

Direito Civil

**DECISÃO PROFERIDA NA AÇÃO POPULAR
Nº 2000.5108000710-5 ACERCA DA INCOMPETÊNCIA
DA JUSTIÇA FEDERAL PARA JULGAR CAUSAS
ENVOLVENDO DESVIO DE VERBAS ORIUNDAS DO
FUNDEF PELOS MUNICÍPIOS**

Vistos etc.

Trata-se de Ação Popular ajuizada por JOSÉ CARLOS FERREIRA NETO e outros autores populares em face da "PREFEITURA MUNICIPAL DE IGUABA GRANDE-RJ" e "CÂMARA DE VEREADORES DO MUNICÍPIO DE IGUABA GRANDE-RJ" objetivando: 1) a "prestação de contas das verbas do FUNDEF" recebidas pelo Município; 2) a "prisão e cassação de mandato do Sr. Prefeito do Município de Iguaba Grande, bem como de Membros do Legislativo Municipal de Iguaba Grande incluindo-se o Presidente da Câmara Municipal"; e 3) "a prisão da Senhora Secretária de Educação como também da Senhora Coordenadora dos Recursos do FUNDEF".

DECIDO.

Verifico pela leitura da peça inicial que os Autores questionam a utilização pelo Município de Iguaba Grande das verbas repassadas pelo FUNDEF, requerendo prestação de contas e outras medidas em face de Autoridade Municipais.

De plano, torna-se evidente a incompetência da Justiça Federal para processar e julgar o presente feito, conforme o disposto no art. 109 da Constituição Federal.

Com efeito, o que se discute na presente demanda é a utilização de uma receita municipal, oriunda de um Fundo Nacional, e não o auferimento desta verba por parte do Município.

A partir do momento que o Fundo repassa os valores ao Município, estes passam a integrar o erário local. Qualquer desvio ou má utilização desta – frise-se mais uma vez – receita municipal, lesa e atinge apenas o ente local, não havendo interesse de ente federal a ensejar o deslocamento da competência para a Justiça Federal.

Conforme lição de VLADIMIR SOUZA CARVALHO em sua consagrada obra "Competência da Justiça Federal" – 3ª edição, p. 49, na esteira de diversas decisões jurisprudenciais: "o interesse genérico do Poder Público pelo exato cumprimento de leis federais não é o bastante para legitimar a competência da Justiça Federal". Mais adiante, completa: "o interes-

se da União deve, enfim, ser de ordem direta e não de ordem reflexa; deve ser imediato, e não remoto nem geral”.

A Jurisprudência do Eg. Superior Tribunal de Justiça sempre foi pacífica neste sentido, na esteira da Súmula nº 133 do extinto e Eg. TFR, conforme decisões a seguir transcritas, proferidas, inclusive, em demandas penais; e que, *mutatis mutandis*, possuem fundamentos idênticos aos ora adotados nesta decisão:

“COMPETÊNCIA. AÇÃO ORDINÁRIA PROPOSTA POR MUNICÍPIO CONTRA EX-PREFEITO, OBJETIVANDO A DEVOLUÇÃO DE VERBAS APLICADAS IRREGULARMENTE NO EXERCÍCIO DO MANDATO.

I - SE OS RECURSOS FEDERAIS HAVIAM SIDO TRANSFERIDOS AO MUNICÍPIO, NÃO HÁ INTERESSE DA UNIÃO A JUSTIFICAR O DESLOCAMENTO DO FEITO PARA A COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL.

II - CONFLITO DE QUE SE CONHECE, A FIM DE DECLARAR-SE A COMPETÊNCIA DO MM. JUÍZO SUSCITADO” (G.N.).

(STJ – CC nº 8434/AL - Decisão: 27-09-1994 - PRIMEIRA SEÇÃO - Relator: ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO).

“PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO ORDINÁRIA CONTRA EX-PREFEITO. DEVOLUÇÃO DE VERBAS FEDERAIS TRANSFERIDAS E INCORPORADAS AO PATRIMÔNIO MUNICIPAL.

1. TRANSFERIDOS OS RECURSOS PARA O MUNICÍPIO, APENAS SE CARACTERIZA INTERESSE ANTERIOR DA UNIÃO, LEGITIMANDO-SE O MUNICÍPIO ATIVAMENTE PARA PROMOVER, COMO AUTOR, A AÇÃO OBJETIVANDO A DEVOLUÇÃO OU RESSARCIMENTO DE MÁ APLICAÇÃO OU DESVIO DE FINALIDADE.

2. PRECEDENTES ITERATIVOS.

3. CONFLITO PROCEDENTE, DECLARANDO-SE A COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL” (G.N.).

(STJ - CC nº 17543/AC - Decisão: 28-08-1996 - PRIMEIRA SEÇÃO - Relator: MILTON LUIZ PEREIRA)

“PROCESSO CIVIL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS PROPOSTA PELO MUNICÍPIO CONTRA EX-PREFEITO PARA APURAR A DESTINAÇÃO DE VERBAS FEDERAIS REPASSADAS PELO MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO.

COMPETE À JUSTIÇA ESTADUAL PROCESSAR E JULGAR A AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS PROPOSTA PELO MUNICÍPIO CONTRA EX-PREFEITO PARA APURAR A DESTINAÇÃO DE VERBAS REPASSADAS ÀQUELE PELA UNIÃO. CONFLITO DE COMPETÊNCIA CONHECIDO PARA DECLARAR COMPETENTE O MM. JUIZ DE DIREITO SUSCITADO" (G.N.).

(STJ - CC nº 15666/DF - Decisão: 14-02-1996 - PRIMEIRA SEÇÃO - Relator: ARI PARGENDLER)

"CONSTITUCIONAL. PENAL. COMPETÊNCIA. PREFEITO. DESVIO DE VERBAS FEDERAIS DESTINADAS A MUNICÍPIO MEDIANTE CONVÊNIO. AUSÊNCIA DE LESÃO A BENS DA UNIÃO.

- A JURISPRUDÊNCIA DESTE TRIBUNAL TEM CONSAGRADO O ENTENDIMENTO DE QUE O DESVIO DE VERBA, REPASSADA PELA UNIÃO PARA O MUNICÍPIO, DESTINADA AO CUSTEIO DE OBRAS OU SERVIÇOS DO SEU PECULIAR INTERESSE, NÃO CONSTITUI INTERESSE FEDERAL, NÃO SE APLICANDO À HIPÓTESE A REGRA DO ART. 109, IV, DA CARTA MAGNA.

- SE A DENÚNCIA CONTÉM FATOS DISTINTOS, SEM NEXO DE CAUSALIDADE, DEVE CADA UM SER PROCESSADO E JULGADO PERANTE O JUÍZO COMPETENTE, DEVENDO O TRIBUNAL DE JUSTIÇA PROCESSANTE ENCAMINHAR AS PEÇAS PERTINENTES AO JUÍZO FEDERAL.

- CONFLITO CONHECIDO. COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, O SUSCITADO" (G.N.).

(STJ - CC nº 14039/RS - Decisão: 04-09-1995 - TERCEIRA SEÇÃO - Relator: VICENTE LEAL)

"PROCESSO PENAL. PREFEITO MUNICIPAL. DESVIO DE VERBAS FEDERAIS CONVENIADAS.

COMPETÊNCIA. TRADICIONAL JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES, ORA ADOTADA PELO STJ, SOBRE COMPETIR TAL AÇÃO PENAL À JUSTIÇA ESTADUAL, HOJE A SEUS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA (CF, ART. 29, VIII)."

(STJ - CC nº 12578/RS - Decisão: 26-09-1995 - TERCEIRA SEÇÃO - Relator: JOSÉ DANTAS)

Em 1998, foram editadas pelo STJ as Súmulas nºs 208 e 209, tratando de competência penal, com o seguinte teor:

“208 – Compete à Justiça Federal processar e julgar prefeito municipal por desvio de verba sujeita a prestação de contas perante órgão federal.

209 – Compete à Justiça Estadual processar e julgar prefeito por desvio de verba transferida e incorporada ao patrimônio municipal”.

Embora tais Súmulas sejam referentes aos processos criminais, o princípio nelas estabelecido deve ser aplicado, *mutatis mutandis* às demandas não penais.

Assim, os pontos fundamentais para distinguir as causas da competência da Justiça Federal daquelas da competência da Justiça Estadual são: a) sujeição ou não à prestação de contas perante órgão federal; e b) incorporação ou não da verba ao patrimônio municipal.

No caso em tela, em que se discute acerca da utilização de verbas oriundas do FUNDEF, algumas considerações devem ser feitas.

A Lei que instituiu o FUNDEF – Lei nº 9.424, de 24/12/96 – estabelece em seu art. 1º, § 1º, que tal Fundo será composto de recursos oriundos das **parcelas dos Estados, Distrito Federal e Municípios**, referentes ao ICMS, FPE (Fundo de Participação dos Estados), FPM (Fundo de Participação dos Municípios) e IPI.

Deste modo, e ressalvada a hipótese de complementação prevista no artigo 6º do mencionado diploma legal, **não se tratam, a princípio, de recursos da União**, mas recursos dos próprios Estados e Municípios, arrecadados e repassados, em sua maior parte, pelo Ente Federal.

Porém, não é este o fator determinante na fixação da competência de causas que concernem à utilização dos recursos originários do FUNDEF.

Como já exposto anteriormente, uma vez repassada a verba do FUNDEF ao Município, esta passa a integrar o patrimônio deste, configurando verdadeira receita vinculada a uma atividade específica municipal. O Município, ao dispor desta verba, não age por delegação da União, mas em atividade financeira própria, prevista constitucionalmente dentro de sua esfera de atribuições administrativas.

Assim, uma vez repassado o recurso oriundo do FUNDEF (diga-se de passagem, de forma automática, cf. art. 3º da citada Lei), este **incorpora-se ao patrimônio municipal**, tal como previsto na Súmula nº 209 do STJ, aplicável à presente hipótese conforme já ressaltado anteriormente.

Neste sentido, em relação à incorporação do recurso repassado ao patrimônio municipal, transcritas as seguintes decisões de nossos Tribunais:

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA - AÇÃO PENAL - PREFEITO MUNICIPAL - DESVIO DE VERBAS FEDERAIS.

- AINDA QUE FEDERAIS AS VERBAS DITAS MALVERSADAS POR PREFEITOS, QUANDO ALOCADAS AOS MUNICÍPIOS PAS-SAM A INTEGRAR O PATRIMÔNIO DESTA UNIDADE DA FEDE-RAÇÃO, DEVENDO "IPSO FACTO", SEREM APURADOS TAIS DELITOS PELA JUSTIÇA COMUM.

- COMPETÊNCIA "IN CASU" DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO-MEMBRO EM VIRTUDE DE PRIVILÉGIO DE FORO DO DENUNCIADO" (G.N.).

(STJ - CC nº 12577/RS - Decisão: 26-09-1995 - TERCEIRA SEÇÃO - Relator: CID FLAQUER SCARTEZZINI)

"ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM ESTADUAL. DESVIO DE VERBAS DISPONIBILIZADAS POR CONVÊNIO ENVOLVENDO AUTARQUIA FEDERAL PELO PREFEITO DO MUNICÍPIO.

(...)

2. NO ÂMBITO DO DIREITO PROCESSUAL PENAL, ESSE TRIBUNAL FIRMOU ENTENDIMENTO DE QUE AS VERBAS FEDERAIS REPASSADAS PARA O MUNICÍPIO, POR MEIO DE CONVÊNIO, INCORPORAM-SE AO SEU PATRIMÔNIO, E O DESVIO DESSAS VERBAS NÃO CONSTITUI CRIME CONTRA A UNIÃO, MAS SIM CONTRA O MUNICÍPIO. POR ISSO, A COMPETÊNCIA É DA JUSTIÇA COMUM ESTADUAL. (...)" (G.N.)

(TRF - DECISÃO: 18-12-1997 - AG: nº 0459954-4/RS - TURMA: 03 - Relator: JUÍZA MARGA BARTH TESSLER)

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA. JUÍZOS ESTADUAL E FEDERAL. AÇÃO ORDINÁRIA DE COBRANÇA. EX-PREFEITO. MÁ APLICAÇÃO DE RECURSOS DO FNDE. VERBA JÁ TRANSFERIDA AO MUNICÍPIO.

COMPETÊNCIA DO JUÍZO COMUM".

(STJ - CC nº 4383/AL - Decisão: 29-08-1995 - PRIMEIRA SEÇÃO - Relator: JOSÉ DE JESUS FILHO)

Se não bastassem todos estes argumentos, ainda assim, **não** se trata de verba sujeita a prestação de contas perante órgão federal, conforme exige a Súmula nº 208 do STJ.

Com efeito, assim dispõe o art. 4º da Lei nº 9.424/96:

“Art. 4º **O Acompanhamento e o controle social sobre a repartição, a transferência e a aplicação dos recursos do Fundo serão exercidos, junto aos respectivos governos, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, por Conselhos a serem instituídos em cada esfera no prazo de cento e oitenta dias a contar da vigência desta Lei**” (g.n.).

Como se vê, em se tratando de verba repassada pelo FUNDEF, a prestação de contas pelo Município se dará junto ao Conselho Municipal, e não a qualquer outro órgão federal.

E tal não poderia ser diferente, já que envolvendo recursos essencialmente estaduais e municipais, nada mais adequado que a fiscalização ocorra no âmbito do próprio ente que dispõe do recurso, demonstrando-se assim, à exaustão, de um lado, a inaplicabilidade, no presente caso, da Súmula nº 208, e de outro, a incidência, *mutatis mutandis*, da Súmula nº 209, ambas do Eg. STJ.

Em face de todo o exposto, **DECLINO DA COMPETÊNCIA**, com fulcro no disposto no art. 109, I, da Constituição Federal e art. 113 do Código de Processo Civil, determinando a remessa dos presentes autos, após baixa na distribuição, à Justiça Estadual (Comarca de Iguaba Grande), a quem competirá processar e julgar a presente demanda.

Publique-se.

São Pedro da Aldeia, 27 de junho de 2000.

JÚLIO EMÍLIO ABRANCHES MANSUR

Juiz Federal Substituto

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

Mandado de Segurança

Processo: 99.0060084-3
Autor: PEDRO PRAZERES DE ASSIS JUNIOR rep./ por
PEDRO PRAZERES DE ASSIS
Réu: REITOR DA UNIVERSIDADE ESTÁCIO DE SÁ
M. P. F.: JOÃO RICARDO DA SILVA FERRARI
Juíza Federal: Dr^a SIMONE SCHREIBER

SENTENÇA

Vistos, etc...

PEDRO PRAZERES DE ASSIS impetra mandado de segurança, com pedido de liminar, contra ato do **REITOR DA UNIVERSIDADE ESTÁCIO DE SÁ**, objetivando realizar todos os atos acadêmicos regulares, decorrentes de sua condição de discente da faculdade de direito da instituição chefiada pela autoridade impetrada, independentemente de sua situação de inadimplência.

Aduz em síntese que é aluno da faculdade de direito da Universidade Estácio de Sá, e vinha cursando tal faculdade beneficiado por uma bolsa de estudo que proporcionava um desconto de 50% no preço da mensalidade. Não obstante, houve problemas com tal bolsa, tendo remanescido débitos que o impetrante considera exorbitantes, motivo pelo qual vai questioná-los judicialmente.

Ocorre que em razão de sua inadimplência, o impetrante vem sendo impedido de efetuar sua matrícula para o período 99.2. Tal situação levou o impetrante a freqüentar as aulas sem estar regularmente matriculado, entretanto a autoridade impetrada o está impedindo de realizar as provas necessárias para a conclusão das disciplinas.

Tal conduta da autoridade impetrada viola a "medida provisória 1.890 e suas reedições e 8.078/90" (fls. 06).

Requer seja concedida a segurança, compelindo-se à autoridade impetrada "a efetivar definitivamente a matrícula do discente no período em curso, bem como nos supervenientes, garantindo a produção regular dos atos acadêmicos".

Inicial de fls. 02/07, instruída com os documentos de fls. 08/23. Custas recolhidas (fls. 09). Foi deferida a liminar às fls. 24/25.

A autoridade impetrada prestou informações (fls. 42/45), aduzindo, em preliminar, que não cabe mandado de segurança contra ato de dirigente de estabelecimento particular de ensino, por tratar-se de ato de mera gestão administrativa.

No mérito, alega que a "a lei não permite que a inadimplência ultrapasse o período letivo em que ele ocorra, para alcançar novo período através da renovação da matrícula, de modo compulsório". Que o STF, ao julgar a ADIn. nº 1801-6, declarou inconstitucional o art. 5º da Medida Provisória nº 524/94, nesta parte, para declarar ser lícita a recusa de matrícula do aluno inadimplente. No caso do impetrante, este havia renegociado seu débito no primeiro semestre de 1999, mas não honrou sua obrigação, o que denota conduta reprovável.

O Ministério Público Federal opina pela concessão da segurança.

É O RELATÓRIO

Decidido

O cabimento de mandado de segurança contra ato de dirigente de instituição particular de ensino superior é matéria há muito pacificada, já que na hipótese há atividade delegada do poder público federal (conforme Theotônio Negrão, **Código de Processo Civil anotado**, nota 54 ao art. 1º da Lei nº 1.533/51). Rejeito pois a preliminar.

No mérito,

Em junho de 1994, foi editada a Medida Provisória nº 524, de 7.6.94, estabelecendo regras de conversão das mensalidades escolares para a URV, e dispondo no art. 5º:

"Art. 5º São proibidas a suspensão de provas escolares, a retenção de documentos de transferência, o indeferimento de renovação de matrículas dos alunos ou a aplicação de quaisquer penalidades pedagógicas ou administrativas, por motivo de inadimplência do aluno, sem prejuízo das demais sanções legais."

Esta MP foi por várias vezes reeditada, através das Medidas Provisórias nºs 550, de 8.7.94; 575, de 9.8.94; 612, de 8.9.94; 651, de 7.10.94; 697, de 4.11.94, e 751, de 6.12.94.

Entretanto, a partir da MP nº 550/94, foi suprimida a vedação de "indeferimento de renovação de matrículas", passando tal dispositivo à seguinte redação:

"Art. 7º São proibidas a suspensão de provas escolares, a retenção de documentos escolares, inclusive os de transferência, ou a aplicação de quaisquer penalidades pedagógicas ou administrativas, por motivo de inadimplência do aluno, sem prejuízo das demais sanções legais cabíveis".

Quando foi editada a Medida Provisória nº 817, de 5.1.95, o dispositivo legal em exame foi novamente alterado, passando a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 6º São proibidas a suspensão de provas escolares, a retenção de documentos escolares, inclusive os de transferência, ou a aplicação de quaisquer penalidades pedagógicas ou administrativas, por motivo de inadimplência do aluno pelo prazo de sessenta dias, sem prejuízo das sanções legais cabíveis, ficando assegurado aos estabelecimentos de ensino a emissão de títulos a que se refere o artigo 20 da Lei nº 5.474, de 18.7.68, independentemente de previsão contratual".

Este dispositivo foi mantido, **ipsis litteris**, na Medida Provisória nº 887, de 30.1.95, e alterado quando da edição da Medida Provisória nº 932, de 1.3.95, que "dispôs sobre a fixação das mensalidades escolares":

"Art. 5º São proibidas a suspensão de provas escolares, a retenção de documentos, inclusive os de transferência, ou a aplicação de quaisquer outras penalidades pedagógicas ou administrativas, por motivo de inadimplência por prazo não superior a sessenta dias".

A Medida Provisória nº 932/95 foi objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.236-3-DF, ajuizada pelo Partido Comunista do Brasil. Nesta ação, entre outros dispositivos, foi argüida a inconstitucionalidade da expressão contida no art. 5º, acima transcrito, "por prazo não superior a sessenta dias".

Tal pedido mereceu provimento liminar daquela Egrégia Corte,

"... com relação ao art. 5º, também por decisão unânime, em suspender até a decisão final da ação, a eficácia da expressão 'ou administrativas por motivo de inadimplência, por prazo não superior a sessenta dias' " (Acórdão proferido pelo Tribunal Pleno em 29.3.95).

Cumpra ainda transcrever trecho do Voto proferido pelo Ministro Relator, Ilmar Galvão, a respeito do dispositivo legal em comento:

"No que concerne ao artigo 5º, ressalta à evidência a necessidade de suspensão de vigência da expressão impugnada na inicial, para fim de preservação de norma que, por igual, já havia sido declarada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, quando da apreciação da ADIn. nº 1.176, cujo adendo, agora posto, vale por condição que lhe desvirtua o sentido, possibilitando a aplicação de sanções inconstitucionais, em face da inadimplência do aluno".

Vê-se pois que o Supremo Tribunal Federal manifestou a respeito do tema o entendimento de que não é lícito às instituições particulares de ensino superior impor sanções aos alunos inadimplentes.

A Medida Provisória nº 932 foi reeditada, através da MP nº 963, de 30.3.95, que já trazia o art. 5º com o trecho julgado inconstitucional pelo STF suprimido:

"Art. 5º São proibidas a suspensão de provas escolares, a retenção de documentos, inclusive os de transferência, ou a aplicação de quaisquer outras penalidades pedagógicas".

Novas reedições mantiveram o texto acima: Medidas Provisórias nºs 988, de 28.4.95; 1.012, de 26.5.95; 1.035, de 27.6.95; 1.060, de 27.7.95; 1.087, de 25.8.95; 1.119, de 22.9.95.

A Medida Provisória nº 1.156, de 24.10.95, mais uma vez alterou a regulamentação da matéria. Sobre aplicação de sanções (art. 5º, *supra*), repetiu o texto acima, acrescentando ao final a expressão: "por motivo de inadimplemento" (art. 6º).

O texto foi mantido nas Medidas Provisórias que se seguiram: 1.192, de 23.11.95; 1.228, de 14.12.95; 1.265, de 12.1.96; 1.304, de 9.2.96; 1.344, de 12.3.96; 1.386, de 11.4.96; 1.429, de 10.5.96, 1.477 e reedições, 1.733 e reedições, 1.890 e reedições, até que a Medida Provisória nº 1.890-67, de 22.10.99, foi convertida finalmente na Lei nº 9.870, de 23.11.99.

O art. 6º da Lei nº 9.870/99 possui a seguinte redação:

"São proibidas a suspensão de provas escolares, a retenção de documentos escolares ou a aplicação de quaisquer outras penalidades pedagógicas por motivo de inadimplemento, sujeitando-se o contratante, no que couber, às sanções legais e administrativas, compatíveis com o Código de Defesa do Consumidor, e com os arts. 177 e 1.092 do Código Civil Brasileiro, caso a inadimplência perdure por mais de noventa dias".

Note-se que, após a matéria ter sido regida por medidas provisórias sucessivamente editadas por vários anos, a Lei nº 9.870, de 23.11.99, foi novamente alterada por medida provisória (MP nº 1.930, de 29.11.99). Esta acrescentou um novo parágrafo primeiro ao art. 6º da Lei nº 9.870, *verbis*:

“O desligamento do aluno por inadimplência somente poderá ocorrer ao final do ano letivo ou, no ensino superior, no final do semestre letivo quando a instituição adotar o regime didático semestral”.

É sempre um desafio para o juiz avaliar qual é afinal o direito positivo vigente desde que o uso das medidas provisórias pelo Chefe do Executivo tornou-se abusivo, sem que o Legislativo ou Judiciário estabelecessem os parâmetros necessários para o exercício da atividade legiferante delegada.

No caso em tela, quando deferi a liminar, vigorava a Medida Provisória nº 1.890-67, a qual não distinguia entre os atos acadêmicos realizados durante o semestre e a matrícula (a qual é feita a cada semestre nas instituições de ensino superior). Não havia dispositivo específico para a rematrícula de alunos inadimplentes, sendo razoável interpretar-se o então art. 7º daquela medida provisória de forma ampliada, já que estavam proibidas “quaisquer penalidades pedagógicas” por motivo de inadimplemento.

O fato de o STF ter declarado a inconstitucionalidade de dispositivo que se referia ao direito de matrícula do aluno inadimplente (alegado pela autoridade impetrada às fls. 444/45), não tem o dom de vincular os juízes de 1º grau na análise do alcance das medidas provisórias que sucederam tal julgamento, até porque o STF já firmou jurisprudência no sentido de que, excluído das demais reedições de medida provisória dispositivo declarado inconstitucional pelo STF, o caso é de perda superveniente de objeto da ADIn. pertinente ao tema. Veja-se o seguinte julgado do STF em hipótese assemelhada à presente:

“Constitucional. Ação Direta. Medida Provisória. Lei de conversão. Alteração substancial. Prejudicialidade. A Medida Provisória nº 409, de 6.1.94, convertida na Lei nº 8.852, de 4.2.94, sofreu alteração substancial em seu conteúdo normativo, com repercussão imediata sobre o dispositivo impugnado (art. 4º, I), ao qual se conferiu nova redação, com modificação de seu alcance normativo, a par das inovações introduzidas em normas conexas. Caso em que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal con-

fere à norma superveniente o efeito de tornar prejudicada, por falta de objeto, a ação direta instaurada com base na redação originária, não mais subsistente (ADIn. nºs 383 e 691). Ação Direta de Inconstitucionalidade extinta por falta de objeto (Adin-MC nº 991-DF, Rel. Ministro Ilmar Galvão)”.

Observo ainda que a informação trazida pela autoridade impetrada às fls. 45 não é verdadeira, pois segundo consulta ao site do STF na data de hoje, a ADIn. nº 1.801-6 ainda não teve julgado seu mérito por aquela Corte.

No caso presente, é forçoso reconhecer que, considerando-se o texto da Medida Provisória nº 1.930, de 29.11.99, cuja atual edição é a Medida Provisória nº 1.968-10, de 25.8.2000, há autorização legal para que o estabelecimento de ensino superior negue matrícula de aluno inadimplente a cada semestre letivo. Para proteger o aluno desligado compulsoriamente, o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.877/99 (renumerado pela mesma medida provisória) veda a retenção de documentos de transferência para que o inadimplente tenha condições de pleitear matrícula em outro estabelecimento de ensino.

Não obstante, à época dos fatos que ensejaram o presente mandado de segurança ainda não existia a Medida Provisória nº 1.930/99, ou seja, a norma então vigente não autorizava o desligamento do aluno inadimplente e tanto isso é verdade que foi necessária a edição de nova medida provisória alterando uma lei de conversão apenas seis dias após sua sanção, para que as instituições de ensino particulares tivessem direito de desligar os alunos inadimplentes.

Assim, aplicando o texto da medida provisória vigente à época dos fatos, posteriormente convertida na Lei nº 9.870/99, que a confirmou, entendo que o aluno fazia jus à regular matrícula no segundo período de 1999, apesar de situação de inadimplência.

Por isso, concedo parcialmente a segurança, confirmando a decisão liminar, para determinar à autoridade impetrada que convalide matrícula do impetrante no segundo semestre de 1999, bem como todas as provas e atos acadêmicos por ele praticados naquele semestre, esclarecendo entretanto que tal determinação não se aplica ao período letivo iniciado no ano 2000, tendo em vista a Medida Provisória nº 1.930/99 e reedições.

Custas ex lege.

Sem honorários advocatícios.

Sentença sujeita ao reexame obrigatório.

P. R. I. Oficie-se a autoridade impetrada, para cumprimento.

Rio de Janeiro, 20 de setembro de 2000.

SIMONE SCHREIBER

Juíza Federal 29ª Vara

SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
18ª Vara Federal

Mandado de Segurança

Processo: 98.0030325-1 - TIPO 2
Autor: MICROSOFT CORPORATION
Réus: DIRETOR DE MARCAS DO INSTITUTO NACIONAL DA
PROPRIEDADE INDUSTRIAL - INPI
SOFTING AUTOMAÇÃO LTDA.
Juíza Federal: Dr^a REGINA COELI M. C. PEIXOTO

SENTENÇA

Vistos, etc.

MICROSOFT CORPORATION impetrou o presente Mandado de Segurança, com pedido de liminar inaudita altera pars, em face do Sr. PRESIDENTE DO INSTITUTO NACIONAL DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL, objetivando anular o registro da marca "CONTACT FOR WINDOWS", registro nº 818 089 342, de 28.07.98, classe 40.34 à SOFTING AUTOMAÇÃO LTDA., litisconsorte passiva necessária, sob a alegação de que a esta pertence o uso exclusivo da marca "WINDOWS", anterior e devidamente registrada no órgão competente.

II - Com a exordial os documentos de fls. 19 usque 68;

III - Custas recolhidas, conforme documento à fl. 69;

IV - Liminar deferida, conforme despacho de fl. 75;

V - A autoridade coatora prestou as informações às fls. 79 usque 82, alegando, preliminarmente, o descabimento do instrumento para o fim colimado e, no mérito, ter-se equivocado ao conceder o registro, manifestando-se favoravelmente à concessão do "writ";

VI - A litisconsorte passiva, regularmente citada, por carta precatória (fls.107 e s.), transcorrido o prazo deixou de manifestar-se, conforme certidão de fl.183;

VII - O Ministério Público manifestou-se às fls. 99 e 100, através do parecer do ilustre Procurador da República, Dr. EDGARD DE ALMEIDA CASTANHEIRA, no sentido da CONCESSÃO da segurança.

É o relatório.

FUNDAMENTOS DO JULGADO.

Cuida-se o presente de Mandado de Segurança, com liminar deferida, através do qual pretende a Impetrante obter a anulação do ato administrativo que concedeu e manteve o registro da marca "CONTACT FOR WINDOWS", em razão de haver registro anterior da marca "WINDOWS" da Impetrante, cujo direito líquido e certo ofendido encontra-se consubstanciado no Código de Propriedade Industrial (Lei nº 9279/96) e na Convenção de Paris, ratificada pelo Decreto nº 1263/94.

A liminar foi deferida ao argumento da notoriedade da marca "WINDOWS".

Quanto à preliminar apresentada pelo litisconsorte passivo (INPI), quanto ao descabimento do mandamus para a desconstituição do referido ato, tenho que não merece prosperar, vez que as provas necessárias à decisão são claras, desnecessitando de dilação para o julgamento do mesmo. Rejeito-a, pois.

No mérito, não merece acolhida a tese da Impetrante. Se não, vejamos.

Diz o artigo 124, item XIX, da Lei 9.279/96, verbis:

"Art. 124. Não são registráveis como marca:

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

Efetivamente a marca "CONTACT FOR WINDOWS" reproduziu em parte a marca da Impetrante, devidamente registrada nos moldes do artigo 129, do mesmo diploma legal.

Ora, temos que, efetivamente, a marca em foco é notória, mas o produto atacado pelo presente não é suscetível de causar confusão ou danos à Impetrante.

Todos aqueles que conhecem, ainda que pouco, a informática moderna, já ouviram falar em "WINDOWS". A maioria faz uso dele.

Apenas para lembrar, o "WINDOWS" é um sistema operacional, que se caracteriza pela utilização de múltiplas janelas.

Partindo desse sistema operacional, foram desenvolvidos programas ("softwares") aplicativos, aptos a serem operados nessa ambiência, tanto pela Impetrante como por outras empresas similares, inclusive a SOFTING AUTOMAÇÃO LTDA.

Exemplo: "Word for Windows"

(processador de textos).

No caso presente, temos situação idêntica; o litisconsorte passivo desenvolveu um programa ("software"), específico para a área de vendas, para ser operado em ambiente "WINDOWS": "CONTACT FOR WINDOWS".

Vale lembrar que, antes do aparecimento do "WINDOWS", haviam outros sistemas operacionais, tais como o "OS" e o "DOS", ainda existentes, para os quais se desenvolvia os chamados "pacotes" (programas) para os seus usuários, da mesma forma que hoje se desenvolve para os usuários do "WINDOWS".

Nada mudou. Temos mais um sistema operacional alternativo.

O que está ocorrendo, a meu sentir, é uma tentativa de monopólio do mercado de "softwares", por parte da MICROSOFT, que também desenvolve os referidos "pacotes" para o seu sistema operacional.

De mister acrescentar que, recentemente, nos próprios Estados Unidos da América do Norte, a Impetrante já foi acusada de tentativa de monopólio e de "dumping" do mercado, por ocasião do lançamento do "WINDOWS 98". Na ocasião, o sistema operacional atualizado já oferecia inúmeros pacotes incluídos, ao preço de um só produto, os quais eram vendidos separadamente pela concorrência. Ação que causou severos prejuízos a esta.

Portanto, as manobras da Impetrante já são velhas conhecidas da mídia internacional e, mesmo em sua sede, a Impetrante não conseguiu obstar que a referida marca se tornasse de uso comum.

É evidente que, se o usuário do sistema operacional da Impetrante ("WINDOWS"), desconhece a existência de pacotes alternativos adaptados ao seu sistema operacional, certamente irá procurar os "softwares" desenvolvidos pela MICROSOFT, na crença de que somente esta lhe oferece produtos compatíveis com a sua ambiência. O que é uma inverdade.

Não podemos fechar o mercado às empresas brasileiras que tentam furar esse bloqueio.

Por fim, de se ressaltar, ainda, que a referida marca "WINDOWS" já é expressão de uso comum entre os usuários de processamento de dados, para identificar todos os sistemas operacionais caracterizados pelo uso de janelas múltiplas.

É de se assinalar que se trata de expressão genérica, já disponível nos dicionários de informática.

A jurisprudência já vem apoiando essa tese, conforme se deduz do acórdão abaixo transcrito:

"TRIBUNAL: TR2 ACORDÃO RIP: 00000000 DECISÃO: 21-10-1991

Tribunal = TR2 Dia-Dec = 21 Mes-Dec = 10 Ano-Dec = 1991

PROC: AC NUM: 0200482-8 ANO: 91 UF: RJ

TURMA: 01 REGIÃO: 02

APELAÇÃO CÍVEL

Fonte:

DJ DATA: 14-11-91

Ementa:

MARCA INDUSTRIAL. DENOMINAÇÃO GENÉRICA, DE USO NECESSÁRIO. IRREGISTRABILIDADE.

- SENDO A EXPRESSÃO 'MICROSOFT' DE USO COMUM, EMPREGADA NA ÁREA DE COMPUTADORES, ESPECIFICAMENTE A DOS CHAMADOS 'MICROS', NÃO PODE SER MONOPOLIZADA POR UMA EMPRESA PARA IDENTIFICAR, COM EXCLUSIVIDADE, OS SEUS PRODUTOS, FACE AO IMPEDIMENTO DO ART. 65, 6, DO CÓDIGO DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL".

Relator:

JUIZ:207 - JUIZ CLELIO ERTHAL

Importante frisar que o aplicativo "CONTACT FOR WINDOWS" não pode substituir o produto da Impetrante: o sistema operacional "WINDOWS". Portanto, "o produto não é idêntico, semelhante ou afim". Muito pelo contrário, o aplicativo em foco prestigia o referido produto, uma vez que só pode ser utilizado se o computador do usuário estiver devidamente equipado com o sistema operacional da Microsoft.

Tenho, ainda, que a empresa Softing Automação Ltda. é brasileira, com sede em São Paulo. Certamente emprega técnicos brasileiros, que desenvolveram o referido "software", ora atacado pelo presente mandamus.

Ações como esta acabam por inviabilizar o desenvolvimento do mercado nacional, já tão fragilizado pelas diversas crises econômicas e que deve ser prestigiado para motivar os profissionais brasileiros que vêm se empenhando por um lugar ao sol.

Dessarte, não obteve sucesso, a Impetrante, em demonstrar ofensa a direito líquido e certo seu, de tal forma a ensejar o manejo do remédio heróico.

EX POSITIS,

Denego a segurança, por não vislumbrar o direito líquido e certo da Impetrante a ensejar a sua concessão, cassando a liminar de fl.75.

Sem honorários advocatícios.

Custas *ex lege*.

Registrar. Notificar a autoridade dita coatora sobre o teor da presente, bem como à sua litisconsorte passiva.

Publicar. Decorrido o prazo legal para o recurso voluntário, dê-se baixa e archive-se.

Rio de Janeiro, 9 de fevereiro de 2000.

REGINA COELI M.C. PEIXOTO
JUÍZA FEDERAL

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

Procedimento Ordinário

Processo: 91.130627-8
Autores: ATAÍDE ALVES FERREIRA E OUTRA
Réus: FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ – FIOCRUZ E OUTRO
Juiz Federal substituto no exercício da titularidade: Dr. CASSIO MURILO MONTEIRO GRANZINOLI

SENTENÇA

Vistos, etc.

ATAÍDE ALVES FERREIRA e JORCILENE PINHEIRO DOS SANTOS FERREIRA, qualificados na petição inicial, propõem a presente ação, sob o procedimento ordinário, em face do **INSTITUTO FERNANDES FIGUEIRAS**, posteriormente substituído pela **FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ – FIOCRUZ**, e **CARLOS ALBERTO DANTAS DANIEL**, pleiteando a condenação dos réus ao pagamento de indenização por danos morais.

Alegam, como causa de pedir, que a segunda autora, suspeitando estar grávida, submeteu-se a um teste de gravidez, o qual, surpreendentemente, deu negativo.

Passado alguns meses que interrompeu o uso de anticoncepcional (microvlar) e como desde então não menstruou, procurou o segundo réu, que diagnosticou amenorréia pós-pílula e prescreveu-lhe ainda o uso de DIU – Dispositivo Intra-Uterino.

Ao voltar para consulta de revisão, tomada por intensas cólicas, foi atendida pelo segundo réu que nada diagnosticou, limitando-se a ministrar-lhe analgésicos. No entanto, no dia marcado para nova consulta revisional, não logrando encontrar o segundo réu, médico de sua confiança, dado seu grave estado de saúde, foi atendida por plantonistas que constataram gravidez e defeito no Dispositivo Intra-Uterino. Foi internada e no dia seguinte, após contato com o médico réu, abortou dolorosamente. Sustentam, por conseguinte, ter havido erro médico a ser indenizado.

A inicial vem instruída com procuração (fls. 06/07) e os documentos (fls. 08/16). Foi requerido o benefício da gratuidade de justiça.

Citado o Instituto Fernandes Figueira, comparece ao feito a Fundação Oswaldo Cruz, pessoa jurídica que integra aquele, motivo pelo qual requer a substituição do pólo passivo da presente. No mérito, sustenta que a segunda autora procurou-o requerendo a colocação de Dispositivo Intra-Uterino, o que foi feito de acordo com as regras da Medicina. Pelo que pugna pela improcedência do pedido.

Junta procuração e documentos às fls. 24/32.

Retificado o pólo passivo da presente (fls. 34).

Tendo em vista a não-localização do segundo réu, requerem os autores a expedição de ofícios ao Conselho Regional de Medicina, para o Tribunal Regional Eleitoral e Ministério da Fazenda (fls. 38/39), deferido às fls. 40/41.

Obtido o endereço (fls. 42), foi requerida e deferida a citação do réu por meio de carta precatória (fls. 49/50).

Citado, apresenta o segundo réu sua peça de defesa às fls. 52/55 aduzindo, em síntese, que a segunda autora apresentava quadro de amenorréia; que o procurou a fim fazer uso de método anticoncepcional; que agiu de acordo com as regras de Medicina não podendo, portanto, ser responsabilizado por ato lícito, pelo que pugna pela improcedência do pedido.

Junta procuração às fls. 56. Peticiona às fls. 58, requerendo a juntada de documentos às fls. 59/80.

Carta precatória devolvida às fls. 82/97.

Réplica às fls. 118/120.

Não havendo provas a serem produzidas, vieram os autos conclusos para sentença.

É o relatório. Fundamento e decido.

II

Inicialmente, tendo em vista as declarações de pobreza acostadas às fls. 14/15, defiro o pedido de gratuidade de justiça, nos termos da Lei nº 1.050/60.

Trata-se de processo que já perdura por um bom tempo e, estando pronto para sentença no momento, esta deve ser imediatamente prolatada, sob pena de denegação da própria Justiça.

Inicialmente, deve ficar assentado que a responsabilidade ora aventada, sobretudo no tocante ao médico, é pacífico que depende da aferição de culpa, conforme nos mostra farta e abalizada doutrina e jurisprudência, cujos ensinamentos nos permitimos transcrever, começando por Teresa Ancona, citada por Rui Stoco:

“O Código Civil brasileiro coloca essa responsabilidade entre os atos ilícitos, o que não lhe tira o caráter de contratual (...). De outro lado, é claro que pode existir responsabilidade médica que não tenha origem no contrato, como, por exemplo, a responsabilidade daquele médico que atende alguém que está desmaiado na rua, daquele que dá socorro ao suicida...

Com efeito, a obrigação de reparar o dano sempre existe, seja ele produzido dentro do contrato ou fora dele. O modo de atuação dessa responsabilidade é que pode ser diferente na prática. Apesar de nosso Código Civil ter separado os dois tipos de responsabilidade, a moderna doutrina segue a tendência de considerar o conceito de culpa uno, não vendo senão diferenças secundárias entre a responsabilidade contratual e a extracontratual. Na verdade, em países como o nosso, onde a responsabilidade é fundada na culpa, para que haja indenização é preciso que haja dano, mas que esse dano tenha vindo de uma ação ou omissão voluntária (dolo) ou de negligência, imprudência ou imperícia (culpa em sentido estrito) e que seja provado também o nexo de causalidade entre a culpa e o dano. Ora, esses requisitos se aplicam tanto à responsabilidade contratual como à aquiliana.

No direito brasileiro a responsabilidade civil do médico está expressamente consagrada no art. 1.545 do Código Civil, nos seguintes termos: ‘os médicos, cirurgiões, farmacêuticos, parteiras e dentistas são obrigados a satisfazer o dano, sempre que por imprudência, negligência ou imperícia, em atos profissionais, resultar morte, inabilitação de servir ou ferimento.

Vemos, portanto, que o direito civil pátrio abraçou totalmente a teoria da culpa no que diz respeito à responsabilidade médica. Sendo assim, terá a vítima de provar a imprudência, a negligência e a imperícia do profissional para ser plenamente ressarcida” (Teresa Ancona, *apud* Rui Stoco, *Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial*, Ed. RT, 2ª edição, São Paulo, 1995, p. 175).

A culpa, portanto, ainda que levíssima, dá ensejo à obrigação de indenizar (*in lege Aquilia et levissima culpa venit*), posto que se tratando de vida humana não há campo para culpa "pequena". Como afirma Miguel Kfoury Neto "*não é preciso que a culpa do médico seja grave: basta que seja certa*".

Em comentários ao art. 1.545 do C.Civil, Carvalho Santos assim se expressou: "*a imperícia no exercício de uma arte, ofício ou profissão constitui uma espécie particular de culpa; assim sendo considerada desde o Direito Romano: imperitia culpa adnumeratur*" (Código Civil Brasileiro Interpretado, vol. XXI, p. 247).

Aguiar Dias assim se manifesta, ao comentar o erro de diagnóstico:

"Se o erro de diagnóstico, desde que escusável em face do estado atual da ciência médica, não induz à responsabilidade do médico, o engano grosseiro ou manifesto não permite isentá-lo. Assim: a) o tratamento, como fratura, de ferida causada pela introdução de um estilhaço de madeira na perna do paciente; b) tomar uma mulher grávida como portadora de fibroma e operá-la, causando-lhe a morte; c) aplicar ao doente o tratamento de uma doença que não tinha, sem se esforçar por descobrir de que moléstia realmente se tratava; diagnóstico leviano ou inexato, em presença de sintomas positivamente contrários aos apresentados pela moléstia, e malgrado o protesto enérgico do doente" (in *'Da Responsabilidade Civil'*, Ed. Forense, 10ª edição, vol. I, Rio, 1995, p. 264/265).

Assim, como sobejamente visto, é essencial a existência de culpa quanto à atuação do médico. E, no caso concreto, embora exista corrente que pugna pela responsabilidade objetiva do Estado, entendo que também deva ser aferida a culpa do Instituto Fernandes Figueira, representado pela FIOCRUZ, posto que a atuação do Estado deu-se mediante provocação do administrado, não se configurando os "*danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros*", conforme previsto no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, pois a rigor a paciente não é terceira naquela relação.

Verificada essa parte introdutória, necessária ao deslinde da questão, passemos então à análise percutiente do caso:

Conforme consta do Relatório, a autora, no dia 04/12/86, dirigiu-se ao Instituto Fernandes Figueira, ligado à Fundação Oswaldo Cruz - FIOCRUZ, onde foi atendida pelo 2º réu, o médico Dr. Carlos Alberto Dantas

Daniel. A paciente, ora autora, ao informar-lhe que não menstruava há cerca de 4 meses, obteve como diagnóstico médico “amenorréia pós-pílula”, conforme prontuário às fls. 25, sendo indicado a utilização de D.I.U.- Dispositivo Intra-Uterino como meio anticoncepcional.

Ora, de acordo com o prontuário do próprio Instituto (fls. 25), está expresso que “paciente relata que não menstrua há 4 meses”. E, ainda: “que interrompeu o Microvlar há 4 meses”. Nas fls. 26 consta que: “paciente deseja colocar DIU” e também: “colocado DIU...”.

Ainda que fosse vontade da própria paciente a colocação do DIU, conforme contestação da FIOCRUZ e anotação no prontuário, não é razoável que o médico o fizesse sem as mínimas cautelas.

Não é necessário grande conhecimento técnico para presumir que uma mulher que interrompeu o uso de anticoncepcional (microvlar) há cerca de 4 meses e desde então não menstrua, possa estar grávida.

O só fato de esta paciente apresentar um atestado negativo de gravidez de cerca de 2 meses anteriores à consulta (atestado datado de 14/10/86, às fls. 08) não é suficiente para elidir essa forte presunção.

Como é a todos sabido – muito mais deve o ser de um profissional da medicina –, são freqüentes os erros de diagnóstico no campo médico. Os meios de comunicação estão sempre noticiando casos de exames equivocados que trazem graves dissabores aos interessados, particularmente na detecção do vírus HIV, causador da AIDS.

Portanto, deveria o médico ter se armado das cautelas mínimas antes de recomendar a utilização do aparelho DIU, ainda que por solicitação da própria paciente.

O médico, ora 2º réu, em sua contestação (fls. 55) alega que a paciente afirmou estar fazendo uso de “camisinha”, o que não consta do prontuário. E ainda que assim o fosse, isso não seria suficiente para impedir que medidas acautelatórias mínimas fossem tomadas, como a submissão da paciente a um novo teste gravítico ou a uma ultra-sonografia.

A paciente ainda retornou ao Instituto, reclamando de fortes dores e de hemorragia, sendo atendida pelo mesmo médico, que se limitou a prescrever-lhe um analgésico “em caso de cólica” (fl. 09) e marcar “revisão” para mais de um mês depois (18/01/87; fl. 11), e não 15 dias, como consta da contestação do 2º réu.

Infelizmente, esse grave erro de diagnóstico e de prescrição do aparelho DIU veio provocar na paciente, ora autora, o abortamento, em 20/01/87, de um “feto do sexo masculino, sem defeitos constitucionais ex-

ternos e internos (...) com 16-17 semanas – Philippe”, conforme Autópsia n 2343, feita em 21/01/87 (fls. 12).

A toda evidência que obrou com culpa o médico, ora 2º réu, ao incorrer em flagrante erro de diagnóstico, confundindo gravidez de 16-17 semanas (cerca de 4 meses!), com amenorragia pós-pílula. Deve se destacar, ainda, que o próprio médico não estava convicto de seu diagnóstico, ao colocar um ponto de interrogação, entre parêntesis, após o diagnóstico, conforme se constata às fls. 25: “amenorragia pós-pílula (?)”. E, ainda assim, não se valeu de outras técnicas modernas disponíveis, como outro teste de gravidez ou, principalmente, a ultra-sonografia.

A respeito da responsabilidade civil do médico, veja-se esclarecedor excerto de jurisprudência:

“Ação de reparação de danos. Responsabilidade civil do médico. Profissional que desconsidera quadro clínico anormal de paciente. Necessidade de intervenção cirúrgica no dia seguinte, por outro esculápio. Culpa manifesta. Indenização devida. É indubiosamente negligente o médico que, após realizar uma episiotomia em parturiente, não dá maior atenção às suas queixas posteriores, deixando de proceder a um exame mais detalhado, muito embora o quadro anormal, permitindo a formação de um abscesso de graves proporções, com perfuração do reto, que exigiu cirurgia de emergência no dia imediatamente após última consulta com o profissional, sem que qualquer providência mais atuante fosse tomada. Em casos tais, a responsabilidade médica reside em sua omissão, resultando conseqüências perfeitamente previsíveis, acarretando a obrigação do esculápio em reparar os prejuízos” (TJPR - 3ª C.- Ap.- Rel. Renato Pedroso - j. 22.4.86 - RT 608/160).

Quanto à responsabilidade da FIOCRUZ – fundação pública federal, embora exista quem defenda ser esta objetiva, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição Federal, entendo não ser necessário adentrar nessa discussão, apesar de já ter defendido acima a aferição da culpa.

É que, *in casu*, a culpa do Órgão decorre de expressa disposição legal, encerrada nos arts. 15 c/c 1.521, III, ambos do Código Civil. Ademais, para reforçar a existência da culpa, permitiu referido Instituto que profissional em fase inicial de residência médica em ginecologia/obstetria atendesse sozinho casos como o presente e sem a supervisão de um profissional mais experiente, conforme se vê de documento às fls. 67.

Verifica-se, dessarte, que tal encargo deverá ser suportado de forma solidária entre os 1º e 2º réus. A tese, defendida por uma minoria, de

que o acionado deve ser apenas o Estado, que posteriormente demandará regressivamente o agente, não merece prosperar.

Se o servidor é culpado, não há por que obrigar a vítima a demandar apenas o Estado, desconsiderando expresso texto de lei - art. 159 do Código Civil. A solidariedade ocorre, nesse caso, por força do art. 1.518 e do art. 1.521, III, do Código Civil.

Nesse sentido, veja-se o acórdão que se segue:

"Indenização – Responsabilidade civil – Erro médico – Ajuizamento contra hospital, cirurgião e anestesista – Solidariedade reconhecida – Questionamento de pormenores técnicos-científicos complexos – Desnecessidade – Suficiência, para o reconhecimento da culpa, do enfoque do comportamento dos réus, sob a ótica jurídica – Ação procedente – Recursos não providos" (TJSP – 4ª C. – Ap. – Rel. Ney Almada – j. 24.6.93 – JTJ-LEX 148/90).

Verificada a existência do dano, do evento humano que o causou, do nexu etiológico entre ambos e provada a culpa dos réus, resta verificar a extensão do dano para quantificação do valor da condenação.

Antes de mais nada cabe frisar que atualmente é inconteste a possibilidade de indenização por dano moral, sendo inclusive dispositivo expresso de nossa Lei Maior (art. 5º, X). É bastante claro que a perda de um nascituro, em perfeitas condições, traz para os pais uma dor enorme, que mereça uma reparação condizente, inclusive superior à pleiteada - cem salários mínimos - a qual, infelizmente, não pode ser deferida por este juízo, por haver disposição legal expressa - art. 293 do CPC - que veda o julgamento além do pedido - *sententia debet esse conformis libello*.

III

Ante todo o exposto, **JULGO PROCEDENTE O PEDIDO DOS AUTORES para CONDENAR a Fundação Oswaldo Cruz – FIOCRUZ e o médico Dr. Carlos Alberto Dantas Daniel**, solidariamente, a indenizar os autores relacionados no Relatório e qualificados na inicial, no valor atual de R\$13.600,00 (treze mil e seiscentos reais), pleiteado pelos autores, que deverá ser corrigido monetariamente, acrescido dos juros legais (C.C, art. 1.062, e CPC, art. 293), a contar desta data, até o efetivo pagamento.

Condene os réus em custas judiciais e em honorários advocatícios, estes à razão de 10% sobre o valor da condenação, nos termos do art. 20, §§ 3º e 4º, do CPC.

Sentença sujeita a reexame necessário em duplo grau de jurisdição.

P.R.I.

Rio de Janeiro, 17 de fevereiro de 2000.

CASSIO MURILO MONTEIRO GRANZINOLI

Juiz Federal Substituto em exercício da titularidade da 20ª Vara Federal

SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
22ª Vara Federal

Ação Cautelar

Processo: 99.0003178-4
Autor: MARCELO DE ANDRADE FERREIRA
Ré: UNIÃO FEDERAL
Juíza Federal: Drª NIZETE ANTÔNIA LOBATO RODRIGUES

SENTENÇA

Vistos etc.

I

Trata-se de Ação Cautelar objetivando, inclusive liminarmente, o cancelamento do CPF de nº 911.815.347-04 e obter nova inscrição.

Sustenta o requerente, em apertada síntese, que teve seu nome incluído no SPC e SERASA porquê seus documentos foram furtados do interior de veículo de propriedade de sua namorada, sendo que o autor do furto "começou a realizar compras a vista e a prazo, inclusive pelo sistema Telemarketing, colocando anúncios em jornais de grande circulação, transações possibilitadas através da exibição do CPF ou apenas pelo fornecimento do respectivo número".

Advoga que o *periculum in mora* reside na "irregularidade de seu nome na praça".

Postergada a apreciação da liminar, a União Federal ofereceu contestação alegando que "caso fosse admissível o provimento jurisdicional pleiteado pelo requerente, (...) careceria ele do segundo pressuposto da ação cautelar, visto que nenhum dano ou prejuízo ao direito da parte com relação à lide posta em juízo ocorre ou poderá ocorrer". Inexiste, assim, o *fumus boni iuris* e *periculum in mora*.

Réplica às fls. 50/51.

É o relatório, passo ao julgamento conforme estado do processo.

II

A liminar pleiteada pelo requerente, a par de satisfativa, não se presta para assegurar a eficácia de nenhuma decisão a ser proferida em outro processo. Não existe ação principal a ser proposta (cf. CPC, arts. 796 e 800).

Nada obstante, o CPC, art. 255, V, *in fine*, a *contrario sensu* autoriza o juiz a receber a inicial quando se puder adaptar o tipo erroneamente escolhido ao modelo legal.

Em notas ao art. 250 do mesmo estatuto processual, Teotônio Negrão consigna as seguintes posições jurisprudenciais que se me afiguram pertinentes à hipótese dos autos. Confira-se:

“O antigo RISTF assim determinava em seu art. 77: ‘Se as nulidades ou irregularidades no processamento dos feitos forem sanáveis, proceder-se-á pelo modo menos oneroso para as partes e para o serviço do Tribunal’. A recomendação não foi repetida no atual RISTF, porém é intuitiva a procedência”.

“É dominante a jurisprudência no sentido de que o autor não pode servir-se do processo de conhecimento, se cabível o de execução (RT 496/120, 504/197, 718/183, RJTJESP 111/35, JTA 40/96, 43/94, 46/81, RJTAMG 18/160), e que aquele deve ser convertido em execução, quando for esta o procedimento adequado (RT 622/125).

A opinião contrária, que se nos afigura mais razoável, está em minoria (RT 492/130, em termos, 494/99, 506/131, JTA 100/168, Bol. AASP 1.429/112, sumário em vez de execução).

De qualquer modo, ocorrendo dúvida quanto ao cabimento do processo de execução, é razoável a opção pelo processo de conhecimento (RT 511/141, Lex-JTA 144/57).”

“O nome com o qual se rotula a causa é sem relevância para a ciência processual” (RSTJ 37/368 e Justificante 166/196).

A natureza da pretensão deduzida não se há de encontrar no rótulo eleito pelo autor. Relevam pedido e causa de pedir.”

“Sendo os fatos expostos aptos a conduzir, em tese, à consequência jurídica traduzida no pedido, não importa o rótulo que se tenha dado à causa” (STJ-3ª Turma, REsp. nº 14.944-MG, rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 17.12.91, não conheceram, v.u., DJU 17.2.92, p. 1.377).

“Por isso, o que importa é aquilo que melhor se ajuste aos termos da inicial e ao pedido (RTJ 74/823, 85/247, 86/351, 107/643, STF-RT 570/258, STF-Amagis 3/335, RTRF 115/12)”.

Não se diga que o prazo de contestação, por ser menor no processo cautelar (CPC, art. 802) constitui óbice para a sua convolação em processo de conhecimento comum ordinário. Na hipótese destes autos, verifico que a União Federal obteve inclusive informações junto a Divisão de Tributação (fls. 47/48) para subsidiar a sua contestação, de sorte que se me afigura de nenhuma utilidade devolver-lhe o prazo da resposta para completar a quinzena legal preconizada no art. 297 do mesmo diploma processual.

Isto posto, convolo a presente ação cautelar em ação ordinária com pedido de antecipação de tutela e, considerando ultimada a instrução, passo a examinar o mérito do pedido.

Consta dos autos que em 13 de novembro de 1994 foram furtados do interior do veículo de propriedade da namorada, em Copacabana, todos os documentos de identificação do autor: título de eleitor, identidade do Instituto Félix Pacheco, certificado de reservista e cartão de cadastro de pessoas físicas (CPF). O fato foi registrado na 12ª Delegacia Policial, mas o Inquérito foi arquivado por ser desconhecida a autoria do delito (cf. fls. 06/08).

Em 31 de agosto de 1995, oito meses após o furto, mediante uso desta documentação foram realizadas compras de material de construção junto a FECHMAP Materiais de Construção Ltda. ME., no Município de São Gonçalo, com crédito indevidamente aprovado pelo Banco Interunion S.A. no valor de R\$ 1.167,63. Constituído em mora, como se devedor fosse, o autor teve seu nome incluído no SPC – Serviço de Proteção ao Crédito (cf. fls. 10/15). No interregno entre setembro/95 a dezembro/97, não foi realizada qualquer operação com o CPF do autor.

Em janeiro e fevereiro de 1998, tais documentos foram novamente utilizados, desta feita para compra de equipamentos de ginástica e fisioterapia na Athletic Way Com. Equip. para Gin e Fisiot. Ltda., pelo sistema de Telemarketing, no valor de R\$ 2.054,12, e colocação de anúncios no jornal *Folha de S. Paulo*, via cobrança bancária (cf. fls. 18/27).

Em 31 de agosto/98, o autor solicitou debalde ao Ministério da Fazenda, Setor de Cadastramento, o cancelamento de seu CPF para posterior recadastramento.

Ora, é sabido que o número de inscrição no CPF, sistema de cadastramento e identificação de pessoas físicas na Fazenda Pública Fe-

deral, é atribuído pelo Ministério da Fazenda aos contribuintes pessoas físicas, mediante solicitação, e tem por finalidade o controle fiscal, mas é também largamente utilizado para outros fins.

Segundo a União Federal, “a perenidade e a imutabilidade são os principais elementos que devem caracterizar um número de registro de identificação de pessoa em órgão público de controle de atividade, de cumprimento de dever ou de qualquer outro ato de ordem pública, como são os casos dos documentos de identidade, título de eleitor, carteira de motorista, cadastros fiscais, como o CPF etc.”.

É claro que o número de registro no cadastro não deve, apenas por iniciativa e vontade de seu titular, ser cancelado ou modificado, pois perderia a sua confiabilidade. Acontece que os motivos apresentados pelo Autor são relevantes e justificam a providência excepcional pretendida.

O Registro de Ocorrência de fls. 06/08 e os demais documentos acostados demonstram a veracidade e a gravidade dos fatos narrados na inicial que, aliás, não foram contraditados pela União Federal.

O *periculum in mora* configura-se na iminência de que o documento do autor, economista contratado pela Texaco S/A há mais de seis anos, seja, a qualquer momento, novamente utilizado para realização de operações de crédito, o que poderá ocasionar a inclusão de seu nome em cadastros tais como CADIN e SERASA.

III

Isso posto, **JULGO PROCEDENTE** o pedido determinando que a União Federal promova, **inclusive antecipadamente**, o cancelamento do CPF nº 911.815.347-04, conferindo nova inscrição ao requerente.

Semi honorários, tendo em vista que na apreciação equitativa deste juízo (CPC, art. 20, § 4º) a sucumbência é inexpressiva.

Custas ex lege.

Inexistindo recurso voluntário, remetam-se os autos ao Eg. TRF para reexame necessário.

P.R.I.

Rio de Janeiro, 16 de agosto de 1999.

NIZETE ANTÔNIA LOBATO RODRIGUES

Juíza Federal da 22ª Vara

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

Processo: 98.26731-0
Autor: MURILO ANTONIO DE FREITAS COUTINHO
Réus: UNIÃO FEDERAL e OUTROS
MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL: DRª GISELE ELIAS PORTO
MM. JUIZ: Dr. ALCIDES MARTINS RIBEIRO FILHO

EMENTA: Pagamento de "Jetons". Cabimento de Ação Popular. Precedentes dos Tribunais, inclusive do STF. No mérito, inteligência do par. 7º do art. 57 da CF (E/C nº 19/98). É inconstitucional e vulnera os princípios da moralidade e da publicidade (transparência) o pagamento de 08 (oito) remunerações para os parlamentares em apenas três meses de atividade legislativa, excluindo-se outras verbas remuneratórias. Antecipação de Tutela concedida para reposição dos valores ao erário público e abstenção da prática lesiva. Juízo da 28ª Vara Federal/RJ. Ação Popular nº 98.0026731-0.

Vistos etc.

Trata-se de requerimento de Antecipação de Tutela nos autos da Ação Popular em epígrafe, proposta pelo cidadão MURILO DE FREITAS COUTINHO, devidamente qualificado na inicial, no sentido de proibir os réus de efetuarem qualquer novo pagamento de "Jetons", subsídios e qualquer outra espécie remuneratória, percebidos, cumulativamente ou não, de qualquer outra natureza, a qualquer título, que exceda ao teto constitucional previsto na Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998, percebidos pelos Senhores Congressistas.

Deferimento do litisconsórcio passivo, bem como a citação dos demais parlamentares beneficiários do ato impugnado (art. 7º, II, da Lei nº 4.717/65).

O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, em seu judicioso posicionamento, após manifestar-se no sentido da existência de capacidade postulatória por parte do autor, entende ser adequada a via popular eleita, já que a inconstitucionalidade dos atos legislativos foi apontada como fundamento para a declaração de nulidade dos atos administrativos imorais e lesivos aos cofres públicos.

Quanto ao mérito, passo a transcrever, d.m.v., somente as partes conclusivas da manifestação do Ministério Público Federal, da lavra da Dr^a Gisele Elias Porto, *in verbis*:

“Assim, afronta a moralidade pública o pagamento de ajuda de custo em valor tão superior, quando nos deparamos com a dicção do art. 38, XI, da CF. A referida ajuda de custo fundamentada no Decreto Legislativo impugnado torna-se desarrazoada e desproporcional diante da nova redação da lei maior, ferindo, por consequência, o princípio da moralidade administrativa.

A moralidade administrativa invocada pelo autor como fundamento desta causa encontra-se ferida justamente na não razoabilidade do pagamento das ajudas de custo extras, o que leva à sua inconstitucionalidade.

Deste modo, o pagamento de “jetons” torna-se desproporcional e imoral em razão do espírito da EC nº 19/98, que insere no Texto Constitucional os valores norteadores da moralidade pública vigentes atualmente.

Por todo o exposto, e tendo em vista a verossimilhança das alegações e o comprovado receio de dano de difícil reparação ao erário público, consubstanciado no pagamento efetuado nos meses de dezembro de 1998, janeiro e fevereiro de 1999, requer o MPF o deferimento da tutela parcial antecipada, no sentido de proibir a União Federal, os Parlamentares Chefes da Câmara dos Deputados e do Senado Federal de pagar as ajudas de custo extras aos parlamentares nas Sessões Extraordinárias, devendo, ao final, nestes termos, ser julgado procedente o pedido”.

É o relatório.

DECIDO.

Os tribunais têm admitido tranqüilamente a propositura da ação popular contra a anulação de resoluções de Câmaras Municipais que concedem ilegalmente remuneração de vereadores (STF, RDA 73/290; TJSP, RDA 58/166, 269/214 e 280/175; para invalidar elevação de subsídios de Prefeito durante a legislatura (TJSP, RT 264/483, 270/428 e 273/436; TASP, RT 232/398, 237/447 e 289/704); e, ainda, para anular verba pessoal de deputados (TJSP, RDA 99/227).

No mérito, a vexata quaestio, reside em se estabelecer o verdadeiro conteúdo e alcance da norma gizada no par. 7^a do artigo 57 da Cons-

tituição Federal, senão vejamos o que estabelece o texto constitucional respectivo:

“Na sessão legislativa extraordinária, o Congresso Nacional somente deliberará sobre a matéria para a qual foi convocado, vedando o pagamento de parcela indenizatória em valor superior ao subsídio mensal”.

Apesar das limitações acima transcritas, talvez embalados por circunstâncias de momento, os nobres parlamentares catapultaram os seus próprios salários por sobre os muros da constitucionalidade, implantando a escalada remuneratória através da simultânea aplicação da Constituição Federal e dos Decretos Legislativos nºs 07/95 e 07/99, como se os diplomas normativos não tratassem da mesma situação jurídica.

Seria o mesmo que pagar dois salários, por cada mês de trabalho, a um único empregado sob o argumento de que uma verba salarial está prevista na Constituição Federal e a outra na Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, mas é evidente que esse entendimento não só contraria a Carta Magna como também os postulados da ciência jurídica.

Aliás, nunca é demais lembrar que: “... é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos...” (art. 37, XVI, da CF), daí como podem pretender que um só cargo de parlamentar venha a corresponder praticamente, a uma média anual aproximada de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) por mês, um verdadeiro *bis in idem* durante o ano, ou um *tris in idem* no período de convocação extraordinária.

Todavia, os parlamentares conseguiram receber os pagamentos dos 14º, 15º, 16º e 17º salários, ou seja, triplicaram seus salários no mês de dezembro de 1998 (12º salário de 1998, 13º de gratificação natalina de 1998 e 14º salário de ajuda de custo pelo fim da sessão legislativa de 1998), no total de R\$ 24.000,00 (vinte e quatro mil reais), voltaram a triplicá-los em janeiro de 1999 (1º salário do ano de 1999, 15º e 16º salários, a título de ajuda de custo relativos a uma única convocação extraordinária), no total de R\$ 24.000,00 (vinte e quatro mil reais) e, em continuidade aos múltiplos pagamentos, em fevereiro de 1999, duplicaram-nos (2º salário do ano de 1999 e 17º salário relativo ao início da sessão legislativa de 1999), resultando em mais R\$ 16.000,00 (dezesseis mil reais), totalizando o pagamento de 08 (oito) salários no valor total de R\$ 64.000,00 (sessenta e quatro mil reais), em três meses de atividade parlamentar, **TUDO DE ACORDO COM OS DEMONSTRATIVOS DOS PAGAMENTOS, SENDO TAIS PROVAS TRAZIDAS AOS AUTOS APÓS O CUMPRIMENTO DE SOLICITAÇÃO FEITA AO SENADO FEDERAL E À CÂMARA DOS DEPUTADOS (FLS. 254/256 E FLS. 284/310)**, ressaltando-se que os parlamenta-

res que não ocupavam imóvel funcional em Brasília, no mesmo trimestre, como já se paga em todo o resto do ano, ainda receberam o auxílio moradia de R\$ 9.000,00 (nove mil reais - art. 3º da Mesa nº 76/93, conforme decisão dos autos do processo administrativo nº 95/134629), situação que projetou a remuneração para 09 (nove) salários no valor total de R\$ 73.000,00 (setenta e três mil reais), repise-se, isto em apenas três meses, ou cerca de R\$ 24.333,00 (vinte quatro mil, trezentos e trinta e três reais), por mês.

E nas verbas acima não estão incluídos os pagamentos de passagens aéreas e de cota mensal de combustível de veículo (apesar do próprio Decreto Legislativo afirmar que a ajuda de custo já cobre despesas com transporte), de diárias e, ainda, das verbas de gabinete (R\$ 60.000,00 - sessenta mil, em três meses - art. 1º do Ato da Mesa nº 53 de 06/02/97, que alterou o Ato nº 120/95), a despeito dos esclarecimentos solicitados mas ainda não suficientemente atendidos pelos Chefes de ambas as Casas Legislativas.

Com efeito, tendo em vista que o subsídio máximo dos parlamentares atualmente deve ser, por imposição do próprio Congresso Nacional, de R\$ 8.000,00 (oito mil reais) por mês, bem como porque a Constituição veda expressamente o pagamento de parcela indenizatória superior ao subsídio mensal, este Juízo Federal, no regular exercício de sua competência jurisdicional, através do controle difuso de constitucionalidade, mediante provocação do cidadão brasileiro devidamente qualificado na petição inicial, decide serenamente que é inconstitucional o pagamento adicional de qualquer outra verba remuneratória que ultrapasse o valor total de R\$ 8.000,00 (oito mil reais), durante toda convocação extraordinária do Congresso Nacional, aos nobres Deputados Federais e Senadores da República, pelos anteriores e pelos seguintes fundamentos jurídicos complementares.

Durante a vigência da Constituição Federal de 1967/69, foi estabelecido no art. 33 e seus parágrafos o seguinte:

“Art. 33 - O subsídio, dividido em parte fixa e variável, e a ajuda de custo de deputados e senadores serão iguais e estabelecidos no fim de cada legislatura para a subsequente.

Par. 1º - Por ajuda de custo entender-se-á a compensação de despesas com transporte e outras imprescindíveis para o comparecimento à sessão legislativa ordinária ou à sessão legislativa extraordinária convocada na forma do par. 1º do art. 29.

Par. 2º - O pagamento da ajuda de custo será feito em duas parcelas, somente podendo o congressista receber a segunda se houver comparecido a dois terços da sessão legislativa ordinária ou de sessão legislativa extraordinária”.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, em cujo texto original, que não tratou da verba sob exame, a matéria passou a receber regramento exclusivo por parte do Congresso Nacional, mais especificamente no que interessa ao deslinde da presente, através dos Decretos Legislativos nºs 07/95 e 07/99, que praticamente reproduziram o texto constitucional de 1967/69, apesar deste último Decreto Legislativo já ter sido indevidamente editado na vigência da EC nº 19/98, assim vejamos:

“Art. 3º - É devida ao parlamentar, no início e no final previsto para a sessão legislativa, ajuda de custo equivalente ao valor da remuneração.

Par. 1º - A ajuda de custo destina-se à compensação de despesas com transporte e outras imprescindíveis para o comparecimento à sessão legislativa ordinária ou à sessão legislativa extraordinária convocadas na forma da Constituição Federal.

Par. 2º - Perderá o direito à percepção da parcela final da ajuda de custo o parlamentar que não comparecer a pelo menos dois terços da sessão legislativa”.

Sendo assim, sob a égide do ordenamento constitucional anterior, inclusive durante a vigência da Carta de 1967/69, de acordo com a norma acima transcrita, ocorrendo ou não convocação extraordinária do Congresso Nacional durante o denominado “recesso parlamentar”, que transcorre de 16 de dezembro até 14 de fevereiro e de 01 de julho até 31 de julho, períodos de 03 meses, durante os quais os parlamentares não estão obrigados a permanecer em Brasília, poderia ser paga 01 (uma) ajuda de custo, por sessão legislativa ordinária ou extraordinária independentemente do tempo de duração destas, sob pena de admitir-se ainda mais o indevido pagamento do 18º salário no caso de convocação extraordinária no mês de julho, mesmo assim em duas parcelas, para a “... compensação de despesas com transporte e outras imprescindíveis para o comparecimento à sessão legislativa ordinária ou à sessão legislativa extraordinária convocadas na forma da Constituição Federal”.

Portanto, os parlamentares poderiam receber a 1ª parcela da ajuda de custo sem realizar previamente qualquer despesa adicional, mas que

seria realizada durante a convocação extraordinária do Congresso Nacional e o respectivo ressarcimento ocorreria com o pagamento da 2ª parcela no fim da sessão extraordinária, mesmo assim no caso de comprovada presença do parlamentar durante um tempo mínimo de convocação, **SENDO QUE AS VERBAS EM QUESTÃO NUNCA FORAM INCORPORADAS À REMUNERAÇÃO MENSAL POR QUALQUER TEXTO LEGAL OU CONSTITUCIONAL**, muito menos deveriam gerar essa verdadeira escalada salarial.

Nesse ponto, pode-se afirmar que ocorreram dois equívocos jurídicos: o primeiro porque não foi estabelecido nos textos acima que seriam devidas duas ajudas de custo, mas apenas uma, a ser paga em duas parcelas, até porque o depósito da segunda parcela sempre foi condicional, ou seja, sempre esteve sujeita a um evento futuro e incerto, que era o comparecimento do parlamentar a, pelo menos, dois terços da sessão legislativa (par. 2º do art. 3º do DL nº 07/95); o segundo equívoco deu-se porque não se poderia prever, no momento da elaboração da norma, quanto tempo duraria esta ou aquela convocação extraordinária, que por sua vez também é eventual, muito menos quando e quantas seriam as sessões deliberativas que exigiriam a presença efetiva do parlamentar no Plenário do Congresso Nacional, em Brasília, daí que o pagamento de duas ajudas de custo integrais e indiscriminadamente, no início e no fim de cada sessão legislativa, com mais o possível pagamento da terceira, durante a convocação extraordinária de julho, sem o suporte legal ou constitucional, já constituiu ato de mera liberalidade, como decorrência de interpretação extensiva, que é uma prática até certo ponto temerária, tendo em vista o princípio constitucional da legalidade regente da Administração Pública.

De toda sorte, sobreveio a Emenda Constitucional nº 19, de 04.06.1998, implantando a denominada "Reforma Administrativa", inclusive através do seu art. 11, dando nova redação ao par. 7º do art. 57 da Constituição Federal, conforme transcrito logo no início do presente *decisum*, voltando a disciplinar expressamente um limite para o pagamento de tal verba, sendo certo que o dispositivo constitucional possui indiscutivelmente eficácia plena e imediata e não deve implicar, por ora, inclusive considerando-se o estágio do *iter* processual, maiores digressões, além das que já foram expendidas pelo autor, pelo MM. Juiz prolator da decisão liminar e pelo Ministério Público Federal, acerca da fixação ou não do teto remuneratório dos servidores públicos federais.

A própria União Federal, em seu requerimento de suspensão liminar da decisão proferida anteriormente por este Juízo, dirigindo-se ao Egrégio Tribunal Regional Federal da 2ª Região, externou o seu entendimento, nos seguintes termos:

“Assim, diferentemente do que afirma o autor, na inicial, e o MM. Juiz monocrático, em seu despacho liminar, não será paga a quantia de R\$ 56.000,00 (cinquenta e seis mil reais) a cada parlamentar, já que não serão devidas remunerações extras (ajuda de custo) por sessões extraordinárias em dezembro, janeiro e fevereiro, em obediência ao citado parágrafo 7º do artigo 57 da Constituição Federal, com a nova redação dada pela E/C nº 19/98”.

Em remate, vale colacionar as sábias lições contidas na fundamentação do voto do culto Desembargador Federal Chalu Barbosa, do Egrégio Tribunal Regional Federal da 2ª Região, digno de todos os nossos encômios, nos Autos do Agravo nº 98.02.487000-7, interposto contra a decisão liminar proferida por este Juízo, cujo teor peço vênua para integrar ao fundamento da presente, *in verbis*:

“Lamento que a falta de pagamento do referido jeton tenha causado tanta dificuldade à reunião de *quorum* no Congresso. Tivesse o mesmo acontecido numa Corte de Justiça, certamente seriam os magistrados acusados de grevistas e embora fosse devida a remuneração extra, não seria acolhido como motivo bastante para a ausência em crucial momento do País. Mas como disse o genial despacho do Dr. Alberto Nogueira, não me cabe apreciar os motivos. E nessa altura já se tornou inútil autorizar o que quer que seja, pois como é público e notório por ter sido divulgado pela mídia, as últimas parcelas do referido jeton já foram pagas, e os Doutos Parlamentares já deram sua contraprestação com a maravilhosa emenda constitucional que tanta felicidade derramou no coração dos inativos e tanto trabalho adicional está acarretando ao Judiciário sob a forma de milhares de processos que os Juízes julgarão aos sábados e domingos sem percepção de adicionais ou jetons como lhes manda o patriotismo e o dever de proteger o povo contra ilegalidades e injustiças, sociais inclusive”.

E para se avaliar como essa sistemática de remuneração que foi inusitada e artificialmente implantada no Congresso Nacional, que acarreta o pagamento flagrantemente inconstitucional de 08 salários em apenas três meses de atividade parlamentar, será ainda mais lesiva aos já combalidos cofres públicos caso venha a ser fixado o salário mensal em R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), como pretendem a maioria dos parlamenta-

res, inclusive com apoio de lideranças políticas nacionais de peso, basta atentar-se para o fato de que o pagamento dos correspondentes salários ou subsídios a cada um dos nobres Deputados Federais e Senadores da República durante as sessões legislativas vindouras custará à nação brasileira, em caso de convocação extraordinária do Congresso Nacional, o valor certo de R\$ 160.000,00 (cento e sessenta mil reais) nos meses de dezembro, janeiro e fevereiro, ou R\$ 53.333,00 (cinquenta e três mil, trezentos e trinta e três reais) por mês de trabalho de cada parlamentar que, se somados aos R\$ 9.000,00 (nove mil reais) a título de auxílio moradia (acaso também não sejam reajustados juntamente com os subsídios) no mesmo período de convocação extraordinária, para o parlamentar que não ocupe imóvel funcional, o valor total chegará ao patamar de R\$ 56.333,00 (cinquenta e seis mil, trezentos e trinta e três reais) por mês.

Ainda, se diluídos aos 180.000,00 (cento e oitenta mil reais - 9 x R\$ 20.000,00) de salários, mais R\$ R\$ 27.000,00 (vinte e sete mil reais - 9 x R\$ 3.000,00), a título de auxílio moradia, relativos aos nove meses restantes, resultará no montante de R\$ 376.000,00 (trezentos e setenta e seis mil reais) por ano, ou uma renda mensal individual de R\$ 31.400,00 (trinta e um mil e quatrocentos reais).

A média salarial mensal aumenta, no curso do ano, para R\$ 33.000,00 (trinta e três mil reais), caso o Congresso Nacional venha a ser convocado extraordinariamente no mês de julho, já que imporá aos cofres públicos o pagamento de mais outra ajuda de custo no valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

A Constituição Federal só autoriza, como a todo trabalhador brasileiro, o pagamento de doze remunerações mensais e, por ocasião do fim do ano, mais o acréscimo do 13º salário (gratificação natalina), sendo que os parlamentares já são contemplados com o 14º salário, no caso de convocação extraordinária do Congresso Nacional, desde que preenchidos os demais requisitos legais, assim, se desejam cobrar em triplo, pelas "horas extras" de serviços prestados à nação brasileira, devem providenciar democraticamente a mudança do texto constitucional.

Isto posto, ANTECIPO A TUTELA vindicada, à luz dos pressupostos legais previstos nos arts. 273 e ss. do CPC, por violação da norma contida no par. 7º do art. 57 da Constituição Federal; em respeito aos princípios da moralidade e da publicidade (transparência) que também restaram vulnerados; por estar plenamente convencido da procedência dos argumentos expendidos pelo autor na petição inicial; diante das provas inequívocas constantes dos autos, sobretudo à luz da documentação encaminhada por ambas as Casas Legislativas; por estar evidenciado o

perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, caso demore mais a prestação jurisdicional de natureza satisfativa, passível de efetivação mediante o novel instituto de antecipação da tutela, de modo a evitar maiores prejuízos aos já combalidos cofres públicos. DETERMINO ainda, tendo em vista a força mandamental que emerge do provimento jurisdicional antecipatório, que os Excelentíssimos Senhores Antônio Carlos Magalhães e Michel Temer, respectivamente, Presidente do Senado Federal e da Câmara dos Deputados iniciem imediatamente o desconto mensal de 25% (vinte e cinco por cento), a título de reposição ao erário (art. 46, par. 2º, da Lei nº 8.212/90, aplicável por analogia e em nome do princípio da igualdade de tratamento com todos os demais servidores públicos civis e militares da União, que já sofreram milhares de descontos diretos em seus vencimentos, na fonte, por meio de ato meramente administrativo) diretamente sobre a remuneração líquida a ser percebida por cada parlamentar, a qualquer título, que receberam mais de 01 ajuda de custo no valor de R\$ 8.000,00 (oito mil reais), incluindo-se o fim e o início das sessões legislativas, até que se efetive o completo ressarcimento aos cofres públicos, por parlamentar, de R\$ 24.000,00 (vinte e quatro mil reais) recebidos no período em questão, atualizados monetariamente da data do pagamento até o dia dos efetivos depósitos em contas individualizadas (UMA PARA CADA PARLAMENTAR) abertas no PAB/CEF/JF do Rio de Janeiro, cujos valores ficarão à disposição deste Juízo. Os parlamentares que não mais estejam no exercício do mandato, deverão ser intimados pessoalmente para iniciar os respectivos depósitos até o dia 30 de cada mês, a partir da intimação. ANTECIPO, do mesmo modo, os efeitos da tutela, pelos mesmos fundamentos antes expendidos, ante o requerimento do Autor Popular (fls. 325) e do Ministério Público Federal (fls. 360/69) bem como por ser matéria de ordem pública, para o fim de determinar que as autoridades já mencionadas abstenham-se de pagar as mesmas verbas inquinadas dos vícios apontados, ficando autorizado o pagamento de apenas 01 AJUDA DE CUSTO no valor máximo de R\$ 8.000,00 (oito mil reais), a ser paga em duas parcelas iguais, no caso de nova convocação extraordinária do Congresso Nacional no fim deste ano e no início do ano 2000, sob as penas da lei, inclusive a prática de crime de desobediência e/ou prevaricação (arts. 330 e 319 do CPB, respectivamente), mantidas as demais verbas não abrangidas por esta decisão até ulterior deliberação deste Juízo.

Intimem-se pessoalmente os Chefes de ambas as Casas Legislativas mediante carta precatória acompanhada de cópia da presente, transmitida via fax, rogando-se urgência no cumprimento por parte do MM. Juízo Federal deprecado da Seção Judiciária do Distrito Federal, tendo em vista

a natureza da decisão e a iminência de pagamentos, ante a já anunciada convocação extraordinária do Congresso Nacional.

Oficie-se ao Exmo. Sr. Procurador-Geral da República, também mediante cópia da presente, para os devidos fins.

Oficiem-se, ainda, aos Bancos responsáveis pelo pagamento das verbas indevidas (Bancos Real, do Brasil e Caixa Econômica Federal, agências Senado e Câmara Federal no Distrito Federal) como já diligenciado anteriormente, dando-se-lhes ciência da presente, através do representante legal da própria agência, para cumprimento, sob as penas da lei, inclusive a prática de crime de desobediência (art. 330 do CPB).

Oficie-se ao Tribunal de Contas da União, para ciência e adoção das medidas acaso pertinentes.

Dê-se ciência da presente, via fax, aos Excelentíssimos Senhores Presidentes do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal Regional Federal da 2ª Região.

Publique-se e intimem-se os réus (art. 7º, II, Lei nº 4.717/65) e o MPF.

CUMPRA-SE.

Rio de Janeiro, 09 de dezembro de 1999.

ALCIDES MARTINS RIBEIRO FILHO

Juiz Federal Titular da 28ª Vara Federal/RJ

SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
Juízo Federal da Vara Única de Angra dos Reis

Processo: 99.0800597-9
Autor: IRMÃO RAMOS MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA.
Réu: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL
Juíz: Dr. GUILHERME BOLLORINI PEREIRA

SENTENÇA (TIPO II)

Vistos etc.

A autora, qualificada na inicial, propõe, em face da **CAIXA ECONÔMICA FEDERAL**, ação ordinária, objetivando o pagamento de verba indenizatória a título de danos materiais e morais, com a condenação da ré nas custas, despesas e honorários advocatícios.

Junta instrumento de procuração e documentos de fls. 22/27 e 29/61.

Custas recolhidas, fls. 28.

Junta documentos autenticados, fls. 63/66 e 69/74.

A Ré, citada e intimada para audiência, fls. 76, juntou contestação de fls. 78/79, na qual alega a improcedência do pedido do autor.

Termo de audiência, fls. 90, presente a parte autora e ausente a ré. Determinado a parte autora a regularização de sua representação. Fixado o valor da causa em R\$ 4.631,15 e convertido o rito em ordinário. Deferido prazo para complementação das custas e juntada de novos documentos pela parte autora.

Juntado novo instrumento de procuração, guia de complementação de custas e documentos, fls. 92/104.

Petição da ré, fls. 106, dizendo não ter mais provãs a produzir, vêm os autos conclusos para sentença.

É O RELATÓRIO. Passo a decidir.

Embora ainda haja controvérsias doutrinárias quanto à possibilidade de ressarcimento do dano moral à pessoa jurídica, a maior parte da doutrina e a jurisprudência vão se pacificando no sentido do reconhecimento da indenizabilidade.

Acórdão do Superior Tribunal de Justiça (RT 727/123, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar), comentado por Yussef Said Cahali (*in* Dano Moral, 2ª ed., Editora Revista do Tribunais), situa devidamente essa questão, conforme explica o e. jurista:

“Quanto de se tratar de pessoa jurídica, o tema da ofensa à honra propõe uma distinção inicial: a honra subjetiva, inerente à pessoa física, que está no psiquismo de cada um e pode ser ofendida com atos que atinjam a sua dignidade, respeito próprio ... a honra objetiva, externa ao sujeito, que consiste no respeito, admiração, apreço, consideração que os outros dispensam à pessoa. Por isso se diz ser a injúria um ataque à honra subjetiva, à dignidade da pessoa, enquanto a difamação é ofensa à reputação que o ofendido goza no âmbito social onde vive.

A pessoa jurídica, criação da ordem legal, não tem capacidade de sentir emoção e dor, estando, por isso, desprovida de honra subjetiva e imune à injúria. Pode padecer, porém, de ataque à honra objetiva, pois goza de uma reputação junto a terceiros, passível de ficar abalada por atos que afetam o seu bom nome no mundo civil ou comercial onde atua ... No Brasil, está hoje assegurada constitucionalmente a indenizabilidade do dano moral à pessoa (art. 5º, X, da CF)”.

Cômo já visto, a Constituição da República, ao insculpir em suas normas superiores o ressarcimento por dano moral, não excluiu a pessoa jurídica dentre aqueles que podem sofrê-lo. Dentro, portanto, da evolução do entendimento da reparação dano moral como sanção de ofensa a direitos da personalidade, temos que a pessoa jurídica também os têm, mesmo com caráter mais objetivo.

Visto isso, e examinando os fatos narrados na petição inicial, vê-se que na causa de pedir vislumbra-se a alegada ocorrência de abalo de crédito sofrido pela autora, eis que afirma ter sido prejudicada por ato da ré, ao devolver cheque já compensado.

No que respeita ao entendimento a respeito do que seja crédito, na economia de nossos dias, acolhe-se, na matéria, mais uma vez, a lição do citado doutrinador:

“O crédito, na conjuntura atual, representa um bem imaterial que integra o patrimônio econômico e moral das pessoas, sejam elas comerciantes ou não, profissionais ou não, de modo que a sua proteção não pode ficar restrita àqueles que dele fazem uso em suas atividades especulativas” (*idem*).

Convém trazer os seguintes arestos, citados por aquele jurista, para se ter uma idéia de como a questão vem sendo decidida nos tribunais:

“Dano moral - Pessoa jurídica. É inequívoco o dano moral decorrente de protesto indevido, com agressão à seriedade e idoneidade da empresa, que fica servindo de pasto a especulações maldosas de clientes, fornecedores e instituições bancárias” (TACSP, Ap. nº 668.917, 11ª Câmara, pub. Rep. IOB Jurisp. 3/12.469).

“Consoante melhor exegese do art. 5º, X, da Constituição, pode a pessoa jurídica pretender indenização por dano moral em decorrência do protesto indevido de título, por constituir injusta agressão à imagem e ao bom nome comercial no meio em que exerce sua atividade” (TACMG, 4ª Câmara, RT 728/355).

“Dano moral. As entidades coletivas estão dotadas dos atributos de reputação e conceito perante a sociedade; por conseguinte, são passíveis de difamação, desde que a manifestação possa abalar tais atributos” (TJSP, 5ª Câmara, RT 680/85).

Toda essa doutrina e jurisprudência trazidas aos autos serviram para tornar clara a possibilidade de a pessoa jurídica reclamar indenização por dano moral decorrente do abalo de crédito, que a matéria de que trata o presente processo. Resta examinar se realmente tal fato ocorreu em relação à autora.

A reclamação da autora diz respeito a um cheque, no valor de R\$ 2.140,00), emitido em 18/12/98, em favor de Veraci Dias Will (fls. 30), para pagamento de despesas decorrentes de fornecimento de materiais pela empresa “O Janelão”.

Como não havia fundos na conta da autora para cobrir o valor do cheque, eis que o valor disponível em conta-corrente era de R\$ 178,16 (fls. 52), o cheque foi devolvido na data da emissão (fls. 52). Reapresentado, foi compensado em 28/12/98 (fls. 53).

Não obstante, consta dos autos que o referido cheque, após ser compensado, foi devolvido (fls. 30), pelo motivo nº 12 (sem fundos na reapresentação).

Na contestação de fls. 78/79, a ré não impugna esses fatos, limitando-se a afirmações genéricas. Tampouco compareceu à audiência para a qual foi devidamente intimada (fls. 76), nem trouxe quaisquer outros documentos que comprovassem fatos contrários àqueles narrados pela autora.

É evidente que a CEF, ao devolver cheque já compensado, agiu em desacordo com as normas bancárias mais comezinhas. Como banco que é, deveria portar-se com diligência na administração dos interesses de sua cliente.

Veja-se a seguinte jurisprudência do TRF da 1ª Região:

CIVIL - INDENIZAÇÃO - DANO MORAL - DEVOLUÇÃO DE CHEQUE POR INSUFICIÊNCIA DE FUNDOS: EQUÍVOCO DO BANCO.

1. RECONHECIMENTO DO EQUÍVOCO PRONTAMENTE CORRIGIDO.

2. DANO MORAL PELO CONSTRANGIMENTO DO CORRENTEISTA, IMPORTANDO EM INDENIZAÇÃO, PROPORCIONAL AO VEXAME SOFRIDO.

(AC nº 100025881-0, rel. Juíza Eliana Calmon, j. 04/08/98, pub. no DJ 27/08/98, pág. 109, un.)

Esse fato, comprovado nos autos, constitui abalo de crédito? Pelos documentos de fls. 38/52 e 101, percebe-se que a autora movimentava bastante sua conta na CEF, constando, desde outubro de 1998 até a ocorrência dos fatos narrados, uma devolução de cheque, o de número 24, ocorrida em 27/11/98 (fls. 47), compensado posteriormente, em 01/12 (fls. 48).

Por outro lado, o documento de fls. 34, datado de 05/01/99, emitido anteriormente à devolução do segundo cheque de mesmo valor (nº 79), o que ocorreria somente em 07/01/99, demonstra que a autora não pôde realizar, junto ao fornecedor de sua preferência, o negócio que pretendia.

Destarte, ocorreu um fato, de culpa exclusiva da ré, que trouxe transtornos à autora, que sem dúvida abalou sua reputação no mercado, que por ser em uma cidade do interior, teve mais repercussão.

Devê-se salientar, outrossim, que não consta dos autos a comprovação de qualquer prejuízo material sofrido pela autora, apesar do arazoado de fls. 92/93. Com efeito, o cheque foi compensado, mas sua devolução não deu origem a qualquer prejuízo que esteja provado neste processo. Não foi demonstrado que os depósitos cujos recibos encontram-se às fls. 96/97 têm algum vínculo com a devolução ocorrida em 28/12/98. Aqui há lugar apenas para a reparação de dano moral (Súmula nº 37 do STJ).

As inscrições efetuadas nos cadastros restritivos (fls. 60/61) referem-se a dois cheques que não tem qualquer relação com aquele men-

cionado na petição inicial. A alegação contida no item 5 da inicial (fls. 04), segundo a qual a autora teve que pagar a mesma quantia do cheque mal devolvido (R\$ 2.140,00), como visto, não restou provada.

Restou sim, provado, o abalo de crédito sofrido pela autora, decorrente da indevida devolução, pela ré, do cheque nº 078 (fls. 30), e isso causou transtornos para uma empresa que atua bastante no mercado. O cheque anteriormente devolvido, bem como aqueles posteriores que também foram devolvidos, não têm qualquer relação com o caso concreto, não havendo porque considerar tais fatos como desabonadores à autora.

Tendo em vista a repercussão do ocorrido, ao valor do cheque, ao abalo de crédito sofrido pela autora, a intensidade da culpa (devolver cheque já compensado), a finalidade da sanção reparatória, como fator admonitório para evitar atos daquele tipo, hei por bem fixar o valor da indenização em três vezes o valor do documento devolvido.

ISTO POSTO, JULGO PROCEDENTE EM PARTE O PEDIDO, com fulcro no art. 269, I, do CPC, para condenar a ré a pagar ao autor a quantia de R\$ 6.420,00 (seis mil e quatrocentos e vinte reais), que deverá ser atualizada desde janeiro de 1999 até a data do efetivo pagamento, segundo a tabela de precatórios da Justiça Federal.

Condeno-a, ainda, em honorários advocatícios, que fixo em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, bem como no reembolso das custas.

P.R.I.

Angra dos Reis, 18 de agosto de 1999.

GUILHERME BOLLORINI PEREIRA

Juiz Federal Substituto no exercício da titularidade

SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
19ª Vara Federal

Ação Popular

Processo: 99.0024037-5
Autor: MARCIO FLÁVIO SILVA DE OLIVEIRA
Réus: CENTRO FEDERAL DE EDUCAÇÃO TECNOLÓGICA
CELSO SUCKOW DA FONSECA - CEFET
Juiz: Dr. GUILHERME COUTO DE CASTRO

SENTENÇA (TIPO II)

Vistos etc.

I

MARCIO FLÁVIO SILVA DE OLIVEIRA, qualificado na peça vestibular, promove a presente ação popular em face do **CENTRO FEDERAL DE EDUCAÇÃO TECNOLÓGICA CELSO SUCKOW DA FONSECA - CEFET**, objetivando ver declarada a nulidade da cobrança da chamada taxa de inscrição no vestibular, em relação aos alunos carentes, e conferida garantia de acesso gratuito ao certame.

Como causa de pedir, em resumo, alega que a cobrança de meio salário mínimo por inscrição viola frontalmente princípios constitucionais, consubstanciando-se em taxa de "exclusão social", agredindo a moralidade administrativa.

A inicial veio instruída com decisões de vários outros Juízos, bem como os documentos referentes ao autor popular (fls. 116/117), e ao concurso atacado.

A liminar foi deferida, conforme decisum de fls. 119/120.

A Ré veio aos autos, após, para dizer que cumpriu liminar, e o feito perdeu o objeto (fls.127), sem apresentar contestação à tese da demanda.

O Ministério Público oficiou (fls.130/133), no sentido de ser julgado em parte procedente o pedido, para confirmar a liminar.

É o relatório. DECIDO.

II

O caso parece ser daqueles singelos, simples, nos quais a liminar já foi cumprida, a própria ré nada tem a objetar, e o Ministério Público oficia apenas pedindo a confirmação da ordem antecipatória.

Entretanto, data venia, a hipótese é de um escândalo, que ultrapassa em muito a mera casuística dos autos, e a documentação acostada o revela.

Ao deferir a liminar, assim fundamentei-a:

“Estão presentes os pressupostos legais.

A plausibilidade do direito é manifesta. O valor da inscrição em qualquer concurso público apenas pode corresponder ao necessário, e estritamente necessário, para custear o concurso. E o concurso público deve ser realizado do modo mais acessível e barato, proibido fazer do dinheiro do candidato caixa para pagar benefícios a examinadores ou a terceiros, gerar lucro para a instituição ou associações, ou apenas para encarecer sem necessidade o certame, deturpando-o. Entretanto, o abuso e a ilegalidade se expandiram, no setor, e valores altos passaram a ser cobrados, de uma década para cá, pelo menos.

Até os concursos da área jurídica, que deveriam dar o exemplo, mostram exatamente o exemplo contrário, o da ilegalidade, e, a continuar assim, os concursos públicos deverão ser chamados de concursos censitários” (fls.119).

Diante do quadro de repetidas e repetidas situações similares, descritas na peça inicial, seria homenagear a burocracia, o absurdo, o abuso, prolatar decisão meramente confirmando a liminar, como pede o Ministério Público.

Desde logo, em linha definitiva, assinale-se que pouco importa a previsão circunstancial, em texto infraconstitucional, sobre a cobrança de inscrição em certames vestibulares, para alcançar universidades públicas. Todo o texto de lei deve ser enfrentado à luz da obrigatória gratuidade do ensino público (art. 206, IV, da Constituição).

É, assim, fácil verificar que a cobrança de R\$ 65,00 (sessenta e cinco reais) por inscrição viola o preceito citado e violenta a moralidade administrativa. Bem o disse a peça vestibular, acusando a existência de uma indústria de exclusão social. E acrescentaríamos: e inclusão lucrativa de alguns.

Um simples cálculo é revelador: se são inscritos dez mil candidatos, a arrecadação total será de 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais). Para onde vai tal dinheiro, é o que deve ser investigado pelo Ministério Público.

A primeira hipótese, de total reversão para interesses acadêmicos, e estritamente acadêmicos, não afasta a ilegalidade, pois o candidato não é obrigado a custear tais despesas.

As hipóteses restantes são mais sombrias, e sua ocorrência já veio denunciada em passagens outras, alhures. Mas deve ser minuciosamente analisada pelo Parquet, certo que, como salientado pela liminar, acima reproduzida, desvios vários têm logrado repetição. Anote-se:

- Os valores cobrados pela inscrição em vestibulares públicos, várias vezes, são maiores do que os cobrados por instituições particulares, que objetivam o lucro.
- a terceirização dos certames, com contratação de empresas ou fundações para realizá-los, pode encobrir problemas vários, já tendo até gerado denúncia penal, embora mais tarde, em um ruidoso caso, no fim tenha sido rejeitada pelo STJ (cf. RSTJ 85/17).
- instituições particulares conseguem organizar grandes provas, para ofertamento de bolsas, inteiramente gratuitas, e, claro, é essa a perspectiva que deve nortear os vestibulares públicos, a do mínimo custo, apenas para custeio, e não a de grande custo, com amparo na possibilidade, sem base legal, de remunerar à livre escolha quem organiza e faz as provas.

Assim, a procedência do pedido é decretada, à luz do art. 5º, LXXIII, da Constituição, mas com vista ao Ministério Público Federal, para que, no campo da competência da Justiça Federal, nos termos do art. 7º da Lei nº 7347, tome as providências cabíveis. É claro, tais providências já deveriam ter sido tomadas, mas agora, à luz das assertivas do decisum, o próprio autor popular poderá diretamente cobrá-las do Parquet, ou expor o fato à opinião pública e aos órgãos competentes, caso nada seja feito.

Por sua vez, como a documentação da inicial narra hipóteses que devem ser investigadas e examinadas pelo Ministério Público do Estado, será oficiado para tal órgão, nos termos do art. 7º da Lei nº 7.347.

III

Do exposto, **JULGO PROCEDENTE O PEDIDO**, confirmando e tornando definitiva a liminar.

Sem custas.

P.R.I., dando-se vista ao Ministério Público Federal, para as providências assinaladas na presente decisão, oficiando-se, outrossim, ao Ministério Público Estadual, com cópia do inteiro teor desse feito, acompanhando-o cópia desse decisum, nos termos do art. 7^a da Lei nº 7.347/85.

Rio de Janeiro, 22 de fevereiro de 2000.

GUILHERME COUTO DE CASTRO

Juiz Federal

SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
23ª Vara Federal

Ação Ordinária

Processo: 98.0012633-3
Autoras: ADRIANA REIS DA SILVA DOS SANTOS E OUTRAS
(Adv.: José Elias de Oliveira - OAB/RJ 55.943)
Ré: UNIÃO FEDERAL
(Adv.: Rodrigo Vivacqua Corrêa Meyer)
Juíza: Drª MARIA DO CARMO FREITAS RIBEIRO

SENTENÇA (TIPO II)

Vistos etc.

ADRIANA REIS DA SILVA DOS SANTOS por si e representando suas filhas, **AMANDA REIS DA SILVA DOS SANTOS** e **ANDRESSA REIS DA SILVA DOS SANTOS**, qualificada na inicial, ajuíza ação de conhecimento, pelo rito ordinário, em face da **UNIÃO FEDERAL**, porque objetiva a condenação da ré ao pagamento de uma verba indenizatória pelo dano moral, material e lucros cessantes, em razão do falecimento de seu cônjuge, o fuzileiro naval **ALADARQUE CÂNDIDO DOS SANTOS**, quando atuava como membro do Batalhão de Infantaria Brasileiro junto à Missão de Verificação das Nações Unidas em Angola, acrescido de juros e correção monetária, bem como o levantamento do saldo remanescente, na conta corrente nº 21848011-1 - Banco do Brasil/New York, decorrente dos pagamentos efetuados àquele, a título de remuneração.

Como causa de pedir a prestação jurisdicional, alega, em síntese, que seu cônjuge fazia parte do Corpo de Fuzileiros Navais, desde fevereiro de 1989, e que voluntariou-se para integrar o Grupo de Fuzileiros para a Força de Paz em Angola no período de janeiro a junho de 1997, motivado não só pelo amor à carreira militar, mas também pelo estímulo de, durante 06 (seis meses) em campo de guerra, perceber mais de 300% de majoração salarial, ou seja, de R\$ 700,00 mensais, perceber R\$ 2.400,00 em dólar, bem como chance para promoção em curto espaço de tempo na volta ao Brasil. Ressalta que, em Angola, a tarefa daquele era dar assistência aos feridos e à população, inclusive evitando saques no caminhão da ONU, que conduzia alimentos e medicamentos de uma cidade para outra. Ocorre que, no dia 19.05.97, no trajeto de Vila Nova para

Huambo, numa escolta a um comboio com civis, o cabo Aladarque e seu único companheiro foram interceptados e fuzilados por guerrilheiros ou saqueadores, ocasionando sua morte. Acrescenta ainda que o cônjuge falecido encontrava-se em missão no exterior sob a tutela da ONU e também sob a égide da Lei nº 5.809/72 - Lei de retribuição no exterior, com alteração do Decreto-lei nº 1.394/75 do M.M. nº 11/75, bem como das Diretrizes para Governos Contribuintes com Pessoal Militar - UNAVEM III, que faz previsão de indenização paga pelo Estado, com base em sua legislação nacional, sujeita a reembolso posteriormente pelas Nações Unidas, o que lhe garantiria o direito ao pagamento daquela indenização.

A inicial (fls. 02/10) vem instruída com a Procuração (fls. 12), rol de testemunhas (fls. 11) e os documentos de fls. 13.

Considerando o interesse jurídico das menores impúberes, os autos são remetidos ao MPF, que se manifesta apresentando o Parecer de fls. 76.

Deferido o pedido de gratuidade de justiça às fls. 78, bem como são integradas ao pólo ativo da relação processual as menores AMANDA REIS DA SILVA DOS SANTOS e ANDRESSA REIS DA SILVA DOS SANTOS, ambas representadas pela mãe, ADRIANA REIS DA SILVA DOS SANTOS.

Citada a UNIÃO FEDERAL, em sua contestação de fls. 86/88, com a documentação de fls. 89/114, aduz no sentido da improcedência do pedido, porquanto, a uma, no que concerne ao pagamento da remuneração, aquela já foi depositada no Banco do Brasil, em cumprimento à requisição do juízo da 6ª Vara de Órfãos e Sucessões. A duas, porque é predominante o entendimento de que os militares estão sujeitos a uma legislação própria – o Estatuto dos Militares – que repara os danos causados aos seus integrantes, mediante a reforma ou o pensionamento dos seus dependentes, sem a possibilidade de acumulação com a indenização devida nos casos de responsabilidade civil do Estado. Ressalta ainda que a morte do fuzileiro, *in casu*, caracterizou-se por força maior, que exclui a responsabilidade civil do Estado previsto no art. 37, § 6º, da CF.

Em sua réplica (fls. 117/119), a autora reitera o seu pedido inicial.

A União Federal declina da produção de provas suplementares (fls. 126).

Na forma do Termo de Entrega (fls. 124), são devolvidas à parte autora, 02 fitas cassetes.

Deferida a produção de prova testemunhal requerida pela parte autora, é designada a AJJ, para depoimento pessoal da 1ª autora, e oitiva das testemunhas arroladas (fls. 128).

Às fls. 148/152, Assentada da AIJ, na qual, após a produção da prova testemunhal e recebimento dos documentos de fls. 154, 156/159 e 161; com a concordância da parte autora, da ré e do representante do MPF, decidiu-se pela suspensão da audiência, para oitiva da testemunha, Cabo Samuel Sobrinho Correa, sobrevivente ao ataque que vitimou o cabo Aladarque, sendo designado o dia 25 de agosto de 1999. Outrossim, foi determinada pelo Juízo, a produção de prova suplementar, e a apresentação da cópia do IPM, noticiado às fls. 92, bem como que se oficiasse ao Comandante de Pessoal de Fuzileiros Navais para o envio das informações da Caderneta de Registro do Cabo Aladarque e de suas Folhas de Alterações.

Às fls. 162, aditamento à decisão deferitória de produção de prova documental suplementar, requisitando-se ao Exmo. Sr. Chefe do Estado Maior das Forças Armadas cópia do documento "Reservado ONU - Missão de Verificação das Nações Unidas de Angola - UNAVEM III - Diretrizes para Governos Contribuintes com Pessoal Militar, o que foi atendido por aquele (fls. 168) e anexado em envelope lacrado na contracapa dos autos.

Às fls. 274/277, Assentada de continuidade da AIJ de fls. 148/152, na qual, após a produção da prova testemunhal, foi concedido o prazo de 10 dias sucessivos para apresentação de razões finais, que foram apresentadas pela parte autora às fls. 279/282 e pela ré às fls. 284/285, após o quê manifestou-se o MPF às fls. 288/206, aduzindo, em preliminar, a ilegitimidade passiva da União Federal e a necessidade de integração da ONU à lide e, no mérito, a improcedência do pedido.

Conclusos os autos para sentença.

RELATEI.

DECIDO.

O pedido de levantamento da importância depositada na conta-corrente nº 21848011-1 - Banco do Brasil - N. York já está sujeito à apreciação da 6ª Vara de Órfãos e Sucessões desta Comarca, pelo que passo apenas ao exame do pedido de indenização.

A despeito de funcionar no feito como *custos legis*, para a fiscalização da proteção dos interesses de menores impúberes, o d. representante do MPF, em seu parecer, a título de razões finais, argúi a ilegitimidade passiva da União Federal, dizendo que quem deve funcionar como réu e se responsabilizar pela indenização, caso o pedido venha a ser julgado procedente, é a ONU - Organização das Nações Unidas, pois a vítima estava a serviço de Força de Paz daquela organização, em Angola.

Tal preliminar não merece acolhida.

Em primeiro lugar, embora a ONU - Organização das Nações Unidas reúna a quase totalidade dos Estados existentes, ela não é um superestado, ou seja, nela os Estados nacionais não perdem a sua identidade. Destarte, ela é uma associação de Estados para os fins específicos de manutenção da paz e da segurança nacionais.

Outrossim, ainda que tenha havido motivações humanitárias na participação do Brasil na Força de Paz em Angola, ressalte-se que a presença de tropas brasileiras no monitoramento da paz naquele país, nos anos 90, após mais de duas décadas de sangrenta guerra civil, enfim, aquela presença tem a ver com a garantia de interesses estratégicos (econômicos e políticos) do Brasil no Atlântico Sul. É, na realidade, uma consequência do caráter privilegiado que a relação com Angola tem na política externa brasileira na África austral desde a década de 70, não se devendo esquecer que o Brasil foi o primeiro país a reconhecer a independência de Angola sob a governança do MPLA, em 11 de novembro de 1975, no momento em que Portugal dali se retirava (confira-se, por exemplo, "Um momento Especial nas Relações Brasil - Angola: Do Reconhecimento da Independência aos Desdobramentos Atuais", de José Flávio Sombra Saraiva, em "Angola e Brasil nas Rotas do Atlântico Sul", ed. Bertrand Brasil.

Anota o referido autor que "Apesar do contexto de perda de importância relativa do continente africano no conjunto das relações externas do Brasil, Brasília tem mantido alto nível de interação com Luanda.

Vários exemplos da continuação da política africana do Brasil, de forma mais seletiva e menos continental, levam o Brasil a Angola. O Brasil esteve presente na normalização das relações diplomáticas entre os Estados Unidos e aquele país africano. Desde 1995 o Brasil vem participando do esforço de gerenciamento da paz em Angola, sob os auspícios das Nações Unidas (UNAVEM), no sentido de garantir o acordo firmado entre o governo do Presidente José Eduardo dos Santos e o líder da UNITA, Jonas Savimbi.

Coube à engenharia do Exército brasileiro a tarefa difícil do desmonte de minas terrestres, calculadas em torno de 20 mil, em solo angolano. Foram 1.200 militares brasileiros em Angola em um esforço efetivo orçado em torno de US\$ 150 milhões.

Do ponto de vista financeiro, há uma relevante dívida angolana para com o Brasil, acumulada ao longo desses anos de relação privilegiada, que justificou a visita do presidente Eduardo dos

Santos a Brasília em 1995 e a visita do Presidente Cardoso a Luanda em 1996. A fatura angolana chegou a US\$ 800 milhões. A conta, que vinha sendo amortizada mensalmente com a remessa de 20 mil barris de petróleo para o porto do Rio de Janeiro, foi suspensa em julho de 1994. As remessas foram normalizadas, finalmente, no início de 1996.

A presença das empresas estatais e privadas brasileiras em Angola não cessou ao longo da guerra civil, mas foi drasticamente reduzida. De Furnas à Noberto Odebrecht vários conglomerados vêm participando do esforço de reconstrução econômica de Angola" (fls. 250/252 da obra citada).

Destarte, a participação das tropas brasileiras na Força de Paz em Angola, de acordo com os objetivos constitucionais das Forças Armadas, serve aos objetivos do Estado brasileiro, em especial: a) a conservação e manutenção dos interesses brasileiros no exterior; b) a projeção do Brasil no concerto das nações e sua maior inserção no processo decisório internacional e c) a contribuição para a manutenção da paz e da segurança internacionais.

Ademais, de acordo com o Relatório Reservado com as "Diretrizes para Governos Contribuintes com Pessoal Militar - Militar de Verificação das Nações Unidas em Angola - UNAVEM III", juntado por linha aos autos, a despeito da ONU reembolsar os Estados contribuintes com tropas, *todavia é mantida a responsabilidade dos respectivos governos nacionais, tanto com o pagamento dos soldos e gratificações como com os benefícios referentes a morte e incapacidade para o pessoal dos contingentes, conforme os itens 107, 108 e 109 daquele Relatório Reservado.*

Dizem aqueles itens acima mencionados (fls. 86 e 87 do Relatório Reservado ONU):

"107. O sistema atual de indenização por morte, ferimento e incapacidade sofridos pelo pessoal dos contingentes militares é uma consequência da condição desses contingentes. Os membros dos contingentes militares nacionais, como é bem conhecido, são postos à disposição das Nações Unidas pelos governos, a pedido da organização; ainda que sirvam sob o Comando e o Controle das Nações Unidas, permanecem nas forças armadas nacionais enquanto dura a comissão junto à operação de manutenção da paz. Conseqüentemente, é o seu Governo que paga os seus soldos e que mantém a responsabilidade pelos benefícios sociais, sujeitos a reembolso pelas Nações Unidas de um valor mensal constante referente a soldos e gratificações por cada tropa.

108. As solicitações geradas de morte, ferimentos ou doença sofridos por elementos dos contingentes nacionais no desempenho de deveres oficiais com uma força de manutenção de paz são resolvidas, em primeira instância, pelas respectivas autoridades nacionais do Estado em questão, e com base em sua legislação nacional. As Nações Unidas em seguida reembolsam o Estado contribuinte com tropas por indenizações pagas, contanto que a solicitação do Estado por reembolso tenha sido adequadamente certificada pelo seu Auditor Geral (ou oficial de posto semelhante) e com base no pagamento devidamente feito como resposta a provisões específicas da legislação nacional ao serviço junto às Forças Armadas daquele Estado.

109. Os Governos contribuintes com tropas são reembolsados de acordo com os procedimentos acima, a menos que fique patente a partir dos fatos do caso que o soldado foi ferido durante o período de licença e fora da área da missão ou sob circunstâncias completamente alheias ao desempenho de deveres oficiais”.

A responsabilidade da União Federal para figurar como réu na ação é, pois, patente. É interessante ressaltar que o ente público réu em nenhum momento argüiu a sua ilegitimidade passiva. (Nem requereu a denunciação da lide à ONU, caso se possa aqui invocar o art. 70, inciso III, do CPC, não podendo aquele ato ser determinado de ofício pelo Juiz.)

Rejeitada a preliminar, passo ao exame do mérito.

As autoras requerem indenização por danos materiais e morais em consequência da morte do Cabo FN ALADARQUE CÂNDIDO DOS SANTOS, ocorrida no dia 19.05.97, quando não resistiu aos ferimentos causados em ataque de bandoleiros quando fazia missão de escolta a comboios civis, no trajeto de Vila Nova a Huambo.

A leitura dos depoimentos prestados pelas testemunhas em Audiência, inclusive a do cabo sobrevivente ao ataque em que foi vitimado o finado cabo ALADARQUE, bem como a leitura dos autos do IPM, juntado por linha, aos autos, **deixam claro que a vítima morreu no desempenho de seus deveres oficiais, dentro da área da missão**, “em consequência de um ataque sofrido em 19 de maio de 1997, quando se deslocava da localidade de Pedra do Alemão para a localidade de Boas Águas, localizadas na província de Huambo, República de Angola”, em área considerada pela ONU como “zona de exclusão”, porque não é dominada nem pela UNITA, nem pelo GOVERNO, ou seja, “terra de ninguém”, como esclarecido por uma das testemunhas, sob o ataque freqüente de bandoleiros que saqueiam os comboios civis.

A meu ver, tendo sido o evento morte consequência de ato praticado no desempenho dos deveres oficiais, pela vítima, tal fato já seria suficiente para ensejar a responsabilidade da Administração na reparação do dano, pela teoria do Risco Administrativo, insculpida no art. 37 da CF/88.

Esse entendimento está de acordo com a jurisprudência do Eg. STJ, conforme a Ementa do Resp nº 184.070-0 - Rel. Min. Garcia Vieira. Primeira Turma. Unânime. DJ 01.02.1999 aqui trazida a título de exemplo e que se aplica ao caso, mutatis mutandis.

“ADMINISTRATIVO. TREINAMENTO MILITAR. TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO. DANO. NEXO CAUSAL. PROVA. NECESSIDADE. INDENIZAÇÃO. OBRIGATORIEDADE. PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA.

PRESCRIÇÃO. DEMORA INERENTE AO MECANISMO DA JUSTIÇA. RISCO ADMINISTRATIVO. OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR O DANO. FERIMENTO OCORRIDO DURANTE TREINAMENTO MILITAR.

A DEMORA INERENTE AO MECANISMO DA JUSTIÇA NÃO PODE PREJUDICAR A PARTE DILIGENTE, DANDO CAUSA À PRESCRIÇÃO.

A TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO REQUER APENAS A PROVA DO DANO E O NEXO CAUSAL PARA ENSEJAR À ADMINISTRAÇÃO A OBRIGAÇÃO DE REPARAR O DANO.”

Não bastasse isso, no presente caso, há a concorrência de fatores que ensejam a Responsabilidade em decorrência de culpa.

Pelo que consta dos autos, a despeito das condições de cessar fogo no território angolano, a região onde se localizou a 3ª Companhia Fzo, em Vila Nova, para substituir o contingente uruguaio que se retirara da missão, era considerada uma zona de exclusão, ou seja, uma “terra de ninguém”, não controlada nem pela UNITA, nem pelas FAA; aquela 3ª Companhia, criada com elementos das Companhias iniciais, atuava no limite de suas forças, para o cumprimento de suas missões, pois era integrada com o efetivo de noventa homens, quando o contingente uruguaio, que se retirara da região, cumpria a missão com o efetivo de 143 homens, o que colocava aquela companhia em permanente sobrecarga de trabalho, pois, conforme o relatório do IPM, “o total de efetivo mínimo necessário para o cumprimento das missões operacionais e administrativas é de 54 (cinquenta e quatro) homens escalados diariamente para os serviços”, razão pela qual estavam a trabalhar em regime 1 x 1, conforme depoimento em Audiência. Ademais, as missões de patrulha e de escolta não eram

feitas com a segurança necessária. Frise-se que, na missão em que foi vitimado o cabo Aladarque, ele e o cabo Samuel faziam a escolta em uma viatura Tné Toyota Bandeirante 4 x 4, sem o apoio de uma viatura blindada, o que contribuiu para o ataque dos bandoleiros e para o desfecho fatal.

Tenho, pois, como razoável a alegação das autoras de ter havido negligência, senão do comando operacional direto, pelo menos do Governo brasileiro, que deixou o contingente brasileiro praticamente entregue à própria sorte, sendo de se destacar as seguintes conclusões do IPM:

“h. O Btl. F. Paz dispõe de quatorze viaturas blindadas Urutu, distribuídas em toda sua área de operações; no entanto apenas oito se encontram em condições de serem empregadas, o que representa 57% de disponibilidade. As peças de reposição necessárias a essas viaturas foram solicitadas ao Brasil, conforme Relatório Quinzenal no período de 01 a 15 de maio de 97, de fls. nº 99.

i. O efetivo que dispunha a 3ª Cia. Fzo, não permitia ao comandante da Subunidade escalar pessoal para realizar o serviço específico de escolta, este serviço era realizado pelo pessoal escalado para o serviço nos *check points*”.

A prova dos autos demonstra que não houve desvio de função no fato da vítima participar de missões de escolta, pois, ainda que enfermeiro, era um fuzileiro naval, plenamente preparado para missões de combate.

Ainda que para um militar a morte seja um risco constante ou que tal risco exista em uma guerra ou em uma missão de paz em área conflituosa pela guerra civil, como o caso de Angola, todavia, ninguém vai para uma guerra para morrer. Vai-se para lutar e para vencer.

Tendo morrido em combate, no meu modo de ver, apenas a culpa exclusiva da vítima ou motivo de força maior, sem conjugação de falhas operacionais, poderia afastar a responsabilidade da União Federal pela reparação dos danos materiais e morais resultantes da morte do Cabo Aladarque.

Não ocorrendo aqueles fatores excludentes, cabe à União Federal arcar com o dever de indenizar.

Fixado o dever de indenizar por parte da União Federal, de acordo com a fundamentação *supra*, cabe ver a extensão dos danos e a fixação da indenização ou de seus parâmetros.

Dé fato, conforme alegado pelo réu, pode-se dizer que o estabelecimento de pensão no valor correspondente ao soldo do posto superior ao da vítima, de acordo com a Legislação Militar, já é a indenização pelos danos materiais, pois atende às necessidades de alimentos da viúva e

filhos e corresponde, aproximadamente, ao rendimento da família, se vivo fosse o servidor militar.

Tal pensão, todavia, não cobre os danos morais, cuja indenização foi alçada à condição de garantia constitucional, de acordo com o art. 5º, inciso da CF/88.

A dificuldade de avaliar o dano moral - o "preço" da dor pela perda do esposo e pai, com as conseqüências psicológicas que daí advêm - não apaga a realidade do dano, nem dispensa da obrigação de indenizar (ver. Rui Stoco. "Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial", ed. RT).

Aquela dificuldade de avaliar o dano encontra sua solução na fixação da indenização de acordo com o prudente arbítrio do Juiz. Destarte, atenta ao princípio da economia processual, passo a fixar os parâmetros daquela indenização.

A vítima morreu com 28 anos. Considerando-se uma expectativa de vida de 70 anos, que é a expectativa média atual do brasileiro, em centros urbanos teremos 42 anos que lhe foram tirados. Considerando-se uma renda mensal mínima, que é o valor do salário mínimo, teremos o valor correspondente a 504 salários mínimos (12 salários mínimos x 42 anos) como indenização para as autoras.

Isto posto, na forma da fundamentação *supra*, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE o pedido das autoras para condenar a União Federal a pagar-lhes o valor correspondente a 504 salários mínimos, sendo 252 salários mínimos à viúva e 252 salários mínimos às filhas menores, em partes iguais, a título de indenização pelos danos morais causados pela morte de seu esposo e pai, o Cabo FN Aladarque Cândido dos Santos, durante a missão de verificação da Paz em Angola, no dia 19 de maio de 1997. Juros moratórios de 6% aa contados a partir da citação. Condeno, ainda, a ré ao pagamento das custas judiciais e honorários advocatícios de 10% sobre a condenação.

Sentença sujeita a reexame necessário.

Decorrido o prazo de interposição de recurso voluntário e após a vista ao MPF, subam os autos ao Eg.TRF-2ª Região.

P. R. J.

Rio de Janeiro, 18 de abril de 2000.

MARIA DO CARMO FREITAS RIBEIRO

Juíza Federal Substituta em exercício na 23ª Vara

Direito Penal

JUÍZO DA SEGUNDA VARA FEDERAL CRIMINAL
(antiga 13ª Vara Federal)

Ação Penal

Processo: 88.0006531-7
Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Réu: A.B.P. e OUTROS
Juiz: Dr. ALEXANDRE LIBONATI DE ABREU
Sentença: nº ____/2000

Vistos, etc.

O MINISTÉRIO PÚBLICO ofereceu **DENÚNCIA** em face de **A.B.P.** pela prática da conduta descrita nos artigos 288, 316 e 317, do Código Penal e artigos 4º, 8º, 25 da Lei nº 7.492/86; de **G.F.**, pela prática da conduta descrita nos artigos 288 e 171, do Código Penal e artigos 4º, 8º, 25 da Lei nº 7.492/86; de **F.C.J.I.**, **W.B.A.T.**, **A.B.P.JR.**, **J.C.B.**, e **A.N.S.**, pela prática das condutas descritas nos artigos 288 do Código Penal, 4º, 8º, 25 da Lei nº 7.492/86; de **M.P.JR.** pela prática dos delitos descritos nos artigos 288 do Código Penal e 4º da Lei nº 7.492/86.

Segundo a inicial:

"1. DOS FATOS

1.1 Trata a presente denúncia da operação irregular celebrada entre o Banco da Amazônia S/A – BASA e a Cia. de Nickel do Brasil, que não tem nenhuma vinculação com outros empréstimos irregulares, igualmente concedidos pelo BASA.

1.2 A operação irregular começou com o contato feito com os dirigentes da empresa Cia. de Nickel do Brasil pelos denunciados G.F., que foi apresentado à referida empresa por W.B.A.T.

1.3 Após o contato com o 2º denunciado, G.F., a empresa Cia. de Nickel do Brasil, encaminhou ao BASA os documentos para a elaboração do necessário cadastro, segundo consta, mas que comprovadamente insuficientes para obtenção do vultoso empréstimo.

1.4 Do contato do 2º denunciado, G.F., com a referida empresa, ficou estabelecido por este que o empréstimo seria obtido através de amigos em Belém/PA, que exigiam para a liberação do

empréstimo, a quantia, à época, de CZ\$ 640.000,00, correspondente a comissão de 6% (seis por cento).

1.5 Esta comissão acabou sendo paga pela Cia. de Nickel do Brasil a G.F., através de cheque nominal constante de fls. 75, sendo este entregue de imediato ao 5º denunciado, A.B.P. JUNIOR, ao seu pai, o 1º denunciado, A.B.P., ou, então, como consta às fls. 213/214, o valor foi depositado na c/c 12978-31, do Banco Bamerindus do Brasil S/A – Belém-PA, pertencente a G.F., em 05.12.86 (fls. 126), verificando-se, ainda, que em 09.12.86 foi depositado na conta 7505-5, do Banco Banorte, agência Belém/PA, o valor de CZ\$ 320.000,00, sacados da conta de G.F. (fls. 135).

1.6 A participação do 4º denunciado, W.B.A.T. está caracterizada pela apresentação do 2º denunciado, G.F., aos dirigentes da Cia. de Nickel do Brasil, tendo pleno conhecimento da operação irregular que começava a se concretizar.

1.7 O 3º denunciado, F.C.J.I., e o 6º denunciado, J.C.B., bem como o 8º denunciado, A.N.S., tiveram participação na empreitada criminosa, pois deixaram de cumprir as normas do Banco, não prestando as informações necessárias e corretas, que se feitas impediria (*sic*) a operação irregular, ou seja, as restrições cadastrais constavam do cadastro da favorecida como empréstimo, Cia. de Nickel do Brasil.

1.8 Esclareça-se que o 3º e o 6º denunciados eram os dirigentes máximos do BASA, lotados no Rio de Janeiro e o 8º denunciado, assessor do diretor de crédito rural que era o 1º denunciado, A.B.P. Estes 2 (dois) últimos poderiam bloquear a referida operação irregular. A comissão do 3º e 6º denunciados está na linha de desdobramento causal e intencional, atuando ambos em co-autoria com os demais. O 8º denunciado, A.N.S., aprovou os cadastros incompletos dos tomadores de empréstimo.

1.9 Às fls. 125, dos autos do Inquérito, consta o estudo da Auditoria do BASA onde ficou comprovado que a Cia. de Nickel do Brasil tinha restrições no cadastro e que os gerentes do Rio, em especial, o 3º denunciado, F.C.J.I., mesmo assim, deu prosseguimento na operação irregular de empréstimo à Cia. de Nickel do Brasil.

1.10 Às fls. 126 do Inquérito consta o Relatório do BASA e a comprovação dos depósitos nas contas dos denunciados.

1.11 O laudo pericial Contábil do Instituto Nacional de Criminalística – SECRIM/SR/DPF, às fls. 44/82, em especial, fls. 70 e 81, confirmaram as materialidades dos crimes, sendo irrelevante o fato da Cia. de Nickel do Brasil ter liquidado seu débito junto ao BASA.

2. DA CONDUTA DO DIRIGENTE DA CIA. DE NICKEL DO BRASIL.

2.1 O 7º denunciado, M.P.JR., foi quem aceitou diretamente o empréstimo como 2º denunciado, G.F., emitindo o cheque nº 146421 contra o BANCO DA AMAZÔNIA S/A, no dia 05.12.86 a título de pagamento da comissão ajustada para obter o financiamento, com manifesta fraude, conduta fraudulenta que se amolda no tipo penal do art. 19, da Lei nº 7.492, de 1986. A fraude decorre, em especial, da falta de cadastro regular.

2.2 Sua versão narrada às fls. 56 é inteiramente irreal, não sendo razoável que tenha pago a vultosa quantia de CZ\$ 640.000,00, por serviços de assessoramento de possibilidade de exportação de coisa da Amazônia, como madeira. Tal versão não se afina com a história e como trajeto criminoso dos envolvidos no escândalo do BASA. Não entregou porque não poderia entregar cópia do contrato de prestação de serviços, o que seria ato de normal prudência de qualquer dirigente de empresa.

2.3 O confronto dessa versão do denunciado com as provas documentais e testemunhais já colhidas em outros autos desmonta a mesma, pois lá como aqui houve pagamento de comissões.

3. DO BANDO OU QUADRILHA

3.1 Todos os denunciados, em especial o 1º, 2º e o 5º, se associaram, estável ou permanentemente com o fim de praticar reiteradamente os crimes definidos nesta denúncia, quase todos determinados e permanentes.

3.2 Com adesão consciente e voluntária, portanto com vínculo psicológico, os demais denunciados se associaram a estes que tinham finalidade pré-estabelecida de praticar as condutas a eles imputadas individualmente em co-autoria, alcançando com suas contribuições os resultados almejados, conscientemente, portanto, com adesão subjetiva à vontade do 1º, 2º e 5º denunciados”.

A inicial foi retificada às fls. 306/307 apenas para corrigir a capituloção em relação ao acusado M.P.J.R.

A denúncia foi recebida em 15.12.88 (fl. 02), e a retificação, em 31.08.89 (fl. 309).

O Juízo da 13ª Vara Federal rejeitou, à fl. 216, o pedido de arquivamento formulado pelo MPF às fls. 214, 214 verso. Em virtude de decisão em *habeas corpus*, a competência foi deslocada para a Justiça Estadual, perante a qual houve o oferecimento da denúncia e a realização dos primeiros interrogatórios. Em virtude da decisão de fls. 363/365 a competência foi, novamente, deslocada para este Juízo Federal, que ratificou os atos judiciais praticados perante o juízo estadual (fl. 383) ao acolher a promoção ministerial de fl. 382, verso.

A.B.P. foi interrogado conforme fl. 393 e apresentou defesa prévia, com rol de testemunhas, às fls. 417/419.

G.F. foi interrogado conforme fl. 399 e apresentou defesa prévia, com rol de testemunhas, às fls. 421/424.

F.C.J.I. foi interrogado conforme fl. 402 e apresentou defesa prévia, sem rol de testemunhas, à fl. 410.

W.B.T. foi interrogado conforme fl. 317 e apresentou defesa prévia, com rol de testemunhas, às fls. 321/322.

A.B.P. JR foi interrogado conforme fls. 404/405 e apresentou defesa prévia, com rol de testemunhas, às fls. 412/413.

J.C.B. foi interrogado conforme fls. 406/407 e apresentou defesa prévia, sem rol de testemunhas, à fl. 411.

A.N.S. foi interrogado conforme fl. 318 e apresentou defesa prévia, com rol de testemunhas, às fls. 323/324.

M.P.JR. foi procurado nos endereços constantes dos autos, e declinados pessoalmente à fl. 62, certificando-se não ter sido encontrado (fl. 385, verso). Citado por edital (fls. 387, 391), deixou de comparecer ao interrogatório (fl. 409), sendo-lhe decretada a revelia e nomeado defensor dativo que apresentou defesa prévia à fl. 425, arrolando as mesmas testemunhas indicadas pela acusação.

O BASA juntou documentos às fls. 432/443.

As testemunhas arroladas pela acusação foram inquiridas conforme fls. 506/509 e 533/535 através de cartas precatórias, de cujas expedições se deu ciência às defesas (fls. 485/486).

As testemunhas arroladas pelas defesas foram inquiridas conforme fls. 591, 602/603, 645/646, 655, 660/663, 667/670 e 684. Os defenso-

res foram intimados para manifestação acerca das testemunhas por eles arroladas e não inquiridas, deixando transcorrer *in albis* o prazo e prejudicando, por conseqüência, a realização dos atos (fls. 686/687).

O MPF requereu diligência à fl. 693, verso, atendida à fl. 702. O assistente de acusação e a defesa nada requereram (fl. 646).

O MPF requereu, às fls. 706/718, a extinção da punibilidade de todos os acusados em relação aos crimes descritos nos artigos 288 do Código Penal e 8º da Lei nº 7.492/86, pelo advento da prescrição. Requereu a extinção da punibilidade do acusado W.B.T., em função da prescrição etária, em relação a todos os crimes imputados a esse réu. Requereu, também, a correção da capitulação dos crimes atribuídos aos réus A.P.B., G.F. e M.P.JR., de forma a manter, além do crime de *gestão fraudulenta*, o crime descrito no art. 317, § 1º, do Código Penal para os dois primeiros, e no art. 333, parágrafo único, do mesmo diploma, para o último. Salientou, conforme a doutrina, a comunicabilidade das circunstâncias elementares e que a ocorrência do delito de gestão fraudulenta independe de resultado naturalístico. Requereu a condenação dos réus remanescentes pelo crime descrito no art. 4º, da lei de regência, à exceção de M.P.JR., acerca de quem pediu a absolvição. Requereu, outrossim, a condenação de A.B. e G.F. pelo cometimento do crime de corrupção passiva, e de M.P.JR., pelo de corrupção ativa.

O Assistente de Acusação, apesar de intimado, não apresentou alegações finais (fl. 724).

No intuito de sanar falha na regularidade processual em relação ao acusado M.P.J.R. (fls. 747/748), a defensora dativa foi instada a manifestar-se, no que fez à fl. 749, verso, dizendo não haver prejuízo que pudesse anular o processamento em relação a esse réu.

A defesa de W.B.A.T. requereu, em alegações finais, o reconhecimento da prescrição etária (fl. 742).

A defesa de F.C.J.I. e J.C.B. requereu, às fls. 744/746, preliminarmente, o reconhecimento da inépcia da inicial que teria cerceado o direito de defesa dos réus; e, no mérito, a absolvição, sob o argumento de que não houve gestão fraudulenta de instituição financeira, tendo o empréstimo tomado pela CIA. NICKEL DO BRASIL sido devidamente pago.

A defesa de M.P.JR. requereu, em alegações finais à fl. 751, a absolvição ante a insuficiência probatória.

O defensor de A.N.S. requereu, à fl. 754, o acolhimento da preliminar de prescrição.

A defesa de A.B.P. e A.B.P. JÚNIOR, em alegações finais apresentadas às fls. 761/763, requereu, preliminarmente, o reconhecimento da prescrição; e, no mérito, a atipicidade das condutas atribuídas aos réus.

A defesa constituída de G.F., às fls. 728/739, requereu, preliminarmente, a declaração de nulidade do feito ante a incompetência absoluta, sustentando a ocorrência dos fatos na sede do BASA em Belém do Pará, onde já existia processo em desfavor do acusado. Ainda preliminarmente, a defesa sustentou a inépcia da denúncia posto que a inicial referia-se a co-autoria sem descrever a cota de participação do acusado. No mérito, a defesa insurgiu-se contra a correção da capitulação procedida pelo MPF em alegações finais, aduzindo que não houve *fraude* de qualquer espécie, a afastar a figura da *gestão fraudulenta*. Disse, ainda, que o acusado G.F., por não ser funcionário do BASA não poderia responder pelos crimes previstos pela lei dos crimes do colarinho branco. Saliou a inocorrência de prejuízo para o BASA, e que, por não ser funcionário público, não poderia ter contra si a imputação do art. 317 do Código Penal.

É O RELATÓRIO. DECIDO.

Preliminarmente

Ao acusado W.B.A.T. foram imputadas as condutas descritas nos artigos 288 do Código Penal, 4º e 8º, da Lei nº 7.492/86. Constatado que esse réu hoje já conta com mais de 70 (setenta) anos de idade (fl. 702), o que implica em redução, pela metade, dos prazos prescricionais estabelecidos em função do máximo das penas abstratamente passíveis de imposição (art. 115, do CP). Em assim sendo, e considerando que os prazos prescricionais referidos são, respectivamente, 8, 16 e 8 anos, e uma vez reduzidos pela metade passarão a 4, 8 e 4 anos, sou forçado a reconhecer que, entre a data do recebimento da denúncia e a da prolação da sentença já decorreu período superior ao do maior prazo prescricional previsto. Em assim sendo, mister reconhecer a extinção da punibilidade em relação a esse réu.

No que tange aos delitos previstos nos artigos 288 do Código Penal e 8º da Lei nº 7.492/86, constato também ter se operado a prescrição em relação a todos os demais réus. É que os respectivos prazos prescricionais de 8 (oito) anos, ainda que não reduzidos por força do art. 115 do Código Penal referido, também serão inferiores aos mais de 10 (dez) anos de tramitação da presente ação penal.

Em virtude da prescrição reconhecida, não posso deixar de criticar a lentidão da Justiça na condução do presente feito. Por razões que desconheço e que são anteriores ao meu ingresso na Justiça Federal, provavelmente em função do imbróglio decorrente do desmembramento do inquérito e das dúvidas que cercaram a definição da competência, os presentes autos permaneceram sem andamento após a conclusão dos interrogatórios em 1992, só voltando a assumir regular marcha após maio de 1997.

Acolhidas parte das preliminares suscitadas pelas defesas, cumpre-me analisar as restantes, referentes à suposta inépcia da inicial decorrente da não-imputação de fato aos acusados F.C.J.I. e J.C.B.; à suposta nulidade do feito ante a incompetência absoluta, em virtude da ocorrência dos fatos na sede do BASA em Belém do Pará, onde já existia processo em desfavor do acusado G.F.; e à suposta inépcia da denúncia por não descrição da cota de participação desse acusado.

Quanto à não-atribuição de fato específico aos acusados F.C.J.I. e J.C.B., concluo no sentido da inocorrência da inépcia. É que os fatos foram devidamente atribuídos a esses acusados, bastando, para chegar-se a essa constatação, uma breve leitura da peça acusatória, expressa no sentido de que esses réus "tiveram participação na empreitada criminosa, pois deixaram de cumprir as normas do Banco, não prestando as informações necessárias e corretas, que se feitas impediria a operação irregular". A par disso, consta também expresso na denúncia que a "comissão do 3º e 6º denunciados está na linha de desdobramento causal e intencional (...)". Em assim sendo, conheciam os réus F.C.J.I. e J.C.B. os fatos pelos quais estavam e estão sendo processados, a respeito dos quais puderam exercer a mais ampla defesa.

Quanto à suposta nulidade do feito ante a incompetência absoluta, em virtude da ocorrência dos fatos na sede do BASA em Belém do Pará, onde já existia processo em desfavor do acusado G.F., não tenho como reconhecê-la. É que a quadrilha formada pelo acusado G.F. atuava não só em Belém do Pará, mas também no Rio de Janeiro, onde, com efeito, ocorreu o contato e o fechamento do negócio irregular com a CIA. DE NICKEL DO BRASIL. Note-se que o empréstimo foi concedido através da agência Madureira do BASA, nesta cidade, onde trabalhavam os réus J.C.B. e F.C.J.I., cujas atuações permitiram a conclusão da operação ilícita. Rememore-se que o inquérito foi desmembrado, gerando tantos quantos as empresas envolvidas nos fatos, razão pela qual não está ocorrendo *bis in idem*. Ainda a afastar a tese defensiva, tenha-se em mente que a conexão probatória é facultativa, havendo de se aplicar a regra estabelecida no artigo 80 do Código de Processo Penal, segundo a qual:

“Art. 80. Será facultativa a separação dos processos quando as infrações tiverem sido praticadas em circunstâncias de tempo ou de lugar diferentes, ou quando pelo excessivo número de acusados e para não lhes prolongar a prisão provisória, ou por outro motivo relevante, o juiz reputar conveniente a separação”.

Quanto à suposta inépcia da denúncia por não descrição da cota de participação de G.F., há de ser rejeitada. Com efeito, uma simples leitura da inicial indicaria que a denúncia discriminou a participação do réu G.F. nos fatos. Por outro lado, ainda que tal discriminação não houvesse, o que se admite apenas a título de argumentação, inépcia também não haveria, posto que, na linha da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em se tratando de delito societário, não há necessidade de descrição da cota de participação de cada co-réu. No particular, transcrevo os seguintes precedentes:

“Tratando-se de crime societário, a participação de cada acusado deve ser apurada no curso da instrução, sendo, pois, insuficiente para justificar o trancamento da ação penal a circunstância de a denúncia não descrever de forma individualizada a conduta dos co-réus, se isso não prejudica o pleno exercício do direito de defesa”.¹

Outro não é o entendimento da 2ª Turma do Eg. Tribunal Regional Federal desta 2ª Região:

“As participações individuais, que, em muitos delitos, em concurso de agentes, são perfeitamente discerníveis, mostram-se, contudo, imprecisas e indeterminadas, quando se trata de sociedade criminosa, estruturada na forma empresarial. Essa dificuldade de precisão, quanto a cada participante do evento criminoso, não pode trazer prejuízos à ação penal, sob pena de impossibilidade de apuração de crimes, sempre que praticados por sociedade, pois seria difícil definir e precisar discriminadamente, logo de início, ação individual de cada um dos seus membros”.²

Ultrapassadas as preliminares anteriores, passo à correção da capitulação requerida pelo MPF em alegações finais. Diz o órgão ministerial que a conduta atribuída aos réus A.B.P. e G.F. melhor se amolda ao tipo do art. 317, § 1º, do Código Penal do que ao dos arts. 316, 317 e 171 do mesmo diploma inicialmente atribuídos. Diz também que a conduta atribuída a M.P.JR. também se coloca no art. 333, parágrafo único, do Código Penal.

Assiste razão ao MPF em suas colocações. A conduta descrita pelo art. 316 do Código Penal, atribuído ao réu A.B.P. estaria absorvida

por aquela prevista no art. 8º da Lei nº 7.492/86, a respeito da qual já se operou a prescrição conforme já visto linhas antes.

Também não é de ser atribuído ao réu G.F. a conduta descrita no art. 171 do Código Penal. A simples leitura da inicial acusatória faz ver que jamais foi atribuído a esse réu o recebimento de vantagem indevida em função de ardil ou fraude praticada. Ao revés. A inicial narra, expressamente, que, após contato de G.F. com a empresa NICKEL DO BRASIL, ficou estabelecido por aquele "que o empréstimo seria obtido através de amigos em Belém/PA, que exigiam, para a liberação do empréstimo, a quantia, à época, de CZ\$ 640.000,00, correspondente a comissão de 6% (seis por cento)". O que a inicial narra, em outras palavras, é a solicitação direta, da parte de G.F., de vantagem indevida para outrem, conforme os elementos normativos do artigo 317 do Código Penal.

Finalmente, também é de ser atribuído ao réu M.P.JR. a prática da conduta descrita no art. 333 do Código Penal, visto que nem a inicial nem sua retificação fazem referência a essa capitulação quando certo que a hipótese fática narrada a descreve:

"O 7º denunciado, M.P.JR. foi quem acertou diretamente o empréstimo com o 2º denunciado, G.F., emitindo o cheque nº 146421 contra o BANCO DA AMAZÔNIA S/A, no dia 05.12.86 a título de pagamento da comissão ajustada para obter o financiamento (...)".

Considerando que aqui não se trata de outra capitulação em virtude de fatos novos surgidos após a instrução, mas de mera correção da capitulação atribuída aos *atos originariamente narrados na denúncia*, a hipótese é de mera aplicação do art. 383 do Código de Processo Penal, sem necessidade de baixa ou de aditamento conforme os procedimentos estabelecidos pelo art. 384 do mesmo Estatuto.

Da Gestão Fraudulenta

Neste momento, conveniente uma pequena digressão doutrinária para salientar a dificuldade do julgador para enquadrar tipicamente os fatos tratados. É que, conforme observava o saudoso mestre EVARISTO DE MORAES FILHO, "todos sabemos que a Lei nº 7.492/86 foi elaborada de afogadilho, sendo prenhe de graves defeitos, dentre eles a forma vaga com que pretendeu definir o delito ora em exame. (...) E uma das mais graves mazelas desta *lei provisória* residiu, na opinião de todos que a comentaram, exatamente na redação imprecisa do art. 4º, cujo tipo é de total

vacuidade: "Gerir fraudulentamente instituição financeira".³ Com efeito, trata-se de tipo aberto, cujos sentido e amplitude merecem um tratamento cauteloso. RODOLFO TIGRE MAIA, com idêntica preocupação, adverte que os elementos tipificadores "demandam exegese estrita de modo a não alargar demasiadamente o perfil de incidência deste tipo aberto e vulnerar a reserva legal".⁴ Por isso mesmo, no anteprojeto da nova parte especial, elaborado por JOÃO MARCELLO DE ARAÚJO JR.,⁵ o crime de gestão fraudulenta passou a ter um tipo bem definido, ilustrando o conteúdo e o sentido da norma incriminadora. Embora o texto sugerido não esteja em vigor, serve-nos de sustentáculo doutrinário para aferir o conteúdo do citado artigo 4º, da lei de regência dos fatos narrados na denúncia.

Reza o mencionado anteprojeto, em seu artigo 80:

"art. 80. Expor instituição financeira ao perigo de liquidação forçada, mediante a prática de qualquer dos seguintes atos de gestão fraudulenta:

.....

IV - empregar expediente fraudulento, do qual possa resultar prejuízo para a instituição financeira, seus acionistas, sócios ou credores, com o fim de criar indevida vantagem, para si ou para outrem".

A orientação doutrinária, corporificada no anteprojeto referenciado, por outro lado, coaduna-se com aquela indicada pelos comentadores da lei vigente, especialmente MANOEL PEDRO PIMENTEL, para quem o crime de gestão fraudulenta necessita estar revestido das mesmas características, que seriam da própria essência do delito: "a fraude através do engano, manobra artilosa ou dolosa e o fito de prejudicar alguém ou de obter vantagem para o agente ou para outrem".⁶

Feitas essas considerações, mister concluir que, apesar dos esforços da combativa defesa, a prova é inconteste no sentido da realização da conduta delituosa. Chamo atenção para os termos do relatório elaborado pelo BASA acerca dos fatos, cujos termos iniciais dão conta da magnitude dos acontecimentos típicos:

"Se antes consideramos a situação de extrema gravidade face o alto risco da fabulosa quantia de CZ\$ 540 milhões, o que agora passaremos a expor é, no mínimo, escandaloso e deprimente ao nome e tradição que durante muitos anos têm sido mantidos por nosso Banco no cenário nacional".⁷

O relatório referenciado, elaborado antes mesmo do inquérito, já narrava o procedimento de concessão irregular dos empréstimos, observando que os cheques em pagamento às “propinas” eram emitidos “em datas idênticas às liberações, sempre divididos em dois cheques, exatamente iguais aos percentuais de 8% (oito por cento) e 1% (um por cento) dos valores dos empréstimos, somando 9% (nove por cento). Os cheques de maior valor (8%) em nome de G.F., e os de menor valor, na maioria, ao portador. (...) Depreende-se, ainda, que os cheques emitidos foram entregues com certa antecedência ao favorecido, uma vez que sacados em outra praça (Belém-PA); seria difícil que tais emissões e pagamentos se processassem concomitante às liberações dos créditos”.⁸

A prova judicialmente coligida indica que os réus envolveram mais de vinte empresas em seu “esquema” fazendo sangrar os cofres da instituição financeira em mais de cinquenta milhões de dólares, quantia esta superior à metade do próprio capital do banco. Senão vejamos:

“As investigações conduzidas pelo depoente envolviam cerca de vinte e duas ou vinte e três empresas, no valor total, aproximado, de cinquenta milhões de dólares, que era quantia superior à metade do próprio capital do Banco e capaz, portanto, de levá-lo à quebra”.⁹

Os empréstimos, de seu turno, foram concedidos sem qualquer respeito às regras administrativas e as cautelas exigidas, inclusive a empresas inexistentes. No caso particular da CIA. DE NICKEL DO BRASIL, o Estudo de Operações de Crédito realizado pelo BASA concluiu que à época do deferimento do crédito a empresa e seus dirigentes não possuíam cadastro na Agência, e que o referido cadastro só foi concluído após o deferimento do empréstimo para acobertar a realidade. Concluiu, também, que havia restrições contra a empresa, e que “a dívida encontra-se em situação de completa anormalidade” (fl. 132). Corroborando o quadro de descalabro, ressaltam-se os trechos adiante coligidos, esclarecedores de que os citados empréstimos eram concedidos desde que houvesse o pagamento de “propina” a quem incumbia liberá-los e a seus intermediários:

“Que ao que se recorda, foram apuradas irregularidades na concessão de empréstimos pelo BASA, irregularidades essas consistentes na ausência de ficha cadastral das empresas e mesmo empresas inexistentes que apareciam apenas no papel”.¹⁰

“Que as irregularidades detectadas consistiam na concessão de empréstimos sem observância das normas bancárias e mediante pagamento de propinas pela empresa às pessoas que fa-

ziam a liberação dos empréstimos; Que tais pagamentos foram constatados em levantamento feito pelo BACEN, já que eram efetuados através de cheques da empresa beneficiária e depositados em contas das pessoas dos administradores do banco".¹¹

"QUE a auditoria do BASA veio a constatar que as operações efetivamente eram irregulares".¹²

A autoria do crime de gestão financeira também deflui da prova dos autos, especialmente quando se observa que os réus agiam em conjunto, de forma estável e permanente, cabendo a cada qual determinada função na empreitada. Nem se haveria de exigir que todos os réus realizassem todos os atos materiais. Pelo contrário. O conceito de autor abrange não só estes, mas também aqueles que contribuem, conscientemente, para o sucesso do todo.

Na fase de investigação, já se dispunha de elementos para demonstrar a autoria na pessoa dos réus:

"Tem conhecimento de que o dinheiro pago como comissão, na maior parte, foi para a conta de A.B.P. JR, filho do dirigente já citado e outras parcelas para o gerente F.C.J.I. e funcionário J.C.B. Acredita o depoente que o assessor do diretor A.B.P., A.N.S. seja um dos mentores intelectuais".¹³

O acusado G.F., por sua vez, não negou seus contatos com A.B.P., A.B.P.JR e A.N.S. no intuito de liberar os empréstimos mediante o pagamento de comissões (fl. 91).

J.C.B., ao ser inquirido às fls. 105/108, não negou ter recebido "gratificações" de empresas para as quais o BASA concedia empréstimos. Afirmou que "das vinte e quatro empresas que fizeram financiamentos somente umas cinco ou seis não lhe gratificaram"¹⁴. Não negou sua ciência acerca do caráter ilícito do fato, tanto que afirmou que "como se depositasse os valores recebidos a título de gratificação em sua conta constituía uma irregularidade administrativa, por ser contrária à norma do banco, o interrogando passou a utilizar dois amigos D.B. e R.B., depositando "as gratificações" nas contas dos mesmos, pedindo saque no dia seguinte e depositando na conta de sua esposa S.S.B.". ¹⁵

F.C.J.I., de seu turno, confirmou que "todos os empréstimos concedidos de novembro de 1986 a junho de 1987 foram feitos sem o cadastro completo", apresentando a ridícula justificativa para o recebimento de gratificações por parte das empresas beneficiadas no sentido de que "não sabe por que as firmas lhe gratificavam, visto que as firmas eram donas de dinheiro e faziam com o mesmo o que bem entendiam".¹⁶

M.P.JR., às fls. 62/63, reconheceu que travou contatos com o BASA através de G.F., passando a tratar com F.C.J.I. para celebrar o mútuo.

As declarações dos acusados em sede policial, já referidas, são elucidativas a respeito da fraude, deixando visivelmente claras a materialidade e a autoria delitivas. Também esclarecedoras as declarações de W.B.A.T. às fls. 114 e de G.F. às fls. 115, denotando o envolvimento destes, bem como dos acusados J.C.B., F.C.J.I. e A.B.P.JR.

Os dados coligidos na fase de investigação foram, por outro lado, confirmados judicialmente, conforme se vê dos depoimentos adiante transcritos:

“A.B.P. era o cabeça do esquema porque a maior parte dos valores dados em razão das comissões concedidas foi o investigado que mais recebeu numerário; (...) A.B.P.JR, considerado como o *longa manus* de seu pai e comandante do esquema no Rio de Janeiro. O pai não assinava a concessão de qualquer empréstimo sem o sinal verde de seu filho no Rio de Janeiro. (...) era constante o fluxo de dinheiro entre as contas de A.P. e de A.P.Jr; (...) quem recebia as maiores comissões eram A.B.P. Pereira, quando na Presidência do Banco, F.C.J.I. (gerente da agência do BASA, chamada Madureira, no Rio de Janeiro), J.C.B. (vice-gerente da agência Madureira do BASA (...)); Os demais eram pessoas que também recebiam dinheiro do esquema, mas em virtude da aproximação que faziam entre a Companhia de Níquel do Brasil e o BASA”.¹⁷

“Sobre A.N.S., até onde recorda o depoente, era pessoa a quem o gerente do BASA, em Belém, passava à empresa pretendente ao empréstimo, cabendo-lhe, portanto, arrecadar o dossiê de documentos necessários à concessão de empréstimo¹⁸ (...)”.

“(...) muitos daqueles depósitos em dinheiro, ou em cheques, iam para nomes de pessoas que não tinham patrimônio algum e que, quando indagadas, apontavam para J.C.B.; (...) grande maioria dos depósitos eram feitos diretamente nas próprias contas correntes dos investigados, porque àquela época quase não se apurava os crimes chamados de colarinho branco. À exceção de A.N.S., todos os demais investigados recebiam cheques preenchidos com uma máquina de escrever do próprio BASA, apreendida nos autos do inquérito policial cujos valores eram consignados à razão de cerca de 16% do valor total do empréstimo e serviam como garantia de que os investigados não entrariam numa operação tão arriscada sem qualquer contrapartida. Ditos che-

ques eram assinados em branco e preenchidos com aquela máquina do banco que foi utilizada para o preenchimento dos cheques, ao que recorda o depoente".¹⁹

O rastreamento dos cheques emitidos pelas empresas em pagamento pelas "propinas" ocorreu com autorização judicial (fls. 70/72), constando, a esse respeito, o relatório de fls. 133/157. O citado documento afasta qualquer dúvida acerca da participação de G.F. no recebimento de "comissões" indevidas em função da concessão dos empréstimos, e o ulterior repasse de parte das propinas ao acusado A.B.P., principalmente, dentre outros. Elucidativo, no particular, o quadro de fl. 207 que especifica o destino das "propinas" pagas aos réus de acordo com cada empréstimo irregular concedido.

A defesa de G.F. alega que não houve *fraude* de qualquer espécie, a afastar a figura da *gestão fraudulenta*. Diz, ainda, que o acusado G.F., por não ser funcionário do BASA, não poderia responder pelos crimes previstos pela lei dos crimes do colarinho branco. Salientou, ademais, a inocorrência de prejuízo para o BASA, descaracterizando a figura delitiva.

A alegação não merece provimento. A uma porque, conforme já se expôs, fraude ocorreu. O elemento *fraude*, ora em comento, diz respeito à gestão da instituição financeira, e não ao negócio específico envolvendo a CIA. NICKEL DO BRASIL. Com efeito, o empréstimo entre o BASA e a CIA. NICKEL não foi concebido com engano para nenhuma das partes. Ambas sabiam do caráter ilícito de seu proceder. Em assim sendo, não haveria que se falar em *fraude* nesse negócio. Mister não confundir, contudo, a fraude no negócio, com a fraude na gestão financeira, esta sim tipificada pelo artigo 4º da lei de regência. Nesta, coibe-se a lesão ao sistema financeiro nacional, consubstanciada no emprego de expediente fraudulento como um todo, do qual, nas palavras de J.M.A.JR, já citadas, "possa resultar prejuízo para a instituição financeira, seus acionistas, sócios ou credores, com o fim de criar indevida vantagem, para si ou para outrem".

Também não assiste razão à defesa quando diz que o acusado G.F., por não integrar o BASA, não poderia ser equiparado a funcionário dessa instituição para fins de enquadramento na lei de regência. É que, *contrario sensu* do artigo 30 do Código Penal, as condições de caráter pessoal comunicam-se quando, como no caso vertente, forem *elementares* do crime. Confira-se:

"Art. 30. Não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime".

Em igual sentido leciona TIGRE MAIA, ao salientar que, embora crime próprio, “não é infenso às regras comuns do concurso de agentes (art. 29 do CP) já que tal circunstância, de caráter pessoal, por integrante do tipo, será passível de comunicação aos não-administradores”.²⁰

Finalmente, também cumpre rejeitar a alegação defensiva no tocante ao pagamento do empréstimo tomado pela CIA. NICKEL DO BRASIL. É que, na dicção da doutrina, trata o crime de gestão fraudulenta de “delito de perigo concreto e formal, consuma-se com a simples realização da ação típica, independentemente de qualquer resultado fenomênico ou da causação de efetivo prejuízo às vítimas que, por sua vez, podem ser indeterminadas”.²¹

Salienta-se, no particular, que os empréstimos concedidos mediante o pagamento de “propinas”, sem as mínimas cautelas exigíveis, tinham valor superior à metade do capital do banco, o que poderia levar à quebra da instituição. O crime exige, pois, para sua caracterização, o perigo concreto, e não a própria “quebra” da instituição, como parece fazer crer a defesa. Insta salientar, diante dessa linha, que os créditos foram efetivamente analisados pela auditoria do BASA que concluiu que “os empréstimos concedidos foram feitos com a certeza do não retorno, pois que do prejuízo total de novecentos milhões de cruzados, aproximadamente, dificilmente o banco recuperará 10%”.²²

De todo o exposto, depreende-se que os elementos coligidos na fase de investigação foram integralmente confirmados judicialmente, sob o crivo do contraditório. Insta ressaltar que a testemunha NÍCIO BRASIL LACORTE confirmou, judicialmente²³, o relatório de fls. 186/206, cuja precisão merece ser reproduzida:

“A fraude na concessão dos financiamentos investigados tiveram uma causa principal – a facilidade com que A.B.P. JR conseguia suas pretensões junto ao seu pai A.B.P., diretor de Crédito Geral e substituto eventual da presidência do Banco Amazônia S/A.

Tudo começou quando G.F., amigo da A. e de seu pai, resolveu trabalhar como intermediador na concessão de financiamentos de capital de giro junto ao BASA, utilizando o relacionamento de parentesco e amizade de A., seu sócio de fato, junto aos dirigentes e funcionários daquele banco em Belém-PA.

As primeiras seis empresas a utilizarem o “loby” foram as quatro do grupo MASSON (Cia. Pederneiras, Planinter, Cia. Brasileira de Administração e Casa Masson), mais a Paviquímica e a Cia. de Níquel do Brasil S/A.

Nestes casos, conforme demonstraremos adiante, o 'lobby' se deu em Belém-PA, por contato direto com G.F., tendo pago comissão somente a ele, que repassou parte a A.B.P.JR. e este ao seu pai.

A partir daí passou a ser o sistema da seguinte forma:

As firmas ou empresas eram indicadas por J.C.B. ou F.C.J.I. (chefe do setor de crédito geral e gerente da Agência Rio-Metro do BASA) a W.B.A.T., este preposto de G.F. no Rio de Janeiro. W.B.A.T. telefonava para G.F. e este contactava com A., passando-lhe o nome da pretensa adquirente do financiamento. No mesmo momento, a agência do Banco, através de F.C.J.I. ou J.C.B., efetuava telefonema a A.N.S., assessor de A.B.P., solicitando autorização para concessão do financiamento. A.B.P., com as informações de A.N.S. e o pedido de seu filho A.B.P.JR., autorizava. A.N.S. telefonava ao banco dando o 'OK' para a operação creditícia.

Os financiados pagaram, de um modo geral, 15% do valor das operações a título de comissão, exigida, com exceção das seis primeiras empresas já referidas, diretamente por F.C.J.I. ou J.C.B.. O pagamento deveria ser, como o foi, em seis cheques, com valores predeterminados que, via de regra, deveriam ser assinados dias antes da liberação do valor financiado, de tal sorte que o cliente não pudesse deixar tais cheques sem saldo.

Todos os cheques eram entregues, ora preenchidos, ora assinados em branco, na Agência Rio-Metro, do banco BASA, para F.C.J.I. ou para J.C.B. Normalmente, o de maior valor era nominal a G.F. J.C.B. entregava a W.B.A.T. a parte relativa a G.F., retendo dois ou três cheques. G.F., contactado por telefone sobre a remessa dos cheques, autorizava a W.B.A.T. ficar com um ou dois deles.

Os cheques entregues no Banco, assinados em branco, foram preenchidos na própria Agência, na máquina de datilografia da mesa do gerente F.C.J.I., ou noutra dali".²⁴

Dos Crimes de Corrupção Ativa e Passiva

A defesa de G.F. alega que, por não ser funcionário público, esse acusado não poderia ter contra si a imputação do art. 317 do Código Pe-

nal. Reitero, no particular, o que já disse a respeito da comunicação das circunstâncias pessoais elementares ao crime. G.F., tal como A.B.P., solicitavam o pagamento de “comissões” a fim de porem em funcionamento a máquina montada para a prática dos ilícitos. Tais fatos foram comprovados documentalmente às fls. 133 e 184, conforme os relatórios de fls. 149 e 186/206, e vieram corroborados pela prova judicial:

“Que do empréstimo, uma percentagem era destinada aos concedentes do crédito e a intermediários que participavam da concessão; Que dentre os intermediários, que recebiam porcentagens dos empréstimos, pode mencionar A.B.P., A.B.P.JR, W.B.A.T., G.F. e J.C.B.”.²⁵

“No caso em apreço, W.B.A.T. Trindade e G.F., eram os investigados responsáveis pela ligação entre Belém do Pará e o Rio de Janeiro, tanto é que muitas vezes em ou outro levavam “o sinal verde” ou dinheiro em espécie do Rio de Janeiro para Belém do Pará, dinheiro este que transitaria entre A.B.P. e A.B.P.Jr.”.²⁶

Comprovado, pois, que A.B.P. e G.F. solicitavam o pagamento de “propinas” para conceder sem as cautelas legais empréstimos pelo BASA, há de ser julgada procedente a pretensão punitiva estatal pelo crime de corrupção passiva. Igualmente, há de ser julgada procedente a acusação de corrupção ativa imputada ao acusado M.P.JR., que, efetivamente, pagou pela “facilidade”, conforme comprovam o cheque apreendido de fl. 184 e a ocorrência 01 do relatório do BACEN (fl. 149), além do próprio teor do interrogatório prestado na fase de inquérito (fls. 62/63), onde procura justificar os pagamentos efetuados a G.F.

A justificativa de M.P.JR. para o pagamento de comissões (fl. 62) não é razoável. Esclareça-se que o cheque foi descontado exatamente como nos outros casos, relatados pela auditoria do BASA à fl. 48, e que G.F. reconheçera na fase de investigação que elaborava falsos contratos de prestação de serviço para acobertar “corretagem” recebida (fl. 92).

ISTO POSTO, (1) JULGO EXTINTA A PUNIBILIDADE do réu **W.B.A.T.**, com fundamento no art. 107, IV, c/c arts. 109, II, e 115, ambos do Código Penal, pela prática das condutas descritas nos artigos 288 do Código Penal, 4º, 8º e 25 da Lei nº 7.492/86; **(2) JULGO EXTINTA A PUNIBILIDADE** dos réus **A.B.P., G.F., F.C.J.I., A.B.P.JR, J.C.B., A.N.S. e M.P.JR.**, com fundamento no art. 107, IV, c/c art. 109, IV, do Código Penal, pela prática das condutas descritas nos artigos 288 do Código Penal e 8º da Lei nº 7.492/86; e **PARCIALMENTE PROCEDENTE O PEDIDO** para **(3) CONDENAR A.B.P., G.F., F.C.J.I., A.B.P.JR, J.C.B., e A.N.S.** pela prática da conduta descrita no art. 4º c/c art. 25 da Lei nº 7.492/86; **(4) ABSOL-**

VER, com fundamento no art. 386, IV, do Código de Processo Penal **M.P.JR.** da acusação pela prática do delito tratado no art. 4º, da Lei nº 7.492/86 e **(5) CONDENÁ-LO** pela prática do delito tratado no art. 333 do Código Penal; e **(6) CONDENAR A.B.P. e G.F.** pela prática, em concurso material, do delito tratado no art. 317, § 1º, do Código Penal.

Das circunstâncias judiciais comuns aos apenados em relação ao crime de gestão fraudulenta

As circunstâncias do crime indicam prévia preparação e complexidade. Repare-se na divisão de tarefas entre os acusados, salientada pela autoridade policial em seu relatório de fls.186/206, mais precisamente às fls. 188/189. Todo um estratagema foi montado, desde a diretoria até a agência bancária, com a interveniência de intermediários "de fora" para arregimentar interessados e viabilizar a concessão de empréstimos irregulares mediante o pagamento de "propinas". A sofisticação da empreitada criminosa não é comum, devendo a gravidade da pena acompanhar, proporcionalmente, a especialidade da circunstância. Não há dados exatos acerca das conseqüências do crime, sendo certo, todavia, que, conforme auditoria do BASA, "os empréstimos concedidos foram feitos com a certeza do não retorno, pois que do prejuízo total de novecentos milhões de cruzados, aproximadamente, dificilmente o banco recuperará 10%".²⁷ Também as conseqüências do crime, portanto, devem ensejar maior reprovabilidade.

A.B.P.

O acusado, conforme anotado pela autoridade policial, possui "personalidade forte, sempre se mostrando seguro e imponente, tipo ditatorial. Procura falar alto, tentando intimidar ou se sobrepor ao seu ouvinte".²⁸ Sua personalidade, portanto, exige um apenamento mais severo. Ademais, envolveu-se na prática do delito juntamente com o filho, o que revela pouco apego às relações familiares e, conseqüentemente, aspecto negativo na sua conduta social.

Considerando as circunstâncias judiciais comuns acima e aquelas pessoais ora anotadas, fixo a pena-base, pelo crime de gestão fraudulenta, em 7 (sete) anos de reclusão e pagamento de 100 (cem) dias-multa. Considerando que cometeu o crime com violação do dever inerente ao cargo (art. 61, II, "g" do CP) e que, conforme a testemunha ouvida à fl. 533, o acusado era o "cabeça" por ter sido quem mais recebeu do esquema de pagamento de propinas, também há de ser reconhecida a agravante do

art. 62, I, do Código Penal. Não havendo causas especiais de aumento ou diminuição, torno definitiva a pena do réu A.B.P. em **8 (oito) anos de reclusão e pagamento de 120 (cento e vinte) dias-multa.**

Considerando as circunstâncias subjetivas ora anotadas, e que as objetivas referentes ao crime de corrupção passiva não destoam daquelas outras verificadas em crimes de igual natureza, fixo a pena-base pelo cometimento do delito tratado no art. 317 do Código Penal em 2 (dois) anos de reclusão e pagamento de 30 (trinta) dias-multa. Deixo de reconhecer a incidência do art. 61, II, "g", do Código Penal por constituir causa especial de aumento de pena. Não havendo agravantes ou atenuantes, aumento a pena em 1/3 (um terço) em função do parágrafo primeiro do citado artigo 317 do Código Penal, tornando-a definitiva em **2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão e pagamento de 40 (quarenta) dias-multa.**

Em virtude do concurso material (art. 69 do CP) somo as penas cominadas que, juntas, perfazem um total de **10 (dez) anos e 8 (oito) meses de reclusão e pagamento de 160 (cento e sessenta) dias-multa.**

G.F.

Considerando as circunstâncias judiciais comuns anotadas, vez que não há dados subjetivos do acusado, e que, conforme a tabela de fl. 207 o réu foi um dos que mais recebeu "propinas" pelo esquema do BASA, fixo a pena-base pelo crime de gestão fraudulenta em **6 (seis) anos de reclusão e pagamento de 80 (oitenta) dias-multa**, a qual será definitiva em virtude da ausência de agravantes ou atenuantes e causas especiais de modificação da pena.

Considerando que não há circunstâncias subjetivas a serem apreciadas, e que as objetivas referentes ao crime de corrupção passiva não destoam daquelas outras verificadas em crimes de igual natureza, fixo a pena-base pelo cometimento do delito tratado no art. 317 do Código Penal em 1 (um) ano de reclusão e pagamento de 20 (vinte) dias-multa. Não havendo agravantes ou atenuantes, aumento a pena em 1/3 (um terço) em função do parágrafo primeiro do citado artigo 317 do Código Penal, tornando-a definitiva em **1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão e pagamento de 26 (vinte e seis) dias-multa.**

Em virtude do concurso material (art. 69 do CP) somo as penas cominadas que, juntas, perfazem um total de **7 (sete) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e pagamento de 106 (cento e seis) dias-multa.**

F.C.J.I., J.C.B. E A.N.S.

Considerando as circunstâncias judiciais comuns anotadas, e que não há dados subjetivos sobre os réus, fixo as respectivas penas-base, pelo crime de gestão fraudulenta, em 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão e pagamento de 70 (setenta) dias-multa. Considerando que o crime foi cometido com violação do dever inerente aos cargos que exerciam (art. 61, II, "g", do CP), aumento as respectivas penas para **6 (seis) anos de reclusão e pagamento de 80 (oitenta) dias-multa**, as quais serão definitivas na ausência de atenuantes e de causas especiais de modificação.

A.B.P.JR

Segundo relata a autoridade policial, o acusado "usa termos de baixo calão contra G.F. e demonstra desvio de personalidade. Fala manso, mas se irrita com facilidade. Nesses momentos fala o que não quer. Pessoa de nível superior, formado em direito, inteligente, mas sem nenhuma postura".²⁹ Tais circunstâncias refletem-se negativamente em sua personalidade. Ademais, envolveu-se na prática do delito juntamente com o pai, o que revela pouco apego às relações familiares e, conseqüentemente, aspecto negativo na sua conduta social.

Considerando as circunstâncias judiciais comuns acima e aquelas pessoais ora anotadas, fixo a pena-base, pelo crime de gestão fraudulenta, em **7 (sete) anos de reclusão e pagamento de 100 (cem) dias-multa**, a qual será definitiva diante da ausência de agravantes, atenuantes e de causas de modificação.

M.P.JR.

Não há circunstâncias judiciais subjetivas a serem consideradas, sendo as demais comuns a delitos de igual natureza. Fixo, assim, a pena-base pelo cometimento do delito de corrupção ativa no mínimo legal, vale dizer, em **1 (um) ano de reclusão e pagamento de 10 (dez) dias-multa**. Não havendo agravantes ou atenuantes a serem consideradas, aumento a pena em 1/3 (um terço) em virtude do parágrafo único do citado artigo, posto que, em razão do oferecimento de vantagem indevida, o empréstimo foi concedido irregularmente. Torno definitiva, assim, a pena, em **1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão e pagamento de 13 (treze) dias-multa**.

Das Disposições Comuns

Não havendo dados nos autos sobre a situação econômica dos réus, sou forçado a fixar o valor do dia-multa no mínimo legal, vale dizer, em 1/30 (um trigésimo) do valor do salário mínimo para todos os apenados.

Em razão do *quantum* fixado e das circunstâncias judiciais consideradas na fixação da pena-base do delito de gestão fraudulenta, fixo o **regime fechado** para o início do cumprimento das penas de todos os réus, exceto para o acusado M.P.JR., em cuja pena-base não foram reconhecidas quaisquer circunstâncias judiciais, podendo, desta forma, iniciar o cumprimento da respectiva pena em **regime aberto**.

Nego aos acusados, salvo em relação ao acusado M.P.JR., o direito de apelo em liberdade. O crime de gestão fraudulenta, pelo qual condenados, atingiu magnitude, sendo de se ressaltar que a magnitude da lesão constitui causa suficiente à restrição cautelar na forma do art. 312 do Código de Processo Penal, como forma de garantia da ordem econômica. É necessário que os acusados, dada a nocividade de suas condutas, se afastem do convívio social, especialmente das atividades profissionais, com vistas a não tornar a delinquir com risco para o sistema financeiro. Expeçam-se os respectivos mandados de prisão.

Condenado os acusados ao pagamento das custas judiciais *pro rata*.

Considerando, por fim, o advento da Lei nº 9.714/98, e que o apenado M.P.JR. preenche os requisitos legais, substituo a respectiva pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos, que vigorarão pelo prazo daquela, sujeitando-o à proibição de se ausentar do Estado do Rio de Janeiro sem autorização judicial e à prestação de serviços gratuitos à comunidade, na forma que for estipulada pelo Juízo da Execução.

Transitando em julgado a decisão para a acusação, tornem os autos conclusos.

P.R.I.

Rio de Janeiro, 22 de fevereiro de 2000.

ALEXANDRE LIBONATI DE ABREU

Juiz Federal

NOTAS

1. HC 74.571-BA, rel. Min. Ilmar Galvão, 29-10-96, Informativo STF n.º 51, de 06.11.96, p. 2.
2. 2ª Turma do TRF da 2ª Região, DJU 226 de 21.11.96, Seção 2, p. 89.377.
3. Peça Processual publicada na Revista Brasileira de Ciências Criminais n.º 20, referente ao *Habeas Corpus* 95.02.17807-6/RJ.
4. Dos Crimes contra o Sistema Financeiro, Malheiros, 1996, p. 58.
5. Citado na peça processual antes referida.
6. Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional, p. 51.
7. Fl. 37.
8. Fl. 48.
9. Nício Brasil Lacorte, à fl. 533.
10. Antônio Adolfo Albuquerque, à fl. 506.
11. João Luiz Castro Sampaio, à fl. 508.
12. Paulo Noleto Cruz, à fl. 661.
13. JOÃO LUÍZ CASTRO SAMPAIO, à fl. 77.
14. Fl. 106.
15. Fl. 108.
16. Fl. 110.
17. Nício Brasil Lacorte, à fl. 533.
18. Nício Brasil Lacorte, à fl. 534.
19. Nício Brasil Lacorte, à fl. 534.
20. Ob. cit., p. 58.
21. Rodolfo Tigre Maia, *in* Dos Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional, Malheiros, 1ª ed., p. 58.
22. João Luiz Castro Sampaio, à fl. 77.
23. Fl. 534.
24. Fls. 188/189.
25. Antônio Adolfo Albuquerque, à fl. 506.
26. Nício Brasil Lacorte, à fl. 534.
27. João Luiz Castro Sampaio, à fl. 77.
28. Fl. 194.
29. Fl. 193.

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

Processo: 93.36034-5

DECISÃO

Trata-se de denúncia por fato já tão conhecido de todos os Juízos criminais desta Seção Judiciária e do próprio TRF da 2ª Região, que concerne ao uso de passaporte e documentos falsos, cujo objetivo é a entrada do indivíduo nos Estados Unidos da América.

Esta singela questão tem movimentado Juízos, Tribunais e a própria jurisprudência a ponto de ensejar a edição da Súmula nº 200 do STJ, que sepultou a questão da competência para processar e julgar tal fato, optando pelo uso do documento como conduta predominante na definição do *locus commissi delicti*.

Em regra os fatos são sempre os mesmos: "indivíduo do interior do país, cuja condição socioeconômica o leva à procura da alternativa de emigrar, com vistas a melhores oportunidades de emprego e salário".

Com efeito, não há como ignorar o crescente desemprego que, embora não seja por todos sentido, certamente atinge vasta camada da população, exatamente aquela que está relegada aos efeitos nefastos da nova roupagem do capitalismo, detalhada agora pelo neoliberalismo e pela globalização.

Por um lado compele-se o cidadão a consumir cada vez mais, ao passo que por outro acena-se com o desemprego ou a opção de servir de mão-de-obra barata às engrenagens desse sistema.

Alguns sucumbem das mais diversas formas enquanto outros se defendem como podem, ainda que para isso de tudo façam para procurar abrigo junto ao país paraíso desse sistema, os Estados Unidos da América, onde o salário mínimo, várias vezes superior ao nosso, e todas as oportunidades de emprego e trabalho lá oferecidas, ainda permitem pelo menos sonhar.

Mas é preciso conseguir o visto de entrada nos EUA, enquanto que a formação profissional, o grau de instrução, o *status* e até mesmo a cor, os traços físicos e a raça, dificultam essa façanha.

Parte o sujeito para a aquisição espúria do passaporte, e paga por ele a um bem-sucedido "empreendedor" do comércio da falsificação, alguém que também acaba por tirar proveito das conseqüências do nefasto sistema, praticando uma dentre tantas atividades ilícitas espoliativas da desgraça humana, pensando aquele infeliz que conseguiu resolver seu problema.

Viaja, efetua gastos com a aventura, mas é detido e repatriado para o Brasil, onde é preso e obrigado a pagar fiança muitas vezes.

Não seria difícil imaginar agora, viesse esse indivíduo a transformar-se naquele "vagabundo" referenciado por NILO BATISTA, como um dos condenados do conto de JACK LONDON, o qual *"alegando perante o juiz que houvera deixado sua ocupação com a esperança de obter uma vida mais feliz, foi punido com mais 30 dias por abandono de emprego"* ("Punidos e Mal Pagos", Ed. Revan, 1990, RJ, p. 36).

Pelo fato de ter utilizado o documento falso, parece-me que o denunciado já padeceu bastantes agruras, haja vista o desfecho de sua viagem, sem contar tudo o que precedeu à sua decisão de deixar a terra natal valendo-se do expediente mencionado.

Seria necessário o processo e a punição formal do Direito Penal? Será ela o marco veraz a prevenir outros fatos semelhantes?

Creio que não. Pois fosse assim, certamente que a essa altura não estaríamos ainda agora a receber processos dessa natureza, bem como não teríamos a presença de uma "quadrilha" tão bem estruturada, a permitir que esses passaportes sejam conseguidos.

Entretanto, de todo esse contexto de dezenas de casos como este, podemos extrair, perplexos, duas indagações: a) o que tem levado tanta gente a optar por deixar o Brasil a qualquer custo, mesmo utilizando documento falso? Será um tipo de criminalidade específica, como uma epidemia a espalhar-se, sobretudo pelo interior do país?; e b) por que razão estamos todos nós, Polícia, Ministério Público e Judiciário, a processar dezenas e dezenas de casos como este, lotando nossas prateleiras com coisa desta natureza, quando o mais óbvio, o mais preciso e eficiente meio de sanar o problema, sob a ótica da repressão penal, seria identificar, reprimir e extirpar, de uma vez por todas, a raiz de tudo isso, a "quadrilha" responsável pela venda dos malsinados passaportes.

Afinal, todas as pessoas repatriadas (e não são poucas), admitem que pagaram a alguém para obter o passaporte. Será que nem mesmo assim as agências policiais são capazes de dar fim ao problema?

Mas nós continuamos aqui, a processar por dispendiosos atos, inclusive precatórias, os indivíduos do interior do país que não conseguiram utilizar com sucesso o documento confeccionado e vendido pela quadrilha de falsários. Que lástima! De um lado a problemática social que conduz o sujeito a deixar o Brasil de qualquer jeito, e de outro a impotência de um sistema que jamais chega a por as mãos em quem proporciona esse "jeito".

Ora, o processo penal, no caso em tela, é completamente inútil. Seja porque não resolve o problema social que implica no êxodo, seja porque não está dirigido àqueles cujas condutas mais graves são as que estão mais diretamente causando o problema.

A imensa gama de casos como este, diante do contexto acima traçado, leva-nos a concluir que não basta a ótica técnica e os requisitos do fato típico e antijurídico, mas reclama-se o exame sob prisma criminológico, através do qual, de antemão, resta concluir não ser o agente culpável, entendendo-se esta culpabilidade como necessidade e idoneidade da pena para o caso concreto.

Como realça ZAFFARONI ("Em Busca das Penas Perdidas", Ed. Revan, 1989, RJ), aqui a ciência social e o saber do jurista devem estar aliados para a aplicação de uma política criminal mais adequada, respondendo com mais justiça ao caso concreto e servindo como uma reestruturação do enfoque de combate ao crime.

Seguindo essa linha de análise em casos semelhantes, esse Juízo vêm aferindo o caráter episódico do fato delituoso, praticado à vista das circunstâncias sociais que para ele contribuíram, proferindo sentenças absolutórias com espeque na causa supralegal da inexigibilidade de conduta diversa.

O presente caso ainda dá mostras evidentes de que não produzirá nada de efetivo em termos de jurisdição, muito menos de econômico sob o ponto de vista custo-benefício, pois o fato foi praticado em 21 de março de 1993 e se recebida hoje a denúncia, já teria ocorrido mais de 7 (sete) anos entre aquele e a presente data, sendo certo que os autos não indicam a menor probabilidade de que o réu possa ser condenado em pena que não venha a prescrever em concreto.

Diante deste contexto, a meu ver, não há justa causa para receber a inicial.

Isto posto, REJEITO A DENÚNCIA.

Decorridos os prazos, dê-se baixa e archive-se.

Rio de Janeiro, 29 de novembro de 2000.

ABEL FERNANDES GOMES

Juiz Federal - 5ª Vara Criminal

Direito Previdenciário

SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
38ª Vara Federal

Processo: 97.0105733-3
Classe: 1002
Tipo: 2
Autor: PAULO NABUCO (CPF Nº 555.234.557-68)
Adv.: WELLINGTON MOUSINHO LINS DOS SANTOS
(OAB/RJ 60.578)
Réus: JOSÉ BATISTA SALLES
CURADORA: MARIA RITA DE CASSIA RIBEIRO OLIVEIRA (OAB/RJ 74.773)
INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
PROC: ADRIANO ALMEIDA FIGUEIRA (OAB/RJ 88.753)
Juíza: Drª MARIA ALICE PAIM LYARD

SENTENÇA

PAULO NABUCO, qualificado às fls. 03, propõe Ação Declaratória de Reconhecimento de Sociedade de Fato, em face do finado JAIR BATISTA SALLES, sustentando ter coabitado com o mesmo, mantendo uma sociedade de fato homossexual, por mais de 24 (vinte e quatro) anos ininterruptos, formando uma vida em comum, trabalhando juntos, convívio que durou até a morte de Jair, vítima de AIDS. Sustenta o autor, que ele e Jair eram companheiros e que esta união equivale a de um casal heterossexual, não podendo haver discriminação. Requereu o reconhecimento da sociedade de fato entre o suplicante e o "de cujus", pelo lapso de tempo iniciado em 07 de julho de 1977 até 22 de janeiro de 1996, sendo-lhe assegurado o direito de se habilitar como companheiro à pensão previdenciária junto ao INSS, assim como o direito de suceder seu companheiro na Reclamação Trabalhista, que se processa na Justiça do Trabalho, na qual o falecido obtivera ganho de causa.

Com a inicial vieram os documentos de fls. 06/11.

Às fls. 15, o autor esclarece que não foi aberto inventário de bens do falecido, eis que o mesmo apenas deixou créditos trabalhistas.

O MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da Capital, às fls. 16 e 16 verso; declinou de sua competência para uma das Varas da Justiça Federal, por tratar-se de ação em que o INSS deve integrar a lide como litisconsorte necessário.

O autor, às fls. 28/29, emendou a inicial para requerer a citação do INSS para contestar o feito, e a condenação do Instituto a pagar-lhe pensão previdenciária pelo falecimento de seu companheiro Jair Batista Salles, com o pagamento de todas as parcelas em atraso do benefício, a contar da data do óbito.

Às fls. 32, determinada a remessa dos autos à SEADI para a regularização do pólo passivo da ação, fazendo constar como réus, apenas, o INSS e José Batista Salles.

O INSS ofereceu contestação às fls. 36/38, sustentando, em síntese, a impossibilidade jurídica do pedido, eis que a lei não prevê a possibilidade de união estável entre dois homens, inexistindo, ademais, prova, nos autos, da condição de segurado do falecido.

O segundo réu foi citado por edital, não tendo vindo aos autos, razão pela qual foi-lhe nomeada curadora especial às fls. 44, substituída às fls. 53, a qual manifestou-se pela improcedência do pleito às fls. 55.

Réplica às fls. 59/60.

Deferida a produção de prova testemunhal às fls. 67.

Ciência ao MPF às fls. 71.

Realizada Audiência de Instrução, às fls. 74/75, na qual foram tomados depoimentos das testemunhas arroladas pelo autor.

É o relatório. DECIDO.

O pedido do autor, conforme emenda à inicial constante de fls. 28/29, consiste em ver condenado o réu INSS a pagar-lhe pensão previdenciária pelo falecimento de seu companheiro, Jair Batista Salles, com quem, segundo alega, viveu em comum por muitos anos.

Sustenta o INSS que o grande óbice à pretensão deduzida pelo autor se encontra no artigo 16, § 3º, da Lei nº 8.213/91 e no artigo 226, parágrafo 3º, da CF/88.

Sustenta o autor que tal conduta é discriminatória e que a convivência que manteve com o falecido Jair é de ser equiparada à de um casal heterossexual, com todos os direitos daí decorrentes.

Com efeito, a autarquia ré, ao negar-se a reconhecer a companheiros homossexuais, direitos previdenciários, viola diversos princípios e garantias constitucionais.

A Constituição Federal de 1988, como instrumento instituidor do Estado Democrático de Direito, enuncia em seu artigo 5º os direitos e liberdades fundamentais, consagrando, dentre estes, os princípios da liberda-

de e da igualdade, sem os quais não se sustentaria a dignidade da pessoa humana, princípio fundamental, contido no artigo 1º, inciso III, da Carta Magna.

O princípio da igualdade, no âmbito da sexualidade, mereceu especial atenção do legislador constituinte, mediante a proibição de qualquer discriminação sexual infundada, como se verifica da leitura do artigo 5º, inciso I, que assegura a igualdade de direitos entre homens e mulheres e do artigo 7º, inciso XXX, da CF/88, que proíbe a diferença de salários, exercício de funções e critério de admissão por motivo de sexo.

Os argumentos expendidos pela autarquia ré revelam tratamento diferenciado para situações equiparáveis, quais sejam, de um lado, a união entre pessoas de sexo diverso e, de outro, a união entre pessoas do mesmo sexo, ambas sem o vínculo jurídico do casamento civil, mas fundadas em relações de afeto, companheirismo, ajuda e dependência mútuas. Às relações entre homem e mulher, a autarquia reconhece amplo acesso ao regime da Previdência Social, reconhecendo, aos companheiros, a qualidade de dependentes de primeiro grau, enquanto que às uniões entre pessoas do mesmo sexo não reconhece, o réu, os mesmos direitos aos companheiros.

A discriminação de um ser humano em virtude de sua orientação sexual constitui hipótese de discriminação sexual, vedada pela Constituição Federal, constituindo, ademais, ofensa ao princípio da igualdade.

O respeito à orientação sexual é aspecto fundamental para a afirmação da dignidade humana, não se podendo aceitar, juridicamente, que preconceitos infundados legitimem restrições de direitos, contribuindo, desta forma, para a perpetuação de estigmas sociais promovendo sofrimento para muitos seres humanos.

A liberdade é direito fundamental de todo ser humano.

A Suprema Corte do Canadá, decidindo matéria idêntica a dos autos, reconheceu o direito do companheiro homossexual a benefício da seguridade social previsto para a esposa, em decisão cujo trecho (extraído da Sentença do MM. Juiz Federal Dr. Roger Raupp Rios, no julgamento do Processo nº 96.0002030-2, 10ª Vara /RS, em que foram partes a Fundação dos Economiários Federais-Funcef e Caixa Econômica Federal) transcrevo a seguir, ressaltando a grande importância do direito comparado, que nos fornece material de inegável valor, revelando a evolução da sociedade moderna na superação de preconceitos e na proteção do direito das minorias:

"Em EGAN v. CANADA, a Suprema Corte decidiu (1995) unanimemente, que 'Whether or not sexual orientation is based on biological or physiological factors, which may be a matter of some controversy, it is a deeply personal characteristic that it is either unchangeable or changeable only at unacceptable costs, and so falls within the ambit of s. 15 protection as being analogous to the enumerated grounds' (se a orientação sexual é ou não baseada em fatores biológicos ou fisiológicos, o que pode ser objeto de controvérsia, isto é uma profunda característica pessoal, que é tanto imutável ou mutável somente a custos inaceitáveis, e então subsumindo-se no âmbito da proteção da s. 15, como sendo análoga aos campos enumerados); por maioria assentou que a distinção entre companheiros heterossexuais em relação a direito a pensão, fundando-se na orientação sexual, é discrimen contrário à Seção 15, oportunidade em que o voto condutor (Justice Cory) asseverou: 'Sexual orientation is more than simply a status that an individual possesses. It is something that is demonstrated in an individual's conduct by the choice of a partner. The Charter protects religious beliefs and religious practice as aspects of religious freedom. So, too, should it be recognized that sexual orientation encompasses aspects of status and conduct and that both should receive protection. Sexual orientation is demonstrated in a person's choice of a life partner, whether heterossexual or homossexual. It follows that a lawful relationship which flows from sexual orientation should also be protected' (Orientação sexual é mais do que um simples 'status' que um indivíduo possui. É algo que é demonstrado pela conduta do indivíduo na escolha de um companheiro. A Carta protege crenças religiosas como aspectos da liberdade de religião. Então, também, deveria ser reconhecido que a orientação sexual inclui aspectos de 'status' e de 'conduta' e que ambos deveriam receber proteção. A orientação sexual é demonstrada na escolha feita por uma pessoa de seu companheiro de vida, seja heterossexual ou homossexual. Daí segue que uma relação legal que se origina a partir da orientação sexual deve também ser protegida)".

A questão vem sendo enfrentada, também, no continente europeu.

A Corte Européia de Direitos Humanos, examinando casos de discriminação por orientação sexual, sob a ótica do artigo 8º (I) da Convenção Européia de Direitos Humanos, nos termos da qual "Todos têm direito ao respeito por sua vida privada e familiar, por sua casa e correspondência, firmou, ao apreciar o caso Dudgeon v. UK (1981), entendimento no

sentido de que a proibição legal de atos privados homossexuais entre adultos que consentem, maiores de 21 anos, viola o direito dos mesmos a uma vida privada nos termos do artigo 8. O mesmo entendimento foi mantido nos casos *Norris v. Ireland* (1988) e *Modinos v. Cyprus* (1993).

Não há espaço, no atual estágio do direito constitucional brasileiro, para discriminação por orientação sexual.

De se ressaltar, ademais, que o Brasil é signatário da Convenção Internacional dos Direitos Humanos das Nações Unidas, sendo que o Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas já decidiu, tratando das relações homossexuais, que é indiscutível que uma atividade adulta e consensual, em ambiente privado, é coberta pelo conceito da privacidade, sendo a discriminação afrontadora dos artigos 17(1) e 2(1) da Convenção.

Tendo o Brasil aderido a este Pacto internacional não há como negar a importância dessa decisão no plano do direito interno, ainda mais face ao artigo 5º, § 2º, da CF/88, nos termos do qual "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte".

O respeito à identidade da pessoas homossexuais significa reconhecer a dignidade pessoal das mesmas, não se podendo, a não ser a custos enormes e destruturantes da personalidade, reprimir ou exigir de tais pessoas sua transformação.

Conforme a evolução até hoje experimentada pela psiquiatria, a homossexualidade, por si só, ausente quadro relacionado de aflição persistente ou desejo de mudança de orientação sexual, não é considerada doença.

O homossexualismo é uma realidade, sendo absurda a atitude daqueles que pretendem seguir fingindo que inexistem uniões entre pessoas do mesmo sexo, fazendo letra morta da norma constitucional que proíbe a discriminação por sexo, perpetuando-se, desta forma, a discriminação contra os homossexuais.

O e. STF, ao apreciar relações concubinárias, mesmo antes de seu reconhecimento legislativo, já firmara entendimento no sentido de que tal circunstância não impedia a concessão à concubina de direitos (RE nº 68.952-SP), descabendo o argumento de que inexistente legislação que ampare o pleito do autor.

O adequado enfoque da matéria há de ser feito à luz dos direitos humanos fundamentais reconhecidos pela Constituição da República.

A matéria, que ora se discute, vem sendo objeto de apreciação por nossos egrégios Tribunais e, aos poucos, vai se firmando uma jurisprudência que reflete grande evolução no enfoque da matéria, reafirmando direitos básicos do ser humano.

Trancrevo a seguir ementa de Acórdão prolatado no julgamento da Apelação Cível nº 96.04.55333-0/RS, em que foram partes Apelante a Fundação dos Economiários Federais-FUNCEF e a Caixa Econômica Federal-CEF e Apelados R.P.C. e Outro, Relatora a MM. Juíza Marga Barth Tessler, TRF 4ª Região (revista TRF 4ªr., Porto Alegre a. 10. nº 32, 1999):

“ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. JUSTIÇA FEDERAL. JUSTIÇA DO TRABALHO. COMPETÊNCIA. AUSÊNCIA DE INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. APLICAÇÃO DO ART. 273 DO CPC NA SENTENÇA. MERA IRREGULARIDADE. UNIÃO ESTÁVEL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO. RECONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. VEDAÇÃO DO § 3º DO ART. 226 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INCLUSÃO COMO DEPENDENTE EM PLANO DE SAÚDE. VIABILIDADE. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA LIBERDADE, DA IGUALDADE E DA DIGNIDADE HUMANA. ART. 273 DO CPC. EFETIVIDADE À DECISÃO JUDICIAL. CAUÇÃO. DISPENSA.

1- Rejeitada a preliminar de incompetência da Justiça Federal para o feito, pois a inicial fala em ação declaratória da união estável, mas, na verdade, seu objeto principal é uma providência condenatória, qual seja, a inclusão de dependente em plano de saúde. Ademais, a presença da CEF no pólo passivo não deixa dúvidas sobre a competência da Justiça Federal.

2-

3-.....

4-.....

5- Mantida a sentença que extinguiu o feito em relação ao pedido de declaração da existência de união estável entre os autores, pois, pelo teor do § 3º do artigo 226 da Constituição Federal de 1988, tal reconhecimento só é viável quando se tratar de pessoas do sexo oposto; logo não pode ser reconhecida a união estável em relação a pessoas do mesmo sexo.

6- A recusa das rés em incluir o segundo autor, como dependente do primeiro, no plano de saúde PAMS e na Funcef, foi motivada pela orientação sexual dos demandantes, atitude que vio-

la o princípio constitucional da igualdade que proíbe a discriminação sexual. Inaceitável o argumento de que haveria tratamento igualitário para todos os homossexuais (femininos e masculinos), pois isso apenas reforça o caráter discriminatório da recusa. A discriminação não pode ser justificada apontando-se outra discriminação.

7-.....

8- No caso em análise, estão preenchidos os requisitos exigidos pela lei para a percepção do benefício pretendido: vida em comum, laços afetivos, divisão de despesas.

.....

.....

Apelações improvidas”.

Outra importante Decisão Judicial, relativa à matéria em questão, foi recentemente proferida (27/04/2000) no julgamento do Agravo de Instrumento nº 2000.04.01.044144-RS, em que foram partes Agravante: Instituto Nacional do Seguro Social - INSS e Agravado: Ministério Público Federal, tendo sido Relator o Juiz Luís Carlos de Castro Lugon, TRF da 4ª Região, a qual negou efeito suspensivo à decisão do MM. Juízo da 3ª Vara Previdenciária de Porto Alegre, que, em sede de Ação Civil Pública, deferiu medida liminar compelindo o INSS a:

a) passar a considerar o companheiro ou companheira homossexual como dependente preferencial (art. 16, I, da Lei nº 8.213/91);

b) possibilitar que a inscrição de companheiro ou companheira homossexual como dependente seja feita diretamente nas dependências da autarquia, inclusive nos casos de segurado empregado ou trabalhador avulso;

c) passar a processar e deferir os pedidos de pensão por morte e auxílio-reclusão realizados por companheiros do mesmo sexo, desde que cumpridos pelas requerentes, no que couber, os requisitos exigidos dos companheiros heterossexuais (arts. 74 e 80 da Lei nº 8.213/91 e art. 22 do Decreto nº 3.048/99).

No caso dos autos, as testemunhas ouvidas em audiência, cujos depoimentos constam de fls. 74/75, confirmaram que o autor viveu com o falecido Jair, como seu companheiro, por muitos anos. Por mais de vinte anos, segundo a primeira testemunha ouvida, e por, pelo menos, doze anos, segundo depoimento da segunda testemunha ouvida, que conhece o autor por igual período. De acordo com as testemunhas, Paulo e Jair

formavam um casal homossexual, moravam juntos, trabalhavam juntos, partilhavam as despesas da casa, tendo a convivência dos dois sido ininterrupta.

O INSS, por sua vez, não contesta os fatos narrados pelo autor em sua inicial, não tendo, em momento algum dos autos, contestado a convivência do autor com o falecido, nem trazido qualquer elemento no sentido da não-configuração, na espécie, de uma união homossexual, admitindo, aliás, a sua existência, insurgindo-se, apenas, quanto ao aspecto jurídico da questão, consistente na impossibilidade do pleito face à norma do artigo 226, § 3º, da CF/88, argumento que não se sustenta face às demais disposições constitucionais objeto de análise no presente Decisum.

Pelo exposto, JULGO PROCEDENTE EM PARTE O PEDIDO para condenar o INSS a processar o pedido de pensão por morte do autor, na qualidade de companheiro homossexual do falecido JAIR BATISTA SALLES, deferindo o benefício pleiteado, desde que cumprido, pelo requerente, os requisitos exigidos dos companheiros heterossexuais nos termos do artigo 74 da Lei nº 8.213/91 e artigo 22 do Decreto nº 3.048/99.

Condeno a autarquia ré a pagar honorários advocatícios de 10% do valor atualizado da causa.

Sentença sujeita ao duplo grau obrigatório de jurisdição.

P.R.I.

Rio de Janeiro, 23 de maio de 2000.

MARIA ALICE PAIM LYARD

Juíza Federal da 38ª Vara

SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
22ª Vara Federal

Ação Ordinária

Processo: 95.0009729-0
Autoras: MARIA DAS GRAÇAS DIAS DE OLIVEIRA E OUTROS
Rés: UNIÃO FEDERAL E OUTRO
Juiz Federal: Dr. EDUARDO ANDRÉ BRANDÃO DE BRITO FERNANDES

SENTENÇA (II)

Vistos etc.

I

Trata-se de ação ordinária proposta em 07/04/95, originalmente por MARIA DAS GRAÇAS DIAS DE OLIVEIRA e PENHA MARIA DE OLIVEIRA em face da UNIÃO FEDERAL, objetivando a percepção de 50% do valor da remuneração de seu genitor, a título de pensão, bem como as parcelas atrasadas, incluindo 13º salário.

Alegam serem filhas do servidor PAULO DE OLIVEIRA, maquinista da Estrada de Ferro, falecido em 03/07/80 e pretendem reivindicar o direito à pensão deixada pelo *de cujus*, amparadas pela Lei nº 1.711/50, que assegura às filhas solteiras o recebimento de pensão. Aduzem que administrativamente foram informadas de que não teriam direito à pensão por serem maiores de idade, só lhes restando buscar as vias judiciais.

Inicial instruída com os documentos de fls. 04/12 e 15/17.

Custas recolhidas às fls. 20.

Às fls. 22 foi deferido o ingresso no pólo ativo de MARIA APARECIDA DIAS DE OLIVEIRA, requerida às fls. 14.

Citada (fls. 27), a UNIÃO contestou às fls. 29/31, arguindo preliminarmente a inépcia da inicial e prejudicial de prescrição. No mérito pugnou pela improcedência do pedido, uma vez que as Autoras são maiores de idade e não há nos autos prova de que sejam inválidas. Informou a Ré que a pensão é paga à Sr. Dionésia da Silva Oliveira.

Réplica à contestação da UNIÃO às fls. 35.

Determinada a inclusão no pólo passivo de DIONÉSIA DA SILVA OLIVEIRA (fls. 43), a litisconsorte passiva contestou às fls. 59/60, alegando a prescrição do direito das Autoras e, no mérito, defendeu que as Autoras, por serem filhas maiores de 21 anos, não tem direito concorrente à pensão, como determina o art. 217, I, "a", da Lei nº 8.112/90. Acostou os documentos de fls. 61/62.

Réplica à contestação da 2ª Ré às fls. 64.

Não havendo necessidade de produção de provas em audiência, passo ao julgamento antecipado da lide.

II

Inicialmente, rejeito a preliminar de inépcia da inicial, eis que não configurada nenhuma das hipóteses do parágrafo único da art. 295 do CPC.

A preliminar de prescrição apresentada tanto pela União Federal como pela 2ª Ré deve ser rejeitada, pois as Autoras comprovaram não receber qualquer pensão, logo, a verba requerida nesta ação tem natureza alimentar, ou seja, só podendo se falar em prescrição das parcelas anteriores a cinco anos da propositura da presente ação, e não em prescrição do fundo de direito que no caso é imprescritível.

No mérito, a improcedência se impõe.

As Autoras propuseram a presente ação em 1995, após a entrada em vigor da Lei nº 8.112/90 que em seu artigo 217, II, "a", é expressa em só conceder direito a pensão aos filhos do servidor menores de 21 (vinte e um) anos. Todavia, entendem as Autoras que por seu pai ter falecido em 1980, quando ainda estava em vigor a Lei nº 1.711/50, teriam direito ao recebimento da pensão, em virtude desta permitir que a filha maior de servidor fosse sua beneficiária.

O principal argumento das Autoras seria no sentido de que a lei que regula a pensão é aquela em vigor na data morte do instituidor, sendo que, este posicionamento é aceito majoritariamente em nossos tribunais. Assim, como na data da morte do seu pai, ainda era possível por lei que as filhas maiores recebessem pensão do servidor, entendem ter direito ao benefício, mesmo após o advento da Lei nº 8.112/90, logo tendo direito adquirido a referido pensionamento.

A definição de direito adquirido constante da Lei de Introdução ao Código Civil, no artigo 6º, § 2º, é importante para se vislumbrar a real situação das Autoras em face da nova lei. O citado dispositivo legal dispõe que:

“Artigo 6º (...)

§ 2º - Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular ou alguém por ele, possa exercer como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem”.

Com a definição acima exposta, surge a dúvida quanto a aquisição de direitos quando o novo ordenamento os veda, ou seja, se apenas com o evento morte haveria direito adquirido das filhas maiores em receberem pensão, porque esta não foi implementada de imediato?

Assim, para se habilitar administrativamente como beneficiário de uma pensão é necessário um requerimento, um processo administrativo com este fim, que no caso presente só foi feito após a edição de nova lei que veda o recebimento de pensão por filhas maiores. Ora, este requerimento, requisito formal para a concessão do benefício, tem de ser considerado como uma condição para a aquisição do direito, na forma do artigo 6º, § 2º, parte final da LICC, já que seria esdrúxulo e injusto o deferimento administrativo ou mesmo judicial de uma pensão vedada por lei.

Logo, as Autoras só teriam direito adquirido a receber pensão do seu pai se tivessem feito requerimento administrativo neste sentido, anteriormente à edição da Lei nº 8.112/90, devendo este ser tido como uma condição para a aquisição do direito, já que esta veda o direito concedido pela legislação anterior, ao só permitir que as filhas menores de 21 (vinte e um) anos tenham direito a pensão do pai servidor.

A conclusão exposta nesta sentença não pretende atentar contra a garantia constitucional do direito adquirido, existente em decorrência da necessidade de impedir a violação através de nova lei, de direitos já adquiridos pela legislação anterior. Entretanto, há que diferenciar aqueles direitos que para serem tidos como adquiridos necessitam de uma decisão administrativa para a sua entrada na esfera de direitos da pessoa, e outros que não, como é o caso da aposentadoria por tempo de serviço do servidor, já que, se for cumprido o período trabalhado exigido por lei, tem direito à aposentadoria naqueles termos, mesmo que lei posterior mude totalmente as regras, e o servidor tenha continuado trabalhando após esta alteração. No caso das autoras, teriam para o recebimento da pensão de seu pai que fazer um requerimento administrativo, no qual, comprovada a sua qualidade de beneficiárias, lhes seria concedido o benefício, ou seja, necessitavam de uma decisão administrativa para a entrada da pensão de seu pai nas suas esferas de direitos; como só o fizeram após a edição da lei que veda às filhas maiores o recebimento de pensão, não têm direito adquirido a mesma. Logo, acredito que a lei que regula a pensão é a do

evento morte do instituidor, desde que requerida sob a sua vigência, pois seria injusto e prejudicial ao interesse público que se permitisse a habilitação de beneficiárias vedadas pela lei em vigor.

Finalmente, não pode ser esquecido que a Lei nº 8.112/90, ao vedar que as filhas maiores não tivessem mais direito a pensão do pai, adequou à realidade nacional o tratamento legal dos beneficiários de pensões, tanto no que se refere à entrada da mulher no mercado de trabalho em igualdade de condições com os homens, como quanto à igualdade entre homens e mulheres nos seus direitos. Assim, a intenção do legislador foi o de impedir que mulheres em idade ativa preferissem não trabalhar esperando a morte dos seus pais, que lhes garantiria sempre um valor no futuro a título de pensão, empobrecendo ainda mais o já combalido erário público.

Dessa forma, após o advento da Lei nº 8.112/90 não tem mais as filhas maiores direito a pensão do servidor, tendo sido respeitados os direitos adquiridos de quem já vinha recebendo com base na Lei nº 1.711/50, situação que não abrange as autoras em virtude delas terem feito requerimento administrativo para a concessão da pensão, condição para a aquisição do direito na forma do artigo 6º, § 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil, após o advento da Lei nº 8.112/90, que veda o direito pleiteado.

III

Ante o exposto, JULGO IMPROCEDENTE O PEDIDO DAS AUTORAS de condenar a União Federal a lhes pagar o equivalente a 50% (cinquenta por cento) do valor da remuneração de seu pai, desde o seu falecimento.

Custas ex lege.

Honorários advocatícios arbitrados em 10% (dez por cento) sobre o valor dado à causa.

P.R.I.

Rio de Janeiro, 17 de agosto de 2000.

EDUARDO ANDRÉ BRANDÃO DE BRITO FERNANDES

Juiz Federal Substituto

SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
37ª Vara Federal

Ação Ordinária

Processo: 97.0075070-1
Autor: PAULO JOSÉ DE AQUINO BARBOSA E OUTRO
Réu: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Juíza Federal: Dr^a FÁTIMA MARIA NOVELINO SEQUEIRA

SENTENÇA

1. PAULO JOSÉ DE AQUINO BARBOSA E CAIXA DE PREVIDÊNCIA DOS FUNCIONÁRIOS DO BANERJ - PREVI BANERJ – EM LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL propuseram ação de conhecimento em face do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, pretendendo seja condenada a autarquia a revisão da renda mensal do benefício previdenciário do(a) primeiro(a) autor(a), a partir do recálculo da renda mensal inicial, pela regra do artigo 201, inciso V, §§ 2º e 3º, e artigo 194, inciso IV, da CF/88 e com alteração do coeficiente de proporcionalidade de 76% para 88,57%, bem como a incorporar ao valor da renda mensal o expurgo de 42,72%, referente ao IPC de janeiro de 1989, pagando-lhe as diferenças pretéritas decorrentes da revisão.

Alegam, em síntese, que o benefício deveria ser recalculado com base nos trinta e seis últimos salários-de-contribuição e com a majoração do coeficiente de cálculo do benefício, pela aplicação da regra da proporção aritmética; e, ainda, serem devidas diferenças a serem incorporadas, a título de expurgo do Plano Econômico referido, já reconhecidas judicialmente. Com a inicial, vieram documentos.

Argüida exceção de incompetência, foi rejeitada, a teor da decisão de fls. 33/35.

Cóntesta o INSS, argüindo as preliminares de ausência de recolhimento de custas por parte da segunda autora; nulidade da procuração e conseqüente inexistência de representação processual do primeiro autor, por não ter outorgado mandato a advogado legalmente habilitado; e, finalmente, a carência da ação por parte de ambos os autores. No mérito, alega a prescrição e afirma ser indevida qualquer revisão, uma vez que o benefício fora calculado em estrita consonância com a legislação vigente.

Intimada à réplica e especificação de provas, a parte autora refutou os argumentos do réu, requerendo o julgamento antecipado da lide. Instado a especificar provas, o réu declarou não pretender produzi-las.

Vindo os autos conclusos para sentença, foi convertido o julgamento em diligência, a teor da decisão de fl. 47, em que determinada a juntada de instrumento de procuração com outorga de poderes pelo primeiro autor aos advogados que atuaram nos autos. Interpôs a parte autora agravo retido, às fls. 46/50, apresentando o réu contra-razões, em que protestou pelo seu improvimento. Mantida pelo Juízo a decisão agravada.

Juntou a segunda autora instrumento de procuração e substa-belecimento (fls. 59 e 60), constituindo advogado para atuar em seu nome.

É o relatório.

2. Tratando-se de hipótese prevista no inciso I do artigo 330 do CPC, passo a decidir.

Inicialmente, em que pese o entendimento adotado por este Juízo no que concerne à inaplicabilidade da norma do artigo 128 da Lei nº 8.213/91 à PREVI-BANERJ, fato é que, no caso concreto, o exame inicial foi promovido em sentido diverso, restando dispensada a segunda autora da **antecipação** de parte das custas. Ultrapassado o momento processual pertinente, não se justifica seja ora promovido retrocesso dos trâmites processuais, o que não afasta a possibilidade da condenação da pessoa jurídica em questão ao recolhimento do **valor total** das custas ao final, vindo a ser sucumbente.

De fato, não se encontram as entidades de Previdência Privada abrangidas pela dispensa do recolhimento de custas, que tem por pressuposto a hipossuficiência financeira do segurado do INSS. Por outro lado, não há nos autos prova de que se enquadre a PREVI-BANERJ sequer na previsão do inciso II do artigo 4º da Lei nº 9.289/96; valendo ressaltar que a decretação da liquidação extrajudicial não necessariamente resulta de condição financeira precária, ocorrendo também nas demais hipóteses legais. Não cabe, pois, presumir não tenha a segunda autora recursos necessários ao recolhimento de custas judiciais.

CARÊNCIA DE AÇÃO E AUSÊNCIA DE REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL - PRIMEIRO AUTOR

Côm razão o réu ao arguir a ausência de representação processual do primeiro autor. É expressa a norma do artigo 36 do CPC no sentido

de que a parte será representada em Juízo por advogado legalmente habilitado, sendo-lhe lícito postular em causa própria somente se for advogado ou à falta de profissionais no local ou, ainda, em razão da recusa, ou impedimento dos que houver, não se enquadrando o caso concreto em qualquer dessas hipóteses. Equivoca-se a parte autora ao julgar estar regular a representação do segurado - primeiro autor - com base nos instrumentos de mandato trazidos aos autos. O instrumento de fl. 10 contém a outorga de poderes, à PREVI-BANERJ, para **constituir advogado em nome do segurado**, primeiro autor, conforme a seguir transcrito:

“... a qual confiro os poderes para **constituir advogados** para atuar no foro em geral e especialmente para propor AÇÃO ORDINÁRIA contra o INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL, ...” (grifei).

Pelos instrumentos de fls. 08 e 59, a PREVI restringiu-se a constituir advogados em seu próprio nome, deixando de fazê-lo em nome do primeiro autor. Em outras palavras, não há nos autos instrumento de procuração constituindo advogado(s) para representação processual do primeiro autor; nem firmado pelo próprio, nem pela PREVI no exercício dos poderes outorgados pelo instrumento de fl. 10.

Não sendo atribuído à parte o *ius postulandi*, a falta de representação por advogado consiste em irregularidade formal que obsta a constituição e o desenvolvimento válido e regular do processo. Em que pese ter-lhe sido concedida oportunidade para sanar o vício, preferiu a parte autora persistir na tese de estar correta sua representação processual; transcrevendo, inclusive, decisões que não se amoldam perfeitamente ao caso dos autos.

A primeira, transcrita à fl. 48, refere-se a legitimidade *ad causam* e não a representação processual. Quanto à segunda, transcrita à fl. 49, se cotejado seu teor com os termos e fins a que outorgados poderes pelo segurado à PREVI-BANERJ (fl. 10) nestes autos, ver-se-á que não se trata de idêntica hipótese. Primeiramente porque, no caso que se examina, o segurado outorgou à PREVI, como visto, poderes para **constituir advogado** por óbvio, em seu nome - o que não foi feito. Por outro lado, pelo instrumento de fl. 10, **não** foram outorgados poderes de representação em juízo à PREVI; o que também **não** se confunde com o disposto na sua parte final, onde estabelecido que o valor a ser, eventualmente, recebido reverteria em favor da PREVI-BANERJ, aspecto que será melhor examinado a seguir.

Ressalte-se que dispõe o primeiro autor de legitimidade *ad causam* por ser o titular do direito material pleiteado em face do INSS. Quanto

ao interesse processual para ajuizar a presente ação, havendo complementação de aposentadoria, a revisão do benefício não implicará, necessariamente, conforme o plano da entidade de previdência privada, resultado financeiro ao segurado. Há, no entanto, inegável interesse jurídico-processual de pleitear o correto pagamento do benefício pelo ente de Previdência Social, com o qual mantém relação jurídica autônoma. Isto porque não se pode confundir interesse jurídico com interesse econômico. Nesse sentido já se consolidou a jurisprudência do E. TRF da 2ª Região, a teor da Súmula nº 18, a seguir transcrita:

“O segurado da Previdência Social oficial, que recebe complementação de benefício de entidade de Previdência Privada, tem legitimidade *ad causam* para propor ação em face da primeira, com vista à revisão de seu benefício previdenciário”.

Portanto, especificamente quanto ao primeiro autor, embora evidentes a pertinência subjetiva e o interesse de agir relativamente à presente lide, há que ser acolhida a preliminar de ausência de representação, por advogado, que implica a falta de pressuposto de validade processual, ensejando a extinção do processo sem julgamento do mérito, com fulcro no inciso IV do artigo 267 do CPC.

CARÊNCIA DE AÇÃO - SEGUNDA AUTORA

Primeiramente, há que ser rechaçada a arguição de nulidade do instrumento de outorga de poderes de fl. 10. Não há que falar em vício de outorga de poderes para a prática de ato jurídico como, no caso, o de nomeação e constituição de advogado para patrocínio de causa em nome do outorgante. Como já visto, tivesse a PREVI-BANERJ nomeado e constituído advogado, em nome do segurado e para o fim de patrocinar causa em que figurasse ele (segurado) como autor, estaria regular sua representação nos autos.

No que concerne à parte final do referido instrumento, em que consta “ajuste” (*sic*) de que o produto da condenação será révertido em benefício da PREVI-BANERJ, também não há que falar em nulidade. Isto porque não se cuida da venda, cessão ou outorga de poderes para seu recebimento, vedadas pela norma do artigo 114 da Lei nº 8.213/91. Cuida-se de pagamento com sub-rogação, tratado no artigo 985 do Código Civil. Com efeito, assim dispõe a referida norma:

“Art. 985 - A sub-rogação opera-se, de **pleno direito**, em favor:

.....

III - do terceiro interessado, que paga a dívida pela qual era ou podia ser obrigado, no todo ou em parte" (grifei).

A partir do exame das causas de pedir remota e próxima, das quais se originou a presente lide, tem-se por existentes duas relações jurídicas de direito material conexas. A primeira entre segurado e INSS; a segunda, entre segurado e PREVI-BANERJ, esta com vinculação acessória à primeira, porquanto destinada à complementação ou suplementação dos proventos de aposentadoria pagos pelo ente previdenciário oficial. Decorre, pois, ser o primeiro autor parte legítima quanto às lides em face do INSS; sendo a PREVI atingida reflexamente pelas sentenças proferidas em tais processos, podendo neles intervir como *terceiro interessado*.

No entanto, ante a ocorrência da *sub-rogação legal*, como visto, afigura-se a pertinência subjetiva da PREVI-BANERJ para litigar em face do INSS, porém **restrita à pretensão de reembolso da quantia efetivamente antecipada**. A respeito, dispõe nosso Código Civil:

"Art. 988 - A sub-rogação transfere ao novo credor todos os direitos, ações, privilégios e garantias do primitivo, em relação à dívida, contra o devedor principal e os fiadores.

Art. 989 - Na sub-rogação legal o sub-rogado não poderá exercer os direitos e as ações do credor, senão **até a soma que tiver desembolsado** para desobrigar o devedor" (grifei).

Em conseqüência, contendo o pedido formulado na presente ação duas pretensões, quais sejam, de revisão do valor atual do benefício, em conseqüência da alegada ilegalidade na fixação da RMI, e do conseqüente pagamento das diferenças pretéritas, quanto à **revisão do benefício**, com implantação do valor correto e repercussão futura, somente o segurado seria parte legítima para pleiteá-la em face do INSS, posto que, como já dito, a PREVI é tão-só *terceira interessada*, atingida reflexamente pela relação jurídica de direito material por ela não integrada e por decisões judiciais proferidas em lides entre segurado e INSS. É, no entanto, parte legítima, por força de sub-rogação legal, para pleitear em juízo em face do INSS o **ressarcimento das quantias antecipadas**, cujos pagamentos competiam à autarquia - nada mais.

A PREVI, nestes autos, litiga em nome próprio apenas, como já exaustivamente examinado, não subsistindo a relação processual quanto ao segurado (primeiro autor), por não se encontrar devidamente representado por advogado. Por tal razão, a apreciação do mérito há que ser

restrita ao ressarcimento das quantias pleiteadas e efetivamente antecipadas pela segunda autora, tendo-se, no mais, sua ilegitimidade *ad causam*.

Portanto, acolhe-se em parte a preliminar de ilegitimidade ativa *ad causam* da PREVI-BANERJ, especificamente quanto à pretensão de revisão do valor atual do benefício, à ausência de pertinência subjetiva quanto à relação jurídica de direito material – mantida entre segurado e INSS. No que tange ao interesse processual da PREVI-BANERJ, quanto à cobrança como credora sub-rogada, decorre da evidência da necessidade, utilidade e adequação da prestação jurisdicional requerida.

PRESCRIÇÃO

Sustenta o INSS cuidar-se de hipótese de prescrição com efeito extintivo total da pretensão da parte autora. Alega que a lesão acusada, erro no cálculo da renda mensal inicial, fora perpetrada há mais de cinco anos. Pretende a parte autora o reconhecimento de lesão pretérita, a qual dada a natureza de trato sucessivo da relação jurídica, resulta em reiteradas lesões subseqüentes.

A incorreta fixação de valor inicial do benefício, ou mesmo as incorreções havidas nos seus reajustamentos, sem dúvida, repercutem na incidência da lesão, a cada mês, sempre que efetuado seu pagamento a menor. Isto porque o direito ao recebimento do benefício em determinado valor decorre de lei, cujos efeitos incidem diretamente sobre a relação jurídica, a cada mês. Não se cuida de lesão única de efeitos permanentes, mas sim de lesões que se repetem, mês a mês, e a cada novo reajuste que incide sobre o benefício defasado.

O direito de agir é imprescritível quanto às pretensões declaratórias e constitutivas sem prazo especial de exercício fixado em lei, sendo que, quanto às constitutivas com prazo especial de exercício, incide a decadência. É certo que as sentenças constitutivas e condenatórias possuem conteúdo declaratório, mesmo que incidental, não obstada a respectiva atuação jurisdicional, como visto, pela prescrição. Nestes termos, é viável a constatação e declaração incidente da existência de relação jurídica em que havida lesão reiterada, desde a concessão do benefício, limitada, no entanto, a eficácia condenatória da prestação jurisdicional, esta sim fulminada pelo prazo prescricional.

Portanto, acolhe-se a arguição de prescrição apenas quanto às parcelas requeridas exigíveis no período anterior aos cinco anos antecedentes ao ajuizamento.

RENDA MENSAL

A despeito da extinção do processo sem julgamento do mérito relativamente ao segurado (primeiro autor), impõe-se a apreciação da matéria afeta à sustentada incorreção da renda mensal de seu benefício, pois consubstancia questão prejudicial à pretensão formulada pela segunda autora.

Primeiramente, não se pode confundir salário, remuneração, salário-de-contribuição, teto do salário-de-contribuição e salário-de-benefício. De acordo com o artigo 457 da CLT e seu § 1º:

“Art. 457. Compreendem-se na **remuneração** do empregado, para todos os efeitos legais, além do salário devido e pago diretamente pelo empregador, como contraprestação do serviço, as gorjetas que receber.

§ 1º Integram o **salário**, não só a importância fixa estipulada, como também as comissões, percentagens, gratificações ajustadas, diárias para viagem e abonos pagos pelo empregador.

(...)” (grifei).

Por outro lado, dispõe o artigo 28 e seu § 5º da Lei nº 8.212/91:

“Art. 28. Entende-se por **salário-de-contribuição**:

I - para o empregado e trabalhador avulso: a remuneração auferida em uma ou mais empresas, assim entendida a totalidade dos rendimentos pagos, devidos ou creditados a qualquer título, durante o mês, destinados a retribuir o trabalho, (...);

II - para o empregado doméstico: a remuneração registrada na Carteira de Trabalho e Previdência Social, (...);

III - para o trabalhador autônomo e equiparado, empresário e facultativo: o salário-base, observado o disposto no art. 29.

.....

§ 5º O **limite máximo do salário-de-contribuição** é de Cr\$ 170.000,00 (cento e setenta mil cruzeiros) reajustado a partir da data de entrada em vigor desta Lei, na mesma época e com os mesmos índices que os do reajustamento dos benefícios de prestação continuada da Previdência Social” (grifei).

Como se pode ver, salário e remuneração do trabalho nem sempre serão coincidentes entre si, assim como também não serão iguais ao

salário-de-contribuição quando ultrapassarem o seu valor máximo. No entanto, não se pode perder de vista que, cuidando-se de sistema erigido em base atuarial vinculada às contribuições efetivamente recolhidas, são estas promovidas sobre os salários-de-contribuição, respeitado o limite legal (teto). Em outras palavras, o segurado tem seus recolhimentos limitados ao teto e, via de conseqüência, não há que pretender sejam considerados no cálculo do salário-de-benefício valores que excedam os recolhimentos. Sobre salário-de-benefício, assim dispõe o artigo 29 da Lei nº 8.213/91:

“Art. 29. O **salário-de-benefício** consiste na média aritmética simples de todos os últimos **salários-de-contribuição** dos meses imediatamente anteriores ao afastamento da atividade ou da data da entrada do requerimento, até o máximo de 36 (trinta e seis), apurados em período não superior a 48 (quarenta e oito) meses” (grifei).

Com efeito, a norma do artigo 202 da Constituição da República estabelece que o cálculo do benefício terá por base a média dos trinta e seis últimos salários-de-contribuição corrigidos mês a mês, não vinculando o salário-de-benefício ao último salário-de-contribuição, sequer à quantidade de salários mínimos por ele representada, nem mesmo ao salário ou remuneração do trabalho assalariado.

No caso concreto, discute-se o cálculo da renda mensal inicial de benefício **concedido após a promulgação da Constituição da República de 1988 e anteriormente a 05/04/91**, tendo por base os trinta e seis últimos salários-de-contribuição corrigidos monetariamente, por aplicação das normas do parágrafo 3º do artigo 201 e do *caput* do artigo 202, ambos da Constituição da República em sua redação original. Dispunham tais normas, à época da concessão:

“Art. 201. *Omissis.*

.....
Parágrafo 3º. Todos os salários de contribuição considerados no cálculo de benefício serão corrigidos monetariamente.
.....

Art. 202. É assegurada aposentadoria, nos termos da lei, **calculando-se o benefício sobre a média dos trinta e seis últimos salários-de-contribuição, corrigidos monetariamente mês a mês, e comprovada a regularidade dos reajustes dos salários-de-contribuição de modo a preservar seus valores reais (...)**”.

O preceito do artigo 202 foi reconhecido pelo STF como não auto-aplicável, dependente de integração que adveio na redação das normas dos artigos 144 e 145 da Lei nº 8.213/91, a seguir transcritas:

Art. 144. Até 1º de junho de 1992, todos os benefícios de prestação continuada concedidos pela Previdência Social, entre 5 de outubro de 1988 e 5 de abril de 1991, devem ter sua renda mensal inicial recalculada e reajustada, de acordo com as regras estabelecidas nesta Lei.

Parágrafo único. A renda mensal recalculada de acordo com o disposto no *caput* deste artigo, substituirá para todos os efeitos a que prevalecia até então, **não sendo devido, entretanto, o pagamento de quaisquer diferenças decorrentes da aplicação deste artigo referentes às competências de outubro de 1988 a maio de 1992.**

Art. 145. Os efeitos desta Lei retroagirão a 5 de abril de 1991, devendo os benefícios de prestação continuada concedidos pela Previdência Social a partir de então, terem, no prazo máximo de 30 (trinta) dias, suas rendas mensais iniciais recalculadas e atualizadas de acordo com as regras estabelecidas nesta Lei.

Parágrafo único. As rendas mensais resultantes da aplicação do disposto neste artigo substituirão, para todos os efeitos, as que prevaleciam até então, devendo as diferenças de valor apuradas serem pagas, a partir do dia seguinte ao término do prazo estipulado no *caput* deste artigo, em até 24 (vinte e quatro) parcelas mensais consecutivas reajustadas nas mesmas épocas e na mesma proporção em que forem reajustados os benefícios de prestação continuada da Previdência Social" (grifei).

Sem dúvida, a norma constitucional em questão assegurava a aposentadoria, remetendo o regramento acerca dos requisitos e procedimentos relativos a sua concessão à lei ordinária. Acompanho, no entanto, o entendimento firmado no sentido da auto-aplicabilidade da referida norma constitucional no que pertine ao cômputo da média dos trinta e seis últimos salários-de-contribuição, corrigidos monetariamente mês a mês. Em outras palavras, a concessão da aposentadoria é que foi vinculada aos ditames legais, o que, não fosse pelo regramento expresso e completo da parte final do artigo 202, se depreende da colocação da expressão "nos termos da lei" anterior a tal regramento, excluindo-lhe a vinculação.

A técnica legislativa se utiliza da aposição de expressões, como a de que se cuida, com significado próprio. No caso do artigo 202 da Cons-

tuição, se pretendesse o constituinte que o dispositivo, em sua totalidade, dependesse de regramento infraconstitucional para ser eficaz, teria alocado a expressão "nos termos da lei" ao seu final, ou até em seu início, jamais entre duas orações com conteúdos distintos. Assim, também a interpretação teleológica da norma em questão impõe seja reconhecida a auto-aplicabilidade do critério de cálculo estabelecido no *caput* do artigo 202 da Carta em sua redação inicial, operando efeitos, a contar da promulgação. Nesse sentido, vale transcrever:

"PREVIDENCIÁRIO E CONSTITUCIONAL. RENDA MENSAL INICIAL. ART. 202, CF/88. AUTO-APLICABILIDADE.

1. A norma do art. 202 da Constituição Federal é auto-aplicável, possuindo eficácia independentemente de legislação ordinária. Precedente do STF.

2. Na correção monetária de prestações de benefício previdenciário devidas já na vigência da Lei nº 6.899/81, não incide a Súmula 71 do extinto TFR, mas são corrigidas todas as prestações imprescritas, ainda que anteriores ao ajuizamento da ação.

3. Apelação provida" (AC nº 129.841/RJ, TRF 2ª Reg., 3ª Turma, vot. un., Rel. Des. Fed. PAULO FREITAS BARATA, DJ 20/01/98, Seção 02, p. 43).

Aplica-se assim ao cálculo da renda mensal inicial a regra vigente à época da concessão, qual seja, a do artigo 202 da Constituição da República (redação original), haja vista sua eficácia imediata. Não há, pois, como ser admitida a constitucionalidade das normas do parágrafo único do artigo 144 e do *caput* do artigo 145 da Lei nº 8.213/91, no que concerne aos óbices impostos ao pagamento das diferenças atrasadas relativas às concessões havidas após 05/10/88 sem observância dos ditames do artigo 202 da Lei Maior. Isto porque não poderia a lei limitar a eficácia de norma constitucional, restringindo seus efeitos a maio de 1992 (parágrafo único do artigo 144 da Lei nº 8.213/91) e a 05/04/91 (*caput* do artigo 145 da mesma lei). Assim, no caso concreto, houve incorreção dos valores do benefício somente até a revisão da renda mensal determinada nos artigos 144 e 145 da Lei nº 8.213/91. Isto porque o cálculo da RMI não teve por base a média dos trinta e seis últimos salários-de-contribuição, corrigidos monetariamente mês a mês, a contar da data da concessão do benefício, havendo diferenças pretéritas entre a renda mensal devida e a efetivamente paga no período específico.

Por tais razões, tendo as reiteradas lesões ocorrido somente no período entre 16/03/89 (DIB) e maio de 1992 (termo inicial dos efeitos da

revisão administrativa), constata-se que quando ajuizada a presente ação, em 15/09/97, já se encontrava prescrita a pretensão, conforme anterior acolhimento da arguição de prescrição.

COEFICIENTE DE CÁLCULO - PROPORÇÃO ARITMÉTICA

No que concerne à pretendida alteração do coeficiente de cálculo adotado pelo réu pela aplicação de proporção aritmética ao invés da estabelecida em lei, tem-se que a tese de inconstitucionalidade, defendida pela parte autora, tem como ponto de partida o texto constitucional, que adota a expressão "proporcional", conforme a seguir transcrito:

"Art. 202. É assegurada aposentadoria, **nos termos da lei**, calculando-se o benefício sobre a média dos trinta e seis últimos salários-de-contribuição, corrigidos monetariamente mês a mês, e comprovada a regularidade dos reajustes dos salários-de-contribuição de modo a preservar seus valores reais e obr. Jecidas as seguinte condições:

(...)

§ 1º. É facultada **aposentadoria proporcional**, após trinta anos de trabalho, ao homem e, após vinte e cinco, à mulher.

(...)" (grifei).

Recorrendo à lição de Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, em seu Novo Dicionário da Língua Portuguesa, temos que:

"**proporcional**. [Do lat. *Proportionale*.] Adj. 2 g. 1. Proporcionado. 2. Relativo a proporção matemática. 3. Mat. Diz-se de uma variável cujo quociente por outra é constante. ~ V. *conjunção* -, *função* -, *média* -, *partes proporcionais*, *sufrágio* - e *terceira* -. S. 2 g. 4. Gram. Conjunção proporcional".

Como se sabe, a língua portuguesa é riquíssima, apresentando um único significante, não raro, diversos significados de acordo com o contexto em que inserido. Por outro lado, há termos que, a despeito do sentido comum, apresentam significado jurídico próprio, ou mesmo comportam conotação legal diversa, assim reconhecida por interpretação doutrinária e jurisprudencial. Isto em razão, sobretudo, da impossibilidade de haver contradições e incongruências no sistema jurídico, e também da busca da intenção do legislador, nem sempre fiel à denotação dos termos utilizados, ou da eficácia da lei com vistas ao cumprimento de sua finalidade.

Estabelecidas tais premissas, vale atentar um pouco mais para a lição do professor Aurélio, no sentido de melhor buscar as conotações que

pode assumir a palavra proporcional. Em sentido matemático, sem dúvida, para que se mantivesse constante o quociente entre as variáveis representadas pelo tempo de serviço e pelo percentual aplicado para apuração do valor do benefício proporcional, faria sentido a tese da parte autora. No entanto, a palavra proporcional pode assumir significados que se afastam do sentido meramente aritmético, conforme o contexto em que utilizado, havendo que ser buscada sua conotação no texto constitucional. Para melhor alcance da abrangência que pode assumir tal significante, constam no dicionário menções a outros termos, conforme acima transcrito, dentre os quais vale ressaltar os seguintes:

“**proporcionado.** [Do lat. *Proportionatu.*] *Adj.* Disposto regularmente; bem-proporcionado, bem-conformado; harmônico”.

“**proporcionar.** [Do lat. *Proportione*, “proporção”, + - ar2.] *V. t. d. e t. d. e i.* 1. Observar proporção entre; tornar proporcional; harmonizar, acomodar, adaptar: *O Governo proporcionará as gratificações com o tempo de serviço. (...)*”

“**função.** [Do lat. *functione*] *S.f.* 1. (...) 11. *Mat.* Qualquer correspondência entre dois ou mais conjuntos. (...)”

A partir do exame dos significados dos termos acima transcritos, sem dúvida correlatos à palavra proporcional e, como tal, determinantes das conotações que possa assumir em contextos diversos, tem-se que proporcional pode significar harmonizado, correspondente, bem-proporcionado, ou seja, vinculado por qualquer correspondência, não necessariamente em proporção aritmética.

Voltando ao texto constitucional, temos que o constituinte não estabeleceu que a proporcionalidade da aposentadoria haveria de ser aritmética, ou seja, aplicada a qualquer tempo de serviço superior ao mínimo estabelecido a mesma exata razão existente entre 35 anos de serviço e 100 % (homens), ou entre 30 anos de serviço e 100% (mulheres), o que impõe seja interpretada a norma buscando-se a intenção do constituinte ao redigi-la.

Primeiramente, tem-se que a norma do § 1º deve ser interpretada em seu contexto sistemático, ou seja, em conformidade com o *caput* do artigo 202, em que é assegurada aposentadoria, **nos termos da lei**. Não se pode excluir pois a atuação legislativa ordinária no que pertine a *parâmetros e requisitos concessórios não fixados na Lei Maior e contidos na margem de regulamentação admitida pelo texto constitucional e com ele não conflitante*. No caso, como visto, o significante proporcional admite

significado diverso do aritmético (sustentado pela parte autora), permitindo assim a regular atuação legislativa.

Por outro lado, já era da tradição de nosso direito a aposentadoria proporcional ao tempo de serviço com base em relação entre tempo de serviço e percentual dissociada do conceito aritmético de proporcionalidade, o que configura significado jurídico no sentido de **correspondência, correlação**, de acordo com função matemática, esta a ser estabelecida por lei. Vindo o legislador a estabelecer a função $c = (70 + 6x) : 100$, em que c é o coeficiente de proporcionalidade e x a quantidade de anos completos de atividade excedentes ao mínimo legal, não há que se falar em inconstitucionalidade, porquanto no regramento em questão o percentual da aposentadoria encontra-se **em correspondência**, fixado em **função de, proporcionado** ao tempo de serviço incompleto, significados, como visto, pertinentes ao significante proporcional. Da mesma forma, tem-se por recepcionada lei anterior à Carta de 1988, que já estabelecia a função que determinava a proporcionalidade do tempo de serviço para o fim de concessão de benefício previdenciário.

Portanto, entendendo ser esta a interpretação que se coaduna com o texto constitucional, com a intenção do constituinte e com a base atuarial em que erigido o sistema previdenciário, não há como ser acolhida a tese da parte autora de inconstitucionalidade da norma que estabeleceu os percentuais (coeficientes) adotados para efeito da aposentadoria proporcional.

INCORPORAÇÃO DE ÍNDICES INFLACIONÁRIOS - PLANOS ECONÔMICOS

Concedido o benefício em questão em **16/03/89**, não prospera a pretensão relativa ao expurgo inflacionário de 42,72%, pois implementado anteriormente à própria concessão. À ausência do direito principal, não há que falar em repercussões na renda mensal subsequente ao termo prescricional.

3. Pelo exposto, decido EXTINGUIR O PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO, especificamente quanto ao primeiro autor, com fulcro no inciso IV do artigo 267 do CPC, e também quanto à pretensão de revisão do valor atual do benefício apresentada pela segunda autora, esta com fulcro no inciso VI do mesmo artigo, e **EXTINGUIR O PROCESSO COM JULGAMENTO DO MÉRITO**, quanto à pretensão de condenação do réu ao pagamento de diferenças decorrentes da revisão da renda mensal

inicial com base na média dos trinta e seis últimos salários-de-contribuição, com fulcro no inciso IV do artigo 269 do CPC e, quanto às demais pretensões, julgando-as improcedentes, com fulcro no inciso I do artigo 269 do CPC, nos termos da fundamentação. Honorários advocatícios, pela parte autora, fixados em R\$ 80,00. Custas pela segunda autora.

P.R.I.

Rio de Janeiro, 28 de setembro de 2000.

FÁTIMA MARIA NOVELINO SEQUEIRA

Juíza Federal da 37ª Vara

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

Ação Ordinária
II

Processo: 92.0071121-9
Autor: (OMITIDO) REP/ P/ RILDO SOUZA DE MELO
Réu: FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ - FIOCRUZ
Juiz: Dr. JOSÉ ANTONIO LISBÔA NEIVA

SENTENÇA

Vistos etc.

(OMITIDO) ajuíza ação em face da FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ – FIOCRUZ visando:

- “a) pensão mensal e vitalícia no valor a ser fixado pelo MM. Juiz. O pensionamento vencido, ou seja, o compreendido desde o dia da alta até o efetivo pagamento, deve ser entregue de uma só vez, enquanto que o vincendo deverá ser pago mediante a inscrição do nome do Autor na folha de pensionistas da Ré;
- b) todo o tratamento médico que se fizer necessário, no Brasil ou fora do Brasil. Nesse particular a lei permite que se faça pedido genérico, *quando não for possível determinar, de modo definitivo, as conseqüências do ato ou do fato ilícito* (art. 286, II, CPC);
- c) dano estético e dano moral, a ser fixado pelo MM. Julgador, levando-se em conta a gravidade da ofensa, a opulência do ofensor, a idade da vítima e a extensão do dano, sendo certo que o art. 1.547 do Código Civil, que trata do dano moral, fixa-o na ordem de 3.600 salários mínimos, menção que aqui se faz apenas a título de subsídio para a fixação daquele dano;
- d) juros e correção monetária de tudo quanto se traduzir por dívida pretérita;
- e) honorários advocatícios, no percentual de 15% sobre o valor total da condenação tendo em mira o art. 20, § 5º, do C. P. Civil”.

Como causa de pedir salienta que o autor é uma das milhares de vítimas de erros médicos, do mau atendimento hospitalar; o autor sempre foi um menino sadio e no dia 19 de agosto de 1991 os genitores levaram o mesmo ao hospital Souza Aguiar, por causa da "asma brônquica", tendo sido removido no dia seguinte para o hospital Fernandes Figueira; o autor permaneceu internado por 33 dias, deixando aquele Instituto cego, mudo e surdo e paraplégico; que realizaram entubação e broncoscopia sem autorização dos pais, os quais não foram informados quanto ao diagnóstico, prognóstico e objetivos do tratamento; a ré deve ser responsabilizada, notadamente ante a teoria do risco administrativo.

A inicial veio acompanhada de documentos (fls. 8/25).

Contestação salientando o fato de o autor já ter ingressado no Instituto Fernandes Figueira em estado grave; que haveria necessidade de ampliação do pólo passivo em virtude de diagnóstico inicial errado, feito no Souza Aguiar; o autor era portador de broncopneumonia dupla e encontrava-se em estado grave; os procedimentos adotados foram corretos.

Foram juntados documentos pela ré (fls. 38/343).

Houve réplica (fls. 346/349).

O MPF oficiou no feito (fls. 356, verso).

O Juízo determinou a inclusão do Município do Rio de Janeiro, bem como deferiu prova pericial (fls. 357).

O Município ofereceu contestação (fls. 372/375).

Santeador às fls. 395 excluindo o Município e deferindo prova oral e pericial.

Houve a interposição de embargos de declaração e rejeição do recurso (fls. 399).

Cópia da sentença cautelar (fls. 403/404).

O Município interpôs agravo de instrumento (fls. 413/420), tendo sido o mesmo improvido (fls. 472).

Peritos nomeados às fls. 427.

Indicação de assistentes técnicos pela ré (fls. 439).

Foi juntado aos autos laudo pericial (fls. 449/457), complementado às fls. 474/477.

As partes se manifestaram sobre o laudo.

O MPF ofereceu parecer (fls. 495/500).

Audiência de instrução e julgamento realizada, com oitiva de testemunhas e debates orais.

O *parquet* se manifestou às fls. 524.

É o relatório. Decido.

O caso é por demais traumático e seria impossível o juiz não se sensibilizar com o ocorrido e com o drama dos pais.

É incontroverso o aspecto de que houve dano ao menor (omitido), tendo o mesmo deixado o Instituto Fernandes Figueira com sérias seqüelas.

A parte autora destaca a responsabilidade objetiva do Poder Público (CF, art. 37, § 6º), sendo certo que para sua ocorrência mister a presença dos requisitos, a saber: um ato de agente público, a ocorrência de dano e o nexo de causalidade.

O Supremo Tribunal Federal já se manifestou a respeito:

“.....
I – A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de Direito Público e das pessoas jurídicas de Direito Privado prestadoras de serviço público, responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo, ocorre diante dos seguintes requisitos: a) do dano; b) da ação administrativa; c) e desde que haja nexo causal entre o dano e a ação administrativa” (RE nº 178.806/RJ, rel. Min. Carlos Velloso, 2ª T., DJU 30.6.95, p. 20.485).

Nesse sentido, ainda: STF, RE nº 113.587/SP, rel. Min. Carlos Velloso, 2ª T., RTJ 140/636.

O Superior Tribunal de Justiça, igualmente, se manifestou nos termos de que a **“prova do dano causado pelo agente público e o nexo causal entre a ação do agente caracterizam a responsabilidade das pessoas jurídicas de Direito Público”** (Resp nº 38.666/SP, rel. Min. Garcia Vieira, 1ª T., RSTJ 58/396).

Ao fazer referência à responsabilidade pelo risco administrativo, o autor fundamenta sua pretensão com base na responsabilidade extracontratual da Administração (sobre o assunto: José dos Santos Carvalho Filho, “Manual de Direito Administrativo”, Lumen Juris, 4ª ed., p. 362; Maria Sylvia Zanella di Pietro, “Direito Administrativo”, Atlas, 8ª ed., p. 408; Diogenes Gasparini, “Direito Administrativo”, Saraiva, 1989, p. 396).

No presente caso é imprescindível averiguar se o dano ocorrido no menor (omitido) foi fruto de ato da Administração.

Não se poderia admitir que o Estado pagasse indenização toda vez que paciente de risco (ou em estado grave) fosse atendido em hospital da rede pública, na medida em que, no caso, não haveria obrigação de resultado.

O nosocômio, recebendo paciente acidentado ou com problema sério de saúde, não tem o dever de curá-lo, mas sim de dar tratamento adequado.

Seria indispensável a demonstração de que o evento ocorreu em virtude da ação administrativa. Sem essa prova há inviabilidade quanto ao acolhimento da postulação.

Antes de ingressar no Instituto Fernandes Figueira o quadro do autor era grave. O próprio motivo da remoção era a ausência de vaga em CTI (Centro de Tratamento Intensivo) no hospital Souza Aguiar (fls. 376).

Houve, inclusive, parada cardiorrespiratória no aludido hospital (HMSA), como se verifica às fls. 453.

Inexiste nos autos elementos a viabilizar a conclusão no sentido de que o dano decorreu de ato do Instituto Fernandes Figueira.

A perícia destacou que o procedimento médico adotado foi compatível com as práticas vigentes (fls. 454; 474, quesito 7º; 476, quesitos 5º e 8º).

As causas diretas, segundo os peritos, foram as paradas cardiorrespiratórias (fls. 477).

Como já destacado acima, o menor já tinha sofrido interrupção das funções do coração no hospital Souza Aguiar e veio a sofrer nova parada cardiorrespiratória no Fernandes Figueira, com recuperação da função cardíaca em 20 minutos, aproximadamente (fls. 454).

O hospital não conseguiu, apesar da adequação do tratamento dispensado, reverter o grave quadro.

Vale transcrever o seguinte trecho do laudo:

“O caso em pauta já encerrava potencial de gravidade, fato este corroborado pela primeira parada cardiorrespiratória registrada por médico, no HMSA.

É de conhecimento médico que a principal causa de parada cardíaca, em crianças, é a insuficiência respiratória, com alto índice de letalidade ou de seqüelas neurológicas graves. Lamentavelmente para as nossas crianças, a mortalidade por infecção respiratória aguda é de cerca de 10%, percentual que aumenta na medida em que torna-se necessária a internação em UTI.

Com relação ao IFF, deve-se ressaltar que somente num hospital de excelente nível, recursos tais como bronscopia, tomografia computadorizada à época, identificação de vírus e outros tantos exames e procedimentos utilizados estão disponíveis. Assim, é um hospital de referência para casos graves, aquele que acolhe pacientes que os outros hospitais não tem condições de dar suporte” (fls. 454/455).

O fato do menor ter ingressado lúcido e com exame neurológico normal, segundo informação da Diretora do hospital Souza Aguiar (fls. 376), não ensejaria *de per se* a responsabilidade da ré.

Houve uma progressão no quadro e, infelizmente, apesar do correto procedimento adotado, não foi possível sustar o agravamento, surgindo nova parada cardiorrespiratória, com o triste final.

Falta o imprescindível nexos de causalidade para a condenação da ré, ou seja, o tratamento inadequado.

Vale transcrever excertos da ementa da AC nº 213.416/90, do TRF – 2ª Região, 2ª T., rel. Alberto Nogueira, DJU 23.10.90:

“.....

1. A prova pericial comprova o nexos de causalidade entre o tratamento inadequado, dispensado pelo INAMPS ao autor, durante o pós-operatório e a lesão que veio a acometê-lo”.

Aplicável a essência, apesar da situação ser diversa. No caso analisado pela 2ª Turma existiu ação administrativa ensejadora da lesão.

Na doutrina, em comentário crítico a acórdão do Tribunal de Justiça deste Estado, ressaltou Renan Miguel Saad (*apud* “O ato ilícito e a responsabilidade civil do Estado”, Lumen Juris, 1994, pp. 59/60):

“Trata-se, na hipótese, ao contrário, de responsabilidade civil do Estado pelos serviços prestados no hospital. Neste ponto, deve-se dar como melhor solução, dentro do que se apresentou, o entendimento proposto pelo voto vencido.

.....

Assim sendo, na responsabilidade civil do Estado, não é necessário se provar a culpa para se obter a indenização. Há necessidade somente de se provar o nexo causal entre o ato e o dano. Na hipótese, o evento danoso não foi aquele que provocou a fratura, mas o ato que permitiu no agravamento da lesão”.

No presente caso, as medidas adotadas pela ré não deram causa à piora do estado clínico e ao dano em (omitido).

A ausência de comunicação dos riscos do tratamento (quesito 8º do autor) não poderia ensejar indenização, pois as medidas eram urgentes.

Faço minhas as palavras da Drª Bianca Matal, Procuradora da República (fls. 499/500):

“Afastável, de igual modo, a alegação de que os procedimentos utilizados encerrariam riscos imprevistos e que, portanto, necessária se fazia a consulta prévia aos pais do menor acerca da possibilidade de sua adoção. O autor, ao chegar ao Instituto Fernandes Figueira, já se encontrava em situação crítica de saúde, o que requereu a utilização de procedimentos que, apesar de emergenciais, foram considerados normais e sobretudo necessários para a situação, conforme narra o Laudo Pericial.

Ademais, Caio Mário da Silva Pereira, citando o insigne mestre Aguiar Dias em sua obra já citada, aborda com clareza o tema atinente à adoção emergencial de procedimentos médicos inevitáveis:

‘A conclusão é difícil, parecendo que a opinião de Aguiar Dias é de bom alvitre: se o tratamento é ‘legal compulsório’ o médico tem o dever de adotá-lo. Por outro lado, em situações emergenciais, o médico não pode aguardar o pronunciamento dos interessados, sabendo que toda demora implica agravamento do risco. Tem de assumir o tratamento, como técnico que é de profissão’.

Tínham, diante do exposto, os médicos do Instituto Fernandes Figueira o dever de agir, e, por terem utilizado os procedimentos normais de que dispunham, não lhes pode ser imputado o infortúnio ocorrido ao menor. (...).”

No entanto, não se poderia cogitar em responsabilidade dos pais. Admitindo-se que fosse verdade a afirmativa quanto ao oferecimento indevido de “leite e óleo” ao menor, é mais do que compreensível a conduta dos genitores buscando a melhora do filho, independentemente de uma traumática internação. É sabido que as crianças têm melhor recuperação no seio familiar e no desespero de curar procura-se, muitas das vezes, saída caseira ou natural, como, p. ex., o mel com agrião para expectorar.

Mesmo não dando certo, presume-se que os pais agem visando o bem dos filhos.

Tenho certeza de que os pais de (omitido) transfeririam para si, com amor, todo o sofrimento do filho.

ISTO POSTO,

JULGO IMPROCEDENTE O PEDIDO, nos termos da fundamentação.

Sem custas nem honorários, ante a gratuidade de justiça.

Dê-se ciência ao MPF.

P.R.I.

Rio de Janeiro, 13 de janeiro de 2000.

JOSÉ ANTONIO LISBÔA NEIVA

Juiz Federal da 11ª Vara

Direito Tributário

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

Processo: 99.0206195-9
Autor: CENTRO EDUCACIONAL PONTES DE MENDONÇA LTDA. - ME
Réus: UNIÃO FEDERAL e INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS
Juíza Federal: Drª ANGELINA DE SIQUEIRA COSTA

SENTENÇA (TIPO II)

Vistos etc.

CENTRO EDUCACIONAL PONTES DE MENDONÇA LTDA. - ME, qualificado na exordial, propõe a presente ação declaratória, pelo procedimento comum ordinário, cumulada com anulatória de ato administrativo em face da **UNIÃO FEDERAL** e do **INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS**, objetivando a declaração, por sentença, que, se atendidas as demais condições previstas na Lei nº 9.317/96, pode a autora optar pelo Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES, bem como a anulação do Ato Declaratório de Exclusão ao Simples nº 81.609, da Receita Federal em Niterói.

Aduz, como causa de pedir a prestação jurisdicional, que a vedação contida no inciso XIII do artigo 9º da Lei nº 9.317/96 não lhe é aplicável, por não se enquadrar nas hipóteses ali estabelecidas.

A inicial veio instruída com procuração e documentos de fls. 42/160.

Custas recolhidas (fls. 161/162).

Petição de fls. 163/164, desiste do pedido de depósito e pede seu recebimento como aditamento a inicial.

Devidamente citados, os réus contestaram o pedido pugnando pela improcedência do pedido (fls. 168/176 e 180/186).

É O RELATÓRIO.

FUNDAMENTO E DECIDO.

Passo ao julgamento antecipado da lide, ante a desnecessidade de produção de prova em audiência, além da matéria ser única e exclusi-

vamente de direito, tudo em conformidade com a permissão insculpida no artigo 330, inciso I, do Código de Processo Civil.

Inicialmente, imperioso ressaltar que a *vexatã quæstio* da presente demanda consiste na verificação da possibilidade da parte autora - instituição particular de ensino - poder usufruir das benesses da Lei nº 9.317/96.

Dita o artigo 9º e o inciso XIII da citada Lei, *in verbis*:

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

(...)

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

A matéria aqui versada já foi objeto de apreciação por eminentes magistrados, inclusive no âmbito do Egrégio Supremo Tribunal Federal, na ADIN 1643/1, no sentido de que a citada lei veio dar efetividade ao preceito constitucional insculpido no artigo 179 da Constituição da República Federativa do Brasil, dando tratamento diferenciado às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, visando à incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei, e com tal incentivo retirar aquelas já existentes da clandestinidade ou da economia informal, gerando empregos e propiciando aos excluídos do mercado de trabalho, por pouca ou nenhuma especialização profissional, de manter o seu próprio negócio, dentro de sua habilidade natural.

Neste diapasão, entendeu a nossa Suprema Corte que o tratamento diferenciado não viria a ferir o princípio da isonomia tributária, posto que o discrimine se justifica, já que as empresas ali citadas não são afetadas pelas empresas de maior poder econômico, por se basearem na excelência profissional de seus integrantes.

É certo que o nosso sistema constitucional autoriza tratamentos normativos diferenciados, desde que calcadas em critérios justos e razoáveis, conforme doutrina o mestre Alexandre de Moraes, *in* Direito Constitucional, 6ª edição, editora Atlas, páginas 61/63 no sentido de que “a Constituição Federal de 1988 adotou o princípio da igualdade de direitos, pre-

vendo a igualdade de aptidão, uma igualdade de possibilidades virtuais, ou seja, todos os cidadãos têm 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 desiguam, 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.

A igualdade se configura como uma eficácia transcendente de modo que toda situação de desigualdade persistente à entrada em vigor da norma constitucional deve ser considerada não recepcionada, se não demonstrar compatibilidade com os valores que a Constituição, como norma suprema, proclama.

O princípio da igualdade consagrado pela Constituição opera em dois planos distintos. De uma parte, frente ao legislador ou ao próprio executivo, na edição, respectivamente, de leis, atos normativos e medidas provisórias, impedindo que possam criar tratamentos abusivamente diferenciados a pessoas que se encontram em situações idênticas. Em outro plano, na obrigatoriedade ao intérprete, basicamente, a autoridade pública, de aplicar a lei aos atos normativos de maneira igualitária, sem estabelecimento de diferenciações em razão de sexo, religião, convicções filosóficas ou políticas, raça, classe social.

A desigualdade na lei se produz quando a norma distingue de forma não razoável ou arbitrária em tratamento específico a pessoas diversas. Para que as diferenciações normativas possam ser consideradas não discriminatórias, torna-se indispensável que exista uma justificativa objetiva e razoável, de acordo com critérios e juízos valorativos genericamente aceitos, cuja exigência deve aplicar-se em relação à finalidade e efeitos da medida considerada, devendo estar presente por isso uma razoável relação de proporcionalidade entre os meios empregados e a finalidade perseguida, sempre em conformidade com os direitos e garantias constitucionalmente protegidos.

Assim, os tratamentos normativos diferenciados são compatíveis com a Constituição Federal quando verificada a existência de uma finalidade razoavelmente proporcional ao fim visado”.

Nesta linha de raciocínio, resta afirmado pela Suprema Corte, em harmonia com o conceito doutrinário de isonomia, que a exclusão das sociedades civis de prestação de serviços profissionais não fere o princípio da isonomia tributária.

Todavia, a questão que aqui se põe é perquirir se a autora, na qualidade de sociedade constituída por cotas de responsabilidade limitada, tendo por objetivo principal o desenvolvimento de atividade de ensino pré-escolar e de primeiro grau, se exclui do conceito de sociedades de profissionais liberais e, por conseqüência, pode usufruir do sistema integrado de pagamento de impostos e contribuições considerado pela Lei nº 9.317/96.

Dispõe o artigo 205 da Constituição da República Federativa do Brasil, *in verbis*:

“Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”.

Dessume-se da norma constitucional supracitada que o legislador constituinte, ao colocar a educação como atividade complexa que visa ao desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho, não limitou a instituição de ensino a “prestadora de serviços profissionais de professor”.

E é na força normativa da Constituição que se encontra o respaldo para as grandes metas, como por exemplo a educação, instrumento capaz de garantir um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, qual seja: erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir desigualdades sociais e regionais.

Neste sentido é a doutrina de Konrad Hesse, quando afirma que *“a força normativa da Constituição não reside, tão-somente, na adaptação inteligente a uma dada realidade. A Constituição jurídica logra converter-se, ela mesma, em força ativa, que se assenta na natureza singular do presente (individuelle Beschaffenheit der Gegenwart). Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo, pôde-se afirmar que a*

Constituição converter-se-á em força ativa se se fizerem presentes na consciência geral - particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional -, não só a vontade de poder (Wille zur Macht), mas também a vontade de Constituição (Wille zur Verfassung)" (in A Força Normativa da Constituição, Konrad Hesse, Tradução de Gilmar Ferreira Mendes, ed. Sergio Fabris Editor, 1991, página 19).

Com acuidade afirma a eminente Juíza Federal, desta 2ª Região, Drª FERNANDA DUARTE LOPES LUCAS DA SILVA, in Revista de Jurisprudência da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, número 7, páginas 209/211, em decisão sobre o assunto, *"É que, na verdade, a atividade desenvolvida por uma escola não se exaure na estreita expressão 'atividade de professor'. Conforme perfil constitucional, delineado no art. 205, as instituições de ensino viabilizam o direito fundamental à educação, tornando-se instrumentos facilitadores para a realização dos objetivos básicos da própria Educação, isto é, o pleno desenvolvimento da pessoa humana, o preparo para o exercício da cidadania e a qualificação para o trabalho.*

Ademais, a própria composição societária dos estabelecimentos de ensino – desvinculada da exigência legal da presença do professor (vide a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Acional, Lei nº 9.394/96) – afasta a figura da sociedade de profissionais liberais, inclusive como apontado pela própria requerente, às fls. 31, uma escola pode ter - **rigorosamente** – a mesma composição do **'bar da esquina que vende alcóolicas'**, da **'loja que vende armas'**, dentre outros exemplos.

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

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

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

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

Eis o entendimento da SRF:

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

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

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

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

E, PORTANTO, É LEGÍTIMA SUA OPÇÃO PELO SIMPLES”.

E, assim é, sob pena de admitirmos um verdadeiro “Carnaval Tributário”, traduzido na visão de Alfredo Augusto Becker, como o espetáculo onde *“o Presidente da República e o seu Ministro da Fazenda são os ‘abre-alas’. O ritmo é dado pelo fêmur dos contribuintes, que também forneceram a pele para as cuícas. O Presidente da República e seus Ministros lançam ao público os confetes de nossos bolsos vazios e as serpentinas de nossas tripas. No sambódromo conquistaram, por unanimidade, o prêmio: Fraude contra o Contribuinte”* (in *Carnaval Tributário*, ed. Lejus, 2ª ed., página 14).

Por tudo quanto foi dito, e pelo que consta dos autos, resta concluir pelo afastamento da autora da incidência do dispositivo guerreado, visto que, da força normativa da Constituição, exsurge que dentre as interpretações possíveis deve ser adotada aquela que garanta maior eficácia,

aplicabilidade e permanência das normas constitucionais, vislumbrando-se sua razão de existência, finalidade e extensão.

Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE O PEDIDO, nos autos do processo nº 99.0206195-8, para o fim de DECLARAR que a parte autora, na qualidade de estabelecimento de ensino, tem direito de optar pelo SIMPLES, atendidas as demais condições previstas na Lei nº 9.317/96, assegurando, assim, a existência de relação jurídica formalizada através do Termo de Opção pelo SIMPLES, para que produza os legais efeitos junto à União Federal, através da Receita Federal, e ao Instituto Nacional do Seguro Social – INSS.

Por via de consequência, DECRETO A NULIDADE DO ATO DECLARATÓRIO DE EXCLUSÃO AO SIMPLES nº 81.609 da RECEITA FEDERAL EM NITERÓI.

Condeno os réus em honorários advocatícios, que fixo em 5% (cinco por cento) sobre o valor da causa monetariamente corrigido.

Custas ex lege.

P.R.I.

Sentença sujeita ao reexame necessário.

Niterói, 30 de agosto de 2000.

ANGELINA DE SIQUEIRA COSTA

Juíza Federal Substituta

SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
1ª Vara Federal de São João de Meriti

Embargos de Terceiros

Processo: 99.0757556-9
Autor: PADARIA E CONFEITARIA CRISTAL DA VILA TIRADENTES LTDA.
Réu: FAZENDA NACIONAL

VISTOS ETC.

PADARIA E CONFEITARIA CRISTAL DA VILA TIRADENTES, pessoa jurídica de direito privado, qualificada na inicial, ajuizou os presentes **EMBARGOS DE TERCEIROS** à Execução Fiscal nº 98.0970882-3, em apenso, proposta pela **FAZENDA NACIONAL**, para a cobrança do crédito tributário expresso na Certidão de Dívida Ativa nº 70.697039681-79.

Aduziu, em síntese, que a execução embargada é nula, visto que a embargante não é sucessora de **PADARIA NOVA LUZITANA LTDA.**, que é o devedor constante da Certidão de Dívida Ativa.

Assim, postulou a sua exclusão do pólo passivo da execução fiscal embargada, com o levantamento da penhora dos bens arrolados no auto de penhora e depósito, às fls. 37 dos autos da Execução Fiscal nº 98.0970882-3.

Juntou documentos às fls. 04/17.

Custas recolhidas às fls. 18.

Citada, a embargada ofereceu impugnação às fls. 26/34, na qual argüiu, preliminarmente, a impropriedade dos embargos de terceiros, requerendo a extinção do processo sem exame do mérito, postulando, alternativamente, no mérito, a improcedência do pedido.

Instadas as partes à especificação de provas, a embargante não se manifestou, tendo a embargada declarado não ter outras provas a produzir.

Este Juízo, às fls. 39, determinou a expedição de ofício à JUCERJA para que remetesse cópia do contrato social de **PADARIA NOVA LUZITANA LTDA.**, e de suas eventuais alterações posteriores, o que foi cumprido às fls. 42/54.

Intimadas as partes, apenas a embargada, às fls. 56/57, manifestou-se sobre o contrato social apresentado pela JUCERJA.

É o relatório. Passo a decidir.

Existe questão de índole processual, suscitada na peça de bloqueio, que deve ser dirimida antes do exame do mérito.

O embargado preconiza, com fulcro no art. 1.046 do CPC, a impropriedade da via processual eleita, visto que a embargante é parte no processo de execução, tendo sido incluído o seu nome no pólo passivo.

Os embargos de terceiro, nos termos do indigitado dispositivo legal, são o meio processual idôneo para que o terceiro, isto é, aquele que não é parte no processo, e que não poderia sofrer qualquer constrição em seu patrimônio para a satisfação de dívida de terceira pessoa, possa desconstituir um ato judicial de apreensão de bens seus, garantindo, assim, a sua posse ou a sua propriedade sobre eles.

O devedor, constante do título executivo, bem como o responsável tributário, definido na legislação tributária, ainda que não esteja mencionado na Certidão de Dívida Ativa, é sujeito passivo do processo de execução, e, portanto, parte, *ex vi* do art. 568, inciso V, do CPC e do art. 4º, inciso V, da Lei nº 6.830/80, e, para extinguir a execução ou liberar os seus bens da penhora, deverá utilizar os embargos de devedor, consoante o art. 16 da Lei nº 6.830/80.

A Execução Fiscal em apenso foi proposta em face de PADARIA NOVA LUZITANA LTDA., que era o devedor constante da Certidão de Dívida Ativa nº 70.697039681-79 (fls. 04 dos autos principais).

Em virtude da Certidão exarada pelo Sr. Oficial de Justiça às fls. 20 dos autos da Execução Fiscal nº 98.0970882-3, informando que, no endereço no qual se situava o estabelecimento daquela sociedade comercial, funcionava a pessoa jurídica PADARIA E CONFEITARIA CRISTAL DA VILA TIRADENTES LTDA., este Juízo, atendendo requerimento do exeqüente, determinou, às fls. 31 daqueles, a inclusão da ora embargante no pólo passivo da Execução Fiscal, como responsável tributário, nos termos do art. 133 do CTN.

Destarte, a embargante é parte da Execução Fiscal impugnada, de sorte que o remédio processual apropriado para desfazer a penhora efetuada são os embargos à execução ou embargos de devedor, e não os embargos de terceiro.

Ocorre que o fato de a embargante ter designado a sua ação de embargos de terceiros, em vez de embargos de devedor, consiste em mera

irregularidade, que não pode prejudicar o seu direito de defesa, ainda mais quando está em jogo o seu patrimônio.

Incide, na espécie, o princípio processual da instrumentalidade das formas e da economia processual, também conhecido como princípio da inexistência de nulidade de prejuízo, previsto nos arts. 244, 249, § 1º, e 250 do CPC, pelo qual o Juiz não deve decretar a nulidade do processo ou determinar a sua extinção sem julgamento do mérito, quando a falta de observância da forma legal não acarretar prejuízo a qualquer das partes, sem comprometer a cognição da lide pelo magistrado.

Houve, no presente feito, apenas um erro de denominação da ação proposta pela embargante, que a designou de embargos de terceiro em vez de embargos à execução, havendo clara exposição da sua pretensão e do conflito de interesses, sem qualquer obstáculo à apresentação de defesa pela Fazenda Nacional.

Por outro lado, a presente ação foi ajuizada no prazo dos embargos à execução fiscal (art. 16 da Lei nº 6.830/80), não havendo qualquer prejuízo.

ASSIM, REJEITO A PRELIMINAR, RECEBO A PRESENTE AÇÃO COMO EMBARGOS À EXECUÇÃO E PASSO A EXAMINAR O SEU MÉRITO.

A embargante pretende a sua exclusão da execução fiscal objurgada pelo fato de não ser sucessora do contribuinte constante do título executivo.

A execução fiscal guerreada foi proposta pela Fazenda Nacional em face de PADARIA NOVA LUZITANA LTDA., que é o contribuinte, o sujeito passivo que praticou o fato gerador, e que, por essa razão, constava do título executivo.

Em virtude da certidão exarada pelo Oficial de Justiça, atestando que a sociedade comercial executada não mais funcionava no endereço indicado na exordial, Av. Getúlio de Moura, 1456, Vila Tiradentes, estando lá estabelecida a ora embargante, que desenvolve a mesma atividade do devedor, este Juízo, dada a aparente incidência do art. 133 do Código Tributário Nacional, e observando a jurisprudência majoritária dos Tribunais no sentido da admissibilidade da inclusão do responsável tributário, não indicado na Certidão de Dívida Ativa, na posição passiva da execução fiscal, ordenou a sua inclusão no pólo passivo da execução embargada, possibilitando a discussão e a comprovação dos requisitos da mencionada norma complementar em sede de embargos de devedor.

O art. 133 do CTN consagra espécie de responsabilidade tributária por sucessão, pela qual a pessoa física ou jurídica de direito privado que adquirir de outra, por qualquer título, fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional, e continuar a respectiva exploração, sob a mesma ou outra razão social ou sob firma ou nome individual, responde pelos tributos, relativos ao fundo de comércio ou estabelecimento adquirido, devidos até a data do ato, sendo a responsabilidade integral se o alienante cessar a exploração do comércio, indústria ou atividade; ou subsidiária à do alienante, se este prosseguir na exploração ou iniciar dentro de seis meses, a contar da data da alienação, nova atividade no mesmo ramo ou em outro ramo de comércio, indústria ou profissão.

Fundo de comércio é o conjunto de elementos corpóreos e incorpóreos empregados pelo comerciante para o exercício do comércio, a atração da clientela e a obtenção de lucros. Engloba o complexo de instalações, máquinas, utensílios, mercadorias, o ponto, a marca e o nome comercial, os emblemas etc.

A responsabilidade tributária em análise pressupõe a aquisição da totalidade daqueles elementos, bem como a existência de um negócio jurídico, de qualquer espécie, a título gratuito ou oneroso, entre o alienante e adquirente, além da continuação da exploração objeto do negócio, isto é, da mesma atividade, limitando-se a responsabilidade aos tributos devidos pelo sucedido até data do ato traslativo.

Não basta o simples fato de a segunda empresa estar operando no mesmo local do devedor, desenvolvendo a mesma atividade econômica, para a caracterização da responsabilidade por sucessão.

É imprescindível a existência de um negócio jurídico entre o contribuinte e a pessoa jurídica a quem a Fazenda Pública pretende atribuir a responsabilidade tributária, pois, caso contrário, o conceito de fundo de comércio estaria reduzido ao local onde a empresa está estabelecida. Qualquer empresa que se instalasse em determinado local estaria correndo o risco de responder por débitos de locatários ou possuidores pretéritos pelo único fundamento da coincidência de ponto, o que inviabilizaria o desenvolvimento das atividades econômicas, ofendendo a razoabilidade que deve permear as normas jurídicas.

Ademais, em diversas ocasiões, uma empresa se fixa em determinado imóvel sem que tenha mantido qualquer relação jurídica com a pessoa natural ou jurídica que antes lá explorava a mesma atividade econômica, como na hipótese de o imóvel pertencer a terceira pessoa que, após promover o despejo da primeira empresa, vem a celebra, algum tempo depois, contrato de locação com a segunda.

É mister frisar que o ônus da prova da sucessão empresarial, ou seja, da existência de negócio jurídico de alienação do fundo de comércio entre as empresas, é da Fazenda Pública.

Encorpando o raciocínio aqui desenvolvido, destacam-se os seguintes acórdãos:

“A dívida fiscal só é atribuível ao sucessor da firma e não a quem se estabelece, com o mesmo ramo, mas sem nenhum liame com o antecessor” (TJSC, Câmara Cível Especial, AC. nº 35.777, Rel. Des. Vanderlei Romer, DJSC 28/08/96).

“O simples fato de outra empresa instalar-se no mesmo local da anterior não configura sucessão comercial, não podendo ser considerada substituta responsável pela obrigação tributária. Daí ser parte legítima para opor embargos de terceiro visando desconstituir penhora em bem de sua propriedade” (TRF-3ª Região, 2ª Turma, AC. nº 91.0328225-2/SP, rel. Juiz Aricê Amaral, DJU 02/10/96).

“Ocorre a sucessão de empresas quando a pessoa jurídica adquire de outra o fundo de comércio, com tal compreendidos a instalação, imóvel, utensílios, mercadorias e tudo o que for empregado na exploração do negócio. A razão social parecida e mesma localização isoladamente, sem outros elementos probatórios, são desinfluentes para caracterizar a sucessão empresarial acarretadora da responsabilidade” (TRF-1ª Região, 3ª Turma, AC. nº 92.0112421-0/MG, rel. Juiz Fernando Gonçalves, DJU 03/09/92).

“A sucessão de empresa pode ser presumida por fatos que sinalizem a continuidade da atividade empresarial sob outro nome de fantasia.

Inexiste sucessão quando a empresa devedora continua suas atividades em outro local e, apesar de nova empresa ter-se instalado na antiga sede, nenhum outro fato corrobora para a alegada sucessão” (TRF-1ª Região, 4ª Turma, AC nº 94.0102218-6/MG, rel. Juíza Eliana Calmon, DJU 21/03/94).

“TRIBUTÁRIO. RESPONSABILIDADE POR SUCESSÃO. NÃO OCORRÊNCIA.

A responsabilidade prevista no art. 133 do Código Tributário Nacional só se manifesta quando uma pessoa natural ou jurídica adquire de outra o fundo de comércio ou o estabelecimento comercial, industrial ou profissional; a circunstância de que tenha

se instalado em prédio antes alugado à devedora, não transforma quem veio a ocupá-lo posteriormente, também por força de locação em sucessor para os efeitos tributários.

Recurso especial não conhecido" (STJ, 2ª Turma, RESP nº 108873/SP, rel. Min. Ari Pargendler, j. 04/03/99, DJU 12/04/99).

No caso em tela, constata-se que a embargante, PADARIA E CONFEITARIA CRISTAL DA VILA TIRADENTES LTDA., constituída em dezembro de 1997, período posterior ao do fato gerador do crédito executado (93/94), apresenta, consoante o contrato social acostado às fls. 07/09, sócios distintos do contribuinte, PADARIA NOVA LUZITANA LTDA. (fls. 43/54), não tendo ocorrido sucessão empresarial.

Por outro lado, a posse, a ocupação do imóvel no qual está estabelecida (Avenida Getúlio de Moura, nº 1.456, Vila Tiradentes) não decorreu de alienação do fundo de comércio pelo contribuinte, mas de contrato de locação pactuado com o seu proprietário, MARIO AMARAL FERNANDES, em 08 de abril de 1998, conforme instrumento acostado às fls. 10/14.

A Fazenda Nacional também não produziu prova da existência de qualquer negócio jurídico de alienação, a qualquer título, do fundo de comércio, entre as duas pessoas jurídicas, deixando de observar o seu ônus processual.

EM FACE DO EXPOSTO, REJEITO A PRELIMINAR E JULGO PROCEDENTE O PEDIDO PARA DECLARAR A INEXISTÊNCIA DE RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DA EMBARGANTE PELO PAGAMENTO DOS DÉBITOS CONSTANTES DA CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA Nº 70.697039681-79 E DETERMINAR A SUA EXCLUSÃO DO PÓLO PASSIVO DA EXECUÇÃO EMBARGADA, QUE PROSSEGUIRÁ EM RELAÇÃO AO DEVEDOR CONSTANTE DA CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA.

Condeno a embargada a pagar à embargante honorários advocatícios que fixo em 10% (dez por cento) do valor da causa devidamente atualizado.

Custas *ex lege*.

Levante-se a penhora.

Remetam-se os autos à SEADI para retificar a autuação da presente.

Com o trânsito em julgado, traslade-se cópia desta sentença para os autos principais, dê-se baixa e archive-se os autos.

Sentença sujeita ao reexame necessário, nos termos do art. 475, inciso II, do CPC.

Publique-se. Registre-se. Intime-se.

São João de Meriti, 16 de agosto de 2000.

LUIZ NORTON BAPTISTA DE MATTOS

Juiz Federal Titular da 1ª Vara Federal de São João de Meriti

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

Processo: 99.0017611-1
Autores: PETROFLEX INDÚSTRIA E COMÉRCIO S/A E OUTROS
Ré: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Juiz: Dr. ALFREDO FRANÇA NETO

SENTENÇA

Vistos etc.

PETROFLEX INDÚSTRIA E COMÉRCIO S/A, qualificada na inicial com o CGC/MF nº 29.667.227/0001-77, **ATRI NYLOX DO BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.**, qualificada na inicial com o CGC/MF nº 42.339.176/0001-12 e **ML MAGALHÃES COMÉRCIO E INDÚSTRIA DE MÓVEIS LTDA.**, qualificada na inicial com o CGC/MF nº 33.355.629/0001-03, propõem em face da **UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)** esta Ação Ordinária, inclusive com o pedido da concessão da antecipação dos efeitos da tutela, porque objetivam assegurar o direito aos créditos do imposto sobre produtos industrializados – IPI, pretéritos e vincendos, gerados na aquisição de insumos (matéria-prima, produtos intermediários e materiais de embalagem) com isenção ou não-incidência, conforme for o caso, compensando-se tais créditos com o próprio IPI, incidente nas operações subsequentes, bem como com quaisquer outros tributos administrados ou cobrados pela Receita Federal (Lei nº 9.430/63, art. 74; Medida Provisória nº 1.788 e Instrução Normativa SRF nº 11/97).

Objetivam, ainda, no curso da lide, se concedida a tutela antecipada, não sofram sanções da política fiscal ou penalidades, relativamente às parcelas que forem compensadas, assim como a execução judicial, inscrição no CADIN – “Cadastro de Inadimplentes”, negar-lhes inscrição no CNPJ – “Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas”, ou indeferir-lhes, quando requeridas, certidões negativas em razão da compensação efetuada.

Aduzem as autoras que, na condição de fabricantes e vendedoras de produtos industrializados diversos, classificados na TIPI – “Tabela de Imposto Sobre Produtos Industrializados”, adquirem diversos insumos e matérias-primas sem a incidência ou com a isenção do IPI, gerando indubitável direito ao crédito desse mesmo tributo em suas respectivas inscrições fiscais, em face do princípio da não-cumulatividade de tributos

(CF, art. 153, § 3º, II), autorizando, assim, compensar o tributo que for devido em cada operação com o montante cobrado nas operações anteriores.

Dizem as autoras, finalmente, que, inobstante isso, não compartilha desse entendimento a Fazenda Nacional, sob o argumento de que o Regulamento do IPI (Decreto nº 87.981/82), ao contrário, no seu art. 82, inciso I, não autoriza esse expediente na compensação com insumos cuja alíquota seja de zero por cento (0%) e nos isentos, daí a necessidade do ajuizamento da presente ação, com os consectários da sucumbência.

Inicial instruída com documentos às fls. 02/94, recolhidas as custas judiciais.

A decisão de fls. 96/99 antecipa os efeitos da tutela, na forma requerida, e manda citar e intimar a UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL) às fls. 102 e 104, destes autos.

Citada, a UNIÃO FEDERAL contesta os termos da ação às fls. 106/122, para arguir a preliminar de mérito da prescrição quinquenal, haja vista que a ação é distribuída em 20/07/99, o que fulmina todos os recolhimentos realizados anteriormente a 20/07/94, impedindo a repetição do indébito ou a compensação desses créditos tributários das autoras. No mérito, diz que o novo Regulamento do Imposto Sobre os Produtos Industrializados – RIIPI, instituído pelo Decreto nº 2.637, de 25/06/98, ao revogar o art. 82, inciso I, do Decreto nº 87.981/82, dá uma nova disposição ao direito invocado pela parte, que decorre, aliás, do art. 25, da Lei nº 4.502/64, sem qualquer incompatibilidade com as normas constitucionais, principalmente o princípio da não-cumulatividade. Aduz, ainda, descaber a antecipação dos efeitos da tutela, da compensação pretendida, da incidência dos expurgos inflacionários e dos juros compensatórios cumulados com os juros moratórios, para, afinal, requerer a improcedência do pedido com as normais consequências sucumbenciais.

A UNIÃO FEDERAL excepciona a incompetência deste Juízo Federal nos autos de nº 2000.5101008677-6, em apartado, com manifestação oportuna dos exceptos e a decisão que rejeita a Exceção, trasladada para estes autos, por cópia.

A UNIÃO FEDERAL recorre da decisão de fls. 96/98, através do Agravo de Instrumento nº 2000.02.01.002730-7 em que a Relatora do feito, na 1ª Turma, do TRF/2ª Região, concede o duplo efeito para sustar os efeitos de tutela antecipada (fls. 125).

Cópia da inicial do Agravo de Instrumento, comunicando a sua interposição, às fls. 127/142.

Manifestação da parte autora sobre a contestação, às fls. 148/160.
Sem outras provas, além da documental produzida nos autos.

É o relatório.

DECIDO.

Rejeito a preliminar de mérito da prescrição quinquenal, argüida pela UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL), porquanto o entendimento pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça e secundado pelos cinco (5) Tribunais Regionais Federais reconhece a prescrição decenal e não apenas quinquenal, para os créditos tributários decorrentes de tributos recolhidos pelo sistema de homologação posteriormente pelo Fisco ao lançamento realizado pelo próprio contribuinte.

Assim decide, v.g., o Tribunal Regional Federal, da 4ª Região, o que espanca de dúvida operar-se a prescrição, na hipótese, no decênio imediatamente anterior ao ajuizamento da ação, como é a EMENTA:

TRIBUTÁRIO – IPI – PRAZO PRESCRICIONAL – MATÉRIA-PRIMA – ISENÇÃO – ALÍQUOTA ZERO.

“O prazo prescricional, nos casos de tributo objeto de lançamento por homologação, começa após o transcurso do prazo de cinco anos, contados da ocorrência do fato gerador, acrescido de mais cinco anos contados daquela data em que se deu a homologação tácita.

O contribuinte pode creditar o valor do IPI incidente sobre matéria-prima adquirida sob o regime de isenção, ou favorecida pela alíquota zero, à luz do princípio da não-cumulatividade, que visa a impedir a ‘tributação em cascata’.

Rel. Juiz Amir José Finocchiaro Sarti, AC nº 1999.04.01.030.749-3/SC.”

No mérito, é indubitoso, pela dicção do art. 153, parágrafo 3º, II, da CF/88, que não ocorre ofensa à Constituição Federal quando o contribuinte do IPI credita-se do valor do tributo incidente sobre os insumos adquiridos sob o regime de isenção, tal como confirmado pela Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal como se pode ver do resultado do julgamento do Recurso Extraordinário nº 212.484-2/RS.

Objetiva-se, por esse meio, impedir a tributação em “cascata”, assegurando-se que, no preço de venda do produto industrializado ao consumidor final, a parcela alusiva ao IPI corresponda ao percentual que não exceda ao da alíquota deste, pelo regime tributário da não-cumulatividade, compensando-se o que for devido em cada operação com o mon-

tante cobrado nas operações anteriores, para entender-se a expressão "montante cobrado" não apenas o imposto efetivamente devido ou recolhido, mas também o que seria devido na ausência de isenção ou de não-incidência, no sentido em que se firma a Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal do direito ao crédito.

Esse é o entendimento fixado pelo Supremo Tribunal Federal no REX nº 212.484-2/RS, como se vê da EMENTA:

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IPI. ISENÇÃO INCIDENTE SOBRE INSUMOS. DIREITO DE CRÉDITO. PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE. OFENSA NÃO CARACTERIZADA.

"Não ocorre ofensa à CF (art. 153, § 3º, II) quando o contribuinte do IPI credita-se do valor do tributo incidente sobre insumos adquiridos sob o regime de isenção. Recurso não conhecido. (Recorrente: UNIÃO FEDERAL; Recorrida: VONPAR REFRESCOS S.A, sucessora de PORTO ALEGRE REFRESCOS S.A. Decisão de Sessão Plenária do STF, por maioria. Rel. Min. Nelson Jobim. DJ de 27/11/98)."

Assim pois, porque inexistente qualquer expressa restrição de ordem legal quanto ao aproveitamento de crédito do IPI, em operações abrangidas pela isenção ou não-incidência do imposto, implicando na sua compensação com valores devidos nas operações subseqüentes, não será, por conseqüência, o Decreto nº 87.981/82, no seu art. 82, I, que irá vedar o aproveitamento dos créditos previstos pelo permissivo constitucional, mesmo após a superveniência do art. 147, do Decreto nº 2.637, de 25/06/98 - novo Regulamento ao Imposto Sobre Produtos Industrializados, que apenas reproduzem o que está originalmente previsto no art. 25, da Lei nº 4.502/64, mas que a reiterada manifestação judicial reconhece ser direito do contribuinte aproveitar o crédito do IPI, em operações isentas ou com a não-incidência do tributo, implicando na sua compensação nas operações subseqüentes.

Ademais, a técnica de não-cumulatividade faz com que o IPI, nas operações diversas que envolvem a industrialização do produto, seja calculado com base na diferença verificada entre o valor do crédito e do débito registrados na escrita da empresa industrial, mediante o abatimento, em cada operação, do custo da operação anterior, e o fato da Constituição Federal, no caso do IPI, utilizar a expressão "montante cobrado" não veda o crédito em relação às operações isentas ou tributadas à alíquota zero, uma vez que tal vedação, por expressa disposição constitucional (CF, art. 155, § 2º, II, "a"), somente se verifica no tocante ao ICMS.

Na prática busca essa técnica de não-cumulatividade do IPI beneficiar o contribuinte, uma vez que, creditando-se do valor pago, ou daquele que seria pago não fosse a isenção ou a alíquota zero, ele pagará menos tributo, impedindo, assim, a tributação sobre o valor acumulado dos custos no processo da industrialização dos produtos.

Dessa forma, o princípio da não-cumulatividade ampara a pretensão da parte autora ao crédito do IPI relativo aos insumos isentos ou com alíquota zero, além de ser legítima a pretensão de aproveitarem os seus créditos para com o Fisco Federal, compensado-os com qualquer outro tributo ou contribuição que tenha a mesma destinação orçamentária (Lei nº 9.430/95, arts. 73 e 74), razão de ser procedente o pedido nesse particular.

Recente decisão unânime da 1ª Turma, do Tribunal Regional Federal, da 4ª Região, reconhece esse direito do contribuinte, na AC nº 1999.04.01.104936-0/PR, entre partes BERNECK AGLOMERADOS S/A e a UNIÃO FEDERAL, conforme a EMENTA :

“IPI – CREDITAMENTO – MERCADORIAS NÃO-TRIBUTADAS, ISENTAS OU SUJEITAS À ALÍQUOTA ZERO.

Se o contribuinte do IPI pode creditar o valor dos insumos adquiridos sob o regime de isenção, inexistente razão para deixar de reconhecer-lhe o mesmo direito na aquisição de insumos favorecidos pela alíquota zero, pois nada extrema, na prática, as duas figuras desonerativas, notadamente quando se trata de aplicar o princípio da não-cumulatividade, evitando o fenômeno da superposição tributária (Rel. Juiz Amir José Finocchiaro Sarti. Pub. DJ de 17/05/2000, p. 510)”.

Não fora só isso, é certo que além de um benefício para o contribuinte, já que se creditando do valor pago, ou que seria pago não fosse a isenção ou a alíquota zero, ele pagará menos tributo, o crédito visa, acima de tudo, impedir que o tributo recaia sobre o valor acumulado dos custos da industrialização, em homenagem ao princípio da não-cumulatividade. Como corolário, ainda que a operação anterior tenha sido tributada à alíquota zero por cento (0%) ou tenha sido isenta, impõe-se reconhecer o crédito a favor do contribuinte, a ser abatido na operação posterior.

A tese segundo a qual o crédito, nos casos de isenção ou incidência tributária pela alíquota zero por cento (0%), implica enriquecimento sem causa ou ilícito, é de todo inaceitável porquanto, mesmo nas hipóteses em que o tributo é pago, quem suporta o ônus econômico dessa tribu-

tação não é a mesma pessoa que se beneficia do crédito respectivo, considerando as várias etapas do processo de industrialização.

Por fim, a Segunda Turma, do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, tem entendimento manifestado pelo voto do Desembargador CASTRO AGUIAR, em decisão unânime, no Agravo de Instrumento nº 99.02.29.446-4/RJ, cuja Ementa transcrevo e que espanca de qualquer maior dúvida a lide, um diapasão:

“TRIBUTÁRIO – IPI – ISENÇÃO – PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE – COMPENSAÇÃO.

I – Negar a compensação, na hipótese de isenção do IPI, representa a mesma coisa que negar a própria isenção, pois a manutenção do crédito e a concessão do crédito presumido ou simbólico são as conseqüências inerentes à própria não-cumulatividade, de tal modo que a isenção concedida em uma etapa da produção industrial, sem a concessão do crédito presumido correspondente, compensável na fase seguinte, ofende esse princípio e onera os agentes econômicos da industrialização e comercialização. Há razão para o entendimento segundo o qual, havendo isenção numa das etapas da industrialização, deve haver o crédito correspondente, nos impostos não-cumulativos, sob pena de, em se negando o crédito presumido ou simbólico, romper-se a cadeia débito-crédito própria dos impostos não-cumulativos, cumulando-se o imposto e impondo-se ao consumidor final ônus igual ou superior ao que teria, se não houvesse a isenção.

II – Agravo Provido”.

No que se refere à aplicação dos expurgos inflacionários aos créditos tributários, a correção monetária dos valores, outrossim, tem por base a sua atualização em UFIR's, até dezembro de 1995, que em matéria tributária é a unidade de conta, tanto para o pagamento do tributo quanto para a sua repetição. Outrossim, para a correção no período em que não existia a UFIR, os valores indevidamente recolhidos devem ser atualizados da mesma forma e utilizando-se os mesmos critérios e fatores de atualização para os tributos exigidos pelo Fisco. Finalmente, a partir de janeiro de 1996, pelos juros equivalentes à taxa referencial SELIC, nos termos do artigo 39, da Lei nº 9250/95, com a nova redação pelo artigo 73, da Lei nº 9.532/97, na forma do entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça para a correção dos tributos exigíveis ou submetidos ao regime de restituição ou de compensação.

No entanto, improcede o pedido de juros compensatórios ou moratórios. Em relação aos juros compensatórios, por ausência de qualquer permissivo legal autorizador, mesmo porque sequer são cobrados pelo Fisco nos créditos tributários exigíveis; por sua vez os juros de mora, na compensação ou na restituição de indébito recolhido indevidamente, são devidos somente a partir do trânsito em julgado da sentença, nos termos do parágrafo único, do artigo 167, do CTN, bem como nos termos da Súmula 188, STJ.

Não bastasse isso, a Taxa Referencial Diária – TRD ou a TR, conforme vários precedentes do Supremo Tribunal Federal, ao refletirem as variações de custo primário de captação dos depósitos a prazo fixo, não constituem índice de atualização monetária capaz de refletir a variação do poder aquisitivo da moeda (ADIN nº 959-1 e ADIN nº 493-0). Por outro lado, a Lei nº 8.218, de 29 de agosto de 1991, ao dispor sobre impostos e contribuições federais, na tentativa, talvez, de pôr fim a tal discussão, estabelece a incidência dos juros de mora equivalentes à TRD sobre os débitos de qualquer natureza para com a Fazenda Nacional, considerando o índice como juros de mora.

Outro aspecto a considerar, ainda, diz respeito à modificação do fundamento da aplicação da TRD, desvirtuando sua incidência como um fator de correção monetária para um fator de juros de mora, que é penalidade ou ressarcimento pela demora em adimplir um obrigação.

Derradeiramente, o artigo 161, do Código Tributário Nacional, Lei Complementar à Constituição, estabelece que, ao crédito não efetivado na data de seu vencimento, são acrescidos os juros de mora, no percentual de 1% (um por cento) ao mês.

A possibilidade da equivalência entre os juros de mora e a Taxa Referencial Diária, analisa-se pelas características de cada um deles: o primeiro representa uma remuneração do capital, ou seja, indenização prefixada em razão do atraso no cumprimento de obrigação, portanto, de caráter punitivo; a segunda representa uma modalidade de fator de reposição de valores e, nesta condição, é variável, mutável e incerta.

Nesse diapasão, conclui-se pela diversidade entre a natureza jurídica dos juros de mora e da Taxa Referencial Diária, sendo insustentável a equivalência entre ambos, uma vez que possuem sentidos e alcances diversos, por conceito e definição legais.

Se tal metodologia não deve ser utilizada pelo Fisco, quando da exigibilidade do tributo em atraso, pela mesma razão o contribuinte não pode ser beneficiado, ou seja, de querer aplicar a TRD como juros de mora na repetição do indébito.

Finalmente, no presente caso, a compensação necessita de uma cognição ampla, indispensável para demonstrar os pagamentos indevidos dos tributos e a possibilidade de os compensar com períodos futuros. Sendo assim, a compensação demandará, necessariamente, execução e encontro de contas por arbitramento.

Posto isto, DECLARO SUBSISTENTE OS EFEITOS DA TUTELA CONCEDIDA ANTECIPADAMENTE, sujeitos contudo ao que se decidir definitivamente nos autos do Agravo de Instrumento nº 2000.02.01.002730-7, em curso na 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, e JULGO PROCEDENTE, EM PARTE, O PEDIDO para condenar a UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL) na obrigação de não criar qualquer óbice ao exercício pelas autoras do direito de constituir os seus respectivos créditos do IPI (Imposto Sobre Produtos Industrializados), pretéritos e vincendos, gerados nas aquisições de insumos (matérias-primas, produtos intermediários e materiais de embalagem) com isenção ou não-incidência do tributo, conforme for apurado em liquidação de sentença, acrescidos os primeiros da respectiva correção monetária plena, a partir da data dos respectivos eventos pelos mesmos índices de atualização utilizados para os tributos exigidos pelo Fisco, quais sejam o IPC, até a vigência da Lei nº 8.177/91, e desde então pelo INPC e, posteriormente pela Taxa SELIC (a partir de 01/01/96), excluídos os juros compensatórios mais incidentes os juros moratórios de 1% (um por cento) ao mês, nos termos do art. 161, do CTN.

Condeno, ainda, a UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL) na obrigação de aceitar a compensação de tais créditos com o próprio IPI incidente em operações subseqüentes, das respectivas autoras, bem como com quaisquer outros tributos administrados ou cobrados pela Receita Federal, nos termos da Lei nº 9.430/96, art. 74, da Medida Provisória nº 1.788, art. 77 e da Instrução Normativa SRF nº 21/97, abstendo-se a UNIÃO FEDERAL, por qualquer dos seus agentes e autoridades públicas, de eventual ou precipitada execução fiscal das parcelas que serão compensadas, do crédito do IPI, assim como a imposição de penalidades por realizar essa compensação, inclusive a inscrição no CADIN – Cadastro de Inadimplentes, ou recusar a obtenção de certidões negativas de débitos fiscais em relação as parcelas compensadas dos créditos do IPI, com parcelas vincendas desses ou de demais tributos e contribuições administradas ou cobradas pela Receita Federal, independentes de ser da mesma espécie.

A compensação dos créditos do IPI, efetivada por conta e risco da parte autora, será fiscalizada e controlada pela Receita Federal, até a liquidação desta Sentença, por arbitramento na forma do art. 607, do CPC,

para se apurar o montante correto a ser compensado, com base nos documentos contábeis das autoras.

Condeno, finalmente, a UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL) no reembolso das custas judiciais adiantadas pelas autoras e no pagamento dos juros moratórios de 1% a.m. (hum por cento ao mês), a partir do trânsito em julgado (CTN, art. 167, p. único) se ainda houver crédito a compensar, mais os honorários advocatícios que fixo em 10% (dez por cento) do valor total a ser compensado, dada a sucumbência em parte do pedido inicial.

Sentença sujeita ao reexame necessário.

Encaminhe-se, por ofício, cópia desta Sentença à Desembargadora Federal Relatora do Agravo de Instrumento nº 2000.02.01.002730-7, na 1ª Turma, do Tribunal Regional Federal, da 2ª Região, para os fins que entender necessários.

P.R.I.

Rio de Janeiro, em 27 de junho de 2000.

ALFREDO FRANÇA NETO

Juiz Federal - 30ª Vara

SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
Vara Federal

Processos: 99.0651142-7 e Nº 99.0651143-5 (em apenso)
Autora: DA HORA INDÚSTRIA DA PESCA LTDA.
Ré: UNIÃO FEDERAL
Juiz: Dr. ALCIR LUIZ LOPES COELHO

SENTENÇA

A autora pretende a declaração de inexistência de débito fiscal entre ela e a União e que débitos fiscais futuros sejam objeto de compensação com créditos fiscais totais da autora.

Ajuizou ação cautelar inominada (Processo nº 99.0651143-5, em apenso, distribuído por dependência ao processo principal) para o fim de "impedir a autoridade fiscal administrativa de prosseguir com a cobrança, nesta esfera, do débito fiscal apurado, por aquela, com a impetrante, bem como que seja tolhida a Autoridade fiscalizadora administrativa de incluir o nome e CGC da impetrante no CADIN, e conseqüentemente bloqueio no SISCOMEX". Às fls. 134/136 do processo em apenso foi deferida liminar para que a União abstenha-se de efetuar o registro em razão qualquer dos créditos fiscais referidos em fls. 19/21 do nome e nº do CGC da autora junto ao CADIN e ao SISCOMEX.

Alega, tanto na ação principal como na cautelar, que é exportadora regular e diária de pescados frescos e refrigerados; que por força do art. 8º, "d", do Tratado de Assunção, o reembolso e as devoluções emanadas da legislação Argentina devem ser estendidos aos exportadores brasileiros nas mesmas condições dos exportadores argentinos; que "o crédito tributário é inquestionável, pela paridade e isonomia e pelas disposições legais e pelo entendimento do Tratado do Mercosul, vez que os Tratados internacionais, como regra basilar do direito, possuem força na hierarquia das leis de superioridade até sobre a Constituição, nos casos conflitantes, dos países signatários"; que os produtos da autora são exportados para países não signatários do Tratado de Assunção; que há obrigatoriedade de devoluções e reembolsos de crédito fiscal resultante das exportações da autora.

A inicial de fls. 2/11 veio acompanhada dos documentos de fls. 12/569.

Às fls. 574/575, a autora esclarece os débitos fiscais mencionados na inicial.

Custas recolhidas (fls. 581).

Contestação às fls. 589/601. Alega que no Tratado de Assunção “não há menção à incorporação de uma norma de um ordenamento jurídico nacional a de outro Estado-parte”; que a “integração econômica e mesmo a formação de uma comunidade não implicam no extermínio da soberania nacional”; que a autora não provou a vigência da lei argentina invocada.

Réplica às fls. 611/615, ratificando a inicial.

Sem mais provas (fls. 618 e 621).

É o relatório. Decido.

Primeiramente examino a questão relativa aos tratados internacionais.

O art. 5º, § 2º, da Constituição Federal de 1988 dispõe:

“os direitos e garantias expressos nesta constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Diz o art. 98 do Código Tributário Nacional:

“Art. 98. Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha”.

Sobre o art. 98 do CTN, ensina Sacha Calmon Navarro Coelho (Curso de Direito Tributário Brasileiro, Ed. Forense, p. 545) o seguinte:

“Em verdade não se trata de revogação, mas de paralisia parcial da parte regradada diferentemente pela legislação interna”.

Lembrando que, “há no Brasil vozes abalizadas que restringem os efeitos dos tratados e acordos internacionais à esfera jurídica da União, desobrigando os Estados-Membros, sem falar nos pregoeiros, da prevalência da legislação interna sobre a derivada dos acordos e convenções”, Sacha Calmon ensina:

“A União representa, na ordem jurídica internacional, o Estado brasileiro, uno e indivisível. Para o Direito das Gentes existe apenas o Estado brasileiro como sujeito de direitos e deveres. Para o chamado Direito Nacional, a União, simples pessoa jurídica de Direito Público Interno, ao lado de Estados e Municípios, expres-

sa uma ordem jurídica parcial. A conjunção das ordens jurídicas parciais da União, dos Estados-Membros e dos Municípios forma a ordem jurídica total, sob a égide da Constituição." (...) "É imperioso distinguir a União Federal quando representa o Estado brasileiro na ordem internacional e a União como pessoa jurídica de direito Público Interno. Assim, quando o art. 151, III, da Constituição Federal veda à União a faculdade de instituir isenções de tributos da competência dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, não está limitando a competência do Estado brasileiro para concluir acordos tributários que envolvam grávames estaduais e municipais, mas apenas proibindo, na ordem jurídica interna, a isenção heterônoma e ditatorial que existia na Carta autoritária de 67, aspecto, dentre outros, de hipertrofia brutal da União no quadro federativo, em paralelo com a hipertrofia do Executivo federal nas relações entre os Poderes. A isenção oriunda de lei da União invasiva da competência estadual e municipal é algo diverso da isenção decorrente de tratado.

De resto, a proibição de isenção pela União em tributos de alheia competência não é absoluta como parece. A regra geral é a vedação (art. 151, III, da CF/88). Contudo, em nome do interesse nacional, a Constituição permite, em dois casos, que a União, na qualidade de pessoa jurídica de Direito Público Interno, conceda, mediante lei complementar, que exige quórum qualificado de votação, isenção de imposto estadual (ICMS) e municipal (ISS). A isenção heterônoma é permitida nos arts. 155, XII, e 156, § 3º, II. Por aí se vê que, nas hipóteses de exportação de bens e serviços, a União pode determinar a isenção dos impostos sobre circulação de mercadorias e prestação de serviços de qualquer natureza. (...) "A mensagem do legislador visa a favorecer o export drive, política intimamente ligada ao interesse nacional (e, por isso, geral) cabente à União como pessoa jurídica de Direito interno, porém com projeção internacional. O adinículo bem demonstra que o interesse nacional no plano internacional (jus gentium) sobrepuja o interesse meramente estadual ou municipal, a projetar para a exegese dos tratados internacionais uma visão ampla em favor dos interesses do Estado brasileiro, enquanto totalidade jurídica e política perante o concerto das Nações" (p. 547 e ss).

Miguel Reale, citado por Sacha Calmon (ob. cit., p. 558), ensina:

"Geralmente se pratica o erro de pensar que o Estado brasileiro é a União, quando a União é efetivamente um dos aspectos

internos do Estado brasileiro. Para quem focaliza o Brasil, digamos assim, considerando-o de fora, como um todo, não existem Municípios, nem Estados, nem União: existe apenas e tão-somente a pessoa jurídica unitária do Estado brasileiro”.

O Ministro Ilmar Galvão do Supremo Tribunal Federal, relator de recurso extraordinário em que se discute a constitucionalidade de tratado internacional que institui isenção de tributos de competência dos Estados-membros da Federação (RE 229.096-RS), proferiu voto no sentido da constitucionalidade do GATT por entender que a norma inscrita no art. 151, III, da CF (*“Art. 151. É vedado à União:... III – instituir isenções de tributos da competência dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios.”*), limita-se a impedir que a União institua, no âmbito de sua competência interna federal, isenções de tributos estaduais, distritais ou municipais, não se aplicando, portanto, às hipóteses em que a União atua como sujeito de direito na ordem internacional (conforme noticiado no Informativo STF nº 137, de 1 a 5 de fevereiro de 1999, referido julgamento foi adiado em virtude de pedido de vista do Min. Nelson Jobim).

Ensina Sacha Calmon (ob. cit.) que:

“o federalismo brasileiro é tal que centraliza na União a condução das políticas mais importantes, mormente no plano externo. Quem tem os fins deve ter os meios. No âmbito da Organização Internacional do Comércio ou do Mercosul, a previsão, em tratado multilateral, de isenção de produto ou serviço, vale juridicamente. Caso contrário, seria a inabilitação da União para as políticas de harmonização tributária, justamente ela que detém a representação da República Federativa do Brasil, embora sejam o ICMS e o ISS impostos de competência estadual e municipal” (p. 550).

Como visto, com relação ao ICMS e ISS, a União, como pessoa jurídica de Direito interno, pode instituir isenção de tributos da competência dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, em exceção à regra do art. art. 150, III, da CF, visando ao favorecimento das exportações. As exceções estão previstas na própria Constituição, nos arts. 155, II, § 2º, X, “a”, e 156, § 3º, II (*“Art. 155 - Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: ...II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior. § 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte: ...X - não incidirá: a) sobre operações que destinem ao exterior produtos industrializados, excluídos os semi-elaborados definidos em lei*

complementar; Art. 156 - Compete aos Municípios instituir impostos sobre: ...III - serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, definidos em lei complementar. § 3º Em relação ao imposto previsto no inciso III, cabe à lei complementar: ... II - excluir da sua incidência exportações de serviços para o exterior).

No Brasil, não há superioridade dos tratados sobre a Constituição. Contudo, Sacha Calmon lembra o seguinte:

“o art. 98 do CTN está posto em texto de lei complementar da Constituição, na parte em que cuida da interpretação e vigência no tempo e no espaço da legislação tributária da União, dos Estados-Membros e dos Municípios. É um dispositivo sobre como interpretar e aplicar leis fiscais, sejam federais, estaduais ou municipais, que, ao lado de outros, mostra que os destinatários desses preceitos são os intérpretes e aplicadores das leis tributárias. São normas gerais aplicáveis às três ordens de governo indistintamente.

A lei complementar, evidentemente, complementa a própria Constituição, conferindo-lhe eficácia plena. Portanto, põe-se eminente, como diria Ataliba. E, por isso, obriga a União, os Estados e os Municípios. Quando o art. 98 do CTN - que só pode ser mudado por outra lei complementar e que, portanto, sob o ponto de vista material, é lei complementar - dispõe que o tratado revoga a legislação tributária interna e não pode ser revogado pela que lhe sobrevenha, não está se referindo apenas à legislação federal. Refere-se às legislações parciais da União, dos Estados e dos Municípios, que juntas formam a ordem jurídica tributária total do Estado brasileiro, como é da índole do Estado Federal. Não menos do que por isso, o Ministro Rezek pôde dizer que o art. 98 construiu, no Direito Tributário, uma regra de primado do Direito internacional sobre o Direito interno” (ob. cit., p. 549).

Portanto, é correto dizer que no Brasil, no campo do Direito Tributário, o tratado tem um grau hierárquico superior ao da lei, mas inferior ao da Constituição. Pode-se até dizer que os tratados estão no mesmo patamar das leis ordinárias. Mas é inquestionável que inexistente qualquer precedência ou primazia hierárquica dos tratados ou convenções internacionais em face de cláusulas constitucionais.

Feitas as considerações acima, passo ao exame do Tratado de Assunção, que integra o ordenamento jurídico nacional.

O Mercosul tem por objetivo a união aduaneira dos países signatários.

Segundo Manuel Carlos Lopes Porto *"numa união aduaneira além da liberdade de circulação das mercadorias há uma política comercial comum, traduzida designadamente na aplicação de uma pauta única face ao exterior e na negociação conjunta de qualquer acordo com países terceiros"* (Teoria da Integração e Políticas Comunitárias, 2ª ed., pg. 211, Ed. Almedina, Portugal).

Para facilitar a plena realização de uma união aduaneira é necessária a eliminação de obstáculos à livre circulação das mercadorias no espaço integrado. Dentre outras medidas deve ser reduzida a incidência de impostos indiretos sobre as exportações. A eliminação desses impostos é uma exigência da neutralidade fiscal.

Conforme art. 1º do Tratado de Assunção, o Mercado Comum do Sul (Mercosul) que os Estados Partes decidiram constituir implica, dentre outras coisas, na *"coordenação de políticas macroeconômicas e setoriais entre os Estados Partes – de comércio exterior, agrícola, industrial, fiscal, monetário e cambial e de capitais, de serviços, alfandegária, de transportes e comunicações e outras que se acordem – a fim de assegurar condições adequadas de concorrência entre os Estados Partes"*.

Um dos objetivos do Tratado de Assunção, definido no seu art. 10º, é *"o compromisso dos Estados-Partes de harmonizar suas legislações, nas áreas pertinentes, para lograr o fortalecimento do processo de integração"*.

Segundo Luiz Olavo Baptista (*"Alca: Seu Impacto Sobre o sistema Jurídico Brasileiro"*, Série Alca, volume 1, FTD, São Paulo, 1998, p. 22-39) *"a matéria ligada ao comércio de mercadorias – procedimentos aduaneiros e regras de origem, investimentos, normas técnicas que constituem barreiras ao comércio, medidas sanitárias e fitossanitárias, subsídios, antidumping e medidas compensatórias – já foi regulamentada de um modo ou outro no Mercosul e na OMC"*.

Mesmo que seja possível a cessão de parcela de soberania através da celebração de tratados internacionais, isso não se verificou no caso dos quatro países que formam a união aduaneira do cone sul.

Em todas as integrações os países procuram preservar a sua soberania. A exceção é a União Européia, uma integração que visa a ser não só uma união aduaneira, mas um mercado comum, com livre circulação dos fatores (trabalho e capital). No caso europeu, está se tentando construir um federalismo entre Nações ou Estados Nacionais diferentes. O projeto era e continua sendo de unificação política.

Mas, na União Européia, mesmo com uma integração muito mais evoluída do que a do Mercosul, os países-membros **não abdicaram totalmente à soberania.**

A maioria dos países-membros da União Européia chegou a abdicar da soberania monetária, através do Tratado de Maastricht (1992).

Mas nenhum dos países abriu mão de sua soberania tributária.

Conforme lembra José Guilherme Xavier de Basto (*"Globalização e Impostos – A luta contra a concorrência fiscal prejudicial"*, Boletim Informativo do Instituto Superior de Gestão, Ano 12, nº 20, Outubro-99), a **harmonização dos sistemas fiscais é um processo difícil e moroso e tem seus limites.** Segundo ele *"não é politicamente aceitável uma harmonização levada próximo das últimas conseqüências, porque isso tocaria fundo no papel dos Parlamentos nacionais em matéria tributária. A harmonização completa do imposto de rendimento das sociedades e da tributação dos rendimentos de capitais está assim fora de causa. Iria implicar que cerca de 85% das receitas fiscais dos Estados ficassem fora do alcance do poder de modelação dos legisladores nacionais – uma impossibilidade no quadro atual do equilíbrio de poderes da construção européia"* (ob. cit).

Com base no art. 99º do Tratado de Roma, foram envidados esforços no sentido de harmonizar as legislações dos Estados-membros em matéria de tributação indireta. Mas para se aprovar as propostas de harmonização nesse campo, o Conselho deve deliberar por unanimidade.

José Guilherme Xavier de Basto *"A tributação do consumo e a sua coordenação internacional. Lições sobre harmonização fiscal da Comunidade Econômica Européia"* (publicado em *Ciência e Técnica Fiscal*, nº 164, Lisboa, 1991) ensina o seguinte:

"O Tratado de Roma, como que antecipando as dificuldades que viriam afinal a verificar-se, tinha, sabidamente, previsto, no artigo 99º, que a Comissão envidasse esforços no sentido de harmonizar as legislações dos Estados-membros em matéria de tributação indireta, em geral, e tributação das transações, em especial. A regra da unanimidade nas deliberações do Conselho Europeu sobre matéria fiscal explica-se pela importância da soberania fiscal como elemento essencial das soberanias nacionais. A votação anual dos impostos nas assembleias representativas é umas das suas prerrogativas históricas, constituindo uma garantia individual dos cidadãos não pagar impostos sem a aquiescência dos seus representantes eleitos. Neste quadro político e

jurídico-constitucional, a harmonização fiscal só pode fazer-se pela mediação dos parlamentos nacionais e exige naturalmente unanimidade.

Apesar dessas dificuldades, foi possível a convergência dos Estados num primeiro e importante passo no processo de harmonização da tributação indireta: o da eliminação da tributação cumulativa, com a adoção de um imposto de transações neutro – o imposto sobre o valor acrescentado”.

Em outro trabalho (*“Tendências de Evolução dos Sistemas Fiscais na União Européia, com especial referência ao Imposto sobre o Valor Agregado - IVA”*, Temas de Integração, 1º volume, 2º semestre de 1996, Universidade Federal do Rio de Janeiro/Universidade de Coimbra, p. 19-45), o eminente jurista e economista José Xavier de Basto assinala:

“O Tratado de Roma contém apenas algumas ‘disposições fiscais’ (Capítulo II, Título I, Parte III, artigos 95º a 99º), versando sobre coordenação internacional da tributação indireta e atribuindo à comissão Européia poderes para apresentar propostas de harmonização tributária, a aprovar pelo Conselho, por unanimidade. Tais propostas também se enquadram nos poderes da Comissão sobre aproximação das legislações dos Estados membros (artigo 100º do Tratado de Roma), outra tarefa decisiva para a construção de uma união econômica”.

“No âmbito da União Européia, a convergência dos sistemas tributários se tem feito através de procedimentos de harmonização, sobretudo no domínio da tributação indireta, enquanto no domínio da tributação direta a convergência, sem dúvida menos significativa no seu conjunto, tem sido predominantemente espontânea e fica a dever-se a fatores de concorrência, que tendem a tornar-se mais importantes quanto mais integradas estiverem as economias dos Estados-membros.

Justifica-se, pois, que se dêem mais atenção às transformações que se têm vindo a operar no domínio dos impostos indirectos e, em especial, no domínio da tributação geral do consumo, ou seja do imposto sobre o valor agregado. Foi aí que se deu o primeiro grande passo na harmonização tributária na União Européia; e será aí que se irão processar num futuro próximo transformações significativas, impostas pelas novas etapas de construção da união econômica e monetária. (...) O IVA europeu constitui o primeiro – e até hoje o único – grande sucesso da harmonização fiscal na União Européia.”

Ainda que haja referência no art. 1º do Tratado de Assunção a uma coordenação de políticas fiscais (em que a palavra “fiscais” tem o mesmo significado de “tributárias”), **isso não quer dizer que em matéria tributária haja “política comum” no Mercosul.**

Ou seja, não há no Mercosul uma política tributária, que substitua as políticas nacionais de cada um dos Estados-membros.

Conforme José Xavier de Basto (Tendências de Evolução..., ob. cit. ...) “(...) a experiência europeia poderá aproveitar ao processo de integração do sul da América do sul, pelo que respeita à fiscalidade.

Uma primeira observação dirige-se ao modo como a persistência de tributação cumulativa pode originar conflitos durante o processo de construção da união aduaneira. Sabe-se como isso contribuiu para apressar, na Europa dos seis Estados fundadores da CEE, a construção do primeiro sistema comum de IVA, tornando a introdução do sistema comum do IVA obrigatória no espaço europeu, em substituição dos tributos em cascata preexistentes.

É certo que já não existem, nos países sul-americanos, impostos em cascata, tal como eram correntes na Europa dos anos 60. Isso, porém, não exclui que possam persistir elementos de cumulatividade na tributação das vendas.

O problema mais grave poderá ser então o do desagravamento fiscal das exportações, que, ou não se faz quanto à componente cumulativa da tributação das vendas, penalizando-se assim as exportações do país, ou, a fazer-se, dará origem a conflitos e contenciosos entre os Estados, por se ter de basear em cálculos aproximados e sempre discutíveis”.

“É verdade que o Tratado de Assunção não contém uma norma específica de proibição do reembolso excessivo aos exportadores, contrariamente ao Tratado de Roma, onde o artigo 96º veda expressamente aos Estados-membros da União Europeia atribuir aos produtos exportados qualquer reembolso de imposições internas superior às imposições que sobre eles tenham incidido, direta ou indiretamente. O Tratado que instituiu o Mercosul limita-se, no seu artigo 7º (“Art. 7º Em matéria de impostos, taxas e outros gravames internos, os produtos originários do território de um Estado Parte gozarão, nos outros Estados Partes, do mesmo tratamento que se aplique ao produto nacional”), a proibir a chamada ‘tributação discriminatória’ (o que, no Tratado de Roma,

consta do artigo 95º), mas esta proibição não é acompanhada da proibição do reembolso excessivo aos exportadores, relativamente aos impostos suportados a montante, como é necessário para o bom funcionamento do princípio do destino. Isto não quer dizer, todavia, que o problema não possa vir a surgir – e que países com componentes cumulativos na tributação das vendas não queiram desonerar as suas exportações de 'impostos ocultos'.

(...) Por isto, parece muito de aplaudir – e vai também no sentido de facilitar a plena realização da União Aduaneira dos quatro países do cone sul do continente – a linha proposta na revisão constitucional brasileira (...) de reduzir a incidência de impostos indiretos sobre os bens de capital e sobre as exportações. A neutralidade fiscal exige mesmo a sua eliminação. A redução anunciada é já um primeiro passo na direção certa, até porque, (...) pelo menos a Argentina e o Uruguai se encontram já mais avançados neste domínio, ou quiçá completaram mesmo a evolução, atingindo a plena neutralidade internacional da tributação.”

A Argentina e também o Uruguai e o Paraguai estão mais adiantados em matéria de tributação sobre a produção e a circulação do que o Brasil, adotando o imposto sobre o valor agregado (IVA) em toda a sua amplitude.

Se a legislação argentina adota reembolsos e devoluções de valores que tenham sido pagos a título de tributos internos, visando ao favorecimento das exportações, **essas medidas são espontâneas (unilaterais) e não dependem de reciprocidade. Tais medidas não têm que ser adotadas pelo Estado brasileiro por força do Tratado de Assunção.**

É importante lembrar que o Brasil também tem a sua política de favorecimento às exportações. A proposta de regulamentação da redução da incidência de impostos sobre os bens de capital e sobre as exportações não foi aprovada durante a revisão constitucional. Mas foi aprovada posteriormente, através da Lei Complementar 87/96. Essa lei complementar foi um grande passo na direção de convergência do sistema tributário brasileiro ao dos demais membros do Mercosul, por ter ensejado um mais completo desgravame fiscal das exportações brasileiras.

Trata-se, contudo, de uma **convergência espontânea de sistemas tributários**. Assim como ocorre na União Européia, a concorrência fiscal está fazendo com que haja uma convergência espontânea dos sistemas tributários dos Estados que fazem parte do Mercosul. Convergência

espontânea, contudo, não significa harmonização tributária. Nem política tributária comum.

Como visto, ao contrário do Tratado de Roma, o Tratado de Assunção não contém uma norma específica de proibição do reembolso excessivo aos exportadores.

Se, entretanto, isto se verificar, nada impede que uma pessoa privada de qualquer dos países-membros do Mercosul (p. ex. a autora, que é exportadora de pescados, e alega estar sofrendo concorrência desleal em virtude da política de favorecimento às exportações da Argentina), acesse diretamente o sistema de solução de disputas previsto no Mercosul, conforme consta do Protocolo de Ouro Preto, visando a que o Estado-membro que pratica reembolsos excessivos, pare de fazê-lo. (O procedimento de solução de disputas no Mercosul tem três fases: da negociação diplomática, da intervenção do Grupo Mercado Comum, que faz uma recomendação (com caráter de recomendação em conciliação ou de comissão de inquérito, conforme o caso) – e, se a negociação não prosperar ou a recomendação não for aceita, passa-se à terceira fase, contenciosa, da arbitragem.)

Segundo Luiz Olavo Baptista (*“Modelos de Solução de Controvérsias nos Processos de Integração Regional”*, Série Alca, volume 2, FTD, São Paulo, p. 14-58) *“outra evolução importante, em que a proposta do Mercosul difere do modelo tradicional, é que as pessoas privadas têm acesso, direto ou indireto, ao sistema de solução de disputas, conforme previsto pelo Protocolo de Ouro Preto”*.

Passo ao exame da norma invocada pelo autor (art. 8º, “d”, do Tratado de Assunção).

A mencionada norma dispõe o seguinte:

“Art. 8º Os Estados Partes se comprometem a preservar os compromissos assumidos pré a data de celebração do presente tratado, inclusive acordos firmados no âmbito da Associação Latino Americana de Integração, e a coordenar suas posições nas negociações comerciais externas que empreendam durante o período de transição. Para tanto: ... **d)** Estenderão automaticamente aos demais Estados Partes qualquer vantagem, favor, franquia, imunidade ou privilégio que concedam a um produto originário de uso designado a terceiros países não membros da Associação Latino Americana de Integração”.

Na verdade, a alínea “d” do art. 8º contém uma **“cláusula de nação mais favorecida”**. A esse respeito ensina Aliomar Baleeiro (*Direito Tributário Brasileiro*, comentário ao art. 98 do CTN, Ed. Forense):

*“Em regra, os tratados só produzem efeitos entre as partes que os celebram. Mas, além da hipótese de adesão, os tratados de comércio com concessões alfandegárias contêm, em geral, **há alguns séculos**, a **“cláusula de nação mais favorecida”**. Por ela, esses atos internacionais consignam que se maiores concessões, no futuro, forem feitas a um terceiro país, elas se tornarão extensivas automaticamente aos signatários. Se, p. ex., Brasil e Argentina estipulam que as importações de frutas frescas dum para o outro gozarão da redução de 50% dos direitos aduaneiros e mais tarde um desses países concede 75% de redução a uma terceira nação, relativamente à mesma mercadoria, assim mais favorecida, essa vantagem automaticamente será assegurada ao outro contratante”.*

(OBS: no exemplo, foi citada a Argentina porque quando Aliomar Baleeiro escreveu sobre o assunto, ainda não existia a união aduaneira entre Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai, tendo esse grande jurista falecido antes da celebração do Tratado de Assunção. Assim, no exemplo, onde se lê Argentina, leia-se um outro país que não faça parte do Mercosul.)

Não é possível dar à “cláusula da nação mais favorecida” (prevista na alínea “d” do art. 8º do Tratado de Assunção) a interpretação que a autora pretende.

Como visto, os reembolsos e devoluções previstos na legislação argentina são medidas unilaterais e não dependem de reciprocidade.

A “cláusula da nação mais favorecida” só pode ser invocada quando há maiores concessões feitas a produtos de um terceiro país.

Mas a Argentina não fez concessões a produtos de terceiros países. As concessões (devoluções e reembolsos visando ao favorecimento da exportação) foram feitas para produtos argentinos. Não foram feitas maiores concessões a produtos estrangeiros. Trata-se de medida unilateral daquele país, que não depende de reciprocidade.

De nada servem as alegações de que os produtos da autora são exportados para países não signatários do Tratado de Assunção ou que a legislação de favorecimento a exportações da Argentina esteja vigendo “muitos anos antes da implementação do Tratado do Mercosul e se encontra em vigor até hoje”.

Isto posto, no Processo nº 99.0651142-7, **JULGO IMPROCEDENTES OS PEDIDOS.**

Em conseqüência, **JULGO IMPROCEDENTE A MEDIDA CAUTELAR EM APENSO (PROCESSO nº 99.0651143-5)**, e revogo a liminar concedida às fls. 134/136.

Custas, como de lei. Honorários advocatícios no valor de R\$ 100,00 (cem reais), conforme art. 20 § 4º, do CPC.

P.R.I. Oficie-se.

São Pedro da Aldeia, 02 de março de 2000.

ALCIR LUIZ LOPES COELHO

Juiz Federal Substituto no exercício da titularidade

SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
15ª Vara Federal

Processos: 91.0131833-0

Ação Ordinária

SENTENÇA

COMPANHIA BRASILEIRA DE FOTOSSENSÍVEIS, devidamente qualificada na inicial, ajuizou a presente Ação Ordinária em face da **UNIÃO FEDERAL**, objetivando a anulação de débito fiscal objeto do Termo Complementar ao Auto de Infração nº 91, de 1989.

Sustenta que, nos termos do referido auto, teria importado mercadoria divergente daquela constante no laudo de análise nº 4032, de 1987, desclassificando-se a mercadoria do Código TAB 39.01.26.09 para o Código TAB 39.01.26.99 com as alíquotas de 85% (oitenta e cinco por cento) para o Imposto de Importação e 10% (dez por cento) para o Imposto sobre Produtos Industrializados, originando-se o crédito tributário em questão.

Sustenta que a imposição tributária obedece ao princípio da estrita legalidade, e que o Fisco não pode alterar lançamento anterior e definitivo do qual resultou o pagamento dos tributos incidentes na operação. Ademais, o art. 50 do Decreto-Lei nº 37, de 18 de novembro de 1966, estabelece o prazo decadencial de 5 (cinco) dias para as autoridades impugnarem o valor aduaneiro ou classificação aduaneira.

Com a inicial vieram procuração e documentos.

Citada, a União Federal não apresentou contestação.

É o relatório.

MÉRITO

Primeiramente, deve-se perquirir, para o exame da causa, sobre a possibilidade de revisão do lançamento efetuada pela autoridade administrativa e os limites de tal poder revisor, cumprindo-se para tanto breve análise dos princípios da imutabilidade e da inalterabilidade dos critérios jurídicos do lançamento.

O lançamento, como reza o art. 142, parágrafo único do CTN, é procedimento administrativo vinculado, jungindo-se portanto à lei quanto a todos os seus aspectos: competência, finalidade, forma, motivo e objeto.

Em decorrência disso, vigora no ordenamento tributário o princípio da imutabilidade do lançamento: a sua alteração não pode ficar ao alvedrio da autoridade administrativa, pois refoge à mesma a análise de conveniência e oportunidade na constituição do crédito tributário. Apenas a lei pode estabelecer exceções ao princípio, e o fez nos termos do art. 145 do CTN.

Norteia ainda o lançamento o princípio da inalterabilidade dos critérios jurídicos, consagrado no art. 146 do CTN.

Conforme leciona o **Prof. Luís Emygdio F. da Rosa Júnior**: *“A regra do art. 146 impede que a Administração possa, após a ocorrência do fato gerador, dar novas interpretações de dispositivos legais tributários visando a alterar lançamentos. Em outras palavras, como explica Paulo de Barros Carvalho, a Fazenda não poderá alegar desconhecer o direito, que se presume conhecido por todos, formulando uma exigência segundo determinado critério e, posteriormente, rever a orientação, para efeito de modificá-la. Tal ocorre, segundo o mesmo autor, no seguinte caso ... funcionário competente promove o cálculo do tributo devido, mediante a aplicação de certa alíquota, digamos 17 %, em virtude da classificação que entende correta, para certo produto industrializado, na tabela do IPI. Posteriormente, sem apontar qualquer aspecto material novo do bem que analisara (grifo meu), muda de opinião, passando a classificá-lo numa posição mais gravosa da tabela, onde a alíquota é de 23 %, alegando que esse é o percentual juridicamente mais adequado àquele produto industrializado” (in **Direito Financeiro e Direito Tributário**, 10ª edição, págs. 522/523).*

Assim, a interpretação jurídica a ser adotada no presente caso deve conjugar os dois princípios enfocados. Isso implica dizer que poderia a autoridade administrativa proceder à revisão do lançamento, com suporte no art. 145, III, do CTN, o qual faz remissão expressa ao art. 149; contudo, tal revisão deve se proceder em virtude de erro de fato da Administração e não de erro de direito, em face da limitação imposta pelo art. 146 em comento. O poder revisor conferido pelo art. 455 do Regulamento Aduaneiro não pode fugir aos limites traçados pela lei de normas gerais em matéria tributária, o Código Tributário Nacional.

Na hipótese dos autos, em virtude de ter-se constatado, por meio de exame laboratorial, que as características do produto não autorizavam a classificação tarifária feita pela Autora, houve o ato de revisão do lança-

mento pela autoridade administrativa. Esclarece-se às fls. 36 que: "A CIA BRASILEIRA DE FOTOSSENSÍVEIS, através da Declaração de Importação (DI) nº 16725/87 (fls. 04/08), Adição nº 001, submeteu a despacho 25.000 Kg de filme base de poliéster, não sensibilizado, com aplicação química de sub-extrato de gelatina, em rolos, para fabricação de filmes radiográficos, tipo "MELINEX-908", ao amparo da Guia de Importação nº 131-87/1466-4, classificando o produto no código TAB 39.01.26.09, com alíquotas de 0% para o Imposto de Importação (II) e 10% para o Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), obtendo o seu desembaraço com base na IN-SRF nº 14/85. Encaminhada a amostra do produto ao Laboratório de Análises, este emitiu o Laudo nº 4032/87, esclarecendo tratar-se de "filme de poliéster de ácido tereftálico, sem aplicação de substrato de gelatina".

Ressalto que, conforme o entendimento doutrinário exposto, é legal a revisão do ato administrativo de lançamento quando este se origina de erro de fato da Administração, o que ocorreu no presente caso, vedando-se a revisão apenas quando se pretender alterar critério jurídico por erro de direito.

A revisão de lançamento com base no art. 145, III, c/c art. 149, VIII, do CTN pode ser efetuada enquanto não extinto o direito da Fazenda Pública, o que ocorre em 05 (cinco) anos, nos termos do parágrafo único do art. 149 c/c art. 173 do CTN.

Isso posto, **JULGO IMPROCEDENTE A AÇÃO.**

CONDENO a Autora ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios que fixo em 10 % (dez por cento) do valor da causa, devidamente atualizada pela aplicação dos mesmos índices previstos para o reajuste dos depósitos populares de poupança, tendo em vista o disposto no § 4º do art. 20 do CPC.

P. R. I.

Rio de Janeiro, 27 de agosto de 1999.

AUGUSTO GUILHERME DIEFENTHAELER

Juiz Federal

SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
9ª Vara Federal

Processo: 2000.5101005759-4 CLASSE I TIPO II
Autores: UNITED INTERNATIONAL PICTURES DISTRIBUIDORA DE FILMES LTDA. E OUTRO
Réu: DELEGADO DA RECEITA FEDERAL NO RIO DE JANEIRO
Juiz: Dr. RICARLOS ALMAGRO VITORIANO CUNHA

SENTENÇA

Vistos etc.

UNITED INTERNATIONAL PICTURES DISTRIBUIDORA DE FILMES E COLUMBIA TRISTAR FILMS OF BRASIL INC. impetram **MANDADO DE SEGURANÇA COM PEDIDO DE LIMINAR** contra ato do **DELEGADO DA RECEITA FEDERAL NO RIO DE JANEIRO** visando ao recolhimento das parcelas vincendas da contribuição ao PIS, mediante depósito, nos termos da Lei Complementar nº 7/70, sem a observância dos critérios previstos nas Leis nºs 9.715/98 e 9.718/98, e ainda, para não se submetêrem ao recolhimento da contribuição ao PIS sobre os valores repassados aos titulares de direitos de exploração das obras audiovisuais, correspondentes a 60% do total recebido dos destinatários da distribuição/exibição.

Custas pagas a fls. 25.

Documentos a fls. 26/188.

Deferido o depósito requerido a fls. 192.

Aditamento à inicial a fls. 193/194, deferido a fls. 208.

Manifestações dos Impetrantes a fls. 196/197 e 201/202, juntando comprovantes de depósito a fls. 198 e 203/206.

Informações a fls. 219/226.

Parecer do M.P.F. a fls. 229/235, opinando pela concessão parcial da segurança.

Manifestações da Autora, juntando comprovantes de depósitos a fls. 236/247.

Este é o relatório.

DECIDO.

I - BREVE HISTÓRICO DO PIS

A contribuição para o programa de integração social do trabalhador (PIS) foi instituída pela LC nº 7, de 7 de setembro de 1970. Seu fundamento constitucional era a outorga de competência residual à União, expressamente prevista nos arts. 18, § 5º, e 21, § 1º, da CRFB de 1967, com a redação dada pela EC nº 1/69. Saliento que os dispositivos mencionados não exigiam a veiculação do novo tributo por meio de lei complementar, a exemplo do que dispõe o art. 154, I, da atual CRFB, tanto assim que o projeto enviado ao Congresso Nacional pelo Presidente da República era de lei ordinária (Mensagem nº 258, de 20 de agosto de 1970). Entretanto, como era vedada a vinculação de qualquer tributo a fundo, órgão ou despesa, ressalvadas as previsões da própria constituição ou de leis complementares (art. 62, § 2º), optou-se pela adoção desse último veículo normativo (Mensagem nº 263, de 26 de agosto de 1970).

Por intermédio dos Decretos-leis nº 2.445, de 29 de junho de 1988, e nº 2.449, de 21 de julho do mesmo ano, a partir dos fatos geradores ocorridos após julho do referido ano, a incidência do PIS dar-se-ia sobre a *receita bruta operacional* (ajustada). Por veicularem matéria estranha às finanças públicas, nos termos do art. 55, II, da CRFB de 1967 (já sob a égide da EC nº 1/69), restou declarada a sua inconstitucionalidade (RExt. nº 148.754, DJ 04.03.94, p. 3290). É que, consoante bem salientou JOSÉ EDUARDO SOARES DE MELO¹, *as finanças públicas se referem a dinheiros públicos e, por extensão, à sua aquisição, administração e emprego, não se aplicando ao PIS porque seus recursos não integram a receita da União, destinando-se a um Fundo de Trabalhadores*². Resultou daí a suspensão da execução dos mencionados diplomas, por força da Resolução do Senado Federal nº 49/95.

Antes, porém, de restar consolidada a inconstitucionalidade dos decretos-leis mencionados, a CRFB de 1988, em seu art. 239, expressamente contemplou a contribuição para o PIS, alterando somente a destinação de sua receita, que agora passaria a financiar o programa do seguro-desemprego e o abono anual previsto no § 3º do mesmo dispositivo.

A despeito da existência de abalizadas opiniões acerca da não-recepção da Lei Complementar nº 7 pela atual ordem constitucional, deixo de rebatê-las, em face da reiterada jurisprudência do Egrégio STF, em sentido contrário, consoante se depreende da leitura do aresto adiante transcrito:

EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS. LEI COMPLEMENTAR Nº 7/70. RECEPÇÃO QUANTO À DESTINAÇÃO DE PARTE DA ARRECADAÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DE PROGRAMAS DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO.

1. É firme a jurisprudência desta Corte no sentido de que a contribuição para o Programa de Integração Social, na forma disciplinada pela Lei Complementar nº 7/70, foi recepcionada pela nova ordem constitucional.

2. O preceito do artigo 239 da Constituição Federal apenas condicionou que a arrecadação do PIS e do PASEP passa, a partir da sua promulgação, a financiar o programa do seguro desemprego e o abono previsto em seu parágrafo 3º, nos termos que a lei dispuser.

3. A destinação de parte dos recursos mencionados para o financiamento de programas de desenvolvimento econômico, através do BNDES, não desvirtua a finalidade precípua da contribuição, que é custear a seguridade social.

Embargos de declaração rejeitados.

REEED-217117 / SP, 2ª Turma, Rel. Min. Maurício Corrêa.

Esta situação levou o governo a editar a MP nº 1.212, de 28 de novembro de 1995, a fim de regular a cobrança da referida contribuição. Mantendo a base impositiva inicial – o faturamento, esclareceu que esse seria *a receita bruta, como definida pela legislação do imposto de renda, proveniente da venda de bens nas operações de conta própria, do preço dos serviços prestados e do resultado auferido nas operações de conta alheia* (art. 3º). A Lei nº 9.715, de 25 de novembro de 1998, resultante da conversão da MP mencionada, manteve a base de imposição estabelecida no ato provisório, senão vejamos:

Art. 2º A contribuição para o PIS/PASEP será apurada mensalmente:

I - pelas pessoas jurídicas de direito privado e as que lhes são equiparadas pela legislação do imposto de renda, inclusive as empresas públicas e as sociedades de economia mista e suas subsidiárias, com base no **faturamento** do mês;

(...)

Art. 3º Para os efeitos do inciso I do artigo anterior **considera-se faturamento a receita bruta**, como definida pela legislação do imposto de renda, proveniente da venda de bens nas operações de conta própria, do preço dos serviços prestados e do resultado auferido nas operações de conta alheia.

Parágrafo único. Na receita bruta não se incluem as vendas de bens e serviços canceladas, os descontos incondicionais concedidos, o Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI, e o Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias - ICMS, retido pelo vendedor dos bens ou prestador dos serviços na condição de substituto tributário (grifei).

Finalmente, a MP nº 1724, de 29 de outubro de 1998, estabelecendo alterações na legislação tributária federal, fixou o faturamento como base impositiva para o PIS (art. 2º), conceituando esse como a **receita bruta da pessoa jurídica**, e essa, por sua vez, seria a *totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo irrelevantes o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para as receitas* (art. 3º, § 1º). Fruto da convalidação deste ato normativo, surgiu a Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998, reproduzindo literalmente o conteúdo ora estabelecido.

Esboçada a evolução histórico-normativa da contribuição em questão, passo à análise das questões aduzidas pelos impetrantes.

II - DO CONCEITO DE FATURAMENTO PARA FINS TRIBUTÁRIOS E A SUPOSTA VIOLAÇÃO AO DISPOSTO NO ART. 110 DO CTN

Parti do pressuposto, apoiado na jurisprudência consolidada da Suprema Corte, de que a Lei Complementar nº 7 foi recepcionada pela atual Constituição, através de menção expressa no seu art. 239. Por sua vez, o art. 195 da Carta, antes do advento da EC nº 20/98, estabelecia que a seguridade social seria financiada, dentre outras fontes, através de contribuições devidas pelos empregadores, incidentes sobre o faturamento. Assim, se a contribuição para o PIS, outrora poderia exigir tratamento por meio de lei complementar, já não o é mais, em face do dispositivo mencionado. É que somente as novas contribuições (ditas residuais), não previstas pela Constituição, devem ser veiculadas por tal categoria normativa, em face do disposto no art. 195, § 4º, c/c art. 154, I, da CRFB/88. Tal não é o caso do PIS, eis que já previstas expressamente as contribuições incidentes sobre o faturamento das empresas, conforme assinalei.

A questão se resolve por outro ângulo. Pode, como efetivamente foi feito, a lei ordinária ou a medida provisória normatizarem a contribuição em tela, pois a sua lei instituidora fora recepcionada com o *status* da primeira. Entretanto, tal legislador não pode, alterando o alcance e o sentido da expressão faturamento, desfigurar a contribuição originária. Essa visão da questão foi bem realçada no excerto da decisão adiante transcrito:

As contribuições previstas no art. 195, I, da Constituição Federal, dispensam a disciplina pela via da Lei Complementar, veículo legislativo adequado à instituição de outras fontes de custeio da Seguridade Social, nos termos do § 14º da Carta. Assim sendo, a Instituição da COFINS por lei complementar configura apenas um plus, e interpretações no sentido de que eventual alteração daquele diploma legal só poderia ser veiculada por Lei Complementar implicariam violação da ordem constitucional. Também em relação ao PIS/PASEP se aplica o mesmo raciocínio.

A espécie, a meu ver, não é apenas de aumento de alíquota e alteração de base de cálculo, mas sim, de criação de nova fonte de custeio da Seguridade Social³ (grifei).

Portanto, a questão reside em saber se a extensão atribuída ao conceito de faturamento desfigura a contribuição inicialmente concebida.

Os impetrantes alegam violação ao art. 110 do CTN, que veda à lei tributária a alteração da definição, do conteúdo e do alcance de institutos, formas e conceitos do direito privado. Segundo sua ótica, como o conceito de faturamento é estabelecido na legislação mercantil, não poderia a lei tributária modificá-lo. Não me parece seja correta a assertiva. É que os léxicos definem a expressão como sendo o ato de faturar, *i.e.*, de emitir faturas, consistindo essas na *relação de mercadorias ou artigos vendidos, com os respectivos preços de venda, quantidade e demonstrações acerca de sua qualidade e espécie, extraída pelo vendedor e remetida por ele ao comprador⁴*. Assim, jamais poderia a incidência ser determinada por tal conceito, já que o ato de extração do referido documento não se reveste de qualquer dimensão econômica que justifique a tributação. Assim, estendeu-se a sua dimensão semântica para conceber o faturamento como o próprio somatório dos valores relacionados. Nesta hipótese, também o elemento material da hipótese de incidência tributária estaria ausente já que o valor seria representativo de sua base impositiva, um dos componentes do elemento quantitativo, portanto.

A solução reside em nova ampliação de significado. Faturamento. Para fins tributários, seria as próprias operações que originaram a fatura. Neste sentido:

Segundo alegam os referidos autores, “o termo faturamento é empregado – por outro lado – para identificar não apenas o ato de faturar – mas, sobretudo, o somatório do produto de vendas ou de atividades concluídas num dado período (ano, mês, dia). Representa, assim, o vulto das receitas decorrentes da atividade econômica geral da empresa”. E, prosseguem, “(...) esse fato consistente em emitir ‘faturas’ não tem, em si mesmo, nenhuma relevância econômica. É a mera decorrência de outro acontecimento – este sim, economicamente importante, correspondente à realização de ‘operações’ ou atividades da qual esse faturamento decorre”.

As operações constituem a pedra de toque, o elemento cardinal para estabelecer o real significado de “faturamento”, porque a incidência tributária não recai sobre o documento (fatura) ou o mero resultado quantitativo (faturamento), mas consubstancia e decorre de realização de negócios⁵.

Já nessas primeiras linhas, impõe-se reconhecer que a expressão considerada não pode ter o mesmo significado daquele originariamente adotado pelo direito privado. Assim, não se pode afirmar categoricamente a violação ao art. 110 do CTN. Prosseguindo na análise, reproduzo o magistério do Dr. RICARDO LODI RIBEIRO⁶:

Portanto, o conceito de faturamento não é definido pelo direito privado, não se traduzindo em emissão de fatura. Assim, quem definirá o conceito de faturamento é o legislador ordinário, desde que não utilize elementos dissociados das noções correntes e de uso comum.

Também não teria cabimento não tributar as operações passíveis de faturamento, pelo só simples fato de não haver a emissão de faturas. Por isso a base impositiva ficou estabelecida como sendo a receita bruta decorrente das operações mercantis e/ou de prestação de serviços. E esta equiparação tem acolhida na jurisprudência do STF, consoante se depreende da leitura do voto do MIN. MOREIRA ALVES, proferido em sede da ADC nº 1:

Note-se que a Lei Complementar nº 70/91, ao considerar o faturamento como “a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza”, nada mais fez do que lhe dar a conceituação de faturamento para efeitos fiscais, como bem assinalou o eminente Ministro ILMAR GALVÃO, no voto que proferiu no RE nº 150.764, ao acentuar que o conceito de receita bruta das vendas de mercadorias e de mercadorias e serviços “coincide com o de faturamento, que, para

efeitos fiscais, foi sempre entendido como o produto de todas as vendas, e não apenas das vendas acompanhadas de fatura, formalidade exigida tão-somente nas vendas mercantis a prazo (art. 1º da Lei 187/36)".

Por fim, cabe analisar se a alteração introduzida pela Lei nº 9.718, quanto ao elástico da base de cálculo da contribuição em tela, é viável. Como afirmei acima, a questão não reside na impossibilidade da modificação ocorrer por via de lei ordinária, mas na abrangência de bases divorciadas daquela inicialmente estabelecida (faturamento, segundo o conceito firmado pela legislação tributária). Como bem asseverou RICARDO LODI RIBEIRO, (...) *quem definirá o conceito de faturamento é o legislador ordinário, desde que não utilize elementos dissociados das noções correntes e de uso comum.*⁷

É exatamente neste ponto que me parece incorreu em falha o legislador, já que assumiu como receita bruta a *totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo irrelevantes o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para as receitas*. Com essa amplitude, estariam incluídas na noção de faturamento as receitas financeiras, bem como os impostos incidentes sobre vendas, esses, meros repasses; e as primeiras operações não passíveis de faturamento. Daí a correta assertiva de HIROMI HIGUSHI⁸:

A Lei nº 9.718/98 não segue a definição tradicional de receita bruta adotada pela legislação tributária porque nela incluem todas as receitas auferidas pela pessoa jurídica, inclusive outras receitas operacionais, tais como rendimentos e ganhos líquidos auferidos em aplicações financeiras, e também receitas não operacionais. O conceito tradicional de faturamento é a receita bruta da atividade-fim da pessoa jurídica. A receita bruta da empresa que monta automóvel é a receita da venda de automóveis. A receita financeira não é receita bruta.

É cediço que a base imponible se trata de uma dimensão econômica do elemento material da hipótese de incidência tributária, daí a impossibilidade de eleição de base aleatória para um tributo, desvinculada do seu aspecto material. Já salientei que se a abrangência conceitual atribuída ao faturamento desbordar da própria noção de faturamento, então tal quantificação está se referindo a fato diverso das respectivas operações, ou seja, estaremos criando tributo novo, e não majorando ou alterando a sua base. Tal foi o que ocorreu com a extensão do conceito de faturamento, empreendido pela Lei nº 9.718, ao incluir operações não factíveis de emissão de fatura.

III - AS ALTERAÇÕES EMPREENDIDAS PELA LEI Nº 9.718/98 E A EC Nº 20.

Os constantes questionamentos judiciais acerca da constitucionalidade de dispositivos da legislação tributária envolvendo as contribuições incidentes sobre a folha de salários (Leis nº 7.787 e nº 8.212) e o faturamento (COFINS e PIS), resultou na promulgação da Emenda Constitucional nº 20, a qual, alterando a redação do art. 195 da CRFB/88, estabeleceu que a seguridade social seria financiada, dentre outras receitas, mediante contribuições sociais incidentes sobre a receita ou o faturamento (inc. I, "b").

Em decorrência da mencionada alteração, alinham-se argumentos no sentido da validação da modificação da base de cálculo do PIS, promovida pela Lei nº 9.718/98, já que agora não fala apenas em faturamento, mas também em receita. Neste sentido, vale transcrever a posição da jovem Juíza Federal Substituta, Dra. ELOÁ ALVES RIBEIRO⁹:

Assim, afigura-se legítima a tese de que, com o advento da EC nº 20/98, introduzindo a figura da "receita" no art. 195, I, da CF, o art. 3º, § 1º, da Lei 9.718/98 que ainda não havia sido retirado do ordenamento jurídico pátrio por declaração de inconstitucionalidade em ADIn pelo STF ou tido sua eficácia suspensa pelo Senado Federal, se tornou válido, retirando seu fundamento de validade da nova disposição constitucional.

Destarte, o art. 3º, §1º da Lei 9.718/98 é inconstitucional somente no período de 27/11/98 a 16/03/99, ou seja, 90 dias após a vigência da Emenda Constitucional nº 20/98, em respeito ao art. 195, § 6º, da CF.

E há quem leve a constitucionalidade da alteração empreendida mais longe, como o Dr. RICARDO LODI RIBEIRO¹⁰, ao afirmar que apesar de a Lei nº 9.718/98 haver sido promulgada antes do advento da EC nº 20, ela somente produziu efeitos a partir de fevereiro de 1999, quando a referida Emenda já estava em vigor. Assim, para o ilustre representante da Fazenda Nacional, não se trata de hipótese de constitucionalização superveniente, mas de adequação ao próprio texto constitucional que deve ser aferida por ocasião da vigência do ato considerado, não da sua promulgação.

A despeito das abalizadas e bem fundamentadas conclusões, não me parece sejam essas as interpretações mais adequadas à conformação constitucional dos princípios da segurança jurídica e da supremacia da Constituição.

Para iniciar a abordagem, convém estabelecer a distinção entre os conceitos de **existência** e validade da norma jurídica. O primeiro guarda relação com a pertinência do ato a determinado sistema normativo. Assim, fala-se em lei brasileira, porque ela existe e, portanto, pertence a este sistema normativo. Por sua vez, a **validade** é atributo da norma já existente, qualidade que a torna apta a produzir efeitos reconhecidos e garantidos pelo ordenamento, uma vez que fora criada de conformidade com as normas que regulam sua elaboração, v.g., competência do órgão de onde promana, acolhida das regras do seu procedimento de produção (processo legislativo), formalização pelo meio idôneo, conformidade constitucional etc.

Assim, são constantes as críticas ao sistema austríaco de controle de constitucionalidade inspirado na obra de HANS Kelsen. Para o eminente jurista, a validade do ato seria uma forma de existência do mesmo, daí por que, para ele, seria incabível a concepção de uma norma existente inválida.

Retornando agora à questão da superveniência de emenda constitucional e seus efeitos sobre a "constitucionalização" de leis anteriormente inconstitucionais, ao abordar o tema, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO¹¹, reuniu as possíveis soluções em quatro grupos:

- a) A regra cuja inconstitucionalidade não fora reconhecida no passado, é existente e válida desde o início, se diante de uma Emenda não mais existe objeto para censura;
- b) *A regra acoimada de originariamente inconstitucional, ainda que efetivamente o fosse, se compatível com a Emenda, fica retroativamente validada, porque passou a estar de acordo com a Constituição e não se pode considerar inconstitucional aquilo que, no presente, se encontra afinado com ela¹²;*
- c) a regra originariamente inconstitucional, se compatível com a Emenda dela receberá seu fundamento da validade "a posteriori", entretanto, **só oferecerá esteio para seus efeitos a partir da própria Emenda;**
- d) a regra originariamente inconstitucional continua a sê-lo, porque tal aferição deve ser feita à luz das normas constitucionais existentes ao tempo em que foi produzida.

A primeira opção decorre de confusão patente entre os conceitos de existência e validade. A norma, pelo só simples fato de existir, não se torna válida enquanto não for expulsa do sistema. Como observei, esta é uma qualidade daquilo que existe, podendo, assim, existir norma inválida.

Daí por que, como bem assevera o ilustre Prof., *para que se possa predicar validade ou invalidade de uma norma encartada em dado direito positivo, cumpre antes, lógica e juridicamente, que tal norma exista naquele sistema*¹³.

Por sua vez, o segundo argumento esbarra no óbice da irretroatividade das leis. Se o princípio, consagrado pela Constituição, veda, como regra, a retroação da lei nova, em atenção ao princípio da segurança jurídica, com muito mais razão deverá ser aplicado também às Emendas.

Quanto à terceira alternativa, seria uma consagração da fraude constitucional. Tenho por irretorquíveis os argumentos do mestre, razão pela qual os reproduzo adiante:

*Deveras, se ante os termos de uma dada Constituição, certa norma não pode ser produzida, porque confrontaria com a Lei Magna, é direito, é garantia dos administrados serem liberados dos gravames que tal norma lhes causaria, mediante exibição, na esfera própria, de sua inconstitucionalidade. Mas, se for reconhecido ao próprio autor da inconstitucionalidade, ao próprio violador do Direito, ou seja, aquele mesmo que arremeteu contra tais garantias, o poder de eficazmente fraudar **com o aval do ordenamento jurídico**, a proteção que derivava do sobredito ordenamento, ter-se-á proclamado com isto a inanidade de tal proteção, a imoralidade como regra de conduta do Poder Público, a astúcia cavilosa como padrão do direito e a vileza perante a Sociedade como princípio ético do Estado*¹⁴.

E as palavras fortes que aqui se reproduziram tornam-se mais evidentes quando a Emenda surge sobranceira e próxima da lei eivada de vício, no afã evidente de, burlando o sistema, corrigir o abuso que cometera o legislador. Nesse caso, melhor seria substituir seu título de emenda para **remendo constitucional**. O sistema estaria rotacionando a pirâmide normativa em cento e oitenta graus, pois a base serviria de fundamento à alteração do cume.

Por todo o exposto, rechaço os entendimentos antes profogados, afirmando a impossibilidade de a emenda convalidar norma ditada em desconformidade com a constituição, antes de sua revisão, seja em caráter retroativo ou prospectivo.

IV - DA INCIDÊNCIA DO PIS SOBRE RECEITAS DE TERCEIROS

Alegam os impetrantes que suas atividades resultam da intermediação entre os produtores de obras audiovisuais (licenciadoras) e os

exibidores das referidas obras, de forma que, do montante recebido destes últimos, apenas 40% (quarenta por cento) pertence aos impetrantes, sendo o remanescente repassado aos produtores. Desta forma, jamais poderiam ser incluídas na base de cálculo da contribuição em tela os valores repassados aos licenciadores, uma vez que não integram o seu "faturamento".

A legislação do PIS, ao definir o faturamento como a receita bruta, sempre permitiu o ajuste dessa base, mediante algumas exclusões, a saber:

Lei nº 9.715 – venda de bens e serviços cancelados, descontos incondicionais concedidos, IPI e o ICMS retido pelo vendedor ou prestador de serviços, na condição de substituto tributário.

Lei nº 9.718 – além das parcelas já mencionadas, as reversões de provisões operacionais e recuperações de créditos baixados como perda, que não representem ingresso de novas receitas, o resultado positivo da avaliação de investimentos pelo valor do patrimônio líquido e os lucros e dividendos derivados de investimentos avaliados pelo curso de aquisição, que tenham sido computados como receita; os valores que, computados como receita, tenha sido transferidos para outra pessoa jurídica, observadas normas regulamentadoras expedidas pelo Poder Executivo; e a receita decorrente da venda de bens do ativo permanente.

Tais exclusões se justificam exatamente porque, a despeito de representarem ingressos na receita do contribuinte, não consistem elas valores passíveis de tributação, em face da sua existência meramente contábil. Seria ilógico e violador da sua capacidade contributiva permitir a "taxação" de valores que efetivamente não integram o seu patrimônio.

Poderíamos considerar a possibilidade de tributação dessas receitas, se reconhecemos tratar-se da figura da substituição tributária. Estamos diante dessa figura quando o sujeito passivo é terceira pessoa à qual a lei atribui a obrigação de pagar tributo, sem que tenha mantido relação direta e pessoal com o fato gerador da respectiva obrigação. Note-se que não se trata de responsável já que responde o substituto por obrigação própria, não de terceiro. Daí ser perfeitamente válida a contemplação do impetrante como substituto tributário. Entretanto:

Quando diante da figura do substituto tributário, pode a lei autorizar o desencadeamento de outra relação jurídica, decorrente daquela tributária, de natureza privada, entre o substituto e o substituído, o que se denomina repercussão jurídica do tributo.

Tal repercussão pode dar-se sob a forma de retenção ou de reembolso. Vejamo-las.

A repercussão jurídica por reembolso permite ao substituto crescer o valor do tributo ao crédito que detém em relação a outra pessoa, em função de determinado negócio jurídico realizado; ao passo que, na repercussão jurídica por retenção, a lei autoriza a redução, correspondente ao valor do tributo pago, em um débito que o substituto tenha em relação a terceiro¹⁵.

A questão do ressarcimento econômico devida ao substituto, acima esclarecida, segundo modelo estabelecido por ALFREDO AUGUSTO BECKER, em sua Teoria Geral do Direito Tributário, conquanto não obrigatória para a caracterização do instituto da substituição, no nosso sistema, impõe-se como um corolário do princípio da capacidade contributiva. Assim, mesmo que, em tese, fosse possível conceber a tributação pelo PIS das receitas de terceiros, contabilizadas pelo impetrante, se a lei não prevê a repercussão jurídica, esbarramos em óbice constitucional intransponível – o princípio da capacidade contributiva – em sua feição absoluta ou objetiva.

Por todo o exposto, **CONCEDO A SEGURANÇA PLEITEADA**, determinando à autoridade coatora que se abstenha de exigir a contribuição para o PIS, aproveitando-se dos critérios estabelecidos nas Leis nº 9.715/98 e nº 9.718/98, na forma da fundamentação *supra*; bem como desconsidere os valores repassados pelos impetrantes aos produtores de películas, na apuração do *quantum* devido do tributo mencionado.

Sem honorários, em face da Súmula nº 105 do STJ.

Custas pela União.

Sentença sujeita ao duplo grau obrigatório de jurisdição.

Rio de Janeiro, 14 de agosto de 2000.

RICARLOS ALMAGRO VITORIANO CUNHA

Juiz Federal Substituto da 9ª Vara/RJ

NOTAS

1. **Contribuições sociais no sistema tributário**, Malheiros, 1993, p. 130.
2. **Também o acórdão mencionado:**
CONSTITUCIONAL. ART. 55-II DA CARTA ANTERIOR. CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS. DECRETOS-LEIS nºs 2.445 E 2.449, DE 1988. INCONSTITUCIONALIDADE.
I - contribuição para o PIS: sua estraneidade ao domínio dos tributos e mesmo aquele, mais largo, das finanças públicas. Entendimento, pelo Supremo Tribunal Federal, da EC nº 8/77 (RTJ 120/1190).
II - trato por meio de decreto-lei: impossibilidade ante a reserva qualificada das matérias que autorizavam a utilização desse instrumento normativo (art. 55 da Constituição de 1969). Inconstitucionalidade dos Decretos-leis nºs 2.445 e 2.449, de 1988, que pretenderam alterar a sistemática da contribuição para o PIS.
3. Decisão da Juíza Marisa Ferreira dos Santos, TRF – 3.ª Região, *in Revista da AJUFE* 61/290.
4. De Plácido e Silva, **Vocabulário Jurídico**, Forense, v. II, 1963, p. 681.
5. José Eduardo Soares de Melo, **Contribuições Sociais no Sistema Tributário**, Malheiros, 1993, p. 115.
6. RDDT 53/69.
7. Ob. loc. cit.
8. **Imposto de Renda das Empresas**, 25.ª ed., Ed. Atlas, p. 610/611.
9. RDDT 57/44.
10. RDDT 53/71.
11. RDA 215/85-98.
12. Ob. cit., p. 87.
13. Ob. cit., p. 88.
14. Celso Antônio Bandeira de Mello, *ob. cit.*, p. 95.
15. Ricardos Almagro, RDDT 52/122.

SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
1ª Vara de Campos

Mandado de Segurança

Processo: 99.0852259-0
Autor: CUSTÓDIO DE ALMEIDA QUINTAL
Réus: GERENTE REGIONAL DO INSTITUTO NACIONAL DO
SEGURO SOCIAL - INSS DE CAMPOS DOS GOITACAZES
COOPERATIVA AGROPECUÁRIA DE ITAPERUNA LTDA.
Juíza Federal: Drª DANIELA MILANEZ

SENTENÇA

Vistos etc.

I - RELATÓRIO

Trata-se de Mandado de Segurança, com pedido liminar, impetrado por Custódio Almeida Quintal contra ato do Gerente Regional do INSS de Campos de Goitacazes, requerendo lhe seja garantido o direito líquido e certo de deixar de recolher a contribuição previdenciária sobre os honorários recebidos da Cooperativa Agropecuária de Itaperuna Ltda. e compensar os valores indevidamente pagos com futuros valores a serem recolhidos pela sua empregadora.

Juntou procuração e documentos (fls. 08/14).

Pagas as custas (fls. 15).

Pelo despacho de fls. 24, foi aceita a petição de fls. 22/23 como emenda a inicial.

Informações da autoridade impetrada às fls. 29/31, alegando, em preliminar, que o Impetrante visa seja declarado e constituído um direito, não sendo o Mandado de Segurança o rito correto para tal pedido e ilegitimidade passiva, pelo que requer seja extinto o processo. No mérito, diz que a cobrança de contribuição previdenciária do Impetrante é legal, pois mesmo aposentado vem exercendo atividade laborativa.

Citada (fls. 39, v^o), a Cooperativa Agropecuária de Itaperuna Ltda. não se manifestou.

Parecer do Ministério Público Federal às fls. 44/46, opinando pela denegação da ordem.

É o relatório. Passo a decidir.

II - FUNDAMENTAÇÃO

Das Preliminares

Não há como se sustentar a impropriedade da via processual escolhida pelo Impetrante. Segundo entendimento do E. STJ, exposto na Súmula 213, direito à compensação pode ser declarado por meio de mandado de segurança.

E como o objeto do presente *writ* consiste exatamente na declaração de que os supostos créditos do Impetrante são compensáveis, só me resta rejeitar a preliminar em questão.

Da mesma forma, é inquestionável a legitimidade passiva do Gerente Regional do INSS, tendo em vista que é esta Autarquia a pessoa jurídica que possui atribuições para cobrar a referida contribuição previdenciária e para fiscalizar a compensação, caso esta seja deferida. Sendo assim, rejeito também esta preliminar e passo a apreciar o mérito.

No Mérito

Como já ressaltado, o Impetrante já é aposentado pelo Regime Geral da Previdência Social, mas voltou a exercer atividade remunerada, o que segundo o art. 12, § 4^o, da Lei nº 8.212/91 o tornaria segurado obrigatório da previdência social.

Até aí não há nenhum problema, tendo em vista que a vinculação à Previdência Social é *ope legis*, no caso de segurado obrigatório, ou seja, basta praticar a atividade remunerada, que por força da lei, a pessoa se torna segurado do INSS.

Assim, realmente o correto seria o Impetrante recolher a contribuição previdenciária sobre os honorários que recebe da Cooperativa Agropecuária de Itaperuna Ltda., já que sua nova atividade profissional é

elencada dentre aquelas previstas no art. 12 da Lei de Custeio da Previdência Social.

Todavia, o segurado, que já é aposentado e volta a exercer atividade remunerada, não tem direito a qualquer benefício previdenciário, salvo se for empregado, pois, neste caso, lhe é assegurado pelo menos o salário-família e a reabilitação profissional, conforme estabelecido no art. 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91.

Daí que, não havendo qualquer contraprestação por parte do INSS em relação àqueles segurados, não se pode exigir dos mesmos o recolhimento da contribuição previdenciária.

Hoje já é público e notório que as contribuições sociais, da qual a contribuição previdenciária é um espécie, são modalidades autônomas de tributo. Não há que confundí-las mais com impostos ou taxas.

O próprio E. STF já esclareceu tal realidade, quando da apreciação do RE nº 138.284-0/CE. Senão vejamos:

"(...)

As contribuições parafiscais têm caráter tributário. Sustento que constituem essas contribuições uma espécie própria de tributo ao lado dos impostos e das taxas, na linha, aliás, da lição de Rubens Gomes de Souza ('Natureza tributária da contribuição do FGTS', RDA 112/27, RDP 17/305). Quer dizer, as contribuições não são somente as de melhoria. Estas são uma espécie do gênero contribuição; ou uma subespécie da espécie contribuição. Para boa compreensão do meu pensamento, reporto-me ao voto que proferi, no antigo T. F. R., na AC 71.525, (RD Trib. 51/264)".

(STF – RE nº 138.284-8/CE. Relator Ministro Carlos Velloso, julg. 01.07.92).

Desta forma, a contribuição previdenciária possui um fato gerador como os demais tributos previstos em nosso Sistema Tributário. E, no caso, esse fato gerador é vinculado, à semelhança das taxas.

Por tal razão, a referida contribuição somente pode ser exigida do contribuinte se houver uma contraprestação por parte do INSS, qual seja, as prestações previdenciárias.

Nesse sentido, há farta doutrina. E para exemplificar, é válida a transcrição de alguns artigos. Senão vejamos:

"(...)

Portanto, fica claro que a Corte Constitucional brasileira já se valeu do princípio da proporcionalidade para limitar o *quantum* de alíquotas da espécie tributária taxa, que, a exemplo da contribuição para seguridade social, é tributo vinculado, subordinado a uma contraprestação. Assim, como majorar em mais de cem por cento (11% → 25%) contribuições, sem que qualquer contrapartida no aumento dos benefícios dos servidores? No que se refere aos tributos vinculados, faz-se necessária a ponderação entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador (proporcionalidade ou razoabilidade em sentido estrito)".

(Paulo José Leite Farias – Desproporcionalidade do aumento da contribuição previdenciária dos servidores – www.juz.com.br).

"(...)

Segundo a doutrina tributária, a contribuição previdenciária tem o caráter de tributo vinculado. Na falta de perspectiva futura do benefício correspondente não há que arcar o aposentado com a contribuição. Muito menos para o custeio do seu próprio benefício. Seguro social é, essencialmente, pacto entre gerações.

A natureza de tributo vinculado (à semelhança de taxa) da contribuição previdenciária decorre de ensinamentos dos maiores tributaristas, a exemplo de GERALDO ATALIBA (in *Hipótese de Incidência Tributária*, 2ª ed., 1975, pág. 202), ALFREDO AUGUSTO BECKER (in *Teoria Geral do Direito Tributário*, S. Paulo, Ed. Saraiva, pág. 330), ROQUE ANTÔNIO CARRAZA (in *Curso de Direito Constitucional Tributário*, 3ª ed., 1991, pág. 304), IVES GANDRA MARTINS (in *Sistema Tributário na Constituição de 1988*, 3ª ed., 1991, pág. 125) e PAULO DE BARROS CARVALHO (in *Curso de Direito Tributário*, 5ª ed., 1991, pág. 38)."

(Roberto Barbosa de Castro, *A contribuição previdenciária para inativos e pensionistas em face da emenda constitucional nº 20, de 1998* – www.jus.com.br).

Ora, na situação descrita no presente *writ*, o Impetrante, por não ser empregado da Cooperativa Agropecuária de Itaperuna Ltda., não terá direito a qualquer prestação previdenciária, nenhum benefício e nenhum serviço de assistência, apesar de estar recolhendo o tributo em tela. Não resta dúvida da inconstitucionalidade de tal exação.

É certo que muitas das pessoas que voltam a trabalhar depois de aposentados o fazem exclusivamente por necessidade, tendo em vista o

baixo valor do teto máximo pago a título de aposentadoria pelo INSS. Por isso é um absurdo que, além de serem forçados a abdicar do descanso a que têm direito depois de uma vida toda de trabalho, ainda sejam obrigados a recolher um tributo vinculado, sem contudo ter direito a qualquer novo benefício. Não vejo, portanto, como compactuar com tal política!

Há ainda outra violação gritante. Procura-se tratar igualmente situações desiguais, o que fere o princípio constitucional da isonomia, previsto no art. 5º, *caput*, da CF/88.

Os segurados que devem recolher o tributo em tela terão direito, caso ocorra algum incidente coberto pela Previdência, aos respectivos benefícios previdenciários. Todavia, o Impetrante, apesar de estar trabalhando e recolhendo corretamente o tributo, não fará jus a qualquer contraprestação por parte do INSS.

Ora, é cristalino que são duas situações distintas e, portanto, devem ser reguladas de forma distinta. Todavia, apesar da gritante diferença, vem se dando tratamento idêntico a ambas as situações, já que o art. 12, § 4º, da Lei nº 8.212/91 c/c art. 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91 trata esses aposentados da mesma forma que aqueles que ainda não se aposentaram.

Conclui-se, portanto, que tendo o Impetrante recolhido indevidamente a contribuição previdenciária sobre os honorários recebidos, fez nascer para ele um crédito tributário, que pode ser compensado, nos termos do art. 66 da Lei nº 8.383/91, ou repetido.

O Impetrante optou pela declaração e vem pleitear que seja declarado seu direito líquido e certo à compensação.

Entretanto, pleiteia que seu crédito seja compensado com créditos vincendos da Cooperativa perante o INSS, para a qual presta serviço, o que é impossível.

A compensação é modalidade de extinção de obrigação, onde os titulares dos créditos e dos débitos devem ser as mesmas pessoas. Não é possível, na relação jurídica da compensação, o ingresso de um terceiro. Nesse sentido, inclusive, temos o art. 1.009 do Código Civil, que assim dispõe:

“Art. 1.009 – Se duas pessoas forem ao mesmo tempo credor e devedor uma da outra, as duas obrigações extinguem-se, até onde se compensarem” (grifo nosso).

Deve-se esclarecer que há a contribuição previdenciária a ser paga pelo trabalhador autônomo, e a parcela sob a responsabilidade do

tomador do serviço, não podendo ser confundidas. A partir do momento em que a primeira delas é recolhida indevidamente, surge o direito a compensação unicamente para o respectivo sujeito passivo, ou seja, o trabalhador. Isto significa que o direito em tela não pode ser usufruído pelo contribuinte da outra contribuição, que é quem contrata os serviços do autônomo.

Sendo assim, não pode a Cooperativa Agropecuária de Itaperuna Ltda., que contrata os serviços do Impetrante, beneficiar-se do direito deste à compensação.

III - DISPOSITIVO

Isto posto, DENEGO A SEGURANÇA, tendo em vista a inexistência do direito líquido e certo à compensação do crédito do Impetrante, perante o INSS, com os futuros recolhimentos devidos pela Cooperativa, para a qual o mesmo presta serviços.

Custas *ex lege*. Sem honorários advocatícios, em face das Súmulas 512 do E. STF e da Súmula 105 do E. STJ.

P.R.I. comunique-se ao MPF e a autoridade coatora.

Campos dos Goytacazes, RJ, 11 de maio de 2000.

DANIELA MILANEZ

Juíza Federal Substituta

No exercício na titularidade na 1ª Vara de Campos/RJ