


**TRIBUNAL REGIONAL
FEDERAL DA 2ª REGIÃO**
PRESIDENTE:

Desembargador Federal Frederico Gueiros

VICE-PRESIDENTE:

Desembargador Federal Carreira Alvim

CORREGEDOR-GERAL :

Desembargador Federal Castro Aguiar

COMISSÃO DE JURISPRUDÊNCIA:Desembargador Federal Sergio Feltrin – *Presidente*

Desembargador Federal Poul Erik Dyrlund

Desembargador Federal André Fontes

Desembargador Federal Fernando Marques - *Suplente***DIRETOR GERAL:**

Luiz Carlos Carneiro da Paixão

**DIRETOR:**

Desembargador Federal Sergio Feltrin Corrêa

COORDENADOR:

Desembargador Federal Poul Erik Dyrlund

PROJETO EDITORIAL:

Alexandre Tinel Raposo (Diretor da SED)

COORDENAÇÃO DE PRODUÇÃO:

Sérgio Mendes Ferreira (ATED/SED)

COORDENAÇÃO EDITORIAL:

Carmem Lúcia de Castro (DIJAR/SED)

GERENCIAMENTO DE MATÉRIAS:

Ana Cristina Lana Albuquerque (SEJURI/DIJAR/SED)

SELEÇÃO, REDAÇÃO E REVISÃO:

Seção de Jurisprudência (SEJURI/DIJAR/SED)

DIAGRAMAÇÃO E IMPRESSÃO:

Divisão de Produção Gráfica e Editorial (DIGRA/SED)

PERIODICIDADE: quinzenal**TIRAGEM:** 2.500 exemplares**ESTA EDIÇÃO ESPECIAL****DECISÕES HISTÓRICAS**

É com satisfação que apresentamos a partir deste número uma série especial do INFOJUR destinada a resgatar da memória jurisprudencial deste Tribunal aqueles julgados cujo relevo se irradia para além do contencioso entre as partes que os integram, repercutindo em maior ou menor grau no seio da sociedade. Os votos selecionados serão distribuídos ao longo de edições do informativo e, excepcionalmente, será incluída a íntegra dos julgados, para uma melhor compreensão das teses abordadas.

A justificação de uma iniciativa deste quilate se evidencia na medida em que tais julgados representam a consciência viva da Corte, renovada e atualizada em ato contínuo; uma consciência eternizada na conexão entre passado, presente e futuro, cuja trilha pode ser descortinada no itinerário de votos produzidos pelos integrantes deste Pretório, muitos dos quais decisivos nos caminhos e destinos dos brasileiros, no âmbito estadual e federal. Cabe ressaltar que cada *decisum*, nesta medida, espelha e traduz um dado contexto temporal, se convolvendo automaticamente em instantâneo para a posteridade da labuta dos seus julgadores.

Este informativo não se constitui em repositório oficial da jurisprudência do TRF – 2ª Região. Para críticas ou sugestões, entre em contato com jornalinfojur@trf2.gov.br

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

Rua Acre, nº 80 – Centro – Rio de Janeiro/RJ

Cep.: 20081-000 – Tel.: (21) 2276-8000

www.trf2.gov.br

Censura à obra literária durante a ditadura militar

Trata-se de embargos infringentes opostos pela União em face de decisão proferida em apelação cível que proveu pedido de reparação do famoso escritor Rubem Fonseca, em decorrência de censura imposta ao seu livro "Feliz Ano Novo" durante o período da ditadura militar, com vedação de novas edições, circulação e venda da referida obra literária.

Embargos Infringentes em Apelação Cível

Proc. nº 89.02.01725-7

Publ. no DJ de 15/01/1991

Relator: Des. Fed. CELSO PASSOS

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO - CENSURA A OBRA LITERÁRIA COM PROIBIÇÃO DE NOVAS EDIÇÕES, CIRCULAÇÃO E VENDA DO LIVRO - INDENIZAÇÃO POR DANOS PATRIMONIAIS E PESSOAIS.

- José Rubem Fonseca, renomado escritor, por determinação do Ministro da Justiça, teve apreendidos os numerosos exemplares de seu livro "Feliz Ano Novo", postos à venda, com impedimento de novas edições, circulação e venda de sua obra.

- A Carta Constitucional de 1969, em seu art. 153, parágrafo 8º, já assegurava a livre expressão de pensamento sem censura prévia.

- A alegação de que o livro questionado atentava contra a moral e os bons costumes não prevaleceu na sentença de primeiro grau, entendendo seu prolator que o ato administrativo era vinculado e assim estaria sujeito ao reexame judicial, concluindo que o livro constituía incitamento à violência.

- O ato administrativo procurou fundamento no Decreto-Lei nº 1.077, de 21/01/70, e sua aplicação ao caso constituiu verdadeira censura prévia, agredindo a própria carta constitucional vigente ao tempo do regime discricionário.

- A censura prévia só era aplicável a espetáculos e diversões públicas e nunca sobre livros, revistas e jornais.

- Segundo a melhor doutrina (Pontes de Miranda, Ruy Barbosa e Josaphat Marinho, entre outros), o Decreto-Lei nº 1.077 é a afirmação da censura do Estado, contra a liberdade de pensamento, proclamada na Constituição.

- Inequivoco que o autor da obra em questão sofreu dano moral e material, sem falar na sua imagem, distorcida perante a opinião pública, cabendo-lhe reparação mediante indenização, como apurado na liquidação do julgado.

- Embargos conhecidos, porém rejeitados, em decisão por maioria.

POR MAIORIA, FORAM REJEITADOS OS EMBARGOS.

RELATÓRIO

Cuida-se de embargos infringentes opostos pela União Federal contra o v. acórdão da 2ª Turma deste Tribunal, da lavra do Em. Desembargador ALBERTO NOGUEIRA, que assim se acha ementado:

"CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CENSURA À OBRA LITERÁRIA. PEDIDO PARA QUE SE DECLARE A INSUBSISTÊNCIA DE DESPACHO QUE PROÍBE A EDIÇÃO, CIRCULAÇÃO E VENDA DO LIVRO 'FELIZ ANO NOVO' NO TERRITÓRIO NACIONAL. INDENIZAÇÃO POR DANOS PATRIMONIAIS E PESSOAIS.

I - No regime da Carta de 1967, a liberdade de edição de livros, jornais e periódicos já era total, devendo a censura se ater ao exame e restrição de circulação de publicações clandestinas, marginais

e apócrifas, que possam estar aptas a chegar a leitores que, em razão de sua idade, principalmente, não estejam preparados e nem procuram aquela leitura, sem que isso se deturpe no impedimento do acesso da população ao meio de cultura intelectual-literária.

II - A não liberação da obra, com base no Decreto-Lei nº 1.077/70, constituiu-se em verdadeira censura prévia, mera manifestação do poder arbitrário e presunçoso de custodiar a sociedade brasileira, o que agride por inteiro o parágrafo 8º, do artigo 153, da Constituição de 1967, então vigente.

III - Ocorrido dano moral, com reflexo patrimonial, a ensejar reparação pela via indenizatória.

IV - Recurso provido, fixados os honorários advocatícios em 10% (dez por cento) do valor da condenação."

Inconformado com o r. *decisum* do v. aresto, interpôs a União Federal, através do insigne Procurador da República, Dr. EDUARDO WEAVER DE VASCONCELLOS BARROS, embargos infringentes, sustentando a juridicidade do Voto vencido proferido pela digna Desembargadora Federal JULIETA LÍDIA LUNZ que, relativamente à espécie, assim se manifestou à fl. 416: "...certo é que inobstante o ato contra o qual se insurge o recorrente, está editado o indigitado livro, há mais de dez anos, por conseguinte não teria sido vulnerado seu pretensão direito, e considerado ainda que tal edição se efetivou no curso da lide, a lide alterar substancialmente o pedido inicial." Os embargos foram regularmente deferidos, em decorrência do despacho de fls. 435. Dada vista ao embargado, opôs o mesmo contra-razões, que se acham acostadas às fls. 441/454 dos presentes autos.

É o relatório.

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal CELSO GABRIEL DE REZENDE PASSOS (Relator):

Cumpra notar que já a Carta Magna de 1969, em seu artigo 153, parágrafo 8º, assegurava a livre manifestação do pensamento independentemente de censura prévia, despontando de forma cristalina do mencionado diploma legal, que não careceria de licença da autoridade a publicação de livros, jornais e periódicos, somente exigível relativamente a diversões e espetáculos públicos.

Como se verifica, em relação às manifestações do pensamento em geral, não foi o Poder Público autorizado a violar ou constranger consciências para ditar-lhes os parâmetros de sua divulgação, antes de tornadas do conhecimento público as idéias que teriam inspirado a edição do texto publicado pelo autor.

A admitir-se tal interferência, sobremaneira ilógica, irracional mesmo, seria o tão anômalo procedimento que, inclusive, implicaria em cerceamento da liberdade de expressão, com a evidente e inconcebível quebra do ineditismo de que, necessariamente, há de se revestir toda e qualquer obra literária.

Para prevenir eventuais abusos, é que nos termos da Lei foi prevista a apuração de responsabilidade; logo, impossível antecipar-se tal responsabilidade antecedentemente à constatação ou não do abuso praticado. Não dependendo a edição da obra de qualquer licença para tanto, não há como se entender e admitir

"censura prévia"...Vale referir, em abono a esse entendimento, o que ensina o insigne PONTES DE MIRANDA, in "Comentários sobre a Constituição Federal", tomo V, 1968, págs. 141, 151 e 153, *verbis*:

"A censura prévia (pré-censura) só se permite em se tratando de espetáculos e diversões públicas, isto é, não se conhece censura de livros, revistas e periódicos."

Também RUY BARBOSA, em ensinamento sobremodo oportuno, não deixou dúvidas quanto à liberdade do exercício do direito, senão prevendo sua sanção tão-somente quando efetivamente transgredido o mesmo, quando aduz que:

"Não se pode obstar ao uso do direito: Pune-se a infração cometida." (In 'Campanhas Jornalísticas - Obras Seletas' - nº VII - República - 2º Vol. 1956 - pág. 79).

Por todo o exposto, conclui-se que o ato praticado pelo Exmo. Sr. Ministro da Justiça, com fulcro no Decreto-Lei nº 1.077, de 26/01/70, agride frontalmente a Constituição Federal revogada, ao tempo em que não encontra respaldo sequer na vigente Carta Magna. O Decreto-Lei baixado exorbita, de modo indelével, dos limites estabelecidos pela Constituição. Não a executa; em verdade, a desrespeita. Convém, por derradeiro, lembrar a lição do Mestre JOSAPHAT MARINHO, professor catedrático de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade da Bahia, que discorrendo sobre o assunto, assim se manifesta, através de parecer publicado na 'Revista de Direito Público', vol. XIII, págs. 109/113:

"O Decreto-Lei nº 1.077 é a afirmação descompassada da censura do Estado, contra a liberdade de pensamento proclamada na Constituição. O texto explícito do ato abusivo não permite as atenuações com que pretendem alguns explicar-lhe o alcance. Realmente coage a inteligência, devassa-lhe a força criadora e informativa, no livro, nas revistas, nos jornais, sem exceção. A título de perseguir publicações e exteriorizações imorais, já atingidas por leis penais e pela lei de imprensa, submete todas as formas de expressão das idéias à verificação prévia e ao arbítrio de autoridades policiais e administrativas. Irrestritamente, a Polícia é investida da tarefa de censurar e o Ministro da Justiça da competência de punir, à revelia do Poder Judiciário. Eis o que está nos dispositivos inquisitoriais.

Por isso mesmo, a verdade escrita, e não a presumida ou disfarçada, é que há de servir de

suporte ao exame do instrumento editado, que ofende, tiranicamente, a Constituição e as tradições liberais do pensamento jurídico nacional.”

Deve ser salientado que o Embargado sofreu dano moral e material, com a apreensão de edições de seu livro, já postos a venda, além da proibição de novas edições, circulação e venda de sua obra, por largo espaço de tempo, sem falar na sua imagem distorcida perante a opinião pública. Parece-me inequívoco que cabe ao Embargado reparação mediante indenização, como apurado for na liquidação do julgado. Até mesmo a vigente Constituição Federal prevê tal indenização, como se lê no art. 5º, V:

“V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;”

Assim é que, sufragando o Voto do eminente Desembargador Relator ALBERTO NOGUEIRA, que considerei com as lúcidas manifestações do Des. D'ANDRÉA FERREIRA e do eminente Procurador da República que atuou na sessão de julgamento, Dr. JUAREZ TAVARES, conheço dos embargos, porém, no mérito, os rejeito.

É como voto.

Contribuição previdenciária dos servidores públicos ativos e inativos

O voto em comento sustenta a tese da inconstitucionalidade dos adicionais progressivos acrescentados à contribuição previdenciária dos servidores públicos instituídos pela Lei 9.783/99, sob a égide do sistema previdenciário previsto na EC nº 20/98; manejando, em apoio a suas conclusões, algumas das mais abalizadas correntes do Direito Constitucional Moderno.

Apelação em Mandado de Segurança

Proc. nº 2000.02.01.029314-7/RJ

Publ. no DJU de 03/10/2000, p. 46/64

Relator: Des. Fed. CARREIRA ALVIM

DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO - EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20/98 - LEI Nº 9.783/99 - CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA DE SERVIDORES PÚBLICOS ATIVOS E INATIVOS - INCONSTITUCIONALIDADE DA PROGRESSÃO LEGAL.

I - Nos termos do art. 195 da Constituição, “a Seguridade Social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”, além das contribuições sociais dos empregados e empregadores, o que garante a participação das entidades públicas na manutenção do sistema previdenciário.

II - Ainda de acordo com a Constituição, “o regime de previdência dos servidores de cargo público efetivo observará, no que couber, os requisitos e critérios fixados para o regime geral da Previdência Social” (art. 40, § 12, CF).

III - Mesmo depois da EC nº 20/98, o sistema previdenciário não exime de contribuição os entes públicos, relativamente aos seus próprios servidores, nem lhes retira a condição de garantidores do sistema como um todo, razão por que é inconstitucional toda lei ordinária que pretenda fazer recair sobre os ombros do segurado a parte do custeio que deve constitucionalmente ser suportada pelos entes públicos.

IV - É inconstitucional a Lei nº 9.783/99, naquilo em que, para suprir a parte que cabe à União Federal na manutenção do sistema previdenciário, acrescenta à contribuição de 11% (onze por cento), suportada pelos servidores públicos (art. 1º), adicionais progressivos que variam de 9 (nove) a 14 (quatorze) pontos percentuais, reincidentes sobre a parcela de remuneração dos servidores – fazendo a contribuição elevar-se para 25% (vinte e cinco por cento) – vigorando até 31 de dezembro de 2002 (art. 2º e parágrafo único).

V - A Lei nº 9.783/99 consagra um verdadeiro “confisco” nos vencimentos dos servidores públicos, para compensar a parte relativa à contribuição da União no custeio da Previdência Social, o que afronta o disposto no art. 150, IV, da Constituição, que proíbe utilizar o tributo com efeito confiscatório. Se não pode o tributo ser utilizado com esta finalidade, não pode também, por compreensão analógica,

ser como tal utilizada a contribuição previdenciária, seja ela de natureza contributiva, como a devida pelos servidores, seja participativa, como a devida pela União.

VI - Não se compatibilizam com a Constituição contribuições a título de adicionais temporários (art. 2º, I e II, da Lei nº 9.783/99), a vigerem até o ano de 2002 (art. 2º, parágrafo único, da mesma lei), impostos por lei ordinária, pois apresentam indisfarçável natureza de empréstimo compulsório *sui generis*, instituído ao largo da lei complementar, sem se enquadrarem em nenhuma das hipóteses que autorizam a sua cobrança (art. 147, I e II, da CF), e sem qualquer possibilidade de reembolso ao contribuinte (confisco).

VII - Os adicionais em questão acabam incidindo sobre os salários e proventos, aproximando-se mais do Imposto sobre a Renda, mas terminam por afrontar o art. 153, § 2º, da Constituição, porquanto este tributo deve ser informado pelos critérios da generalidade e da universalidade, que, definitivamente, não são respeitados pela Lei nº 9.783/99.

VIII - Quando a Constituição proíbe, expressamente, proposta de emenda tendente a “abolir” os direitos e garantias individuais, *ex vi* do disposto no art. 6º, § 4º, IV, não quer significar que não esteja proibida a sua “diminuição”, porquanto, “diminui aqui, diminui ali, diminui acolá”, a soma destas diminuições acabaria por esvaziar por completo o direito, em detrimento do seu titular.

IX - O legislador constituinte exige do poder de revisão a solidariedade entre os princípios fundamentais da Constituição e as idéias constitucionais consagradas por este poder (CANOTILHO, J. J. Gomes, “Direito Constitucional”, 5ª ed., Coimbra, Livraria Almedina, 1991, pág. 1.130), sendo defeso a qualquer emenda constitucional atentar contra estes postulados-base, sob pena de ser tida como inconstitucional.

X - O moderno Direito Constitucional tem se preocupado com o gigantismo dos poderes constituídos (mormente o Legislativo e o Executivo) que, mesmo tendo assento Constitucional, são suficientemente fortes e poderosos para reformar a Constituição, naquilo em que constitui empecilho ao atingimento dos seus escopos, nem sempre condizentes com a promoção do bem de todos (art. 3º, IV, CF).

XI - O mandado de segurança não é substitutivo de ação de cobrança (Súmula nº 269 do STF).

XII - Recurso e remessa improvidos.

POR UNANIMIDADE, NEGOU-SE PROVIMENTO AO RECURSO E À REMESSA NECESSÁRIA.

RELATÓRIO

Trata-se de apelação de sentença que concedeu a ordem, confirmando a liminar anteriormente deferida e determinando que a autoridade impetrada abstenha-se de fazer incidir sobre os proventos dos impetrantes a contribuição previdenciária prevista na Lei nº 9.783/99.

Em suas razões recursais, sustenta o apelante a constitucionalidade da exigência.

O recurso foi recebido na forma da lei e devidamente contra-arrazoado às fls. 98/106.

Sentença sujeita ao duplo grau de jurisdição.

É o Relatório.

VOTO

O EXMO. SR. DESEMBARGADOR FEDERAL CARREIRA ALVIM (RELATOR):

Antes da Emenda Constitucional nº 20, de 1998, dispunha o § 6º do art. 40 da Constituição, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993, que “*as aposentadorias e pensões dos servidores públicos federais serão custeadas com recursos provenientes da União e das contribuições dos servidores na forma da lei*”. Com a reforma da

Constituição, esta regra perdeu o colorido de norma específica, dispondo o *caput* do art. 40 da Constituição que “*aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo, observados os critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.*”

Esta mudança não alterou a responsabilidade da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, pois o art. 195 da Constituição continuou dispondo que “*a Seguridade Social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios*”, além das contribuições sociais dos empregados e empregadores, o que garante a participação das entidades públicas na manutenção do sistema previdenciário.

É que, com as novas regras constitucionais, “*o regime de previdência dos servidores públicos de cargo efetivo observará no que couber, os seguintes requisitos*

e critérios fixados para o regime geral de Previdência Social (art. 40, § 12). Ao servidor ocupante, exclusivamente, de cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração, bem como de outro cargo temporário ou de emprego público, aplica-se o regime geral de Previdência Social.” (art. 40, § 13).

O sistema previdenciário disciplinado pela Constituição, mesmo depois da Emenda Constitucional nº 20, de 1998, não exime de contribuição os entes públicos, relativamente aos seus próprios servidores, nem lhes retira a condição de garantidor do sistema como um todo, razão por que é inconstitucional toda lei ordinária que pretenda fazer recair sobre os ombros do segurado a parte do custeio que deve constitucionalmente ser suportada pelos entes públicos.

Esta a razão por que reputo inconstitucional a Lei nº 9.783, de 1999, naquilo em que, para suprir a parte que cabe à União Federal na manutenção do sistema previdenciário, acrescenta à contribuição de 11% (onze por cento), suportada pelos servidores públicos (art. 1º), adicionais progressivos que variam de 9 (nove) pontos percentuais a 14 (quatorze) pontos percentuais, incidentes sobre a parcela de remuneração dos servidores –, fazendo a contribuição elevar-se para 25% (vinte e cinco por cento) –, vigorando até 31 de dezembro de 2002 (art. 2º e parágrafo único).

Assim procedendo, a mencionada lei consagra um verdadeiro ‘confisco’ nos vencimentos dos servidores públicos, para compensar a parte relativa à contribuição da União no custeio da Previdência Social, o que afronta o disposto no art. 150, IV, da Constituição, que proíbe utilizar o tributo com efeito de confisco. Se não pode o tributo ser utilizado com esta finalidade, não pode também, por compreensão analógica, ser como tal utilizada a contribuição previdenciária, seja ela de natureza contributiva, como a devida pelos servidores, seja participativa, como a devida pela União.

Em outros termos, para atender aos seus compromissos com as instituições financeiras internacionais que monitoram a economia nacional, a União repassa a sua participação no sistema previdenciário aos seus próprios servidores, o que, em última análise, significa fazer recair sobre os ombros destes, integralmente, toda a responsabilidade pela manutenção da Previdência e Assistência Social.

Além disto, fere a Lei nº 9.783, de 1999, indiscutivelmente, o Princípio Constitucional da

Isonomia, na medida em que isenta da contribuição todos os aposentados ou pensionistas que percebam proventos ou pensão de valor não superior a R\$ 600,00 (seiscentos reais) (art. 3º, *caput*), o servidor inativo ou pensionista com mais de setenta anos de idade ou aposentado por motivo de invalidez (art. 3º, parágrafo único) e o servidor aposentado que, após completar as exigências para a aposentadoria voluntária integral, continuar em atividade, até a data da publicação da concessão da sua aposentadoria (art. 4º). A afronta ao Princípio da Isonomia atinge os limites da intolerância, quando apenas os servidores civis são ‘apanhados’ pela regra legal, a qual deixa de fora deste ‘sacrifício’ um seguimento deles, como são os servidores militares.

Não se compatibilizam com a Constituição Federal contribuições a título de adicionais temporários de 9 (nove) pontos percentuais e 14 (quatorze) pontos percentuais (art. 2º, I e II), a vigorarem até o ano 2002 (art. 2º, parágrafo único), impostos por lei ordinária, pois apresentam indisfarçável natureza de empréstimo compulsório *sui generis*, instituído ao largo da lei complementar sem se enquadrar em nenhuma das hipóteses que autorizam a sua cobrança (art. 147, I e II, da CF); e o que é pior, sem qualquer possibilidade de reembolso ao contribuinte.

Nos moldes como foram instituídos, estes adicionais acabam incidindo sobre os salários e proventos, aproximando-se mais do Imposto sobre a Renda, mas terminam por afrontar o art. 153, § 2º, da Constituição, porquanto este tributo deve ser informado pelos critérios da generalidade e da universalidade, que, definitivamente, não são respeitados pela Lei nº 9.783, de 1999.

O que se observa é que o Executivo, não tendo como sujeitar mais as empresas ao pagamento de contribuições sociais, que só serviram até hoje para alimentar o descontrole das contas públicas, investe agora contra o salário dos servidores públicos civis, ativos e inativos, sem reajuste de vencimentos ou proventos há mais de quatro anos.

No que tange especificamente aos servidores inativos, aposentados anteriormente à promulgação da EC nº 20, de 1988, não poderiam ser atingidos pelas suas disposições, porquanto, ao se aposentarem, adquiriram o direito à aposentadoria nas condições em que lhes foi concedido, não podendo a emenda reformista retroagir para regular diversamente situação jurídica constituída sob a égide da norma

constitucional anterior. Existe sem dúvida um princípio implícito na Constituição, ou princípio constitucional não corporificado, sem o qual os direitos e garantias individuais poderiam ser considerados letra morta, que é o direito adquirido ao direito adquirido, de forma tal que a situação jurídica legitimante de um direito pode deixar de sê-lo para o futuro, mas jamais para o passado, mesmo que as suas conseqüências se projetem para o futuro. Este poder retrooperante nenhuma norma o possui, quando o direito adquirido vem consagrado na Constituição, seja ela constitucional ou infraconstitucional, e, muito menos, quando suprime ou restringe, de qualquer modo, direito legitimamente conquistado sob a égide da norma anterior.

Por esta razão, o art. 3º da EC nº 20, de 1998, assegurou a concessão de aposentadoria e pensão a qualquer tempo, aos servidores públicos e aos segurados do regime geral de Previdência Social, bem como aos seus dependentes, que, até a data da publicação desta emenda, tenham cumprido os requisitos para a obtenção destes benefícios, com base nos critérios legais então vigentes. Complementando este comando, o § 3º deste mesmo artigo manteve todos os direitos e garantias assegurados nas disposições constitucionais vigentes à data de publicação desta emenda aos servidores civis e militares, inativos e pensionistas, aos anistiados e aos ex-combatentes, assim como àqueles que já cumpriram, até aquela data, os requisitos para usufruírem tais direitos, observado o disposto no art. 37, XI, da Constituição.

Estas disposições poderiam ter sido, simplesmente, omitidas, porque na realidade não fazem nenhuma falta; mesmo sem elas, o direito adquirido continuaria adquirido e constitucionalmente protegido.

Com o propósito de se reconhecer efeito retroativo a normas reformistas decorrentes de emendas constitucionais, tem-se afirmado amiúde – inclusive no seio do próprio Supremo Tribunal Federal – que “*não existe direito adquirido contra a Constituição*”, esquecidos de que a Constituição consubstancia normas tutelares de direitos e garantias individuais que não podem ser infirmadas por emendas ao texto original, senão com eficácia para o futuro. Tal observação só pode ser entendida se referida a situações jurídicas *in fieri*, que não tenham ainda completado o círculo de sua formação, ou seja, ninguém pode com base em regra constitucional não

mais vigente adquirir direitos como se ela estivesse ainda em vigor.

A propósito escreveu o Senador JOSAPHAT MARINHO, em artigo publicado no ‘Correio Brasileiro’, edição de 08/10/95, nesses termos: ‘*tem-se dito com desenvoltura, para justificar emendas, que não há direito contra a Constituição. Sim, se o direito já estiver nela consagrado, como resguardado se encontra o da estabilidade. E se emenda pode modificar a Constituição, está, entretanto, sujeita a limites expressos e implícitos, para não reformar ou negar o sistema em que se baseia, como recentemente assinalaram na doutrina Gomes Canotilho e Ignácio de Otto, e o reconheceu o Supremo Tribunal Federal no caso do IPMF.*’

Nos termos do art. 194 da Constituição, “*a Seguridade Social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social*”, prescrevendo o seu parágrafo único que “*competem ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a Seguridade Social, com base nos seguintes objetivos: IV - irredutibilidade do valor dos benefícios*”. Esta garantia, assegurada indistintamente a qualquer trabalhador, público ou privado, impede que, por via transversa, se chegue a um idêntico resultado: tanto faz diminuir o valor dos proventos, como fazer incidir sobre eles contribuições que importem a sua redução. Por esta razão, não poderia a ‘Reforma da Previdência’ instituir contribuições sobre os proventos dos aposentados.

A doutrina constitucional, aqui e alhures, tem procurado determinar os limites do poder de revisão da Constituição, para certificar-se até que ponto pode este poder penetrar na essência da norma modificanda para alterar a sua estrutura original. Chega-se então à conclusão da superioridade da função constituinte em relação à função revisional, não no sentido de que esta idéia não permita alterações da Constituição para atender às forças dominantes, sem os cataclismos das revoluções, mas no sentido de que não se pode perder de vista que “*o poder de revisão da Constituição baseia-se na própria Constituição; se ele a negasse como tal, para substituí-la por outra transformar-se-ia em inimigo da Constituição e não poderia invocá-la como base de validade*” (ZAGREBELSKY, ‘Il Sistema Costituzionale’, pág. 101, apud CANOTILHO, J.J. Gomes. ‘Direito Constitucional’, 5ª ed. Coimbra, Livraria Almedina, 1991, pág. 1.130).

O poder de revisão tem o seu fundamento na Constituição, diferentemente do poder constituinte

que, como poder soberano, é prévio e independente do ordenamento (PEDRO DE VEGA, 'La Reforma Constitucional y La Problemática del Poder Constituyente', Madrid, 2ª ed., 1988, pág. 236, apud CANOTILHO, J.J. Gomes, op. cit., pág. 1.130). Dada a existência de limites formais e materiais à revisão da Constituição, as leis de revisão que não respeitem os limites impostos à proibição de inovar são inconstitucionais, como, v.g., a introdução de mais limites ou o alargamento das restrições já existentes aos direitos fundamentais (CANOTILHO, J.J. Gomes, op. cit., pág. 1.145).

Outro não é o ensinamento do ilustre constitucionalista e publicista Ministro CARLOS MÁRIO VELLOSO, admitindo que, se a pretensão do servidor tem cor, forma e conteúdo de autêntico direito adquirido, de um direito que se adquiriu por força, inclusive, de uma disposição do texto constitucional contido na Carta que limitava a ação do Poder Constituinte instituído, então é descabido afirmar-se que tal direito não é oponível à reforma constitucional consubstanciada na Emenda Constitucional nº 1, de 1969. E arremata: "*é oponível, sim, porque é também direito constitucional contido na matriz da reforma, na obra do Poder Constituinte Originário do qual se originou o Poder Constituinte de revisão*" ('Revista de Direito Público', vol. 21, julho/set., 1972, pág. 178).

No mesmo sentido, admitindo a inconstitucionalidade da emenda constitucional, decidiu o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em acórdão capitaneado pelo Ministro SYDNEY SANCHES, na ADIN nº 939-7/DF, *verbis*:

"Uma emenda constitucional, emanada, portanto, de Constituinte derivada, incidindo em violação à Constituição originária, pode ser declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, cuja função precípua é de guarda da Constituição (art. 102, I, 'a', da CF)."

Se é verdade que nenhuma Constituição pode "*conter a vida ou parar o vento com as mãos*", nenhuma lei constitucional evita o ruir dos muros dos processos históricos, e, conseqüentemente, as alterações constitucionais, se ela já perdeu a sua força normativa, há também que assegurar a possibilidade de as constituições cumprirem a sua tarefa, e esta não é compatível com a completa disponibilidade da Constituição pelos órgãos de revisão, mormente quando o órgão de revisão é o órgão legislativo ordinário (CANOTILHO, J.J. Gomes, op. cit., pág. 1.135). Vale a oportuna observação do grande constitucionalista português: "*não deve banalizar-se*

a sujeição da lei fundamental à disposição de maiorias parlamentares 'dois terços'."

Observa UADI LAMMÊGO BULOS ser engano acreditar que os depositários do limitado poder de reforma, investidos na laboriosa tarefa de modificar a *Lex Legum*, a fim de adaptá-la a novas realidades fáticas, tudo possam fazer, porque, se assim fosse, estariam aptos para exercer o poder constituinte originário, o que lhes permitiria elaborar uma nova Constituição, e não simplesmente alterá-la (LAMMÊGO BULOS, Uadi, 'Mutações Constitucionais', São Paulo, Saraiva, 1977, pág. 33).

Esta a razão pela qual o Direito Constitucional tem se preocupado em distinguir as cláusulas pétreas (ou cláusulas de inamovibilidade) das cláusulas não pétreas, permitindo a revisão destas, mas perpetuando aquelas, enquanto suportes da estrutura do próprio edifício constitucional.

A compatibilidade das normas constitucionais entre si, e destas com as normas infraconstitucionais, é essencial à segurança de qualquer ordenamento jurídico, razão pela qual as contradições positivas entre duas normas da Constituição resolvem-se em favor daquela de superior hierarquia: "*a inconstitucionalidade de uma norma resulta do fato de esta norma ser considerada hierarquicamente inferior e estar em contradição com outra norma da Constituição julgada hierarquicamente superior*". (CANOTILHO, J.J. Gomes, op. cit., págs. 71/73).

Quando a Constituição proíbe expressamente proposta de emenda tendente a 'abolir' os direitos e garantias individuais, *ex vi* do disposto no art. 6º, § 4º, IV, não quer significar que não esteja proibida a sua 'diminuição', porquanto, 'diminui aqui, diminui ali, diminui acolá', a soma destas diminuições acabariam por esvaziar por completo o direito, em detrimento do seu titular.

Equivocam-se, portanto, os detentores do poder quando supõem que, mancomunando-se, possam atentar contra a Constituição, alterá-la e minar as bases dos direitos e garantias individuais por ela consagrados; não "*enquanto houver juiz no Brasil*".

O excesso de poder legislativo, como vício substancial da lei, é outra questão constitucional que tem merecido particular atenção da Teoria do Estado, pois, especialmente nos ordenamentos jurídicos que consagram a medida provisória como instrumento de veiculação da lei temporária, faz-se indispensável um eficiente mecanismo de proteção contra a 'administrativização' dos atos legislativos. Nestes casos, a apatia do Poder

Legislativo, ou a sua falta de consciência parlamentar, faz dele um mero 'referendador' de atos pseudo-legislativos, e transforma o Poder Executivo no 'fazedor' e 'aplicador' da lei, pondo em risco a independência e harmonia dos Poderes, expressamente consagradas no art. 2º da Constituição da República.

O legislador constituinte exige do poder de revisão a solidariedade entre os princípios fundamentais da Constituição e as idéias constitucionais consagradas pelo poder de revisão (CANOTILHO, J.J. Gomes, op. cit., pág. 1.130), sendo defeso a qualquer emenda constitucional atentar contra estes postulados-base, sob pena de ser tida como inconstitucional. Se este atentado atingir apenas o direito adquirido, o ato jurídico perfeito, ou a coisa julgada, a inconstitucionalidade alcançará qualquer efeito retrooperante que se pretenda emprestar aos novos preceitos constitucionais.

A decisão de inconstitucionalidade pode fundar-se no excesso de poder legislativo, variante do princípio maior da 'proibição de excesso' (*Übermassverbot*), erigido à dignidade de princípio constitucional, intimamente conexionado com os direitos fundamentais (WELLHOFER, 'Das Übermassverbot im Verwaltungsrecht, Würzburg', 1970, pág. 71, apud CANOTILHO, J.J. Gomes, op. cit., pág. 386).

Pelo fato de virem consagrados na Constituição, mesmo que o direito aos proventos constituísse um favor do Estado, não poderia uma emenda constitucional suprimi-lo, restringi-lo ou diminuir-lhe o alcance relativamente àqueles que tivessem sido investidos na titularidade dele; ainda mais quando não o são, porquanto a concessão de benefício previdenciário tem caráter nitidamente contributivo.

O moderno Direito Constitucional tem se preocupado com o gigantismo dos Poderes constituídos, mormente o Legislativo e o Executivo, que, mesmo tendo assento constitucional, são suficientemente fortes e poderosos para reformar uma Constituição, naquilo em que ela constitua empecilho ao atingimento dos seus escopos, nem sempre condizentes com a promoção do bem de todos (art. 3º, IV, da CF). A recente reforma da Constituição, operada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1999, é disso um incontestável exemplo, em que as forças políticas dominantes se uniram ao Executivo no seu propósito de aprovar a 'Reforma da Previdência Social'.

Tem-se distinguido também, no Direito Constitucional, entre direitos fundamentais formalmente constitucionais, assim denominados porque enunciados e protegidos por normas com valor constitucional formal (normas que têm forma constitucional) e direitos extraconstitucionais materialmente fundamentais, equiparáveis pelo seu objeto e importância aos diversos tipos de direitos formalmente fundamentais; verdadeiros direitos sem assento constitucional, mas com dignidade suficiente para serem considerados fundamentais (CANOTILHO, J.J. Gomes, op. cit., pág. 539).

NELSON DE SOUSA SAMPAIO também sustenta a existência de normas constitucionais implicitamente fora do alcance do poder de reforma, dentre as quais "*as que dizem respeito aos direitos fundamentais, visto que uma reforma constitucional não pode restringir e muito menos abolir tais direitos*", porquanto tais direitos têm caráter supra-estatal, colocando-se fora da ação do próprio constituinte, como por exemplo os direitos espalhados no art. 5º da Carta de 1988 (SAMPAIO, Nelson de Souza, 'O Poder de Reforma Constitucional', 3ª ed., Belo Horizonte, Nova Alvorada Edições, 1995, pág. 95).

A tudo isto, somam-se verdadeiros superprincípios, como os Princípios da Proteção, da Confiança e da Segurança Jurídica, que podem formular-se assim:

"o cidadão deve poder confiar que aos seus atos ou às decisões públicas incidentes sobre seus direitos, posições jurídicas e relações, praticados de acordo com as normas jurídicas vigentes, se ligam os efeitos jurídicos duradouros, previstos ou calculados com base nestas mesmas normas." (CANOTILHO, J.J. Gomes, op. cit., pág. 378).

Além destes, soma-se o Princípio da Proibição de Retrocesso Social, no sentido de que, consagradas legalmente prestações de assistência social, não pode o legislador eliminá-las posteriormente "*retornando sobre os seus passos*" (CANOTILHO, J.J. Gomes, op. cit., pág. 553).

Do Princípio do Estado de Direito, densificado pelos Princípios da Segurança e da Confiança Jurídica, resulta a durabilidade e permanência da própria ordem jurídica, fazendo emergir a idéia de uma certa medida de confiança do cidadão na atuação dos entes públicos, dentro das leis vigentes, e de uma certa proteção dos cidadãos, no caso de mudança legal necessária para o desenvolvimento da atividade dos

Poderes Públicos (CANOTILHO, J.J. Gomes, op. cit., págs. 378/379).

Uma Constituição séria não pode emprestar suporte a atos de Governo em que, a cada crise que lhe compete solucionar – para isso, indiscutivelmente, foi eleito – apela para uma reforma constitucional, com a conivência dos partidos políticos que o apóiam, adentrando no campo dos direitos e garantias individuais como se fossem verdadeira ‘casa da sogra’; ‘*não enquanto houver juiz no Brasil*’.

O propósito do Governo é, indisfarçavelmente, afastar a União da sua responsabilidade constitucional de ‘garantidora’ da Previdência e Seguridade Social, fazendo-a recair por inteiro sobre as costas dos servidores. Esta contribuição que em princípio variava entre 9% e 12%, conforme a faixa de remuneração (Lei nº 8.622/93), passou a ser de 11% sobre o total da remuneração (Lei nº 9.630/98), e agora vem acrescida de 9 a 14 pontos percentuais (Lei nº 9.783/99), que é sabidamente mais que 9% a 14%, fazendo com que atinja o inacreditável patamar de 20% e 25% de contribuição. E olha que estes percentuais não são como os juros fixados pelo Bacen, que sobem e descem conforme a preferência do Governo, mas fixos até o ano de 2002, quando já se

pode prever de antemão, mesmo sem ser adivinho, que serão prorrogados. Bem! Como as catastróficas previsões do fim do mundo dão conta de que ‘em 1000 chegará, mas de 2000 não passará’, por certo esta contribuição não atingirá o seu destino; seremos todos ‘aposentados’, a um só tempo, sem qualquer chance de permanecer na ativa.

Portanto, quer relativamente aos servidores ativos, quer aos inativos, quer relativamente aos novos, quer aos antigos contribuintes, sob qualquer ótica que se olhe a malsinada contribuição, a lei que a instituiu, nos moldes como a instituiu, se choca com a Constituição, e na desarmonia entre a Constituição e a lei prevalece aquela em detrimento desta. O juiz, doutrina CANOTILHO, deve obediência à lei, mas, por outro lado, não pode aplicar “*normas que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados*”, o que significa a prevalência da vinculação pela Constituição (Princípio da Constitucionalidade) em desfavor da vinculação pela lei (Princípio da Legalidade) [CANOTILHO, J.J. Gomes, op. cit., pág. 600].

Ante o exposto, NEGÓ provimento ao recurso e à remessa necessária, na forma da fundamentação supra.

É o voto.

Bateau Mouche

O caso em comento versa sobre pedido de indenização por danos material e moral em decorrência do naufrágio ocorrido na Baía de Guanabara com o barco Bateau Mouche IV.

Apelação Cível

Proc. Nº 92.02.09198 6/RJ – Publ. no DJU II, de 10/01/95, pág. 303

Relator: Des. Fed. ARNALDO LIMA

EMENTA

CIVIL: Reparação de danos (material e moral), em decorrência do naufrágio do “Bateau Mouche”.

I - Responsabilidade solidária das Rés pelo trágico evento.

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

III - As empresas agiram com indisfarçável culpa, o que determina o seu dever de indenizar.

IV - Aos sócios aplica se, *in casu*, o princípio da “disregard doctrine”, à luz do CC, art. 160, I, *a contrario sensu*, além do art. 10, do Decreto nº 3708/19, c/c arts. 28, 2º e 3º, da Lei nº 8.078/90 (CDC), atento, inclusive, à previsão contida no art. 462, do CPC, justificando se, pois, que os seus patrimônios particulares também respondam pela reparação dos prejuízos. Doutrina e jurisprudência.

V - Os juros de mora fluem a partir do evento art. 962, do CC. Quanto à cumulatividade da reparação material e moral, aplica se a Súmula nº 37, do eg. STJ. A formação do capital art. 602, do CPC , ficou relegada para a fase de execução, não estando preclusa.

VI - Relativamente à ressalva à União, na relação interna, oriunda da solidariedade, do direito ao

completo reembolso, contra os demais Réus, daquilo que eventualmente vier a despendar (fl. 736), reputo, com a máxima vênia, inoportuna tal colocação, porque não houve pedido da mesma, a propósito. Logo, decidiu-se *ultra petita*. Ademais, os princípios reitores do relacionamento interno dos co-devedores solidários encaminham-se no sentido do direito de regresso daquele que satisfizer, no relacionamento externo, em sua totalidade, a obrigação, na consonância dos arts. 913 e 915, do CC, aspectos que deverão ser examinados em outra oportunidade, pois tal vai depender da identificação daquele(s) que vier (em) a cumpri-la, para com a Autora.

VII - Apelações de ÁUREA JANINE, ITATIAIA e OUTROS, e BATEAU MOUCHE e OUTROS parcialmente providas; Apelação da UNIÃO FEDERAL, Agravo retido, e Remessa necessária improvidos. Prejudicado o Recurso Adesivo de RAMON RODRIGUES CRESPO.

POR UNANIMIDADE, NEGOU-SE PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO INTERPOSTO POR BATEAU MOUCHE RIO TURISMO LTDA, À REMESSA NECESSÁRIA E AO RECURSO DA UNIÃO FEDERAL; DEU-SE PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO DA AUTORA; E, POR MAIORIA, DEU-SE PARCIAL PROVIMENTO AOS RECURSOS DE BATEAU MOUCHE RIO TURISMO LTDA. E ITATIAIA AGÊNCIA DE VIAGENS E TURISMO LTDA.

RELATÓRIO

Trata-se de Ação de Reparação de Danos, de rito sumaríssimo, ajuizada por ÁUREA JANINE DE ANDRADE CROSSARA contra BATEAU MOUCHE RIO TURISMO LTDA. e OUTROS, objetivando indenização nos seguintes termos: a) pensão mensal, parcelas vencidas desde 31/12/88 e vincendas pela sobrevida estimada em 35,5 anos, com base nos ganhos do seu falecido marido 39.0484 salários mínimos, mais 13º salário e gratificação de férias; b) reembolso de despesas por luto, funeral e sepultura; c) verba para desagravo do dano moral sofrido pela Autora, no valor de 3.600 salários mínimos para cada parente morto; d) juros de mora, nos termos dos arts. 962 e 1.544, do CC; e) verba autônoma para pagamento de tratamento psíquico; f) reembolso do custo da passagem do passeio causador do infortúnio; g) reembolso das despesas realizadas em razão do evento. Aduziu ter perdido seu marido, seu pai e sua mãe no naufrágio ocorrido na Baía de Guanabara, em 31/12/88, com o barco Bateau Mouche IV. Sustentou que a responsabilidade civil das Rés encontra-se consubstanciada no presente caso; quanto à da empresa Bateau Mouche Rio Turismo Ltda. é contratual e objetiva, enquanto a empresa Itatiaia Agência de Viagens e Turismo Ltda. surge como co-responsável, por ter sido a organizadora do evento, e a da União Federal por ter, através de seus agentes, agido e omitido-se no que tange às condições de navegabilidade do barco naufragado. Acrescentou que os sócios gerentes das Rés devem ser responsabilizados, também, em obediência à teoria da desconsideração da personalidade jurídica das mesmas ou pela aplicação do art. 9º, Dec. nº 3.708/19. Afirmou que cabe, no caso, indenização por danos morais, face à perda de seus entes queridos e em consonância com a atual Carta Magna.

Na Audiência de Instrução e Julgamento fls. 343/45, houve as seguintes ocorrências: a) foi requerida por

Bateau Mouche Rio Turismo Ltda. a denúncia da lide à Cia. Paulista de Seguros, que foi indeferida pelo Juízo *a quo*, decisão essa contra a qual foi interposto Agravo, na forma retida, pela Requerente; b) houve impugnação ao valor da causa, pela UF, tendo o mesmo sido fixado em Cr\$ 11.500.000,00, à época da distribuição; c) por fim, os Réus requereram a conversão do rito desta ação para o ordinário, devido à elevação do valor da causa, o que foi indeferido pelo Juízo *a quo*, por se tratar de espécie de acidente de veículo, pelo que Bateau Mouche Rio Turismo Ltda. interpôs Agravo, na forma retida.

Conforme Assentadas de fls. 711/20, foram tomados os depoimentos pessoais de testemunhas.

Pela r. sentença de fls. 722/36, o MM. Juiz Federal julgou procedente, em parte, o pedido, “*para condenar os Réus, em caráter solidário*”, a pagar à Autora:

a) pensões vencidas e vincendas de 20 salários mínimos mensais, desde a data do evento e pelo tempo de sobrevida provável da vítima (35,5 anos), acrescido das verbas dos itens “c” e “d” da inicial;

b) indenização a título de dano moral, arbitrado em Cr\$ 25.200.000,00 (vinte e cinco milhões e duzentos mil cruzeiros);

c) reembolso com as despesas de psicólogo cujas cópias estão nos autos, conforme soma a ser realizada pelo Contador, no momento da execução, e reembolso do valor de US\$ 230,00 (duzentos e trinta dólares norte americanos), ao câmbio do dia da quitação;

d) correção monetária dos itens acima, juros simples de mora, à taxa de 6% (seis por cento) ao ano, contados da última citação, e reembolso das custas, bem como honorários advocatícios, fixados em 10% (dez por cento) da condenação, à época do pagamento, computando-se uma anuidade das pensões vincendas.”

Ressalvou à UF, “*na relação interna decorrente da solidariedade, o completo reembolso, contra os demais*

Réus, de tudo que eventualmente venha a despende”. O *decisum* foi submetido ao duplo grau de jurisdição.

Houve a interposição de três Embargos de Declaração, às fls. 741/42, 744 e 746/48, que foram rejeitados fls. 750/52.

Parcialmente inconformada, a Autora apelou fls. 754/57, requerendo a revisão dos seguintes pontos, não observados pelo Juízo *a quo*: a) constituição, pelos Apelados, excluindo se a UF, de um capital garantidor das prestações vincendas, a teor do art. 602, do CPC; b) aplicação dos juros nos termos dos arts. 962 e 1.544, do CC; c) alteração, para arbitramento, do critério da condenação da verba de dano moral; d) a concessão de verba relativa ao luto, funeral e sepultura; e) aplicação, quanto à verba honorária, do §5º, art. 20, do CPC, e majoração do índice para 20% sobre o total da condenação.

A União Federal, também, apelou fls. 759/61, argüindo, preliminarmente, que a Autora litigou de má fé, ao omitir nos autos que casou-se novamente e teve um filho, pelo que pede a anulação do *decisum*, e, no mérito, alegou que “*considera-se como parte ilegítima para figurar no pólo passivo*”, pois “*Nenhum dos fatos irregulares cometidos a bordo teve participação direta ou indireta da Fazenda Nacional e seus prepostos, como assinalado na contestação, frisando-se que APÓS A VISTORIA DA CAPITANIA, SIGNIFICATIVAS ALTERAÇÕES QUANTO À SEGURANÇA E NAVEGABILIDADE FORAM FEITAS PELOS ARMADORES TRANSPORTADORES*”. Pugnou, afinal, pela improcedência do pedido exordial, “*especialmente a concessão do dano moral*” ou para que se limite o cálculo da dependência ao período entre o passamento do antigo marido, e a data do novo casamento ou do período gestatório, se este for anterior ao evento civil.

Itatiaia Agência de Viagens e Turismo Ltda. e Outros, também recorreram fls. 764/81, sustentando que a empresa Itatiaia Ltda. não era dona da embarcação naufragada, nem organizadora do programa, mas, apenas, tinha a função de intermediária de serviços turísticos prestados pela Bateau Mouche, tendo, um de seus sócios, na noite fatídica, apenas recolhido os “tickets” de embarque, enquanto os sócios da Bateau Mouche Ltda. controlavam o ingresso a bordo do barco acidentado. Contestaram, outrossim, a ressalva, deferida pela sentença ora atacada, quanto ao reembolso, pela UF, de tudo o que viesse a pagar à Autora, bem como a aplicação aos sócios da supracitada empresa da teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Acrescentaram, por fim, ser inacumulável o dano moral com o dano material, como, também, que não há amparo legal para a fixação feita pelo d. Juízo a quo dos valores da

pensão e da indenização por suposto dano moral. Pugnaram, afinal, pela improcedência da exordial em relação a eles ou, caso seja mantido o *decisum*, para que se assegure à UF “*o direito de cobrar dos demais co réus tão somente a cota parte que couber a cada um na condenação solidária, para reduzir a pensão para 20% dos ganhos da vítima e para excluir o dano moral*”.

Bateau Mouche Rio Turismo Ltda. e Outros, igualmente inconformados, apelaram fls. 786/831, argüindo, preliminarmente, a necessidade de conhecimento do Agravo retido nos autos, que diz respeito à denúncia da lide da Companhia Paulista de Seguros e, em conseqüência, a anulação do processo desde a primeira audiência, bem como que não deve ser acolhida, no caso, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica da sociedade, com a conseqüente extinção do processo sem julgamento de mérito, para os sócios da Bateau Mouche Ltda.; no mérito, argumentaram que esta empresa firmou um contrato de “time charter” com a Itatiaia Ltda., ou seja, contrato de locação de coisa, pelo que, e segundo os arts. 1.188 e 1.192 do CC, à Itatiaia Ltda. cabe responder, sozinha ou junto com a Capitania dos Portos, pela composição dos danos carreados aos terceiros que transportavam no barco Bateau Mouche IV, na fatídica noite do acidente. Alegaram, por outro lado, que a referida embarcação naufragada foi vistoriada e aprovada pelas autoridades competentes, às vésperas do acidente. Ressaltaram, quanto à reparação por dano material, que a Autora encontra-se casada novamente, prescindindo, portanto, de qualquer pensão, e, no concernente ao dano moral, ser incabível no caso, pois “*só são ressarcíveis os danos morais que tenham repercussão material, vale dizer, que deixem reflexos patrimoniais*”. Acrescentaram, por fim, que “*a sentença recorrida criou uma forma de solidariedade peculiar..., reservando à UNIÃO o direito de se ressarcir das demais, integralmente, do que pagar*”. Pugnaram, afinal, pela improcedência da exordial ou, em caso contrário: a) pela exclusão do pensionamento fixado face ao dano material ou que tal valor se adapte às proporções dos ganhos efetivos do falecido, abatendo-se, de qualquer maneira, a pensão prestada pelo órgão previdenciário; b) pelo indeferimento da reparação por dano moral ou redução de tal verba a níveis moderados, como preconizado pela melhor doutrina; c) apuração da sobrevivência da vítima na fase de liquidação, através de competente perícia médica; d) recomposição da forma justa de solidariedade preconizada pelos arts. 1.518, c.c. 904 e 913, todos do CC, reservando à UF apenas o direito de regredir sobre seus agentes da quota parte que lhe foi imposta, isto é, 1/3 da indenização; e) modificação da condenação, no que tange à restituição do preço da passagem, para que apenas a Ré Itatiaia Ltda. se obrigue a tanto.

Às fls. 928/30, RAMON RODRIGUES CRESPO interpôs Recurso Adesivo, contra a parte da r. sentença de fls. 722/36 que inadmitiu sua ilegitimidade para figurar no pólo passivo da ação.

Respondidos os Recursos às fls. 837/907, 922/26, 935/39 e 941/48, e preparados às fls. 915 v., 920 e 953, foram os autos encaminhados a este Tribunal.

A d. Procuradoria da República, oficiando, emitiu o Parecer de fls. 958/66.

É o relatório.

VOTO

1. Conheço dos Recursos fls. 754/7, 759/61, 764/81 e 786/831 e da “REO”, porque estão presentes os seus requisitos de admissibilidade.

2. A r. sentença proferida pelo MM. Juiz Federal, II. Dr. GUILHERME COUTO DE CASTRO, contém a seguinte motivação fls. 727/35 :

“De início, cabe rejeitar a preliminar de ilegitimidade ativa, formulada unicamente pela UNIÃO FEDERAL.

A autora alega danos morais e materiais, e, por óbvio, tem legitimação para agir. Se outros parentes das vítimas existem ou não, isso não é relevante. Cada qual é legitimado para postular pelos prejuízos que eventualmente aleguem, sendo a apreciação da existência ou inexistência dos danos questão de mérito.

As preliminares de ilegitimidade passiva formuladas pelos sócios são por igual rejeitadas. Ora, a apreciação se os sócios são ou não responsáveis, e a apreciação da tese de levantamento do véu da pessoa jurídica é o exame da própria pretensão deduzida contra eles, e portanto é questão de mérito.

Só é preliminar de ilegitimidade, no sentido correto e técnico, a alegada pelo sócio RAMON, que sustenta que não era mais sócio quando do evento (fls. 512/514).

Não se acolhe a alegação, porém, pois tal fato já deu origem até a inquérito penal, em andamento, no qual se apura a possível falsidade da alteração, determinada por decisão judicial em feito anterior. De fato, os autos mostram que logo depois do evento o sócio RAMON era ainda apontado por todos como um dos integrantes do BATEAU (cf. fls. 252 e 259, entre outras), e é muito estranho que do nada e sem motivo venha a se retirar logo daquela sociedade especificamente, e não de outras, aparecendo uma data de protocolo com dois dias de antecedência do evento.

Portanto, é parte legítima, ficando o exame da tese do levantamento para o mérito.

Quanto à preliminar de ilegitimidade passiva da UNIÃO, também não é preliminar, tecnicamente. A inicial aponta a responsabilidade da UNIÃO no evento, e o exame dessa responsabilidade é a própria pretensão deduzida, é mérito.

Superadas as preliminares, passa-se ao mérito. A responsabilidade da primeira ré, BATEAU MOUCHE, surge com facilidade. Antes de mais nada, é sabido que o Decreto nº 2681/12 é aplicado a todos os transportes, conforme orientação pretoriana tranqüila, e daí resulta a responsabilidade objetiva da transportadora, imputando-se a ela o ônus da prova de qualquer excludente prevista no texto legal.

*Fosse pouco, ainda que afastada a aplicação do Decreto nº 2681/12, houve um contrato de transporte com os passageiros, gerando uma obrigação de resultado não cumprido, e obrigando à indenização, salvo comprovação de excludente. A primeira ré tenta fugir à responsabilidade, procurando caracterizar o negócio jurídico celebrado com a ITATIAIA como espécie de locação, contrato de **time charter**, conforme doutrina que traz à colação.*

Não importa o nome que se lhe dê, pois importante, sempre, é a verdadeira essência do negócio jurídico, de modo a enquadrá-lo em seus efeitos legais.

Apenas para argumentar, à luz do direito brasileiro, ainda que se pudesse caracterizar o contrato celebrado (fls. 486/487) como espécie de locação de embarcação, persistiria o dever de indenizar da BATEAU, conforme Súmula 492, do STF, aplicável perfeitamente à hipótese, pois com a mesma essência jurídica.

Ainda rebatendo a defesa da BATEAU, e já entrando na responsabilização da ITATIAIA, é fácil perceber que a avença celebrada entre ambos é um acordo que só pode ser chamado de ‘CONTRATO DE LUCRO FÁCIL CUSTE A QUEM CUSTAR’.

Cada qual imputa à outra o dever de aferir a segurança e demais condições para o evento, e ninguém aferiu ... só pensavam nos lucros ...

Na realidade, é certo que ITATIAIA e BATEAU uniram esforços e recursos para lograr fins comuns, tanto que vários dos sócios lá pessoalmente estavam (fls. 714 e seguintes), fazendo questão de encher a embarcação (Cód. Civil, art. 1.363).

Desde logo, saliente-se que os argumentos utilizados pela ITATIAIA contra a BATEAU, para provar-lhe a responsabilidade, inclusive os trechos destacados nos depoimentos que anexa, e bem assim

os argumentos da BATEAU, imputando à ITATIAIA o ônus da tragédia, bem mostra o contrato que fizeram, no qual todos lá estão para ganhar, e ninguém tem responsabilidade ...

A BATEAU, afora os aspectos da responsabilidade objetiva, sob o ângulo da responsabilidade subjetiva tem culpa grave, e até a tentativa de todos os sócios, no juízo penal, de jogarem a culpa do estado do barco no engenheiro MÁRIO TRILLES é prova suficiente, no cível, contra a empresa (art. 1.521, III, do Código Civil cf. fls. 561/562 e depoimentos prestados neste Juízo, fls. 714 e seguintes).

Isso sem contar com a criminosa condição do BATEAU MOUCHE IV, resumida com perfeição em fls. 221 e seguintes, no acórdão do Tribunal Marítimo, ao qual se reporta, no particular, este **decisum**.

Especificamente quanto à ITATIAIA, a comparação da defesa escrita, reproduzida no depoimento pessoal do sócio, perante este Juízo, é no sentido de que apenas vendeu um pacote turístico, e não lhe cabia averiguar a segurança das embarcações. Seria como se vendesse uma viagem para o exterior, por companhia conceituada, não lhe cabendo aferir se o avião é ou não seguro, tecnicamente.

A tese, abstratamente considerada, pode impressionar, mas acontece que a ITATIAIA, na espécie, não era simples agência de turismo, como já salientado anteriormente.

Na propaganda do evento, realizada pela ITATIAIA, se assegurava a segurança necessária para o passeio (fls. 555, trazido pela própria ré). Isso bastaria, já que passa a integrar o próprio contrato, mas há muito mais.

Havia limitação ao número de passageiros, e é certo que muitos e muitos mais embarcaram. Era o próprio sócio principal da ITATIAIA que lá estava pessoalmente conferindo a entrada das pessoas, recolhendo os bilhetes, segundo suas próprias palavras (fls. 717). Sabia que o número de pessoas estava limitado, conforme documentos que traz aos autos (fls. 558/559), e pelo menos não podia aceitar que muitas e muitas mais entrassem, isso admitindo sua boa fé. E foi ele o interveniente direto na segunda e fatal partida de barco ...

Ou seja, ainda que admitida a versão apresentada em fls. 717, assim mesmo é cristalina a coresponsabilidade da ITATIAIA, em ação direta de seu sócio.

A verdade, acima de tudo, é que há indícios e informações, como nos trechos destacados em anexo à inicial, que a busca do lucro fácil gerou a

venda de mais passagens, além do excesso de convidados dos armadores e da agência ...

A responsabilidade dos sócios, pessoalmente, não pode deixar de ser reconhecida, e são eles condenados em caráter solidário com os demais réus.

A desconsideração da personalidade jurídica é autorizada de maneira muito ampla pela Lei nº 8.078, e o artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor fulmina inteiramente as tentativas dos réus de imunizar seus patrimônios pessoais.

Não se diga que a lei é posterior ao evento, pois sua menção só se dá para explicitar como deve ser interpretada a doutrina do abuso do direito, de molde a possibilitar, com fulcro no art. 160, I, do Código Civil, a senso contrário, o levantamento da capa da pessoa jurídica.

Abusam do direito de verem seus patrimônios pessoais diferenciados do patrimônio societário aqueles sócios que manejam pessoa jurídica cuja atividade pode gerar riscos evidentes, faturando altos lucros e não aparelhando devidamente o capital e patrimônio da sociedade.

É a aplicação, a senso contrário, do art. 160, I, do Código Civil, sem esquecimento do comando do art. 10 do Decreto nº 3.708/19.

Entender se de modo diverso seria possibilitar os maiores abusos, iguais à hipótese dos autos, pois sempre que a Lei não exija expressamente capital social mínimo, os interessados poderiam atuar sob sociedade com ridículo capital, e até sem bens (com bens dos sócios em comodato à empresa), tendo assim total irresponsabilidade.

Portanto, ao contrário do que afirmam os réus, absurdo, imoral e ilegítimo é tentar alegar a distinção entre a pessoa jurídica e os bens pessoais, quando em todos os anos muito se ganhava com o barco, em passeios conhecidos internacionalmente, e pouco tinha a sociedade para tutelar os direitos de terceiros.

Acresce que dois dos sócios da BATEAU, e o sócio principal da ITATIAIA, estavam pessoalmente comandando o embarque, pouco se importando com quantos embarcassem. Isto sem contar com a intervenção do sócio da ITATIAIA, responsável pela 2ª partida do barco, tudo em ações pessoais, que geram a responsabilidade pessoal, pois ilícitas, na medida em que admitida, por hipótese, a boa fé as condutas não obedeceram a um padrão mínimo de cautela.

Aliás, o próprio Mestre CAMILO FARO, do BATEAU MOUCHE IV, sentiu claramente o excesso de embarcados, e não queria prosseguir viagem,

e, se prosseguiu, foi devido ao temor de seus empregadores (vide relato completo, fls. 558 e seguintes).

Quanto à responsabilidade da UNIÃO, não se pode deixar de reconhecê-la, bastando apontar a sentença de fls. 588/675, condenando penalmente os militares envolvidos na captura e liberação da embarcação.

Todos os réus respondem de maneira solidária, nos termos do art. 1.518, parágrafo, do Código Civil.

A UNIÃO também responde solidariamente, mas, em termos de relação interna, na solidariedade, desde logo fica ressalvado seu direito de regresso para recuperar dos demais réus qualquer quantia que eventualmente venha a pagar, sem prejuízo de acionar também seus funcionários, envolvidos no evento (fls. 675).

É preciso frisar bem que a responsabilização do Estado existe em nome de uma consciência de que, em certos casos, na conduta ilícita de agentes do poder público, é mais justo dividir pela coletividade o prejuízo de um ou uns, mas sempre ressalvado o direito de regresso, quando existe culpa de terceiro ou do funcionário, pois do contrário é o cidadão quem paga a conta pelo culpado.

Ou seja: não se pode tolerar, aqui, como muito bem colocado pelo Procurador da República LUÍS CLÁUDIO PEREIRA LEIVAS, que a UNIÃO pague a conta enquanto os empresários responsáveis pela tragédia, e envolvidos na própria atuação dos militares, fiquem tranqüilos, aguardando que a coletividade pague o prejuízo.

Merece transcrição, no particular, trecho da sentença do conceituado Juiz CONSTANTINO ALVES DE OLIVEIRA, *verbis*:

'Em toda a celeuma criada acerca da tragédia do BATEAU MOUCHE IV, repilo, veementemente, a consagração do repto que se tornou rotina neste pseudocapitalismo tupiniquim: a privatização dos lucros e a socialização dos prejuízos, como se fôssemos uma sociedade de dementes, incapazes de discernir entre os próprios direitos e as obrigações alheias (fls. 587).'

Não se pode afastar a responsabilidade da UNIÃO, agora, ainda mais com sentença condenatória de seus agentes, mas ficam ressalvadas todas as ações e medidas, desde logo, para garantir a excussão dos bens dos diretamente responsáveis, com ressarcimento cabal contra todos os demais réus, se for o caso.

Por último, são agora examinados os pedidos em si, para final julgamento.

É sabido que, por força do artigo 459 do CPC, o julgador deve proferir sentença líquida, salvo se isto for impossível, fixando ainda na fase de cognição o próprio *quantum deabetur*. E o pedido inicial deve ser certo e determinado.

Assim, indefiro o pedido de indenização pelas despesas de luto, funeral e sepultura, por não provadas. Observe-se que, em relação ao funeral e sepultura, existindo outros parentes e afins, deve haver comprovação de quem efetuou a despesa, e nada há nos autos que autorize indenização à Autora, a tal título.

Também o pedido na letra 'k' deveria ser diversamente formulado, de modo a precisar o postulado, e ser provado, pelo que é igualmente indeferido, pois sua indeterminação contraria as normas do processo.

Quanto ao pedido de pensionamento, tem sido entendimento tranqüilo da jurisprudência que, em se tratando de falecimento de cônjuge, é devido pela sobrevivida provável da vítima, certo que o marido da Autora, de boa condição social, teria sobrevivido provável de mais 35 anos, considerando a data de seu falecimento e a tabela de sobrevivida da SEPLAN/SP.

Não há necessidade de prova de que o marido contribuía para o bem estar da esposa, decorrendo a conclusão de uma das presunções de senso comum (presunção *hominis*).

Estimados os ganhos do marido em 30 salários mínimos, aceitando-se a impugnação específica da contestação do 1º réu, já que nada além da rescisão de fls. 323 foi trazido, o pensionamento da Autora é fixado em 20 salários mínimos por mês, ou 2/3 dos ganhos do marido, pois não tinha o *de cujus* filhos, abatido apenas percentual para despesas próprias.

Defere-se, a título autônomo, indenização pelo dano moral. Tem sido comum, principalmente em acórdãos do TJ/RJ e do TA/RJ o arbitramento desta indenização em 100 salários mínimos, levando-se em conta que o Código Brasileiro de Telecomunicações, no art. 84, § 1º, para as hipóteses de calúnia, difamação ou injúria prevê limites de 5 a 100 salários mínimos, e não há de se supor jamais menos grave a ofensa à honra de familiar de vítima falecida.

Tal critério tem encontrado, também, sólido apoio doutrinário (cf. YUSSEF SAID CAHALI, *in* DANO E INDENIZAÇÃO, S. PAULO, 1980, pág. 43 e seguintes, e J.C. BARBOSA MOREIRA, *in* DIREITO APLICADO, 1987, For., pág. 271 e seguintes).

Entendo que, não apenas por ser a morte de parente mais severa que qualquer previsão de ofensa à honra oriunda do Código Brasileiro de Telecomunicações, e considerando também o padrão de vida da Autora, a possibilidade dos réus, e o objetivo da fixação da verba de dano moral, mais de acordo com o caso concreto é o arbitramento do dano moral em 200 salários mínimos por cada falecimento, perfazendo total de 600 salários, equivalentes a Cr\$ 25.200.000,00 (vinte e cinco milhões e duzentos mil cruzeiros).

Finalmente, no que toca ao pedido da letra 'h', defere-se o reembolso das despesas realizadas com terapeuta, cujos recibos estão nos autos, mas não se acolhe a postulação de fixação de verba genérica para tal finalidade, pois não explicitada a extensão e exato alcance da pretendida verba. Defere-se, também, o reembolso do valor do passeio, no valor de US\$ 230,00 (duzentos e trinta dólares norte americanos).

Quanto ao pedido da UNIÃO, de aplicação do art. 1.531, do Código Civil, não é o caso, por óbvio (Súmula 159 do STF)."

I - Recurso de ÁUREA JANINE fls. 754 e segs. :

3. Em seu Recurso, a Apelante deseja que se condene os Apelados, exceto a UF, a constituírem um capital, na forma do art. 602, do CPC, para garantia do pagamento das prestações vincendas. A decisão não exclui tal pretensão fl. 749. Considerou que a fase própria, para tanto, forte em lição do Prof. AMILCAR DE CASTRO, seria outra. Logo, não se justifica, a despeito de postulada na inicial fl. 29, m, dar guarida, no ponto, ao apelo, porque subsiste a probabilidade de seu atendimento, em "outra fase", como se antevê à fl. 749.

3.1. É certo que à pág. 491, dos seus 'Comentários ao CPC', tomo IX, Forense, 1ª ed., o saudoso Pontes de Miranda ensina:

'O art. 602, a despeito de se achar no Livro II (Do processo de execução), dirige se primeiro ao juiz do processo de conhecimento, para dizer que o juiz 'condenará o devedor a constituir um capital, cuja renda assegure o seu cabal cumprimento'. No direito anterior (Código de 1939, arts. 911 e 912), a matéria estava na 'liquidação da sentença', de modo que está evidente que o Código de 1973 inseriu o dever do juiz do processo de conhecimento, para que, ao chegar-se à liquidação, se atenda ao que ele decidiu. O lugar próprio para se estabelecer o dever do juiz seria no Livro I, Capítulo VII (Da audiência) ou Capítulo VIII (De sentença e da

coisa julgada). O que está nos parágrafos 1º, 2º, 3º e 4º, se não aparecesse no Capítulo VII ou no Capítulo VIII, teria de ser posto no Livro II, Título I, Capítulo VI (Da liquidação da sentença).'

3.2. A despeito disso, a matéria não está preclusa e, certamente, na fase de liquidação será atendida, em sendo o caso, oportunidade, inclusive, em que se terá condição de estabelecer o valor do capital necessário, o que seria impossível, por óbvio, nesta fase processual.

4. Quanto aos juros, seu termo a quo, conforme art. 962, do CC, deve ser a contar da data do ilícito. Com efeito, tal dispositivo prevê:

'Nas obrigações provenientes de delito, considera-se o devedor em mora desde que o perpetrou.'

4.1. A expressão "delito", aí, ut jurisprudência (RT 506/83), tem sentido abrangente, compreendendo ilícitos em geral, vale dizer, criminais ou cíveis, lato sensu. No caso, não há dúvida que tal ocorreu. Incabível, todavia, contá-los compostamente (art. 1544), do mesmo Código, porque aqui pressupõe-se a ocorrência de crime, não havendo prova, ainda, nestes autos, com trânsito em julgado, da sua ocorrência.

5. A verba alusiva ao dano moral foi fixada equitativamente, não se justificando alterá-la. Quanto à indenização pelas despesas de luto, funeral e sepultura, a Apelante não comprovou tê-las efetuado. A verba advocatícia foi arbitrada corretamente (10% da condenação), que não é pequena, não se justificando alterá-la.

II - Recurso da UF fls. 759 e segs. :

6. A Apelante pede seja anulada a r. sentença porque a Autora se casou, novamente, teve um filho, o que omitiu, nos autos. Data venia, tais aspectos pessoais são desinfluentes, para o caso, não merecendo maior consideração. Quanto à responsabilidade da UF, tal restou evidenciado na sentença, sendo, aliás, de conteúdo objetivo (CF, art. 37, §6º), variante do risco administrativo, pois seus prepostos foram, inclusive, condenados criminalmente fls. 588/675, em virtude do lamentável evento.

III Recurso de ITATIAIA e OUTROS fls. 764/781:

*7. O r. **decisum** singular examinou, exhaustivamente, a responsabilidade de tais Apelantes, a qual é incontestada e não restou infirmada pelas razões de recorrer.*

*7.1. A responsabilização, **in solidum**, dos sócios da sociedade por quotas de responsabilidade*

limitada, à luz da **Disregard Doctrine**, é plenamente justificável, seja pelo direito anterior e, até mesmo, do novo, este, introduzido pelo Código de Defesa do Consumidor, vale dizer, art. 160, I, do CC, a **contratio sensu** e art. 28, da Lei nº 8.078, de 11/09/90, respectivamente.

7.2. Esta importante Lei, forte no art. 5º, XXXII, 170, V, da CF, e 48, das Disposições Transitórias, como está consignado em seu art. 1º, diz:

‘Art. 2º. Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

Art. 3º. Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.’

1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.”

Como se observa, no caso ora em foco, a presença de consumidor se materializava nas pessoas das vítimas do naufrágio; enquanto que, de fornecedor, das empresas envolvidas.

Já no seu art. 28, o mesmo Código previu:

‘O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.’

7.3. Consagrou se, aí, legislativamente e de forma clara e precisa, o princípio da desconsideração da personalidade jurídica, o qual, implícita ou explicitamente, em alguns casos, já era albergado pelo nosso ordenamento jurídico, conforme nos ensinam, dentre outros, os Professores RUBENS REQUIÃO, JOÃO CASILLO, bem como o Magistrado IRINEU MARIANI, em trabalhos

específicos publicados, respectivamente, nas RTs. nºs 410/12 e segs, 528/24 e segs. e 622/51 e segs.

7.4. À pág. 20, da RT 410, o Prof. REQUIÃO, quiçá pioneiro no exame de tão relevante tema, assere:

‘A doutrina da desconsideração da personalidade jurídica, para impedir a fraude e o abuso do direito, está, como vimos, consagrada na jurisprudência de diversos países, cuja cultura jurídica sempre influiu e inspirou os nossos juristas. É concebível pois que a **disregard doctrine** tenha reflexos em nosso direito, ou com ele seja compatível e aplicável.’

7.5. A seu turno, na 2ª ed. da Forense, do ‘CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR’, dos consagrados Mestres ADA PELLEGRINI GRINOVER e OUTROS, está escrito, às págs. 124 e seg.:

‘DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

1. Antecedentes doutrinários

De elaboração recente, a desconsideração da personalidade jurídica é uma das mais expressivas tendências experimentadas pelo Direito, neste último quartel do século XX.

A sistematização do tema deve-se aos estudos desenvolvidos por Rolf Serick, em monografia através da qual concorreu pela docência da Universidade de Tubingen, na década de 1950, divulgada no Brasil pelo Prof. Rubens Requião no trabalho **Disregard Doctrine**, publicado pela Revista dos Tribunais no ano de 1969.

O Prof. Serick considera que ‘a jurisprudência há de enfrentar-se continuamente com os casos extremos em que resulta necessário averiguar quando pode prescindir-se da estrutura formal da pessoa jurídica para que a decisão penetre até o seu próprio substrato e afete especialmente a seus membros’.

O trabalho de Serick, por sua vez, tomou como ponto de partida a doutrina desenvolvida a partir dos julgados dos tribunais norte americanos, conhecida pela designação **disregard of legal entity**, com exata correspondência à doutrina da penetração, de inspiração jurisprudencial germânica.

Como bem observa Rubens Requião, sempre que a personalidade jurídica for utilizada como anteparo da fraude e do abuso de direito, é justo indagar se os juízes devem fechar os olhos diante dessa circunstância:

‘Ora, diante do abuso de direito e da fraude no uso da personalidade jurídica, o juiz brasileiro tem o direito de indagar, em seu livre

convencimento, se há de consagrar a fraude ou o abuso de direito, ou se deva desprezar a personalidade jurídica, para, penetrando em seu âmago, alcançar as pessoas e bens que dentro dela se escondem para fins ilícitos ou abusivos'. No campo doutrinário ainda, não se pode perder de vista a notável contribuição de Piero Verrucoli, da Universidade de Pisa, para quem a personalização jurídica configura um privilégio para os seus integrantes (sócios), devendo se sujeitar aos mecanismos de controle colocados à disposição do direito para reagir contra as situações abusivas, via desconsideração da personalidade jurídica. No Brasil, os trabalhos publicados por Lamartine Corrêa e por Fábio Ulhoa Coelho, em bem elaborada monografia, são de consulta obrigatória.'

E, à pág. 130, consignou-se:

'HIPÓTESES MATERIAIS DE INCIDÊNCIA
O art. 28 reproduz todas as hipóteses materiais de incidência que fundamentam a aplicação da **disregard doctrine** às pessoas jurídicas, a saber: abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito e violação dos estatutos ou contrato social.

O dispositivo protege amplamente o consumidor, assegurando-lhe livre acesso aos bens patrimoniais dos administradores sempre que o direito subjetivo de crédito resultar de quaisquer das práticas abusivas elencadas no dispositivo.'

7.6. Destarte, presentes os pressupostos específicos, o princípio **universitas distat a singulis** cede lugar para que a responsabilidade atribuída à pessoa jurídica seja extensiva a seus sócios.

7.7. Por outro lado, a despeito da superveniência de tal Código ao acidente, que ocorreu em 31/12/88, é ele plenamente aplicável à hipótese, não fora a suficiência da legislação anterior para sustentar, sobranceiramente, a mesma tese. E tal o é, por força do art. 462, do CPC, que diz:

'Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento da lide, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença.'

7.8. Na inteligência deste preceito, o Eg. STJ, órgão de cúpula do Judiciário na harmonização do direito federal, já firmou que:

'EMENTA: Direito Civil e Processo Civil. Investigação de paternidade. Mãe separada. Averbação no registro. Direito superveniente.

Incidência do art. 462, CPC. Recurso não conhecido.

O advento da Lei 7.250/84, que alterou a Lei 883/49, permitindo o reconhecimento do filho havido fora do matrimônio pelo cônjuge separado de fato há mais de cinco anos, representou mais uma evolução em favor do princípio da igualdade de filiação, agasalhada na Constituição de 1988 (art. 227, 6º).

Devendo a tutela jurisdicional compor a lide como a mesma se apresenta no momento da entrega, incide no julgamento a regra do art. 462 do Código de Processo Civil, pelo que autorizado estava o órgão de segundo grau a determinar a averbação no registro, negada a sentença proferida na vigência de sistema anterior.' (REsp nº 1.109 MG, Relator Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO, 4ª T., un., in RSTJ 12/290 e segs.)

Ressalte-se que, em seu voto vista, o em. Ministro GOMES DE BARROS, à pág. 293, afirmou:

'A Suprema Corte, de outro lado, não se mostra infensa à aplicação do direito superveniente nas instâncias de cognição ordinária em atenção às normas dos arts. 462 e 303, nº I, do Código de Processo Civil (cfr. RTJ 105/1.113 1.115).'

7.9. Em igual sentido, REsp. nº 2.041 RJ.

Além disso, tal preceito '... não se dirige apenas ao juiz de primeiro grau, mas também ao Tribunal, se o fato é superveniente à sentença (RT 646/143, 663/164, 666/106, JTA 98/338).' (Apud 'CPC Anotado', 22ª ed., do Prof. THEOTONIO NEGRÃO, pág. 288).

No caso, o CDC é posterior ao acidente, mas anterior à sentença e, além disso, quando daquela ocorrência, já vigia a atual Constituição, que assentou, como garantia fundamental do cidadão, a sua defesa, como consumidor.

7.10. Quanto à coexistência do direito à reparação dos danos material e moral, a matéria já é pacífica, conforme Súmula nº 37, do col. STJ, que diz:

'São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral, oriundos do mesmo fato.'

7.11. Relativamente à ressalva à União, na relação interna, oriunda da solidariedade, do direito ao completo reembolso, contra os demais Réus, daquilo que eventualmente vier a despendar (fl. 736), reputo, com a máxima vênua, inoportuna tal colocação, porque não houve pedido da mesma, a propósito. Logo, decidiu-se **ultra petita**. Ademais, os princípios reitores do relacionamento interno dos co-devedores solidários encaminham-se no sentido do direito de regresso daquele que satisfizer,

no relacionamento externo, em sua totalidade, a obrigação, na consonância dos arts. 913 e 915, do CC, aspectos que deverão ser examinados em outra oportunidade, pois tal vai depender da identificação daquele(s) que vier(em) a cumpri-la, para com a Autora.

IV Recurso de BATEAU MOUCHE e OUTROS fls. 786/831 :

8. Quanto ao Agravo retido fl. 343 , não merece acolhida, porque a r. decisão que indeferiu a denunciação da lide à seguradora fundou-se no princípio da celeridade processual e na interpretação do art. 70, do CPC, pelo Eg. STJ, no sentido da discricionariedade do Juiz, em face do caso concreto, emiti-la ou não. As razões de recorrer, no ponto, não alteram tal decisão, que merece ser confirmada, embora conhecendo-se do Recurso.

8.1. No mérito, as razões de recorrer são insuficientes para modificar, em seu núcleo, o *decisum*.

8.2. Quanto às demais questões ventiladas, aplicam-se, *mutatis mutandis*, as razões veiculadas no item 7 e segs., *supra*.

9. Registre-se que em seu alentado Parecer, o MPF, pelo il. Procurador da República, Dr. ALCIR

MOLINA DA COSTA, opinou “... pelo parcial provimento da Apelação interposta por Itatiaia Turismo, devendo a respeitável decisão ser modificada tão somente na parte em que concede à União Federal a possibilidade de beneficiar-se da determinação do art. 915 do Código Civil, e pelas mesmas razões já expostas.” (fls. 966).

10. Conclusão:

Ante o exposto, tudo bem visto e examinado, provejo, em parte, a Apelação de ÁUREA JANINE para que os juros de mora (6% a/a) fluam a contar do evento delituoso (item 4, retro); nego provimento à Apelação da União Federal; nego provimento ao Agravo retido; provejo, em parte, os Recursos de ITATIAIA e OUTROS e BATEAU MOUCHE e OUTROS, para excluir da r. sentença a ressalva que fez relativamente ao direito da UF ao completo reembolso do que vier a pagar (item 7.10, *supra*), sem prejuízo de oportuno reexame de tal questão, que não fora ventilada na fase de conhecimento, mormente na resposta de fls. 563/70, em sendo o caso. Quanto ao mais, confirmo a jurídica e justa sentença. Nego provimento à Remessa Oficial. Fica prejudicado o Recurso Adesivo de fls. 928/30, interposto por RAMON RODRIGUES CRESPO. É o voto.”

Privatização da Companhia Vale do Rio Doce

O julgado em tela remete à realização de leilão de privatização da Companhia Vale do Rio Doce, no auge do debate envolvendo uma das privatizações mais polêmicas dentro do Plano Nacional de Desestatização.

Agravo Regimental na Suspensão de Liminar

Proc. nº 97.02.12499-9

Publ. no DJU-II, de 19/08/97, p. 64380

Relatora: Des. Fed. TANIA HEINE

ADMINISTRATIVO - PRIVATIZAÇÃO DA CVRD - AGRAVO

I - As controvérsias a respeito do valor da avaliação dos bens da CVRD e o privilégio concedido aos empregados para a compra das ações ordinárias e preferenciais da União Federal com preços inferiores ao preço mínimo do leilão não são suficientes para suspensão do leilão no dia de sua realização.

II - Mantida a decisão da Presidência, que suspendeu a execução parcial da liminar, com base no artigo 41 da Lei nº 8.437/92, determinando a realização do leilão, mas impedindo que os novos controladores pratiquem atos de pesquisa ou exploração de minerais nas áreas onde existem minérios nucleares, especialmente nas áreas de Salobo, Corpo Alemão e Salobo 3 Alpha, com base no art. 177, V, da Constituição Federal.

III - Compete ao Juiz Federal, a quem foi distribuída a ação, a fixação da multa.

IV - Agravo denegado.

POR MAIORIA, NEGOU-SE PROVIMENTO AO AGRAVO

DECISÃO

A União Federal e o BNDES requerem a suspensão da liminar concedida nos autos da Ação Civil Pública nº 97.0017867-6, alegando lesão à ordem econômica.

O artigo 41 da Lei nº 8.437/92 permite ao Presidente do Tribunal a quem couber o conhecimento do respectivo recurso suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar, nas hipóteses ali aventadas. O art. 12, § 11, da Lei nº 7.347/85, que disciplina a ação civil pública, já trazia norma similar.

Trata-se da realização de leilão de privatização da Companhia Vale do Rio Doce. Creio que se trata de uma das privatizações mais polêmicas dentro do Plano Nacional de Desestatização e que vem sendo objeto de discussão e tomadas de posição desde 1995, quando essa empresa foi incluída no PND, como demonstram os inúmeros artigos e matérias divulgados pela Imprensa.

Por isso mesmo, várias ações foram distribuídas em todos os graus de jurisdição, inclusive no Supremo Tribunal Federal.

Creio que matéria tão amplamente divulgada deveria ser objeto de decisões judiciais bem fundamentadas, obedecido o princípio da igualdade das partes no processo, como previsto no art. 125 do CPC.

A Constituição Federal, ao disciplinar os direitos e deveres individuais e coletivos, garante no art. 51, inciso LV, aos litigantes, a observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Não se justifica a concessão de uma medida liminar, de tão ampla repercussão e conseqüências, sem a audiência da parte contrária, a poucas horas da realização do leilão, mormente nas hipóteses em que a ação já fora distribuída há mais tempo. Essa forma de procedimento viola a ordem jurídica e, conseqüentemente, a ordem pública, pois traz embutido o propósito de evitar que o órgão *ad quem* possa examinar o conteúdo daquela decisão.

Cabe ao Poder Judiciário o controle jurisdicional dos atos administrativos, procurando se afastar de pensamentos individuais e argumentos metajurídicos. O Juiz é antes de tudo um cidadão e, nessa qualidade, há de se posicionar em relação às questões que tanto mobilizam a opinião pública. Ao examinar os argumentos jurídicos que invalidam uma decisão de cunho de política administrativa, entretanto, deve procurar ser suficientemente “neutro”, para abalizar tais argumentos.

Um processo de privatização como o que ora se cuida é um processo caro em que muito já foi investido.

A avaliação global da CVRD foi feita por dois consórcios de empresas contratadas através de licitação.

O relatório GAT-COPPE admite que os critérios adotados são os da Society of Mining Engineers, critérios esses aceitos universalmente. O preço mínimo foi o de “fluxo de caixa descontado”, sendo que a valoração de riquezas com potencial de exploração é objeto de contrato entre a CVRD e a União Federal (BNDES), dando a esta última remuneração de 50% da receita líquida do que vier a ser comercializado.

A questão relativa ao preço mínimo do leilão tem sido objeto de inúmeras discussões e não me parece possível trazê-la à baila exatamente no momento da realização do leilão, pois somente técnicos altamente especializados teriam condições de se manifestar a respeito.

Por que não foi o Poder Judiciário instado a se manifestar há mais tempo, quando tais dúvidas poderiam ter sido sanadas sem açodamento ou pressão da opinião pública?

O que traria maior lesão à economia pública: a realização do leilão dentro dos parâmetros estabelecidos ou a sua suspensão após todas as despesas já efetuadas?

Por outro lado, o leilão, se eivado de vícios insanáveis, poderá vir a ser anulado posteriormente, após análise mais acurada dos processos em que essas matérias sejam objeto de discussão.

Há, entretanto, óbices constitucionais apontados em relação à pesquisa, lavra, enriquecimento, reprocessamento, industrialização e comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados, que constituem monopólio da União (art. 177, V, da Carta Magna), cabendo, a *prima facie*, a cautela requerida no item b.2, de fls. 63, da petição da Ação Civil Pública. Saliente-se que tal óbice consta do art. 21, 3º, da Lei nº 8.031/90, parcialmente alterado pela Medida Provisória nº 1.481/48, de 15 de abril de 1997, ainda não convertida em lei, ou seja, não apreciada pelo Congresso Nacional.

Suspendo, portanto, parcialmente a liminar concedida, não impedindo a realização do leilão, porém atendendo ao pedido constante do item b.2 da petição da Ação Civil Pública, com base no art. 41 da Lei nº 8.437/92.

Comunique-se, inclusive à MMª Juíza da 7ª Vara Federal.

Publique-se e Intime-se.