAR LEÃO, KAISER SERVIÇOS E NEGÓCIOS LTDA., LUCIO SALOMÃO, MARCELO DE MAGALHÃES GOMIDE e ARPOADOR RIO EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA. propõem a presente **AÇÃO ORDINÁRIA** em face da **UNIÃO FEDERAL**, objetivando sejam tornadas imediatamente exigíveis Apólices da Dívida Pública, emitidas entre 1902 e 1933, bem como a autorização de utilização dos créditos resultantes de seus títulos, atualizados na forma do parecer econômico elaborado pelos professores da Fundação Getúlio Vargas, para garantia de dívidas tributárias e/ou como caução de débitos em cobrança judicial, bem como na compensação com tributos federais cobrados pela Receita Federal e/ou pelo INSS.

Aduzem, em síntese, que a partir de 1902 até 1940 a República dos Estados Unidos do Brasil (hoje União), emitiu títulos denominados "Apólices da Dívida Pública" com objetivo de arrecadar dinheiro para a realização de obras tidas como necessárias.

Dizem que são legítimos proprietários dos títulos a que se refere o recibo de custódia, juntados à inicial, que não foram resgatados porque as autoridades federais se opõem sob o argumento de que os mesmos estariam prescritos.

Argumentam que o programa de estímulo ao patriotismo foi implementado pelos Decretos nºs 4.330, de 28 de janeiro de 1902, 151, de 18 de agosto de 1910, 8.633, de 29 de março de 1911, 9.345, de 24 de janeiro de 1912, 10.135, de 25 de março de 1913, entre outros.

Tais comandos legais foram baixados para legitimar o lançamento de apólices ao portador vinculadas à construção das obras, tais como Estrada de Ferro Madeira-Mamoré, São Luiz-Caxias, Passo Fundo-Uruguaí, Itaqui-São Borja, Estrada de Ferro Rio das Flores, Estrada de Ferro União Valenciana, entre outras, sendo as mesmas mencionadas nos decretos pertinentes a cada emissão.

Continuam dizendo que quando da emissão dos títulos, as apólices possuíam valor de 1.000.000\$ (um conto de réis) cada uma, com juros de 5% (cinco por cento), pagáveis mensalmente, com a amortização a partir do ano em que se consumasse o término das respectivas obras.

Em 28 de fevereiro de 1967, foi baixado pelo Poder Executivo o Decreto nº 263, que estabeleceu no art. 3º o prazo de 6 (seis) meses para apresentação dos títulos para resgate, que seria efetivado através de subscrição de novos títulos públicos (ORTN's) - art. 2º.

Em 30 de dezembro de 1968, às vésperas do vencimento final do prazo fixado anteriormente, foi publicado o Decreto-lei nº 396, alterando o prazo para o resgate para doze meses, não tendo sido publicado nenhum outro edital pelo Banco Central.

Entendem que, ao emitir as apólices para captar o dinheiro no mercado, o Estado praticou atos e celebrou contratos próprios do direito privado, com a única diferença de ter ficado devedor.

Enfatizam que os Decretos nºs 263/67 e 396/68 não poderiam dispor sobre resgate e prescrição de apólices, uma vez que seu uso estaria subordinado às hipóteses previstas na Constituição, não podendo um decreto alterar a forma de resgate de títulos, muito menos criar prazo prescricional, antes inexistente.

Finalizam dizendo que a própria União afastou a ocorrência da prescrição com a edição da Medida Provisória nº 1.238/95, que, alterando o art. 30 da Lei nº 8.177/91, voltava a referir-se aos títulos mencionados no Decreto nº 263/67.

A inicial veio instruída com os documentos de fls. 27/270 e 282/329, estando as custas pagas às fls. 30.

Fls. 349/401, Laudo de Exame Grafodocumentoscópico elaborado pelo Instituto de Criminalística Carlos Éboli.

Fls. 403/421, avaliação financeira efetivada pela Fundação Getúlio Vargas.

Fls. 423/426, deferiu o Juízo a antecipação da tutela, aditada às fls. 431, na forma como requerida.

Citada a Ré, apresentou contestação às fls. 446/462, dizendo em preliminar, da prescrição, e no mérito, sustentando a constitucionalidade dos Decretos-leis nºs 263/67 e 396/68, já que o Decreto-lei nº 263/67 foi editado no dia 28 de fevereiro de 1967, último dia do prazo estipulado pelo Ato Institucional nº 4, para que o Presidente da República pudesse expedir decreto-lei sobre matéria financeira.

Argumenta que a afirmação de que a prescrição de títulos está sujeita as regras do direito privado não pode prosperar, pois o referido decreto-lei, versava justamente sobre matéria financeira.

Diz que como as obras não foram concluídas, o termo, até o ano de 1967, não se havia verificado, sendo o propósito do Decreto-lei nº 263/67 regular a forma que os credores ou detentores dos títulos seriam notificados de que o devedor dera implementada a condição, com que os pagamentos na forma avençada passariam a ser exigíveis. Isso implicava, necessariamente, um programa de desembolso financeiro por parte da União para fazer face a essas obrigações, de forma orçamentária ordenada, inserindo-se, assim, no conceito de matéria financeira.

Requer, ao final, o acolhimento das preliminares e, no mérito, a improcedência do pedido.

Fls. 464/484, notícia de Agravo de Instrumento interposto pela União Federal, da decisão que antecipou a tutela, a qual foi deferido o efeito suspensivo, conforme decisão proferida nos autos do Agravo de Instrumento nº 99.02.25115-3 (fls. 486/503).

Fls. 507/525, manifestação dos Autores sobre a contestação, reiterando seus pedidos.

Não havendo mais provas a produzir, por se tratar de matéria, exclusivamente, de direito, vieram-me os autos conclusos para sentença, nos termos do art. 330, I, do CPC.

É O RELATÓRIO.

DECIDO.

A discussão dos presentes autos se resume, basicamente, a questão da ocorrência ou não da prescrição.

Dá análise dos argumentos despendidos pelos Autores, verifico que assiste-lhes razão, senão vejamos.

No exame das normas concernentes ao contrato de mútuo ajustado, analiso as normas existentes a respeito da amortização das dívidas então contraídas:

"A amortização será feita em razão de 1/2% ao ano, por meio da compra, quando as apólices estiverem ao par ou acima delle, a partir do ano que se seguir ao da aquisição" (Decreto nº 8.286, de 6 de outubro de 1910).

"A amortização será feita na razão de meio por cento ao ano a partir daquelle que se seguir ao terminação das obras, por meio de compra, quando as apólices estiverem abaixo do par, e por sorteio, quando estiverem ao par ou acima delle" (Decreto nº 8.151/1910, art. 4º).

Em 28 de fevereiro de 1967, foi editado o Decreto-lei nº 263/67, que assim dispunha em seu art. 3º:

"Art. 3º Será de seis meses contados da data do início da execução efetiva dos respectivos serviços – a ser divulgada em edital publicado pelo Banco Central da República do Brasil – o prazo de apresentação dos títulos para resgate, findo o qual será a dívida, inclusive juros, considerada prescrita".

Em 30 de dezembro de 1968, foi publicado o Decreto-lei nº 396, que alterou o prazo para 12 (doze) meses:

"Art. 1º Fica alterado para doze meses o prazo estabelecido no artigo 3º do Decreto-lei nº 263, de 28 de fevereiro de 1967, para apresentação dos títulos especificados em seu art. 1º".

Dessa forma, constata-se que, quando da celebração do contrato de mútuo, a União havia fixado o momento exato em que as amortizações seriam devidas, isto é, o ano seguinte ao da aquisição de obras e do término das obras em construção.

Após novo prazo para pagamento das obrigações, veio a ser fixado com a vigência dos decretos-leis acima mencionados.

No que tange à validade dos prazos fixados no Decreto-lei nº 263/67, com as modificações introduzidas pelo Decreto-lei nº 396/68, que, como afirmado pela União Federal em sua contestação, teria fixado o prazo prescricional, prazo este que já teria expirado, ou, ainda, segundo a Ré, mesmo que não se aceite o prazo fixado nos referidos decretos-leis, há que reconhecer a vigência da Lei nº 4.069/62, que cuida especificamente da prescrição, entendendo, contrariando os argumentos dos Autores, que a matéria relativa aos títulos da dívida pública diz respeito, efetivamente, a finanças públicas, pois refere-se a pagamentos que deveriam ser realizados pelo Estado, já que aquele disciplinou a forma e o prazo de resgate dos títulos da dívida pública, implicando, dessa forma, em questão orça-

mentária e desembolso de valores, não havendo, sob este aspecto, qualquer inconstitucionalidade.

Entretanto, no que diz respeito ao uso dos referidos decretos-leis, para delegar a regulamentação da matéria – fixação das condições e prazo de resgates e prescrição dos títulos – ao Conselho Monetário Nacional e ao Banco Central do Brasil, são os mesmos inconstitucionais, posto que a Constituição Federal, vigente à época, determinava que esta competência era exclusiva do Sr. Presidente da República.

O texto constitucional assim dispunha:

“Art. 83 - Compete privativamente ao Presidente:

I - ...

II - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução.

III - ...

Parágrafo único. A lei poderá autorizar o Presidente a delegar aos Ministros de estado, em certos casos, as atribuições mencionadas nos itens VI, XVI e XX”.

Da simples leitura do texto constitucional não restam dúvidas de que se tratava de matéria de atribuição exclusiva do Presidente da República.

A delegação só era possível nas hipóteses previstas nos incisos VI, XVI e XX, valendo transcrevê-los:

“VI - prover cargos públicos federais, na forma desta Constituição e das leis;”

“XVI - autorizar brasileiros a aceitar pensão, emprego ou comissão de governo estrangeiro;”

“XX - instituir indulto, comutar penas, com audiência dos órgãos instituídos em lei”.

Logo, a publicação do edital efetuada pelo Banco Central do Brasil e a atribuição outorgada ao Conselho Monetário Nacional de expedir o regulamento do Decreto-lei nº 263/67, constituem-se em flagrante inconstitucionalidade, que não pode deixar de ser reconhecida.

No que tange, ainda, ao edital há outra evidente ilegalidade, uma vez que, em face da vigência do Decreto-lei nº 396/68 alterando para 12 meses o prazo estabelecido no art. 3º do Decreto-lei nº 263/67, para apresentação dos títulos especificados no art. 1º, impunha-se a publicação de novo edital.

Como não houve a publicação, evidenciado está a ilegalidade.

Ademais, o Decreto-lei nº 263/67 foi regulamentado pela Resolução nº 65, de 5 de setembro de 1967, do Banco Central do Brasil. Ainda que equivocada a atribuição de elaboração do regulamento ao Conselho Monetário Nacional, observa-se que o mesmo foi elaborado pelo Banco Central do Brasil, também, em flagrante inconstitucionalidade.

Ainda com relação ao regulamento, foi o mesmo elaborado pelo Banco Central do Brasil, através da Resolução nº 65, de 05.09.67, com notória infringência ao princípio da indelegabilidade de poderes, como já dito, o que implica sua inexistência, levando à conclusão de que o Decreto-lei nº 263/67 não entrou em vigor, com vista ao disposto no art. 13 do referido diploma legal:

“... o presente decreto-lei entrará em vigor na data da publicação de seu Regulamento”.

Se dependia da publicação do regulamento para entrar em vigor, não tendo sido este elaborado por quem tinha poderes para fazê-lo, face à disposição constitucional, não restam dúvidas de que o próprio diploma legal não entrou em vigor.

Sem razão a União Federal ao sustentar que o Decreto-lei nº 4.069/62, por força da fixação do prazo prescricional de 5 (cinco) anos para as obrigações contraídas pela União Federal, ensejaria a ocorrência da prescrição em relação aos títulos ora em discussão.

Sem qualquer fundamento tal argumento, uma vez que os títulos objeto da presente dependiam da ocorrência de uma condição, no caso a construção ou aquisição de obras, para determinar o *dies a quo*. Como nunca houve notícia do implemento dessa condição, o prazo, evidentemente, não se iniciou.

Com relação ao mérito propriamente dito, o contrato de empréstimo celebrado entre os Autores e a União Federal foi devidamente formalizado, gerando recursos financeiros para o governo, com o fim determinado para aquisição de obras concluídas ou construção de obras a serem especificadas. A amortização dos títulos dependeria da construção de obras ou da sua aquisição, isto é, decorreria de condição a ser implementada.

Dúvida não há de que a União conseguiu os recursos de que necessitava para cumprir com seus objetivos, não havendo notícia, entretanto, de que qualquer obra tenha sido construída ou adquirida, em face do programa inicialmente previsto. Da mesma forma, ainda que longo tempo tenha transcorrido, não se tem conhecimento de que sequer um só

portador de título tenha obtido resgate com pagamento do valor devido, ou por qualquer outro valor.

Tanto assim que a União não nega o débito, alegando, tão-somente, que os referidos títulos encontram-se prescritos, em função da publicação dos Decretos-leis nºs 263/67 e 396/68, referindo-se, também, à edição da Lei nº 4.069/62, que trata, especificamente, da prescrição.

Ressalto que a ilegalidade notória constatada com a vigência do Decreto-lei nº 396/68, pois embora tenha pretendido criar novo prazo de prescrição, modificando o disposto no Decreto-lei nº 263/67, não veio a ser publicado edital a respeito dos títulos. Com a vigência do referido Decreto-lei nº 396/68, que modificou os prazos fixados pelo Decreto-lei nº 263/67, impunha-se a publicação de novo edital, o que, entretanto, não ocorreu.

Da mesma forma em relação ao Regulamento, que dada sua condição de indelegabilidade e também pelo fato de ser elaborado por quem não tinha poderes para tal, resulta na conclusão indiscutível de que o próprio decreto-lei não entrou em vigor.

No que diz respeito à correção monetária, é imperiosa a sua aplicação por todo o período, a contar da emissão dos títulos até o efetivo resgate.

O objetivo da correção é a preservação do valor originário dos títulos e o conseqüente equilíbrio econômico-financeiro do contrato entre as partes.

Segundo entendimento predominante na doutrina e jurisprudência, a correção monetária nada acrescenta ao valor da dívida, apenas o recompõe, evitando o enriquecimento sem causa do devedor.

Nesse sentido, decidiu o E. Superior Tribunal de Justiça, dando origem, inclusive, à Súmula nº 43, que dispõe: "Incide correção monetária sobre dívida por ato ilícito, a partir da data do efetivo prejuízo".

Assim, impõe-se a aplicação da correção monetária, a contar do efetivo empréstimo realizado, consoante atualização constante dos pareceres acostados às fls. 40/45.

Isto posto, **JULGO PROCEDENTE O PEDIDO** para, afastada a prescrição, **declarar a validade e eficácia** dos títulos ou apólices referidos na inicial, emitidos entre 1902 e 1933, cujos originais já se encontram depositados na Caixa Econômica Federal, por ordem e à disposição deste Juízo, conforme Ofício e recibos de Caução de Documentos de fls. 335/341 e, confirmando a tutela antecipada, **autorizar** sejam os mesmos utili-

zados pelos Autores, pelos valores de face devidamente corrigidos na forma do **parecer econômico** sobre "Dívida pública interna fundada federal, sem cláusula de correção monetária: reconhecimento e valor de resgate", elaborado pela **Fundação Getúlio Vargas**, para garantia de dívidas tributárias contra a União Federal e/ou compensação com tributos federais cobrados pela Receita Federal (IPI, Imposto de Importação, Imposto de Renda sobre o Lucro, PIS e Contribuição Social sobre o Lucro), ficando, dessa forma, suspensa a exigibilidade dos créditos dos referidos tributos e contribuições, podendo, ainda, ser utilizados para a realização de qualquer negócio entre particulares.

Condeno a Ré, ainda, ao pagamento de juros de mora de 0,5 (meio por cento) ao mês, contados a partir do trânsito em julgado até o efetivo pagamento, bem como o reembolso das custas e honorários advocatícios que fixo em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa.

Sentença sujeita a reexame obrigatório (art. 475, II, do CPC).

Oficie-se, encaminhado-se cópia da presente ao Exm^o Sr. Relator do Agravo de Instrumento no Egrégio Tribunal Regional Federal da 2^a Região.

P.R.I.

Rio de Janeiro, 21 de junho de 2000.

LANA MARIA FONTES REGUEIRA

Juíza Federal - 8^a Vara

SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
21ª Vara Federal

Processo: 98.0025186-3
Autor: ADRIANA VIEIRA BARRETO DE OLIVEIRA
Ré: UNIÃO FEDERAL
Juíza: Drª LILIANE DO ESPÍRITO SANTO RORIZ DE ALMEIDA

SENTENÇA - TIPO II

Vistos etc.

ADRIANA VIEIRA BARRETO DE OLIVEIRA, servidora pública federal qualificada na inicial, propõe, em face da **UNIÃO FEDERAL**, ação de rito ordinário, com pedido de antecipação de tutela, objetivando a condenação da ré na obrigação de fazer sua transferência provisória, para que tenha exercício de suas funções na cidade do Rio de Janeiro, até que se ultime o julgamento final da presente ação e também até que possa concorrer à remoção para um local onde existam recursos para o ideal atendimento de que necessita seu filho.

Informa que foi aprovada em concurso público, nomeada e empossada no cargo de Auditor Fiscal do Tesouro Nacional, tendo como sua primeira lotação a Inspetoria da Receita Federal em Ponta Porã - MS, onde entrou em exercício no dia 4/1/98.

Ocorre que tivera um filho em 30/8/97, tendo o mesmo, inicialmente, permanecido no Rio de Janeiro - RJ, em companhia do marido da autora e pai da criança, que vem a ser servidor público estadual do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, o que inviabiliza qualquer remoção.

Não mais suportando o isolamento familiar, resolveu levar o menor consigo para Ponta Porã, mas o mesmo não se adaptou ao local, apresentando problemas respiratórios, tendo que retornar ao Rio de Janeiro.

Em consequência, viu-se a autora acometida de forte estresse emocional, somado ao fato de que seu outro filho encontra-se com o rendimento escolar comprometido.

Junta procuração e documentos de fls. 11/29.

Pagas as custas (fls. 10), é deferida a antecipação de tutela, para que a ré promovesse, em quinze dias, a transferência provisória da autora para uma repartição fiscal federal situada nesta cidade (fls. 33/36), infor-

mando a autora, às fls. 41, com documentos de fls. 42/52, que requerera sua inscrição no concurso de remoção para a cidade do Rio de Janeiro.

Da decisão antecipatória é interposto agravo de instrumento (fls. 56/63), ao qual não foi atribuído efeito suspensivo (fls. 64).

Após devidamente citada (fls. 54), apresenta a ré sua defesa (fls. 66/68).

Aduz que a pretensão da autora é, na verdade, ver alterado o resultado final do concurso público a que se submeteu, isto porque a lotação dos candidatos aprovados deu-se segundo a classificação final de cada um, e que o poder de definir a lotação inicial de seus servidores é prerrogativa da Administração, não podendo o servidor se opor a ele, com base em necessidades ou interesses pessoais.

Esclarece, ainda, que a autora não foi removida, eis que Ponta Porã foi sua lotação inicial, inexistindo, assim, a figura da remoção.

Réplica às fls. 76/78, peça na qual é também informado que o requerimento da autora no concurso de remoção não foi aceito.

Novos documentos juntados pela autora às fls. 79/116.

Sem mais provas a produzir (fls. 118 e 120), vêm os autos conclusos para sentença.

É O RELATÓRIO. Passo a decidir.

Cinge-se a controvérsia à análise do direito de servidor a ser removido para localidade diversa daquela para a qual foi nomeado, devido a problemas particulares, muito embora não tenha obtido classificação suficiente para permanecer na localidade desejada.

De um lado, compete à Administração, na forma do art. 37, II, da CF/88, estabelecer os critérios e requisitos para o concurso público, bem como para a lotação inicial dos candidatos aprovados, da forma que melhor atenda ao interesse público e às suas necessidades.

Por outro lado, porém, a Constituição também garante à família, base da sociedade, a proteção especial do Estado (art. 226).

Estamos, pois, diante de uma situação típica de conflito aparente entre normas constitucionais.

Duas idéias devem ficar assentes: 1ª) não se resolve conflito pela forma simplista de hierarquização das normas antinômicas, até porque todas têm o mesmo peso dentro do texto da Carta; e 2ª) a colisão deve ser solucionada sopesando-se a importância relativa de cada direito ou princípio envolvido, naquele caso concreto.

Como ressalta Carlos Roberto Siqueira Castro:

“O mais prudente e razoável nos contextos conflitivos é, em primeiro lugar, preservar a unidade sistêmica da Constituição e, além disso, sopesar as circunstâncias de cada situação concreta para definir, caso a caso, o interesse ou grupo de interesses que estejam a merecer a tutela constitucional, mediante a escolha do comando protetor melhor aplicável à espécie de que se trate”¹.

Cabe, pois, identificar o núcleo essencial de proteção de cada um dos direitos envolvidos ou, nos dizeres de Vieira de Andrade, os **“modos primários típicos de exercício do direito”**.

Quanto à regra de obrigatoriedade dos concursos, objetivou o constituinte com a mesma fixar o meio técnico ideal para que a Administração possa selecionar seus servidores, pretendendo, de um lado, averiguar os mais capazes e eficazes, e, de outro, propiciar igualdade de oportunidade para todos, atendendo, assim, aos princípios da impessoalidade e da moralidade.

É esse, pois, o núcleo essencial de proteção dessa norma constitucional.

Já com relação à proteção especial da família, afirmou-a o constituinte como a base da sociedade, garantindo assistência na pessoa de cada um dos que a integram.

A fração de vida protegida por esta norma fundamental é assim mais ampla, abrangendo, até mesmo, um tipo de agressão mais leve do que a do primeiro caso, cujo âmbito de atuação é menor.

Identificados os núcleos essenciais de proteção, passa-se para a ponderação de valores, com base nos princípios da unidade da constituição e da proporcionalidade e da razoabilidade.

Ora, considerando-se que a Constituição é una, cabe ao intérprete procurar harmonizar as pluralidades de concepções existentes em suas diversas normas, buscando atingir o ponto de equilíbrio entre elas.

Assim, parece-me bastante razoável que a garantia constitucional do concurso público – que assegura o aproveitamento dos candidatos de acordo com sua classificação –, não teve a amplitude de vedar a remoção da autora para outra unidade da Federação, nem a de impedir a reunião de uma entidade familiar, profundamente atingida pela separação de seus membros.

Ademais, se foi a autora que apresentou problemas sérios no local para o qual foi designada, enquanto que os servidores que a antecederam na ordem classificatória nada apresentaram, não seria justo que ela fosse obrigada a se exonerar de seu cargo, como única forma de resolver o problema.

O limite imanente da norma de obrigatoriedade de concursos não atinge esse patamar.

Deve prevalecer neste caso, pois, em maior esfera de proteção, a garantia da família, por estar em uma "**preferred position**" (como menciona o direito americano), em relação à norma em antinomia.

Faz jus, pois, a autora ao direito pretendido.

Face ao exposto, **JULGO PROCEDENTE O PEDIDO**, com fulcro no art. 269, I, do CPC, condenando a ré na obrigação de proceder à remoção definitiva da autora para a cidade do Rio de Janeiro. Condeno-a, ainda, em custas e honorários, que fixo em dez por cento sobre o valor atualizado da causa.

P.R.I.

Rio de Janeiro, 21 de fevereiro de 2000.

LILIANE DO ESPÍRITO SANTO RORIZ DE ALMEIDA

Juíza Federal da Vigésima-Primeira Vara

BIBLIOGRAFIA

1. *A Constituição Aberta* (livro ainda no prelo), p. 53.

SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
24ª Vara Federal

Ação Ordinária

Processo: 91.0009546-0
Autora: PACOL LIMITED
(Adv.: Sérgio Bermudes OAB/RJ 17.587)
Ré: UNIÃO FEDERAL
Juíza Federal: Drª FRANA ELIZABETH MENDES

SENTENÇA (TIPO II)

Vistos etc.

PACOL LIMITED, sociedade comercial inglesa qualificada na exordial, propôs a presente ação condenatória, pelo procedimento ordinário, em face da União Federal - sucessora das obrigações do INSTITUTO BRASILEIRO DO CAFÉ - IBC, extinto pelo Decreto nº 99.240, de 07.05.90, conforme autorização conferida pela Lei nº 8.029/90 - objetivando o pagamento do *"valor total de US\$ 1.312.500,00 (hum milhão, trezentos e doze mil e quinhentos dólares norte-americanos), convertidos em cruzeiros pelo câmbio oficial de venda do dia do trânsito em julgado da decisão condenatória; ou a lhe pagar os valores correspondentes ao volume de café, cujo internamento foi comprovado, bem como, em qualquer das hipóteses acima, perdas e danos decorrentes do que ela razoavelmente deixou de ganhar com o reinvestimento desta quantia, acrescidos de juros de mora de 1% ao mês, incidentes a partir da notificação da autarquia, em 28.02.90, além das custas e honorários advocatícios"*.

Aduz que em fins de 1984 participou, através de suas representantes no Brasil, dentre elas as exportadoras USICAFÉ COMISSÁRIA E EXPORTADORA LTDA., BOZZO BRASIL S/A - COMÉRCIO, IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO, MARCELLINO MARTINS & E. JOHNSTON EXPORTADORES LTDA. e MERCANTIL TRADING S/A, de operação de registro e exportação de 100.000 (cem mil) sacas de café verde para a Hungria, conhecida por "Operação Hungria", autorizada pelo Ministro da Indústria e Comércio, nas condições estabelecidas pelo presidente do IBC, tendo direito a um desconto nas chamadas "quotas de contribuição", na medida em que o

café se destinava a país não-membro da Organização Internacional do Comércio - OIC.

Não obstante terem as empresas envolvidas cumprido todas as determinações legais, com a suspensão do regime de quotas, o IBC não liberou os Avisos de Garantia que dariam direito ao levantamento do valor correspondente à parcela do desconto retida, ou seja, US\$ 25,00 (vinte e cinco dólares) por saca de café.

Alega que tal atitude não se coaduna com os ditames legais e constitucionais, requerendo a procedência do pedido nos termos supra-transcritos.

A peça vestibular veio acompanhada dos documentos de fls. 33/311.

À fl. 313 foi determinado à autora que prestasse caução fidejussória, arbitrada em Cr\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de cruzeiros), conforme o disposto no art. 835 do Código de Processo Civil.

Não obstante, em nova decisão, o MM. Juiz revogou o item 1 do despacho de fl. 313, na medida em que entendeu incabível caução fidejussória para tais fins, determinando fosse efetuado depósito à disposição do Juízo em moeda corrente referente àquela quantia.

Mediante mandado de segurança interposto junto ao Egrégio Tribunal Regional Federal da 2ª Região, foi outorgado efeito suspensivo ao agravo de instrumento ofertado pela autora, que contestou aquela decisão.

Redistribuídos, *a posteriori*, os autos à 24ª Vara Federal, foi determinada a citação da União Federal, que apresentou a contestação de fls. 428/437, aduzindo em preliminar conexão e, quanto ao mérito, sustentou a legalidade e constitucionalidade dos procedimentos adotados.

Réplica a fls. 469/477.

Instadas as partes a se manifestar pela produção de provas, apenas a autora requereu a realização de audiência para oitiva de testemunhas, o que se operou conforme assentada e termo de depoimento de fls. 492/497.

É O RELATÓRIO.

FUNDAMENTO E DECIDO.

Ab initio, a aduzida conexão há de ser refutada, de imediato.

As hipóteses suscitadas pela ré não se compaginam com o artigo 103 do diploma processual civil brasileiro, na medida em que, no que tan-

ge à notificação, está-se diante de feito não contencioso, não se configurando como uma **ação** propriamente dita e, como cediço, para que haja conexão é necessário haver duas ou mais **ações**.

No que concerne à ação proposta perante a 7ª Vara Federal de Brasília, mencionada à fl. 430 destes autos, assiste razão à autora quando assevera que não foram indicados os elementos de conexão entre ambas, tratando-se de partes diversas e com pedidos e causa de pedir distintos dos atuais. Com a devida vênia, observo que a ré não procedeu à separação entre causa de pedir próxima e causa de pedir remota, tratando-as como se fossem o mesmo instituto jurídico.

Passo, por conseguinte, ao *meritum causae*.

Diante da farta documentação acostada aos autos pelas partes, pôde-se compreender a operação - conhecida como "**Operação Hungria**" - realizada entre o Instituto Brasileiro do Café e a autora.

Depreendeu-se que o mercado cafeeiro mundial estava dividido, tendo de um lado os países membros da Organização Internacional do Comércio - OIC e de outro os países não-membros da OIC. Para os países membros havia um "**sistema de quotas**", através do qual a Organização Internacional do Comércio - OIC fixava a quantia máxima de café que poderia ser exportada por cada produtor.

Operando-se tais vendas para países membros, os exportadores estavam obrigados ao pagamento de uma denominada "**quota de contribuição**", devida em função da facilidade e estabilidade negociais que se observavam entre as operações que envolviam tais países.

Entretanto, o Instituto Brasileiro do Café, visando almejar novos mercados, estimulava a comercialização do produto para os países que não eram membros da mencionada organização de cunho internacional. Nestes casos, o valor da quota de contribuição sofreria reduções, ou seja, outorgava-se um verdadeiro desconto às mesmas para incentivar novas vendas. Tais descontos eram concedidos mediante a expedição dos chamados "**Avisos de Garantia**", que nada mais eram do que vales em dólares norte-americanos, utilizáveis pelos compradores em operações futuras envolvendo café.

O Brasil, como cediço, era signatário do Convênio Internacional do Café de 1983, na qualidade de país membro da OIC. Portanto, obrigou-se a adotar medidas de controle nas exportações para os países não membros, a fim de assegurar que o café seria realmente importado pelos mes-

mos. Era imperiosa esta exigência, pois a exportação a um país não-membro era, economicamente, mais vantajosa, em virtude da outorga dos mencionados descontos.

Para tanto, a OIC expediu a Resolução nº 329/83, conforme fls. 37/41 dos autos. Embasado nesta norma, o Instituto Brasileiro do Café editou a Resolução nº 78, de 27 de outubro de 1983, onde ficou consignado que as empresas exportadoras seriam as responsáveis em assegurar e comprovar que o café por elas exportado a países não-membros seria efetivamente importado pelos mesmos, assumindo o compromisso de oferecer provas da internação do produto, ou seja, de sua entrada e permanência no país destinatário.

É imperioso ressaltar, conforme elucidado pela testemunha arrolada pela autora, que internamento não se confunde com armazenamento. Aquele opera-se no local em que ocorrerá, efetivamente, o recolhimento dos tributos devidos.

No art. 8º da referida resolução, ficou consignado que:

“Art. 8º As exportações efetuadas para países não-membros que eventualmente sofram, após embarque, alterações de comprador ou de destino, implicam a obrigatoriedade da empresa exportadora fornecer ao IBC, em tempo hábil, informação dessas mudanças, independentemente de comprovar o internamento do café no novo destino, sem prejuízo do cumprimento dos prazos determinados no artigo 5º e nos parágrafos únicos dos artigos 6º e 7º.

Regulamentando tal determinação, o IBC expediu a Instrução de Exportação nº 38/84 (fls. 45/46), pela qual o importador estrangeiro, cujo registro de compra tivesse sido acatado pelo IBC, somente teria direito ao desconto da quota de contribuição se comprovasse o internamento do café em um país não-membro.

Nos termos da legislação supramencionada, a autora participou de operação de registro e exportação de 100.000 (cem mil) sacas de café verde para a Hungria, com autorização do Ministro da Indústria e Comércio (fl. 48), nas condições explicitadas pelo presidente do IBC, conforme itens 1 a 3 do documento de fl. 47.

Posteriormente, conforme documento de fl. 49, o total da chamada “Operação Hungria” foi reduzido para 95.000 (noventa e cinco mil) sacas de café, tendo a participação das seguintes exportadoras:

1) USICAFÉ	10.000 sacas
2) BOZZO BRASIL	10.000 sacas
3) MARCELLINO MARTINS	10.000 sacas
4) MERCANTIL TRADING	7.500 sacas
5) FENELON MACHADO	15.000 sacas
6) MC KINLAY	5.000 sacas
7) RIO DOCE	17.500 sacas
8) INCEX	10.000 sacas
9) CAFÉ NORTE	<u>10.000 sacas</u>
	95.000 sacas

Embora tenha ocorrido a participação das exportadoras acima mencionadas, a operação era feita em nome de uma importadora que, no caso, foi a *Pacol for account of Monimpex*, órgão comprador da Hungria. Ocorre que este país não abriu cartas de crédito na denominada *conta-clearing* Brasil/Hungria, que seria uma espécie de conta-corrente destinada ao pagamento da operação, em vista do cancelamento do negócio por parte da *Monimpex*, que informou ao IBC não ser a compradora de 52.000 (cinquenta e duas mil) sacas.

Pela tradução dos documentos acostados às fls. 51/52, tem-se que: “... *Este certificado foi postado ao escritório do IBC em Londres, juntamente com outros - devidamente selados pelas autoridades húngaras de compras (...) acreditamos que o escritório de Londres o recebeu, onde declaramos que as sacas de café abaixo listadas não foram cobertas pelos contratos da Monimpex, conseqüentemente, tais sacas não foram importadas para a Hungria e nenhuma evidência de entrada pode ser dada pela Monimpex ou pelos compradores húngaros. Se tais sacas foram registradas para a Hungria pelos exportadores, trata-se de responsabilidade dos mesmos. Repetimos que cumprimos integralmente nosso acordo contratual com o IBC...*”.

Diante deste fato, o IBC não permitiu o cancelamento das Declarações de Venda já emitidas em dezembro de 1984, janeiro e fevereiro de 1985, autorizando, contudo, sua substituição por outras, em moeda forte, com a restrição de que o produto se destinaria a países não-membros da OIC. A partir daí, o café correspondente às 52.000 sacas teve os mais diversos destinos, mas sempre para países não-membros.

Nestas condições, persistia à compradora, ora autora, o direito ao desconto na quota de contribuição que, conforme explicitado pelo documento de fl. 47, item 1, seria integral, ou seja, de US\$ 78,00 (setenta e oito dólares norte-americanos) por saca, na medida em que estar-se-ia diante de uma operação destinada a um país não-membro da OIC.

O pagamento deste desconto poderia operar-se de duas formas, ou seja, se o exportador brasileiro apresentasse uma carta de fiança bancária, haveria a bonificação integral, descontando-a na própria declaração de venda. Isto foi o que ocorreu com as exportadoras RIO DOCE, INCEX e CAFENORTE.

Se não houvesse carta de fiança, haveria a retenção de US\$ 25,00 por saca do desconto total de US\$ 78,00 por saca, sendo que, com a comprovação do internamento em país não-membro, o IBC emitiria os Avisos de Garantia no valor correspondente à parcela do desconto retida, que seriam utilizados em exportações futuras. As demais exportadoras optaram por esta sistemática.

Frise-se que a comprovação do internamento deveria ser feita pelas exportadoras brasileiras, mas os Avisos de Garantia eram expedidos em nome da importadora. Ademais, quando aquelas optavam pela retenção parcial do desconto da quota de contribuição, já o repassavam à compradora estrangeira, visando outorgar um preço mais competitivo ao negócio, além de evitar que o importador tivesse que postular a liberação dos Avisos de Garantia junto ao IBC.

Conforme elucidado à fl. 11 dos autos, as exportadoras brasileiras solicitavam à autarquia a liberação dos avisos, expedidos em nome do comprador, que, após o seu recebimento, os endossava a favor dos exportadores, conforme pode-se verificar pelo documento de fl. 36.

A comprovação do internamento do café se dava mediante documento comprobatório expedido pelas autoridades alfandegárias, ou então pela **Société Générale de Surveillance S/A**, agente credenciado da OIC que emitia uma declaração formal neste sentido, para aqueles países cujas autoridades não emitiam o aduzido documento.

Em aditamento às especificações anteriores concernentes à matéria, a OIC suspendeu a aplicação das disposições da Resolução nº 329, também suspendendo, conseqüentemente, o sistema de quotas. Com isto, ficou cancelado o controle do internamento do café pelos agentes da OIC e, portanto, não era mais possível a concessão da prova do internamento do produto, em países não-membros, vez que, com a suspensão do sistema de quotas, gerou-se o impedimento dos agentes credenciados e dos

representantes da Société Générale de Surveillance em atestarem o internamento do café, na medida em que as exportações de café não mais estavam sujeitas a tais limitações.

Resta saber se persiste o direito ao recebimento dos Avisos de Garantia às exportadoras que ainda não haviam formalmente comprovado o internamento do café quando da suspensão do sistema de quotas, e também para aquelas que já o haviam feito antes da aduzida suspensão.

De acordo com a mencionada Instrução de Exportação nº 38/84 haveria direito ao recebimento dos Avisos de Garantia se fosse comprovada exportação de café a um país não-membro da Organização Internacional do Comércio - OIC. Portanto, independentemente do café ser enviado à Hungria ou a outro país não-membro, persistiria o direito ao desconto.

Ressalte-se, ainda, que o IBC, em nenhum momento, suspendeu, cancelou ou modificou o negócio, mesmo após a mudança do destino das 52.000 (cinquenta e duas mil) sacas de café não mais suportadas pela Monimpex. Depreende-se, portanto, que tal situação resvalou na hipótese do art. 8º da Resolução 78 supratranscrita.

Pelo documento acostado à fl. 266 dos autos, expedido pela Diretoria de Comercialização do IBC, foi dito que *"... efetivamente a IE 38/84, fls. 455, regulamentava de forma genérica para todos os países não-membros os descontos concedidos para esses destinos, sendo tais descontos, bem como a parcela retida para liberação posterior ao embarque, após comprovação do internamento do produto no país de destino, comunicados diariamente pelo IBC (grifei).*

Com relação aos internamentos pendentes de comprovação, esclareço que das 95.000 sacas embarcadas foram atestados, pela então CODEC/DIVAI, os de 62.500 sacas, restando, pois, 32.500 sacas pendentes de comprovação, correspondendo a 7.500 sacas - MERCANTIL TRADING, 2.500 sacas - USICAFÉ, 15.000 sacas - FENELON MACHADO e 7.500 sacas - MARCELLINO MARTINS.

Informo, outrossim, que em 16.02.86, data em que já estavam pendentes de comprovação de internamento os cafés acima referidos, foi suspenso o regime de quotas da OIC, razão pela qual deixou de ser exigida pela OIC a prova de internamento que era efetuada pela própria entidade..."

Dessume-se, portanto, que para as exportadoras que já haviam comprovado a internação do café, deveriam ter sido emitidos os respectivos Avisos de Garantia, na medida em que se estava diante de um ato jurídico perfeito, acabado, com o seu ciclo de formação completo. Observou-se, aí, o descumprimento, por parte da autarquia, da obrigação que lhe era imputada no sentido de expedir os aduzidos avisos.

No que tange às exportadoras que ainda não haviam comprovado a internação do café, depreende-se que esta era essencial à efetivação do negócio, nos termos do que foi avençado. Se não houvesse a comprovação da internação, não persistiria o direito ao desconto. Enquanto esta (comprovação da internação) não se verificasse, o ato jurídico não estaria acabado. Sobrevindo regramento posterior, como o que ocorreu com a suspensão do sistema de quotas pela Organização Internacional do Comércio, tal legislação passaria a ser aplicável aos casos pendentes, inacabados, como eram as hipóteses das importações que envolviam negócios onde ainda não havia sido comprovado o internamento.

Portanto, não mais havia que se cogitar em pagamento de quotas de contribuição na medida em que deixaram de estar sujeitas a quaisquer limitações as exportações e importações de café.

Não haveria que se cogitar, também, em desconto, na medida em que não mais subsistiam as quotas de contribuição.

Exemplificando: Se a saca do café era cotada a US\$ "X" e ensejava o pagamento de uma quota de contribuição no valor de US\$ 78,00 para todos os países membros da OIC, seu preço final seria de US\$ "X" + US\$ 78,00.

Visando incentivar novos mercados, seria oferecido um desconto nesta quota de contribuição para os negócios dirigidos a países não-membros da OIC. Conseqüentemente, outorgando-se desconto integral, a saca de café seria negociada por US\$ "X". Conforme a opção acerca da forma de desconto escolhida pelo exportador, aquele seria outorgado imediatamente na declaração de venda, se houvesse o oferecimento de uma carta de fiança bancária, ou, então, de modo parcial, caso não houvesse a aduzida fiança, sendo expedido o Aviso de Garantia no momento em que se comprovasse o internamento do café.

Na medida em que não mais há a quota de contribuição, ou seja, um *plus* em relação ao preço da saca do café, qualquer operação seria liberada do pagamento de tais quotas. Caso este se verificasse, estar-se-ia, na realidade, alterando o preço normal da saca de café.

Portanto, ao deixar de liberar os US\$ 25,00 de desconto restantes por saca de café, a autarquia estava aumentando o valor da saca de modo arbitrário, unilateral e desconforme às regras contratuais, infringindo, inclusive, disposições de comércio exterior.

Se tal situação se consolidasse, ocorreria um locupletamento indevido pela ré.

Ademais, caso as empresas tivessem optado pelo desconto integral, apresentando carta de fiança bancária, o valor da saca de café negociada seria o mesmo para todas.

Portanto, se realmente foi verificado o descumprimento das condições acordadas, conforme manifestação da União Federal, à fl. 432, depreende-se que tal descumprimento operou-se por parte do IBC e não da autora ou das empresas exportadoras.

A União também alega que o IBC não autorizou a substituição das Declarações de Venda por outras, em moeda forte, com a restrição de que o produto destinar-se-ia a países não-membros; entretanto, não comprova tal fato. Pela documentação trazida pela autora, pode-se deduzir (a partir de docs. de fl. 10) que o IBC deu continuidade ao negócio, aceitando a mudança de destino, ou seja, o chamado “reemparelhamento”, desde que dirigido a países não-membros.

Também não procede a alegação de rompimento do negócio, na medida em que o mesmo já se encontrava em andamento, ocorrendo, na realidade, mudança nas regras aplicáveis à espécie.

É relevante, ainda, conforme mencionado no item 49 da peça vestibular, que o IBC, ciente de que as sacas exportadas por algumas das exportadoras foram embarcadas com as DV's originais, figurando a Hungria como compradora, mesmo assim foram internadas em outros países não membros, tendo a autarquia autorizado tanto a liberação das cartas de fiança bancária como dos avisos de garantia correspondentes, o que demonstra o conhecimento e a anuência da mesma no reemparelhamento ocorrido na operação.

Finalmente, observa-se que eventuais irregularidades administrativas praticadas por ex-administradores da autarquia devem ser pelos mesmos suportadas, não tendo o condão de transferir responsabilidade por ato ilícito à autora, na medida em que esta agiu de acordo com os ditames legais aplicáveis à época.

Portanto, após a suspensão do regime de quotas, subsiste à autora, referentemente às empresas exportadoras que não apresentaram carta de fiança bancária, o direito ao recebimento dos respectivos Avisos de Garantia, independentemente da comprovação de internação das sacas de café a país não-membro, na medida em que não mais persistiam restrições aos negócios efetuados para com países membros ou não.

Conseqüentemente, os negócios que envolveram as exportadoras RIO DOCE, INCEX e CAFÉNORTE não se aplicam à espécie na medida em que as mesmas utilizaram o instituto da carta de fiança bancária. No

que tange à exportadora MC KINLAY, observa-se que a mesma teve os avisos de garantia liberados.

Já em relação aos negócios que envolveram as exportadoras USICAFÉ, FENELON MACHADO, MARCELLINO MARTINS, BOZZO BRASIL e MERCANTIL TRADING, deveria o Instituto Brasileiro do Café - IBC ter liberado os respectivos Avisos de Garantia à importadora Pacol Limited, tanto para as sacas cujo internamento foi comprovado como para aquelas que não o foram.

Ademais, se a situação trazida a lume se consolidasse, haveria afronta ao princípio isonômico, expressamente insculpido em nossa ordenação constitucional vigente.

Alexandre de Moraes (*in* Direito Constitucional, 2ª edição, p. 52, editora Atlas, 1997, São Paulo), assevera que *"a Constituição Federal de 1988 adotou o princípio da igualdade de direitos, prevendo a igualdade de aptidão, uma igualdade de possibilidades virtuais, ou seja, todos os cidadãos têm o direito de tratamento idêntico pela lei, em consonância com os critérios albergados pelo ordenamento jurídico. Dessa forma, o que se veda são as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas, pois o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desigualem, é exigência tradicional do próprio conceito de Justiça, pois o que realmente protege são certas finalidades, somente se tendo por lesado o princípio constitucional quando o elemento discriminador não se encontra a serviço de uma finalidade acolhida pelo direito, sem que se esqueça, porém, como ressaltado por Fábio Konder Comparato, que as chamadas liberdades materiais têm por objetivo a igualdade de condições sociais, meta a ser alcançada não só por meio de leis, mas também pela aplicação de políticas ou programas de ação estatal..."*.

Procede, portanto, a pretensão autoral.

Quanto ao pedido de perdas e danos, adoto o disposto no artigo 1.061 do Código Civil, combinado com o art. 293 do diploma processual civil brasileiro, *in verbis*:

"Art. 1.061 CC. As perdas e danos, nas obrigações de pagamento em dinheiro, consistem nos juros de mora e custas, sem prejuízo da pena convencional".

Com efeito, tratando-se de obrigação de pagamento em dinheiro, é de difícil delimitação auferir-se o sucesso ou insucesso da aplicação monetária em qualquer setor, como, por exemplo, mercado financeiro, imóveis, poupança, compra e venda de novas mercadorias etc. Portanto, a

regra do art. 1.061 do CC é a que melhor se coaduna com os princípios da lógica e razoabilidade.

Diante do exposto e de tudo o mais que dos autos consta, **JULGO PROCEDENTE** o pedido formulado, para **CONDENAR A UNIÃO FEDERAL**, sucessora das obrigações do extinto Instituto Brasileiro do Café - IBC, a restituir à autora PACOL LIMITED o valor equivalente a US\$ 1.312.500,00 (um milhão trezentos e doze mil e quinhentos dólares norte-americanos), convertidos em reais pelo câmbio oficial de venda no dia do trânsito em julgado desta decisão, referentes aos Avisos de Garantia que deveriam ter sido expedidos em nome da autora, em virtude das exportações de 52.500 sacas de café efetuadas pelas empresas USICAFÉ, FENELON MACHADO, MARCELLINO MARTINS, BOZZO BRASIL e MERCANTIL TRADING, como também ao pagamento de juros legais fixados em 0,5% (meio por cento) ao mês sobre o valor das sacas de café negociadas pelas empresas supramencionadas, desde o momento em que houve a comprovação do internamento para as empresas que assim procederam, e desde a data de suspensão desta exigibilidade, ou seja, 16.02.86, para as demais, além de juros moratórios fixados em 1% (um por cento) ao mês a partir do trânsito em julgado desta ação até o efetivo pagamento, nos termos da fundamentação *supra* que fica fazendo parte deste dispositivo.

A União Federal também deverá pagar à autora honorários advocatícios fixados em 5% (cinco por cento) sobre o valor da condenação (principal acrescido dos juros legais).

Custas, em reembolso, pela ré.

Sentença sujeita a reexame necessário.

P.R.I.C.

Oportunamente, remetam-se cópias desta decisão aos Juízos das 7ª e 8ª Varas Federais de Brasília - DF.

Rio de Janeiro, 8 de março de 1999.

FRANA ELIZABETH MENDES

Juíza Federal Substituta

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

Mandado de Segurança

Processo: 99.0651043-9
Impetrante: MUNICÍPIO DE ARARUAMA
Impetrado: DELEGADO DO MINISTÉRIO DO TRABALHO E OUTRA
Juíza: Dr^a FERNANDA DUARTE LOPES LUCAS DA SILVA

"Estamos, desde 1988, sob a égide da doutrina da proteção integral. A sociedade brasileira não se compraz, desde então, com o mero assistencialismo. Assumiu, institucionalmente, o compromisso de encetar esforços para estender a cidadania a todo e qualquer adolescente prioritariamente.

Emerge, neste momento, a preocupação de tratar os trabalhadores de qualquer idade como cidadãos, havendo, com relação aos adolescentes, maior atenção, por se tratarem de pessoas em desenvolvimento físico e moral. Ou estão em uma relação de emprego totalmente protegida, ou submetem-se à profissionalização.

Este é o rumo institucional delineado pela Constituição e pelo ECA. Os percalços da realidade socioeconômica do Brasil não podem ser invocados a pretexto de crítica à lei. Devemos, isto sim, esforçarmo-nos no sentido de adequar a primeira aos desígnios legais.

É o compromisso assumido pela nação perante si mesma e com o conjunto das nações signatárias da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, que coloca o Brasil no rol das nações civilizadas, apesar da realidade socioeconômica se encontrar bem distante do objetivo a ser atingido.

Cabendo indagar, inclusive, se a péssima condição do povo e da maioria das crianças e adolescentes não decorre, justamente do desvio, até hoje vigente, dos princípios finalmente adotados e aqui expostos."¹

SENTENÇA

I

Vistos etc.

Trata-se de **MANDADO DE SEGURANÇA** impetrado pelo **MUNICÍPIO DE ARARUAMA** contra ato do **DELEGADO DO MINISTÉRIO DO TRABALHO** e da **FISCAL DO MINISTÉRIO DO TRABALHO**, em que objetiva o cancelamento definitivo do procedimento fiscal já realizado, inclusive as autuações com base no art. 41, *caput*, da CLT, contra as empresas e entidades participantes do Projeto "Perspectiva 2000", levado a cabo pelo impetrante através de sua Secretaria Municipal de Promoção Social, em relação aos jovens estudantes, integrantes do referido projeto.

Alega, como causa de pedir, que os menores integrantes do "Projeto Perspectiva 2000" não se encontram vinculados diretamente às empresas, mas à Municipalidade, com quem mantêm vínculo apenas educacional e não empregatício e sempre com a interveniência direta do Juízo de Direito da Infância e Adolescência da Comarca de Araruama.

Acrescenta que a atitude da Fiscalização causará graves prejuízos aos integrantes do Projeto e à própria Municipalidade, que cairá no descrédito perante as empresas autuadas, que já começam a dispensar os menores, rescindindo o Termo de Compromisso avençado pelas partes.

Inicial instruída com documentos, às fls. 02/215.

Côncedida a medida liminar requerida, às fls. 216.

A autoridade impetrada presta informações, às fls. 221/227.

O Ministério Público Federal opina pela denegação da segurança, às fls. 232/234.

É o relatório.

II

Passo a decidir.

A questão suscitada no presente processo se evidencia bastante delicada, ensejando análise não só cautelosa, mas igualmente criteriosa.

Por um lado, tem-se a necessidade fática de inserção do adolescente no mercado de trabalho, por razões de natureza socioeconômicas.

De outro, o dever do Estado de zelar para que tal processo se dê nos estritos termos da legislação em vigor (constitucional e legal), de modo que os direitos do próprio adolescente sejam devidamente atendidos.

Ora, num primeiro momento, em sede liminar, entendeu essa juíza, que o "Projeto Perspectiva 2000" merecia o amparo provisório da tutela jurisdicional, em razão do aspecto social da iniciativa desenvolvida pela Impetrante.

Porém, em sede de decisão final de mérito, que demanda exaurimento da atividade cognitiva, após ouvidos a Autoridade Impetrada e o Ministério Público Federal, e terem sido considerados os argumentos trazidos à colação, bem como a doutrina especializada sobre o trabalho e proteção das crianças e adolescentes, não mais se sustenta o entendimento previamente adotado.

Como bem salienta o Prof. Ricardo Tadeu Marques da Fonseca - Procurador Regional do Trabalho e Professor Universitário, especialista em Direito do Trabalho pela USP - a Constituição de 1988 incorporou a teoria da proteção integral de crianças e adolescentes, "atingindo ponto culminante da evolução do conhecimento jurídico concernente ao tratamento institucional conferido aos pequenos cidadãos".²

Por teoria da proteção integral, explica o referido professor, entende-se:

"... a compreensão de que as normas que cuidam de crianças e adolescentes devem concebê-los como cidadãos plenos, sujeitos, porém, à proteção prioritária por se tratarem de pessoas em desenvolvimento físico, psicológico e moral. Não são tomados mais como cidadãos latentes, potenciais. Sua cidadania, como já dito, é plena, sendo-lhes conferidos todos os direitos a ela inerentes, inclusive o de participação política, quando se faculta, por exemplo, ao adolescente de 16 anos o voto, ou quando o art. 53 do ECA estimula a participação de crianças e adolescentes na política estudantil, com vistas à crítica de currículo ou da organização escolar.

Assinale-se que o conceito de cidadania aqui defendido não é o tradicional, aquele que vislumbra apenas a possibilidade de votar ou de ser votado. Reflete, isto sim, a concepção de que cidadão é todo aquele do povo e, por isso, destinatário dos esforços do Estado para que obtenha o pleno desenvolvimento como pessoa".³

A mencionada doutrina elevou o direito à profissionalização de que são titulares os jovens ao nível de direito fundamental, com todas as esferas de proteção previstas pela ordem constitucional.

Tal proteção deverá ser integral e abrangente, vedando o reconhecimento de menos direitos aos jovens carentes que a título de lhes prestar auxílio financeiro ou inserção no mercado de trabalho os reduz à condição de cidadãos de segunda grandeza.

Desta forma, há uma indagação a ser formulada: Quais seriam as formas legítimas de trabalho do jovem, quer criança ou adolescente?

Quanto a essa pergunta, quem fornece a resposta, de forma precisa e detalhada, é a própria Autoridade Impetrada, às fls. 223, onde aponta as três formas, previstas em nossa ordem jurídica, de ingresso do adolescente no mercado de trabalho. São elas: como EMPREGADO; como EMPREGADO APRENDIZ; e como ESTAGIÁRIO. (Em homenagem à brevidade, deixo de traçar maiores considerações sobre tais figuras, remetendo-me às definições adotadas às fls. 221 e seguintes.)

Uma outra possibilidade a ser acrescida a essas três formas seria o trabalho educativo previsto no art. 68 do ECA.

Porém, melhor examinando o tema verifico que a doutrina especializada propugna pela não-aplicabilidade do dispositivo por ausência de regulamentação.

É o entendimento esposado, por exemplo, pelas Prof^{as} Neli Andonini e Mariane Josviak Dresch – Procuradoras do Trabalho, PRT/9^a Região. Respectivamente:

“Quanto ao trabalho educativo previsto no art. 68 do ECA, este pende de regulamentação. Neste as atividades pedagógicas não de prevalecer sobre a atividade laboral e serão desenvolvidos, sob a responsabilidade de entidade governamental ou não-governamental sem fins lucrativos. Aqui grandes cuidados serão necessários para não se abrir as portas às fraudes”.⁴

“c) o trabalho educativo, previsto no art. 68 do Estatuto da Criança e do Adolescente não dispõe de regramento suficiente, eis que não possui o valor devido como remuneração, jornada mínima e máxima; enfim, não prevê garantias mínimas.”⁵

Por fim, ainda examinando o tema da inserção do adolescente no mercado de trabalho, deve-se investigar sobre a forma do menor assistido, manifesto no denominado e polêmico “Programa Bom Menino” instituído pelo Decreto-lei nº 2.318/86.

Seria ele uma outra alternativa?

Entendo que não.

O Programa Bom Menino, de cunho nitidamente assistencialista, não se viu recepcionado pela novel Constituição.

A propósito:

“Mil e uma propostas foram apresentadas para solucionar a difícil entrada de ‘menores’ com escolaridade deficiente, sem qualificação profissional, com outras carências, no mercado de trabalho; muitos das quais se converteram em projetos de lei.

Em 1986, os Ministérios do Trabalho e da Previdência Social encaminharam à Presidência da República proposta de reformulação de todo o Capítulo IV – *Da Proteção do Trabalho do Menor* (arts. 429/441), que se transformou, por mensagem do Poder Executivo ao Congresso, no Projeto de Lei nº 8.417/86. Nesse aparecem as figuras do menor assistido e da iniciação ao trabalho: *Considera-se menor assistido aquele que esteja frequentando ensino regular ou supletivo de 1º e 2º graus e prestando serviços, a título de iniciação ao trabalho, em empresas privadas, empresas públicas ou sociedades de economia mista; de tarefas simples correspondentes a serviço, ofício ou profissão compatível com suas aptidões vocacionais e seu grau de desempenho físico e intelectual.*

O Decreto-lei nº 2.318/86 criou a obrigação de as empresas admitir, como assistidos, com duração de quatro horas diárias de trabalho e sem vinculação com a previdência social, menores entre 12 e 18 anos de idade que frequentassem escola, a título de iniciação ao trabalho, deixando, porém, que o Poder Executivo fixasse as principais condições de trabalho. O Decreto nº 94.338/87 regulamentou o referido decreto-lei, instituiu o Programa do Bom Menino, explicitando que os serviços se fariam *a título de iniciação ao trabalho* e que as tarefas deveriam desenvolver-se *em locais apropriados da empresa*. O decreto regulamentar criou, em nível nacional, um Conselho de Promoção Social e comitês municipais como mediadores encarregados de cadastrar e encaminhar, para efeito de admissão ao programa de bolsa de iniciação ao trabalho, menores considerados em ‘situação irregular’ tal como a concebia o então vigente Código de Menores, com o qual tinha total sintonia.

Várias ponderações poderiam ser feitas sobre a inconstitucionalidade formal do Decreto-lei nº 2.318/86 e sobre o Decreto nº 94.338/87 que, inequivocamente, legislou sobre matéria de competência do Congresso Nacional, invadindo as 'reservas da lei' e criando não um contrato especial de trabalho, mas, em rigor técnico, um **regime especial** em que as condições laborais são unicamente as mencionadas no decreto criador. Inspirando-se literalmente no Projeto de Lei nº 8.417/86, do Ministério do Trabalho, o Decreto nº 94.338/87 restringiu as condições de trabalho do adolescente a uma jornada de quatro horas, compatível com o horário escolar, pagamento de uma bolsa de iniciação ao trabalho não inferior à metade do salário mínimo, trinta dias de férias, anotação da bolsa de iniciação na CTPS e seguro contra acidentes pessoais.

No Programa Bom Menino, sem que nada se alterasse na realidade dos fatos, desconsideraram-se as atividades dos 'menores assistidos' como trabalho propriamente dito, as relações laborais entre o adolescente e a empresa tomadora de seus serviços não foi caracterizada como de emprego, deu-se ao salário a denominação de 'bolsa de iniciação ao trabalho' e às férias de 'trinta dias de ausência às atividades'.⁶

"Objetivamente falando, não deveriam existir dois tipos de trabalho, o do 'menor assistido' e o do não-assistido. Na verdade, criou-se uma discriminação não em razão da idade, sexo, cor, credo religioso, mas fundamentada na pobreza, rotulada de 'situação irregular'. Um industrial observou muito bem: quem admitisse 'menores assistidos' e não-assistidos, aos quais se atribuíam as mesmas tarefas, teria a difícil incumbência de explicar aos primeiros porque não recebiam a gratificação natalina, o amparo previdenciário, por exemplo, quando a única explicação objetiva era afirmar que não tinham tais direitos só porque assistidos, porque eram mais pobres e mais necessitados.

O Programa Bom Menino provocou uma ampla celeuma, cujo fulcro fundamental foi o de se negarem os direitos trabalhistas e previdenciários aos trabalhadores 'menores assistidos'.⁷

"O Decreto-lei nº 2.318/86 que instituiu o Programa Bom Menino não foi recepcionado pela ordem constitucional vigente, dada sua manifesta inconstitucionalidade. Este programa possuía cunho nitidamente assistencial, ensejando a contratação de adolescentes carentes por empresas, para laborarem por 4 horas,

percebendo meio salário mínimo e com a obrigatoriedade de frequentarem a escola.

Com efeito, a Constituição vigente não permite qualquer forma de diferenciação entre trabalhos idênticos pelo fato de serem exercidos por adolescentes ou por adultos, nos moldes do art. 7º, inciso XXX, da Constituição Federal que veda qualquer discriminação 'em razão do sexo, da idade, da cor e do estado civil'.⁸

"Este quadro constitucional não se configura como cenário compatível com o chamado 'Programa Bom Menino', que possuía finalidade meramente assistencial, obrigando as empresas a contratar crianças e adolescentes carentes, por quatro horas diárias, percebendo meio salário mínimo e nenhum outro direito trabalhista ou previdenciário, preservando-se, apenas, a sua obrigação do comparecimento escolar. É que o fato de serem crianças e adolescentes pobres não justifica mais o seu trabalho em condições de inferioridade em relação aos outros trabalhadores adultos, também carentes, via de regra.

Frise-se, nesse passo, que a Constituição anterior não proibia a discriminação salarial entre adultos e crianças, o que legitimava a assistência como motivo de exclusão de direitos trabalhistas dos adolescentes.

Acentuamos novamente: a Constituição atual assegura aos jovens todos os direitos trabalhistas, afastando-os de toda e qualquer exploração, mormente no campo do trabalho.

O próprio Decreto que regulamentava o DL nº 2.318/86 foi expressamente revogado em 1991 pelo Poder Executivo.

Os novos atributos, que caracterizam o trabalho do adolescente, são a igualdade de direitos em relação aos adultos, a proteção de seu trabalho em decorrência de sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento e o direito à profissionalização.⁹

"A matéria é controvertida, havendo mesmo grandes pensadores que entendem que a finalidade assistencial do 'Projeto Bom Menino' justifica a recepção daquele instituto. Mencionam o art. 68 do ECA como base legal para a sobrevivência do DL nº 2.318/86. Nesse sentido prelecionam os professores Amauri Mascaro Nascimento e Octávio Bueno Mangano.

Perfilamo-nos entre os que não vêem mais – o assistencialismo, puro e simples, como motivo de discriminação negativa de adolescente, fazendo coro com Segadas Vianna, Oris de Oliveira,

Antônio Carlos Flores de Moraes, Sônia Costa Mota de Toledo Pinto, Cássio Colombo Filho e Antônio Chaves.

Estes últimos sustentam as mesmas idéias já expostas, sendo de se ressaltar a posição do professor Oris de Oliveira, que aponta um outro argumento contrário à recepção do DL nº 2.318/86, qual seja, o de que a norma em questão gera verdadeira estigmatização da pobreza, uma vez que o adolescente privilegiado socialmente, ao executar funções idênticas às de outro nível socioeconômico inferior, será aquinhado com todos os direitos trabalhistas e o chamado 'adolescente assistido' não."¹⁰

Ora, restando claro que o trabalho do jovem, considerando-se o desiderato de proteção constitucional, só pode assumir uma das três formas apontadas (empregado; empregado aprendiz; estagiário), a consequência lógica e jurídica que advém é que o "Projeto Perspectiva 2000" deverá, necessariamente, adotar uma dessas modalidades.

Portanto, entendo que a **regularidade** do programa desenvolvido pela Municipalidade de Araruama fica condicionada à caracterização de uma das três formas apontadas pelo Ministério do Trabalho e à observância da respectiva legislação pertinente, de modo que, de momento, não há qualquer reparo a fazer à atividade de fiscalização desenvolvida pelo órgão competente.

Aliás, cabe ao Estado bem zelar pela proteção da criança e do adolescente, como compromissado perante nossa Constituição e perante a própria ordem internacional.

III

Do exposto **D E N E G O** a segurança pretendida.

Custas *ex lege*.

Sem honorários, por força das Súmulas nºs 512 e 105, do STF e STJ, respectivamente.

P. R. I.

São Pedro da Aldeia, 30 de março de 1999.

FERNANDA DUARTE LOPES LUCAS DA SILVA

Juíza da Vara Federal de São Pedro da Aldeia

BIBLIOGRAFIA

1. FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. O Direito à profissionalização, corolário da proteção integral das crianças e adolescentes. Revista do Ministério Público do Trabalho (Rev. MPT), Brasília, LTr Editora, ano VII – 2ª Semestre – setembro 1997, p. 37.
2. Ob. cit., p. 31.
3. Ob. cit., p. 33.
4. ANDONINI, Neli. Aprendizagem metódica de um ofício. Revista do Ministério Público do Trabalho (Rev. MPT), Brasília, LTr Editora, ano VII – 2ª Semestre – setembro 1997, p. 42.
5. DRESCH, Mariane Josviak. Trabalho de menores - legislação atual e tendências legislativas. Revista do Ministério Público do Trabalho (Rev. MPT), Brasília, LTr Editora, ano VII – 2ª Semestre – setembro 1997, p. 25.
6. OLIVEIRA, Orís de. O trabalho da criança e do adolescente. São Paulo, LTr Editora, 1994, p. 164/165.
7. Ob. cit., p. 166.
8. DRESCH, Mariane Josviak. Trabalho de menores - legislação atual e tendências legislativas. Revista do Ministério Público do Trabalho (Rev. MPT), Brasília, LTr Editora, ano VII – 2ª Semestre – setembro 1997, pp. 25/26.
9. FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. O Direito à profissionalização, corolário da proteção integral das crianças e adolescentes. Revista do Ministério Público do Trabalho (Rev. MPT), Brasília, LTr Editora, ano VII – 2ª Semestre – setembro 1997, pp. 34/35.
10. Ob. cit., pp. 36/37.

SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**1ª Vara Federal de Petrópolis**

Processo: 98.0706779-0
Autor: UNIFAC TRANSPORTES E TURISMO LTDA.
Réus: UNIÃO FEDERAL e DNER – DEPARTAMENTO NACIONAL DE ESTRADAS E RODAGEM

SENTENÇA (TIPO II)

UNIFAC TRANSPORTES E TURISMO LTDA. propõe ação ordinária em face da **UNIÃO FEDERAL** e do **DEPARTAMENTO NACIONAL DE ESTRADAS DE RODAGEM – DNER**, visando a abstenção das Rés no sentido de paralisar os ônibus de propriedade da Autora, assegurando-lhe o direito de manter os serviços de linha rodoviária até que o poder concedente abra licitação pública para adjudicar os serviços de transporte, permitindo-lhe embarque e desembarque nas estações rodoviárias dos extremos e intermediárias e o comércio de passagens nas estações rodoviárias.

Alega que seus ônibus realizavam transporte na linha atípica de Petrópolis/RJ até Belo Horizonte/MG, sendo alvo de diversas apreensões e multas pelo DNER.

Aduz que mantém o sistema de transporte na referida linha há aproximadamente oito anos, inclusive atendendo à demanda de mercado, gerando a necessidade de implantação de seccionamentos e atendimentos parciais na linha rodoviária interestadual entre Petrópolis até Belo Horizonte/MG.

A pretensão, portanto, baseia-se em situação consolidada e não em qualquer autorização do poder público para a exploração da linha de transporte rodoviário coletivo.

A inicial veio instruída com os documentos de fls. 15/137 .

Gustas à fls. 138.

Despacho de fls. 139 determinando a adequação das custas ao valor da causa e após a citação.

Gustas complementares às fls. 141.

Devidamente citada às fls. 144/145, a União Federal contestou, conforme peça de fls. 146/153. A tempestividade da peça defensiva foi certificada às fls. 173v.

Com a contestação da União vieram os documentos de fls. 155/172.

Às fls. 177 citação por carta precatória do DNER, conforme certidão de fls. 179.

O DNER contestou tempestivamente às fls. 185/192.

Às fls. 196 petição da União dizendo não ter mais provas a produzir.

Às fls. 197 foi determinada a inclusão da CAIÇARAS ÔNIBUS LTDA. como litisconsorte necessário.

Às fls. 201/229 está colecionada a contestação da CAIÇARAS ÔNIBUS LTDA., com a mesma foram acostados os documentos de fls. 230/268.

Réplica da UNIFAC às fls. 282/287.

Petição da UNIFAC juntando cópia do agravo de instrumento por ela interposto.

Decisão de fls. 297 mantendo a decisão agravada e determinando que as partes informem se tem provas a produzir.

Petição da CAIÇARA ÔNIBUS S/A declarando não ter mais provas a produzir.

Às fls. 300/302 petição da Autora requerendo a produção de prova pericial, testemunhal e documental.

Às fls. 303 ofício do Egrégio Tribunal Regional Federal solicitando informações conforme preceitua o artigo 526 do CPC e informando da decisão proferida indeferindo o pedido de efeito suspensivo.

Informações prestadas por este Juízo às fls. 307.

Às fls. 309 petição da UNIFAC juntando os documento de fls. 313/408.

Indeferida a produção de provas testemunhal e pericial requerida pela Autora.

Às fls. 410 mais documentos acostados pela UNIFAC de fls. 412 a 497.

É o relatório. Passo doravante a decidir.

Vistos etc.

1. DAS PRELIMINARES

1.1 Da Ilegitimidade *Ad Causam* da União Federal

Tocantemente à questão preliminar da ilegitimidade da União, inacolho-a, diante dos comandos ínsitos nos arts. 1º e 2º do Decreto nº 952/93.

“Decreto nº 952/93:

Art. 1º Cabe à União explorar, diretamente ou mediante permissão ou autorização, os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros.

Art. 2º A organização, a coordenação, o controle, a outorga e a fiscalização dos serviços de que trata este decreto caberá ao Departamento de Transportes Rodoviários no Ministério dos Transportes”.

De alinhavar, ainda, que o art. 21, nº XII, “e”, da Carta Política estatui que compete privativamente à União, no Estado Federal Brasileiro, explorar diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros.

1.2 Da Impossibilidade Jurídica do Pedido

Rejeito a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido, pois, na hipótese vertente, estão presentes as condições genéricas da ação e os pressupostos processuais.

“Consideram-se preenchidas as condições da ação tanto que o autor denuncia, na inicial, lesão a direito seu, sendo a verificação da efetiva ocorrência de lesão matéria de mérito” (JTA 127/297).

1.3 Da Intempestividade do Ajuizamento da Ação Ordinária

Rejeito a preliminar argüida pela ré CAIÇARA, obstando como razões de decidir o levantado pela UNIFAC, em réplica (fls. 282/283), eis que, como é de comum sabença, o prazo do art. 806 do CPC cuida tão-somente da decisão que concede liminar já que esta é proferida com base

em juízo de probabilidade, não tendo por isso, o mencionado artigo, aplicabilidade no que tange a sentença cautelar.

2. DO MÉRITO

O Decreto regulamentar de nº 62.127/68 aludido pela parte autora encontra-se revogado pelo Decreto de nº 2.521/98, o qual permite que a fiscalização apreenda veículo não autorizado, transportando passageiros, desde que a continuação da viagem se dê com ônibus de permissionária ou autorizada de serviços disciplinados pelo dito Decreto, a ser requisitado pela fiscalização (art. 85, § 1º, do Dec. nº 2.521/98).

O auto de infração lavrado pela fiscalização do DNER não padece de vício de nulidade, vez que atendidos os preceitos legais. Com efeito, a parte autora foi colhida operando irregularmente linha inexistente, fato esse que levou à sua autuação.

É de salientar, também, que a ligação Petrópolis (RJ)/ Belo Horizonte (BH) já se encontra sendo atendida por empresa autorizada pelo Poder Público (Caiçara Ônibus S/A), como secção da linha Belo Horizonte (BH) / Niterói (RJ), não sendo permitido que outra empresa opere, *in casu*, a parte autora, a título precário, tal serviço de transporte.

Demais disso, a pretensão autoral mostra-se inviável.

A uma, porque é vedado ao Poder Judiciário substituir-se à Administração Pública para autorizar, conceder ou permitir a exploração de serviços de transporte rodoviário interestadual.

Nesse sentido, reza a Súmula nº 39 do TRF da 1ª Região, *in verbis*:

“É defeso ao Poder Judiciário substituir-se à Administração para autorizar, conceder ou permitir a exploração de serviço de transporte rodoviário interestadual (Constituição Federal, art. 21, XII, “e”).”

À Administração, e somente ela, cabe analisar a conveniência ou oportunidade de conceder linhas a empresas de transporte rodoviário coletivo de passageiros, realizar seccionamentos e extensões, estabelecer itinerários e o horário, enfim, praticar todos os atos pertinentes à delegação do serviço público. Não é certo, e fere a separação dos poderes o Poder Judiciário invadir área exclusiva do Poder Executivo sob argumento básico de sua inação.

Corroborando com esse entendimento, o eterno Hely Lopes Meirelles:

“ A competência do Judiciário para a revisão de atos administrativos restringe-se ao controle da legalidade do ato impugnado...”.

“Ao Poder Judiciário é permitido perquirir todos os aspectos de legalidade e legitimidade para descobrir e pronunciar a nulidade do ato administrativo onde ela se encontre, e seja qual for o artifício que a encubra. O que não se permite ao Judiciário é pronunciar-se sobre o mérito administrativo, ou seja, sobre a conveniência, oportunidade ou justiça do ato, porque, se assim agisse, estaria emitindo pronunciamento da administração, e não de jurisdição judicial. O mérito administrativo, relacionando-se com conveniências do governo ou com elementos técnicos, refoge ao âmbito do Poder Judiciário” (Direito Administrativo Brasileiro, p. 607, 1ª edição, Malheiros).

O que deseja a parte autora é que este Juízo se substitua ao Poder Concedente e lhe dê a permissão, com dispensa de licitação pública, para explorar serviço de transporte interestadual terrestre de passageiros, caracterizando pleito judicial de pronunciamento sobre o mérito administrativo.

O *petitum* autoral é de emissão pelo magistrado de pronunciamento da administração, e não de jurisdição. Transformar-se o juiz em administrador com o fito de permitir ou conceder serviço de transporte interestadual terrestre de passageiros (de linha inexistente) a empresa particular, ofende, macula o princípio da separação de poderes insculpido no art. 2º da Lei Maior.

Nesse sentido vale trazer à colação jurisprudência que endossa o aqui exposto:

“TRANSPORTE RODOVIÁRIO INTERESTADUAL DE PASSAGEIROS.

Não pode ser dispensada, a título de proteção da livre iniciativa, a regular autorização, concessão ou permissão da União, para sua exploração por empresa particular.

Recurso Extraordinário provido por contrariedade ao disposto no art. 21, XII, ‘e’ da Constituição Federal”.

(STF, Re nº 214.382-1/CE, 1ª Turma, Relator Ministro Octavio Gallotti, publicado no DJ do dia 19.11.99)

“ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. TRANSPORTE INTERESTADUAL DE PASSAGEIROS. LITISCONSÓRCIO PASSIVO

NECESSÁRIO. INEXISTÊNCIA. TRANSFERÊNCIA DA EXECUÇÃO DO SERVIÇO A EMPRESAS PARTICULARES. COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ART. 21, INC. XII, "E", CF/88. ART. 13 DO DECRETO Nº 952/93.

1 - A ausência de exclusividade na exploração do serviço público de transporte de passageiros afasta o litisconsórcio passivo necessário, na espécie, devendo a empresa apelante integrar a lide como assistente da União.

2 - A transferência da execução do serviço de transporte rodoviário aos particulares, mediante autorização, concessão ou permissão, é ato de competência exclusiva da administração pública, não cabendo ao Juiz substituir a autoridade administrativa, conferindo a empresa privada a exploração correspondente sob o fundamento de que a falta de licitação, por muitos anos, constitui abuso de poder (art. 21, XII, 'e', da Constituição Federal, art. 13 do Decreto nº 952/93 e do TRF da 1ª Região). Precedentes deste Tribunal e do STF.

3 - Remessa oficial e recursos de apelação a que se dá provimento".

(AC nº 1997.01.00.031655-9/MG Relator Juiz Jirair Aram Meguerian – Segunda Turma – TRF 1ª Região)

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL – TRANSPORTE DE PASSAGEIROS. AUSÊNCIA DE CONCESSÃO PÚBLICA. LIMINAR INCABÍVEL.

1 - A exploração do serviço de transporte interestadual de passageiros requer autorização, concessão ou permissão estatal (CF, art. 21, inc. XII, alínea "e").

2 - O Poder Judiciário não pode autorizar a prática de ato administrativo típico, cuja conveniência e oportunidade compete à administração .

3 - Ausente a plausibilidade do direito invocado pela parte, o provimento liminar se mostra incabível.

4 - Agravo provido (Ag. nº 1999.01.00.032444-2-PA – Relator Juiz Lincoln Rodrigues de Faria – Segunda Turma – TRF – 1ª Região).

A duas, porque o pretendido pela demandante descarta o disposto no artigo 175 da Carta Magna que requer licitação pública para a permissão ou concessão de serviço público. Dessarte, um comando judicial

autorizando a exploração de serviço de transporte interestadual entre Petrópolis (RJ) e Belo Horizonte (MG), a título precário, até a realização de licitação para a exploração da linha, em favor da UNIFAC, ofenderia o disposto no artigo 175 da *Lex Mater*, bem como aos princípios da moralidade administrativa, da isonomia entre os licitantes, da ampla competitividade no procedimento licitatório.

A três, porque não pode a UNIFAC, que alega que a Ré CAIÇARA explora linha de ônibus sem ter se submetido a procedimento licitatório, requerer tratamento isonômico com esta.

Ante o exposto, julgo IMPROCEDENTE O PEDIDO.

Condeno a parte autora em honorários advocatícios que arbitro em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa atualizado.

Custas *ex lege*.

P.R.I.

Petrópolis, 13 de julho de 2000.

MARCELO DA FONSECA GUERREIRO

Juiz Federal Titular da 1ª Vara Federal de Petrópolis

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

CONCLUSÃO

Nesta data, faço estes autos conclusos ao
MM. JUIZ FEDERAL

Dr. GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA

Rio de Janeiro, 14 de dezembro de 1999.

Diretora de Secretaria

Processo: 97.0073890-6
Autor: LUIZ ROBERTO TENÓRIO
Réus: LUIS CARLOS BRESSER PEREIRA (MINISTRO DA AD-
MINISTRAÇÃO FEDERAL E REFORMA DO ESTADO),
ALMIR ANTONIO PEREIRA DE OLIVEIRA (SUBSECRE-
TÁRIO DE ASSUNTOS ADMINISTRATIVOS) e GOLDEN
CROSS SEGURADORA S/A
Juiz: Dr. GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA

SENTENÇA

I. VISTOS

1. **LUIZ ROBERTO TENÓRIO**, qualificado a fls. 02, ajuizou ação popular com pedido de liminar contra ato lesivo ao patrimônio público praticado pelo **MINISTÉRIO DA ADMINISTRAÇÃO FEDERAL E REFORMA DO ESTADO**, nas pessoas do **Ministro de Estado LUIS CARLOS BRESSER PEREIRA** e do **Subsecretário de Assuntos Administrativos ALMIR ANTONIO PEREIRA DE OLIVEIRA** sendo beneficiária a empresa **GOLDEN CROSS SEGURADORA S/A**, alegando, em síntese, que a União, por intermédio do Ministério da Administração, contratou a empresa **GOLDEN CROSS** para prestação de serviços de assistência médico-hospitalar aos servidores ativos e inativos do MARE (Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado). O procedimento, resultante do processo nº 04000.003391/97-65, gerou o contrato administrativo nº 13/97, com o preço de R\$ 604.800,00 (seiscentos e quatro mil e oitocentos reais), à título

de despesas, e prazo de vigência de cento e oitenta dias. Houve dispensa de licitação por força do disposto nos artigos 24 e 26 da Lei nº 8.666/93. A medida, no entanto, representa desrespeito ao patrimônio público, resultando em favorecimento de empresa que, reconhecidamente, está combatida em suas finanças, com dívidas em valores altos. O Autor alega ser espantoso que o Ministério da Administração busque em uma empresa privada a prestação de serviços de saúde, quando a Constituição Federal assegura que a saúde é uma das obrigações do Estado, nos termos do artigo 196. Em termos jurídicos, o que dispensa a licitação é a urgência dos serviços, que devem ser prestados em situação emergencial e calamitosa, de modo a preservar a segurança das pessoas, o que não se verifica no caso em tela. A regra é a da necessidade da licitação, sendo que o bom senso recomenda a exceção em circunstâncias tais que o Poder Público pode ser tolhido para praticar atos no interesse de todos. Sucede que no caso em tela, a Administração considerou situação emergencial e de extrema urgência a concessão aos funcionários de um Ministério de serviços particulares de assistência médica, em detrimento do serviço público existente, com inexplicável favorecimento a uma empresa em estado de quase-falência. Não há interesse público envolvido no caso em questão que alicerce a contratação de serviços pelo ente público sem licitação. O contrato celebrado é nulo de pleno direito, eis que formalizado em desconformidade com as regras previstas na Lei nº 8.666/93, mormente no que toca à necessidade de licitação. O administrador público deve pautar sua conduta em consonância com a finalidade pública, o que não ocorreu. Inexiste fim público a inspirar o ato do administrador. Na forma e no conteúdo, o contrato celebrado entre os Réus contrapõe-se ao campo da legalidade, sendo que o beneficiário é empresa que não goza da mínima confiabilidade, devedora de quantia no patamar de trezentos milhões de reais junto a Receita Federal. Assim, requer a concessão de liminar para o fim de suspender os efeitos do contrato firmado entre o Ministério da Administração e a Golden Cross, notificando-se as autoridades para que se abstenham de contrariar a determinação judicial, e, no mérito, requer seja julgado procedente o pedido para anular o ato que importou na contratação, desfazendo os negócios realizados, devolvendo-se as quantias pagas. Juntou os documentos de fls. 17/32. Aditamento à petição inicial (fl. 35), para fazer incluir a União Federal no pólo passivo da demanda, com o requerimento da citação da União e da Golden Cross.

2. Decisão de fls. 36/37, concedendo a liminar pretendida.

3. Regularmente citada, a União ofereceu contestação (fls. 68/71), argumentando que o pedido formulado é improcedente. Aduz que a pretensão do Autor é a de questionar a política de saúde pública do país,

inclusive acerca das privatizações do Governo Federal. Afirma que o contrato celebrado entre o MARE e a Golden Cross o foi em consonância com o disposto na Lei nº 8.666/93. O artigo 230, da Lei nº 8.112/90, e o artigo 196, da Constituição Federal, asseguram a prestação dos serviços de assistência à saúde dos servidores e seus dependentes, pelos órgãos a que estiverem vinculados, em suplementação à assistência oferecida pela rede pública de saúde. Diante da importância da questão saúde e seus reflexos na capacidade laborativa dos servidores e na intenção de reduzir ao máximo a interrupção dos serviços de saúde, a Administração providenciou o necessário para firmar convênio com o GEAP – Fundação da Seguridade Social, sendo que a celebração do convênio não foi possível em razão de irregularidades nas contas daquela fundação, o que acarretou a suspensão do procedimento de licitação. Assim, a única forma de oferecer assistência à saúde dos servidores do Ministério foi contratar emergencialmente a Golden Cross, sendo que tal empresa vem cumprindo regularmente suas obrigações. Logo, o pedido deve ser julgado improcedente.

4. A Golden Cross também apresentou contestação (fls. 100/115), alegando que o artigo 230, da Lei nº 8.112/90, alinha outras alternativas que não o Sistema Único de Saúde para prover assistência médica aos servidores, entre elas a contratação de empresas de iniciativa privada e convênios com entidades. A possibilidade de contratação do gênero já foi reconhecida pelo Tribunal de Contas. O *modus* de prestação do serviço de assistência médica ao servidor federal remanesce sem regulamentação, razão pela qual inúmeras foram as contratações feitas por órgãos federais da Administração Direta e Indireta, com o objetivo de atender à demanda por assistência médica. A situação de emergência que motivou a contratação de serviços de assistência médica, existindo manifesto interesse público na dispensa de licitação, levando em conta o dever legal previsto no artigo 230. Não houve intuito de privilegiar pequeno grupo de servidores, mas sim de observar o princípio da legalidade. O MARE tem interesse de prover a assistência médica aos seus servidores, já que eles prestarão melhor seus serviços, com máximo aproveitamento de sua força laboral. O interesse público maior (diante do atendimento ao dever imposto à Administração de prover o atendimento médico) seria de se sobrepor em relação a eventuais falhas de serviço que tivessem retardado a convocação do certame cabível na espécie. No processo administrativo, buscou-se avaliar várias propostas de outras empresas, além da Golden Cross, sendo que esta apresentou as melhores condições, não somente quanto ao preço, mas também envolvendo outros aspectos de cobertura. Não houve lesão, portanto, com a contratação. O texto legal não exige a situa-

ção de quitação fiscal, mas sim de regularidade fiscal, ou seja, existência e vigência de eventual causa de suspensão da exigibilidade de crédito tributário. A situação da Golden Cross junto ao SICAF encontrava-se plenamente regular, com todas as certidões relacionadas à regularidade para com a Fazenda (inclusive o INSS), sendo que o MARE realizou a consulta ao SICAF. Ademais, descabe o pedido de restituição das quantias já pagas, considerando a efetiva prestação de serviços por parte da Golden Cross, do contrário haveria enriquecimento sem causa por parte do Estado. Requer seja julgado improcedente o pedido e, por ser a lide temerária, seja o Autor condenado ao décuplo das custas. Juntou os documentos de fls. 116/146.

5. Luiz Carlos Bresser Pereira ofereceu contestação (fls. 149/157), arguindo, preliminarmente, a ilegitimidade passiva *ad causam* diante da inexistência de pertinência subjetiva, já que o Réu não autorizou, aprovou, ratificou, nem praticou o ato impugnado. O Ministro de Estado não tinha a atribuição legal de autorizar, ratificar, aprovar a contratação em exame ou praticar atos com vistas a este fim, não se cogitando de omissão de determinada atuação que não lhe competia. No mérito, sustenta que os argumentos do Autor não resistem a uma análise madura e ponderada acerca da realidade dos fatos. A Administração Pública pautou sua conduta de acordo com os princípios constitucionais da legalidade, proporcionalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade. Tendo em vista o encerramento do período de vigência do contrato de plano de saúde firmado com o extinto Ministério do Bem-Estar Social, constatou-se a impossibilidade de efetuar nova prorrogação do prazo, daí a alternativa da contratação emergencial. O princípio da razoabilidade determina não somente a persecução dos fins constitucionalmente estabelecidos, mas também das finalidades visadas pela própria lei mediante a utilização dos meios mais aptos, proporcionalmente adequados, aqueles mais suaves e menos onerosos, dentro de uma escolha necessariamente equilibrada. Diante da configuração da urgência, foi autorizada a contratação em regime emergencial, com dispensa de licitação. A empresa Golden Cross está regular perante o Fisco, sendo que mesmo que a empresa passasse a dever ao erário, poderia a Administração rescindir o contrato, tendo em vista ser mensal e obrigatória a comprovação da negativa do débito. Assim, requer seja extinto o processo sem julgamento de mérito, por ilegitimidade passiva, ou a improcedência do pedido. Juntou os documentos de fls. 158/343.

6. Regularmente citado, o Réu Almir Antonio Pereira de Oliveira também ofereceu contestação (fls. 349/356), arguindo, preliminarmente, que o processo deve ser extinto sem julgamento de mérito, por força do que dispõe o artigo 47, do Código de Processo Civil, já que todos os ser-

vidores ativos e inativos do MARE deveriam ser citados e passarem a integrar o pólo passivo da demanda. No caso em tela, a dispensa da licitação se deveu por restar caracterizada uma situação de emergência, gerando urgência de atendimento por parte da Administração. A GEAP encontrava-se em má situação e o Tribunal de Contas da União estaria investigando possíveis irregularidades nos convênios por ela firmados com dispensa de licitação, motivo pelo qual foi suspensa a formação do convênio. A dispensa da licitação relativamente à contratação da Golden Cross se deu em razão da situação emergencial, a urgência do atendimento, o risco à saúde e à vida daí decorrente. A Administração Pública escolheu a proposta mais vantajosa para o atingimento de sua finalidade. Não houve ilegalidade ou mesmo lesividade do contrato celebrado, devendo ser julgado improcedente o pedido formulado. Juntou os documentos de fls. 357/413.

7. O Ministério Público Federal se manifestou (fls. 418/424), entendendo que o Ministro da Administração e Reforma do Estado deve ser excluído da ação popular, por não ter figurado como contratante no contrato administrativo diante da delegação de competência. No mérito, o MPF alega que a Golden Cross é instituição inidônea financeira e moralmente, sendo que a dispensa de licitação somente poderia se dar validamente caso a situação adversa não decorresse da falta de planejamento, da desídia administrativa, ou da má-gestão dos recursos disponíveis por culpa ou dolo do agente público. Assim, requer a exclusão do Ministro da Administração Federal e Reforma do Estado da lide, o indeferimento do requerimento de citação de todos os servidores ativos e inativos do MARE e, no mérito, a procedência do pedido.

8. Réplica do autor (fls. 435/439).

É o relatório.

II. DECIDO

9. A matéria em debate no presente feito é unicamente de direito, sendo desnecessário o prosseguimento do feito, diante da imprescindibilidade de ser julgado conforme o estado em que se encontra, *ex vi* do disposto no artigo 330, inciso I, do Código de Processo Civil, sendo totalmente desnecessária a continuidade do processo. Daí a razão pela qual descabe a produção de outros meios de prova, estando a causa suficientemente madura para julgamento.

10. Inicialmente, rejeito a preliminar argüida quanto à necessidade de inclusão e citação de todos os servidores ativos e inativos do MARE.

Tratando-se, em tese, de remédio jurídico-constitucional cabível para a solução aventada na inicial, com a invalidação do ato que importou na contratação da Golden Cross e de todos os negócios advindos a partir de então, vejamos a repercussão de eventual procedência do pedido.

11. Nos termos do artigo 5º, inciso LXXIII, da Constituição Federal, *“qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência”*.

12. Tal norma constitucional recepcionou o artigo 1º, da Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965, segundo o qual *“qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista (Constituição, art. 141, § 38), de sociedades mútuas de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes, de empresas públicas, de serviços sociais autônomos, de instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, de empresas incorporadas ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos”*.

13. Doutrinariamente, HELY LOPES MEIRELLES conceitua a ação popular como o *“meio constitucional posto à disposição de qualquer cidadão para obter a invalidação de atos ou contratos administrativos – ou a estes equiparados – ilegais e lesivos do patrimônio federal, estadual e municipal, ou de suas autarquias, entidades paraestatais e pessoas jurídicas subvencionadas com dinheiros públicos”* (Mandado de segurança, ação popular e ação civil pública, 11ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1987, p. 81). *Eam popularem actionem dicimus, quae suum ius populi tuetur*: a fonte romana da ação popular, ou seja, a ação de que se servia o povo para defender direitos do próprio povo.

14. A ação popular é instrumento de defesa dos interesses da coletividade, utilizável por qualquer um de seus membros, motivo pelo qual o beneficiário direto e imediato do acolhimento da pretensão deduzida é o povo, e não o autor da ação. Nas precisas palavras de MICHEL TEMER, *“a ação popular deriva do princípio republicano. A res é pública. Daí a república...”* (Elementos de direito constitucional, 6ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1989, p. 201).

Além do texto constitucional prever o poder de fiscalização da Administração Pública através dos representantes do povo, forneceu a possibilidade do exercício dessa fiscalização se dar através de cada cidadão brasileiro, nos termos da legitimação outorgada.

15. Não é possível, no entanto, que a ação popular sirva para instrumentalizar posições políticas contrárias à atuação da Administração Pública, daí a precisa observação do saudoso HELY: *"a ação popular vem sendo desvirtuada e utilizada como meio de oposição política de uma administração a outra, o que exige do Judiciário redobrada prudência no seu julgamento, para que não a transforme em instrumento de vindicta partidária, nem impeça a realização de obras e serviços públicos essenciais à comunidade que ela visa proteger"* (op. cit., p. 83).

16. O artigo 6º, da Lei nº 4.717/65, ao cuidar dos sujeitos passivos da ação, enuncia que *a ação será proposta contra as pessoas públicas ou privadas e as entidades referidas no art. 1º, contra as autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado, ou que, por omissas, tiverem dado oportunidade à lesão e contra os beneficiários diretos do mesmo*. Na redação do § 1º do mesmo artigo 6º, é mencionado que, não havendo beneficiário direto do ato lesivo, ou sendo ele indeterminado ou desconhecido, a ação popular será proposta somente contra as pessoas indicadas no *caput*.

17. No caso em questão, afigura-se claro que o interesse em litígio não é dos servidores ativos ou inativos do MARE, ao menos de forma direta, razão pela qual devem ser eles considerados estranhos à lide e, conseqüentemente, pessoas não legitimadas para figurarem no pólo passivo da demanda intentada. Afigura-se, portanto, claro que inexistente interesse direto dos servidores ativos ou inativos do MARE na solução da lide processual, não podendo tais pessoas serem consideradas beneficiárias diretas do contrato realizado. O beneficiário direto é a empresa que foi incluída no pólo passivo da demanda, ou seja, a Golden Cross e, assim, ela deve responder em caso de julgamento da procedência do pedido. A respeito de tal ponto, não é possível o acolhimento da arguição da Golden Cross acerca de não estar obrigada a devolver qualquer valor em caso de procedência, levando em conta que o ato nulo absolutamente não produz qualquer efeito jurídico, não ensejando a constituição de obrigação válida por parte da Administração Pública e, desse modo, não há que se falar na aplicação do princípio que veda o enriquecimento sem causa, porquanto o sujeito que sofre a sanção da nulidade não pode ser beneficiado por efeitos (mesmo que patrimoniais ou econômicos) de algo não admitido como lícito.

18. A respeito da preliminar de ilegitimidade do Ministro de Estado para integrar o pólo passivo da demanda, imperioso é o reconhecimento de que o réu tem razão. Com efeito, o Ministro de Estado não autorizou, aprovou, ratificou ou praticou o ato impugnado, sendo certo que o Subsecretário de Assuntos Administrativos recebeu delegação de poderes da Secretária Executiva do Ministério para praticar todos os atos necessários ao pleno funcionamento do Ministério, conforme publicação constante do Diário Oficial – Seção 2, nº 105, datado de 02/06/95, p. 4.066 (p. 31). Não se mostra razoável admitir que o Ministro de Estado responda por qualquer ato praticado por funcionário que teria recebido poderes, por força de delegação, sem que tenha ocorrido autorização, aprovação ou ratificação do Ministro especificamente para a prática daquele ato. A delegação genérica (que, diga-se *em passant*, foi da Secretária Executiva do Ministério e não do Ministro de Estado) não tem o condão de configurar a pertinência subjetiva da demanda contra o Ministro de Estado.

A norma contida no artigo 6º, da Lei nº 4.717/65, comporta interpretação restritiva, e não ampliativa, sob pena de se responsabilizar independentemente de qualquer ação, qualquer autoridade hierarquicamente superior que sequer soube do ato praticado. Desse modo, o processo deve ser extinto sem julgamento de mérito com relação ao Réu Luis Carlos Bresser Pereira, diante da manifesta ilegitimidade passiva, nos termos do artigo 267, inciso VI, do Código de Processo Civil, sem qualquer ônus para o autor popular.

19. Assim, o mérito será apreciado tão-somente em relação à União Federal, a Golden Cross e ao Subsecretário de Assuntos Administrativos, Sr. Almir Antônio Pereira de Oliveira. A questão litigiosa se relaciona a dois pontos fundamentalmente questionados na inicial: a) a possibilidade de contratação de prestação de serviços de assistência médica e hospitalar por empresa privada aos servidores de uma determinada repartição pública (no caso, os servidores ativos e inativos do Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado); b) em caso positivo, se a hipótese em tela comportaria dispensa de licitação nos moldes da legislação em vigor.

20. Nos termos do artigo 196, da Constituição Federal, *a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação*. Em matéria de Seguridade Social do Servidor Público Federal, a Lei nº 8.112/90 enuncia, em seu artigo 185, que os benefícios do Plano de Seguridade Social do servidor e de seus dependentes compreendem a assistência à saúde (inciso I, “g”, e inciso II, “d”).

O artigo 230, da Lei nº 8.112/90, ao cuidar da assistência à saúde do servidor público e de sua família, explicita que tal benefício compreende *assistência médica, hospitalar, odontológica, psicológica e farmacêutica, prestada pelo Sistema Único de Saúde ou diretamente pelo órgão ou entidade ao qual estiver vinculado o servidor, ou, ainda, mediante convênio, na forma estabelecida em regulamento.*

21. Vê-se, pois, que há amparo legal para a prestação de serviços de assistência médica, hospitalar, odontológica, psicológica e farmacêutica que não feita pelo Sistema Único de Saúde, diversamente do que sustenta o autor popular. Assim, a primeira indagação acima formulada está respondida: é possível a contratação de empresa privada para a prestação de serviços dessa natureza, mesmo porque o regime estatutário que rege os servidores públicos não pode ser comparado com o regime dos trabalhadores em geral, a começar pela diferença de regimes – celetista e estatutário.

22. O segundo aspecto que merece maiores considerações se relaciona à dispensa de licitação para a contratação de serviços de assistência médica e hospitalar. Nos termos do artigo 24, inciso IV, da Lei nº 8.666/93, é dispensada a licitação *“nos casos de emergência ou calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa...”*.

23. Um princípio de fundamental importância no Estado Democrático de Direito é o da impessoalidade administrativa, ou seja, aquele que objetiva a neutralidade da atividade administrativa, fixando como finalidade única para os comportamentos estatais o interesse público. *“O princípio da impessoalidade da Administração Pública traduz-se na ausência de marcas pessoais e particulares correspondentes ao administrador, que, em determinado momento, esteja no exercício da atividade administrativa, tornando-a, assim, afeiçoada a seu modelo, pensamento ou vontade”* (CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, *Princípios constitucionais da Administração Pública*, Belo Horizonte, Del Rey, 1994, p. 147).

24. *“Na Administração Pública, não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa “pode fazer assim”; para o administrador público significa “dever fazer assim”. (...) Além de atender à legalidade, o ato do administrador público deve conformar-se com a moralidade e a*

finalidade administrativas para dar plena legitimidade à sua atuação. Administração legítima só é aquela que se reveste de legalidade e probidade administrativas, no sentido de que, tanto atende às exigências da lei, como se conforma com os preceitos da instituição pública” (HELY LOPES MEIRELLES, Direito Administrativo Brasileiro, 14ª ed., São Paulo, RT, 1989, pp. 78-79).

25. O princípio da moralidade administrativa se originou nas idéias apresentadas por MAURICE HAURIOU e GEORGES RIPERT (este último defendendo a aplicação da regra moral nas obrigações civis) e, inicialmente, esteve associada à noção principiológica de legalidade. Contudo, com o desenvolvimento das idéias, mormente em matéria de Direito Público, *“o fortalecimento da moralidade administrativa como princípio jurídico deu-se com a aceitação da idéia de que o serviço público tem que atender ao que é justo e honesto para a sociedade a que se destina. A Administração Pública tem, pois, que tomar a si a responsabilidade de realizar os fins da sociedade segundo os padrões normativos de justiça e de justeza, esta configurada pelo conjunto de valores éticos que revelam a moralidade”* (CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, *op. cit.*, p. 191).

26. Importante observar que a moralidade administrativa legitima o comportamento da Administração Pública, daí tratar-se de princípio de direito que dota o sistema de legitimidade. Nas precisas lições de CÁRMEN ANTUNES ROCHA, *“o que se põe em foco, quando se cuida de moralidade administrativa, é a confiança do povo no Poder institucionalizado e a legitimidade de seu desempenho quanto à gestão da coisa pública. O maior interessado na moralidade administrativa é, permanentemente, o povo de um Estado”* (*op. cit.*, p. 191).

27. Duas foram, assim, as ilegalidades ou ilegitimidades do ato da Subsecretaria de Assuntos Administrativos do MARE que, por sua vez, contaminaram todo o processo de contratação da Golden Cross: a) a desídia a respeito das providências necessárias à realização da licitação para fins de contratação dos serviços de assistência médica e hospitalar; b) a escolha da empresa Golden Cross que, em razão dos mesmos motivos que levaram à desistência do convênio com a GEAP, não poderia ter sido contemplada com o contrato celebrado.

28. Tal como foi dito nas peças de defesas dos Réus, após o encerramento da vigência do contrato de plano de saúde firmado com o extinto Ministério do Bem-Estar Social, o MARE resolveu celebrar convênio com a GEAP que, conforme informado nas contestações, não se concretizou em razão de notícias apontando supostas irregularidades da GEAP. Ora, conforme era de conhecimento geral, inclusive por notícias na im-

prensa (referidas na decisão que concedeu a liminar), a Golden Cross era empresa devedora de quantia aproximada de quarenta e sete milhões tendo como credor o INSS, pesando contra si uma série de irregularidades em vários órgãos a ponto de perder o título de entidade filantrópica.

29. Assim, verifica-se, claramente, a ausência de dois dos requisitos que autorizariam a contratação da Golden Cross: a) falta de urgência; b) inidoneidade da Golden Cross para ser a escolhida na contratação.

30. Com efeito, se foram meras notícias que apontaram irregularidades na GEAP impedindo a ultimação do convênio, com relação à Golden Cross havia razões maiores para não haver a escolha de tal empresa como aquela beneficiada pelo contrato celebrado. A circunstância da Golden Cross haver apresentado melhor proposta em comparação com as demais empresas não se mostra razoável para a sua escolha, mesmo porque a GEAP também apresentava condições vantajosas para a formalização do convênio e, mesmo assim, as tratativas não avançaram. Como apontou a representante do Ministério Público Federal, *“são notórios os péssimos serviços que a Golden Cross presta e a sua inidoneidade financeira. Tanto isso é verdade que há várias ações propostas em face dela. E, além de denúncia oferecida pelo MPF, existe procedimento administrativo para apuração das irregularidades desta empresa no âmbito da Coordenadoria de Defesa dos Interesses Difusos da Procuradoria da República no Estado do Rio de Janeiro, tombado sob o nº 08120-000844/97-11”* (fl. 421).

31. Desde 1996, por força de decisão liminar concedida nos autos da ação civil pública tombada sob o nº 96.0030525-0, ajuizada na Seção Judiciária de São Paulo, os bens da Golden Cross foram gravados pela indisponibilidade judicial. No âmbito da Seção Judiciária do Rio de Janeiro foi oferecida denúncia contra os dirigentes da Golden Cross AIS, como informa o Ministério Público (fl. 422), demonstrando a inidoneidade financeira e moral de tal empresa para contratar com o MARE a prestação de serviços de assistência médica e hospitalar.

32. Da mesma forma, inexistia o requisito da urgência na contratação, porquanto a Administração Pública, ciente do término do contrato anterior firmado com outra entidade, deveria haver providenciado a abertura de nova licitação e, apesar de tal dever legal, resolveu invocar urgência para respaldar a contratação supostamente emergencial. Como bem observou o Ministério Público, *“um dos pressupostos da aplicação no caso de dispensa preconizado no artigo 24, inciso IV, da Lei 8.666/93 é que a situação adversa, dada como de emergência ou de calamidade pública, não se tenha originado, total ou parcialmente, da falta de planejamento,*

da desídia administrativa ou da má gestão dos recursos disponíveis por culpa ou dolo do agente público" (fl. 423).

33. Verifica-se, pela documentação apresentada (em especial aqueles documentos constantes de fls. 301/304) que o Plano de Assistência do MARE se encerrou em dezembro de 1996, sendo que apenas naquele mês cogitou-se em celebrar convênio com a GEAP. Desse modo, somente em dezembro de 1996, o Réu Almir iniciou as tratativas para formalização do convênio, sendo que até maio de 1997 (cinco meses depois, portanto), houve a autorização para dispensa de licitação. Como lembra HELY LOPES MEIRELLES, *"tanto é lesiva ao patrimônio público a alienação de um imóvel por preço vil, realizada por favoritismo, quanto a destruição de um recanto ou de objetos sem valor econômico, mas de alto valor histórico, cultural, ecológico ou artístico para a coletividade local"* (Mandado de segurança ..., p. 86).

34. Diante dos fundamentos acima expostos, a solução da questão litigiosa apresentada somente pode ser no sentido do acolhimento integral dos pedidos formulados na inicial, com a conseqüente invalidação do contrato celebrado, e conseqüentemente todos os atos subseqüentes realizados como conseqüência do contrato, inclusive os pagamentos realizados a Golden Cross. Assim, é imperioso que os valores pagos sejam devolvidos aos cofres públicos, respondendo solidariamente o Réu Almir Antônio, na condição de Subsecretário de Assuntos Administrativos do MARE à época dos fatos. Nem se questione a circunstância da efetiva prestação de serviços pela Golden Cross aos servidores ativos e inativos do MARE, tendo em vista que do ato nulo não há a produção de qualquer efeito jurídico, principalmente no campo patrimonial. Ciente da ilicitude e da lesividade ocorridas, a Golden Cross não pode se valer da própria torpeza para obter o reconhecimento do direito aos valores relativos aos serviços efetivamente prestados, sob pena da completa inoperância da declaração de nulidade do contrato celebrado.

III. "DECISUM"

Ante o exposto, **DECLARO EXTINTO o processo sem julgamento de mérito**, nos termos do artigo 267, inciso VI, do Código de Processo Civil, relativamente ao Réu Luis Carlos Bresser Pereira, e, quanto aos demais, **JULGO PROCEDENTES os pedidos** formulados, nos termos do artigo 269, inciso I, do Código de Processo Civil, na forma da fundamentação *supra*, confirmando a liminar concedida, para:

a) DECLARAR NULOS os atos relativos à contratação da Golden Cross pelo MARE (contrato administrativo nº 13/97) e os efeitos daí decorrentes, em especial os pagamentos realizados em favor da empresa;

b) CONDENAR a Golden Cross e o Réu Almir Antônio a promoverem, solidariamente, a devolução dos valores recebidos por força do contrato celebrado;

c) CONDENAR os Réus Golden Cross e Almir Antônio ao pagamento das custas e demais despesas judiciais, bem como aos honorários advocatícios que arbitro em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, devidamente atualizado, em favor do Autor.

P.R.I. Oficie-se.

Rio de Janeiro, 08 de maio de 2000.

GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA

Juiz Federal da 6ª Vara

SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
7ª Vara Federal

Ação Ordinária

Processo: 91.00107126-2
Autores: MAX PASKIN, SERTEMP S.A. - SERVIÇOS TÉCNICOS, EMPREENDIMENTOS E CONSTRUÇÕES, PASKIN - PARTICIPAÇÕES LTDA., LUIZ PASKIN, ISRAEL JACOB PASKIN, PASKIN & CIA LTDA., INDEPENDÊNCIA ADMINISTRADORA DE BENS LTDA. E JOSÉ PASKIN
Réus: BANCO NACIONAL DO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL - BNDES E BANCO NACIONAL DO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL PARTICIPAÇÕES S. A. - BNDESPAR
Juíza Federal Titular: Dr^a SALETE MARIA POLITA MACCALÓZ

SENTENÇA (TIPO II)

1. Vistos etc.

1.1. Trata-se de ação ordinária proposta por MAX PASKIN, SERTEMP S. A. - SERVIÇOS TÉCNICOS, EMPREENDIMENTOS E CONSTRUÇÕES, PASKIN - PARTICIPAÇÕES LTDA., LUIZ PASKIN, ISRAEL JACOB PASKIN, PASKIN & CIA LTDA., INDEPENDÊNCIA ADMINISTRADORA DE BENS LTDA. e JOSÉ PASKIN, contra o BANCO NACIONAL DO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL - BNDES e BANCO NACIONAL DO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL PARTICIPAÇÕES S. A. - BNDESPAR, pleiteando a condenação solidária dos Réus à indenização, segundo os valores do patrimônio da empresa METACRIL, em conformidade com as suas participações acionárias nesta, ou, alternativamente, pelo valor de mercado dessas participações, reconhecido em negociação livremente realizada com a DEGUSSA, abrangendo danos emergentes e lucros cessantes, incluídos mas não limitados a prejuízos por eles sofridos em virtude dos atos dos réus.

Alegam, para tanto, terem sido acionistas controladores da empresa PASKIN S. A. INDÚSTRIAS PETROQUÍMICAS, cuja denominação foi mudada para COMPANHIA QUÍMICA METACRIL, financiada por capital ex-

terno, com aval do BNDES, em 1971. Posteriormente obtiveram outros financiamentos: em 1973, mediante abertura de crédito fixo, com garantia hipotecária e fidejussória; em 1974; em 1975, aditamento ao contrato FRE-752; em 1976, aditivo nº 2 de re-ratificação ao contrato de financiamento mediante abertura de crédito fixo; em 1976, promessa de prestação de garantia; em 1977, idem; e, em 1980, consolidação e reescalonamento de dívida do aditivo nº 1 ao contrato de financiamento mediante abertura de crédito fixo. Ainda em busca de apoio financeiro, firmaram contrato de subscrição de ações e outras avenças com a controlada do 1º Réu, FIBASE, que passou a ser acionista minoritária da PASKIN S. A., por meio de ações com direito a voto.

Em 1979, o primeiro Réu, por meio do segundo, promoveu intervenção na METACRIL, na dupla qualidade de credor e de controlador da FIBASE, cujos atos foram praticados no cumprimento de decisões do BNDES. O exame desses atos revela a ilegalidade da intervenção, que, de início, se deu com a nomeação de administradores de sua confiança, porém foi a empresa partilhada, posteriormente, com a entrega de parte das ações à empresa DEGUSSA, e outra parte mantida pelo BNDES.

A participação da FIBASE na METRACRIL originou-se nas subscrições, destinadas às despesas diretas e indiretas da FASE II do Projeto PASKIN e da Unidade de Polimerização. Tais subscrições se deram com garantias e vantagens que levaram, progressivamente, à "estatização".

De começo, foram convencidos à adoção do "modelo tripartite" (três lotes iguais de capital votante: um para uma empresa nacional, um para uma empresa estrangeira e um para uma empresa estatal), com o ingresso da PETROQUISA e da DEGUSSA, empresa esta que detinha tecnologia, a venda de ações e aporte de "know-how" em condições excelentes. O ingresso da DEGUSSA, por iniciativa do GRUPO PASKIN, dar-se-ia com a aquisição de pouco menos da metade das ações com direito a voto, e sem nada receber pela incorporação de tecnologia, o que não foi aprovado pelo BNDES, que permitiu a aquisição igualitária das referidas ações e remunerou-a pela tecnologia.

Com a admissão da PETROQUISA, foram impostas as renúncias dos administradores da METACRIL, para a nomeação de administradores indicados pelos credores, ficando patente a intenção de apossar-se do patrimônio da empresa, este de valor superior ao que o crédito poderia exigir, tendo o próprio BNDES avaliado o complexo industrial em valor superior ao do balanço, e, se fossem acrescentadas as expansões realizadas no período de 74/77, o valor do ativo seria muito superior ao do passivo. Concluiu-se que o balanço não espelhava a realidade patrimonial da

empresa, pela defasagem dos valores, impondo-se a reavaliação nos termos da Lei nº 6.404/76.

Em face de tais distorções, a FIBASE encomendou laudo de avaliação do complexo industrial (excluídos terrenos, edificações, obras preliminares e complementares), concluído em dezembro de 1980, apurando um valor de mercado de Cr\$ 2.071.106.864,00, contra o valor de Cr\$ 663.698.000,00 do balanço. Esse laudo não foi submetido à assembléia de acionistas pela diretoria nomeada pela FIBASE, cujos auditores deram parecer estranhando o fato de não ter sido contabilizado no ano de 1981 os valores do mesmo, o que só foi feito em 1983.

Diante de pressões, o primeiro, o segundo, o terceiro e o sétimo Autores renunciaram ao direito de preferência à subscrição de ações que fossem emitidas nos limites do Capital Autorizado da Companhia, e o 1º, 2º e 3º Autores emitiram três procurações em favor da FIBASE para representá-los na condição de acionistas, ao que seguiu-se a realização de uma Assembléia Geral Extraordinária, reduzindo as participações acionárias dos autores em favor dos réus.

Nessa Assembléia, foi aprovada integralmente a "Proposta da Diretoria", inclusive com o voto dos Autores representados pela FIBASE, e ficou estabelecido: a) redução do capital integralizado na proporção de dez para um; b) aumento do limite do capital autorizado na proporção de quase dez para um; c) extinção do valor nominal das ações ordinárias; e d) possibilidade de emissão de ações ordinárias pela forma ao portador.

A justificativa de redução do capital integralizado era falsa, inexacta pelo menos, e proposta pela mesma diretoria que se recusara a submeter à apreciação da Assembléia de Acionistas a reavaliação dos ativos. Isto e mais o aumento dos limites de capital autorizado ensejou a emissão de novas ações por deliberação do Conselho de Administração, fora do âmbito dos acionistas.

Desse modo, pelos votos da FIBASE, seu e na qualidade de mandatária, foi diluída a participação dos Autores a um percentual de 0,00046846% do capital da sociedade e, na mesma assembléia, o Conselho de Administração da Sociedade realizou uma "Reunião Extraordinária", que deliberou o aumento do capital da sociedade, dentro do limite do capital autorizado, de Cr\$ 140.341.972,30 para Cr\$ 4.540.341.972,30, e a emissão de ações ordinárias com direito a voto no valor de Cr\$ 0,20, enquanto as ações preferenciais tinham conservado o valor nominal (Cr\$ 2,13). Tal processo de aviltamento da posição acionária prosseguiu com sucessivos aumentos de capital, dentro dos limites do capital autorizado, com reduções do capital social (descrição às fls. 34/35).

Em matéria divulgada pela imprensa sobre a privatização da USIMINAS, foi descrita a celebração de acordo de acionistas que visou a composição de pendências decorrentes da diluição da participação de sócios minoritários, vitimando o primeiro réu, manobras comuns às aqui condenadas. Em vista de tal analogia, impõe-se a necessidade de comprovação por perícia.

Não se ataca a Assembléia Geral de 13/10/81, pois se visa a responsabilidade dos Réus pelo voto exercido pela FIBASE, instruída pelo seu controlador, como mandatária dos autores. Ocorre que a procuração outorgada pelos Autores à FIBASE não lhe dava direito de representação e deliberação em reunião prévia de acionistas. Isto acarreta dúvidas acerca da realização da reunião dessa Assembléia, haja vista a ausência dos Autores. Caracterizou-se, então, o mau uso das procurações, com o fim de reduzir o Capital Social, uma vez que a reavaliação dos ativos absorveria os prejuízos.

Contra o possível argumento de que a FIBASE teria agido corretamente, está o fato de que, no mesmo dia que aprovou a redução de capital, fez aprovar uma emissão de ações dentro do novo limite do capital autorizado, que foram subscritas quase totalmente pela própria. Isto foi possível com a extinção do valor nominal das ações ordinárias. Claro está que a utilização em seu favor do mandado, emitido compulsoriamente pelos primeiro, segundo, terceiro e sétimo Autores, foi contrário aos interesses destes, pois se realizou uma desapropriação indireta das ações, sem justa indenização e infringindo, assim, o § 22 do art. 153 da Constituição de 1969 e o inciso XXIV do art. 5º da Constituição vigente. Isto apesar da ressalva de que "o procurador ora constituído deverá votar no mesmo sentido em que votará na sua condição de acionista" e do princípio estabelecido no Acordo de Acionistas. O voto em representação da FIBASE estava vinculado à decisão prévia dos Mandantes, pois não foram outorgados poderes especiais para comparecimento e deliberação na reunião exigida pelo Acordo de Acionistas.

Sendo assim, afirmam que a atitude da FIBASE é contrária ao art. 1.300 do Código Civil, corroborado pela doutrina, constituindo-se mandatária infiel, o que enseja a reparação de dano.

1.2. Contestação do BNDES - Participações S. A. - BNDESPAR, às fls. 369/380, argüindo, preliminarmente, a tempestividade desta contestação e a incompetência absoluta deste Juízo, porque o BNDESPAR, embora subsidiária de empresa pública, não é empresa pública.

No mérito, alega, em síntese, a prescrição do direito de ação dos acionistas para reparação civil, de acordo com o art. 287 da Lei nº 6.404/76.

Ademais, a empresa PASKIN (METACRIL) apresentava nítida tendência à insolvência. Tal situação estava acrescida da despreocupação e desconsideração do Sr. Max Paskin com a administração da empresa, bem como pelo Acordo de Acionistas firmado com a FIBASE (BNDESPAR) e o apoio do BNDES e BNDESPAR à situação da METACRIL. Os autores afrontaram a cláusula 3.1 do Acordo de Acionistas de 24/07/80 pela recusa em subcreverem as ações que lhes caberiam. As dificuldades da PASKIN (METACRIL) vêm desde a fundação, pelo que o BNDES aportou capital e assumiu as dívidas, mediante capitalização de créditos, e repassou vários créditos externos.

Sustentam, ainda, a concordância dos Autores, na Assembléia Extraordinária de 13/10/81, em absorver o passivo da METACRIL através da redução do Capital Social, com a diluição da participação acionária dos Autores, pois não lhes foram subscritas as ações que lhes caberiam no aumento do mesmo. Quanto à vinda da DEGUSSA à sociedade, se deu pelas mãos dos próprios Autores, sendo destes a responsabilidade pela não entrada da DEGUSSA no negócio em melhores condições.

Diz ainda que foram mantidos os equilíbrios nos contratos firmados. Os Autores não consideraram a desvalorização patrimonial pela obsolescência do equipamento. Em relação à subscrição e integralização das ações através de capitalização de créditos nos aumentos do capital social, foi aprovada pelos acionistas, tendo os autores se recusado a exercerem o direito de preferência na subscrição, redundando na perda de objeto do Acordo de Acionistas com a redução do número de ações dos mesmos no capital social. Também se recusaram os Autores a exercer o direito de preferência no mencionado acordo, implicando tal recusa a oferta das ações aos demais acionistas.

A cláusula 7.2 do Acordo trata do resguardo dos interesses do BNDESPAR, sendo as perdas sofridas pela empresa causadas pelos Autores. Desse modo, a demora dos Autores em recorrer ao Judiciário, diante da redução do capital de todos os acionistas, com a redução de capital para absorção do passivo, e da aprovação da proposta da Diretoria a tal redução, demonstra que não procede a alegação de falsidade (item 94 da inicial) e de prejuízo.

Por fim, aduz o uso legal da procuração, ter o valor nominal das ações apenas cunho referencial, não ter obtido compulsoriamente a carta-renúncia ao direito de subscrição das ações emitida pelos Autores, o não interesse do quarto, do quinto, do sexto e do oitavo Autores pelo direito de subscrição, não ter ido contra os interesses dos Autores por ter convertido créditos e de ter aportado *hot money*, não ter o inciso XXIV do art. 5º

da CRFB/88 nada a ver com o objeto da lide e a determinação em decisão prévia que a FIBASE votasse a favor da Proposta da Diretoria.

1.3. Contestação do BNDES, às fls. 429/436, alegando, em síntese, que: não se justificou a integração da lide com o primeiro réu, pois este limitou-se a celebrar contratos de financiamento com os Autores, não havendo relação de causalidade com o pedido pelo simples fato do segundo réu ser empresa subsidiária do primeiro réu.

Diz, ainda, que a solidariedade não se presume, e não há manifestação expressa nesse sentido, e, inexistindo, afasta-se o princípio litisconsorcial. Ademais, o exame do mérito esgota-se com a prescrição, de acordo com o art. 269 do Código de Processo Civil e do art. 287 da Lei nº 6.404/76, haja vista o dano alegado ter como origem a Assembléia Geral Extraordinária da Cia. Química Metacril realizada em 13/10/81.

Do exposto, pede pela improcedência.

1.4. Réplica, às fls. 439, onde os Autores aduzem, em síntese, emanar a responsabilidade do BNDES do mau uso das procurações, a competência da Justiça Federal, de acordo com o inciso I do art. 109 da Constituição Federal, ser o prazo prescricional para este pedido vintenário e a confissão do BNDES em ter exercido o mandato em interesse próprio.

Pelo exposto, espera o acolhimento *in totum* da inicial.

1.5. Despacho saneador, à fl. 459, deferindo a prova documental produzida e a prova pericial na especialidade de contabilidade.

1.6. Laudo pericial, às fls. 470/489.

1.7. Laudo pericial do Assistente Técnico dos Autores, às fls. 493/870.

1.8. Laudo pericial de complemento, às fls. 908/935, relativo à apresentação de novos quesitos pelos Autores.

1.9. Petição do BNDES, às fls. 939/940, alegando ser o pedido relativo a abuso de poderes em procuração outorgada pelos primeiro, segundo, terceiro e sétimo réus à FIBASE, antecessora do BNDESPAR.

1.10. Petição do BNDESPAR, às fls. 942/944, aduzindo, em síntese, que a diluição do capital dos Autores foi decorrente da renúncia expressa ao direito de subscrição, não tendo o perito conhecimento técnico para afirmar que o capital dos sócios se diluiu por ocasião da redução do capital social da METACRIL.

Sustenta, ainda, a ciência dos Autores que o capital social da METACRIL seria reduzido, pois declararam que não exerceriam o direito

de preferência à subscrição. Constatou, na procuração outorgada pelos Autores, poderes para a aprovação ou não da matéria da ordem do dia da AGE de 13/10/81, ocasião em que era possível a reavaliação de ativos para compensação de prejuízos decorrentes da cobrança de imposto de renda.

Por fim, diz não ter o perito trazido aos autos demonstrativo de cálculos nem dito em que se baseou para efetuar-los, ter se limitado aos limites dos poderes outorgados em procuração, e que os Autores LUIZ PASKIN, ISRAEL JACOB PASKIN, PASKIN E CIA. LTDA., INDEPENDÊNCIA ADMINISTRADORA DE BENS LTDA. e JOSÉ PASKIN não outorgaram procuração para serem representados na AGE de 13/10/81.

1.11. Petição dos Autores, às fls. 945/956, acostando aos autos pronunciamento de seu Assistente Técnico acerca do Laudo do Perito.

1.12. Razões finais do BNDES, às fls. 963/970, pedindo pela extinção do processo sem julgamento do mérito, pela ausência de condição da ação, ou com julgamento do mérito, pronunciando a prescrição.

1.13. Razões finais do BNDESPAR, às fls. 967/970, pedindo pela declaração da prescrição, com base na sua contestação e no Laudo do Perito.

1.14. Razões finais dos Autores, às fls. 971/986, reiterando os termos da inicial.

1.15. Manifestação do Ministério Público Federal, às fls. 988/989, opinando pelo declínio de competência em favor da Justiça Estadual.

1.16. Decisão da MM. Juíza Titular, às fls. 990/992, rejeitando as preliminares de ilegitimidade processual do BNDES e de incompetência do foro federal.

1.17. Manifestação do Ministério Público Federal, às fls. 996/1002, opinando pelo pronunciamento da prescrição e, caso contrário, pela improcedência do pedido.

1.18. Memorial dos Autores, às fls. 1012/1030.

1.20. Intimada como *amicus curiae*, a COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS, às fls. 1034/1040, manifestou-se considerando correto o exercício de voto dos autores/mandantes para votar pelas medidas de saneamento da PASKIN S.A.

1.21. Memorial complementar dos Autores, às fls. 1042/1047.

Vieram os autos conclusos para sentença.

É o relatório.

2. Todo examinado, decido:

2.1 - Das preliminares, aquela relativa à legitimidade processual dos réus, já está resolvida no curso da lide e aceita pela ausência de impugnação tempestiva.

Resta para este preâmbulo aquela relativa à prescrição, de oportuna análise, pois será, ao mesmo tempo, o limitador do objeto da causa.

O BNDESPAR, secundado pelo BNDES, argüiu a prescrição do artigo 287 da Lei nº 6.404/76 - Lei das Sociedades por Ações, onde está previsto o prazo de três anos para o ajuizamento de processos contra acionistas e administradores, bem como liquidantes.

Os Autores contra argumentam com o artigo 177 do Código Civil Brasileiro, segundo o qual, as ações pessoais, ordinariamente prescrevem em 20 anos. Porque o objeto da lide é o cumprimento de mandatos procuratórios.

Colocado o limite pelos próprios Autores, esta ação tem como base legal o Código Civil. Por isso os argumentos e fatos que serão examinados devem circunscrever-se às cláusulas do contrato, ao local, ao momento e ao ato (situações anteriores e posteriores que lhe digam respeito), em que se deu o cumprimento das procurações. Se o mandato se destinava a uma assembleia de acionistas, apenas o exame minucioso do conteúdo dessa reunião poderá dizer sobre a boa ou má execução da ordem pessoal. Se, ao contrário, o mandato fosse para comprar um imóvel, o conteúdo de análise seria o mercado imobiliário e suas particularidades, resumidas no ensejo do negócio.

Este processo enfeixa ações pessoais contra mandatários, sob a imputação de infidelidade (é por isso que em todas as procurações constam as seguintes determinações: "... para o bom, pronto e fiel cumprimento deste mandato..."), no prazo ordinário de 20 anos. Rejeitada a preliminar de prescrição.

2.2 - "A procuração é o instrumento do mandato" (CCB, art. 1.288), e "Presume-se gratuito, quando não se estipulou retribuição..." (CCB, art. 1.290), que obriga o mandatário a exercê-lo com "toda a sua diligência habitual... e a indenizar qualquer prejuízo causado por culpa sua..." (CCB, art. 1.300) nos seus termos, cujos significados têm a amplitude do negócio e/ou encargo.

Por estes aspectos técnicos a procuração é um contrato, possibilitando ao outorgante a ação judicial de prestação de contas. Enquanto contrato, reproduz todas as suas fases: as tratativas, os termos, o objeto e os resultados. A melhor imagem de um contrato é a sua comparação com

uma fotografia, na qual fica imobilizada apenas uma parte de uma paisagem bem mais ampla. A foto é um recorte, sempre parcial de um todo, que só se completa na sua amplitude. O contrato é semelhante, em seus termos ficam imobilizados aspectos, recortados de uma realidade em contínuo devir, possível pelos antecedentes. Assim, é impossível a análise de um contrato apenas no seu interior, através de suas cláusulas. A fotografia só é admitida como parte de um todo, sempre presente na continuidade de seus contornos. O observador não precisa imaginar o restante da cena não fotografada. Ela se apresenta com a autoridade do todo, sem o qual a imagem impressa passa a ser uma mentira. O contrato, por sua vez, imobiliza um conteúdo que só tem sentido na realidade em constante movimento. Nada fica estagnado porque um ajuste escrito foi assinado, aspectos da dinâmica da vida são necessários em qualquer análise de seu conteúdo. A figuração mais sintética: os interesses humanos são os cavalos em frenética corrida de competição, o contrato é a fotografia que os imobiliza ao ultrapassar um certo limite, mas os cavalos continuam em sua corrida para outros limites, para o horizonte.

Esta aparente digressão literária autoriza dizer o que hoje faz parte da melhor jurisprudência. Um contrato é o antes, o durante e o depois; não existe uma execução de exaustão plena e imediata. No caso das procurações, outorgadas pelos Autores, nos autos, fls. 346/348, à então FIBASE, é preciso considerar em seu conteúdo contratual os três momentos específicos de seu exaurimento.

2.3 - O limite, momento em que aconteceu o implemento de seus conteúdos, foi a assembléia de acionistas, realizada em 13 de outubro de 1981, às 10 horas, na sede social da empresa Companhia Química Metracril (ex-PASKIN S/A).

2.3.1 - A primeira fase é aquela relativa a tudo o que antecede à assembléia, a condição de acionistas e suas participações societárias. Aqui, o primeiro aspecto relevante, em relação ao qual solicitou-se o parecer da CVM - Comissão de Valores Mobiliários - mas ela irresponsavelmente não a incluiu em sua, agora, desnecessária análise:

- Os Autores eram possuidores de 76,72717% do capital, em suas diferentes classes de ações;
- O BNDESPAR era possuidor de 0,02576%, basicamente de ações ordinárias, capital político da empresa;
- para 100% do capital integralizado, falta o percentual de 23,24707%. A quem pertenciam as ações desse percentual? Às fls. 549/553, dos autos, encontram-se relações, trazidas

pelo Sr. Perito do Juízo, nominativas de muitos *acionistas minoritários*, não integrantes do acordo de acionistas proprietários da maior participação e sem vinculação com o acionista, individualmente maior possuidor de ações ordinárias, o BNDESPAR. Os acionistas minoritários foram simplesmente eliminados do contexto empresarial, contrariando os objetivos da Lei das Sociedades por Ações, cuja exposição de motivos, na Seção III, traz a seguinte orientação:

RESPONSABILIDADE DOS ADMINISTRADORES E DAS SOCIEDADES CONTROLADORAS

Para proteção de acionistas minoritários e credores, os arts. 246 e 247 proíbem a administradores de sociedades controladoras o uso de seu poder para favorecer sociedades coligadas, controladora ou controlada. As operações entre as sociedades devem manter condições estritamente comutativas, como entidades isoladas. O § 2º do art. 247 procura assegurar condições para que os acionistas minoritários possam pedir a proteção judicial dos seus direitos.

A proteção dos acionistas minoritários, entre eles pessoas físicas, provavelmente acionistas do ilusório e fraudulento programa de incentivos fiscais, obrigava os controladores, Autores e Réus, à observância plena da lei, com destaque ao *full disclosure*, isto é, as mais amplas, completas e necessárias informações, não só sobre a situação da empresa, mas principalmente sobre o conteúdo da assembleia geral extraordinária.

O controlador estava obrigado a convocar essa assembleia através de edital publicado em jornais de ampla circulação nos locais de residência de todos os acionistas. Desse edital deveria constar, detalhada e explicativamente, toda a agenda da assembleia, nos termos do artigo 247 da Lei de S/A, grifando o inciso IV:

os créditos e obrigações entre a companhia e as sociedades coligadas e controladas.

A proposta de diminuição do capital como forma de eliminação de dívidas deveria ter sido informada inclusive aos simples credores da Metacril, não por ser a decisão mais importante daquela assembleia, mas por desfigurar a composição acionária e os destinos da empresa, assim como gravíssima ofensa ao direito de propriedade.

O dado mais significativo no presente feito, a configurar a infidelidade no exercício do mandato, é a ausência, nos autos, da documenta-

ção preparatória e fundadora da assembleia, principalmente a garantia da ciência de seu conteúdo por todos os acionistas quanto ao método de diminuição do capital e o posterior aumento de capital. Tamanha irregularidade anula por completo aquele ato, nulidade plena e imprescritível, nas lições de Ada Pelegrine Grinover, para quem o ato nulo é inexistente, e por essa inexistência não se lhe aplica nenhum instituto jurídico. Não só os Autores poderiam tomar o reexame legal da assembleia, como todos os acionistas minoritários. Mas a hipótese deduzida é apenas de cumprimento infiel de mandato, onde se concluiu a fase antecedente da AGE, com a publicação do edital apenas no Diário Oficial do Estado da Bahia e, no periódico local, CORREIO DA BAHIA. Nada comprova a realização de tratativas, de negociações e debates sobre a pauta de deliberação. Um simples liame entre a fase preparatória e a assembleia, a primeira publicação (não comprovada), apenas referida na ata, foi no dia três de outubro de 1981, e as procurações trazem a data de 9 de outubro, mas o seu conteúdo não faz menção a ordem do dia.

Assim, sem vinculações e regras obrigacionais anteriores, a outorga de mandatos não estava presa ao edital, pela ausência de provas. O seu exercício estaria vinculado apenas ao acordo de acionistas na cláusula "de que o procurador ora constituído deverá votar no mesmo sentido em que votará na sua condição de acionista...". Se foram conhecidas as proposições do Edital, um documento certificando o seu debate era imprescindível diante do significado dessas deliberações.

A lei tem disposição especial para a convocação assemblear das companhias fechadas, aqueles que não possuem ações negociadas em bolsa ou balcão:

Nas companhias fechadas, o acionista que representar 5% (cinco por cento) ou mais, do capital social, será convocado por telegrama ou carta registrada, expedidos com a antecedência prevista no § 1º, desde que o tenha solicitado, por escrito, à companhia, com a indicação do endereço completo e do prazo de vigência do pedido, não superior a 2 (dois) exercícios sociais, e renovável; essa convocação não dispensa a publicação do aviso previsto no § 1º, e sua inobservância dará ao acionista direito de haver, dos administradores da companhia, indenização pelos prejuízos sofridos. Lei nº 6.404/76, art. 124, § 3º.

Tais aspectos, segundo argumentação deduzida, foram substituídos pelo acordo de acionistas. Por isto mesmo, passa a ser um aditivo do contrato procuratório, isso porque, nada em relação aos trabalhos pre-

paratórios da AGE foi trazido aos autos. Um princípio de direito processual diz que *o que não está nos autos não está no mundo*; assim, nada foi pactuado entre as partes sobre o que iria ser decidido na AGE. A fase preparatória dessa AGE é inexistente, mas, ainda assim, o mandato poderia ser fielmente cumprido, dependendo de certas regras na fase de execução, a segunda.

2.3.2 - A Assembléia (a fotografia do ato impugnado) tem a sua ata à fl. 349, resumida à fl. 350, onde consta, como pauta de deliberações publicada nos dias 3, 4, 6 e 7 de outubro de 1981, no DOEB:

a) Redução do capital social de Cr\$ 1.403.419.723,00 (um bilhão, quatrocentos e três milhões, quatrocentos e dezenove mil, setecentos e vinte e três mil cruzeiros) para Cr\$ 140.341.972,30 (cento e quarenta milhões, trezentos e quarenta e um mil, novecentos e setenta e dois cruzeiros e trinta centavos) visando à absorção de prejuízos acumulados;

b) Retirada do valor nominal das ações ordinárias e conseqüente modificação do "caput" do art. 5º (quinto) e do art. 6º (sexto) do Estatuto;

c) Extinção da previsão estatutária da criação de ações ordinárias de outra classe, inclusão de previsão expressa no Estatuto no sentido de as ações ordinárias poderem revestir a forma ao portador, inclusão de previsão estatutária no sentido de que as ações ordinárias ao portador poderão ser transformadas em nominativas, a qualquer tempo, a critério do acionista, bem como a conseqüente modificação do "caput" do art. quinto do Estatuto e de seus parágrafos primeiro e segundo;

d) Elevação do limite de autorização estatutária para aumentar o capital independentemente de reforma do Estatuto, de Cr\$ 2.236.500.000,00 (dois bilhões, duzentos e trinta e seis milhões e quinhentos mil cruzeiros) para Cr\$ 27.000.000.000,00 (vinte e sete bilhões de cruzeiros), modificando-se, em conseqüência, a redação do art. sexto do Estatuto da Sociedade;

e) Eleição de membros do Conselho de Administração, para preenchimento de cargos vagos;

f) Assuntos de interesse geral.

Diz a ata que, iniciados os trabalhos, foi apresentado o parecer favorável do Conselho de Administração que, além de repetir os itens da pauta, faz o seguinte diagnóstico:

As medidas ora propostas, no entender deste Colegiado, compõem um plano global da alta administração da Sociedade, com vistas a que, inicialmente, o capital social reflita de forma mais adequada a situação econômico-financeira da mesma; em segundo lugar, que os Estatutos melhor espelhem os interesses sociais e, finalmente, esteja a Sociedade preparada para a entrada de outros grupos interessados na sua recuperação técnica e comercial. Na hipótese dos senhores acionistas aprovarem in totum a presente proposta, os dispositivos estatutários antes mencionados passarão a ter a seguinte redação...

Para este parecer não basta dizer que é sintético, absolutamente não esclarece nada, desrespeitando o princípio da ampla informação. Mesmo que dirigido apenas aos acionistas presentes, deveria conter um relatório circunstanciado dos ativos e créditos da empresa, suas dívidas e obrigações, assentado em laudos técnicos oponíveis inclusive aos credores.

Essencialmente, o que é mais grave: não foi revelado o método de avaliação dos ativos e das obrigações, quer para a diminuição do capital, quer para o aumento de capital. Tudo se decide a partir do MÉTODO. A importância do método de avaliação está igualmente valorizada na lei de privatizações, cuja regra elementar obriga ser o mesmo para todos os componentes e situações. Segundo a orientação da Lei das Sociedades Anônimas, balanços consolidados são obrigatórios, não apenas da empresa em questão, também dos acionistas. Balanços consolidados inclusive dos últimos cinco anos, nos quais o método de apreciação de ativos e obrigações, além de explicitado, deve ser o mesmo para todos os componentes.

2.3.2.1 - Em relação ao primeiro item da pauta, o capital social foi reduzido em mil por cento sem revelação do montante dos prejuízos. Qual foi o método de avaliação desse capital? Qual foi o método de avaliação dos prejuízos? Quais foram as obrigações consideradas como prejuízos? Neste particular, não apenas os acionistas foram prejudicados, como o Fisco tem uma boa oportunidade para autos de infração, uma vez que nada em relação aos débitos tributários foi consignado. Se esse é o caminho para as empresas "apagarem" as suas dívidas, nenhum imposto mais será pago. Os prejuízos só podem ser absorvidos proporcionalmente nos termos da legislação tributária.

Sem o detalhamento circunstanciado das situações de prejuízo, a redução de capital é ilícita, e mesmo que o Outorgado, Sr. Armando Fraga Moreira, tenha votado, enquanto representante do BNDESPAR, não

poderia o fazer por seus Outorgantes, não apenas por descumprimento do acordo de acionistas, mas por ser contrário a lei. Quanto às procurações, o objeto do contrato seria ilícito, e ainda que constasse explicitamente essa ordem, o ato é nulo, com responsabilidade objetiva de todos os implicados. Como não constam dos instrumentos procuratórios as particularidades dessa deliberação e o acordo obriga a reunião dos acionistas, a qual não aconteceu, tal deliberação não poderia ser tomada em seus nomes, por infidelidade.

A propósito, a ata relata uma situação inverossímil, kafquiiana, só possível nos anos noventa quando da invenção da "realidade virtual" (é o novo nome para a mentira mais bem construída): "Os acionistas Insumos Básicos S/A Financiamento e Participações - FIBASE, PASKIN S/A PARTICIPAÇÕES, SERTEMP S/A - Serviços Técnicos Empreendimentos e Construções, MAX PASKIN e PETROQUISA QUÍMICA S/A - PETROQUISA reuniram-se para decidir a respeito do voto que exerceriam relativamente à Proposta da Diretoria acima transcrita. Discutindo o assunto entre os mesmos, ficou decidido, por unanimidade, que os referidos cinco acionistas, na forma do que estipula a Cláusula Quarta do Acordo de Acionistas, entre eles, celebrado em 24 de julho de 1980, votaram favoravelmente aos termos da Proposta da Diretoria".

No afã de registrar atos, aparentemente legais, esqueceram já ter registrado, no início dos trabalhos, a existência das procurações. Assim, a reunião, se houve, foi apenas entre a FIBASE e a PETROQUISA, se esta compareceu. Duvida-se da presença da PETROQUISA pela ausência de cópia do livro de presenças. Ao longo da ata, a presença dos acionistas outorgantes deveria ser consignada na referência às procurações. A reunião a que o acordo de acionistas obrigava, nos argumentos da exordial, deveria ter acontecido com as suas presenças físicas, suspendendo os trabalhos da AGE para uma outra data previamente designada.

O Outorgado pode dizer que estava no estrito cumprimento do mandato por ter votado, enquanto o BNDESPAR (FIBASE), na redução do capital e, se houve prejuízo de participação acionária, ele também o teve, ou seja, os danos foram iguais para todos. Se a AGE tivesse apenas essa deliberação em sua ordem do dia, a querela poderia estar resolvida por essa aparente "isonomia". Como os métodos de depreciação e aumento de capital, bem como do novo valor das ações para subscrição, não foram conhecidos e sequer revelados; o exercício do mandato foi além de sua outorga, com várias infidelidades, inclusive essa: a perda flagrante de posição acionária. Quanto a isso, o Outorgante não teve a preocupação de justificar a troca de posições, através de ações ordinárias sem valor nomi-

nal e ações preferenciais de três classes, A, B e C, no valor de Cr\$ 2,13 (dois cruzeiros e treze centavos). A ata não esclarece como ficou a posição de cada acionista. Veja-se o que diz a exposição de motivos sobre demonstrações financeiras e avaliações de ativos:

O projeto procura reunir as regras gerais essenciais para que o intérprete da lei nela encontre orientação básica, mas evitando pormenores dispensáveis. Na escolha dessas regras influiu, evidentemente, o conhecimento de hábitos e práticas que a lei pretende corrigir ou coibir, a fim de que as demonstrações financeiras informem - a administradores, acionistas, credores e investidores do mercado - a verdadeira situação do patrimônio da companhia e seus resultados.

O tamanho do ilícito perpetrado pode ser medido através do fenômeno pelo qual sumiram todos os acionistas minoritários e em relação aos quais nada foi registrado em ata. Quase cinquenta acionistas minoritários deixaram de existir, contrariando regra fundamental sobre a imprescritibilidade das ações. Como todos eles poderão, a qualquer tempo, retomar esta questão, não foram decisões definitivas e perfeitas. Os majoritários presentes apostaram em sua desinformação e eventual desinteresse pela pequena monta de suas participações. Foi para evitar atitudes dessa ordem e que afastam o pequeno investidor do mercado de capitais que foi criada a CVM, depois do "boom" da Bolsa de Valores, em 1971.

Em relação à redução do capital social registrado, as decisões deveriam ter obedecido à seguinte seqüência: relatório circunstanciado de todas as dívidas e dos ativos, avaliados pelo mesmo método, em relação aos últimos cinco anos, acompanhando o parecer do Conselho Fiscal, conforme o artigo 173 da Lei das S/A. Desse relatório deveriam constar várias propostas de redução, mostrando a que valor desceriam as ações e como ficariam as participações acionárias. Antes de passar às deliberações seguintes, era preciso fixar a nova realidade da empresa a partir dessa primeira deliberação e suspender a assembléia, nos termos do § 2º do artigo acima referido, para a apresentação de todos os títulos, anteriormente emitidos. Ninguém têm condições de analisar essa realidade a partir dos registros tomados. Ficou apenas uma redução de capital, em mil por cento, tomada aleatoriamente e favorecendo apenas os acionistas presentes, aqueles de presença física.

2.3.2.2 - Quanto à segunda deliberação - retirada do valor nominal das ações - a AGE aconteceu em 1981, a Lei das S/A tinha poucos

anos de vigência e essa novidade, ações sem valor nominal, foi uma possibilidade criada no artigo 11, que não estabeleceu regras para o número de ações, podendo ser todas ou apenas uma classe. “Essa faculdade poderá ser útil durante o período inicial de aplicação da lei, enquanto ainda não estiver suficientemente divulgado no nosso mercado o conhecimento do funcionamento das companhias com ações sem valor nominal” (E.M. nº 196/76).

Ações sem valor nominal não são desprovidas de valor. Apenas a sociedade não reconhece um valor fixo para cada ação, podendo esse valor mudar de acordo com a situação do patrimônio social. As ações passam a ter um valor real ou patrimonial, encontrado pela divisão do patrimônio líquido pelo número de ações existentes. Esta operação matemática é obrigatória a todo instante dada a variabilidade do patrimônio líquido.

Ao retirar o valor nominal das ações ordinárias, apenas o seu valor real deveria ter sido declarado nos termos da ata, como registro fotográfico, em correlação com a deliberação anterior de redução de capital, para registrar a posição acionária de todos. Se tais decisões fossem corretas, a partir dessa segunda deliberação o acordo de acionistas já estaria prejudicado, não tendo eficácia a soma de votos do BNDESPAR, como controlador absoluto: “A inovação é recomendada tendo em vista a definição mais estrita dos deveres e responsabilidades do acionista controlador e dos administradores” (E.M. nº 196/76).

Ao não registrar o novo valor das ações ordinárias (valor apenas de negociação), que passa a ser chamado de valor patrimonial ou real, mas determinando para as ações preferenciais, ainda com valor nominal, nos termos do § 1º do art. 11 da Lei das S/A, a importância de Cr\$ 2,13 (dois cruzeiros e treze centavos), naquele momento histórico todas as ações ordinárias teriam esse mesmo valor, pois “A fixidez do capital social se estende ao número das ações em que se divide o capital social que somente pode ser alterado nos casos especificados na lei” (E.M. nº 196/76). Diante desta orientação, a ata deveria registrar a nova posição acionária e o número de votos por acionista, reduzidos de dez por um, em vez de mil por um, conforme a decidida troca de títulos, no prazo de sessenta dias.

2.3.3 - O acordo de acionistas foi firmado entre os outorgantes e a FIBASE e a PETROQUISA, somando 84,7% do capital político da PASKIN S/A - Indústrias Petroquímicas, limitado o direito de voto em 45%, do capital votante, cláusula 2.2. Isto porque a Lei diz que “O estatuto pode estabelecer limitação ao número de votos de cada acionista” (art. 110, § 1º).

FIBASE (BNDESPAR) e PETROQUISA foram os únicos acionistas acordantes de presença física na AGE, os outros três passaram procura-

ções ao representante do primeiro. Assim, todas as deliberações dessa ocasião foram tomadas em apenas 45% do capital deliberativo, mas não é este aspecto o mais questionável por se tratar de companhia fechada, mas a cláusula 4.2. Ao estabelecer a suspensão da assembléia para a reunião dos acionistas acordantes, tal previsão era de ser exercida para todos os assuntos previamente não conhecidos, ou seja, todos aqueles não constantes da ordem do dia. Se as procurações foram outorgadas para os temas da pauta, na ausência de elementos esclarecedores e fundamentadores, a AGE deveria ter sido suspensa para um encontro de todos, mesmo que em outra data, e não apenas entre as empresas supra-referidas. Foi uma reunião entre BNDESPAR e PETROQUISA, tendo a primeira as procurações, tratadas como "cheques em branco", para decidir segundo os seus interesses, em deslealdade com os outorgantes e desrespeito ao acordo, pela falta das informações prévias já destacadas.

2.4 - Da fase posterior não vieram elementos fiéis, através da perícia, a comprovar o real prejuízo dos Autores, mas o simples fato de perda de posição acionária, onde não ficou destacado o que o BNDESPAR assumiu como devedor, demonstra o não fiel cumprimento dos mandatos. Esta empresa, como financiadora dos projetos, emprestadora de recursos, era simultaneamente acionista e na sua proporção também devedora dos prejuízos. Se os Autores deixaram de ser acionistas controladores, ela também, mas nada disso está esclarecido. Todavia, foi ela quem alienou o controle logo em seguida, sendo que, para tanto não estava autorizada pelas procuração sub judice, não esquecendo que a sua participação no acordo de acionistas era ínfima, descumprindo, inclusive, o seu dever principal: "O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender" (art. 116, parágrafo único, Lei nº 6.404/76).

Os atos posteriores à AGE, onde exauriram-se os mandatos, como aumento de capital, integralmente subscrito pela FIBASE, e a alienação do controle para a DEGUSSA, eivam de suspeição uma deliberação assemblear em desacordo com a vontade expressa dos Autores: entre os poderes constituídos estava o de eleger administradores para os cargos vagos, o que acabou não acontecendo por decisão, tomada e fundamentada no ensejo da reunião. Dois conselheiros haviam renunciado em 12 de outubro de 1981. Todavia, o representante da FIBASE propôs que o assunto fosse para uma próxima reunião porque o Conselho de Administração, com o número remanescente de conselheiros, ainda mantinha quorum.

As avaliações dos ativos, posteriores às decisões analisadas, bem superiores aos índices inflacionários, aplicáveis ao balanço financeiro, apresentado na AGE, também comprovam os interesses específicos do Procurador e a infidelidade de seu mandato.

2.5 - Resumidos os atos mais significativos, em três fases, para melhor orientação desta análise, muitos outros poderiam ser apontados e não se pode dizer que de menor importância, mas são atos alentadores e a obrigação do julgador é fundamentar a sua convicção, sobejamente feita.

Como as perícias não servem para fixar o montante do prejuízo, novas avaliações deverão ser feitas, em liquidação de sentença, dentro da seguinte orientação:

- todos os registros contábeis, dos cinco anos anteriores à assembleia deverão ser analisados, quanto aos ativos e obrigações;
- deverá ser apresentada a correlação entre prejuízos e patrimônio, com a avaliação deste último para esse fim;
- em relação aos atos posteriores, reavaliação dos ativos e venda de controle, as perdas deverão ser fixadas a partir da real situação da empresa no momento da assembleia;
- esse exame pericial deverá ser orientado por artigos. Será uma liquidação para a qual, desde já, se determina nesta modalidade;
- estabelecido o montante dos prejuízos dos Autores, fixa-se a indenização pelo valor de mercado de suas participações, reconhecida na negociação com a DEGUSSA, acrescida das atualizações monetárias e lucros cessantes de 12% ao ano.

2.6 - Quanto aos danos morais decorrentes de calúnias e difamações veiculadas pela imprensa nada se pode decidir porque a instrução do feito não seguiu este rumo. A calúnia é crime previsto em lei própria e deveria ser deduzida em juízo competente, visivelmente prescrita, pois as alegações não estavam vinculadas às procurações, objeto da presente ação. Quanto às difamações, os Autores não demonstraram os prejuízos e dissabores específicos decorrentes, tais como o seu desprestígio no mercado de capitais e/ou entre empresários do mesmo porte.

3. Por estas razões, na presente ação, julgo o pedido **PROCEDENTE EM PARTE** para:

- **DECLARAR** o direito dos autores à revisão econômica de todos os atos exercidos através das procurações outorgadas,

mediante a reconhecida infidelidade em seu cumprimento, para a fixação de seus prejuízos e necessária indenização.

- **CONDENAR** os réus - BNDESPAR - Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico e Social Participações S/A e o BNDES - Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico e Social a:

1. a fornecer todos os elementos necessários ao cumprimento da obrigação de fazer, detalhada no item 2.5;

2. pagar a indenização que resultar dos prejuízos apurados, através de liquidação por artigos;

3. pagar lucros cessantes em 12% ao ano, a partir de 1982, tendo por base de incidência os prejuízos apurados;

4. pagar a indenização corrigida, nos termos da Lei nº 6.899, de 08.04.81, artigo 1º, § 2º;

5. devolver as custas processuais corrigidas;

6. pagar honorários de sucumbência equivalentes a 20% (vinte por cento) do valor final de condenação.

Custas ex lege.

P. R. I.

Rio de Janeiro, 8 de abril de 2001.

SALETE MARIA POLITA MACCALÓZ

Juíza Titular da 7ª Vara Federal Cível/RJ