
JURISPRUDÊNCIA

AÇÃO RESCISÓRIA Nº 746 — RJ
(Registro nº 3.213.919)

Relator: O Sr. Ministro Costa Leite
Autores: Cidomir de Souza Santos e outros
Ré: União Federal
Advogado: Dr. Waldir Lima

EMENTA

Processual Civil. Ação Rescisória. Decadência.

I — O prazo para propositura de ação rescisória é de decadência. Não se interrompe, nem se suspende.

II — O marco inicial de sua contagem é o trânsito em julgado da sentença rescindenda, não o do advento de lei que os autores julgam propiciar-lhes documento novo, bastante para embasar o pedido de rescisão.

III — Rescisória julgada inadmissível, com as condenações decorrentes.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas.

Decide a Primeira Seção do Tribunal Federal de Recursos, à unanimidade, julgar inadmissível a ação rescisória, condenar os autores nas custas e na verba honorária de 15% (quinze por cento) sobre o valor da causa e determinar a reversão do depósito em favor da ré, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 17 de outubro de 1984 (Data do julgamento) — Ministro **Lauro Leitão**, Presidente — Ministro **Costa Leite**, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Costa Leite: Cidomir de Souza e outros, todos ex-militares da Força Aérea Brasileira, excetuado o último, pretendem rescindir o Acórdão prolatado na Apelação Cível nº 27.341-RJ, Relator o

ilustrado Ministro Jorge Lafayette Guimarães, voto juntado às fls. 13/14.

Historiando os fatos anteriores, há que se fazer presente que os autores, via ação ordinária contra a União Federal, objetivaram a reversão às fileiras da FAB, ou a reforma, por entenderem estar ao abrigo do Decreto Legislativo nº 18, de 15 de dezembro de 1961 e, portanto, alguns anistiados da participação na revolução comunista de 1935 e, outros, da prática de atos considerados subversivos e/ou de doutrinação comunista (relatório da sentença de fls. 6/9).

Com base no aludido decreto legislativo, o MM. Juiz Federal a quo «julgou procedente a ação para declarar anistiados os seus autores, com as conseqüências legais»... (fl. 9).

Dessa decisão recorreu de ofício o magistrado, ao tempo em que oferecia a União Federal o seu recurso apelativo.

Alçados os autos a este Tribunal, considerou o Senhor Ministro-Relator estar prejudicada a ação, por força do disposto no Decreto-Lei nº 864, de 12 de setembro de 1969 (fls. 13/14), no que foi acompanhado por seus pares.

O Acórdão pertinente, não integrando o processo de que aqui se cuida, foi publicado no **Diário da Justiça** de 10 de setembro de 1973, tendo transitado em julgado a 2 de outubro subsequente (fl. 15).

Em 19 de dezembro de 1979, os autores dirigiram petição ao então Ministro-Presidente deste Tribunal Federal, requerendo a requisição daqueles autos, para reencaminhamento à Turma, «para o processamento normal do recurso», haja vista sustentarem a inexistência de julgamento do mérito da causa, com o que, a rigor, dizem eles, não teriam

obtido a prestação jurisdicional como de seu direito (fls. 18/25).

As folhas 28, consta cópia do despacho que indeferiu o pedido, presumivelmente da lavra do inclito Presidente desta Corte, pelo que se pode depreender da informação de fl. 27. Tal decisão assevera a impossibilidade jurídica da pretendida requisição, ao tempo em que aduz, *in verbis*:

«3. Somente podem os suplicantes tentar o reexame da matéria, em ação rescisória, cabendo-lhes, a tanto, porém, verificar a ocorrência, ou não, dos pressupostos a seu aforamento, na forma de direito».

Depósito efetuado consoante fl. 29, na conformidade do que preceitua o artigo 488, inciso II, do Estatuto Processual Civil, os autores, com base nos artigos 485, incisos V e VII, bem assim nos de número 487 e seguintes, do mesmo diploma legal, visam a rescindir o Acórdão prolatado, à unanimidade, pela 1ª Turma deste Tribunal, em 14 de maio de 1973, sob ementa assim redigida:

«Anistia. Decreto Legislativo nº 18/61. Julga-se prejudicada a ação, em decorrência do disposto pelo artigo 1º, do Decreto-Lei nº 864/69, que deu nova redação ao artigo 2º, do Decreto Legislativo nº 18/61, excluindo os efeitos da anistia consistentes em reversão, aposentadoria, passagem para a inatividade e proventos ou vencimentos atrasados. Constitucionalidade do dispositivo, reconhecida neste Tribunal e no Supremo Tribunal Federal».

Argumentam, a favor da tese sustentada, que foram reanistiados na forma da Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979, haja vista terem sido alcançados pela restrição criada pelo Decreto-Lei nº 864/69.

Aduzem, outrossim, que o mencionado decreto-lei teria como suporte os Atos Institucionais. Revogados es-

tes, a consequência seria a revogação daquele, com o que estaria assegurada aos autores a obtenção de documento novo, capaz de garantir-lhes pressuposto para a rescisória.

A douta Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pelo não conhecimento ou indeferimento da pretensão posta em Juízo (fls. 69/72), o que ratificou nas razões finais de fl. 75.

In albis transcorreu o prazo concedido aos autores para oferecimento de tais razões (fl. 73, verso e anverso).

Por redistribuição, vieram-me os autos conclusos.

Dispensada a revisão, nos exatos termos regimentais.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Costa Leite: Preliminarmente, ressalto que o trânsito em julgado do Acórdão objeto desta rescisória data de 2 de outubro de 1973, consoante informa a certidão de fl. 15. E a petição dos autores foi ajuizada tão-somente em 1980.

A demanda em questão, porém, merece que se façam presentes determinados aspectos, relevantes para seu deslinde final.

Pugnam os autores por demonstrar que o Decreto-Lei nº 864/69, ao oferecer nova redação ao artigo 2º do Decreto Legislativo nº 18/61, ter-lhes-ia causado, a rigor, nova punição política, haja vista que a vedação por ele inserta atingiu pleito, cuja guarida obtiveram no primeiro grau de jurisdição.

Em consequência, esta pretensa nova punição datando de 1969, conferiria aos autores a tutela da Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979, a chamada Lei da Anistia, tornando tempestiva a presente ação, ajuizada em 1980, como antes mencionado.

Aduzem, ainda, que em razão destes eventos, teriam obtido documento novo, a ensejar pressuposto objetivo para cabimento da presente ação.

Vale esclarecer, de plano, que o artigo 1º da citada Lei nº 6.683 apregoa:

«Art. 1º É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexos com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de Fundações vinculadas ao Poder Público, aos servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares (Vetado)».

Daí exsurge, de forma cristalina, a única conclusão lógica. O dispositivo invocado não alcança os autores. Sua direção é clara: abrange apenas a anistia de condutas levadas a efeito no período que medeia 2-9-61 e 15-8-79.

Bem assim, não contempla os autores. Alteração de lei não é punição, é fato comum no processo legislativo.

Como bem acentua o pronunciamento da douta Subprocuradoria-Geral da República, da lavra da ilustrada Doutora Edylcéa Tavares Nogueira de Paula, avalizado pelo insigne Doutor Paulo Sollberger, «o Decreto-Lei nº 864/69 não violou, como afirmaram os autores, as disposições do Decreto Legislativo nº 18/61, mas simplesmente alterou-as. Lei não viola disposição de outra lei. Modifica-as.»

Por ótica diversa, não há falar em que lei nova asseguraria documento novo. Os autores tangenciaram tal questão, desviando-se do cerne da temática. Documento novo, enfatizo,

não é diploma legal, mas sim documento que comprove fatos ou atos da ação originária.

Em face do expendido, a inaugural, que data de 20 de junho de 1980, não pode prosperar.

O marco inicial da contagem do prazo para a propositura da rescisória é o trânsito em julgado da sentença rescindenda, não o do advento da lei que os autores julgam propiciar-lhes documento novo, bastante para embasar o pedido de rescisão. Como visto, de forma errônea.

Nem o pedido de reencaminhamento à Turma para nova apreciação do recurso, levado a efeito em 1979, ostenta prestabilidade para atingir prazo de decadência.

Resta claro, pois, que da inércia dos autores resultou a decadência prevista no artigo 495, do Estatuto Processual Civil. E nenhum dos argumentos trazidos aos autos possui o condão de interromper ou suspender prazo que é fatal e peremptório.

Isto posto, julgo inadmissível a presente ação rescisória, condenando os autores nas custas e honorários, que fixo em 15% (quinze por cento) sobre o valor a ela atribuído, dependendo do resultado deste julga-

mento a aplicação da multa de que trata o artigo 488, II, do CPC, que, na hipótese de unanimidade, fará o depósito prévio reverter em favor da ré.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

AR nº 746 — RJ — Registro nº 3.213.919 — Rel.: O Sr. Ministro Costa Leite. Autores: Cidomir de Souza Santos e outros. Ré: União Federal. Adv.: Dr. Waldir Lima.

Decisão: A Seção, à unanimidade, julgou inadmissível a ação rescisória, condenou os autores nas custas e na verba honorária de 15% (quinze por cento) sobre o valor da causa e determinou a reversão do depósito em favor da ré (Em 17-10-84 — Primeira Seção).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Washington Bolívar, William Patterson, Adhemar Raymundo, Flaquer Scartezini, Costa Lima, Hélio Pinheiro e Carlos Thibau. Impedido o Sr. Ministro Gueiros Leite. Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Carlos Madeira, José Cândido e Leitão Krieger. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Lauro Leitão.

AÇÃO RESCISÓRIA Nº 765 — AM

(Registro nº 3.234.754)

Relator: O Sr. Ministro Justino Ribeiro

Autor: Le Toupet — Ind. Reunidas Ltda.

Réus: União Federal e Banco do Estado do Amazonas S.A.

Advogados: Paulo Miguel de Oliveira e outro, Francisco das Chagas Meilo e outros, Luiz Gastão de Carvalho Cunha e Sérgio Gonzaga Dutra

EMENTA

Processual. Ação Rescisória. Carência e impropriedade de ação. Carta de arrematação. Erro de fato:

1. A existência de recurso pendente não prejudica a propositura de rescisória da sentença pelo que não recorreu nem está em condições de se bene-

ficiar do recurso (como o litisconsorte do artigo 509 do CPC) ou da parte não recorrida da sentença. O que abre caminho à rescisória e dá início ao prazo de decadência para sua propositura é o trânsito em julgado da sentença para o interessado na rescisória.

2. Atos judiciais só se rescindem nos termos da lei processual. Improriedade terminológica do artigo 486 do CPC.

3. Carta de arrematação é sentença, e sentença constitutiva. Só se rescinde pela ação rescisória de sentença, prevista no artigo 485.

4. A citação realizada em pessoa que não representa legalmente a firma executada, ainda mais com a agravante de a qualificarem falsamente os Oficiais de Justiça como Gerente Administrativo, assim levando o Juiz a erro, contamina a relação processual e os atos decisórios, dando ensejo à ação rescisória (artigo 485, IX, do CPC).

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos, em que são partes as acima indicadas.

Decide a Segunda Seção do Tribunal Federal de Recursos, apreciando a primeira preliminar, rejeitar por unanimidade, e quanto à segunda, por maioria rejeitar; no mêrito, por unanimidade, julgar procedente a ação, com ressalva do ponto de vista do Sr. Ministro Torreão Braz que a julgava com maior extensão, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 21 de setembro de 1982 (Data do julgamento). Ministro Washington Bolívar, Presidente — Ministro Justino Ribeiro, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Justino Ribeiro: Conforme a inicial e seu aditamento (fls. 1/20 e 133/137), a presente ação rescisória busca desconstituir a carta de arrematação de fl. 138, expedida em ação executiva fiscal movida à autora pela 1ª ré, União Federal,

sendo arrematante o 2º réu, Banco do Estado do Amazonas S.A.

Como causa petendi, invocam-se os incisos III e IX do artigo 485 do CPC e alega-se:

a) que a citação da autora para a referida ação executiva fiscal não se efetivou na pessoa de seu legítimo representante legal mas, sim, na de um empregado da firma, o Sr. José Nilo Costa Filho, o qual foi igualmente intimado da penhora e colocado na condição de depositário do imóvel afinal praxeado;

b) que, para tanto, esse empregado teria sofrido coação por parte dos Srs. Oficiais de Justiça, pois estes, não obstante, alertados pelo referido empregado de que a procuração que havia recebido para representar a firma estava vencida e que o legítimo representante legal, Sr. João Costa Pereira, se achava em São Paulo ou em Belém, propondo-se até a fornecer o endereço, teria insistido com o empregado para assinar os papéis, porquanto sempre agira em nome da firma e não haveria problema;

c) que essa irregularidade, a par da qualificação de Gerente Admi-

nistrativo falsamente atribuída pelos Oficiais de Justiça ao empregado, qualificação que constou da certidão de citação e do auto de penhora, deu ensejo a que o Juiz da causa fosse induzido em erro quanto a esses atos indispensáveis ao início e prosseguimento do processo executivo, nesse erro se mantendo S. Exa. até o final, certo de que o Juízo estaria regularmente composto, quando estava diante de uma farsa bem urdida;

d) que, em verdade, houve urdidura, pois nem a União, então exequente, nem o Banco, que veio a arrematar dito imóvel, ignoravam quem fosse o verdadeiro representante da firma, de vez que pelos próprios Oficiais de Justiça foram anexados ao processo executivo a prova de propriedade do imóvel e de sua anterior hipoteca ao Banco, figurando nessa hipoteca como representantes da firma seus sócios-cotistas João Costa Pereira, Margarita Farré e Costa Pereira e Fernando Romano Filho;

e) que, além disto, o mesmo Banco habilitou seu crédito no processo executivo e neste entranhou cópia da execução que ele próprio ajuizara contra a autora e em que expressamente nominara como co-devedores os sócios já referidos, o que é mais uma prova de que ele não ignorava a falsa qualidade atribuída ao empregado e a completa nulidade da citação a este dirigida;

f) que a outros erros foi levado o Juiz, agora com relação às publicações relativas à praça, as quais foram incompletas e viciadas, mas S. Exa. nada percebeu em virtude de inadvertência, má percepção dos fatos e desatenção na leitura dos autos;

g) que em face desses erros essenciais, para os quais sem dúvida teriam contribuído em conluio exe-

quente e arrematante, não somente resultou inteiramente nulo o processo executivo pelo vício da citação como ineficaz a praça, por falta da indispensável publicidade, sendo em verdade realizada de modo que o 2º réu fosse o único licitante e arrematasse o imóvel por preço muito inferior ao da avaliação;

h) que esses erros essenciais a que foi levado o Juiz e o dolo com que agiu a União, então exequente, dão causa à ação rescisória, conforme a opinião de autores que mencionam.

Pedi a citação da União, do Banco e do IAPAS, que após a arrematação ingressara no executivo a discutir preferência de crédito. E reque-ro a procedência da ação para

«... na forma prevista no artigo 488, inc. II, do CPC, com implicação de cumulação para novo julgamento (*iudicium rescindens com o iudicium rescisorium*), não sendo possível a volta do *statu quo*, com sentença favorável, terá que se conceder para a autora a indenização do bem mais a privação de seu uso e fruição, no Juízo inferior» (fl. 19).

Com a inicial vieram os documentos de fls. 21/124.

2. Atendendo ao despacho de fl. 127, a autora aditou a inicial pela petição de fl. 133, onde esclareceu que quer rescindir mesmo é a carta de arrematação. Nela é que estaria seu prejuízo e sua conseqüente legitimação para agir, pois em verdade nem houve sentença final na ação executiva, tendo por certo se guiado o Juiz pelo entendimento, sustentado por certa corrente, de que a ação executiva de título extrajudicial prescinde desse ato.

Esse aditamento veio acompanhado dos documentos de fls. 138/143v.

3. Indeferi a citação do IAPAS e determinei a da União e do Banco (fl. 145), os quais responderam às fls. 152/156 e 184/197, respectivamente, sendo que o Banco juntou os documentos de fls. 198/210.

A pedido da autora, renovou-se a citação da União (fl. 213) e esta falou novamente (fls. 216/217).

4. Os réus suscitaram preliminares de inépcia da inicial e de impropriedade e carência de ação. E contestaram longamente no mérito, pelo fundamento, em resumo, de que o Sr. José Nilo Costa Filho possuía procuração com amplos poderes de administração e representação da firma, sendo tido e havido em toda a praça de Manaus como o verdadeiro representante dela, eis que o Sr. João Costa Pereira e demais sócios nem lá residiam. Quanto à alegada exaustão do prazo de vigência da procuração, em nada modifica a situação, pois os sócios continuaram ausentes da praça e o referido cidadão atuando pela firma em vários atos inclusive noutras questões judiciais, havendo assim prorrogação tácita dos poderes. Outrossim, no tocante à alegação da autora de que, mesmo na vigência da procuração, o Sr. José Nilo Costa Filho só podia representá-la em conjunto com outra pessoa por expressa disposição de tal documento, asseveram os réus:

«Não ajuda, outrossim, à parte contrária a alegação de que os poderes outorgados no mandato deviam ser exercidos sempre em conjunto com outro procurador. Porque o que se constata, com os exemplos revelados há pouco, assim como as ocorrências verificadas no processo mesmo de execução, onde se deu a arrematação, objeto da presente lide, é que o Sr. José Nilo Costa Filho tinha efetiva-

mente poderes para, sozinho, representar a empresa. Ou melhor, a empresa outorgou-lhe tal prerrogativa. Se não o fez por escrito, o fez expressamente investindo-o ostensiva, pública e notoriamente, na função de seu procurador, gerente e administrador, perante toda a praça de Manaus. Se o manteve nessa posição, sem nunca impugnar um ato seu; se, de propósito, deu causa a nulidades preconcebidas, seria uma iniquidade tentar valer-se agora disso, em seu próprio favor.» (fls. 196/197).

5. No saneamento do processo, repeli desde logo a preliminar de inépcia da inicial, o que deu ensejo a agravo da União Federal, repellido em Acórdão por esta Egrégia Seção (fls. 219, 225/237). Essa decisão transitou em julgado (fl. 243).

Seguiu-se a instrução do processo, com a substituição de documentos por parte da autora e a audiência da testemunha José Nilo Costa Filho (fls. 247, 249/276 e 282/283), por ela apresentada. Os réus não fizeram outras provas.

6. Razões finais da autora às fls. 292/314, do Banco às fls. 287/290 e da União às fls. 316/317.

É o relatório, dispensada a revisão.

VOTO PRELIMINAR

O Sr. Ministro Justino Ribeiro (Relator): A preliminar de inépcia da inicial foi, como esclarecido no relatório, sepultada no Acórdão de fls., trânsito em julgado, pelo qual se manteve o saneador onde rejeitada. Destarte, embora percutida pelos réus em razões finais, não cabe aqui reapreciá-la. Restam, assim, as duas outras, no próprio saneador re-

legadas ao julgamento colegiado, e que são as de carência e impropriedade de ação.

2. Assentam a primeira no fato de ainda existir, pendente de julgamento deste Tribunal, um recurso de terceiro apresentado pelo IAPAS, inconformado com a decisão que decidiu em favor da União, então exequente, a preferência de crédito que a autarquia postulava em favor de contribuições que lhe eram devidas.

Ora, desde o primeiro despacho à inicial (fl. 127) deixei assinalado — e de resto se trata de solução muito nítida em qualquer escrito respeitável a propósito de ação rescisória — que a ajuizabilidade desta se abre no momento em que a decisão rescindenda transita em julgado para o autor da rescisória, tenha ele sido parte na lide ou seja terceiro com legitimidade, segundo os princípios.

Isto quer dizer que aquele que não manifestou recurso nem está em condições de se beneficiar da decisão a ser proferida no recurso (como, por exemplo, o litisconsorte favorecido pelo artigo 509) fica desde logo apto a intentar a ação rescisória. O mesmo raciocínio se aplica à sentença recorrida, apenas em parte. Sujeita-se desde logo à rescisória na parte não recorrida. Do contrário, o prazo de decadência do direito de propor rescisória, argüível, como se sabe, somente contra o interessado nela, também só se contaria a partir da decisão de todos os recursos.

3. Mas há outra razão pela qual já na inicial indeferi a citação do IAPAS e aqui rejeito essa preliminar. É que, no tal recurso, o IAPAS e a União não discutem a carta de arrematação nem qualquer ato con-

ducente a ela e, sim, tão-somente, preferência entre seus créditos. E a decisão sob recurso é outra. A autora dessa rescisória não participa de tal recurso nem possui nele qualquer interesse.

Rejeito, pois, essa preliminar de carência de ação, que aliás nem seria de carência, mas de inajuizabilidade por enquanto.

4. Passo à outra preliminar — esta, sim, de alguma substância — ou seja, a de impropriedade da ação. Sustentam os réus, com apoio em algumas opiniões doutrinárias e dois ou três precedentes judiciais que apontam às fls. 205/210, não ser cabível ação rescisória de carta de arrematação. A razão estaria em que:

a) de um lado, a carta de arrematação não seria sentença, ou seria resultado apenas de sentença homologatória dos atos de arrematação; e

b) doutro lado — e aqui se aponta decisão que vai mais além para esposar tese que tenho repellido e, **data venia**, continuo repellido — de que o processo executório não ofereceria ensanchar à ação rescisória por que nele não há sentença.

Vale a pena transcrever a r. decisão que com esta amplitude se opõe ao processo rescisório. É uma decisão do Egrégio 1º Tribunal de Alçada do Rio de Janeiro, por sua 4ª Câmara Cível, e diz o seguinte:

«Ação Rescisória. Propositura em razão de processo executório. Descabimento. Descabe a ação rescisória se não há sentença de mérito. No processo de execução não há sentença, de sorte que in-

cabível é a ação rescisória para rescindir qualquer ato dele decorrente».

5. Já combati, em recente julgamento do Incidente de Uniformização de Jurisprudência no Ag. nº 41.165-SP, essa afirmativa de que no processo executivo não há sentença. Não pretendo voltar à questão, mesmo porque entendo que não é função do Juiz nem dos Tribunais preocuparem-se com doutrinas. Entendo que um Tribunal deve preocupar-se com a lei e o fato, buscando a doutrina ou a jurisprudência somente como subsídio de interpretação. **Non exemplis sed legibus judicandum est.** E nesta busca da análise da lei e do fato, do fenômeno jurídico sobre o qual, como Juiz, devo proferir decisão, tenho sempre em mente a advertência de Pontes de Miranda, que, antes das doutrinas, escritas muitas vezes com base em sistemas jurídicos diferentes do nosso, e por vezes simplesmente copiadas, recomendava o que ele sempre praticou: o exame meditado da questão a ser resolvida, tendo por guia a lei e os princípios. Ele nos alertava, sempre, contra o

«... cotejamento perigoso de direito comparado, perturbador do pensamento de cada país e (gerador) de confusão grave, no Brasil.»

Dizia que

«Só de uma coisa somos dependentes: da verdade das reflexões e experiências alheias e das nossas próprias.» (Prólogo aos «Comentários ao Código de Processo Civil», de 1939).

E acentuava, além disto, que

«Um dos males da civilização está no que escrevem sobre o direito os que somente conhecem o que se

escreveu sobre ele. É com tijolos, barro e madeira que se constrói, ou com ferro e cimento. Não se pode edificar, criar, com estampas de casas, ou com o que se escreveu sobre a história das construções, ou sobre o estilo. O direito de um povo, por mais integrado que esteja em certa zona de cultura, tem seu estilo, e vive dentro dele.» (Prefácio à 2ª edição da mesma obra, 1958, Forense).

6. Se aceitarmos que no processo de execução não há sentença quando não opostos embargos, ou que os atos de arrematação, culminantes com a respectiva carta, não contêm sentença, temos de aceitar a alternativa pouco honrosa para a Justiça, de que em tais casos o aparelho judiciário obraria por simples atos materiais, sem qualquer efeito de julgamento. E, daí, a consequência seria ficarem tais atos sujeitos a resoluções dos próprios jurisdicionados, ou às ações ordinárias comuns.

Esta, aliás, a solução para que tende uma das respeitáveis decisões trazidas pelos réus em apoio de sua tese.

Diz, com efeito, o v. Acórdão das Câmaras Cíveis Reunidas do Egrégio Tribunal de Justiça de Pernambuco, citado pelos réus, que

«A sentença que homologa auto de arrematação não comporta rescisória, devendo ser atacada como os atos jurídicos em geral (artigo 486 do CPC).» (Ação Rescisória nº 75.918, fl. 206 destes autos).

7. O prevalecimento dessa tese seria, aliás, pior para os réus, que ficariam destarte sujeitos ao alvejamento por ação ordinária comum de nulidade (*querela nullitatis*), com todas as consequências de ampla apreciação dos fatos e prazo prescricional ordinário. Teriam eles meditado nisto ao oporem a preliminar? Não creio.

8. Não me estenderei mais sobre a questão. Peço licença para transcrever o voto que, em questão idêntica, proferi na Egrégia 5ª Turma. Havia-se anulado, ou rescindido, em ação ordinária, uma carta de arrematação. Houve apelo da parte vencida e eu, com o honroso apoio, para mim, dos colegas da 5ª Turma, votei pela anulação da sentença, por incompetência do Juiz de 1º grau. Disse eu:

«A primeira questão importante a ser observada neste processo, questão que geralmente escapa a quem se serve das obras de Pontes de Miranda para simples consulta, é a impropriedade terminológica existente no artigo 486 do CPC. Impropriedade que já vem do parágrafo do artigo 800 do Código de 1939. Diz a lei que

«Os atos judiciais, que não dependem de sentença, ou em que esta for meramente homologatória, podem ser rescindidos, como os atos jurídicos em geral, nos termos da lei civil.»

Ora, à parte a imperfeição gramatical do texto, cumpre desde logo ver-se que atos judiciais não podem ser rescindidos nos termos da lei civil. Atos judiciais só se rescindem nos termos da lei processual. A lei quis referir-se aos atos das partes praticados em Juízo ou trazidos a Juízo. Veja-se, a respeito, os comentários do citado jurista, redigidos especificamente para o artigo 486, porque os comentários gerais que ele faz a cada capítulo, além de longos demais para quem tem pressa, só são assimiláveis por quem já penetrou o rigor de metodologia científica que esse ilustre autor imprimiu a suas obras jurídicas. Diz ele, nos já referidos comentários específicos:

«Atos «judiciais», diga-se «atos das partes em Juízo», isto é, nele insertos, ou nele praticados. A alu-

são à rescisão, se não houve homologação, apenas frisa que a invalidade alcança o ato de inserção ou de prática no processo. Houve o reflexo da processualidade.»

O artigo 486 não se refere a atos jurídicos praticados fora do processo, salvo os que vêm a ele para homologação. Os atos tem de ser atos das partes, e não do Juiz, a despeito do adjetivo «judiciais». (cf. Pontes de Miranda, «Comentários ao Código de Processo Civil», VI-343).

2. Por aí já se vê que não tem razão a apelada em pretender que a venda judicial feita através da arrematação, que é ato judicial inserto na carta de arrematação, e não simplesmente ato das partes em Juízo, se rescinda de outro modo que não pela ação rescisória. E aqui peço vênia também à douta Subprocuradoria-Geral da República, porque, se a carta de arrematação é sentença — e nisto até a apelada está de acordo — não há como se pretender que ela se rescinda como os atos do direito civil ou, como disse o douto órgão, por ação ordinária. Outrossim, não me parece tão cômoda a posição do INPS, pois, se vier a ser anulada a arrematação da qual proveio o dinheiro como que ele se pagou na execução, não creio que ele possa ficar de dedo na lapela. Ele foi citado e não se defendeu (fl. 74), mas a sentença o apanhou (fl. 124), havendo puro equívoco cartorário em fazê-lo figurar como apelado.

3. Há mais, porém. A arrematação se completa com a expedição da carta, e dela não pode dissociar-se. Tanto que, em se tratando de imóvel, é a carta que se leva à transcrição. Já se vão longe os tempos em que se pensava na arrematação como negócio de venda e compra entre o executado e o arrematante. O executado

não entra nesse negócio porque desde a penhora perdeu o poder de disposição do bem (cf. Pontes de Miranda, ob. cit., Tomo X, págs. 255/6). A arrematação é entre o Estado, através do Juiz, e o arrematante. E é sentença. E sentença constitutiva; não, homologatória, como quer a apelada, citando comentários do insigne autor a esta espécie.

A carta de arrematação é sentença constitutiva (pois que transfere direito) proferida em ação incidente no processo executivo. Ouçamos de novo a Pontes de Miranda. Diz ele, citando Marco Tullio Zanzucchi:

«... o terceiro que se posta para fazer «oferta de aquisição», é terceiro que intervém no processo de execução e, intervindo, propõe demanda judicial, a demanda de lhe ser entregue a coisa pelo preço que ele oferece e promete pagar. De outro lado, não está a aceitação, mas a aprovação do magistrado.» (Pontes, ob. cit., Tomo X, pág. 351).

E mais adiante, com clareza latina:

«Ora, a arrematação é negocial, porque há o pressuposto da concordância de duas declarações de vontade, e a decisão do Juiz constitutiva. A arrematação é, pois, processo de ação constitutiva, metido, sagitalmente, no processo de execução.» (pág. 352).

E mais adiante, ainda:

«Quem exerce o poder de dispor, nas arrematações e adjudicações, é o Estado, e não o exequente ou o síndico da massa concursal. Há o ato jurisdicional, que cobre o negócio jurídico bilateral em que são figurantes o Estado e o arrematante ou o adjudicatário.» (pág. 353).

4. Isto basta, segundo creio, para:

a) assentar-se que a carta de arrematação é sentença e sentença

constitutiva, envolvendo ato jurídico que não pode, de modo algum, cair sob o artigo 486 do CPC; e

b) concluir-se que qualquer defeito dela ou qualquer nulidade anterior a ela, se não foram atacados a tempo por embargos, somente poderão ser discutidos em ação rescisória do artigo 485.

Do contrário, seria o caso de perguntar-se: em que ficaria a atividade jurisdicional do Estado, se depois de concluído com a recomposição do patrimônio do autor, recomposição que se fizesse pela venda forçada de bens do réu como aqui, pudesse este, através de ação ordinária, proposta perante qualquer Juiz, ir molestar o autor adjudicatário do bem ou o terceiro arrematante?» (Voto na AC nº 62.168-SP).

9. Fiel a esse entendimento, rejeito a preliminar. Relembro, todavia, porque não custa nada, que a alternativa seria pior para os réus, como assinalado acima, pois o que é certo é que, em nosso rígido sistema jurídico, vigora o § 4º do artigo 153 da Constituição, segundo o qual «a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual.» Portanto, se se vem a concluir que não cabe rescisória porque no caso não haveria sentença — o que viria a ser a ausência de apreciação judicial — a força do preceito constitucional imporá o caminho da ação ordinária. Não sei se haveria preceito idêntico nos países donde provém a doutrina que rejeito. Aqui ele existe.

10. Finalmente, cabe, ainda em âmbito preliminar, aclarar aqui uma questão já resolvida no v. Acórdão que confirmou o saneador de fls.. A propósito de preliminar nesse despacho repelida, disse eu:

«Os réus suscitaram preliminares de inépcia da inicial e de impropriedade e carência da ação.

Ao Relator cumpre decidir desde logo a primeira (artigo 33, I, do RI), o que faço rejeitando-a, porquanto o pedido, exarado à fl. 19 e, por força do despacho de fl. 127, esclarecido à fl. 133, preenche com segurança os pressupostos do **iudicium rescindens** e aponta a direção do **iudicium rescissorium**, cujos limites cabe ao Tribunal determinar.» (fl. 219)

Pois cabe agora fixar os limites do Juízo rescisório, a ser observado no caso de se dar aqui pela procedência do **iudicium rescindens**, ou do pedido rescindente. Rescindida a carta como pede a autora, volta a execução apenas ao estado anterior à arrematação. O que o Juiz decidiu, com ou sem sentença, a respeito da execução proposta pela União, e que a própria autora desta rescisória deixou claro que não discutia, fica de pé. Ao Juiz de 1º grau caberá, no âmbito do **iudicium rescissorium**, retomar os procedimentos de arrematação, antes determinado, como é óbvio o cancelamento do eventual registro da carta rescindida. O que lá se decidiu quanto à procedência do crédito da União fica de pé. A penhora também. Retomam-se apenas os procedimentos concernentes à arrematação, como se esta não tivesse havido. *Non solum super nullitate, verum etiam super iustitia vel iniustitia ipsius sententiae pronunciare potest eo modo quo iudex primus pronunciare debebat.*

Se, como aventado pela autora, tal solução resultar materialmente impossível, tudo se resolverá em perdas e danos, assim como os prejuízos que lhe hajam advindo do período em que tenha estado ilegalmente privada do bem (vide saneador, fl. 219), feitas as necessárias compensações. Tudo se resolverá no próprio Juízo da execução, assim transmutado em Juízo rescisório (**iudicium rescissorium**), pois sem ter havido recurso, como não houve,

não cabe solucionar o problema neste Tribunal, assim suprimindo uma Instância.

11. Ante o exposto e com as observações que acabo de fazer, rejeito as duas preliminares.

É o voto.

VOTO PRELIMINAR

O Sr. Ministro Bueno de Souza: Senhor Presidente, tal como ressaltado no douto voto que acabamos de ouvir, como também acentuaram as razões deduzidas nos autos (e se pode ler no Código de Processo Civil diligentemente anotado por Theotônio Negrão, 10ª ed. Saraiva), a questão da admissibilidade de rescisória contra os atos expropriatórios que se realizam no processo de execução é ainda controvertida na jurisprudência.

Ainda na última assentada desta Seção, tive ensejo de acentuar que nas ações de execução por quantia certa contra devedor solvente três realidades reclamam perfeita distinção: em primeiro lugar, o crédito do exequente (preso à relação de direito material consubstanciada no título de crédito); em seguida, a relação jurídico-processual de execução, instaurada pela propositura da demanda fundada no título; e, enfim, naqueles casos em que a satisfação do exequente o exija, a ação de desapropriação de bens integrantes do patrimônio do devedor.

Naquela oportunidade, recordei que este Tribunal se tem revelado verdadeiro paladino na efetiva garantia dos direitos assegurados na Constituição a benefício do proprietário, nas ações de desapropriação.

Também já antecipei meu entendimento de que não se compreende possa a desapropriação, só por se inserir nos autos de execução, resultar despojada dos requisitos processuais sem cuja observância a garantia constitucional fica comprometida.

Em se tratando de desapropriação (a ser efetuada com respeito às garantias processuais, sem prejuízo de ser o expropriado o devedor), é apropriada a advertência de Pontes de Miranda (invocado pelo eminente Relator), no ponto em que o egrégio processualista se reportou também à opinião de Zanzucchi.

Embutida, embora, na execução, é perfeitamente razoável (e mesmo incontornável) reconhecer que o ato final de expropriação (em que muitas vezes se desdobra e se exaure a execução contra devedor solvente por quantia certa) reveste a natureza de verdadeira sentença, pois não se constitui como mero ato de movimentação do processo, como são os despachos; nem é decisão interlocutória, pois não cuida de resolver questão de natureza processual, incidente ou emergente (CPC, artigo 162).

Trata-se, isto sim, de ato processual do Juiz, marcado pela maior importância, desde que destinado a projetar-se para fora do processo, de modo a alterar a realidade social, ao determinar que a propriedade do bem submetido à execução passe do executado para o arrematante ou para o adjudicatário.

A dificuldade, muitas vezes assinalada, de se reconhecerem estes atos processuais do Juiz como suscetíveis de impugnação por ação rescisória provém da referência expressa no CPC, artigo 485, a sentença de mérito.

Como, porém, classificar o ato do Juiz que finaliza, ultima e exaure a execução, mediante expropriação?

Muito mais razoável do que qualificar esse ato como mero despacho de expediente ou como decisão interlocutória, afigura-se-me reconhecer nele a eficácia própria e específica de sentença definitiva, como proposto por Pontes de Miranda; porque é o ato do Juiz que decide sobre a demanda de desapropriação, atribuindo

do o bem ao arrematante ou adjudicatário mediante a oferta e depósito de determinada quantia para assim se habilitar a receber a propriedade do bem levado à praça.

Quer-se dizer com isso que o Juiz se pronuncia sobre a pretensão expropriatória; e, assim, outorga ao adjudicatário (ou ao arrematante) a propriedade do bem penhorado e levado à praça, porque entende que foi efetuada a contraprestação que legitima o ato expropriatório.

Por outro lado, assim reconhecer o ato expropriatório final em que frequentemente o processo de execução se ultima e se exaure, como sentença definitiva (porque decide sobre a propriedade do bem e se projeta para realizar seus efeitos jurídicos para fora do processo, no âmbito da vida social) tem também a consequência utilíssima de restringir as possibilidades de agressão desse ato, em garantia, portanto, daquele que adquire a coisa na presença do Juiz; e, bem assim, daquele que sofre o ato de expropriação.

Contrariamente, como acentuado pelo eminente Ministro-Relator, como que se eternizaria a possibilidade de o arrematante (ou adjudicatário) ser incomodado por demanda de mera anulação de atos jurídicos em geral.

A luz destes argumentos, estou pronto a fixar meu entendimento nesta matéria ainda controvertida, sem prejuízo do devido respeito pelas doudas opiniões divergentes, no mesmo rumo aqui sustentado com tanto brilho pelo eminente Relator; e assim em conclusão, de afastar as preliminares para desimpedir a apreciação da demanda pelo mérito.

É como voto.

VOTO (VENCIDO QUANTO À
2ª PRELIMINAR)

O Sr. Ministro Miguel Ferrante:
Rejeito a primeira preliminar, nos

termos do voto do ilustre Relator, mas acolho a segunda. E o faço pedindo vênha a Sua Excelência e aos demais Ministros que o acompanharam, por considerar inadequada a ação. Com efeito, não tendo o arrematante participado da relação processual e não sendo, a qualquer título, sucessor do credor, afigura-se-me que não pode ser réu em ação rescisória. Ademais, inexistente, no caso, sentença de mérito com trânsito em julgado, a ensejar a pretensão rescisória, com supedâneo no artigo 485 do Código de Processo Civil.

Fico, pois, com a tese dos que sustentam que, na eventualidade, em sendo impossível a restituição das partes ao *status quo ante*, a demanda se resolva por perdas e danos. Aqui, a meu ver, tem plena aplicação a norma do artigo 486 do referido estatuto processual civil, que trata da rescisão dos atos jurídicos, que não dependam de sentença, ou em que esta for meramente homologatória.

VOTO
(PRELIMINAR — VENCIDO)

O Sr. Ministro Torreão Braz (vocal): Senhor Presidente, em relação ao Código de 1939, o eminente Ministro-Relator teria razão. O mesmo não ocorre, porém, em face do estatuto processual em vigor, que só admite ação rescisória contra sentença de mérito, sentença que define a lide (CPC, artigo 485). A decisão em arrematação é apenas homologatória, não define lide nenhuma, de modo que a espécie se enquadra na previsão do artigo 486. Ela pode ser anulada, nos termos da lei civil.

Assim entendendo, julgo inadmissível a ação.

EMENTA: Processual. Ação rescisória. Erro de fato.

A citação realizada em pessoa que não representa legalmente a firma executada, ainda mais com a agra-

vante de a qualificarem falsamente os Oficiais de Justiça como Gerente Administrativo, assim levando o Juiz a erro, contamina a relação processual e os atos decisórios, dando ensejo à ação rescisória (artigo 485, IX, do CPC).

VOTO (MÉRITO)

O Sr. Ministro Justino Ribeiro (Relator): Como esclarecido no relatório, a autora assenta o pedido rescisório nos itens III e IX do artigo 485, que tratam, respectivamente, da rescisão da sentença quando resultante de «dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida, ou de colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei» e «fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa». No primeiro caso, estaria o conluio da União, como exequente, com o Banco do Estado do Amazonas S.A., que veio a ser o único licitante e arrematador do imóvel penhorado, por preço quase três vezes inferior ao da avaliação. Ambos teriam agido com malícia, e de comum acordo, para fazer do processo executivo uma farsa. Teriam levado os Oficiais de Justiça a atribuir a um simples empregado da firma a falsa qualidade de Gerente Administrativo, coagi-lo a receber citação e intimação da penhora. Deste modo, forjariam à revelia da executada, que ficou destarte alheia ao processo, e, já na fase de alienação do imóvel, teriam realizado de modo irregular as publicações dos editais, com o objetivo, afinal conseguido, de colocar o Banco na posição privilegiada de único licitante em 2ª praça, daí resultando aquele preço vil, em prejuízo da executada, ora autora.

2. Não consigo vislumbrar, no conjunto probatório, o alegado conluio. Nem percebo qualquer propósito doloso. O que vejo — e, aliás, é comum nos executivos da Fazenda, sobretudo da União — é a absoluta displicência no preparar o ajuizamento

da ação e, principalmente, no acompanhar os atos processuais. No tocante à citação e penhora de bens, este Tribunal tem conhecimento, pelos freqüentes embargos de terceiro aqui chegados, que os órgãos administrativos e de representação judicial da União jamais se preocupam em trazer à Justiça os dados indispensáveis, relativamente aos representantes legais das firmas executadas. Somente quando o meirinho não as localiza, ou não lhes encontra bens a penhorar, porque evaporados, é que a União cuida de descobrir e apontar seus responsáveis, para contra estes dirigir a execução.

Isto é notório e sobejamente conhecido deste Tribunal. De modo que não preciso estender-me para mostrar que os autos não oferecem prova daquele comportamento doloso mas, sim, de que mais uma vez se repete a mesma desatenção dos órgãos da Fazenda, a mesma despreocupação, à espera de que o Juiz, assoberto de trabalho, cuide de tudo.

O mesmo se poderá dizer quanto às irregularidades ocorridas no processamento. Não vejo dolo. Apenas erros e desatenções comuns da Secretaria da Vara, com a total falta de policiamento de seus atos, tanto pela União como pelo Banco, que ao menos nessa fase tinha o dever de vigilância, pois que bem no início da execução habilitara crédito de certo vulto.

Aliás, esse dever de policiamento da regularidade do processo, que corria também ao Banco como credor habilitado e não como simples interessado na licitação, é mais um argumento em desfavor da idéia de dolo ou conluio. Com efeito, não se compreenderia que de propósito provocassem nulidades que fatalmente haviam de chegar ao conhecimento da executada e minar seus próprios interesses.

Concluo, pois, pela inocorrência de dolo.

3. Já no tocante à questão do erro, penso não se poder duvidar de que, em verdade, nele se manteve o Juiz desde o início da execução, o que contamina todos os atos decisórios nela praticados.

Todos estão de acordo, inclusive os réus, em que a citação inicial da execução e bem assim a intimação da penhora não se fizeram na pessoa do representante legal da firma nem de quem tivesse poderes para tal, o que é causa, não já de nulidade da citação cominada no artigo 247 do CPC, mas de sua própria inexistência jurídica.

4. Pretendem os réus que a falha estaria suprida pelo fato de que, até alguns dias antes da citação, o Sr. José Nilo Costa Filho era detentor da procuração de fl. 199, com amplos poderes de administração e de representação, em Juízo ou fora dele, alegando-se, ainda, que esse mandato teria sido prorrogado tacitamente pela circunstância de o referido cidadão haver continuado a atuar em nome da firma sem oposição dos sócios desta, que nem permaneciam em Manaus. E esta atuação de fato em nome da firma se comprova não só por documentos trazidos pelo Banco (fls. 203/204v.) mas também pelo próprio depoimento dele, onde afirma que na ausência do Gerente «a gente respondia». Eis, para maior clareza, o trecho correspondente do depoimento:

«O declarante teve uma procuração da firma pelo prazo de 1 (um) ano, quando esta já estava em declínio. Sr. João, o proprietário, quase não ficava aqui, morando em São Paulo. Na ausência dele «Agente Respondia», digo, «A gente respondia». Quando houve a citação, seu João havia viajado ou para Belém ou São Paulo, tendo dito que tentaria salvar a firma. O Oficial de Justiça ponderou ao de-

clarante que como ele era já depositário de bens na Justiça do Trabalho, não haveria problema nenhum neste caso. O declarante não teve meios de entrar em contacto com o seu João e assim assinou a execução» (fl. 282).

5. A meu ver, porém, isto não ilide o libelo porque, seja como for, o erro a que foi levado o Juiz quanto à qualificação da pessoa citada é inegável, desde quando designada nas certidões dos Oficiais de Justiça como Gerente Administrativo, quando, no máximo, se trataria de um mandatário. Mencionassem as certidões esta qualificação, e já seria o bastante para o magistrado atentar para a necessidade de juntada do instrumento próprio. O erro se desfaria. A afirmativa falsa tirou ao magistrado a possibilidade de atinar com a grave falha.

6. Mas, em verdade, José Nilo Costa Filho já nem era mandatário da empresa. A procuração com prazo determinado, trazida aos autos pelo próprio 2º réu, milita contra qualquer idéia de prorrogação, que no caso teria de ser feita por escrito (artigo 1.316, IV, do Código Civil). Por outro lado, e pela mesma razão, não se pode pensar na hipótese de gestão de negócios nem na proteção a terceiros de boa fé (artigo 1.321).

Também não melhora a situação dos réus o fato de o mesmo cidadão haver tido comportamento idêntico em outros casos. Além de os atos processuais de citação e intimação serem atos do poder público, por cuja regularidade devem velar as próprias autoridades e as pessoas a quem interessam — e não aqueles a quem prejudicam — todos sabemos que qualquer ato praticado em nome de outrem sem os necessários poderes só produz efeito quando ratificado.

7. Quanto às irregularidades atinentes à alienação forçada do bem, a ponto de o mesmo ser levado à 2ª

praça sem que a primeira tivesse sido realizada (certidão de fl. 111), são sem dúvida outros erros lastimáveis, que nulificam a arrematação em face dos artigos 686, VI, e 687. Com efeito, o que abre ensejo à 2ª praça, com a venda do bem a quem mais der, é a ausência de lance suficiente na primeira; não a falta de realização desta.

8. A inexistência jurídica da citação faz desaparecer *ex radice* a relação processual, de modo que nem se poderia falar, no caso, em revelia. E, por outro lado, a arrematação está igualmente viciada de nulidade.

9. Isto levaria, se o quisesse a autora, à possibilidade da propositura da ação de nulidade de toda a execução, quer pela ausência ou nulidade do processo em que concretizada, quer (suposto se aceitasse a tese do não cabimento da rescisória argüida pelos réus) pela incidência do artigo 153, § 4º, da Constituição. Isto porque a ausência de sentença de mérito, que o Código vigente erigiu em óbice à propositura da rescisória, ou a ausência pura e simples de sentença como querem os que a julgam dispensável na execução, leva logicamente à ausência da prestação jurisdicional, que, como é sabido através de séculos de elaboração científica, somente é dada por sentença. Logo, aberto estaria ao prejudicado o caminho do artigo 486, como defendido no Acórdão trazido pelo 2º réu à fl. 207, pois o preceito constitucional referido não se compadece com a falta de prestação jurisdicional.

10. A mim, todavia, como sustentei em preliminar e o tenho feito noutros julgamentos, se me afigura inaceitável a referida tese. Se a autora, ao invés da *actio nullitatis*, que tanto pode vir nos embargos do executado por título judicial (artigo 741, I, do CPC) como sob forma autônoma, optou pela rescisória e — mais — quis limitá-la à carta de

arrematação, que é igualmente sentença como procurei demonstrar, não há como se lhe recusar esse caminho se os pressupostos se cumprem.

11. **Ex positis**, julgo procedente o pedido para, como adiantei em preliminar, rescindir ou anular a carta de arrematação e determinar que o Juiz de 1º grau, mantidos os demais atos, inclusive a penhora, proceda a novo praxeamento do imóvel, na forma da lei. Se impossível, que se resolva em perdas e danos, como se apurar. De igual modo e no mesmo processo se apurarão eventuais prejuízos da autora, feitas as necessárias compensações. Condene os réus em honorários de advogado, à razão de 10% para cada, tomado por base o valor atribuído à ação.

É o voto.

VOTO MÉRITO

O Sr. Ministro Bueno de Souza: Senhor Presidente, no tocante à rescisória com fundamento no inciso IX, também, como fez o Senhor Ministro-Relator, julgo-a procedente.

Não importa que o artigo 140 do Código do Comércio disponha poder o mandato mercantil ser outorgado por instrumento público ou particular (nesta última classe podendo-se incluir as cartas missivas): certo é que o mandato poderá provar-se por testemunhas, nos casos em que é admissível este gênero de prova.

Este dispositivo (tão antigo, como acaba de assinalar o Sr. Ministro Miguel Ferrante), no entanto, ainda está em vigor.

No caso, a contestação levantou questão que, a meu ver, merece resposta do Juiz, a saber: que a empresa executada teria sido validamente citada, desde que a notícia da demanda foi dada a quem a praça de Manaus reconhece como procurador da empresa. E é sabido que o mandato mercantil pode ser verbal (e

doutro modo não poderia ser, porque poderíamos ver declarada a nulidade das aquisições de gravatas, sapatos e gêneros alimentícios nos supermercados e magazines...).

Também não socorre à ré, penso, o artigo 145 do mesmo Código de Comércio, quando diz:

«O mandato geral abrange todos os atos de gerência conexos e consequentes, segundo se entende e pratica pelos comerciantes em casos semelhantes no lugar da execução; mas, na generalidade dos poderes não se compreendem os de alhear, hipotecar, assinar fianças, transações, ou compromissos de credores, entrar em companhias ou sociedades, nem os de outros quaisquer atos para os quais se exigem neste Código poderes especiais.»

Tais dispositivos do velho Código, em verdade, não amparam a contestação da rescisória, precisamente porque, no tocante ao modo de representação destas empresas em Juízo, temos lei nova, ou seja, o CPC, que, no artigo 12, dispõe:

«Serão representados em Juízo:

VI — as pessoas jurídicas por quem os respectivos estatutos designarem, ou não os designando, por seus diretores.»

Neste caso, não é razoável aplicar a norma segundo a qual os diretores (como tais indicados pelos atos de constituição das empresas) podem fazer-se representar, para os atos do processo, por pessoas indicadas segundo mera prova testemunhal.

O instrumento escrito, ademais, se reporta a mandato já vencido, como ressaltou o Senhor Ministro-Relator.

Isto, a meu ver, é o bastante para justificar a procedência da rescisória, já que a praça se realizou e desaguou na adjudicação pleiteada por terceiros, sem que a executada tivesse sido válida e eficazmente citada na pessoa de um dos seus direto-

res, indicados pelos seus atos de constituição; ou de quem, desengadamente, estivesse habilitado para receber citação, uma vez que, também neste ponto, o Código de Processo Civil supre lacuna do Código do Comércio, ao reclamar mandato expresso para receber citação.

Este fundamento parece-me suficiente.

O Senhor Ministro-Relator foi adiante e reportou-se, também, ao fato de uma segunda praça se ter efetuado, o que se mostra como motivo a mais.

Mas, como ressaltai, a simples ausência de citação válida e eficaz permite configurar-se a ocorrência de erro de fato, isto é, de supor o Juiz tivesse sido válida e eficazmente citada a empresa executada, quando, em verdade, não o foi, pois o magistrado que presidiu a arrematação supôs fato que não ocorreu, indispensável para a existência do processo.

Acompanho, portanto, o Senhor Ministro-Relator.

VOTO

O Sr. Ministro Américo Luz: Sr. Presidente.

O artigo 249 do Código de Processo preceitua:

«O Juiz, ao pronunciar a nulidade, declarará que atos são atingidos, ordenando as providências necessárias, a fim de que sejam repetidos, ou retificados.

§ 1º O ato não se repetirá nem se lhe suprirá a falta quando não prejudicar a parte.»

Ora, no caso, a própria autora da ação rescisória pede exclusivamente seja declarada, reconhecida pelo Tribunal, a nulidade da arrematação, portanto, acompanho o eminente Ministro-Relator.

VOTO

O Sr. Ministro Torreão Braz (Vocal): Senhor Presidente, o Relator

tem razão, porque da conjugação dos artigos 12, VI e 215 resulta que a citação da pessoa jurídica deve ser feita na pessoa do seu representante legal, isto é, aquele que os respectivos estatutos designarem.

Entretanto, manifesto discordância no ponto em que S. Exa. restringe a nulidade apenas ao ato de arrematação. Sendo o fundamento do pedido a nulidade da citação inicial, a desconstituição há de abranger esse ato processual.

Portanto, a citação inicial, inclusive.

EXTRATO DA MINUTA

AR nº 765 — AM — Registro nº 3.234.754 — Rel.: O Sr. Ministro Justino Ribeiro. Autores: Le Toupet — Indústrias Reunidas Ltda. Réus: União Federal e Banco do Estado do Amazonas S.A. Advs.: Paulo Miguel de Oliveira e outro, Francisco das Chagas Melo e outros, Luiz Gastão de Carvalho Cunha e Sérgio Gonzaga Dutra.

Decisão: A Seção, apreciando a primeira preliminar, rejeitou-a por unanimidade; quanto à segunda, rejeitou-a por maioria e no mérito, por unanimidade, julgou procedente a ação, com ressalva do ponto de vista do Sr. Ministro Torreão Braz que a julgava procedente com maior extensão. Sustentou oralmente pela autora o Dr. Sérgio Gonzaga Dutra e pela União Federal, o Dr. José Arnaldo Gonçalves de Oliveira. Subprocurador-Geral da República. (Segunda Seção — 2-9-82).

Quanto à primeira preliminar, votaram com o Relator os Srs. Mins. Bueno de Souza, Sebastião Reis, Pedro Acioli, Miguel Ferrante, Américo Luz, Armando Rollemberg, Moacir Catunda e Torreão Braz. Quanto à segunda preliminar, votaram com o Relator os Srs. Ministros Bueno de Souza, Sebastião Reis, Pedro Acioli, Américo Luz e Armando Rollemberg, vencidos os Srs. Ministros Mi-

guel Ferrante, Moacir Catunda, e Torreão Braz. Quanto ao mérito, votaram com o Relator os Srs. Ministros Bueno de Souza, Sebastião Reis, Miguel Ferrante, Pedro Acioli, Américo Luz, Armando Rollemberg,

Moacir Catunda e Torreão Braz. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Washington Bolívar. Ausentes, por motivo justificado, os Srs. Ministros Carlos Velloso, Wilson Gonçalves e Pádua Ribeiro.

EMBARGOS INFRINGENTES NA AÇÃO RESCISÓRIA Nº 765 — AM
(Registro nº 3.234.754)

Relator Originário: O Sr. Ministro Carlos Velloso

Relator para o Acórdão: O Sr. Ministro Bueno de Souza

Embargantes: União Federal e Banco do Estado do Amazonas S.A.

Embargada: Le Toupet — Indústrias Reunidas Ltda.

Advogados: Drs. Paulo Lobato Teixeira e outros, Sérgio Gonzaga Dutra e outros

EMENTA

Processual Civil.

Ação rescisória: meio processual adequado à anulação de arrematação.

Equivalência da arrematação, como ato judicial de expropriação de bem pertencente ao executado, a verdadeira sentença de mérito, como ato expropriatório. Interpretação do artigo 646 do CPC.

Subsídios, nesse sentido, de Amílcar de Castro e Pontes de Miranda.

Precedentes do Supremo Tribunal Federal.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas.

Decide a Segunda Seção do Tribunal Federal de Recursos, por maioria, rejeitar os embargos, vencidos os Srs. Ministros Carlos Velloso, Wilson Gonçalves, Miguel Ferrante e Pádua Ribeiro, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 19 de junho de 1983 (Data do julgamento) — Ministro **Moacir Catunda**, Presidente — Ministro **Bueno de Souza**, Relator p/ o Acórdão.

Indicado pelo Sr. Min. Carlos Velloso.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Carlos Velloso: Trata-se de ação rescisória para desconstituir carta de arrematação expedida em execução fiscal movida à autora pela 1ª ré, União Federal, sendo arrematante o 2º réu, Banco do Estado do Amazonas S.A., ação que, no mérito, foi julgada procedente, por unanimidade, pela Egrêgia Segunda Seção, Relator o Sr. Ministro Justino Ribeiro (fls. 319/356). Acontece que, no julgamento da causa, foram suscitadas duas preliminares: a) carência de ação; b) impropriedade da ação. A primeira, de carência, foi rejeitada, unanimemente.

A segunda, todavia, de impropriedade da ação, foi também rejeitada, mas por maioria, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, restando vencidos os Senhores Ministros Miguel Ferrante, Moacir Catunda e Torreão Braz. No particular, votou assim o Sr. Ministro Justino Ribeiro, Relator (fls. 327/334):

«4. Passo à outra preliminar — esta, sim, de alguma substância — ou seja, a de impropriedade da ação. Sustentam os réus, com apoio em algumas opiniões doutrinárias e dois ou três precedentes judiciais que apontam às fls. 205/210, não ser cabível ação rescisória de carta de arrematação. A razão estaria em que:

a) de um lado, a carta de arrematação não seria sentença, ou seria resultado apenas de sentença homologatória dos atos de arrematação; e

b) doutro lado — e aqui se aponta decisão que vai mais além para esposar tese que tenho repellido e, **data venia**, continuo repelindo — de que o processo executório não ofereceria sanção à ação rescisória porque nele não há sentença.

Vale a pena transcrever a r. decisão que com esta amplitude se opõe ao processo rescisório. É uma decisão do Egrégio 1º Tribunal de Alcada do Rio de Janeiro, por sua 4ª Câmara Cível, e diz o seguinte:

«Ação Rescisória. Propositura em razão de processo executório. Descabimento. Descabe a ação rescisória se não há sentença de mérito. No processo de execução não há sentença, de sorte que incabível é a ação rescisória para rescindir qualquer ato dele decorrente.»

5. Já combati, em recente julgamento do Incidente de Uniformização de Jurisprudência no Ag. nº 41.165-SP, essa afirmativa de que no processo executivo não há sen-

tença. Não pretendo voltar à questão, mesmo porque entendo que não é função do Juiz nem dos Tribunais preocuparem-se com doutrinas. Entendo que um Tribunal deve preocupar-se com a lei e o fato, buscando a doutrina ou a jurisprudência somente como subsídio de interpretação. **Non exemplis sed legibus judicandum est.** E nesta busca da análise da lei e do fato, do fenômeno jurídico sobre o qual, como Juiz, devo proferir decisão, tenho sempre em mente a advertência de Pontes de Miranda, que, antes das doutrinas, escritas muitas vezes com base em sistemas jurídicos diferentes do nosso, e por vezes simplesmente copiadas, recomendava o que ele sempre praticou: o exame meditado da questão a ser resolvida, tendo por guia a lei e os princípios. Ele nos alertava, sempre, contra o

«...cotejamento perigoso de direito comparado, perturbador do pensamento de cada país e (gerador) de confusão grave, no Brasil.»

Dizia que

«Só de uma coisa somos dependentes: da verdade das reflexões e experiências alheias e das nossas próprias.» (Prólogo aos «Comentários ao Código de Processo Civil», de 1939).

E acentuava, além disto, que

«Um dos males da civilização está no que escrevem sobre o direito os que somente conhecem o que se escreveu sobre ele. É com tijolos, barro e madeira que se constrói, ou com ferro e cimento. Não se pode edificar, criar, com estampas de casas, ou com o que se escreveu sobre a história das construções, ou sobre o estilo. O direito de um povo, por mais integrado que esteja em certa zona de cultura, tem seu estilo, e vive dentro dele.» (Prefácio à 2ª edi-

ção da mesma obra, 1958, Forense).

6. Se aceitarmos que no processo de execução não há sentença quando não opostos embargos, ou que os atos de arrematação, culminantes com a respectiva carta, não contêm sentença, temos de aceitar a alternativa pouco honrosa para a Justiça, de que em tais casos o aparelho judiciário obraria por simples atos materiais, sem qualquer efeito de julgamento. E, daí, a consequência seria ficarem tais atos sujeitos a resoluções dos próprios jurisdicionados, ou às ações ordinárias comuns.

Esta, aliás, a solução para que tende uma das respeitáveis decisões trazidas pelos réus em apoio de sua tese.

Diz, com efeito, o v. Acórdão das Câmaras Cíveis Reunidas do Egrégio Tribunal de Justiça de Pernambuco, citado pelos réus, que

«A sentença que homologa auto de arrematação não comporta rescisória, devendo ser atacada como os atos jurídicos em geral (artigo 486 do CPC).» (Ação Rescisória nº 75.928, fl. 206 destes autos).

7. O prevalecimento dessa tese seria, aliás, pior para os réus, que ficariam destarte sujeitos ao alvejamento por ação ordinária comum de nulidade (**querela nullitatis**) com todas as consequências de ampla apreciação dos fatos e prazo prescricional ordinário. Teriam eles meditado nisto ao oporem a preliminar? Não creio.

8. Não me estenderei mais sobre a questão. Peço licença para transcrever o voto que em questão idêntica proferi na Egrégia 5ª Turma. Havia-se anulado, ou rescindido, em ação ordinária, uma carta de arrematação. Houve apelo da parte vencida e eu, com o honroso apoio, para mim, dos colegas da 5ª

Turma, votei pela anulação da sentença, por incompetência do Juiz de 1º grau. Disse eu:

«A primeira questão importante a ser observada neste processo, questão que geralmente escapa a quem se serve das obras de Pontes de Miranda para simples consulta, é a impropriedade terminológica existente no artigo 486 do CPC. Impropriedade que já vem do parágrafo do artigo 800 do Código de 1939. Diz a lei que

«Os atos judiciais, que não dependem de sentença, ou em que esta for meramente homologatória, podem ser rescindidos, como os atos jurídicos em geral, nos termos da lei civil.»

Ora, à parte a imperfeição gramatical do texto, cumpre desde logo ver-se que atos judiciais não podem ser rescindidos nos termos da lei civil. Atos judiciais só se rescindem nos termos da lei processual. A lei quis referir-se aos atos das partes praticados em Juízo, ou trazidos a Juízo. Veja-se, a respeito, os comentários do citado jurista, redigidos especificamente para o artigo 486, porque os comentários gerais que ele faz a cada capítulo, além de longos demais para quem tem pressa, só são assimiláveis por quem já penetrou o rigor de metodologia científica que esse ilustre autor imprimiu a suas obras jurídicas. Diz ele, nos já referidos comentários específicos:

«Atos «Judiciais», diga-se «atos das partes em Juízo», isto é, nele insertos, ou nele praticados. A alusão à rescisão, se não houve homologação, apenas frisa que a invalidade alcança o ato de inserção ou de prática no processo. Houve o reflexo da processualidade.

O artigo 486 não se refere a atos jurídicos praticados fora do processo, salvo os que vêm a ele para homologação. Os atos têm de ser atos das partes, e não do Juiz, a despeito do adjetivo «judiciais». (cf. Pontes de Miranda, «Comentários ao Código de Processo Civil», VI, 343).

2. Por aí já se vê que não tem razão a apelada em pretender que a venda judicial feita através da arrematação, que é ato judicial inserto na carta de arrematação, e não simplesmente ato das partes em Juízo, se rescinda de outro modo que não pela ação rescisória. E aqui peço vênia também à douta Subprocuradoria-Geral da República, porque, se a carta de arrematação é sentença — e nisto até a apelada está de acordo — não há como se pretender que ela se rescinda como os atos do direito civil ou, como disse o douto órgão, por ação ordinária. Outrossim, não me parece tão cômoda a posição do INPS, pois, se vier a ser anulada a arrematação da qual proveio o dinheiro com que ele se pagou na execução, não creio que ele possa ficar de dedo na lapela. Ele foi citado e não se defendeu (fl. 74), mas a sentença o apanhou (fl. 124), havendo puro equívoco cartorário em fazê-lo figurar como apelado.

3. Há mais, porém. A arrematação se completa com a expedição da carta, e dela não pode dissociar-se. Tanto que, em se tratando de imóvel, é a carta que se leva à transcrição. Já se vão longe os tempos em que se pensava na arrematação como negócio de venda e compra entre executado e o arrematante. O executado não entra nesse negócio porque desde a penhora perdeu o poder de disposição do bem (cf. Pontes de Miranda, ob. cit., Tomo

X, págs. 255/6). A arrematação é entre o Estado, através do Juiz, e o arrematante. E é sentença. E sentença constitutiva; não, homologatória, como quer a apelada, citando comentários do insigne autor a esta espécie.

A carta de arrematação é sentença constitutiva (pois que transfere direito) proferida em ação incidente no processo executivo. Ouçamos de novo a Pontes de Miranda. Diz ele, citando Marco Tullio Zanzucchi:

«... o terceiro que se posta para fazer «oferta de aquisição», é terceiro que intervém no processo de execução, e intervindo, propõe demanda judicial, a demanda de lhe ser entregue a coisa pelo preço que ele oferece e promete pagar. De outro lado, não está a aceitação, mas a aprovação do magistrado.» (Pontes, ob. cit., Tomo X, pág. 351).

E mais adiante, com clareza latina:

«Ora, a arrematação é negocial, porque há o pressuposto da concordância de duas declarações de vontade, e a decisão do Juiz, constitutiva. A arrematação é, pois, processo de ação constitutiva, metido, sagitalmente, no processo de execução.» (pág. 352).

E mais adiante, ainda:

«Quem exerce o poder de dispor, nas arrematações e adjudicações, é o Estado, e não o exequente ou o síndico da massa concursal. Há o ato jurisdicional, que cobre o negócio jurídico bilateral em que são figurantes o Estado e o arrematante ou o adjudicatário.» (pág. 353).

4. Isto basta, segundo creio para:

a) assentar-se que a carta de arrematação é sentença e sentença constitutiva, envolvendo ato jurídico que não pode, de modo

algum, cair sob o artigo 486 do CPC; e

b) concluir-se que qualquer feito dela ou qualquer nulidade anterior a ela, se não foram atacados a tempo por embargos, somente poderão ser discutidos em ação rescisória do artigo 485.

Do contrário, seria o caso de perguntar-se: em que ficaria a atividade jurisdicional do Estado, se depois de concluído com a recomposição do patrimônio do autor, recomposição que se fizesse pela venda forçada de bens do réu, como aqui, pudesse este, através de ação ordinária, proposta perante qualquer Juiz, ir molestar o autor adjudicatário do bem ou o terceiro arrematante? (Voto na AC nº 62.168-SP).

9. Fiel a esse entendimento, rejeito a preliminar. Relembro todavia, porque não custa nada, que a alternativa seria pior para os réus, como assinalado acima, pois o que é certo é que, em nosso rígido sistema jurídico, vigora o § 4º do artigo 153 da Constituição, segundo o qual «a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual.» Portanto, se se vem a concluir que não cabe rescisória porque no caso não haveria sentença — o que viria a ser a ausência de apreciação judicial — a força do preceito constitucional imporia o caminho da ação ordinária. Não sei se haveria preceito idêntico nos países donde provém a doutrina que rejeito. Aqui ele existe.

10. Finalmente, cabe, ainda em âmbito preliminar, aclarar aqui uma questão já resolvida no v. Acórdão que confirmou o saneador de fls.. A propósito de preliminar nesse despacho repelida, disse eu:

«Os réus suscitaram preliminares de inépcia da inicial e de impropriedade e carência da ação.

Ao Relator cumpre decidir desde logo a primeira (artigo 33, I, do RI), o que faço rejeitando-a, porquanto o pedido, exarado à fl. 19 e, por força do despacho de fl. 127, esclarecido à fl. 133, preenche com segurança os pressupostos do *iudicium rescindens* e aponta a direção do *iudicium rescissorium*, cujos limites cabe ao Tribunal determinar.» (fl. 219).

Pois cabe agora fixar os limites do Juízo rescisório, a ser observado no caso de se dar aqui pela procedência do *iudicium rescindens*, ou do pedido rescindente. Rescindida a carta como pede a autora, volta a execução apenas ao estado anterior à arrematação. O que o Juiz decidiu, com ou sem sentença, a respeito da execução proposta pela União, e que a própria autora desta rescisória deixou claro que não discutia, fica de pé. Ao Juiz de 1º grau caberá, no âmbito do *iudicium rescissorium*, retomar os procedimentos de arrematação, antes determinando, como é óbvio, o cancelamento do eventual registro da carta rescindida. O que lá se decidiu quanto à procedência do crédito da União fica de pé. A penhora também. Retomam-se apenas os procedimentos concernentes à arrematação, como se esta não tivesse havido. *Non solum super nullitate, verum etiam super iustitia vel iniustitia ipsius sententiae pronunciare potest eo modo quo iudex primus pronunciare debebat.*

Se, como aventado pela autora, tal solução resultar materialmente impossível, tudo se resolverá em perdas e danos, assim como os prejuízos que lhe hajam advindo do período em que tenha estado ilegalmente privada do bem (vide saneador, fl. 219), feitas as necessárias compensações. Tudo se resolverá no próprio Juízo da execução, assim transmudado em Juízo res-

cisório (*iudicium rescissorium*), pois sem ter havido recurso, como não houve, não cabe solucionar o problema neste Tribunal, assim suprimindo uma Instância.

11. Ante o exposto e com as observações que acabo de fazer, rejeito as duas preliminares».

.....
(fls. 327/334).

O primeiro voto vencido, na preliminar de não cabimento da ação rescisória, do Sr. Ministro Miguel Ferrante, está assim concebido (fl. 344):

«Rejeito a primeira preliminar, nos termos do voto do ilustre Relator, mas acolho a segunda. E o faço pedindo vênias a Sua Excelência e aos demais Ministros que o acompanharam, por considerar inadequada a ação. Com efeito, não tendo o arrematante participado da relação processual e não sendo, a qualquer título, sucessor do credor, afigura-se-me que não pode ser réu em ação rescisória. Ademais, inexiste, no caso, sentença de mérito com trânsito em julgado, a ensejar a pretensão rescisória, com supedâneo no artigo 485 do Código de Processo Civil.

Fico, pois, com a tese dos que sustentam que, na eventualidade, em sendo impossível a restituição das partes ao *status quo ante*, a demanda se resolve por perdas e danos. Aqui, a meu ver, tem plena aplicação a norma do artigo 486 do referido estatuto processual civil, que trata da rescisão dos atos jurídicos, que não dependam de sentença, ou em que esta for meramente homologatória.»

..... (fl. 344).

Assim o 2º voto vencido, na referida preliminar, do Sr. Ministro Torreão Braz (fl. 345):

«Senhor Presidente, em relação ao Código de 1939, o eminente Ministro-Relator teria razão. O

mesmo não ocorre, porém, em face do estatuto processual em vigor, que só admite ação rescisória contra sentença de mérito, sentença que define a lide (CPC, artigo 485). A decisão em arrematação é apenas homologatória, não define lide nenhuma, de modo que a espécie se enquadra na previsão do artigo 486. Ela pode ser anulada, nos termos da lei civil.

Assim entendendo, julgo inadmissível a ação».

..... (fl. 345).

O 3º voto vencido, do Sr. Ministro Moacir Catunda, foi de adesão.

No que interessa, no momento, decidiu a Egrégia Segunda Seção que a carta de arrematação é sentença, e sentença constitutiva, que só se rescinde pela ação rescisória de sentença, prevista no artigo 485 do CPC (fl. 355).

Com base nos votos vencidos, a União Federal apresenta embargos infringentes. Sustenta a embargante que a ação rescisória é imprópria para o desfazimento de carta de arrematação (fls. 358/364).

Também o Banco do Estado do Amazonas S.A. apresentou embargos infringentes, objetivando a prevalência da tese de que não é cabível a rescisória contra o ato da arrematação pelos motivos postos nos votos vencidos (fls. 366/371).

Os embargos foram impugnados (fls. 374/381). Posteriormente, a embargada arguiu a intempestividade dos embargos do Banco do Estado do Amazonas S.A. (fls. 383/384).

É o relatório.

INTRODUÇÃO AO VOTO

O Sr. Ministro Carlos Velloso (Relator): Senhor Presidente, o eminente advogado colocou da tribuna a questão do descabimento, no caso, dos embargos infringentes. Invocou S. Exa. a Súmula nº 211, do Supremo Tribunal Federal, a dizer:

«Contra a decisão proferida sobre o agravo no auto do processo, por ocasião do julgamento da apelação, não se admitem embargos infringentes ou de nulidade.»

Com a devida vênia, rejeito a arguição.

O enunciado na Súmula nº 211 ratifica, aliás, entendimento que sustento, no sentido de que da decisão proferida em agravo retido não cabem embargos infringentes.

No caso, todavia, a decisão não foi proferida em agravo retido. A decisão diz respeito a uma prejudicial do exame do mérito e foi proferida por ocasião do julgamento da ação rescisória. E o Código de Processo Civil, no artigo 530, é expresso no estabelecer que «cabem embargos infringentes, quando não for unânime o julgamento proferido em apelação e em ação rescisória, se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto da divergência.»

No particular, o desacordo no julgamento da ação rescisória deu-se quanto a uma prejudicial do exame do mérito da ação, e, conforme vimos, o artigo 530 do CPC não faz, ao cuidar do cabimento dos embargos infringentes, a distinção que de forma tão inteligente foi posta da tribuna pelo eminente advogado.

Com estas considerações, rejeito a arguição de descabimento dos embargos infringentes.

VOTO PRELIMINAR

O Sr. Ministro Pádua Ribeiro: Sustentou o ilustre advogado, da Tribuna, que o trânsito em julgado da decisão de mérito seria impeditivo do conhecimento dos embargos. Mas, segundo assinalou o eminente Ministro Velloso, as decisões embargáveis são tanto as decisões de mérito quanto as decisões que digam respeito à matéria preliminar, matéria processual. Ora, assim sendo, a eficácia da decisão de mérito está condicionada à eficácia da decisão preli-

minar. Decidida a questão preliminar no sentido do descabimento da ação rescisória, obviamente que todos os atos processuais subseqüentes se eivarão de nulidade. Inclusive, pois, ficará comprometida a decisão de mérito.

Por isso, acompanho S. Exa. o Sr. Ministro Carlos Velloso.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Velloso (Relator): Os embargos são tempestivos. De feito: o Acórdão foi publicado no DJ de 25-11-82 (fl. 357). Os embargos da União foram apresentados em 1-12-82 (fl. 358), perfeitamente dentro do prazo legal. Também isto ocorreu com os embargos do Banco do Estado do Amazonas: é que o prazo, no caso, seria contado em dobro para este, na forma do artigo 191, CPC. Publicado o Acórdão em 25-11-82, sobreveio o recesso do Tribunal no dia 20-12-82 (RI, artigo 73, § 2º, I), suspendendo-se o prazo (RI, artigo 94), que recomeçou a fluir no dia 1º-2-83 (RI, artigo 94, § 1º), terminando no dia 7-2-83, 2ª feira. Apresentados os embargos em 1-2-83, deuse tal apresentação tempestivamente. Conheço, pois, dos embargos.

Examino o mérito dos recursos.

No sistema processual brasileiro, só a sentença — e sentença de mérito — é que pode ser atacada por meio da ação rescisória (CPC, artigo 485). Isto quer dizer que só as sentenças proferidas com base no artigo 269, CPC, é que poderão ser objeto da ação rescisória.

Indaga-se: a arrematação, ou a carta de arrematação, poderia ser rescindida por meio da ação rescisória?

Pontes de Miranda responde pela afirmativa, e o faz, ao que me parece, isoladamente («Comentários ao CPC», Forense, 1975, Tomo VI, pág. 353). Em verdade, os doutrinadores, de forma praticamente unânime,

sustentam que «a arrematação não é sentença e portanto não pode ser recorrida nem atacada com ação rescisória.» (Liebman, «Processo de Execução», Saraiva, 2ª ed., 1963, pág. 110).

A arrematação, segundo o estatuto processual vigente, não depende de sentença, não exige sentença (CPC, artigo 694). E se o exigisse, ela seria simplesmente homologatória. Num caso e noutro, estaria afastada a rescisória, diante do estabelecido no artigo 486, CPC: «Os atos judiciais que não dependem de sentença, ou em que esta for meramente homologatória, podem ser rescindidos, como os atos jurídicos em geral, nos termos da lei civil».

Leciona José Frederico Marques: «Contra o despacho do Juiz mandando expedir a carta de arrematação, não cabe recurso algum (artigo 504), e tampouco contra a referida carta. Anular-se a arrematação, quando não mais cabível **petitio simplex** (retro, nº 889), inadmissível será a propositura de ação rescisória: o remédio adequado será a ação a que se refere o artigo 486 (retro, nº 710)». (José Frederico Marques, «Manual de Dir. Processo Civil», Saraiva, 1976, IV/196).

Luiz Eulálio de Bueno Vidigal afirma, categoricamente, que a arrematação «é anulável por ação ordinária, como os atos jurídicos em geral» («Da Ação Rescisória dos Julgados», Saraiva, pág. 42; «Comentários ao CPC», Edit. Revista dos Tribunais, 1974, VI/161). Acrescenta, entretanto, o eminente processualista, «se, porém, forem apresentados à arrematação embargos do executado ou de terceiros, será necessária ação rescisória para anular a decisão neles proferida», raciocínio aplicável à adjudicação e à sentença de remição (Obras citadas, págs. 43 e 162/163).

O critério de Bueno Vidigal, para o diagnóstico do cabimento da ação

rescisória ou da ação anulatória, foi acolhido por Marcos Afonso Borges («Comentários ao CPC», Ed. Univ. de Direito, 1975, II/195-197).

Antônio Macedo de Campos alinha-se entre os que não admitem ação rescisória contra a arrematação. Escreve: «Face à legislação específica não há necessidade de sentença para que, assinado o auto de arrematação ela se considere perfeita e acabada. Sua anulação deverá ser através de ação ordinária.» («Ação Rescisória de Sentença», Sugestões Literárias, 1976, pág. 128).

Dessa posição não discrepa Sérgio Sahione Fadel, ao ensinar que a arrematação (CPC, artigo 684) e adjudicação (CPC, artigo 715) «são rescindíveis, ou anuláveis, por ação direta, processável perante o mesmo Juiz que os praticou, pela mesma forma com que se rescindem os atos jurídicos em geral. Em casos tais, não há, pois, que falar em ação rescisória para desconstituí-los.» («O Processo nos Tribunais», Forense, 1981, pág. 72).

Odilon de Andrade, comentando o artigo 800, parágrafo único, do CPC, 1939, opina pela ação anulatória em se tratando de anulação da arrematação («Comentários ao CPC», Forense, 1946, IX/87).

Carvalho Santos já ensinava, em 1941, que «contra a arrematação, adjudicação ou remição, ou ainda contra qualquer ato que independa de sentença, ou em que esta seja apenas homologatória, não pode ser exercida a ação rescisória. Mas contra a sentença que desprezar os embargos opostos a qualquer daqueles atos, sem dúvida, poderá ser intentada a ação rescisória, hipótese em que a nulidade será apreciada então, sem ser por via da ação anulatória.» («Código de Processo Civil Interpretado», Edit. Freitas Bastos, 1941, IX/163-164). Jair Lins, que honrou as letras jurídicas nacionais, em trabalho publicado na «Revista Forense»,

vol. 41, pág. 35, «sustentou a verdadeira doutrina», segundo Carvalho Santos aplicável no caso ora versado (Carvalho Santos, ob. cit., pág. 164).

Coqueijo Costa, no seu excelente «Ação Rescisória», afasta a possibilidade do ajuizamento da ação rescisória contra a arrematação, a adjudicação e a remição de bens, por não existir «ação de arrematação, nem ação de remição» de bens. A «sentença» da carta de remição é decisão interlocutória, agravável de instrumento (CPC, artigos 790 e 558). Na adjudicação surge um incidente da execução que cessa com uma decisão interlocutória (esse o sentido de «sentença» do artigo 715, § 2º, do CPC), sujeita a agravo de instrumento e anulável por ação anulatória.» («Ação Rescisória, Edit. LTr, São Paulo, 2ª ed., pág. 27).

A jurisprudência não destoa da doutrina. Na AC nº 231.903-SP, Relator o Juiz Bandeira de Mello, o Eg. 1º TA-Civ. de São Paulo decidiu que «cabe ação anulatória da adjudicação e respectivo auto por vício de nulidade, por se tratar de ato jurídico de direito material, não obstante praticado em Juízo, pelo qual é feita a transferência coativa dos bens sujeitos à execução, que se processa perante Juízo de primeiro grau de jurisdição, mesmo que desnecessariamente homologada.» Em consequência, o Tribunal reformou sentença que considerou incabível a ação anulatória da adjudicação e determinou que a ação fosse julgada pelo mérito. («Julgados dos Tribunais de Alçada Civil de São Paulo», 46/58-59).

Na AC nº 209.973, Relator o Juiz Campos Mello, o Egrégio 1º TA-Civ. também decidiu pelo descabimento da rescisória e pelo cabimento da ação anulatória para anular a arrematação. (Revista dos Tribunais, 508/130).

O Egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina, na AR nº 210, Rela-

tor o Desembargador Ivo Sell decidiu:

«Ação Rescisória. Adjudicação. Anulação pretendida. Carência de ação.

Condição imprescindível para que possa ter cabimento a ação rescisória é que tenha havido sentença de mérito, não bastando aquela que simplesmente homologa a adjudicação, também denominada transparente, isto é, que não decide, não declara ou impõe condenação em prol de um outro litigante.» (Revista dos Tribunais, 500/185).

Na AR nº 27, o Egrégio Tribunal de Justiça do antigo DF, hoje Estado do Rio de Janeiro, Relator o Desembargador Raul Camargo, em Acórdão de 5-11-42, decidiu:

«Ação rescisória. Atos Judiciais. Arrematação. Improriedade do meio adotado. Aplicação do artigo 800, parágrafo único, do CPC. Para rescindir a arrematação, como simples ato de aquisição, o meio adequado é a anulatória em Primeira Instância.» (Revista dos Tribunais 153/653).

O Egrégio Tribunal de Justiça do Paraná, na AR nº 5, Relator o Desembargador José Lemos Filho, decidiu:

«A decisão homologatória de adjudicação escapa ao âmbito da ação rescisória e, dando cabimento à ação anulatória ou de rescisão de ato judicial, desloca a competência ao Juiz de Primeira Instância.» (Revista Forense, 255/293).

No RE nº 79.483-RS, Relator o Ministro Djaci Falcão, a Corte Suprema decidiu:

«A decisão que julga a adjudicação é meramente homologatória, podendo ser atacada em seus efeitos pela ação de nulidade (parágrafo único do artigo 800 do Código de Processo Civil). RE conhecido

em parte, ou seja, quanto à preliminar de conhecimento do recurso de revista, mas improvido.» (RTJ, 79/500).

No RE nº 70.999-CE, Relator o Ministro Bilac Pinto, outro não foi o entendimento da Corte Suprema:

«Adjudicação. A ação ordinária, e não a ação rescisória, é própria para o efeito de anular a adjudicação. Precedentes no STF.» (RTJ, 59/529).

No seu voto, o eminente Ministro Bilac Pinto menciona precedentes do Egrégio Supremo Tribunal Federal no sentido de que a ação ordinária, e não a ação rescisória, é própria para o efeito de anular a adjudicação: Ag. nº 26.338, Relator o Ministro Gonçalves de Oliveira, e RE nº 24.032, Relator o Ministro Hahnemann Guimarães (RTJ, 59/531).

No RE nº 80.492-SP, Relator o Ministro Eloy da Rocha, a Corte Suprema decidiu de forma contrária:

«Sentença de adjudicação. Rescindibilidade mediante ação rescisória. Recurso extraordinário conhecido e provido.» (RTJ, 82/505).

Esta última decisão — RE nº 80.492-SP — todavia, parece-me discrepante do entendimento dominante.

Este Egrégio Tribunal Federal de Recursos não fixou, ainda, uma diretriz a respeito do tema; ou o tema, nesta Egrégia Corte, não é encarado de forma tranqüila.

Na AR nº 654-RJ, Relator o Ministro José Dantas, esta Egrégia Segunda Seção admitiu a ação rescisória para rescindir adjudicação de imóvel hipotecado, alcançando a procedência da rescisória a anulação do processo de execução, «a partir da falsa citação dos executados, em ordem a que outra seja realizada.» Ficou assim ementado o Acórdão:

«Processual Civil. Rescisória. Prazo. Falsa prova — Decadência. Não procede a argüição, quando indecorrido o biênio contado da carta de adjudicação, extraída do processo de execução hipotecária, ao qual se irroga nulidade.

Citação. Certificada falsamente a citação dos executados, conforme prova produzida na via rescisória, é de julgar-se procedente a ação e anular-se o processo de execução a partir da citação viciada, inclusive». (Segunda Seção, 17-3-81, DJ de 11-6-81).

Na AC nº 62.168-SP, Relator o Ministro Justino Ribeiro, a Egrégia 5ª Turma decidiu:

«Processual Civil. Carta de Arrematação. Ação Rescisória.

1. Atos judiciais só se rescindem nos termos da lei processual. Impropriedade terminológica do artigo 486 do CPC.

2. Carta de arrematação é sentença, e sentença constitutiva. Só se rescinde pela ação rescisória de sentença, prevista no artigo 485. Impropriedade da ação e incompetência do Juízo de 1º grau. Nulidade do processo *ab initio*.» (5ª Turma, em 13-10-80, DJ de 6-11-80).

Na AC nº 57.271-PR, Relator o Ministro Américo Luz, a Egrégia 6ª Turma decidiu:

«Processual Civil.

Ação de nulidade de arrematação, intentada por devedores hipotecários, que não embargaram a execução, nem o ato judicial de transferência do bem penhorado ao arrematante.

Sentença que concluiu pela caducidade do direito de ação.

Mantém-se a decisão de Primeira Instância, ao entendimento de que somente seria cabível, na espécie, a ação rescisória (artigo 486 do CPC).

Precedentes jurisprudenciais.

Apelação improvida.» (Em 4-5-81 — 6ª Turma, DJ de 3-9-81).

Em sentido diverso, decidiu a Egrégia 4ª Turma, na AC nº 50.382-RN, Relator p/Acórdão o Ministro Armando Rollemberg:

«Executivo fiscal. Sentença proferida com apoio no artigo 19, IV, do Decreto-Lei nº 960/38. Ação anulatória de atos judiciais. Sua procedência parcial, para anular praça efetivada com desatenção ao prazo estabelecido no artigo 34 do Decreto-Lei nº 960/38, com a redação do Decreto-Lei nº 474/69.» (4ª Turma, 9-9-81, DJ de 22-10-81).

No Ag. nº 42.762-MA, Relator o Ministro Pádua Ribeiro a mesma 4ª Turma decidiu que a anulação da arrematação só pode ser obtida através de embargos ou, vencido o seu prazo, propositura de demanda. No Ag. nº 43.679-CE, de que fui Relator, não foi outro o entendimento da 4ª Turma:

«Processual Civil. Arrematação. Nulidade. Embargos. CPC, artigo 694.

I — A anulação da arrematação deverá ser pedida através de embargos ou pela propositura de demanda.

II — Agravo desprovido.» (Julgado em 23-3-83).

Na AC nº 78.934-RN, Relator Ministro Torreão Braz, a 6ª Turma admitiu a ação anulatória de adjudicação de imóvel (Julgado em 18-4-83).

O Egrégio Tribunal Pleno, na AR nº 189-SC, Relator Ministro Moreira Rabelo, não admitiu a rescisória contra a adjudicação. O eminente Ministro Rabelo, Relator, depois de acentuar, no seu voto, que «o consagrado praxista Leite Velho já advertia que «fraternizam a arrematação e a adjudicação, para lhe serem aplicáveis as mesmas regras enquanto às conseqüências de um e de

outro ato», e após proclamar que «a jurisprudência, que andou vacilando na matéria, já se acalmou», concluiu por inadmitir a rescisória contra a adjudicação.

O aresto do Egrégio Tribunal Pleno ficou assim ementado:

«Adjudicação por via de execução.

Quando não agredida oportuno tempore e através do recurso específico, só em ação ordinária pode ser postulada a sua anulação.» (TFR, Pleno, em 20-3-69, DJ de 20-5-69).

A melhor doutrina, ao que me parece, está exposta nos Acórdãos que não admitem a rescisória para o efeito de anular a arrematação.

Diante do exposto, acolho os votos vencidos e, recebendo os embargos, entendendo inadmissível a ação, julgo a autora dela carecedora, respondendo esta pela verba honorária de 10% (dez por cento) do valor da causa.

VOTO

O Sr. Ministro Bueno de Souza: Senhor Presidente, o minucioso voto do Senhor Ministro Carlos Velloso reclamaria cuidadoso voto escrito, em que as proposições que o enriquecem pudessem ser detidamente consideradas.

O tema, no entanto, tem sido já objeto de madura e antiga reflexão de minha parte, razão pela qual, não me movendo outros propósitos que não o de cumprir meu dever de julgador, limitar-me-ei a resumir meu entendimento.

A matéria, sem dúvida, é objeto de divergência, assim no plano da doutrina como em jurisprudência.

Aresto recente do Supremo Tribunal Federal (RTJ 82/505) admitiu ação rescisória como meio idôneo a obter a anulação de arrematação. Diz a ementa do aresto:

«Sentença de adjudicação. Rescindibilidade mediante ação rescisória. Recurso extraordinário conhecido e provido.» (RE nº 80.492-SP, 1ª Turma. Relator o Senhor Ministro Eloy da Rocha).

É o bastante, suponho, para evidenciar que não se verifica unanimidade da determinação do instrumento processual adequado, fato, aliás, sublinhado no respeitável precedente referido.

Doutrina e jurisprudência, contudo, comungam sem reservas em admitir e reconhecer a possibilidade da rescisão ou da anulação da arrematação e da adjudicação.

O ato expropriatório não é, portanto, inepugnável.

Muito ao contrário, poderá ser rescindido ou anulado por decisão judicial.

A discrepância se restringe, unicamente, ao meio adequado.

Levando-se em conta esta realidade (do maior relevo para o trato do assunto como, afinal, procurarei acentuar), parece-me, desde logo, necessário justificar a razão do acolhimento da ação rescisória, pois, aparentemente, de fato, não se trata de impugnar sentença: o Código, em verdade, dispensa sentença homologatória da arrematação ou da adjudicação, tendo rompido, neste ponto, com a lei anterior.

Afigura-se, assim, verdadeira impropriedade, **primo ictu oculi**, sustentar o cabimento de ação rescisória de sentença, a qual, como está explícito na lei, supõe sentença de mérito que, efetivamente, sob o aspecto estritamente formal, é preciso conceder que, no caso, inexistente.

Corresponderia, por conseguinte, a completo contra-senso o entendimento que admite o cabimento da rescisória, no caso?

Penso que não.

De fato, estou convencido de que a doutrina, tanto quanto a jurisprudência, entre nós, têm incorrido em certa negligência no tocante a determinar o alcance do disposto no artigo 646 do Código de Processo Civil, ao dizer:

«A execução por quantia certa tem por objeto expropriar bens do devedor, a fim de satisfazer o direito do credor».

Decorre desse preceito nítida distinção entre o escopo do processo de execução por quantia certa e o método de que se serve para lograr a satisfação do credor.

A propósito, escreveu Alfredo Buzaid:

«Se o devedor não paga a dívida no vencimento, surge para o credor a necessidade de recorrer ao Poder Judiciário, a fim de não sofrer um dano injusto. Serve para esse fim o processo de conhecimento, cujo objeto é o conflito de interesses, não se sabendo ao início a quem a decisão será favorável. Cada uma das partes afirma que tem razão. Mas a finalidade do processo é a de dar razão a quem efetivamente a tem. A decisão da lide é assim, no processo de conhecimento, a sua conclusão; no processo de execução é o seu pressuposto. A execução se funda no julgado, do qual não pode afastar-se nem para aumentar nem para diminuir-lhe a amplitude. E se desenvolve até que o exequente alcance a realização prática do direito proclamado na sentença mediante atos que se efetuam sem e até contra a vontade do executado. A execução é uma nova ação; funda-se no título executório da sentença, que, condenando o devedor, confere ao credor o direito de promover, mediante atividade processual, atos de execução forçada, submetendo a eles o executado.»

(Concurso de Credores, ed. Sarai-
va, SP, 1952, pág. 25).

Cumpra, então, discernir, ao lado dos atos processuais destinados a satisfazer o credor, que muitas vezes se mostram suficientes e eficazes, os atos de expropriação de bens do devedor em proveito direto do exequente, com a traslação da propriedade desses bens a favor do exequente ou de terceiro interveniente no processo de expropriação, que postula a propriedade do bem penhorado ao colocar à disposição do órgão jurisdicional, em moeda dotada de poder liberatório irrecusável, o numerário suficiente para extinguir o crédito do exequente.

É mister tomar na devida consideração que o processo de execução, quase sempre, se qualifica como processo cumulativo, ou seja, de ação de satisfação do credor mediante a expropriação de bens do devedor. Estou certo de que a detida consideração deste aspecto da realidade processual desencorajaria as resistências que ainda se observam ao reconhecimento da existência de verdadeira sentença, quando quer que ocorra arrematação ou adjudicação de bens do executado. Estas extremadas opiniões esmoreceriam de suas objeções, ao ceder ante a evidência do seu caráter estritamente formal, comprometido apenas com a aparência do fenômeno processual, desinteressadas e insensíveis a sua realidade íntima e essencial.

De fato, o direito processual anterior reclamava sentença; o atual dispensa.

Na verdade, porém, parece-me que a sentença que a lei revogada reclamava não era verdadeira sentença, desde apenas homologava a alienação presidida pelo próprio Juiz: era *bis in idem*.

Já no direito atual, a dispensa de sentença não deve encobrir o caráter

de decisão, que o ato de alienação judicial nitidamente envolve.

Outro aspecto do tema que ainda está a merecer da doutrina e da jurisprudência brasileira maior realce diz com a natureza dos atos processuais indispensáveis à satisfação do credor, que se realizam no processo de execução. É por demais sabido que a doutrina tradicional insistiu em ver nesses atos processuais mera reprodução de negócios jurídicos da ordem privada: a arrematação e a adjudicação seriam simples exemplos de compra e venda...

Não constitui novidade que a doutrina atual repudia energicamente tais concepções: é óbvio que o executado não manifesta vontade; por conseguinte, não há vislumbrar ato jurídico negocial de direito privado na providência do Juiz, quando aliena coativamente bem do executado: o que aí se verifica é verdadeira expropriação forçada. Ocorre, porém, que freqüentemente se pode observar verdadeiro contraste entre a doutrina que inspira a legislação de nosso tempo e a prática dos institutos, como se o peso da tradição ainda traísse o aplicador da lei...

É precisamente o que se verifica quando na realidade prática do foro se aponta para as formas usuais de impugnação dos negócios jurídicos da ordem privada, como aquelas adequadas a contrastar a validade e eficácia da alienação de bens do devedor *per officium judicis*: preconizam-se, então, em manifesto repúdio das concepções hoje consagradas na lei, as alegações de vício de consentimento (coação, dolo, fraude), como se tais deficiências pudessem ser irrogadas aos Juizes (ou ao próprio Estado), negligenciando-se, assim, na prática (mercê do peso da tradição) os postulados da lei, contemporânea da ciência ao afastar conotações privatísticas dessa atividade expropriatória.

A observação atenta do que se passa no foro deveria bastar para patentear a impropriedade dessa orientação discrepante da lei: não há pesquisar quanto à livre manifestação da vontade do Juiz, nem quanto à respectiva legitimação para a prática da expropriação: pode-se, por certo, argüir sua incompetência absoluta... Não há controverter, porém, sobre a forma do ato de alienação forçada ou a presença dos requisitos formais do negócio jurídico privado. Poder-se-á, isto sim, suscitar questão sobre nulidade do processo expropriatório.

Em outra ordem de considerações, o Código de Processo Civil é explícito ao reclamar que o auto de arrematação, tanto quanto o de adjudicação, seja assinado pelo Juiz e pelo Escrivão.

Remeter, portanto, a impugnação de tais atos, sob o aspecto de vícios formais, às vias ordinárias (amplísimas e morosas, às vezes de remotíssima prescrição) não é, evidentemente, fortalecer estes atos de expropriação pública em consonância com a lei, senão expô-los à forma a mais ampla e vaga de impugnação; é sujeitá-los, por trato muito mais extenso de tempo, a iniciativas várias de extirpá-los da ordem jurídica.

Como se vê, é mister atentar para os princípios, se se quer manter compreensão coerente e cabal do instituto. Este, no caso, é de natureza eminentemente pública; assim, não há mantê-lo jungido à sistemática do direito privado, sem comprometer seriamente sua eficiência e os direitos que ele visa assegurar, notadamente do terceiro adquirente dos bens judicialmente expropriados.

O Sr. Ministro Torreão Braz: V. Exa. me permite um aparte?

O Sr. Ministro Bueno de Souza: Com prazer.

O Sr. Ministro Torreão Braz: Os prazos variam de acordo com a lei material aplicável ao ato processual, porque, se a parte alega, digamos, que houve simulação, o prazo é aquele previsto no artigo 178 do Código Civil. Pode ser até inferior ao da rescisória. Não é aquele prazo comum de vinte anos a que V. Exa. se refere.

O Sr. Ministro Bueno de Souza: A observação do Senhor Ministro Torreão digo-o com a devida vênia, dá pronto testemunho do que vinha dizendo em meu voto. O repúdio à ação rescisória traduz a sobrevivência de concepções eminentemente privatísticas dos atos de arrematação, as quais, em verdade e na prática, muitas vezes, prevalecem na jurisprudência.

Vejam, meus eminentes pares, como S. Exa. acaba de recorrer, precisamente, à simulação.

Ora, que simulação poderia ser vislumbrada em uma arrematação, na qual o expropriante (pois não há outorgante) é o órgão jurisdicional?

O Sr. Ministro Torreão Braz: Gostaria apenas de um exemplo.

O Sr. Ministro Bueno de Souza: Ao trazer exemplo genuinamente privatístico, V. Exa. confirma o que precisamente vinha eu dizendo; mas guardarei de V. Exa. um exemplo coerente com o caráter publicístico, que é próprio do instituto de que se trata...

O Sr. Ministro Torreão Braz: Na conformidade do sistema adotado pelo atual Código de Processo Civil, o que importa, para a admissibilidade da ação rescisória, é a existência de sentença de mérito. Tudo o mais deve ser posto de lado, como o de tratar-se de ato expropriatório ou de decisão proferida pelo Juiz. A questão levantada por V. Exa. pode servir de tema para uma construção

doutrinária, mas não merece préstimos em face do nosso direito positivo.

O Sr. Ministro Bueno de Souza: Senhor Ministro Torreão, V. Exa. há de me fazer justiça: o debate está posto em nível compatível com tema controvertido. Quando V. Exa. contra-argumenta que eu teria de admitir rescisória de despacho, V. Exa., parece-me, não levar devidamente a sério a natureza dos argumentos que venho expondo. É claro que não vacilaria em reconhecer a natureza modestíssima dos despachos de mero expediente, a ponto de elevá-los à dignidade de atos suscetíveis de recurso: que dizer, então, de sua sujeição à rescisória...

O Sr. Ministro Torreão Braz: No caso concreto, indaga-se: cabe ou não ação rescisória contra carta de arrematação quando a esta não tenha havido embargos? A resposta está no artigo 485 do CPC e só pode ser negativa. A dialética utilizada por V. Exa., repito, seria útil à discussão doutrinária a respeito da matéria, mas não tem o condão de afastar a aplicação da regra processual, que é imperativa e não admite dúvidas.

O Sr. Ministro Bueno de Souza: Não é demais insistir em que as reminiscências muitas vezes insuspeitadas de concepções privatísticas têm contribuído para que a jurisprudência, amarrada, às vezes insensivelmente, ao passado ainda não totalmente sepulto, continue a perseverar no trato da matéria da expropriação judicial na execução como se de compra e venda se tratasse.

Impõe-se, por isso, acentuar o alcance da norma legal e, em consequência, o caráter eminentemente publicístico do ato de desapropriação que o Juiz pratica no processo de execução por quantia certa, quando

o devedor não se dispõe a satisfazer o credor.

Neste ponto, permito-me oferecer à argúcia do eminente Subprocurador-Geral, em apreço à convocação que me dirigiu S. Exa., o esclarecimento reclamado a fim de expungir supostas contradições que resultariam de meu modesto voto, resumido no julgamento da ação rescisória.

Obtemperou S. Exa. que absolutamente não se poderia admitir que a carta de arrematação ou de adjudicação se assemelhasse a uma sentença definitiva, sabido que esta, como sentença de mérito, reclamada por lei, para a admissão da rescisória, se conceitua a que resolve a lide. Qual, no entanto (indaga S. Exa.), a lide? É a questão posta também pelo Senhor Ministro Torreão Braz.

Ora, é sabido dos que versam o tema que Carnelutti, o grande expositor e construtor da teoria da lide, incorreu, no entanto, em certas vacilações e perplexidades quanto a alguns de seus aspectos e desdobramentos, tendo até mesmo sustentado que o processo penal é processo sem lide... Coube a Calamandrei discernir entre lide e controvérsias, ao mostrar que o fato de, vez por outra, o réu silenciar ante as afirmações do autor não basta para, ao desfigurar a controvérsia, negar a própria lide. Em muitos casos que tais, mostrou Calamandrei que existe lide, sim, embora latente, a despeito de não haver controvérsia. Constitui exemplo clássico da distinção o caso da demanda de anulação de casamento que o cônjuge demandado não contesta. Não há, por certo, controvérsia; mas existe lide, embora latente. A lide se estabelece entre o cônjuge que pede a sentença de nulidade do casamento e a própria ordem jurídica, que não quer o casamento declarado nulo, senão ante a prova da ocorrência de

alguma das hipóteses previamente estabelecidas em lei.

Estes conceitos são perfeitamente aplicáveis à desapropriação em que se converte, afinal, muitas vezes, a execução...

O terceiro arrematante, ao comparecer e ofertar o numerário suficiente para satisfazer o credor, que vem fazer no processo, senão pleitear a propriedade do bem penhorado? Ao assinar e expedir a carta de arrematação, depois de presidir a praça, que faz o Juiz, senão dispor sobre a propriedade do bem levado a leilão?

Na praça, como se vê, terceiro postula a propriedade do bem que integra o patrimônio do executado. Ao Juiz caberá decidir sobre a propriedade do bem, consoante a regularidade dos atos da praça. Ao fazê-lo, decide verdadeira lide, tanto quanto o faz na ação de desapropriação por necessidade ou utilidade pública: os aspectos que diversificam as duas situações não afetam a essência única do fenômeno processual. Quando a jurisprudência admite ação rescisória do ato de expropriação que se consubstancia na carta de arrematação ou no ato de adjudicação, ao invés de debilitar o ato processual de expropriação, ao contrário, ela o fortalece e prestigia, como não poderia deixar de fazer, por se tratar de ato eminentemente público, indispensável à realização cabal do escopo próprio da jurisdição.

Dizia, no início, que a doutrina e a jurisprudência se conciliam ao admitir que tanto a arrematação quanto a adjudicação possam ser desfeitas mediante sentença, em outro processo.

Neste caso, cabe indagar: por que exigir ação ordinária? Por que repudiar a rescisória? Que motivo poderia ser alegado: simulação? Dolo? Fraude? A ação seria, então, ordinária, de anulação de negócio jurídico (ou de rescisão, como diz o Código

de modo impróprio, porque não é o caso rescisão, senão de anulação)? Tal entendimento prestigia, porventura, esta forma de expropriação, em que expropriante é o Estado — Juiz?

Data venia, esta corrente jurisprudencial, ao remeter aquele que agredir a arrematação ou a adjudicação às vias ordinárias, queiram ou não queiram reconhecer seus ilustres prosélitos, é eminentemente privatística; filha, herdeira diletta da concepção segundo a qual a arrematação equivale a compra e venda; e adjudicação, a ato de alienação privada.

Esta concepção enfraquece e compromete o ato estatal de expropriação; torna-o excessivamente vulnerável a agressões que não se compatibilizam com o interesse do adquirente, que vai ao Juiz de execução cooperar com o próprio Estado; que nada tem com a execução, que não é exeqüente nem executado.

Este terceiro há de ter o direito de receber da ordem jurídica tratamento revestido de seriedade e circunspeção, compatível com a natureza do ato de que participa.

É razoável, é lógico, é compreensível que esse ato estatal de expropriação, que corresponde à verdadeira resolução de uma lide (porque estabelece que o bem passa a pertencer ao arrematante e não mais ao executado), ao se realizar no átrio do fórum, não pode nem deve ficar exposto, por anos a fio, a formas imprevisíveis de agressão. Mas razoável é que esse ato, que conta com a presença do Juiz, por ele presidido, encerrado por sua assinatura no instrumento que o aperfeiçoa, seja tido como verdadeira sentença sobre a propriedade do bem penhorado.

Que este ato seja resguardado pela ordem jurídica, que somente se possa atacá-lo pelo mesmo modo adequado à rescisão das sentenças que

já transitaram em julgado, é o que se me afigura compatível com a ordem jurídica vigente.

É necessário que atos como estes, dos mais graves que os Juizes praticam, fiquem devidamente resguardados e somente possam ser atacados por ação rescisória, como verdadeira coisa julgada.

O Sr. Ministro Pádua Ribeiro: Eminente Ministro Bueno de Souza: as considerações que V. Exa. está fazendo são, sob o aspecto doutrinário, revestidas de relevância. Acontece que há dispositivo expresso concernente à rescisão de atos judiciais. É o artigo 486 que diz:

«Os atos judiciais, «— e dentre eles, não há dúvida, que se inclui a arrematação — » que não dependem de sentença, ou em que esta for meramente homologatória, podem ser rescindidos, como os atos jurídicos em geral, nos termos da lei civil».

À vista desse dispositivo, não vejo como possa aceitar as ponderações de V. Exa. Possivelmente a lei devesse até ser alterada, pudesse até ser modificada, porque o legislador do Código em vigor mandou que se aplicasse a legislação civil no tocante às nulidades decorrentes de atos de índole pública, de atos praticados no processo. Mas, à vista desse texto, com tamanha incisividade, não sei como desconhecê-lo, porque só poderia fazê-lo se fosse possível declarar a sua inconstitucionalidade.

O Sr. Ministro Bueno de Souza: Procurarei, Senhor Ministro Pádua Ribeiro, responder à honrosíssima interpelação que me dirige V. Exa. Não me passou despercebido, evidentemente, o artigo 486 do CPC. Tenho como certo, entretanto, que este preceito cogita de certos atos judiciais pertencentes à jurisdição voluntária que, inseridos, embora no processo contencioso, se destinam, tão-somente, a homologar o ato ou

negócio processual da parte. Tal é o caso da renúncia da mulher à pensão alimentar; tal o caso da transação, da desistência com que se põe termo ao litígio.

V. Exa., estou certo, anuirá em reconhecer que tais exemplos são típicos da jurisdição voluntária, isto é, atividade de natureza materialmente administrativa do Juiz, destinada apenas a verificar a presença dos requisitos legais necessários para a prática de ato negocial de direito privado que se projeta no processo e para declarar o preenchimento dos respectivos requisitos legais, de modo a poderem produzir efeito no processo.

Seria a arrematação ato da parte, que o Juiz homologa? V. Exa. concordará comigo, estou certo, em que a arrematação não é ato da parte, que o Juiz apenas se limite a homologar. A arrematação é ato do Juiz, ou nada quer dizer o artigo 646 do Código de Processo Civil que, fidelíssimo à nossa tradição, acentua no processo de execução por quantia certa o processo de desapropriação em que ele se encerra.

Assim, o artigo 486 do CPC significa que aqueles atos negociais, de raiz eminentemente privatista, processuais somente porque se realizam no processo ou porque se destinam a produzir efeitos no processo, não podem produzir esses efeitos enquanto o Juiz não os examinar, para verificar a respectiva aptidão.

Assim, se o Juiz, homologar a desistência ou a renúncia, nada impedirá que a parte que renunciou proponha demanda para pedir rescisão do negócio de renúncia, seja em virtude de coação, ou de simulação, ou de dolo.

A propósito, lúcido e pertinente comentário de Barbosa Moreira ao citado preceito enfatiza que, anulado que seja o negócio jurídico de renúncia, obviamente não poderá subsistir

a sentença que a homologou, sentença (esta) que, como tal, verdadeiramente não se qualifica.

O Sr. Ministro Pádua Ribeiro: Eminentíssimo Ministro Bueno de Souza, a colocação de V. Exa. continua a ser a mais respeitável. No entanto, como pode V. Exa. compatibilizar essa colocação com a sentença de mérito que exige o Código, para efeito de propositura de rescisória? V. Exa. assinala que apenas atos negociais praticados pelas partes, homologados pelo Juiz, é que seriam rescindíveis. Então, indago a V. Exa. como transformar esses atos em sentença de mérito, a fim de ensejar-lhes a rescisão?

O Sr. Ministro Bueno de Souza: Senhor Ministro Pádua, se assim não entendermos, penso eu, teremos uma desapropriação sem sentença, porque o artigo 646 do CPC diz que esta execução, ao terminar por arrematação ou adjudicação, é uma expropriação de bens do devedor, a fim de satisfazer o direito do credor. Ora, a expropriação é de ser feita por sentença de mérito, que resolve a lide...

O Sr. Ministro Pádua Ribeiro: Mas, eminente Ministro, a possibilidade de expropriação deriva do próprio título executório. É o título executório que enseja a prática de atos jurisdicionais visando a assegurar a sua eficácia no mundo da realidade.

No caso de arrematação, o Código enseja o surgimento de uma lide peculiar, mas pressupõe a oposição de embargos à arrematação.

O Sr. Ministro Bueno de Souza: Não, Senhor Ministro Pádua Ribeiro: permita-me realçar que a própria lei diz que a execução tem por objeto expropriar. Assim, no momento em que o Juiz, depois de mandar penhorar, depositar e avaliar o bem, recebe a proposta de aquisição, por arrematação, haverá de decidir sobre a expropriação. E aqui a sentença ex-

propriatória já não tem cunho apenas executivo; ela é executiva, desconstitutiva e constitutiva. Ela desconstitui a propriedade do executado, constitui a propriedade do arrematante e, ao assim fazer, expede as providências todas necessárias para que o título, fornecido pelo Juiz, possa ser transcrito e o credor satisfeito. Simplesmente, impõe-se reconhecer, a lei se dirige a juristas: no processo estão as partes por seus advogados; a sociedade, pelo Ministério Público; o Estado, por seus ilustres procuradores...

Então, a lei processual, sendo de natureza eminentemente técnica, não precisa esmiuçar com abundância de pormenores aquilo que a interpretação sistemática nos fornece. A não ser assim, Senhor Ministro Pádua Ribeiro, não se poderia compreender que Pontes de Miranda tenha insistido na adequação da rescisória para desfazer a arrematação; que Amílcar de Castro tenha reconhecido: «O Juiz, ao conceder a adjudicação, lavra sentença constitutiva» (Comentários, ed. RT 1974, pág. 356).

Insista-se em que o Supremo Tribunal Federal, num de seus mais recentes arestos sobre o tema, admitiu cabível a rescisória, para o mesmo fim, sensível a essas opiniões.

O Sr. Ministro Pádua Ribeiro: Queira lembrar a V. Exa. o seguinte: no sistema do Código de 1939 havia sentença de arrematação. No vigente Código o ato de arrematação não pressupõe sentença. E por quê? Porque, coerentemente, exige como pressuposto de toda execução um título executório, sendo da índole da execução a prática de atos expropriatórios, visando a assegurar a eficácia daquele título. Portanto, a expropriação emana, deriva, origina-se do próprio título em que se funda a execução.

O Sr. Ministro Bueno de Souza: Sem dúvida, não poderá haver execução sem título; assim também a desapropriação depende de ato do Juiz.

Sem que o Juiz assine o auto em que se formaliza a praça por ele presidida, não há arrematação; ademais, pode haver execução a se encerrar sem expropriação...

Na execução, portanto, pode haver verdadeiro e completo processo expropriatório.

Agora, a meu ver, é claro que as divergências são respeitáveis. Longe de mim pretender que não existam... O que procuro é justificar meu modo de ver. Qual é o propósito, qual a razão do critério que sustento?

Não é, por certo, o de travar debates literários.

Permaneço coerente com meus pressupostos; em se tratando de ato público de expropriação, é preciso que o terceiro arrematante ou adjudicatário receba do Poder Judiciário o tratamento compatível com a natureza solene desses atos de expropriação; que se consolide a seriedade do chamamento edital para a praça; que esta não se banalize. Ela não pode, ademais, exhibir os vícios próprios apenas de atos negociais privados...

O que não é razoável é que alguém compareça ao Tribunal para adquirir um bem por adjudicação ou arrematação e se veja exposto, por anos a fio, a uma ação de anulação por dolo, coação ou simulação; ou à alegação de que o alienante não era capaz.

É mister limitar as possibilidades de ataque a estes atos, na correspondente coerência com a natureza do instituto em que se inserem, cuja seriedade, cuja solenidade não se compadecem com sua exposição a tão abundantes formas de agressão.

A jurisprudência, insisto, está de acordo em que a expropriação ou arrematação possa ser desfeita.

A orientação jurisprudencial que perfilho restringe as formas de impugnação.

A que foi sustentada pelo Senhor Ministro Carlos Velloso amplia as possibilidades de impugnação do ato de alienação, ao permitir ação ordinária, como se o ato fosse privado, sujeito à alegação de vícios dessa órbita do direito.

Resta somente dizer que, ao suprimir a sentença que homologa a expropriação, o novo Código não suprimiu verdadeira sentença, senão apenas mera formalidade, de fato inútil...

Em contrapartida, desde que a praça é ordenada, presidida e encerrada pelo Juiz; e desde que este assina o auto de arrematação ou de adjudicação, já não é mister sentença, que na verdade seria mera reiteração daquilo que o Juiz já fez.

O Código de Processo Civil designa sentença certos atos do Juiz que nisto, de fato, não consistem; e deixa de chamar sentença, de modo explícito, o ato de expropriação.

Mas Pontes de Miranda e Amilcar de Castro mostram que, a despeito da aparência, de sentença constitutiva se trata.

O intérprete não deve deter-se na forma; deve perquirir o sentido verdadeiro das palavras: *scire leges non est verba earum tenere, sed vim ae potestatem...*

Com estas explicações, e pedindo escusas por alguma expressão mais vivaz, ousou divergir, com a devida vênia, do Senhor Ministro-Relator; e, assim, rejeito os embargos.

VOTO VOGAL

O Senhor Ministro Miguel Ferrante: Sr. Presidente, é com renovação de prazer que escuto as lições do nosso eminente par, Ministro Bueno de Souza. Os brilhantes argumentos expendidos por Sua Excelência tornam sem dúvida sedutora a tese que defende. Contudo, **data venia**, não me parece adequar-se ao quadro do nosso ordenamento jurídico como sustentei no voto proferido na assentada de julgamento da ação.

Daí porque, coerente com a posição assumida naquela ocasião, recebo os embargos.

VOTO

O Sr. Ministro Pedro Acioli: Sr. Presidente, **data venia** do voto do eminente Ministro-Relator, Carlos Velloso, acompanho o eminente Ministro Bueno de Souza, ratificando o meu entendimento na ação rescisória.

Rejeito os embargos.

VOTO VISTA

O Sr. Ministro Américo Luz: Na sessão de 3 de maio último pedi vista dos autos, considerando precedentes semelhantes de cuja apreciação participei e que me senti no dever de pesquisar.

No julgamento desta ação rescisória acompanhei o eminente Ministro-Relator, Justino Ribeiro (ut fl. 349), tanto ao rejeitar as preliminares de inépcia da petição inicial e de impropriedade do procedimento, como no que concerne ao mérito.

Os embargos opostos ao venerando Acórdão de fls. 355/356, visam à prevalência dos votos vencidos quanto à prejudicial de impropriedade da rescisória, exarados pelos inclitos Ministros Miguel Ferrante, Moacir Caunda e Torreão Braz (fl. 353).

Tenho a considerar o seguinte:

1º) mencionou o Sr. Ministro-Relator, Carlos Velloso, caso que relatei na ilustrada 6ª Turma (AC nº 57.271-PR), Acórdão publicado no DJ de 3-9-81, com esta ementa:

«Processual Civil.

Ação de nulidade de arrematação, intentada por devedores hipotecários, que não embargaram a execução, nem o ato judicial de transferência do bem penhorado ao arrematante.

Sentença que concluiu pela carência do direito de ação.

Mantém-se a decisão de Primeira Instância, ao entendimento de que somente seria cabível, na espécie, a ação rescisória (artigo 486 do CPC).

Precedentes jurisprudenciais.

Apelação improvida».

2º) Em sua sustentação oral, o ilustrado Subprocurador-Geral da República fez menção à espécie decidida em sentido contrário, de cujo julgamento teria eu participado (AC nº 78.934-RN —, de que foi Relator o Sr. Ministro Torreão Braz — DJ de 19-5-83 — também na 6ª Turma). Equivocou-se, **data venia**, S. Exa., de vez que o voto condutor do Acórdão teve o acompanhamento dos Srs. Ministros Wilson Gonçalves e Miguel Ferrante, conforme consta do extrato da respectiva minuta.

Prestados esses esclarecimentos volto a referir-me ao voto que proferei nos autos da AC nº 57.271-PR, no qual obtemperei:

«Tanto as razões, como as contra-razões das partes são pródigas em citações doutrinárias sobre o tema de caber ou não, **in casu**, a ação anulatória da arrematação.

Assim é que, enquanto os apelaantes buscam amparar-se em Luiz Eulálio Bueno Vidigal, Gabriel de Rezende Filho e José Frederico

Marques, conforme os excertos transcritos às fls. 60/61, bem como em Acórdãos do Tribunal de Alçada Civil de São Paulo e do Supremo Tribunal Federal (fls. 61/62), a apelada se socorre das lições de Pontes de Miranda, José Carlos Barbosa Moreira (fl. 71); de Zanuzchi e Frederico Marques (quanto à atividade jurídico-pública realizada pelo Judiciário, ao praticar o ato final da expropriação forçada, que se traduz na transferência do bem penhorado — fl. 72); e de Liebmann (fls. 75/76):

Adverte Theotônio Negrão que o resumo de jurisprudência feito à pág. 137 do seu «Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor» (8ª edição) «mostra que a matéria continua bastante controvertida na vigência do CPC atual».

Ponho-me na linha de considerações e conclusões gerais expostas na sentença e nas contra-razões da apelada, ressaltando que o artigo 486 do CPC está no capítulo «Da Ação Rescisória».

Entendo que as fases precedentes à arrematação, adjudicação ou remissão, desde que delas decorra a prática do ato final pelo Juiz, quer haja homologação formal por meio de sentença, quer se consume na assinatura da respectiva carta, que a sentença equivale, só pode esse ato ser atacado no regime do vigente estatuto processual, por via de embargos (artigo 746) ou por ação rescisória (artigo 486)».

Oportuno considero relembrar do voto do Sr. Ministro Bueno de Souza, na assentada de 21-9-82, os tópicos adiante transcritos (fls. 342/343):

«A dificuldade, muitas vezes assinalada, de se reconhecerem estes atos processuais do Juiz como suscetíveis de impugnação por ação rescisória provém da referência

expressa no CPC, artigo 485, a sentença de mérito.

Como, porém, classificar o ato do Juiz que finaliza, ultima e exaure a execução, mediante expropriação?

Muito mais razoável do que qualificar esse ato como mero despacho de expediente ou como decisão interlocutória, afigura-se-me reconhecer nele a eficácia própria e específica de sentença definitiva, como proposto por Pontes de Miranda; porque é o ato do Juiz que decide sobre a demanda de desapropriação, atribuindo o bem ao arrematante ou adjudicatário mediante a oferta e depósito de determinada quantia para assim se habilitar a receber a propriedade do bem levado à praça.

Quer-se dizer com isso que o Juiz se pronuncia sobre a pretensão expropriatória; e, assim, outorga ao adjudicatário (ou ao arrematante) a propriedade do bem penhorado e levado à praça, porque entende que foi efetuada a contra prestação que legitima o ato expropriatório.

Por outro lado, assim reconhecer o ato expropriatório final em que freqüentemente o processo de execução se ultima e se exaure, como sentença definitiva (porque decide sobre a propriedade do bem e se projeta para realizar seus efeitos jurídicos para fora do processo, no âmbito da vida social) tem também a consequência utilíssima de restringir as possibilidades de agressão desse ato, em garantia, portanto, daquele que adquire a coisa na presença do Juiz; e, bem assim, daquele que sofre o ato de expropriação.

Contrariamente, como acentuado pelo eminente Ministro-Relator, como que se eternizaria a possibilidade de o arrematante (ou adjudicatário) ser incomodado por de-

manda de mera anulação dos atos jurídicos em geral».

Mantenho, portanto, o entendimento expandido quando do julgamento da ação rescisória, oportunidade em que me louvei nos pronunciamentos dos Exmos. Srs. Ministros Justino Ribeiro, Relator e Bueno de Souza, acompanhados pelos Srs. Ministros Sebastião Reis, Pedro Acioli, Armando Rollemberg e por mim.

Com a vênia devida ao Sr. Ministro-Relator, deste recurso e dos que com ele concordaram, rejeito ambos os embargos.

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Pádua Ribeiro: Sr. Presidente, o meu entendimento coincide com o do eminente Ministro-Relator. No Agravo de Instrumento nº 42.762-MA, tive ensejo de assinalar, na ementa do Acórdão então proferido, que a anulação do auto de arrematação só pode ser obtida através de embargos ou, vencido o seu prazo, da propositura de demanda. Por isso, mantendo essa orientação que, penso, melhor se harmoniza com o atual Código de Processo Civil, recebo os embargos.

VOTO

O Sr. Ministro Sebastião Reis: Sr. Presidente, meu voto coincide com o

do Sr. Ministro Bueno de Souza, **data vênia**. Assim já votei anteriormente. Rejeito os embargos.

EXTRATO DA MINUTA

Embargos Infringentes na Ação Rescisória nº 765-AM — Registro nº 3.234.754. Relator Originário: O Sr. Ministro Carlos Velloso. Relator para o Acórdão: O Sr. Ministro Bueno de Souza. Embargantes: União Federal e Banco do Estado do Amazonas S.A. Embargada: Le Toupet — Indústrias Reunidas Ltda. Advogados: Drs. Paulo Lobato Teixeira e outros, Sérgio Gonzaga Dutra e outros.

Decisão: Prosseguindo no julgamento, rejeitaram-se os embargos, por maioria, vencidos os Srs. Ministros Carlos Velloso, Wilson Gonçalves, Miguel Ferrante e Pádua Ribeiro. (Em 19-6-83 — Segunda Seção.)

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Carlos Velloso, Wilson Gonçalves, Miguel Ferrante, Pádua Ribeiro, Pedro Acioli, Américo Luz, Geraldo Sobral e Sebastião Reis. Ausente na assentada de 7-6-83, por motivo justificado, o Sr. Ministro Torreão Braz. Não participou do julgamento, por se encontrar licenciado, o Sr. Ministro Armando Rollemberg.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Moacir Catunda.

AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS INFRINGENTES NA AÇÃO RESCISÓRIA Nº 765 — AM

(Registro nº 3.234.754)

Relator: O Sr. Ministro Moacir Catunda

Agravante: União Federal

Agravado: Despacho de fls.

EMENTA

Ação rescisória. Embargos infringentes. Julgamento.

Proclamação do resultado, (RI artigo 152, § 1º), sem que ninguém suscitasse questão de ordem. Pe-

dido de suspensão do resultado do julgamento, feito em petição protocolizada no dia seguinte, — sem fundamento regimental. Seu deferimento. Agravo regimental desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas.

Decide a Segunda Seção do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade dos Srs. Ministros presentes, negar provimento ao agravo regimental, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 18 de outubro de 1983 (Data do julgamento) — Ministro Moacir Catunda, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Moacir Catunda: Relembro o caso lendo trecho do relatório do eminente Relator dos embargos, Ministro Carlos Velloso, que diz: (Lê)

«Trata-se de ação rescisória para desconstituir carta de arrematação expedida em execução fiscal movida à autora pela 1ª ré, União Federal, sendo arrematante o 2º réu, Banco do Estado do Amazonas S.A., ação que, no mérito, foi julgada procedente, por unanimidade, pela Egrégia Segunda Seção, Relator o Sr. Ministro Justino Ribeiro (fls. 319/356). Acontece que, no julgamento da causa, foram suscitadas duas preliminares: a) carência de ação; b) impropriedade da ação. A primeira, de carência, foi rejeitada, unanimemente. A segunda, todavia, de impropriedade da ação, foi também rejeitada, mas por maioria».

Colocadas em pauta, sucedeu a primeira votação, com o seguinte resultado: (Lê)

«Certifico que a Segunda Seção, iniciando, nesta data, o julgamento desta ação, proferiu a seguinte decisão: «A Seção, preliminarmente, por unanimidade, rejeitou a arguição de descabimento dos embargos. No mérito, após os votos dos Srs. Ministros Carlos Velloso, Wilson Gonçalves e Miguel Ferrante, recebendo ambos os embargos e dos Srs. Ministros Bueno de Souza e Pedro Acioli, rejeitando-os, pediu vista o Sr. Ministro Américo Luz, aguardando os Srs. Ministros Pádua Ribeiro, Geraldo Sobral e Torreão Braz. Não participou da assentada, por não haver assistido ao relatório, o Sr. Ministro Sebastião Reis. Ausente, por se encontrar licenciado, o Sr. Ministro Armando Rollemberg».

Prosseguindo-se no julgamento, em outra assentada, obteve-se o seguinte resultado, que foi proclamado pela Presidência, nestes termos: (Lê)

«Rejeitaram-se os embargos, por maioria, vencidos os Srs. Ministros Carlos Velloso, Wilson Gonçalves, Miguel Ferrante e Pádua Ribeiro.

Os Srs. Ministros Pedro Acioli, Américo Luz, Geraldo Sobral e Sebastião Reis, que se deu por habilitado na forma regimental, votaram com o Sr. Ministro Bueno de Souza, designado para lavrar o Acórdão.

Ausente na assentada de 7-6-83, por motivo justificado, o Sr. Ministro Torreão Braz.

Não participou do julgamento, por se encontrar licenciado, o Sr. Ministro Armando Rollemberg».

Contra essa proclamação o Banco do Estado do Amazonas no dia seguinte, apresentou o seguinte requerimento: (Lê)

«V. Exa. ao presidir a sessão da Egrégia Segunda Seção no dia 7 de junho de 1983, ao concluir o julgamento dos Embargos à Ação Rescisória nº 765 verificou o empate na votação (4 a 4). Então, o eminente Ministro Sebastião Reis, prontificou-se a votar, desempateando. Ocorre, entretanto, que esse eminente magistrado não assistira à sustentação oral dos advogados no início do julgamento em sessão anterior. Para o caso, não se aplica, **data venia**, o disposto no artigo 151, § 2º, do RITFR, que exclui de julgamento em caso de adiamento, os Ministros que não tenham assistido ao relatório ou aos debates, salvo se se derem por esclarecidos, porque houve sustentação oral dos advogados, tanto que o parágrafo seguinte (artigo 151, § 3º), no caso de desempate, manda renovar o relatório e a sustentação oral. Na hipótese para o caso presente, não há necessidade dessa renovação, porquanto falta o voto do eminente Ministro Torreão Braz, presente à sessão inicial de julgamento. O voto do eminente magistrado Ministro Sebastião Reis sem ouvir a sustentação oral ou receber o memorial, importa em cerceamento de defesa e desigualdade entre as partes. Por esses motivos o Banco do Estado do Amazonas embargante, requer a V. Exa. a suspensão da proclamação do resultado do julgamento para que os autos sejam conclusos ao Sr. Ministro Torreão Braz, ausente na segunda assentada, posto que assistiu aos debates do julgamento na forma regimental, para dirimir a questão do desempate».

Esta postulação, conclusos os autos, foi solucionada pelo despacho do teor seguinte: (Lê)

«O embargante impugna a ata da sessão do dia 7 do corrente, da Segunda Seção, e pede a suspensão da proclamação do resultado do julgamento, ao argumento de cerceamento da defesa, visto que, verificado empate na votação, para dirimi-lo, tomou-se voto de ministro que não assistira ao relatório e à defesa oral, na sessão anterior, mas, que se declarou esclarecido — RI artigo 151, § 2º, ao invés de mandar os autos à conclusão do ministro que assistira ao relatório e aos debates orais, na sessão inicial, mas que, por motivo justificado, não se fez presente à sessão em que se prosseguiu o julgamento.

O ministro, ao se declarar esclarecido sobre o caso, e votar, exerceu prerrogativa dele. Com o seu voto encerrou-se a votação e proclamou-se o resultado, — RI, artigo 152, § 1º — sem que alguma parte levantasse questão de ordem, de modo que o pedido de suspensão do resultado do julgamento feito em petição protocolizada no dia seguinte — 8 de junho, — não tem procedência nem base legal.

Indefiro.

Brasília, 23 de junho de 1983».

Publicado o despacho, interpuseram agravo regimental o Banco do Estado do Amazonas e a União Federal, pleiteando a suspensão da proclamação do resultado e que se lhes propicie novo relatório, e outra assentada de julgamento.

Tendo sustentado o despacho agravado, e porque o eminente Ministro Sebastião Reis, posto que não tivesse assistido ao relatório, declarou-se esclarecido sobre o caso em julgamento e apto a votar, consoante está escrito na ata da sessão do julgamento, tomou-se-lhe o voto.

É este o relatório, feito com as explicações necessárias à compreensão do caso.

Não tenho voto.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Velloso: Senhor Presidente, ao que apreendi, no julgamento dos embargos infringentes contra Acórdão que decidiu uma ação rescisória, na Sessão em que o julgamento se encerrou, o Sr. Ministro Sebastião Reis, que não assistira ao relatório, deu-se por esclarecido e votou. Isso tendo ocorrido, e encerrada a votação, o Sr. Ministro Presidente proclamou, como lhe cabia, a decisão da Corte. No dia seguinte ao julgamento, uma das partes apresenta petição ao Sr. Presidente, na qual pede a suspensão da proclamação da decisão.

Sr. Presidente, a petição apresentada pelo ilustre advogado, na qual pediu a suspensão da proclamação, não tem figura processual e nem regimento.

Esclareça-se, por primeiro, que, na forma do Regimento Interno, artigo 151, § 2º, o eminente Ministro Sebastião Reis, dando-se por esclarecido, poderia votar. S. Exa. assim tendo procedido, o fez com base no Regimento. Elogiável atitude do magistrado, que, esclarecido dos lances do processo, não foge ao cumprimento primordial do seu dever, que é julgar.

A questão, todavia, nem precisaria ser examinada sob este aspecto. É que, procedendo na forma do Regimento o Sr. Ministro Sebastião Reis, cumpria à parte, antes de proclamação da decisão, suscitar questão de ordem, como bem disse V. Exa., Sr. Ministro Presidente, no seu respeitá-

vel despacho. Assim, entretanto, não procedeu.

Estou em que, Sr. Presidente, V. Exa. decidiu com acerto a questão suscitada.

Confirmo o despacho de V. Exa.

Nego provimento ao agravo regimental.

VOTO

O Sr. Ministro Bueno de Souza: Senhor Presidente, inclinar-me-ia por nem mesmo conhecer do recurso.

Entretando, em consideração à proverbial moderação que norteia as decisões de V. Exa., ao resumir, didaticamente, as razões pelas quais é impossível atender ao recorrente, inclino-me, nesta altura, por desprover o agravo e manter a sábia decisão recorrida.

EXTRATO DA MINUTA

Ag Reg. nos EAR nº 765 — AM — Registro nº 3.234.754 — Rel.: O Sr. Ministro Moacir Catunda. Agravante: União Federal. Agravado: Despacho de fls.

Decisão: «A Seção, por unanimidade dos Srs. Ministros presentes, negou provimento ao agravo regimental.» (Em 18-10-83 — Segunda Seção).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Carlos Velloso, Wilson Gonçalves, Bueno de Souza, Sebastião Reis, Miguel Ferrante, Pedro Acioli, Américo Luz, Pádua Ribeiro e Geraldo Sobral.

Ausentes, por motivo justificado, os Srs. Ministros Armando Rollemberg e Torreão Braz.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro **Moacir Catunda**.

AÇÃO RESCISÓRIA Nº 904 — SP
(Registro nº 3.378.896)

Relator: O Sr. Ministro Carlos Velloso

Autor: Ingo Arlindo Renaux

Réu: IAPAS

Advogados: Drs. Gilberto Cipullo e outros e Paulo César Gontijo

EMENTA

Processual Civil. Ação Rescisória. Erro de fato. CPC, artigo 485, IX, §§ 1º e 2º. Omitir a sentença pronunciamento sobre o ponto da demanda: erro de direito.

I — O erro de fato que autoriza a ação rescisória — CPC, artigo 485, IX — é erro dos sentidos, em razão do qual o julgador considera existente um fato que, em realidade, não existia, ou inexistente um fato que, em verdade, existia. O haver omitido a sentença pronunciamento sobre algum ponto da demanda não constitui erro de fato, mas erro de direito, sanável mediante a interposição de embargos de declaração (CPC, artigo 464, II, e artigo 535, II).

II — Ação rescisória julgada improcedente.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos, em que são partes as acima indicadas.

Decide a Segunda Seção do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, julgar improcedente a ação, nos termos do Relatório e notas taquigráficas anexas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 12 de abril de 1983 (Data do julgamento) — Ministro **Washington Bolívar**, Presidente — Ministro **Carlos Velloso**, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Carlos Velloso: Ingo Arlindo Renaux ajuizou ação rescisória contra o Instituto de Administração Financeira da Previdência Social — IAPAS, objetivando rescindir o Acórdão proferido pela Egrégia 1ª

Turma na AC nº 58.627-SP, assim ementado:

«Tributário. Prescrição. Recurso Administrativo, causa suspensiva da exigibilidade. Débitos previdenciários. Prescrição quinquenal.

1. É certo que o Tribunal Federal de Recursos, em jurisprudência mais recente, tem entendido que as contribuições previdenciárias estão sujeitas à prescrição quinquenal e não trintenária (CTN, artigo 174). Todavia, as disposições do CTN, quanto à prescrição, não podem ser aplicadas somente no que favorece ao contribuinte: reconhecendo-se que se trata de débito de natureza tributária, também se deve ter presente que a exigibilidade será suspensa, entre outros motivos, pelas reclamações e recursos (CTN, artigo 151, III), não fluindo prazo prescricional.

2. Apelo provido».

A ação funda-se no artigo 485, IX,

CPC, sustentando o autor que o Acórdão rescindendo foi proferido em erro de fato, resultante de documentos anexos ao processo. O erro teria consistido no seguinte: o Acórdão decidiu a controvérsia à luz do instituto da prescrição, quando, na verdade, tratava-se de um caso típico de decadência. Em consequência, considerou-se inexistente um fato efetivamente ocorrido, qual seja o decurso do prazo de caducidade de cinco anos previsto no CTN.

Informa o autor que o débito que foi objeto da causa de que resultou o Acórdão rescindendo foi levantado em 31-8-76, referindo-se ao período de 1969 e 1970.

O IAPAS contestou. Sustenta, que não há como aferir-se se ocorreu a decadência ou não, visto que a simples alegação da parte não basta. De outro lado, o Acórdão não decidiu sobre decadência. O Acórdão teria, outrossim, apenas dado uma razoável interpretação ao litígio, porquanto na época o Tribunal vacilava quanto à aplicação do CTN às contribuições previdenciárias. O Acórdão, pois, não admitiu fato inexistente, nem considerou inexistente fato ocorrido.

O autor replicou (fls. 32/35), juntando novos documentos. O réu, IAPAS, teve vista e manifestou-se às fls. 42/43.

Saneador à fl. 44.

As partes apresentaram razões finais (fls. 46/53 e 55/56). Ao cabo, a ilustrada Subprocuradoria-Geral da República ofereceu o parecer de fls. 58/60, assim:

«1. A presente ação rescisória foi proposta com fundamento no inciso IX, artigo 485, do CPC, que dispõe sobre a rescindibilidade das sentenças de mérito fundadas em erro de fato, resultante de atos ou documentos da causa. O suposto

erro de fato do v. Acórdão rescindendo seria o de ter decidido a controvérsia à luz do instituto da prescrição, quando na verdade se trata de um caso típico de decadência. Em decorrência disto, considerou-se inexistente um fato efetivamente ocorrido, qual seja o decurso do prazo decadencial.

2. Preliminarmente, é de ser ressaltada a inexistência, nos autos, da certidão do trânsito em julgado do Acórdão que se pretende rescindir. Tratando-se de ação rescisória, tal documento é imprescindível, para que não se corra o risco de rescindir-se um julgado pendente de recurso. Assim, impõe-se a determinação para que o autor apresente tal certidão, sob pena de extinção do processo, na forma do artigo 267, III, do CPC. Do mesmo modo, deve ser apresentada a procuração outorgada ao advogado subscritor da peça de fls. 46/53, sob pena de seu desentranhamento.

3. No mérito, não merece prosperar a presente ação, face a não-configuração do erro de fato descrito no inciso IX, artigo 485, do CPC. Realmente, o Exmo. Sr. Ministro-Relator da apelação cível que deu origem ao Acórdão rescindendo, ao pronunciar-se expressamente sobre a prescrição afastando-a na espécie, não se baseou em nenhum ato ou documento da causa que o tivessem induzido a admitir fatos inexistentes ou a considerar inexistente fato efetivamente ocorrido (artigo 485, IX, § 1º do CPC). Simplesmente julgou inexistente, expressamente, um dos efeitos possíveis do decurso do tempo: a prescrição. Teria ocorrido o invocado erro de fato se, por exemplo, tivesse admitido uma interrupção (fato) da prescrição que não houvera. Além disto, a admissão do fato da interrupção teria

que se fundar em algum documento ou ato do processo.

4. O autor, na petição inicial de sua ação sumaríssima, alegou a decadência do direito de constituir o crédito previdenciário. Sua pretensão foi acolhida pelo MM. Juiz de 1ª grau, que confundiu os institutos da prescrição e decadência. Ao reformar tal sentença, a Egrégia 1ª Turma desse Tribunal pronunciou-se apenas quanto à prescrição. O Acórdão foi, portanto, omisso quanto à decadência. Cabia, assim ao então apelado opor embargos de declaração. Se não o fez, deve arcar com o ônus de sua inércia, pois não é a ação rescisória sucedâneo de embargos declaratórios.

5. Pelo exposto, opinamos pela improcedência».

Pelo despacho de fl. 61, determinei que o autor atendesse ao que foi requerido pela ilustrada Subprocuradoria-Geral da República, em preliminar, o que foi cumprido (fls. 62/71).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Velloso (Relator): Comprovou o autor que o Acórdão rescindendo transitou em julgado em 27-10-80 (fl. 63). Ajuizada a ação em 18-5-82, assim o foi dentro no prazo legal (CPC, artigo 495).

Examinemos a questão.

II

Ao contrário do que sustenta o autor, o Acórdão rescindendo não está fundado em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa.

De feito.

Dispõe o CPC, artigo 485, IX:

«Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

.....
IX — fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa».

Há que ser conceituado, então, o «erro de fato» capaz de autorizar a rescisão da sentença. Esse conceito está no próprio Código, no § 1º do artigo 485, CPC: «Há erro, quando a sentença admitir um fato inexistente, ou quando considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido».

O erro de fato, segundo o conceito que lhe empresta o estatuto processual, é erro dos sentidos, tal como sustentara Mortara, ao comentar o Código de Processo Civil italiano, artigo 395, nº 4, fonte do atual inciso IX do artigo 485, do CPC brasileiro (Mortara, «Commentario del Codice e delle leggi di Procedura Civile», 4ª ed., Milão, 1923, pág. 504. Ap. Sydney Sanches, «Da ação rescisória por erro de fato», RT, 501/15). Em razão desse erro dos sentidos, considera o julgador existente um fato que, em realidade, não existia, ou inexistente um fato que em verdade, existia. Lecciona, a propósito, Sydney Sanches: «O erro de fato a que alude o texto brasileiro (artigo 485, nº IX), colhido do italiano, decorre de inadvertência do Juiz, que, lendo os autos, neles vê o que não está, ou não vê o que está. Erro dos sentidos, de percepção, eventualmente de reflexão, de raciocínio, mas nunca de interpretação ou valoração da prova. Por causa dele, o Juiz considera existente um fato inexistente. Ou inexistente um fato existente». (Ob. e loc. cit., pág. 25).

III

No caso, a questão pode ser assim equacionada: nos embargos à execução, o ora autor sustentou, em verdade, a decadência do direito à cons-

tituição do crédito. Mas a sentença decidiu pela ocorrência de prescrição. Apreciando o recurso do IAPAS, o Tribunal examinou-o e decidiu-o só por esse ângulo de visada. O que poderia ter ocorrido, na melhor das hipóteses, para o ora autor, é ter o Tribunal omitido pronunciamento sobre ponto da demanda — a decadência — questão da qual, aliás, poderia conhecer de ofício. Concedo que isso teria ocorrido. Todavia, o haver omitido a sentença pronunciamento sobre algum ponto da demanda não constitui erro de fato, mas erro de direito, lembra Sydney Sanches, invocando lição de Butera (Ob. e loc. cit., pág. 25), erro de direito que será sanado mediante a interposição de embargos de declaração (CPC, artigo 464, II, e artigo 535, II), embargos esses que não foram apresentados quando foi proferida a sentença de 1º grau e o Acórdão que se quer rescindir.

IV

Diante do exposto, julgo improcedente a ação, condenado o autor na verba honorária de 10% (dez por cento) do valor da causa. Reverterá em favor da autarquia-ré a importância do depósito.

VOTO

O Sr. Ministro Bueno de Souza: Senhor Presidente, na verdade, a grave anomalia que, no caso, cumpria patentear na prestação jurisdicional rescindenda deveria consistir em ter o Juiz reputado existente fato que não ocorreu; ou, então, desconsiderado o fato ocorrido, como se não tivesse verificado.

É que a função do Juiz, em processo de conhecimento, consiste precisamente em conhecer os fatos alegados, determinar seu modo de ser e qualificá-los juridicamente.

Ora, se o Juiz desconsidera certos fatos a despeito de alegados e provados; ou leva em conta fatos cuja existência o processo afasta, ocorre erro no desempenho da jurisdição, o qual, por sua gravidade, a ordem jurídica permite seja corrigido pela via da rescisória.

Mas o que os autos trazem ao nosso conhecimento é, tão-somente, mera divergência: entende o autor que o Juiz (na sentença) e o Tribunal (no Acórdão) deviam ter reconhecido como decadência aquele mesmo fato que ambos os pronunciamentos anteriores consideraram prescrição.

O que se verifica, por conseguinte, não passa de divergência no modo de qualificar juridicamente o decurso de um lapso de tempo, sem determinadas providências.

O douto voto do Sr. Ministro Carlos Velloso aprecia a espécie com propriedade. Também o subscrevo.

EXTRATO DA MINUTA

AR nº 904 — SP — Registro nº 3.378.896 — Rel.: O Sr. Ministro Carlos Velloso. Autor: Ingo Arlindo Renaux. Réu: IAPAS. Adv.: Drs. Gilberto Cipullo e outros e Paulo César Gontijo.

Decisão: A Segunda Seção, por unanimidade, julgou improcedente a ação (Em 12-4-83 — Segunda Seção).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Wilson Gonçalves, Bueno de Souza, Sebastião Reis, Miguel Ferrante, Pedro Acioli, Américo Luz, Pádua Ribeiro, Geraldo Sobral e Moacir Catunda. Impedido o Sr. Ministro Torreão Braz. Ausente, por motivo justificado o Sr. Ministro Armando Rollemberg. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Washington Bolívar.

**INCIDENTES DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA NO
AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 40.683 — PR
(Registro nº 3.106.594)**

Relator: O Sr. Ministro Moacir Catunda

Agravante: Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária — INCRA

Agravados: Silvio Perfeto Fagan e sua mulher e outros

Suscitante do Incidente: Antiga 2ª Turma

Advogados: Drs. Germano de Rezende Forster e Nobuo Nishimoto

EMENTA

Processual. Uniformização de Jurisprudência. Sua inconveniência, no caso concreto. CPC, artigo 476, I.

1. Desapropriação por interesse social ajuizada contra grande número de proprietários, posseiros ou ocupante — Decreto-Lei nº 554/69. — Separação dos processos, à vista da peculiaridade da situação processual de alguns grupos, face a de outros, em posição diversa, em ordem a justificar o desmembramento, com vistas a prevenir prejuízo decorrente da demora do julgamento, através de uma só e única sentença.

2. Divergência comprovada acerca da interpretação do direito, mas entre Turmas julgadoras extintas em virtude da reestruturação do Tribunal, que criou áreas de especialização.

3. Caso em que se proclama a inconveniência de se uniformizar a jurisprudência, já em virtude da extinção das Turmas de onde emanaram as decisões divergentes, e já para propiciar aos novos órgãos de julgamento oportunidade de apreciar os dissídios que hajam de surgir, segundo as peculiaridades de cada caso.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas.

Decide a Segunda Seção do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, não conhecer do incidente de uniformização de jurisprudência, determinando a remessa dos autos a uma das Turmas componentes desta Seção, para julgamento do mérito, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que fi-

cam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 6 de dezembro de 1983 (Data do julgamento) — Ministro Otto Rocha, Presidente — Ministro Moacir Catunda, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Moacir Catunda: Em ação de desapropriação proposta pelo INCRA contra Silvio Perfeto

Fagan e outros, este expropriado e mais três manifestaram-se postulando formação de processo à parte, devido ao grande número de expropriados.

Assim decidiu o Juiz (fls. 75/76):

«...Face à multiplicidade de expropriados, encontram-se, ainda hoje, tramitando em diferentes comarcas, precatórias para citação dos mesmos. Além disso, diversas precatórias foram devolvidas, sem cumprimento, por não terem sido localizados os réus a serem citados.

Isto posto, decido.

Trata-se de uma ação expropriatória proposta pelo INCRA contra 316 expropriados, portanto, de um litisconsórcio passivo...

Na espécie, não há dúvida de que se verifica o retardamento da tramitação processual e a violação do princípio da igualdade das partes a que alude o artigo 125, I e II, do CPC. Decorridos hoje mais de três anos da propositura da ação, até agora ainda não foram ultimadas as citações dos réus. E, provavelmente, tais citações não se concluirão ainda, por muito tempo, eternizando a demanda. Haja vista, a respeito, que inúmeros réus não foram localizados, e nem se tem notícias estejam sendo tomadas providências pelo autor, no sentido de localizar o paradeiro dos mesmos.

Por tudo isto, defiro o pedido de separação da ação, relativamente aos suplicantes, determinando se forme um novo processo...»

Dessa decisão agravou o INCRA, dizendo-se prejudicado.

Contramínuta às fls. 101/105.

Foi mantido o despacho agravado (fl. 106).

Opinou a Subprocuradoria-Geral da República pelo provimento do agravo.

Peticionou o INCRA pedindo a manifestação prévia do Pleno acerca da questão discutida, face a decisões conflitantes das antigas 2ª e 4ª Turmas do Tribunal (fl. 117), no que foi atendida pela extinta 2ª Turma, por seu Acórdão, verbis:

«EMENTA: Desapropriação por interesse Social intentada contra número considerável de proprietários.

Desmembramento do processo, a requerimento de alguns expropriados.

Uniformização de jurisprudência.

Reconhecida a divergência entre Turmas quanto ao modo de interpretar o direito em tese, acolhe-se o pedido a fim de que o Tribunal Pleno dê a exegese a ser observada».

Opinou a douta Subprocuradoria-Geral da República, pela prevalência da tese do Acórdão da Egrégia 4ª Turma, em sua anterior composição.

É o relatório.

RELATÓRIO SUPLEMENTAR

O Sr. Ministro Moacir Catunda: A decisão da extinta 2ª Turma, que reconheceu a existência de divergência sobre a aplicação do direito em tese e determinou a remessa da causa do Tribunal Pleno, para que venha de dar à matéria a inteligência que julgar acertada, foi tomada na assentada de 5 de março de 1980, bem antes, portanto, da implantação, no Tribunal, das duas áreas de especialização.

A matéria discutida no incidente de uniformização de jurisprudência dizendo respeito preponderantemente a desmembramento de processo de desapropriação por interesse social movido a considerável número de proprietários, ou posseiros, refoge à competência do Tribunal Pleno,

para se inserir na do Plenário da Segunda Seção (RI, artigo 8º), motivo por que, com fundamento no artigo 389, do RI, indiquei a retirada dos autos da pauta do Tribunal do Pleno para que fossem incluídos na do Pleno da Segunda Seção, independente de Acórdão, a cujos eminentes Ministros remetam-se cópias do relatório de fl. 147; — deste relatório suplementar e dos Acórdãos divergentes.

Com este relatório nos autos, peço dia.

VOTO PRELIMINAR

O Sr. Ministro Moacir Catunda: Conforme se apura do relatório suplementar as decisões divergentes sobre a possibilidade de separação do processo, em caso de ação de desapropriação, por interesse social, de imóveis rurais, para fins de reforma agrária, de que trata o Decreto-Lei nº 554, de 23 de abril de 1969, foram proferidas em 1978, pelas antigas Segunda e Quarta Turmas do Tribunal, nos Ags. nº 39.584-PR e 39.960-PR, ambas extintas em decorrência da implantação, no Tribunal, de duas áreas de especialização — numeradas Primeira e Segunda Seção. A Segunda Seção compete julgar recursos atinentes à desapropriação.

A antiga 4ª Turma compunha-se dos eminentes Ministros Carlos Madeira, Evandro Gueiros Leite, Jarbas Nobre e José Dantas, hoje integrantes das Turmas da Primeira Seção, os três primeiros e o último, no exercício da Presidência, de maneira que nenhum dos julgadores cuja vontade compôs o Acórdão divergente no Ag. nº 39.960-PR, judica na Segunda Seção do Tribunal, competente para julgar recursos em tema de desapropriação.

Dos componentes da antiga 2ª Turma — que julgou o outro Acórdão divergente, no Ag. nº 39.584-PR, — Mi-

nistro Paulo Távora, — hoje aposentado, — Torreão Braz e este Relator, os dois últimos pertencemos à Turma da Segunda Seção, mas, ao que penso, em posição concordante, no tocante ao tema.

O Tribunal Federal de Recursos uniformiza sua jurisprudência, ora por convergência de decisões tomadas por maioria qualificada de votos, em dois julgamentos concordantes, pelo menos, do Tribunal Pleno, ou por uma só decisão, por unanimidade dos seus componentes, a teor do artigo 63 da Lei nº 5.010/65, e ora através do processo específico de uniformização da jurisprudência, disciplinado no artigo 476, e seguintes do CPC.

No tocante à hipótese de sumulação consignada no artigo 63, da Lei nº 5.010/66, exigindo decisão unânime do Tribunal Pleno, inadequa-se ao caso, que não registra nenhuma.

Relativamente à uniformização de jurisprudência regulamentada no CPC, artigo 476, I e II, sou porque a divergência sobre a aplicação do direito em tese, entre turmas, câmara, grupo de câmara ou câmaras civis reunidas, pressupõe, necessariamente, órgãos julgadores atuantes em sua função julgadora. Divergência sobre a aplicação de determinados princípios jurídicos, entre turmas julgadoras logo mais extintas, não propiciam a sumulação da jurisprudência, à mingua de concorrência dos requisitos legais concernentes à sobrevivência dos órgãos julgadores em dissídio.

De outra parte, na hipótese, vale realçar, em prol da inconveniência da sumulação, a raridade dos casos, e as peculiaridades deles, tanto assim que pesquisa na jurisprudência do Tribunal, feita esta semana, após mais de 4 anos do ajuizamento do presente incidente de uniformização de jurisprudência, em junho de 1979, encontrou somente um Acórdão do

Tribunal, por sua antiga e também extinta 3ª Turma, tomado no AI nº 39.631-PR, Relator Ministro Lauro Leitão, com cujo pronunciamento concordaram os eminentes Ministros Adhemar Raymundo e Carlos Velloso, o último após pedido de vista e exaustivo exame, em que citou o Acórdão da extinta 2ª Turma, no AI nº 39.584, de que fomos Relator.

É certo que em agosto último foi-me distribuído o AI nº 44.218-PR, versando matéria idêntica, fato este que apenas corrobora a observação sobre a raridade dos casos ensejadores da aplicação da tese em causa.

Por estes motivos e enfatizando sobre a solitária divergência denunciada e que se tornou irrelevante, face a extinção dos órgãos julgadores, o meu voto preliminar é julgando inconveniente uniformizar a matéria, em ordem a propiciar o julgamento de cada caso segundo suas peculiaridades. E destaco a preliminar.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Velloso: Sr. Presidente, o fato de ter ocorrido a especialização, ao que me parece, não acaba com a divergência, que é objetiva, porque existente na jurisprudência do Tribunal, pois um Acórdão de uma certa Turma diz que deve haver o desmembramento, enquanto outro entende que não.

De sorte que a divergência jurisprudencial existe. Tem uniformizar essa jurisprudência, todavia, preferindo deixar ao bom critério do Relator. Parece-me inconveniente fixarmos uma súmula a esse respeito.

Com essas breves considerações, adiro ao douto voto do Sr. Ministro-Relator.

EXTRATO DA MINUTA

Ag nº 40.683 — PR (IUI) — Registro nº 3.106.594 — Rel.: O Sr. Ministro Moacir Catunda. Agte.: INCRA. Agdos.: Sílvio Perfeto Fagan e sua mulher e outros. Suscte. do Incidente: Antiga 2ª Turma. Advs.: Drs. Germano de Rezende Forster e Nobuo Nishimoto.

Decisão: A Seção, por unanimidade, decidiu não conhecer do incidente de uniformização da jurisprudência, determinando a remessa dos autos a uma das Turmas componentes desta Seção, para julgamento do mérito. (Em 6-12-83 — Segunda Seção).

Participaram da decisão os Srs. Ministros Torreão Braz, Carlos Velloso, Wilson Gonçalves, Bueno de Souza, Sebastião Reis, Miguel Ferrante, Pedro Acioli, Américo Luz, Geraldo Sobral e Armando Rollemberg. Impedido o Sr. Ministro Pádua Ribeiro. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Otto Rocha.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 41.965 — SP

(Registro nº 3.286.444)

Relator: O Sr. Ministro Armando Rollemberg

Agravante: Sociedade de Abastecimento de Água e Saneamento — SANASA (Campinas)

Agravado: IAPAS

Advogados: Drs. Lélío Farago Lemos, outro e Nelly Oliveira.

EMENTA

Execução fiscal contra sociedade de economia mista prestadora de serviço público. Se, de acordo com o disposto no artigo 242 da Lei nº 6.404/76, os

bens da executada são penhoráveis, e pelas suas obrigações responde, subsidiariamente, a pessoa jurídica que a controla, é correta a determinação de se penhorarem os bens da devedora não afetos diretamente à execução do serviço público, pois este não pode ser prejudicado, e, se insuficientes para garantir os créditos do exequente, proceder-se à execução contra o responsável subsidiário pela dívida cobrada. Agravo de instrumento desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos, em que são partes as acima indicadas.

Decide a 4ª. Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, dar provimento parcial ao agravo, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 14 de dezembro de 1983 (Data do julgamento) — Ministro **Armando Rollemberg**, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. **Ministro Armando Rollemberg**: A execução fiscal proposta pelo INPS, na Comarca de Campinas, para cobrar da Sociedade de Abastecimento de Água e Saneamento S.A. — SANASA, débito relativo a contribuições previdenciárias, prêmios de seguro de acidentes do trabalho e acessórios, opôs a executada embargos nos quais requereu o chamamento ao processo da Prefeitura Municipal de Campinas, detentora da maioria de seu capital social, e a audiência do Ministério Público.

Citada, a Prefeitura referida veio aos autos afirmando descabido o seu chamamento ao processo, por ser a executada pessoa jurídica de direito privado, com personalidade jurídica e patrimônio próprio. Também o representante do Ministério Público alegou não ser cabível a sua intervenção.

O MM. Juiz, após breve relatório, decidiu:

«Preliminarmente, exclui-se a Prefeitura Municipal de Campinas da lide. Com efeito, não há amparo legal para que a Municipalidade na mera condição de acionista da executada, embora majoritária, figure no processo como co-executada. Isso porque, como bem o demonstrou a Municipalidade, a executada é pessoa jurídica identificada como sociedade anônima de economia mista, com patrimônio próprio e administração separada. Portanto, autônoma. Na condição de sucessora do antigo Departamento de Água e Esgoto (DAE), tornou-se responsável pelas obrigações desse extinto departamento, assumindo todo o seu acervo, ativo e passivo, conforme artigo 3º e seu § 2º da Lei Municipal nº 4.356, de 1966, que criou a autarquia executada (folhas dos embargos).

Não remanesce nenhuma dúvida a respeito dessa conclusão. Nem na doutrina nem na jurisprudência, conforme se lê nos Acórdãos trazidos à colação pela Municipalidade em seus embargos.

«Dispõe o artigo 737 do Código de Processo Civil que não são admissíveis embargos do devedor antes de seguro o Juízo.

No caso dos autos, a executada embargou, produziu provas, arrazou, tudo ao arrepio do artigo 737 e da própria natureza do processo de execução, que inexistente sem penhora garantindo o Juízo.

De fato, não há penhora nos autos, assegurando a execução. Portanto, ressentido-se o processo de

condição fundamental para seu desenvolvimento regular.

Diante do exposto, excluindo a Prefeitura Municipal de Campinas da execução, anulo o processo a partir de folha 12, inclusive, cumprindo ao exequente promover a penhora de bens bastantes da executada — Sociedade de Abastecimento de Água e Saneamento S.A. — SANASA, para que o processo tenha seguimento.»

Irresignada, a executada interpôs agravo de instrumento invocando o artigo 242 da Lei nº 6.404/76 (Lei das Sociedades por Ações), de acordo com o qual a pessoa jurídica que controla as sociedades de economia mista responde, solidariamente, pelas obrigações desta.

Afirmou, ainda, a impenhorabilidade dos seus bens, porque afetos à execução de serviço público, e finalmente, que a execução contra ela proposta, se revestia de interesse público, com o que se justificava plenamente a intervenção do Ministério Público.

Formado o instrumento, o recurso foi contrariado e, mantida a decisão agravada, os autos vieram ao Tribunal.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Armando Rollemberg (Relator): Reza o artigo 242 da Lei nº 6.404, de 1976, que dispôs sobre as sociedades por ações:

«As companhias de economia mista não estão sujeitas à falência mas os seus bens são penhoráveis e executáveis, e a pessoa jurídica que a controla responde, subsidiariamente, pelas suas obrigações».

Como se vê, a disposição lida atribui à pessoa jurídica que controla a sociedade de economia mista, no caso sob apreciação a Prefeitura Muni-

cipal de Campinas, responsabilidade subsidiária pelos débitos da sociedade controlada.

Ora, se a sua responsabilidade é subsidiária, a Prefeitura somente responderá pelos débitos da agravante, se esta não possuir bens em condições de os satisfazer, e, por isso mesmo, não há porque chamá-la ao processo. Dito chamamento teria lugar, isso sim, como expresso no artigo 77, III, do CPC, se se tratasse de devedor solidário.

De outro lado, vê-se da mesma norma, os bens das sociedades de economia mista, mesmo as que têm por destinação a prestação de serviço público, são penhoráveis, pois não há ali restrição às sociedades cujo objeto é atividade econômica.

Tenho, entretanto, que tal regra há de ser interpretada com temperamentos, pois, acentua com propriedade Celso Antônio Bandeira de Mello, citado pela agravante:

«Os bens das sociedades de economia mista não se qualificam como bens públicos, caso contrário haveria profundo desvirtuamento do caráter privado e correspondentemente regime imputável a estas pessoas. Segue-se disto que se sujeitam às mesmas vicissitudes de quaisquer outros bens particulares, podendo recair sobre eles gravames, ônus reais e execução para garantia ou satisfação de débitos resultantes de condenação judicial. Ressalve-se, tão-só, em sincronia com o que já ficou dito com respeito às concessionárias de serviço público, que, em se tratando de sociedade de economia mista prestadora de serviço público, os bens afetos à execução dele não se acham à mercê de terceiros, pois o saciar-se neles implicaria a paralisação do serviço, possibilidade excluída em face do notório princípio da continuidade dos serviços públicos. Neste caso, exauridos os de-

mais recursos da pessoa, compareceria o Estado, obrigatoriamente, segundo os termos já assinalados, para garantir os créditos de terceiros prejudicados».

Tem-se, assim, que, como determinou o MM. Juiz na decisão agravada, cabe penhorar-se os bens da executada não afetos diretamente à execução de serviço público, e, se não forem bastantes para garantir os créditos, proceder-se à execução contra o responsável subsidiário pela dívida, isto é, a Prefeitura de Campinas.

Finalmente, quanto à intervenção do Ministério Público, não se mostra essencial, pois o interesse público na hipótese estaria em impedir a efetivação da constrição sobre os bens da devedora afetos ao serviço público, que, vimos, não é possível.

Meu voto, assim, é provendo parcialmente o recurso para o efeito

apenas de restringir a realização da penhora a bens da executada não essenciais à execução de serviço público.

EXTRATO DA MINUTA

AG Nº 41.965 — SP — Registro nº 3.286.444 — Rel.: O Sr. Ministro Armando Rollemberg. Agte.: Sociedade de Abastecimento de Água e Saneamento — SANASA (Campinas). Agdo.: IAPAS. Advs.: Drs. Lélío Faraogo Lemos, outros e Nelly Oliveira.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento parcial ao agravo, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator (Em 14-12-83 — 4ª Turma).

Os Srs. Ministros Carlos Velloso e Pádua Ribeiro votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Armando Rollemberg.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 42.700 — SC

(Registro nº 3.357.406)

Relator: O Sr. Ministro Sebastião Reis

Agravante: Jacob Momm Filho e cônjuge

Agravado: DNER

Advogados: Drs. Nilo Momm e Dra. Marli Alves Teixeira e outros

EMENTA

Administrativo. Desapropriação. Precatório. Atualização após seu cumprimento. Demora.

Em desapropriação é devida a correção monetária até a data do efetivo pagamento da indenização, devendo proceder a atualização do cálculo ainda que por mais uma vez (Súmula nº 561 do STF).

Devida atualização complementar da indenização correspondente ao período entre os valores apurados em liquidação, para efeito de precatório, e o do pagamento respectivo.

Enquanto existente matéria residual, não está cumprido e acabado o ofício jurisdicional na execução de sentença, cuja extinção só produz efeitos quando declarada por sentença (artigos 794, I e 795 do CPC).

Deu-se provimento ao agravo.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos, em que são partes as acima indicadas.

Decide a 5ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, dar provimento ao recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 27 de setembro de 1982 (Data do julgamento). — Ministro **Moacir Catunda**, Presidente — Ministro **Sebastião Reis**, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. **Ministro Sebastião Reis**: Jacob Momm Filho e sua mulher, nos autos da ação expropriatória que lhes moveu o DNER, já em fase de execução, agravam de instrumento da r. decisão do MM. Juiz Federal de Santa Catarina, trasladada à fl. 42, que indeferiu o seu pedido de atualização complementar da indenização, relativa ao período de 6-3-80 a 5-7-81, visto como os valores originariamente liquidados já se encontravam ultrapassados no tempo, à época do pagamento por precatório, não havendo, nos termos da Súmula nº 561 do Alto Pretório, falar-se em exaurimento do ofício jurisdicional, porque subsumível no artigo 463, I, do CPC.

Instruído o recurso, mantida a decisão agravada, nesta Corte, ouvi a ilustrada Subprocuradoria-Geral da República, que se manifestou às fls. retro pelo provimento do agravo.

É o relatório.

VOTO

O Sr. **Ministro Sebastião Reis** (Relator): Do ilustrado parecer da douta Subprocuradoria-Geral da lavra do Procurador Luciano Franco Tolenti-

no Amaral, aprovado pelo eminente Subprocurador-Geral Dr. Geraldo Fonteles, extraiu as seguintes considerações (fls. 54/6):

«Entendeu o douto Juízo a quo que «com a expedição do precatório, exauriu-se o ofício jurisdicional» (fl. 5).

Com razão, **data venia**, os agravantes, à vista do que contém o item I do artigo 794 c/c o artigo 795, ambos do CPC.

Ainda que satisfeita pelo devedor a obrigação, execução da sentença em causa, e logo o «ofício jurisdicional», somente se fará finda por sentença, que, a seu turno, é ainda recorível.

Mesmo que se vislumbresse na r. decisão agravada a sentença que se fala, seria cabível à apelação (artigo 513, CPC), como tal conhecível o presente agravo, por isso que atendidos os pressupostos da fungibilidade recursal.

Se, sob o aspecto formal, não foi exaurida a jurisdição, o mesmo ocorre do aspecto material, pois subsiste, ainda, matéria residual da execução, qual seja a complementação dos cálculos de fl. 15, relativa ao período de 6-3-80 até 5-7-81.

O direito dos agravantes está assegurado pela Súmula nº 561 do STF, em cuja hipótese se enquadra o caso presente.

A propósito, lê-se do voto do Exmo. Ministro Xavier de Albuquerque, Relator do RE nº 77.375-SP, base da citada súmula, a seguinte resposta à dissensão de que, como «os precatórios» sofrem tramitação administrativa que sempre ocasionam algum retardamento, isso não será motivo para que atualize a correção já levantada quando se transpuser o termo trimestral atualmente adotado no nosso sistema:

«Respondi à objeção, dizendo que essa razão poderia, talvez, ser considerada nos casos usuais de condenação das Fazendas, em que, pela própria Constituição, o cumprimento do julgado se vai fazer mediante requisitório mas que, na desapropriação direta, a adoção desse sistema constituiria prática obrigatória da lei, que não o prevê, porque o que a lei prevê é que o pagamento se faça em contado e na hora. Supõe a lei que o poder expropriante disponha do numerário. A meu ver, fazer com que, fixada judicialmente a indenização em desapropriação direta, o expropriado deva assumir, como mero titular de crédito derivado de sentença judicial, todos os riscos e ônus do recebimento desse valor por precatório é transmutar, inteiramente, a mecânica da desapropriação, estabelecida na lei específica.»

A solução para ilidir as eventuais atualizações sucessivas, aponta-a o preclaro Relator nos seguintes termos:

«Se o poder expropriante se quiser forrar a essa consequência, tenha a cautela de, logo após o levantamento da conta final,

recolher, depositando em Juízo, o valor fixado, não deixando, assim, que se transponha o trimestre».

O entendimento acima consubstanciado reflete a tese básica de que aqui não se cuida de correção e sim de ajuste do valor pela atualização (Robertos Rosas, Dir. Sumular, pág. 303) e, outrossim, consona-se ao Verboete nº 561 da súmula do Alto Pretório, critério mantido em reiterados pronunciamentos posteriores da Corte Maior e deste Tribunal.

Dou provimento ao agravo.

EXTRATO DA ATA

AI nº 42.700 — SC — Rel.: O Sr. Ministro Sebastião Reis. Agrte.: Jacob Momm Filho e Cónjuge. Agrdo.: DNER. Advs.: Dr. Nilo Momm, Dr. Marli Alves Teixeira e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas. (5ª Turma. Julgado em 27-9-82).

Votaram com o Relator, os Srs. Ministros Moacir Catunda e Pedro Acioli. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Moacir Catunda.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 43.060 — BA

(Registro nº 3.393.984)

Relator: O Sr. Ministro Pedro Acioli

Agravante: IAPAS

Agravada: NORDISA — Nordeste Indústria S.A.

Advogados: Drs. Olívia Faria Braga e Sylvio Santos Faria

EMENTA

Processual Civil. Execução fiscal. Intimação do representante judicial da Fazenda Pública. Lei nº 6.830, de 1980, artigo 25.

1. A regra do artigo 25 da Lei nº 6.830/80 quebra o princípio da isonomia das partes, estabelecendo um tratamento diferenciado em favor da Fazendeira.

da, por isso mesmo não se recomenda a interpretação extensiva do mencionado dispositivo, cuja incidência não deve ir além da esfera do processo de execução fiscal, nos exatos termos das verba legis.

2. Inaplicação da aludida regra no processo de embargos do devedor, que configuram verdadeira ação.

3. Agravo improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas.

Decide a 5ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, negar provimento ao agravo, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 18 de agosto de 1982 (Data do julgamento) — Ministro Moacir Catunda, Presidente — Ministro Pedro Acioli, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Pedro Acioli: Em processo de embargos de devedor opostos por NORDISA — Nordeste Indústria S.A. à execução fiscal promovida pelo IAPAS, agravou este último de despacho que lhe indeferiu indicação de assistente-técnico e apresentação de quesitos.

Alega o Instituto cerceamento de defesa, porque não teria sido intimado pessoalmente do despacho que deferiu prova pericial, invocando a regra do artigo 25 da Nova Lei das Execuções Fiscais (Lei nº 6.825/80). No entender do Juiz, o requerimento de indicação de assistente e apresentação de quesitos fora intempestivo, argumentando que a intimação pessoal do advogado da Fazenda Públi-

ca, a que alude o dispositivo acima mencionado, somente tem lugar no processo de execução fiscal e não no de embargos, os quais configuram verdadeira ação.

Devidamente processado o recurso, subiram os autos, após mantida a decisão agravada.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Pedro Acioli (Relator): Ao manter a decisão, assim se pronunciou o Dr. Juiz a quo:

«Vistos, etc:

1. Agrava o embargado — Instituto de Administração Financeira da Previdência Social — do despacho de fl. 39 dos autos principais (fl. 9 destes autos), que indeferiu, porque intempestivo, o seu pedido de indicação de assistente-técnico e formulação de quesitos.

Alega que, mesmo nos embargos, a execução, a intimação do representante da Fazenda Pública é feita pessoalmente.

Não comungo deste entendimento. Os embargos do executado são uma ação, uma 'ação de oposição a execução' (Plácido e Silva), ação 'em que o executado é autor e o exequente é réu; mais precisamente, a ação incidente do executado visando anular ou reduzir a execução ou tirar ao título sua efi-

cácia executória' (Enrico Tullio Liebman, 'Processo de Execução', Saraiva, 1980, 4ª ed., pág. 216).

Portanto, a execução é um processo e embargos outro (de conhecimento). A distinção é evidente. O artigo 25 da Lei nº 6.830, de 22-9-80, dispõe que:

'Na execução fiscal' — ou seja, no processo de execução fiscal — 'qualquer representação ao representante judicial da Fazenda Pública será feita pessoalmente'.

A intimação — nos embargos — outra ação — continuará sendo regulada pelo Código de Processo Civil.

2. Mantenho, assim, a decisão. Subam os autos à Superior Instância, sob as garantias de praxe. Dr. Fernando Tourinho Neto Juiz Federal da 3ª Vara.» (fl. 13).

No regime do estatuto processual vigente, pacificou-se a jurisprudência no sentido de que:

«A regra do artigo 236, § 2º, do Código de Processo Civil, não incide quando o Procurador da República funciona como advogado da União Federal, ressalvada a disposição inscrita no artigo 25 da Lei nº 6.830, de 1980». (Súmula nº 117, do TFR).

Diz o mencionado:

«Art. 25. Na execução fiscal, qualquer intimação ao representante judicial da Fazenda Pública será feita pessoalmente».

A considerar a interpretação literal da regra em apreço, o despacho suso transcrito não merece censura.

O já falado artigo 25 quebra o princípio da isonomia das partes, co-

mo bem o mencionam Humberto Theodoro Júnior (in RT nº 551, págs. 11 e ss.) e Arno Werlag (in AJURIS nº 23, págs. 228 e ss.), estabelecendo um tratamento diferenciado em favor da Fazenda. Tal repele a consciência jurídica, que trata o Estado em igualdade de condições com o sujeito passivo da relação juridico-processual.

Esse fato é suficiente, ao meu ver, para afastar qualquer interpretação extensiva do dispositivo em comento, não sendo recomendada, por isso mesmo, a sua incidência além da esfera do processo de execução fiscal, nos exatos termos das *verba legis*.

Ressalvo, porém, embora intempestivo o requerimento, ser possível a admissão dos quesitos como suplementares (CPC, artigo 425), se apresentados em meio à diligência. Na impossibilidade de aferir a hipótese e não demonstrado pelo agravante qualquer prejuízo decorrente da recusa dos quesitos, nego provimento ao agravo.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

Ag nº 43.060 — BA — Registro nº 3.393.984 — Rel.: O Sr. Ministro Pedro Acioli. Agte.: IAPAS. Agda.: NORDISA — Nordeste Ind. S.A. Advs.: Drs. Olivia Faria Braga e Sylvio Santos Faria.

Decisão: Por unanimidade, negou-se provimento ao agravo. (Em 18-8-82 — 5ª Turma).

Os Srs. Ministros Moacir Catunda e Justino Ribeiro votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Moacir Catunda.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 44.614 — SP
(Registro nº 5.542.014)

Relator: O Sr. Ministro Leitão Krieger
Agravante: Ministério Público
Agravada: Pedreira Sopedra Ltda.
Advogado: Armando Medeiros Prade e outro

EMENTA

Agravo de Instrumento. Ação de retificação de registro de imóvel. Pretendida extinção do processo, com base no artigo 267, VI, do CPC. Saneador. Atos subsequentes. Intimação do Ministério Público.

Restou prejudicado o agravo quanto ao pedido de anulação dos atos posteriores ao despacho saneador, uma vez sanada a irregularidade pelo MM. Juiz a quo.

Por outro lado, não há falar em extinção do processo com base no artigo 267, VI, do CPC. Não ocorre a pretendida impossibilidade jurídica da ação de retificação do registro. O erro de que trata o artigo 213 da Lei nº 6.015/73, não pode ser interpretado da forma restritiva agasalhada pelo agravante.

Improvemento do agravo.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas.

Decide a 1ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, à unanimidade, negar provimento ao agravo, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 23 de outubro de 1984 (Data do julgamento) — Ministro **Washington Bolívar**, Presidente — Ministro **Leitão Krieger**, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro **Leitão Krieger**: Cuida-se de agravo de instrumento interposto pelo Ministério Público Federal, nos autos do pedido de reti-

ficações de registro de imóvel requerido por Pedreira Sopedra Ltda., por não se conformar com a prolação do despacho saneador, sem que houvesse sido apreciado o pedido de extinção do processo. Sustenta, ainda, o agravante, a necessidade de anulação dos atos praticados após o referido despacho, uma vez que deles não foi intimado.

Eis as razões do agravo:

«Preliminarmente cabe aduzir que, nos termos do § 2º do artigo 236 do Código de Processo Civil, «a intimação do Ministério Público, em qualquer caso será feita pessoalmente».

No entanto, proferido o despacho saneador em 7 de dezembro de 1982 e deferidas as provas, em especial a perícia, muitos atos processuais foram praticados, inclusive a apresentação de laudo peri-

cial, sem que o Ministério Público houvesse sido intimado, aberta vista agora em razão da petição de fl. 288 formulada pela União Federal.

Por conseguinte, não de ser anulados todos os atos processuais praticados a partir do despacho saneador a fim de que seja apreciado o presente agravo.

Se assim é o referido despacho não pode prosperar por que ignorado o pedido de extinção do processo.

Com efeito e consoante se verifica no pedido inaugural a requerente pretende através de pedido de retificação de registro de imóvel, registrar formal de partilha onde consta memorial descritivo de gleba de terras, sem qualquer semelhança com a descrição do imóvel na escritura de fls. 13/14.

Conclui-se, à evidência, que o que existe é a impossibilidade de ser registrado o formal de partilha em razão da descrição do imóvel na escritura.

Óbvio em consequência que o pedido não é viável pois a retificação do registro se dá quando há erro na sua feitura, consoante dispõe o artigo 213 da Lei dos Registros Públicos.

Na espécie, como se viu, existe uma total discrepância entre a escritura de fls. 13/14 e o formal de partilha, o que, evidentemente, não enseja pedido de retificação de registro de imóvel.

Nesta conformidade, a impossibilidade jurídica do pedido é manifesta por isso que há de ser julgado extinto o processo nos precisos termos do artigo 267, VI, do Código de Processo Civil, remetido o interessado para as vias ordinárias, consoante dispõe o § 4º do artigo 213 da Lei dos Registros Públicos».

A agravada, em contraminuta, afirma, quanto à anulação dos atos

posteriores ao saneador, estar prejudicado o pedido, em decorrência de despacho proferido pela MMA. Juíza, reabrindo vista ao Ministério Público, sanando assim, a possível irregularidade.

Relativamente ao pedido de extinção do processo, diz da sem razão do agravante, incidindo o mesmo em equívocos; a saber:

«O primeiro equívoco está na observação de que o pedido de retificação de registro de imóvel é simples rótulo.

Ora, no início do parecer (fl. 43) o próprio Procurador se encarrega de remarcar o objeto do pedido: o registro do formal de partilha de fl. 20 na Circunscrição Imobiliária competente.

Assim, como admitir o registro do imóvel, em decorrência das características omissas, apesar das escrituras de cessão de direitos hereditários (permitindo a adjudicação) observarem a descrição detalhada do perímetro e mencionarem a área?

O segundo equívoco se encontra na observação de que a descrição do imóvel, na escritura de venda e compra, é absolutamente imprecisa e impossível, agora, de identificação e localização.

O douto Procurador da República, na verdade, não levou em conta que se está diante de uma escritura lavrada em 1897!

Se levasse em consideração esse particular, por certo teria achado que, em se tratando de título lavrado no século passado, até que a descrição é suficientemente precisa.

De outra parte, dizer que agora é impossível de identificação e localização do imóvel, a afirmação corresponde a um despropósito, tanto mais se for lembrado que o pedido de pericia, justamente para

identificá-lo e localizá-lo, entre outros dados, partiu da douta Procuradoria da República (na qualidade de *custos legis*).

O terceiro equívoco reside na asserção de que o registro do título originário é nulo.

Antes de mais nada é bom esclarecer que não está sob exame, no pedido ajuizado, a declaração de nulidade ou não da escritura lavrada em 1897 ... Portanto, a pretensão, nesse ponto, é destituída de sentido jurídico.

Demais disso, é irrelevante a circunstância de ter sido a escritura registrada em 1975. O importante, no plano dos efeitos jurídicos, é que efetivamente está registrada.

Ainda que não se colocasse à deriva a alegada nulidade do título originário, o fato é que o registro não é nulo, compreendendo o contrato (isto é, a escritura lavrada antes da vigência do Código Civil, mas após a sua edição) os elementos *res, pretium et consensus*. A coisa, principalmente a coisa, existia e existe! E a descrição, em considerando-se a época, é necessária para o fim precípuo da identificação da área localizada.

O quarto equívoco se cinge à afirmação de que o pedido é inviável, pois, nos termos do artigo 212 da Lei dos Registros Públicos, a retificação somente é possível quando há erro constante do registro. Inadmite o erro para salientar a impossibilidade do registro e ainda invocando a «imprecisão» da descrição do imóvel na escritura.

Sublinhe-se, desde logo, que o pedido de retificação nasceu, justamente, devido à necessidade de fazer constar os elementos precisos, certos e atualizados, de acordo com a planta e memorial corrigidos de molde a repercutir no registro do formal de partilha e sem

problemas, inclusive no tocante a terceiros.

Enfatize-se, também, que o conceito de erro do nobre Procurador é muito restrito, não se afeiçoando à presente retificação judicial contenciosa, com todos os confrontantes já citados e conformes com a pretensão da autora.

Esqueceu-se, quem sabe, que a enumeração dos casos possíveis de retificação não constitui, na espécie, *numerus clausus*. Mas retificação não abriga apenas os erros evidentes, materiais, o alcance é maior.

O jurista Antonio Macedo de Campos, por exemplo, ao comentar os artigos 212 e 213 da Lei nº 6.015/73, ensina:

«Está mais do que evidente não ser taxativa a enumeração apontada pelos doutrinadores, mas meramente exemplificativas, pois foge à experiência anterior e à capacidade de previsão do futuro o sem-número de casos que poderão surgir de molde a exigir retificações de registros» (grifou-se, cf. Comentários à Lei de Registro Públicos, vol. III, Edit. Jalovi, pág. 333).

Entretanto, sequer entre as exóticas ou insólitas se encontra a hipótese que verte. É incluída, aliás, pelo mencionado autor, entre as mais comuns. Afinal, diz respeito a um simples caso de «inexatidão dos elementos do registro» (*idem*, pág. 336).

Destarte, não tendo sequer sido afrontado o conhecido princípio da continuidade (a escritura independia de registro, ou ao menos justificaria a ausência, porque o título que deu origem ao formal é anterior ao Código Civil, mas ainda assim o foi no ano de 1975), vê-se que a alegada impossibilidade do registro é cerebrina, *data venia*, denunciando a insubsistência da invoca-

ção do inciso VI do artigo 267 do CPC.»

Ao despachar mantendo a decisão recorrida, a MMA. Juíza assinalou, quanto à nulidade processual por falta de intimação do Ministério Público, já haver despachado no sentido de ser a falta suprida (fl. 129).

Com os traslados requeridos pelas partes, subiram os autos, tendo a douta Subprocuradoria-Geral da República opinado no sentido de se considerar prejudicado o agravo quanto ao primeiro fundamento, dando-se-lhe provimento quanto ao segundo. Lê fls. 133/134.

Despachei pedindo dia e os autos foram incluídos na pauta do dia 2 de agosto último.

Em decorrência das petições de fls. 137/138 e 143/149, apresentadas pela agravada, determinei fosse aberta nova vista à ilustrada Subprocuradoria-Geral da República.

Em conseqüência, veio o pronunciamento de fls. 200/202, da lavra do nobre Dr. Geraldo de Andrade Fonteles, que preliminarmente, alertou para a existência dos agravos nºs 45.667-SP e 45.671-SP, distribuídos a outros ministros, os quais guardam estreita relação com a matéria destes autos; no mérito, à vista da documentação trazida pela agravada, considerou insustentável a conclusão do primeiro parecer.

Após a aludida provocação, foram os citados agravos a mim redistribuídos.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Leitão Krieger (Relator): Dois são os fundamentos deste agravo.

O primeiro aspecto, concernente à anulação dos atos processuais a partir do despacho saneador, por falta

de intimação do Ministério Público, como já visto no relatório, restou prejudicado, em decorrência do r. despacho trasladado à fl. 130 destes autos, que supriu a omissão.

Quanto ao segundo fundamento, o mesmo não pode prevalecer, haja vista a bem posta argumentação desenvolvida pela agravada, o que ensejou, inclusive, o segundo parecer da ilustrada Subprocuradoria-Geral da República, em sentido favorável à tese ali defendida.

Enfatiza o agravante a impossibilidade do registro em decorrência da imprecisão da descrição do imóvel na escritura, o que, segundo entende, somente é viável, a teor do artigo 213 da Lei de Registros Públicos, quando há erro na feitura, bem como sublinha a necessidade do decreto de extinção do processo (artigo 267, VI, do CPC), com a remessa do interessado às vias ordinárias.

A tal entendimento se contrapõe o seguinte tópico da contraminuta:

«O quarto equívoco se cinge à afirmação de que o pedido é inviável, pois, nos termos do artigo 212 da Lei dos Registros Públicos, a retificação somente é possível quando há erro constante do registro. Inadmite o erro para salientar a impossibilidade do registro e ainda invocando a «imprecisão» da descrição do imóvel na escritura.

Sublinhe-se, desde logo, que o pedido de retificação nasceu, justamente, devido à necessidade de fazer constar os elementos precisos, certos e atualizados, de acordo com a planta e memorial corrigidos, de molde a repercutir no registro do formal de partilha e sem problemas, inclusive no tocante a terceiros.

Enfatize-se, também, que o conceito de erro do nobre Procurador é muito restrito, não se afeiçoando à presente retificação judicial contenciosa, com todos os confrontan-

tes já citados e conformes com a pretensão da autora.

Esqueceu-se, quem sabe, que a enumeração dos casos possíveis de retificação não constitui, na espécie, **numerus clausus**. Mas retificação não abriga apenas os erros evidentes, materiais, o alcance é maior».

Foi, em verdade, proposta uma ação de retificação de registro de imóvel, fato, inclusive, reconhecido pela douta Subprocuradoria-Geral da República, no seguinte trecho do seu último parecer:

«Quanto ao segundo fundamento, no sentido da extinção daquela ação de retificação de registro, conquanto o mencionado parecer da Subprocuradoria-Geral da República tenha opinado pelo provimento do agravo, verdade é que, certamente, fê-lo sem conhecimento da documentação colacionada, posteriormente, cujos documentos, a nosso ver, afastam a conclusão do referido parecer.

Efetivamente, a alegação de que não se configura, **in casu**, ação de retificação de registro, e por isso um não-processamento de rito ordinário, tão-só porque a inicial nominou de petição de retificação de

registro, pela única vez, quando todo o impulsionamento do processo, reiteradamente, tratou-o como ação de retificação de registro, seria incorrer em erro maior ao abstrair dela pedido de citação, cuja definição no texto do CPC caracteriza processo judicial, necessariamente, de rito ordinário.

Destarte, este segundo fundamento do agravo sob exame se reveste de **questiuncula** despicienda para justificar, **data venia**, as omissões de atuação do próprio Ministério Público».

Pelo exposto, nego provimento ao agravo.

EXTRATO DA MINUTA

AI nº 44.614 — SP — Registro nº 5.542.014 — Rel.: O Sr. Ministro Leitão Krieger. Agrte.: Ministério Público. Agrda.: Pedreira Sopedra Ltda. Advs.: Dr. Armando Medeiros Prade e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo (Em 23-10-84 — 1ª Turma).

Os Srs. Ministros Carlos Thibau e Costa Leite votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Washington Bolívar.

EMBARGOS INFRINGENTES NA AC Nº 35.920 — RS

(Registro nº 3.171.620)

Relator: O Sr. Ministro Miguel Ferrante.

Embargante: MADAL S.A. — Implementos Agrícolas e Rodoviários

Embargada: União Federal

Advogados: Drs. Paulo Távora e outro

EMENTA

Tributário. Imposto de renda. Distribuição descarçada de lucros. Redução do capital social. Lei nº 3.470/58, artigo 83; Lei nº 4.506/64, artigo 72; Decreto nº 58.400/66, Decreto-Lei nº 1.109/70 e Decreto-Lei nº 1.598/77.

— Redução do capital social, antes de decorridos dois anos da incorporação de reservas. A presunção de distribuição de lucros ou dividendos, nos termos do artigo 72, letra h, da Lei nº 4.506/64, pode ser ilidida mediante prova inequívoca de que a diminuição de capital não resultou de qualquer procedimento abusivo tendente a fraudar os efeitos do estímulo fiscal ao reinvestimento dos lucros com a autorizada incorporação de reservas ou lucros suspensos.

Redução decorrente das necessidades da vida empresarial reconhecida pelo direito, via instituto, da cisão das sociedades. Inocorrência dos requisitos objetivos para a caracterização de distribuição disfarçada de lucros.

— Hipótese que se subsume ao preceito do § 1º do artigo 288 do CTN.

— Embargos recebidos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos, em que são partes as acima indicadas.

Decide a segunda Seção do Tribunal Federal de Recursos, por maioria, receber os embargos, vencido o Sr. Ministro Geraldo Sobral, na forma do relatório e notas taquigráficas retro que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 24 de abril de 1984 (Data do julgamento) — Ministro Otto Rocha, Presidente — Ministro Miguel Ferrante, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Miguel Ferrante: Perante a Egrégia 5ª Turma, o ilustre Ministro Pedro Acioli, Relator da Apelação Cível nº 35.920-RS, assim resumiu a espécie, à fl. 91.

«Adoto o relatório da lavra do insigne Ministro José Néri da Silveira, de fls. nºs 72/75: (lê)

As fls. 79/84, petição em que a apelante notícia, como fato superveniente, a revogação dos artigos 72 e 73 da Lei nº 4.506/64 pelo

Decreto-Lei nº 1.598, de 26-12-77 que, dispondo sobre distribuição disfarçada de lucro, não mais capitula como fato gerador a redução de capital. Por isso reitera o pedido de reforma da sentença em virtude da superveniência do diploma legal acima indicado.»

A seguir, Sua Excelência proferiu o seguinte voto:

«Apela Madal S.A. Implementos Agrícolas e Rodoviários da sentença de Primeira Instância, argumentando que, em se tratando de fato ou ato pretérito ainda não definitivamente julgado, seja aplicado ao presente caso o disposto no Decreto-Lei nº 1.109/70, reduzindo em consequência o imposto de 50% para 5%. Essa não foi a tese esposada na inicial, na qual pretende a anulação do débito fiscal decorrente de auto de infração lavrado em 15-7-68 pela fiscalização do Imposto de Renda.

A sentença está alicerçada nos argumentos expostos na contestação, assim enfocados:

«A autora, efetivamente, reduziu o seu capital de Cr\$ 450.000,00 para Cr\$ 240.000,00 que fora au-

mentado com os benefícios tributários do artigo 83 da Lei nº 3.470/58. Essa redução foi realizada em prazo inferior a dois anos. Esta forma incorreu na determinação proibitiva do § 4º, do artigo 83, da Lei nº 3.470/58, devendo assim sofrer a tributação do imposto devido na declaração de rendimentos. Eis que o referido dispositivo declara:

Lei nº 3.470

Art. 83...

§ 4º A falta de pagamento da primeira prestação «dentro do prazo fixado, a extinção da sociedade ou a diminuição de capital. Antes de cinco (5) anos, contados da data em que tenha sido realizado o aumento de capital pela forma prevista nesse artigo, Importará na cobrança do imposto devido nas declarações ou na fonte, segundo as taxas normais, na forma da legislação em vigor.

Por outro lado, essa diminuição de capital corresponde à figura jurídica da distribuição disfarçada de lucro, de que trata o artigo 251, letra h, do Decreto nº 58.400/66, que declara:

Art. 251 ...

h) a redução do capital social e consequente amortização de ações ou cotas, devolução de participação de sócios antes de decorridos 2 (dois) anos de incorporação de reservas ou lucros ao capital social.

Desta forma está certo o procedimento administrativo que não merece reparo qualquer, uma vez que o lançamento do imposto obedeceu às normas legais vigentes» (fls. 41/42).

O parecer da douta Procuradoria da República harmoniza-se com a v. sentença recorrida, ao expressar que

«A autora aumentou o seu capital com benefícios fiscais, relativos ao aproveitamento de reservas. Logo após efetuou a redução do capital. Essa redução era vedada pela Lei nº 3.470/68, no artigo 83, § 4º, que declara:

«Art. 83...

§ 4º A falta de pagamento da primeira prestação dentro do prazo fixado, a extinção da sociedade ou a diminuição de capital, antes de cinco anos, contados da data em que tenha sido realizado o aumento de capital pela forma prevista neste artigo, importará na cobrança do imposto devido nas declarações ou na fonte, segundo as taxas normais, na forma da legislação em vigor.»

Por outro lado também a providência de redução de capital, antes de decorrido o prazo legal, enquadra o fato gerador, como distribuição disfarçada de lucros, ex vi da letra h, do artigo 251, do Regulamento do Imposto de Renda, baixado pelo Decreto nº 58.400/66» (fl. 61).

Perfila-se igualmente a decisão a quo o entendimento do parecer da douta SGR, que transcreve a contestação e afinal conclui pelo improvimento da apelação, levando em conta que o procedimento administrativo não merece nenhum reparo, uma vez que o lançamento do imposto obedeceu às normas legais vigentes.

A r. sentença e os pareceres dos representantes da União Federal não discrepam dos fundamentos de que se valeu o decidido pela Receita Federal do Rio Grande do Sul, respaldado pela decisão do 1º Conselho de Contribuintes, que considerando esta decisão deferiu, em parte, o pedido para aplicar o disposto no § 3º do artigo 3º do Decreto-Lei nº 1.109/70. Essa decisão foi reformada, pelo Senhor Se-

cretário da Receita Federal, com base nos pareceres da Coordenação do Sistema de Tributação. Estou em que a sentença recorrida não merece reparo, pois está alicerçada em base sólida. Tem como fundamento o artigo 83 da Lei nº 3.470/58, que se valeu a autora para reduzir o seu capital de Cr\$ 450.000,00 para Cr\$ 240.000,00. Essa redução processou-se em prazo inferior a dois anos, infringindo, assim, o § 4º do artigo 83 da Lei nº 3.470/58, impondo-se a tributação do imposto devido na declaração de rendimentos.

Ademais, a diminuição de capital corresponde à figura jurídica de distribuição disfarçada de lucro, de que trata o artigo 251, letra h, do Decreto nº 58.400/66.

Argumenta o autor em suas razões de apelação que:

«O Decreto-Lei nº 1.109, de 27-6-70, deu novo tratamento à incorporação de reservas ao capital. Além de conferir caráter permanente à isenção do imposto de renda, regulou inteiramente a matéria relativa à redução de capital ou a extinção da pessoa jurídica que tivesse se utilizado do favor fiscal. Quanto a este último aspecto, dispôs o § 3º do artigo 3º:

«Ocorrendo a redução do capital ou a extinção da pessoa jurídica nos cinco (5) anos subsequentes, o valor da incorporação será tributado na pessoa jurídica como lucro distribuído, ficando os sócios, acionistas ou titular, sujeitos ao imposto de renda na declaração de rendimentos, ou na fonte, no ano em que ocorrer a extinção ou redução».

Continua o apelante:

«Verifica-se que o Decreto-Lei nº 1.109/70 foi além do que dispunha a Lei nº 3.470/58, pois mencionou expressamente que, além da tributação nas pessoas físicas, a pessoa

jurídica estará sujeita, no caso de redução de capital, ao imposto sobre lucro distribuído. Ora, o imposto sobre lucro distribuído é o previsto no artigo 249 do RIR, com alteração introduzida pelo Decreto-Lei nº 94, de 30-12-66, com taxa de 5% (cinco por cento).

Como conseqüência desse novo tratamento dado à redução de capital, quanto aos reflexos junto à pessoa jurídica, não subsiste a tributação agravada de 50% instituída pelo artigo 73 da Lei nº 4.506, por ser incompatível e por ter o Decreto-Lei nº 1.109 regulado inteiramente a matéria» (fls. 56/57).

A pretendida redução do percentual de 50% para 5% do imposto sobre lucro distribuído, previsto no artigo 249 do RIR, com alteração introduzida pelo Decreto-Lei nº 94/66, tem-se como indevida ao caso **in examen**, levando-se em conta que a matéria submetete-se à regência da legislação vigente à época do fato gerador, qual seja, a Lei nº 3.470/58 e o Decreto nº 58.400/66, que repelem o desejo da autora».

Nessa linha de raciocínio, nego provimento ao recurso».

As fls. 97/104, o Exmº Relator faz um aditamento ao voto, nos seguintes termos:

«Senhor Presidente, já elaborado o meu voto, recebi memorial da lavra do Dr. Paulo Távora, figura eminente que emprestou a esta Corte inestimável contribuição, com a sua elevada experiência jurídica, na qualidade de Ministro deste Tribunal.

Li, com bastante atenção, o brilhante trabalho em que se sustenta a aplicação, a fato pretérito, do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, artigo 67, VI, que deixou de qualificar como hipótese de distribuição disfarçada de lucros a redução do capital da sociedade antes de decorridos dois anos da incorporação de

reservas ou lucros (Lei nº 4.506/64, artigo 72, VIII). Tal aplicação é defendida com arrimo no Código Tributário Nacional:

«Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

.....

II — Tratando-se de ato não definitivamente julgado:

a) quando deixe de defini-lo como infração».

Argumenta-se, ainda, com apoio em juristas de escol, que a norma que disciplina a distribuição disfarçada de lucros é impositiva de penalidade, definindo uma infração.

Esse argumento suscita uma polémica teórica, que envolve os conceitos de sanção e de pena. Antes de qualquer consideração sobre esse ponto, vale acentuar que a hipótese de distribuição disfarçada de lucro, prevista no inciso VIII, artigo 72, da Lei nº 4.506/64, supõe a preexistência de reserva ou lucro, vale dizer, renda disponível, que num segundo momento é convertido em capital. Tal é um fato, não uma presunção.

A tipificação das hipóteses de distribuição disfarçada de lucros como penalidade não é uma qualificação jurídica pacífica. Atesta-o Cristina Lino Moreira:

«A natureza jurídica da distribuição disfarçada de lucros não é objeto de consenso teórico, na medida em que certo segmento da doutrina não vê na disciplina dessa figura qualquer traço sancionatório; nessa linha, a distribuição disfarçada de lucros não seria infração». (In Arquivos do Ministério da Justiça, vol. 154, abr./junho/1980, pág. 136).

A articulista quando fala em «traço sancionatório» refere-se a penalidade ou sanção. Aqui já se revela uma má colocação do pro-

blema, consoante determinada corrente.

Com efeito, no «puro» positivismo (do qual não escapam as normas tributárias) toda norma jurídica é dotada de sanção, sem o que desqualifica-se, perdendo a qualificação de jurídica. Di-lo, por exemplo, Arnaldo Vasconcelos: «Nada mais certo, portanto, de que se predicar a sanção como nota distintiva da norma jurídica. Aquela norma que dela não dispuser não é norma jurídica» (In Enciclopédia Saraiva do Direito, vol. 66, pág. 525). Conquanto faça restrição quanto à afirmativa supra, resulta, contudo, que a sanção é atributo presente na estrutura da norma juridico-tributária.

A sanção não há de ser vista apenas como castigo, mas — sem superstição — como consequência mesma da incidência da norma jurídica. A esse propósito, o Prof. Geraldo Ataliba, fazendo coro com Agustín Gordillo e Abeledo Perrot, escreve que:

«A sanção não é sempre e necessariamente um castigo. É mera consequência jurídica que se desencadeia (incide) no caso de ser desobedecido o mandamento principal de uma norma. É um preconceito que precisa ser dissipado — por flagrantemente anti-científico — a afirmação vulgar, infelizmente repetida por alguns juristas, no sentido de que a sanção é castigo. Pode ser, algumas vezes. Não o é muitas vezes. Castigo, pena, penalidade, é espécie do gênero sanção jurídica» (Hipótese de Incidência Tributária, 2ª edição, 3ª tiragem, pág. 38, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1981).

Aquele eminente mestre, em debate na Faculdade de Direito da Universidade Católica de São Paulo, em uma das aulas do VII Curso

de Especialização em Direito Tributário (2-9-1978), desenvolvendo o seu pensamento, disse:

«Sanção é uma regra jurídica cuja hipótese de incidência se dá — ou seja, uma regra jurídica que só incide — quando algum comportamento humano não foi conforme a prescrição de outra regra jurídica. Em outras palavras: quando uma regra jurídica prevê determinado comportamento humano de tal maneira, e esse comportamento não se realiza dessa maneira. O fato de esse comportamento não se conformar às exigências dessa regra é, em si mesmo, hipótese de incidência de outra regra. Essa outra regra — regra de segundo grau, regra que só incide quando houve um comportamento desconforme com outra, primeira regra, chama-se sanção. Não há nada de conotação desagradável ou punitiva nisso. Essa verificação importa a necessidade de classificar as sanções em pelo menos duas categorias: sanções punitivas — algumas — e sanções neutras, ou indiferentes, ou que não admitem valoração. É evidente que todas as providências previstas pela ordem jurídica podem ser valoradas do ponto de vista histórico, ético, sociológico, econômico, mas, juridicamente, não há valoração, para essa segunda categoria de sanções; não se pode atribuir nenhuma conotação; mesmo porque coisas que a umas pessoas, subjetivamente, podem parecer más, a outras podem parecer boas. Se não, não estaremos trabalhando com categorias objetivas, científicas, e sim com categorias subjetivas, extremamente flutuantes. A sanção punitiva — porquanto, a primeira espécie de sanções — é a que consiste na privação de um bem jurídico, es-

timável pelo seu titular » (Revisita de Direito Tributário nº 5, jul./set./1978, pág. 149).

A penalidade seria uma graduação da sanção, a nível de ensejar a privação de um bem jurídico, decorrente da sua incidência.

Nessa linha teórica, não há de concluir-se serem as hipóteses de distribuição disfarçada de lucros preceitos penais, constituindo-se, ao contrário, regras de incidências tributárias. Tal entendimento é do gosto do Prof. Ruy Barbosa Nogueira, como se vê da seguinte manifestação:

«Em face de todo o exposto, e partindo-se do Acórdão específico nº 62.645, de 5-10-1970, da Primeira Câmara do 1º Conselho, que com toda procedência reconheceu e decidiu que a chamada «distribuição disfarçada de lucro» é uma hipótese de incidência, uma situação descrita de fato gerador, ou seja, um «conceito fiscal de lucro tributável», vejamos se essa tipicidade comporta ser «constituída» ou ampliada através de «analogia», e no caso em estudo até que ponto foram feitas extensões ou ampliação do campo da incidência, vedado à administração fiscal» (Revista dos Tribunais, vol. 450, abril de 1973, pág. 37).

Acompanho tal entendimento, mesmo porque não entendo que a redução do capital, tal como operado no caso, possa ser qualificada como ato ilícito, na conceituação oferecida pela legislação civil, que prescreve:

«Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano» (Código Civil, artigo 159, 1ª parte).

Neste diapasão, enquadra-se a elucidativa opinião de Brandão Machado, que assim se expressa:

«A opinião dominante na doutrina brasileira atribui ao instituto o caráter de norma penal, que pune com alíquota elevada o contribuinte que se utiliza do disfarce para distribuir lucros ou dividendos. Não parece procedente essa caracterização. A lei não conceitua como ato ilícito a distribuição de lucros realizada através de processos indiretos, como o são os que ela define, nem proíbe, mesmo implicitamente, que o contribuinte os utilize livremente, se sobre tais lucros recolher normalmente o imposto previsto. Nenhum dos negócios contemplados na lei como fatos geradores do imposto tem conotação de ilicitude, que não se pode inferir da simples circunstância de haver a lei fixado uma alíquota mais elevada. O que a lei pretende é desestimular esse tipo de distribuição, sem atribuir-lhe o caráter de ilícito, que não se pode presumir. A exacerbação de alíquotas não é critério válido para definir o comportamento que a lei pretenda proibir. Vale para aferir apenas o comportamento inconveniente, que não chega a constituir um ilícito» (Distribuição Disfarçada de Lucros no Direito Comparado, *In Estudos Tributários*, Ed. Resenha Tributária Ltda., pág. 183, São Paulo, 1974).

Sabemos que a esse entendimento se opõem Antonio Roberto Sampaio Dória (Distribuição Disfarçada de Lucros e Imposto de Renda, Ed. Resenha Tributária Ltda. EDUC, São Paulo, 1975), Modesto Souza Barros Carvalhosa («Redução do Capital Social e Distribuição Disfarçada de Lucros», *in RDP* n° 13, jul./set. de 1970, págs. 161/167), Rubens Gomes de Souza

(«Pareceres 1: Imposto de Renda», ed. pôstuma, São Paulo, Ed. Resenha Tributária, 1975, Parecer 1.4) e Fábio Fanucchi («Penalidades Tributárias e Tributação Penal», Ed. Resenha Tributária).

Curioso observar que Ives Gandra da Silva Martins, apreciando caso parecido, em que determinada pessoa pretendia «constituir com outras pessoas físicas e jurídicas uma sociedade anônima, integralizando sua participação acionária com ações de outras companhias, que possuía no seu ativo, analisou a possibilidade de enquadrar-se o caso concreto à elisão fiscal, segundo o conceito proposto nas IV Jornadas Euro-Hispano-Americanas de Estudos Tributários (RDP n° 26, out./dez./73, págs. 270/275). Ainda aqui, presente a elisão fiscal é de entender-se afastada a figura do ilícito contra o Fisco.

Registre-se, ainda, que, dizendo que «as hipóteses de distribuição disfarçada de lucros tinham no regime passado um caráter mais sancionatório que fiscal», assumindo, porém, no sistema vigente, um caráter nitidamente fiscal, Antonio Roberto Sampaio Dória, em cima de cujo entendimento desenvolvem-se as razões postas no memorial, diz que:

«... é possível, em pura lógica, defender a tese de que a lei inteira está revogada, com este caráter sancionatório, e, portanto, os casos anteriores ainda não objeto de levantamento fiscal não estivessem mais sujeitos a imposição nenhuma, de natureza fiscal ou penal»,

para logo após confessar:

«Mas acho realmente uma tese muito difícil de sustentar» (Debates, VII Curso de Especialização em Direito Tributário, *in*

RDT nº 5, jul./set./1978, págs. 153/154).

Assim, conquanto abstraindo a discussão teórica em torno do fenômeno da sanção (cf. Enciclopédia Saraiva do Direito, vol. 66, págs. 519/525), afasto a conceituação punitiva da hipótese em comento, constituindo o incremento da alíquota mera manifestação extrafiscal do encargo tributário».

Mantenho o meu voto, data venia.

Dele divergiu, porém, restando vencido, o ilustre Ministro Moacir Catunda, que deu provimento ao recurso para julgar a ação procedente, na forma da parte final de opção 5.7, da inicial (fl. 25).

O Acórdão foi lavrado com esta ementa (fl. 119).

«Tributário, Imposto de Renda, Distribuição Disfarçada de Lucros, Redução do Capital Social. Lei nº 3.470/58, artigo 83. Lei nº 4.506/64, artigo 72, Decreto nº 58.400/66, artigos nºs 251, h, e 288, § 1º Decreto-Lei nº 1.109/70. Decreto-Lei nº 1.598/77. CTN, artigo 106, II.

1. A redução do capital social, antes aumentado consoante a forma prevista no artigo 83 da Lei nº 3.470/58 e artigo 286 do RIR (Decreto nº 58.400/66), decorrente da retirada de sócios, sem haver decorrido dois anos da incorporação de reservas e com conseqüente devolução da participação dos sócios dissidentes, caracteriza, nos termos do artigo 72, VIII, da Lei nº 4.506/64, forma de distribuição disfarçada de lucros.

2. Marcon, Dal Zotto & Cia. Ltda., constituída de capital distribuído pelos Grupos «Dal Zotto» e «Marcon», que se contraviaram, passando aquela empresa a denominar-se Madal Implementos Agrícolas e Rodoviários Ltda. (posteriormente transformada em

sociedade anônima), com capital reduzido, tendo se retirado o grupo «Marcon» que constituiu a sociedade Marcon, Portolan & Cia. Ltda., com a parte do capital recebida, representada por máquinas e equipamentos. Caso em que se aplicam as regras previstas nos artigos 251, letra h, 252, letra g e 253 do RIR-66, posto ser indiferente à lei de regência a destinação da parte do capital retirada.

3. A hipótese de distribuição disfarçada de lucros, no caso em apreço, representa descrição de fato gerador e não uma categoria de penalidade, constituindo o incremento de alíquota mera manifestação extrafiscal do encargo tributário. Incabível, destarte, a extinção do gravame, sob a invocação do artigo 106, II, letra a, do CTN, e com base no fato de o Decreto-Lei nº 1.598/77 (artigo 67, VI), superveniente, haver afastado a redução do capital (no caso do artigo 72, VIII, da Lei nº 4.506/64) como hipótese de distribuição disfarçada de lucros.

4. Inaplicação, in casu, do artigo 3º do Decreto-Lei nº 1.109/70.

5. Apelação desprovida».

Irresignada, a apelante manifesta estes embargos infringentes, deduzidos às fls. 122/143, em suma, perseguindo a prevalência do voto vencido.

Impugnação da embargada, às fls. 147/151.

O processo foi a mim distribuído, em face da conexão existente entre ele e os embargos infringentes na Apelação Cível. nº 39.393, de que sou Relator.

Pauta sem revisão.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Miguel Ferrante: Apreende-se, à leitura dos autos, que Marcon, Dal Zotto & Cia. Ltda. era constituída de dois grupos familiares, Dal Zotto e Marcon, possuindo dois estabelecimentos industriais distintos, uma fábrica à Rua Ernesto Alves, 1.900, e outra, à Avenida Rossetti, 490, ambas em Caxias do Sul.

A 24 de outubro de 1966, o capital social que era de Cr\$ 240.000,00 foi elevado para Cr\$ 450.000,00, mediante capitalização de reservas, tendo sido pago o imposto de renda de 15%, tudo nos termos do artigo 83, caput, da Lei nº 3.470, de 1958, reproduzido pelo artigo 286 do então vigente Regulamento do Imposto de Renda, baixado com o Decreto nº 58.400, de 1966:

«Art. 286. Os aumentos de capital das sociedades em geral, com recursos provenientes de reservas ou lucros em suspenso, ficam sujeitos ao imposto de renda na fonte, à razão de 15% (quinze por cento), como ônus da pessoa jurídica, observado o disposto no § 4º deste artigo e o disposto no artigo 287 (Lei nº 3.470, artigo 83)».

A 16 de maio de 1967, em decorrência de desentendimentos surgidos entre os dois grupos de sócios, a sociedade foi desmembrada em duas empresas, repartido o capital social, um sob a denominação de Madal Implementos Agrícolas e Rodoviários Ltda., integrada pelos elementos da família Dal Zotto, e, a outra, chamada Marcon Portolan & Cia. Ltda., constituída pelos membros da família Marcon.

Inobstante, o Fisco entendeu que essa cisão societária configurava distribuição disfarçada de lucros e daí, por eleger a empresa constituída pelo grupo Dal Zotto sucessora da extinta Marcon Dal Zotto & Cia. Ltda., autuou-a, intimando-a a reco-

lher a importância de Cr\$ 240.000,00, por violação dos artigos 288, § 1º, e 251, letra h, do citado Regulamento do Imposto de Renda de 1966, in verbis:

«Artigo 288. O imposto a que se refere o artigo 286 será recolhido à repartição competente, por meio de guias instruídas com a cópia da ata da assembléia geral, no caso das sociedades anônimas, ou do instrumento de alteração do contrato, no caso das demais sociedades, podendo ser efetuado o recolhimento de 10 (dez) prestações iguais, mensais e sucessivas, com a primeira prestação dentro do mês seguinte àquele em que se realizar o aumento do capital (Lei nº 3.470, artigo 83, § 2º).

§ 1º A falta de pagamento da primeira prestação dentro do prazo fixado, a extinção da sociedade ou a diminuição do capital, antes de 5 (cinco) anos, contados da data em que tenha sido realizado o aumento de capital pela forma prevista neste artigo, importará na cobrança do imposto devido nas declarações ou na fonte, segundo as taxas normais, na forma da legislação em vigor (Lei nº 3.470, artigo 83, § 4º).

.....

Art. 251. Consideram-se formas de distribuição disfarçada de lucros ou dividendos pela pessoa jurídica (Lei nº 4.506, artigo 72):

.....

h) a redução do capital social e conseqüente amortização de ações ou cotas, devoluções de participação de sócios, antes de decorridos 2 (dois) anos da incorporação de reservas ou lucros ao capital social».

Na esfera administrativa, o 1º Conselho de Contribuintes reduziu a exigência para Cr\$ 18.000,00, dando por alcançada a espécie pelo § 3º do

artigo 3º do superveniente Decreto-Lei nº 1.109, de 1970, que modificou o disposto na mencionada Lei nº 3.470, de 1958, extinguindo a cobrança do imposto de 15% e mantendo a exigência do recolhimento pela pessoa jurídica como lucro distribuído nos casos de sua extinção ou redução de capital. Aquele Colegiado considerou aplicável a nova legislação, a teor do disposto no artigo 106 do Código Tributário Nacional, que dispõe sobre a extensão da lei nova ao fato pretérito ainda não definitivamente julgado.

Essa decisão, todavia, veio a ser reformada pela Secretaria da Receita Federal, à consideração de não haver o diploma legal em foco revogado o artigo 251 do RIR de 1966, acima transcrito. Esse entendimento foi acolhido pela sentença monocrática e prestigiado pelo v. Acórdão embargado. No seu brilhante voto, o douto Relator da matéria na Turma Julgadora, Ministro Pedro Aciole, pôs em relevo que, no caso, a redução do capital social, antes aumentado de acordo com a previsão do artigo 83, da Lei nº 3.470, de 1958, caracterizava forma disfarçada de lucros, nos termos do artigo 72, item VII, da Lei nº 4.506, de 1964, *in verbis*:

«Art. 72. Consideram-se forma de distribuição disfarçada de lucros ou dividendos pela pessoa jurídica:

.....

VII — Os empréstimos concedidos a quaisquer das pessoas referidas no item I, se a pessoa jurídica dispõe de lucros acumulados ou reservas não impostas pela lei, salvo se:

.....»

O item I a que se reporta o preceito, dispõe:

«I — A alienação a qualquer título a acionista, sócio, dirigente ou participante nos lucros da pes-

soa jurídica, ou aos respectivos parentes ou dependentes de bem ou direito por valor notoriamente inferior ao do mercado».

Mais ainda, enfatizou Sua Excelência que era incabível a extinção do gravame com base no superveniente Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, e à invocação do artigo 106, II, a, do CTN, porquanto a hipótese de distribuição disfarçada de lucros, no caso em apreço, representava descrição do fato gerador e não uma categoria de penalidade. Deu também por inaplicável à espécie o artigo 3º do Decreto-Lei nº 1.109, de 1970.

De outra parte, já o voto divergente, do eminente Ministro Moacir Cautunda, considerou despiendo o exame da legislação superveniente — Decretos-Leis nºs 1.109/70 e 1.598/77 — por lhe parecer inarredável a conclusão de falta de ocorrência dos requisitos de natureza objetiva previstas na letra h do artigo 251 do RIR de 1966, «para que o caso pudesse ser enquadrado como distribuição disfarçada de lucros».

Posta assim a questão, peço vênia para dissindir da douta maioria, malgrado a excelência dos argumentos que lhe informaram o julgamento, tão brilhantemente desenvolvidos pelo ilustre Relator. A meu sentir, o voto vencido dá à espécie tratamento mais adequado, na medida em que a enfoca sob o prisma dos objetivos e alcance da tributação sobre a renda.

Com efeito.

Também entendo, de plano, despiendo, aqui, o exame da legislação superveniente — Decretos-Leis nºs 1.109, de 1970, e 1.598, de 1977 — porquanto a situação fática está a desmerecer a imposição tributária.

Na realidade, cuida-se de adequar o caso concreto ao sentido racional dos textos legais de regência, com vistas à realização de boa justiça fiscal. É bom lembrar, «en passant»

que o demasiado apego à letra da lei pode muitas vezes distorcer e macular seus próprios fins. **Summum jus, summa injuria.**

Ora, a redução do capital, na hipótese em comento, antes de decorridos dois anos da incorporação de reservas, presume-se, nos termos do artigo 72, letra h, da Lei nº 4.506, de 1964, consolidada no artigo 251, letra h, do RIR, de 1966, forma de distribuição disfarçada de lucros ou dividendos.

Essa presunção, todavia, é, evidentemente, *juris tantum*, podendo via de conseqüência ser ilidida mediante prova inequívoca de que a diminuição de capital não resultou de qualquer procedimento abusivo tendente a fraudar os efeitos do estímulo fiscal ao reinvestimento dos lucros com a autorizada incorporação de reservas ou lucros suspensos. Se ficar demonstrado que a diminuição do capital decorreu de fato estranho à vontade dos sócios e dela não resultou o reembolso por parte destes, das reservas ou lucros incorporados, há de se reconhecer que os requisitos objetivos para caracterização da distribuição disfarçada de lucros não ocorrem.

Esta é a situação que emerge dos autos.

A pretendida redução do capital decorreu, como ressalta com lucidez o voto vencido «das vicissitudes da via empresarial, reconhecida pelo direito via instituto da cisão das sociedades».

Na realidade, do desmembramento societário em foco resultou a perda da capacidade econômica e financeira da empresa havida pelo Fisco como sucessora da firma extinta. Vale dizer: a cisão não gerou disponibilidade econômica ou jurídica que pudesse autorizar a imposição tributária, nos termos da legislação em vigor. E o fato gerador do imposto de renda, como consabido, é a aquisi-

ção da disponibilidade econômica ou jurídica (artigo 43 do CTN). «A disponibilidade econômica» — disserta Ruy Barbosa Nogueira — «é a aquisição concreta da riqueza ou, em termos de moeda, o recebimento de dinheiro, e a disponibilidade jurídica é o recebimento do título que habilita a aquisição da disponibilidade econômica. A disponibilidade econômica é gênero, e a jurídica, espécie» («Direito Tributário Comparado», pág. 19). Também, como assinala Rubens Gomes de Souza, o fato gerador do imposto de renda «será sempre, com efeito, o aparecimento de uma relação de propriedade ou de posse entre um rendimento e o contribuinte, seja de fato ou de direito, isto é, quer esteja o contribuinte em relação pessoal com a matéria tributável, quer se trate simplesmente de um contribuinte por força de designação legal. Por conseguinte, a noção do fato gerador do imposto de renda está intimamente ligada à noção de rendimento; esta, por sua vez, decorre do direito positivo» («Estudos de Direito Tributário», pág. 174).

Pois, na espécie, como já anotado, não tendo resultado do referenciado desmembramento societário qualquer disponibilidade econômica ou jurídica, se aos sócios não foram devolvidas as reservas ou lucros incorporados, a conclusão inarredável é a inoportunidade do fato gerador do imposto.

Conseqüentemente, a essa constatação carece de suporte a pretensão fiscal como o demonstra, aliás, com mais proficiência, o douto voto vencido, do qual destaca:

«O documentário dos autos demonstra, com certeza, que a soma do capital das duas empresas instituídas em decorrência do desmembramento societário é igual ao da sociedade extinta; comprova, de outra parte, que as máquinas e demais equipamentos desta continua-

ram a operar nas duas novas empresas, e, bem assim, que as pessoas dos sócios de ambas as empresas não receberam devoluções, e, ainda que as cotas ou ações de que eram titulares na empresa extinta foram transferidas e incorporadas até o último centavo ao capital das duas novas firmas, ou sociedades, daí se seguindo pela persistência e continuidade dos benefícios resultados do incentivo ou estímulo fiscal, nas duas empresas sucessoras da empresa extinta, de sorte a autorizar a conclusão inarredável da falta de concorrência dos requisitos de natureza objetiva previstos na letra h, do artigo 251, do RIR de 1966, para que o caso pudesse ser enquadrado como distribuição disfarçada de lucros.

Por oportuno, observo que a retirada dos elementos patrimoniais do grupo — Marcon —, acarretando a diminuição do capital, não gerou para a pessoa jurídica autora disponibilidade econômica ou financeira constitutiva de fato gerador do imposto de renda, a teor da legislação de regência. A retirada do grupo Marcon, em realidade, importou em perda de recursos econômicos financeiros da pessoa jurídica considerada sucessora da firma extinta, de sorte que o caso exhibe a singularidade da tributação de imposto de renda com base na diminuição do patrimônio da pessoa jurídica autuada, isto em total discordância com o princípio cardeal e regedor da matéria, o que é bastante afastar a impugnada exigência fiscal, como imposto de renda.

Considerando o fato isolado da diminuição do capital, no curso do biênio, entendo que daria lugar ao pagamento de prestação pecuniária, por penalidade — CTN, artigo 113, § 1º —, porém, tal solução não é jurídica pois a redução do capital, no caso, não foi produto de geração

espontânea e sim uma decorrência das vicissitudes da vida empresarial, reconhecida pelo direito via instituto da cisão das sociedades.

De outra parte, e porque não concorrem as condições previstas no artigo 281, h, do RIR, sou porque o caso se subsume no máximo ao preceito do § 1º do artigo 288 a autorizar o recolhimento do imposto, as taxas normais, em ônus aos sócios, pois a empresa é mera responsável, e não contribuinte».

Em face do exposto, recebo os embargos.

VOTO

O Sr. Ministro Américo Luz: Sr. Presidente. Já havia formado em parte a minha convicção, ao ler na cópia do relatório o voto proferido pelo eminente Ministro-Relator da apelação, Pedro Acioli. Agora, diante dos argumentos expendidos pelo eminente Ministro-Relator dos embargos, acompanho S. Ex.^a

Também entendo que não houve na espécie a propalada distribuição disfarçada de lucros.

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Geraldo Sobral: Sr. Presidente, com a devida vênia do Sr. Ministro-Relator, mantenho o meu voto da Turma e rejeito os embargos.

VOTO

O Sr. Ministro Pádua Ribeiro: Sr. Presidente, também, em face do brilhante voto do eminente Relator, fundado no voto do Ministro Moacir Catunda, convenci-me da inexistência **in concreto** de distribuição disfarçada de lucro. O que houve foi uma cisão de duas empresas e o capital decorrente dessa cisão continuou o mesmo que resultara de anterior aumento, decorrente de incentivos fiscais.

Portanto, acompanho o eminente Relator.

EXTRATO DA MINUTA

EAC nº 35.920 — RS — Registro nº 3.171.620 — Rel.: Sr. Ministro Miguel Ferrante. Embgte.: Madal S.A. — Implementos Agrícolas e Rodoviários. Embgda.: União Federal. Adv.: Drs. Paulo Távora e outros.

Decisão: A Seção, por maioria, recebeu os embargos, vencido o Sr. Ministro Geraldo Sobral (Em 24-4-84 — Segunda Seção).

Sustentação Oral: pela embargante, o Dr. Paulo Távora, e, pela União Federal, o Dr. José Arnaldo Gonçalves de Oliveira.

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Américo Luz, Pádua Ribeiro, Armando Rollemberg, Moacir Cautunda, Carlos M. Velloso, Wilson Gonçalves, Bueno de Souza e Sebastião Reis.

Impedido o Sr. Ministro Torreão Braz.

Ausente, por motivo justificado, o Sr. Ministro Pedro Acioli. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Otto Rocha.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 45.426 — SP (Registro nº 479.500)

Relator: O Sr. Ministro Leitão Krieger

Remetente: Juiz Federal da 7ª Vara

Apelante: INPS

Apelado: Raimundo Nonato de Oliveira

Advogadas: Dras. Ophelia Panno e Ana Nery Pereira

EMENTA

Responsabilidade civil de Autarquia.

Omissão do médico quanto à exigência de consentimento do paciente para a cirurgia. Ação julgada procedente.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas.

Decide a 1ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, à unanimidade, não conhecer da remessa oficial e negar provimento à apelação e na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 13 de abril de 1984 (Data do julgamento) — Ministro **Leitão Krieger**, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Leitão Krieger: Raimundo Nonato de Oliveira propôs ação ordinária contra o Instituto Nacional de Previdência Social, alegando, em substância, o seguinte:

O suplicante é segurado obrigatório do Instituto Nacional de Previdência Social, prestando serviço a empresas de direito privado, como armador de ferragens, sempre gozando de boas condições físicas e técnicas para o exercício da sua profissão, consistindo essa sua única fonte de rendimentos para o sustento da família.

Alega que, há dez anos, sofreu o impacto de um fragmento de serragem de madeira no globo ocular direito, o que lhe causou uma «cyclite», consistente em uma lesão de natureza leve, causando-lhe certo grau de estorvo na vista afetada. Não obstante a redução de capacidade visual, não impediu ela o exercício de seu ofício, sendo jamais preterido por empregadores.

Acontece que, por ser contribuinte do suplicado, procurou aquele Instituto a fim de submeter-se aos exames necessários para tratamento do olho lesado. O atendimento do suplicante foi feito pelo Dr. Osvaldo Cruz Conte, médico oftalmologista do réu, dizendo-lhe ele que iria submetê-lo a uma simples intervenção cirúrgica, consistente em raspagem para remoção do corpo estranho que afetava o globo ocular. Internado em 25 de novembro de 1971, foi operado no dia seguinte pelo próprio oftalmologista. Esclarece que, por força da anestesia, permaneceu inconsciente durante algum tempo, depois da cirurgia. Após alguns dias, por ocasião do primeiro curativo, constatou que o médico lhe extrairia o globo ocular direito, desnecessariamente e sem o seu consentimento, por inépcia ou imperícia, já que não se vislumbrou qualquer causa para tal ato, durante os exames pré-operatórios. Dita extração resultou em dano irreversível, de ordem física e estética, diminuindo total e permanentemente sua capacidade laborativa, em relação às suas tarefas de armador de ferragens, o que impede de competir no já restrito mercado de trabalho, em igualdade de condições com os demais obreiros do ofício, ficando privado de sua única fonte de subsistência.

Daí a presente ação, pleiteando indenização pecuniária pela reparação do dano físico e estético, que deverá ser arbitrada judicialmente por perícia; pensão alimentícia desde a

data da operação e pelo valor do último salário do suplicante, ou seja, Cr\$ 465,00, reajustável concomitantemente com o aumento do salário mínimo, extensiva à esposa e aos filhos até a maioridade civil, condenado, ainda, o suplicado nas custas, juros de mora, verba honorária e demais cominações. Requereu gratuidade da Justiça.

Citado, o Instituto contestou a ação (fls. 21/24), sustentando que as alegações produzidas pelo autor, na inicial, são totalmente improcedentes. Os elementos extraviados dos assentamentos do Prontuário RG 6076, do Hospital Santa Rita, dão conta de «que o autor estava sujeito a surtos freqüentes de infecção no olho esviscerado, donde ser correta a indicação cirúrgica a fim de não prejudicar o globo ocular são. «Esclareceu, ainda, que, em casos de cirurgia a que são submetidos os segurados e seus dependentes, o INPS tão-somente o faz com consentimento prévio do paciente e seus responsáveis, em perfeita consonância com o que preceitua o artigo 85 do Decreto nº 60.501/67, do Regulamento Geral da Previdência Social, segundo o qual: «o segurado em gozo de auxílio-doença ficará obrigado, sob pena de suspensão do benefício, a submeter-se aos exames, tratamentos e processos de reabilitação profissional proporcionados pela Previdência Social, exceto o tratamento cirúrgico, que será facultativo».

Saneado o processo pelo despacho de fl. 37v., foram deferidas as provas requeridas pelas partes.

Compromissados os peritos judiciais, vieram os laudos de fls. 51/53 do assistente-técnico do autor; e de fls. 70/80, do assistente-técnico do réu.

A sentença de fls. 96/100 decidiu a espécie nesses termos:

«Embora a perícia tenha concluído no sentido de que a extração do olho doente se fazia necessária,

para preservar a saúde do autor, a operação não podia ter se realizado sem anuência do autor. O artigo 49 do Código de Ética Médica determina que o médico, salvo caso iminente de perigo de vida, não pode praticar intervenção cirúrgica sem o prévio consentimento do paciente. Na hipótese não havia perigo de vida, nem o paciente, ora autor, explícita ou tacitamente, concordou com a operação. São expressos os artigos 159, 1.518 e 1.539 do Código Civil, no tocante à responsabilidade do profissional.

Portanto, houve violação da norma legal, com dano para o autor, pelo qual responde o réu.

Como se vê, procede a presente ação.

Ante o exposto, e considerando ao mais que dos autos consta, julgo procedente a presente ação ordinária, para condenar o Instituto Nacional de Previdência Social a indenizar o autor do dano físico e estético, que será arbitrada na porcentagem de 38% (trinta e oito por cento), classificada na Tabela Fundamental de Indenizações anexa à Portaria nº 3, de 31 de janeiro de 1968, 1ª parte, do Ministério do Trabalho e Previdência Social, e ao pagamento de uma pensão mensal de Cr\$ 456,00 (quatrocentos e cinquenta e seis cruzeiros), reajustável com o aumento do salário mínimo, desde a data da operação, ou seja, 26 de novembro de 1971, extensiva a sua esposa, enquanto ela viver, e aos filhos, até que completem a maioridade civil.

Arbitro os honorários advocatícios em 20% sobre o valor dado à causa e fixo em Cr\$ 1.000,00 (um mil cruzeiros), os salários para cada assistente-técnico.

Ordeno, oportunamente, a remessa dos autos ao Egrégio Tribunal Federal de Recursos».

Apelou o vencido com razões de fls. 102/106, reforçando as alegações já produzidas anteriormente; contra-razões às fls. 109/113.

Nesta Instância, a ilustrada Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pelo conhecimento da remessa de ofício e provimento da apelação para julgar improcedente a ação.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Leitão Krieger (Relator): Preliminarmente, não conheço da remessa oficial, por incabível na espécie (Súmula nº 34 do TFR).

Conheço, entretanto, da apelação e passo ao exame da respeitável sentença apelada. Decidiu esta, como já se viu, pela procedência da ação e parece-me que o fez acertadamente.

Para chegar a essa conclusão desnecessário perquirir da ocorrência ou não de imperícia profissional, pois é certo que não poderia o cirurgião praticar a intervenção sem consentimento expresso ou tácito do paciente. Isso decorre não só de mandamento ético-profissional, posto no artigo 49 do Código de Ética Médica: «O médico, salvo o caso de iminente perigo de vida, não praticará intervenção cirúrgica sem prévio consentimento tácito ou explícito do paciente»; como ainda decorria de ditame do Regulamento da Previdência Social.

Parece-me improcedente a arguição da entidade-ré no sentido de que teria havido um consentimento tácito do autor, à vista dos documentos juntados à fl. 36:

- «1. Relatório de Alta Hospitalar
2. Serviço de Anestesia
3. Relatório de Enfermagem
4. Relatório Geral de Operações
5. Folha de Sumário
6. Folha de Observação Clínica
7. Registro Geral nº 6.076
8. Guia e Conta Individual Hospitalar (GCIH)
9. Antecedentes Médico-Periciais
10. Receituário (PA Martins Fontes) 4-11-71
11. Requisição de Exames
12. Receituário (PA Martins Fontes) 6-10-71».

O contrário, entretanto, se conclui da seguinte passagem do laudo apresentado pelo experto indicado pelo réu, muito embora tenha ele também sustentado tal consentimento, ao que se vê da seguinte passagem:

«Embora não tenham havido as necessárias cautelas por parte do médico assistente em obter um consentimento por escrito, o simples diagnóstico pré-operatório, constante dos antecedentes médicos juntados à fl. 36, já faz pressupor que o autor fora cientificado da natureza da cirurgia a ser praticada e do consentimento do autor.

Nenhum médico da Previdência Social desconhece o dispositivo (artigo 85) do Regulamento da Previdência Social que determina que o médico deve obter o consentimento do paciente para a realização de intervenções cirúrgicas. E não vislumbramos quaisquer razões que fizessem com que o médico assistente infringisse esse dispositivo».

Ora, se até mesmo uma pessoa razoavelmente instruída poderia perfeitamente, à vista daqueles documentos, ignorar que visavam aquelas providências uma cirurgia, com maior razão, em se tratando de um simples trabalhador, é certo que não poderia perceber seu alcance. Cumpria, pois, ao cirurgião, dar ciência segura ao paciente dos resultados da intervenção, enucleação do globo ocular, para que pudesse ele decidir, na grave emergência, sobre a cirurgia imediata ou o recurso a opiniões outras que pudessem, talvez, evitar a grave perda que sofreria. Risco de vida imediato não havia e, depois, com o tempo decorrido, tornou-se difícil aferir da necessidade ou não da mutilante cirurgia.

Em assim não procedendo, praticou o profissional grave omissão, pela qual é responsável a autarquia, como o demonstrou a justa decisão proferida pelo ilustrado Juiz Federal, doutor João Gomes Martins Filho.

Nego provimento à apelação.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 45.426 — SP — Registro nº 479.500 — Rel.: Sr. Ministro Leitão Krieger. Remte.: Juiz Federal da 7ª Vara. Apte.: INPS. Apdo.: Raimundo Nonato de Oliveira. Advas.: Dras. Ophelia Panno e Ana Nery Pereira.

Decisão: A Turma, à unanimidade, não conheceu da remessa oficial e negou provimento à apelação (Em 13-4-84 — 1ª Turma).

Os Srs. Ministros Carlos Thibau e Miguel Ferrante votaram com o Relator. Não compareceu o Sr. Ministro Washington Bolívar, por motivo justificado. O Sr. Ministro Jarbas Nobre não compareceu por motivo de licença. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Leitão Krieger.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 48.564 — SE
(Registro nº 3.088.375)

Relator: O Sr. Ministro Miguel Ferrante

Revisor: O Sr. Ministro Américo Luz

Remetente: Juízo Federal da 1ª Vara

Apelantes: Centrais Elétricas Brasileiras S.A. — ELETROBRÁS, e Empresa Elétrica Itabaiana Ltda. (AGS retidos, fls. 224/265)

Apelados: Os mesmos

Advogados: Drs. Marialda Gonçalves Menezes Batista e outros, João Manoel da Silva Carvalho Neto e Jaime de Araújo Andrade

EMENTA

Encampação de concessionária de serviço público de energia elétrica. Indenização. Decreto nº 24.643/33. Decreto-Lei nº 3.128/41 e Decreto nº 54.973/64. Correção monetária. Lucros cessantes. Verba advocatícia.

— Adoção do quantum indenizatório apurado pela Comissão de Tombamento acrescido do valor dos materiais em estoque, estipulado pelo perito do Juízo.

— Correção monetária a contar do laudo de tombamento, relativa à quantia nele apurada, e, a partir do laudo do perito, quanto à importância atribuída aos materiais em estoque.

— Indevidos lucros cessantes, porquanto, consoante reiterado entendimento jurisprudencial, a condenação em juros compensatórios exclui qualquer indenização a esse título.

— Verba advocatícia de 20% sobre o montante indenizatório corrigido.

— Apelações providas parcialmente.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos, em que são partes as acima indicadas.

Decide a 6ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, negar provimento aos agravos retidos e, no mérito, ainda por unanimidade, dar parcial provimento a ambas as apelações, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, e notas taquigráficas retro que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 25 de junho de 1984 (Data do julgamento) — Ministro Torreão Braz, Presidente — Ministro Miguel Ferrante, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Miguel Ferrante: Centrais Elétricas Brasileiras S.A — ELETROBRÁS, qualificada nos autos, propôs, perante o Juízo Federal da Seção Judiciária do Estado de Ser-

gipe, ação contra Empresa Elétrica de Itabaiana Ltda., alegando em síntese: que a suplicada é delegatária da União Federal na exploração dos serviços públicos de produção, transmissão e distribuição de energia elétrica no Município de Itabaiana-SE, por força do Decreto nº 56.665/65, atualmente sob intervenção federal; que, com fundamento no artigo 167 do Código de Águas, ainda vigente, e através do Decreto nº 71.576/72, o Excelentíssimo Senhor Presidente da República determinou a encampação dos bens e instalações vinculadas aos serviços públicos de energia elétrica existentes naquele município, explorados pela Empresa Elétrica de Itabaiana, incumbindo a Centrais Elétricas Brasileiras S.A. — ELETROBRAS, de mover os atos necessários à sua efetivação, com recursos provenientes da Lei nº 5.655/71, de acordo com o artigo 3º do Decreto nº 71.576/72; que, para a fixação da indenização legal, nos termos previstos no parágrafo único do artigo 167 do Código de Águas, e que servirá de base ao processo de encampação, foi instituída uma Comissão de Tombamento dos bens e instalações a encampar e o resultado do seu trabalho foi aprovado pela Portaria nº 43/74 do Diretor-Geral do Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica — DNAEE; que o resultado do trabalho da referida Comissão, após corrigidos monetariamente os valores, determinou que o montante a ser indenizado seria de Cr\$ 522.755,00; que, em face da urgência do trabalho, é de ser deferida a imissão na posse imediata, oferecendo a importância acima referida.

Em sua contestação de fls. 85/93 a Empresa encampada refutou o preço oferecido por irrisório, alegando que o parágrafo único, do artigo 167, do Decreto nº 26.643/34 não tem mais aplicação; que é a Constituição Federal a disciplinadora nos casos de

indenização quando há desapropriação, devendo ser esta prévia e justa; que, por essas razões, requer seja fixado o preço indenizatório em Cr\$ 3.353.007,19, mais os consectários legais.

A ação foi julgada procedente, em parte, fixada a indenização em Cr\$ 1.428.000,00, devida pela ELETROBRAS à Empresa Elétrica de Itabaiana Ltda., mais juros compensatórios e honorários de advogado (fls. 286/292).

A par da remessa necessária, apelaram a Centrais Elétricas Brasileiras S.A. — ELETROBRAS, e a Empresa Elétrica de Itabaiana Ltda., com as razões de fls. 295/301 e 304/312, respectivamente (lê).

Contra-razões às fls. 316/318 e 322/327.

As fls. 331/335, a Subprocuradoria-Geral da República opina pelo provimento do apelo da ELETROBRAS.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Miguel Ferrante: Preliminarmente, nego provimento a ambos os agravos retidos. Quanto ao primeiro, ao indeferir pedido de nova perícia a decisão atacada nenhum agravo fez à agravante, porquanto, na conjuntura, a providência não se justificava. Os motivos invocados em prol da pretensão, na realidade, não eram suficientes para sua acolhida, tanto mais que possíveis omissões ou dúvidas do laudo poderiam ser supridas e solucionadas através de pedido de esclarecimento, na forma do artigo 435 do Código de Processo Civil, lembrado no despacho atacado. No tocante ao segundo, porque a juntada de documentos, contra a qual se insurgiu a agravante, se fez com apoio no artigo

397 e com atendimento da prescrição do artigo 398, ambos do referido diploma processual.

No mérito, cuida-se de encampação de concessionária de serviço público de energia elétrica.

A encampação ou resgate — doutrina Hely Lopes Meirelles — «é a retomada do serviço, pelo poder concedente, durante o prazo da concessão, por motivo de conveniência ou interesse administrativo» («Direito Administrativo Brasileiro», 8ª ed. RT, pág. 307). Difere da reversão, que é o retorno do serviço ao poder concedente quando expirado o prazo da concessão. Igualmente não se confunde com a rescisão que é o desfazimento do contrato por ato unilateral da Administração, ou por acordo entre as partes, ou por decisão judicial. Enfim, não se equipara à anulação que pressupõe irregularidade na concessão ou defeito na sua formalização.

Por outro lado, conceitualmente, se distingue da desapropriação. Na desapropriação, a propriedade é transferida compulsoriamente para o poder expropriante, por utilidade ou necessidade pública, ou por interesse social, mediante prévia e atual indenização. Na encampação, mediante indenização baseada em custo histórico, o poder concedente «faz voltar ao seu controle direto bens, direitos, instalações que, pela ficção compreendida na figura da concessão, pertencem ao poder concedente, ainda que tenham sido construídos e estejam sendo operadas pelo concessionário» (Walter T. Alvares, «Direito da Energia», 1974, vol. III, pág. 726).

Na espécie em exame, a encampação se faz sob os ditames do Código de Águas — Decreto nº 24.643, de 10 de julho de 1933. Preceitua esse diploma legal:

«Art. 167. Em qualquer tempo ou em época que ficarem determi-

nadas no contrato, poderá a União encampar a concessão, quando interesses públicos relevantes o exigirem, mediante indenização prévia».

«Parágrafo único. A indenização será fixada sobre a base do capital que efetivamente se gastou, menos a depreciação e com dedução da amortização já efetuada quando houver.»

O Decreto-Lei nº 3.128, de 19 de março de 1941 (dispõe sobre o tombamento dos bens das empresas de eletricidade), regulamentado pelo Decreto nº 54.973, de 4 de novembro de 1964, estabelece regras para a organização do inventário das propriedades da concessionária e seu custo histórico que servirá de base ao cálculo da indenização, no caso de eventual reversão ou encampação (artigo 5º, § 1º). O seu artigo 6º reza:

«Art. 6º. O custo histórico da propriedade inventariada será verificado mediante exame da contabilidade da empresa e dos comprovantes dos débitos àquele custo e verificação da existência, nos lugares indicados pelo inventário, das diversas partes componentes daquela propriedade, cujas características e demais indicações serão comparadas com os registrados por dito inventário».

O parágrafo primeiro desse dispositivo dispõe que o custo histórico será determinado por perícia quando os exames e verificações não produzirem, no todo ou em parte, resultados satisfatórios, em virtude de: a) falta de método e clareza dos assentamentos; b) omissões verificadas nos livros; c) excessos encontrados nos mesmos livros; d) influência ou discordância entre os comprovantes e os débitos respectivos; e) não conformidade do inventário com as propriedades encontradas, no que respeita à qualidade e quantidade; e f) da existência de justas razões para

recusar fé e validade às declarações, assentamentos, registros ou comprovantes apresentados.

Ora, para fixação da indenização devida com a encampação da apelante, foi instituída uma Comissão de Tombamento que, em obediência e na conformidade dos comandos legais referenciados, procedeu ao inventário dos bens e instalações a encampar, com apuração dos respectivos valores indenizatórios, no montante de Cr\$ 522.755,00.

Inobstante, o digno Juiz singular, embora distinguindo com proficiência a encampação da desapropriação, afastou as conclusões do laudo de tombamento, convalidadas pelo assistente-técnico da apelante, para adotar o laudo do perito que nomeara, ao fundamento de que, na hipótese, emergia óbice à determinação do custo histórico, como preconizado na legislação de regência. Aduziu Sua Excelência:

«Como se verifica na peça vestibular, a Empresa Encampante, nos termos previstos no Código de Águas, instituiu uma Comissão de Tombamento dos bens e instalações a encampar e esta em seu relatório afirma que «não foi possível a verificação e determinação do custo histórico da propriedade da empresa pelo exame de sua contabilidade e dos componentes de débitos daquele custo». Ora, se a própria Empresa Encampante afirma que não foi possível determinar o custo histórico, para efeitos de reversão e encampação dos respectivos bens e instalações, «evidentemente prevalecem os dispositivos constitucionais que, em caráter geral, disciplinam o direito de propriedade, os direitos adquiridos, e os casos e modos de desapropriação» (fl. 289).

Essa asseveração, contudo, merece reparo, na medida em que não leva em conta, em toda sua extensão,

os regramentos pertinentes à apuração do custo histórico.

Com efeito, esclarece a comissão que «não foi possível a verificação e determinação do custo histórico da propriedade da encampada pelo exame de sua contabilidade e dos componentes de débitos daquele custo». Mas adiante, a seguir:

«Com fundamento nos §§ 1º e 2º do artigo 6º do Decreto-Lei nº 3.128, de 14 de março de 1941, a comissão decidiu proceder a determinação do custo histórico da propriedade da empresa pelo processo de perícia, segundo os critérios indicados».

E foi o que fez realmente, e com suporte na lei que, como vimos, não limita a apuração do custo histórico unicamente à existência de lançamentos contábeis. Prevê, ao invés, a alternativa da realização de prova técnica. Admite, como realçado, seja esse custo determinado através de perícia, quando os exames e verificações da contabilidade da concessionária não produzirem resultados satisfatórios, quer por obscuridade, omissões, excessos e discordâncias da escrituração, quer quando sobrelevam razões para recusar fé aos assentamentos, declarações, registros e comprovantes apresentados.

Portanto, uma vez que o custo histórico dos efeitos encampados foi regularmente apurado através de procedimento indicado pela lei, não havia *data venia*, como desprezá-lo. As regras do Decreto-Lei nº 3.365, de 1941, pertinentes à desapropriação por utilidade pública, hão de ser observadas, na espécie, subsidiariamente, no que não conflitam com a legislação específica aplicável à espécie.

Convém registrar que o custo histórico em tela foi fixado com anuência da apelada e, enfatize-se, com observância dos preceitos legais pertinentes.

Assim sendo, afigura-se deva prevalecer o valor indenizatório de Cr\$ 522.755,00, apurado pela Comissão de Tombamento.

Merecem também ser indenizados os materiais que se encontravam em estoque no almoxarifado da encampada. O assistente-técnico não os avaliou a considerações de que refugiam ao investimento mas o fez o perito do Juízo, atribuindo-lhes o valor de Cr\$ 350.000,00, que, nas circunstâncias, deve prevalecer.

Daí, com a soma do quantum indicado pela Comissão de Tombamento (Cr\$ 522.755,00) e do importe dos materiais estocados (Cr\$ 350.000,00) perfaz a indenização o total de Cr\$ 872.755,00.

Sobreleva, ainda, de uma parte, que devida é a aplicação da correção monetária, a contar do laudo de tombamento, no que tange à quantia de Cr\$ 522.755,00, e a partir do laudo do perito, quanto à importância de Cr\$ 350.000,00, atribuída aos materiais em estoque.

De outro lado, não merece prosperar a pretensão da encampada de haver lucros cessantes, porquanto, consoante reiterado entendimento jurisprudencial, a condenação em juros compensatórios exclui qualquer indenização a esse título.

Em arremate, no concernente à verba advocatícia, afigura-se-me reduzida a estabelecida no decisório e inexistente, nas circunstâncias, em que não se trata de desapropriação, a base de cálculo indicada. Daí porque elevo o percentual a esse título para 20% (vinte por cento), a incidir sobre o montante indenizatório corrigido. Acrescento, ainda quanto a este tema, que, na conjuntura não há que falar em sucumbência recíproca.

Via de consequência, dou parcial provimento à apelação da autora para reformar a sentença em ordem a fixar a indenização no montante de

oitocentos e setenta e dois mil, setecentos e cinquenta e cinco cruzeiros (Cr\$ 872.755,00) bem como provejo parcialmente o recurso da ré para admitir a correção monetária e elevar o percentual relativo a honorários advocatícios, tudo como acima explicitado.

No mais, mantenho a sentença.

VOTO (REVISÃO)

O Sr. Ministro Américo Luz (Revisor): I — Nego provimento aos agravos retidos.

Ao primeiro, porquanto não havia, como não há, motivo plausível para que o Juízo determinasse nova perícia, se aproveitando a que se realizou, pôde chegar ao judicioso julgamento do feito. Ademais, o Código de Processo Civil, no artigo 435, dispõe:

«A parte, que desejar esclarecimento do perito e do assistente-técnico, requererá ao Juiz que mande intimá-lo a comparecer à audiência, formulando desde logo as perguntas, sob forma de quesitos».

Ao segundo, porque os novos documentos trazidos aos autos, sob protesto da agravante, tiveram sua juntada autorizada, com fulcro nos artigos 397 e 398 do estatuto processual.

II — Quanto ao mérito, entendo que a decisão recorrida merece reparo no ponto em que o seu digno prolator asseverou (fl. 289):

...«Ora, se a própria Empresa Encampante afirma que não foi possível determinar o custo histórico, para efeitos de reversão e encampação dos respectivos bens e instalações, «evidentemente prevalecem os dispositivos constitucionais que, em caráter geral, disciplinam o direito de propriedade, os direitos adquiridos, os casos e modos de desapropriação».

Ocorre que a Comissão de Tombamento decidiu proceder à determinação do custo histórico da propriedade da empresa pelo processo de perícia, à falta dos elementos contábeis, critério esse que tem suporte no artigo 6º, §§ 1º e 2º, do Decreto-Lei nº 3.128/41.

Tenho, portanto, como razoável, o valor de indenização a que chegou a Comissão de Tombamento: Cr\$ 522.755,00 (quinhentos e vinte e dois mil, setecentos e cinquenta e cinco cruzeiros), acrescido, porém, de preço indenizatório para os materiais encontrados no almoxarifado da sociedade encampada, conforme estimativa do vistor oficial: Cr\$ 350.000,00 (trezentos e cinquenta mil cruzeiros), incidindo correção monetária a contar do laudo de tombamento, quanto à primeira cifra, e a partir do laudo do perito do Juízo, quanto à segunda.

Dáí que fixo o principal da indenização em Cr\$ 872.755,00 (oitocentos e sententa e dois mil e setecentos e cinquenta e cinco cruzeiros), acrescidos de juros compensatórios, excluídos da pretensão a lucros cessantes, e calculados pelo modo indicado no **decisum**.

Elevo a verba de honorários advocatícios a 20% do valor da indenização corrigida monetariamente. Não

se cuidando de desapropriação indireta, excludo os parâmetros indicados na sentença para que se proceda ao respectivo cálculo.

Em conclusão: dou provimento, em parte, à apelação da autora, bem assim à da ré, nos termos do que acima enunciei.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 48.564-SE — Registro nº 3.088.375 — Rel.: O Sr. Ministro Miguel Ferrante. Rev.: O Sr. Ministro Américo Luz. Remte.: Juízo Federal da 1ª Vara. Aptes.: Centrais Elétricas Brasileiras S.A. — ELETROBRÁS e Empresa Elétrica de Itabaiana Ltda. (Ags. Retidos fls. 224/265). Apdos.: Os mesmos. Advs.: Drs. Marialda Gonçalves Menezes Batista e outros e João Manoel da Silva Carvalho Neto e Jaime de Araújo Andrade.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento aos agravos retidos e, no mérito, ainda por unanimidade, deu parcial provimento a ambas as apelações, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator (Em 25-6-84 — 6ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Américo Luz e Torreão Braz. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Torreão Braz.

EMBARGOS EM APELAÇÃO CÍVEL Nº 55.073 — SP

(Registro nº 456.136)

Relator: O Sr. Ministro Bueno de Souza

Embargantes: Richelieu Castilho Sabino e sua mulher

Embargada: Cia. Energética de São Paulo S.A. — CESP

Advogados: Drs. Marisa Schutzer Del Nero Polletti, Carlos Robichez Penna e outros

EMENTA

Civil e Processual Civil.

Desapropriação.

Indenização pela privação da exploração de jazidas de areia e argila.

Sentença que a assegura, para ser fixada em outra ação.

Apelação: reforma de sentença, nessa parte, para excluir, como indevida, tal indenização.

Embargos infringentes interpostos para obter o restabelecimento da decisão que assegura, nesses termos, a mesma indenização.

Alegação preliminar de nulidade da decisão, em sede de apelação, por incorrer em reformatio in pejus.

Provimento dos embargos.

1. Tendo a sentença reconhecido o direito a ressarcimento por privação da exploração das jazidas e deixado para outro feito a fixação do valor; e não tendo apelado, quanto a este capítulo, a expropriante, o v. Acórdão da apelação perpetrou, nessa parte, reformatio in pejus.

2. O d. voto vencido deve preponderar, por corresponder aos limites objetivos do recurso apelatório.

Aplicação do artigo 515 do CPC.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos, em que são partes as acima indicadas.

Decide a Segunda Seção do Tribunal Federal de Recursos, por maioria, receber os embargos, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 14 de agosto de 1984 (Data do julgamento) — Ministro Otto Rocha, Presidente — Ministro Bueno de Souza, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Bueno de Souza: Da sentença que julgou procedente a ação de desapropriação movida por Centrais Elétricas de São Paulo S.A. contra Richelieu Castilho Sabino e

sua mulher, apelaram ambas as partes.

Na assentada da apelação, na antiga 3ª Turma, em 11-6-79, na conformidade do voto do Relator, o Senhor Ministro Carlos Velloso, que teve a adesão do Senhor Ministro Elmar Campos, negou-se provimento à apelação da expropriante e deu-se provimento parcial à dos expropriados.

A ementa do Acórdão resume (fls. 602/603):

«Desapropriação. Terrenos reservados à margem do rio navegável (Código de Águas art. 14) Determinação. Indenização. Jazidas de argila. Honorários advocatícios. Salário do assistente-técnico.

I — Indenização com base no laudo oficial, que se apresenta bem fundamentado e elaborado com base em pesquisa de mercado.

II — Cabimento de indenização pela desvalorização do remanescente, na forma do laudo oficial.

III — Terrenos reservados à margem de rio navegável. As margens dos rios navegáveis são domínio público, insuscetíveis de expropriação e, por isso mesmo excluídas de indenização. Súmula nº 479 do STF.

IV — Não determinada a exata área do terreno reservado (Código de Águas, artigo 14), mediante processo administrativo ou judicial, não pode a expropriante pretender, de forma unilateral, fixar o ponto médio das enchentes ordinárias. Neste caso, deve a área reservada abranger os terrenos ribeirinhos numa faixa de 15 (quinze) metros de largura ao longo da margem do rio.

V — Jazidas de argila e areia: não são indenizáveis, porque inexistente, no código velho, autorização para a sua exploração e, no código vigente, a concessão de lavra, certo que a manifestação não se fez na forma legal (Decreto nº 24.642, de 1935, artigo 1º), exigível, sempre, para a exploração, ou a autorização federal ou a concessão de lavra.

VI — Honorários de advogado arbitrados na forma do disposto no artigo 20, § 3º, do CPC, inaplicabilidade do § 4º do artigo 20 do CPC, porque a expropriante é uma sociedade de economia mista. Calcula-se sobre a diferença entre a oferta e o valor da indenização, devidamente corrigido, inclusive juros.

VII — Salário do assistente-técnico. A expropriante deve arcar com o pagamento do salário do assistente-técnico indicado pelo expropriado.

VIII — Desprovemento do recurso da expropriante.

IX — Provimento parcial do recurso dos expropriados».

Discrepou o Senhor Ministro Armando Rollemberg, Revisor, nestes termos (fls. 593/598):

«A sentença recorrida teve como indenizável a área de 15 metros contados das margens do álveo do rio que atravessa as terras objeto da desapropriação, que a indenização pela cessação da exploração de argila existente na área expropriada deveria ser pleiteada em ação própria, e estabeleceu os valores da terra nua, das benfeitorias e da depreciação do remanescente, de acordo com o laudo do Perito Oficial.

Quanto à primeira parte referida, isto é, a conceituação da área não indenizável porque situada à margem de rio navegável, já tive ocasião de manifestar-me em oportunidade anterior, quando do julgamento da AC nº 24.630, e, então, escrevi:

«A apelação interposta pela expropriante impõe, inicialmente, o exame do regime de propriedade a que estão sujeitos os terrenos reservados situados à margem dos rios navegáveis.

Um rápido estudo da matéria na legislação estrangeira demonstra que, enquanto alguns países admitem a propriedade privada de tais terrenos e estabelecem sobre eles servidão administrativa, outros os incluem como bens do domínio público. No primeiro caso pode-se citar a França (Laubadere, *raité Elementaire de Droit Administratif*, 3ª ed., vol. II, pág. 156), a Itália (Ruggiero, *Instituições de Direito Civil*, vol. II, pág. 327), Portugal (Marcelo Caetano, *Manual de Direito Administrativo*, 7ª edição, pág. 627). Dentre os últimos está a Espanha (Garcia Oviedo, *Dere-*

cho Administrativo, 8ª ed., pág. 597).

No Brasil tem predominado entre os doutos o entendimento de que os terrenos situados às margens dos rios navegáveis são do domínio dos Estados, sujeitos embora à servidão pública. Assim o consideram Manoel Inácio Carvalho de Mendonça (Rios e Águas Correntes, pág. 238), Clóvis Bevilacqua (Teoria Geral do Direito Civil, 6ª ed., pág. 261), Temístocles Cavalcanti (A Constituição Federal Comentada, vol. I, págs. 427 e 428), entre muitos outros. Hely Lopes Meirelles, ilustre patrono dos expropriados, em obra de doutrina publicada em época anterior ao seu patrocínio na presente causa, sustentou a propriedade particular de tais terrenos, pelos ribeirinhos (Direito Administrativo Brasileiro, pág. 455), tese que reiterou no decorrer desta ação e que veio a ser acolhida pela respeitável sentença recorrida.

O julgamento da apelação da expropriante, portanto, impõe a manifestação da Turma sobre qual das teses é a consagrada na legislação brasileira.

Procedendo, de nossa parte, ao exame do problema, não nos podemos furtar ao aproveitamento do excelente histórico da legislação pátria sobre a matéria feito pelo ilustre Desembargador O. A. Bandeira de Mello, em voto proferido no Tribunal da Justiça de São Paulo, cujo inteiro teor se encontra às fls. 1033 e seguintes dos autos».

Transcrevi o lúcido pronunciamento do ilustre administrativista, e prossegui:

«Do histórico transcrito parece-me decorrer claramente:

a) que os terrenos situados à margem dos rios navegáveis e

daqueles de que se fazem os navegáveis foram sempre considerados pela legislação anterior à Lei nº 1.507, de 1867, como do domínio público, podendo, entretanto, tal como se dava com os terrenos de marinha, conceder-se aos particulares o domínio útil respectivo, livre de qualquer servidão;

b) que, a partir do citado diploma legal, continuou o domínio sobre a faixa referida, como permaneceu a autorização para concedê-la em aforamento, pesando entretanto sobre os terrenos servidão pública da qual somente ficaram excluídos os que anteriormente já detinham o domínio útil respectivo.

Essa situação permaneceu até entrar em vigor o Código de Águas, Decreto nº 24.643, de 10 de julho de 1934, que assim dispõe nos artigos 11 e 12:

«Art. 11. São públicos dominicais, se não estiverem destinados ao uso comum, ou por algum título legítimo não pertencerem ao domínio particular:

1º os terrenos de marinha;

2º os terrenos reservados nas margens públicas de uso comum, bem como dos canais, lagos e lagoas da mesma espécie. Salvo quanto a correntes que, não sendo navegáveis nem fluviáveis, concorrem apenas para formar outras simplesmente fluviáveis, e não navegáveis.

§ 1º Os terrenos que estão em causa serão concedidos na forma da legislação especial sobre a matéria.

§ 2º Será tolerado o uso desses terrenos pelos ribeirinhos, principalmente os pequenos proprietários, que os cultivem, sempre que o mesmo não colli-

dir por qualquer forma com o interesse público.

Art. 12. Sobre as margens das correntes a que se refere a última parte do número 2 do artigo anterior, fica somente, e dentro apenas da faixa de 10 metros, estabelecida uma servidão de trânsito para os agentes da administração pública, quando em execução de serviço».

Analisando tais disposições verifica-se que, aí, se reafirma a natureza de bens do domínio público dos terrenos reservados, omitindo-se, porém, a servidão pública que pesava sobre eles, a qual ficou restrita aos terrenos situados à margem das correntes que, não sendo navegáveis nem fluviáveis, concorrem apenas para a formação das fluviáveis. Ressalvou-se também, tal qual o fizera o artigo 39 da Lei nº 1.507, de 1867, o domínio particular porventura existente sobre os terrenos.

Ora, se, como vimos, frente à legislação anterior, o particular somente poderia deter, sobre os terrenos reservados, o domínio útil respectivo, há de se concluir que a ressalva contida no artigo 11 do Código de Águas e repetida no artigo 31 do mesmo diploma legal dirigiu-se aos que, legalmente, haviam obtido a concessão de tal domínio, o qual, assim, deveria ser objeto de desapropriação pelo Poder Público caso pretendesse integrar-se no domínio pleno dos terrenos por motivos de necessidade ou utilidade pública, ou, após a Constituição de 1946, com assento em interesse social.

Se, entretanto, como sucede no caso dos autos, o proprietá-

rio ribeirinho não dispõe de concessão do domínio útil dos terrenos marginais de rio navegável, entende-se que os explorava por mera tolerância, como permitido no § 2º do artigo 11 do Código de Águas, não lhe cabendo qualquer indenização de relação a tais terrenos no caso de utilização dos mesmos pelo Poder Público para obra de utilidade pública, como não lhe poderá caber indenização pela cessação da exploração de depósitos de argila aí existentes desde que não é proprietário, quer do solo, quer do subsolo.

Nesta parte, portanto, impõe-se o acolhimento da apelação da expropriante, para excluir da indenização fixada na sentença as parcelas relativas à área dos terrenos reservados e pela cessação de exploração dos depósitos de argila ali situados».

Quanto à conceituação de área reservada, portanto, tenho que a razão está com a expropriante, devendo a indenização das terras ser fixada, considerando-se os valores unitários indicados pelo Perito Oficial e a extensão afirmada pela expropriante com base no Decreto expropriatório nº 72.906/73.

Anteriormente também tive oportunidade de examinar outra das questões discutidas nos autos, e objeto de ambos os recursos, tal seja o cabimento de indenização relativa à argila existente na área desapropriada e do prejuízo resultante da cessação de sua exploração pelos expropriados, matéria que o MM. Juiz considerou dever ser objeto de ação própria.

Na oportunidade do mesmo julgamento no qual proferi o voto

em parte reiterado, assim me manifestei sobre essa última questão:

«Outro ponto em que o recurso do expropriante se insurge contra a sentença é o relativo à indenização dos depósitos de argila, que, pelo laudo do perito desempatador (fl. 108), existiam na área inundada, objeto da desapropriação, inclusive fora do limite dos terrenos reservados.

Entendeu o ilustre magistrado prolator da decisão que tais depósitos eram de propriedade da apelada, Cia. Mercantil e Comissária de São Paulo, enquanto a expropriante sustenta que a propriedade respectiva pertence à União e que a exploração dependia de concessão não existente no caso.

Como se depreende dos documentos trazidos aos autos com a contestação (fls. 16 e seguintes), as áreas desapropriadas foram adquiridas em 1951 e, a partir de tal data, se iniciou a exploração dos depósitos de argila. O exame da propriedade de tais depósitos, portanto, há de ser feito tendo em conta o Código de Minas de 1940, Decreto-Lei nº 1.985.

Tal diploma legal, em seu artigo 10, estabeleceu serem bens patrimoniais da União todas as jazidas não manifestadas e registradas na forma do artigo 10 do Decreto nº 24.642, de 1934, e da Lei nº 94, de 1935, que concedeu o prazo de um ano prorrogado depois por igual período para a referida manifestação. Portanto, se, como vimos, os terrenos em que se achava a argila somente foram adquiridos em 1951 e pesquisados e explorados após tal data, claro está que as jazidas não foram

manifestadas e pertenciam, assim, à União.

A respeitável sentença recorrida entendeu diferentemente por considerar desnecessária, no caso, a aludida manifestação.

Com a devida vênia, parece-me ter havido, na hipótese, um equívoco. O Código de Minas de 1940, já acentuamos, estabeleceu, de forma geral, a propriedade pública das jazidas não manifestadas. Ao fixar, porém, a forma de exploração das mesmas, estabeleceu dois regimes diferentes a saber:

a) a necessidade, de modo geral, de autorização para pesquisa das jazidas e concessão para exploração das minas;

b) dispensa de um e outro atos administrativos quando se cuidasse de depósitos de substâncias minerais que não contivessem minério de maior valor econômico que pudessem ser empregados *in natura*, ou sem outro beneficiamento além de talhe e forma para assentamento e não se destinassem a construções de interesse público ou tivessem aplicação na indústria fabril (artigo 12, § 1º).

Tem-se, assim, que a propriedade das substâncias minerais, sejam elas quais forem, é sempre da União, mas, enquanto para a pesquisa e exploração das do valor econômico maior é necessária autorização ou concessão do Poder Público, as de pouca valia, desde que atendidos os requisitos no § 1º do artigo 12 do Código de Minas então vigente poderiam ser exploradas independentemente de qualquer ato permissivo. A posição do empresário da exploração, no último caso, era, assim, idêntica à do concessionário.

rio regular e, na primeira hipótese, ao que explorava substância mineral independente, pela lei, de ato permissivo do Poder Público, assistia, em consequência, no caso de desapropriação, direito idêntico ao do concessionário cuja exploração foi regularmente autorizada e, mais tarde, rescindida.

Ora, tal direito não compreende o pagamento das substâncias minerais existentes no subsolo, pois estas pertencem à União, e sim, como ensina em seu Direito Administrativo Brasileiro, pág. 324, o ilustre patrono dos expropriados, a indenização dos prejuízos decorrentes da cessação da exploração».

Além disso, no caso ora sob apreciação, os expropriados haviam obtido autorização para extração de argila o que reforça o direito à indenização pela cessação da atividade.

A obtenção de indenização cabível a tal propósito, porém, como entendeu a sentença, somente é possível em ação autônoma.

Expropriados e expropriantes dissentem da sentença, também, em relação a honorários de advogado, que os primeiros pretendem sejam calculados sobre a diferença entre a oferta e a indenização corrigida monetariamente, acrescida dos juros, e o expropriante pugna pela redução do percentual estabelecido para 5%.

A ação demandou, sem dúvida, trabalho por parte do advogado, cuja alta categoria não precisa ser acentuada porque reconhecida de forma geral, com o que não há justificativa para a redução do percentual de 10% fixado pela sentença, o qual incidirá, como seguidamente tenho decidido, sobre a diferença entre a oferta e

o preço da indenização afinal estabelecido, corrigidos ambos os valores e sem inclusão de juros porque não relativos à desapropriação propriamente, destinados que são a compensar o proprietário pelo desapossamento da terra, enquanto durar o processamento da ação.

Além dos aspectos examinados foi a sentença impugnada pela expropriante de relação ao valor atribuído às terras, à admissão de depreciação do remanescente, e pagamento, por ele expropriante, dos salários do Perito e do assistente dos expropriados.

Ora, o valor da terra nua foi bem justificado no laudo do Perito Oficial, como demonstrada foi a desvalorização do remanescente, pois a fazenda, que ocupava área razoável pela redução do seu terreno na proporção em que ocorreu, teve inegavelmente diminuídas as possibilidades de exploração econômica.

Quanto ao pagamento do salário do assistente do expropriado, atendeu a sentença, ao carregá-lo à expropriante, à jurisprudência do Egrégio Supremo Tribunal Federal.

Meu voto, assim, é provendo parcialmente o recurso do expropriante para determinar o cálculo da área reservada de acordo com o decreto expropriatório, e negando provimento por inteiro à apelação dos expropriados».

Publicado o v. Acórdão em 5-9-79, (fl. 604), vieram estes embargos infringentes, opostos em 20-9-79 pelos expropriados Richelieu Castilho e sua mulher, a reclamar o prevalecimento do duto voto vencido.

Com as contra-razões (fls. 637/-644), colheu-se o parecer da Subprocuradoria-Geral da República, pela rejeição dos embargos.

É o relatório, sem revisão.

VOTO

O Sr. Ministro Bueno de Souza (Relator): Senhor Presidente, eis o teor do litígio, no resumo efetuado pelos embargantes, ao escrever (fls. 605/606):

«Centrais Elétricas de São Paulo S.A. — CESP, ajuizou ação de desapropriação contra os ora embargantes, perante a Justiça Federal de São Paulo. Contestando, os expropriados impugnaram o valor oferecido, posto que ínfimo, e pretenderam que a indenização haveria de abranger, também, os pretensos terrenos reservados, assim como as jazidas de argila e areia existentes na área desapropriada.

A respeitável sentença de primeiro grau considerou que a jazida de argila existente na área deveria ser indenizada, mas entendeu que o valor a ela correspondente haveria de ser pleiteado em ação própria. Assim se pronunciou o magistrado:

«Os peritos são acordes em atestar que os expropriados exploravam a argila existente na área expropriada, que perderão esse valor, pelo que devem ser indenizados. Quanto a essa indenização entendo que cabe na presente ação, devendo os expropriados recorrer à ação própria, querendo».

2. A apelação da expropriante cingiu-se aos seguintes capítulos da sentença: a) valor da terra nua e de construções (chamadas benfeitorias); b) depreciação da área remanescente; c) terrenos reservados; d) honorários advocatícios; e) honorários de assistente-técnico (fls. 485, 487, 488, 494, 495, 497/498).

3. Os expropriados, por sua vez, pleitearam: a) indenização pela cessação da exploração de areia e argila, a ser determinada nestes mesmos autos de expropriação (e não em ou-

tra demanda); b) abrangência, na indenização do valor da faixa de quinze metros ao longo da margem do rio (dado que será transposta para a margem da represa); c) observância do laudo de seu assistente, quanto ao valor das terras; d) elevação do percentual para determinação da depreciação do remanescente; e) incidência do percentual correspondente a honorários advocatícios sobre o valor corrigido da indenização e, bem assim, sobre a parcela relativa a juros compensatórios (fls. 464, 468/469).

4. Em sede de apelação, o Senhor Ministro Carlos Mário Velloso, Relator, negou provimento ao recurso da expropriante e deu provimento parcial ao dos expropriados, ou seja, apenas em relação aos honorários advocatícios (fl. 584).

S. Exa. foi acompanhado pelo Senhor Ministro Elmar Campos.

A divergência consiste em que o Senhor Ministro Armando Rollemberg, ao prover parcialmente a apelação da expropriante, determinou o cálculo do valor da área reservada na conformidade do decreto expropriatório; a seguir, negou provimento, por inteiro, à apelação dos expropriados (fl. 598).

5. Os embargos infringentes opostos pelos expropriados acentuam, pois, corretamente, o âmbito da divergência, nesta judiciosa proposição (fl. 608):

«Verifica-se, do que acima ficou exposto, ter havido divergência parcial no julgamento da apelação, a justificar os presentes embargos, na parte em que ficaram vencidos os ora embargantes.

Os Srs. Ministros Carlos Velloso e Elmar Campos decidiram que as jazidas de argila não eram indenizáveis. O Sr. Ministro Armando Rollemberg, ao contrário, deixou expresso que os expropriados tinham direito à indenização, apenas

ressalvando que esta haveria de ser pleiteada em ação autônoma. Em outros termos: os votos vencedores negaram o direito a qualquer indenização, vedando, assim, aos embargantes a possibilidade de pleiteá-la em ação direta. O voto vencido reconheceu e proclamou o direito à indenização, garantindo aos embargantes obtê-la em ação própria».

6. Pleiteiam, por isso, os embargantes que prevaleça o voto do Senhor Ministro Armando Rollemberg, «quando decidiu que deveriam ser indenizadas as jazidas de areia e argilas, ainda que a questão fosse remetida para outra ação» (fl. 608).

7. Para pugnar pelo predomínio do d. voto vencido, no concernente à indenização relativa ao depósito de areia e argila, os embargantes aduzem dois fundamentos:

a) primeiro, a nulidade da decisão constante do v. Acórdão embargado, nesta parte, pois «importou em **reformatio in pejus**, infringindo o disposto nos arts. 2º, 467, 468, 471, 505, 512 (in fine) e 515 do CPC (fls. 609/611); e

b) depois, a equivocada aplicação do direito, de modo a se considerar insuscetível de indenização «o imenso prejuízo que sofreram em virtude de terem ficado privados da exploração das jazidas de argila e areia» (fls. 611/612).

8. Tenho como certo que assiste razão aos embargantes, sob ambos os aspectos.

9. Em verdade, eis o que decidiu a r. sentença da lavra do ilustre Juiz José Pereira Gomes Filho (fls. 461/482):

«Os peritos são acordes em atestar que os expropriados exploravam a argila existente na área expropriada, que perderão esse valor, pelo que devem ser indenizados.

Quanto a essa indenização entendo que não cabe na presente ação, devendo os expropriados recorrerem à ação própria, querendo».

10. Pois bem: a expropriante somente em parte se irresignou (fl. 483); deduziu, em razões de apelação, seu inconformismo; e logo o resumiu, nestes precisos termos (fl. 485):

«Fica, assim, o recurso de apelação restrito aos valores correspondentes à terra nua, construções e depreciação do remanescente, além de discordar, também, com a verba honorária advocatícia fixada em 10% e a do assistente do expropriado no valor de Cr\$ 50.000,00 (cinquenta mil cruzeiros)».

E isto mesmo reiterou (fls. 497/498):

«A autora pede e espera a exclusão dos terrenos reservados de 220,53 ha, conforme consta da petição inicial, no decreto expropriatório e da Súmula nº 479.

A redução do valor do preço-base da terra nua e a classificação da terra segundo a capacidade de uso nos valores previstos no trabalho do sr. assistente-técnico da expropriante.

A não indenização da área remanescente visto não sofrer depreciação pelo desmembramento.

Redução das verbas honorárias advocatícias de 10% para 5% e exclusão da verba honorária do assistente-técnico de indicação do expropriado, conforme artigo 33 do CPC».

11. Como se vê, a expropriante em nenhum momento impugnou a cláusula da sentença que remeteu a pretensão da indenização pela cessação da exploração de areia e argila, deduzida pelos expropriados, para ação própria.

Somente os expropriados suscitaram questão sobre o tema, em apelação (fls. 464/465), verbis:

«Os depósitos de argila e areia.

1. É de entendimento corrente, como se vê nos julgados de todos os dias, que, relativamente ao proprietário, todos os danos decorrentes da desapropriação devam ser compostos na própria ação expropriatória, cujo precipuo objetivo é justamente o de estabelecer o **quantum** devido ao expropriado, para recompor integralmente o patrimônio desfalcado. Não assim, por certo, em relação a direitos de terceiros, que hão de ser realmente objeto de ação própria (locatários, por exemplo) ou estarão subrogados no preço (Decreto-Lei nº 3.365/41, artigos 26 e 31).

Com respeito ao próprio **dominus**, porém, nada recomenda que se busque por outras vias a integral composição do dano patrimonial, com desnecessária oneração para as partes e a própria Justiça:

«A indenização por desapropriação abrange o justo preço da coisa desapropriada e mais os prejuízos que efetivamente sofrer o proprietário em virtude da desapropriação, devendo-se atender, ao fixá-la, não só ao valor venal dos bens desapropriados, mas também aos danos causados direta e imediatamente com a desapropriação» (cf. Revista Forense 98/136).

A omissão da inicial, quanto a benfeitorias ou quaisquer valores patrimoniais atingidos, nunca poderia, obviamente, resultar em prejuízo do expropriado, que tem o amparo da garantia constitucional da «justa indenização», vale dizer, do pleno ressarcimento, havendo, em consequência, que se preocupar:

«mais com a justa indenização da coisa expropriada, do que, porventura, com o que hajam dito as partes na petição inicial ou na contestação» (cf. Revista Forense 145/315).

Mesmo porque, o omitido na inicial, foi pedido na contestação.

Nessa linha, sabida e pacificamente, incluem-se na indenização o prejuízo ou depreciação de áreas remanescentes e quaisquer danos apurados no curso do processo, ainda que a inicial os tenha omitido. Não se trata aí — se assim pareceu ao MM. Juiz — de ampliar o âmbito da expropriatória, mas de compor todos os danos, dentro dos limites objetivos postos no pedido de desapropriação».

12. Após cuidadosa leitura dos autos, capacitei-me de que, de fato, o Senhor Ministro Carlos Velloso, a despeito da acuidade e percuciência com que sempre examina os feitos e circunscreve as divergências submetidas a nossa decisão, deixou, contudo, de ter na devida consideração que a expropriante não submeteu ao julgamento, em segundo grau de jurisdição, a questão relativa à indenização do detrimento patrimonial decorrente da cessação de exploração dos depósitos da areia e argila.

Assim também, dou-me por convencido de que o v. Acórdão da apelação não podia, data venia, desfavorecer, neste ponto, os embargantes, tanto mais quanto é certo que, em contestação, deduziram eles sua pretensão de ressarcimento, a este propósito (fls. 51/52), com toda a ênfase; sendo certo, ademais, que a sentença não lhes negou tal direito, limitando-se, quanto ao ponto, a remeter as partes a outro processo.

13. Não resta dúvida, por conseguinte, que, recolocada a questão, em sede de apelação, tão-só e unicamente por iniciativa dos expropriados, no intuito de vê-la dirimida nes-

tes mesmos autos (fixando-se, nesta expropriatória, o valor da indenização correspondente), resulta manifestamente desfavorável e nociva à pretensão dos expropriados a decisão embargada, ao negar-lhes terminantemente, o direito que alegam (e que a sentença não excluiu).

Dizem, com efeito, os embargantes (fl. 611):

«Não houvessem os expropriados apelado, lhes estaria assegurado, pela sentença, o direito à indenização relativamente à argila, cujo **quantum** se fixaria em ação direta. Entretanto, tendo recorrido, ficaram em situação pior, pois o Acórdão lhes negou aquele direito. Isto só poderia ocorrer se houvesse apelação da expropriante nesta parte, o que não sucedeu».

A apelação da expropriante não podia alterar esta situação, pois expressamente se absteve de abordar a questão.

Tem-se, então, que, ao insistir na obtenção da indenização, nestes mesmos autos, os expropriados viram definitivamente negado seu alegado direito à indenização, mediante resolução, pela Egrégia Turma julgadora da apelação, consoante o que se lê nos doutos votos predominantes.

14. A propósito, são pertinentes estas observações de Frederico Marques:

«A redução da área da lide no Juízo **ad quem** pode ser dispositiva, ou, então, eventualmente parcial: dá-se a primeira quando o vencido recorre apenas em parte da sentença que lhe foi desfavorável, conforme faculta o artigo 505; e registra-se a segunda quando a sucumbência não é total e apenas um dos vencidos é que recorre (se

o outro também recorrer, a apelação poderá tornar-se plena).

Também na apelação limitada cabe ao Juízo **ad quem** exercer controle sobre os pressupostos de validade da sentença recorrida, dentro dos limites da preclusão e em harmonia com o disposto no artigo 267, § 3º (retro, nº 448)». (Manual 2ª ed. Saraiva, 1976, III/143).

E ainda:

«Por estar confinada a apelação — em seu efeito devolutivo — à «matéria impugnada» pelo recorrente (artigo 515, **caput**), inexistente, como é óbvio, a **reformatio in peius**. Não há mais, no direito pátrio, a apelação comum a ambas as partes em que se apoiava a **reformatio in peius**, visto que, em virtude do princípio do **beneficium commune**, podia o Juiz — como ensinava Pereira e Souza — «prover por meio da apelação a parte que não apelou». Adotada que foi a apelação incidental, inexistente, hoje, qualquer argumento ou pretexto para sustentar-se a existência da **reformatio in peius**». (Manual, 2ª ed. Saraiva, 1976, III/143-144).

Ademais, desde que a sentença remeteu a determinação do valor a processo próprio; e uma vez que somente os embargantes a impugnam, neste ponto, nem mesmo era possível alterar o que a propósito dispôs a sentença, em contrário ao interesse da parte que apelou, consoante referidos artigos 500 e 515 do CPC.

Eis porque dou provimento aos presentes embargos infringentes, para fazer preponderar o d. voto vencido.

VOTO

O Senhor Ministro Sebastião Reis: Sr. Presidente, admito a divergência suscitada nos embargos nos limites ora postos pelo douto voto do Sr. Ministro-Relator e, no mérito, recebo os embargos, nos exatos termos do voto vencido.

VOTO

O Senhor Ministro Pádua Ribeiro: O eminente Ministro-Relator recebeu, em parte, os embargos porque entendeu S. Exa. que a matéria questionada não fora abordada no recurso apelatório. No recurso apelatório só se discutiu sobre se a indenização pela exploração dos depósitos de argila deveria ocorrer em ação própria ou fixada nos próprios autos da expropriatória. Daí ter concluído que o Acórdão embargado foi além, porque entendeu, por maioria de votos, de negar esse próprio direito à indenização. Por isso, votou S. Exa., com base no douto voto vencido, pela confirmação da sentença, isto é, deixando que em ação própria se discuta esse direito à indenização pela exploração da argila.

Nesse sentido, se assim não concluíssemos, o Acórdão embargado teria decidido para pior, em detrimento dos expropriados recorrentes.

Isto posto, acompanho S. Exa.

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Carlos Velloso: Senhor Presidente, foi expressamente pedido na apelação dos expropriados que a Turma lhes reconhecesse o direito à indenização pelas substâncias minerais e pela cessação da atividade. Como Relator do recurso na Turma, enfrentei a questão e neguei provimento ao apelo. Ao enfrentar a questão, tive que discuti-la no seu

mérito, porque a tanto provocado, pelo apelante, entendendo descaber tal direito aos expropriados. Se a sentença mandara os expropriados para uma ação autônoma, a fim de discutir esta parte, e se os expropriados, com a mesma não concordando, pugnaram pelo enfrentamento do mérito da questão, parece-me que a Turma cumpria — enfrentando o mérito da questão — denegá-la ou deferi-la. Infelizmente, o exame foi pelo indeferimento e, assim, pelo desprovimento do apelo.

Não me parece, pois, aproveitável, com a devida vênia, o voto vencido, que não seria vencido, por isso que também ao apelo dos expropriados negou provimento.

Com estas brevíssimas considerações e com a vênia devida ao Senhor Ministro-Relator, rejeito os embargos.

EXTRATO DA MINUTA

EAC nº 55.073 — SP — Registro nº 456.136 — Rel.: O Sr. Ministro Bueno de Souza. Embargante: Richelieu Castilho Sabino e sua mulher. Embargada: Cia. Energética de São Paulo S.A. — CESP. Advogados: Drs. Marisa Schutzer Del Nero Polletti, Carlos Robichez Penna e outros.

Decisão: A Seção, por maioria, recebeu os embargos, vencido o Sr. Ministro Carlos M. Velloso. (Em 14-8-84 — Segunda Seção).

Os Srs. Ministros Sebastião Reis, Miguel Ferrante, Pedro Acioli, Américo Luz, Pádua Ribeiro, Geraldo Sobral, Armando Rollemberg e Moacir Catunda participaram do julgamento.

Ausente, por motivo justificado, o Sr. Ministro Torreão Braz.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro **Otto Rocha**.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 63.912 — RS
(Registro nº 3.054.527)

Relator: O Sr. Ministro Geraldo Sobral

Apelantes: Carlos Nelz e Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária — INCRA

Apelada: Prefeitura Municipal de Gramado

Advogados: Drs. Paulo Odone Chaves de Araújo Ribeiro e Vicente Cavalcanti Cysneiros (Aptes.) e Sérgio Haas e Dante Luiz Jung (Apda.)

EMENTA

Processual Civil e Tributário. ITR/IPTU. Pressupostos legais. Apelação intempestiva. Improcedência da ação.

I — Para fins do IPTU considera-se urbano o imóvel localizado em zona urbana, que é a definida em lei municipal, observados, no mínimo, dois (2) dos requisitos indicados nos itens do parágrafo 1º do artigo 32 do CTN. Inaceitável, pois, a alteração feita pela Lei nº 5.868, de 12-12-72, em área reservada, constitucionalmente, à lei complementar, que, em seu artigo 29 cuida, de forma específica, do ITR.

II — No caso em exame, confirma-se a robusta decisão de primeiro grau, que, amparada em seguras conclusões do perito oficial, julgou improcedente a ação, no entendimento de que o imóvel do autor é, na verdade, uma área ecológica ou sítio de recreio de uma clínica balnear, sujeita ao pagamento do imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana, de competência municipal.

III — Apelação do INCRA desprovida. Não se tomou conhecimento da apelação do autor, tendo em vista sua manifesta intempestividade.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas.

Decide a 5ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, negar provimento à apelação do INCRA e não tomar conhecimento da de Carlos Nelz, por ter sido interposta fora do prazo, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 6 de junho de 1984 (Data do julgamento) — Ministro **Moacir Catunda**, Presidente — Ministro **Geraldo Sobral**, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Geraldo Sobral: A sentença de primeiro grau sumariou a lide com estas letras:

«O autor possui 49 hectares na cidade de Gramado e, com esta ação, pretende ele e mais o INCRA se declare que dito imóvel esteja

sujeito ao imposto predial rural e não ao urbano.

Usam, para isso, o critério de destinação da propriedade, que substituiu o antigo critério de localização constante do CTN.

Diz o autor que a área está voltada para as lides rurais, com 18 hectares afetados à extração de lodo para o Instituto Lodoterápico de Gramado que se situa dentro dela, com 8 hectares de eucalipto, 6 de pecuária ovina, alguma fruticultura e o restante de reservas florestais.

Diz também que está inscrito como produtor rural.

Pede, além da declaração da existência de relação tributária rural, a restituição do imposto urbano pago em 1973 e mais ordem para que a Municipalidade se absteinha de exigir imposto indevido.

O INCRA assumiu o litisconsórcio ativo à fl. 132.

O Município contestou à fl. 109, negando a destinação rural da propriedade.

Argüiu que o imóvel está encravado no centro urbano, em zona valorizada a Cr\$ 200,00 o metro, e que o autor, durante longos anos, sempre pagou o imposto urbano, com favores de descontos e que só se rebelou quando os privilégios foram cancelados. Então, inconformado, ele se dirigiu à imprensa, ameaçou fechar o Instituto, escreveu diversas cartas, inclusive ao Governador, e anunciou cadastrar o imóvel no INCRA, coisa que terminou fazendo. Na carta ao Governador, o autor declarou que sua propriedade não se prestava nem à atividade agrícola nem à pastoril e no mandado de segurança que impetrou, disse ele que o lodo era mineral e as florestas eram de conservação permanente.

Alega o Município, ainda, que o autor quis predeterminar a prova, adquirindo algumas ovelhas e se inscrevendo como produtor rural, mas que esse registro é fornecido a quem o queira e que as notas de venda de lenha são de 1975 e, ainda assim, para o restaurante arrendatário nas terras do próprio autor.

Pede que se requisitem as declarações de rendimentos do requerente de 1973 a 1975, com o que provará que o autor não teve rendas da cédula G.

Prova documental e pericial. Saneador irrecorrido». (fls. 221/222).

O MM. Juiz sentenciante, Dr. Ubiray Luiz da Costa Terra, da Segunda Vara Federal da Seção Judiciária do Rio Grande do Sul, julgou improcedente a ação, debitando ao autor o ônus da sucumbência.

Inconformado, o autor apelou, com as razões de fls. 226/232, em que pede a reforma total do *decisum*.

O INCRA, também, apelou, com os argumentos de fls. 235/241, sustentando o enquadramento do imóvel questionado como rural.

Sem contra-razões, subiram os autos a esta colenda Corte, manifestando-se a douta Subprocuradoria-Geral da República pelo provimento da apelação (fls. 251/252).

É o relatório, dispensada a revisão, nos termos regimentais (artigo 33, IX).

VOTO

Sr. Ministro Geraldo Sobral (Relator): A decisão monocrática foi proferida com os seguintes fundamentos:

«O Decreto-Lei nº 57 excetuava do imposto urbano os imóveis urbanos comprovadamente voltados para a exploração rural e a Lei nº 5.868 considerou rurais os imóveis

que, mesmo plantados nas cidades, se destinem à exploração agrícola, pecuária, extrativa-vegetal ou agroindustrial.

A lide, portanto, fica adstrita ao exame do uso do imóvel.

Não se consegue sentir que a propriedade ao autor seja outra coisa do que sua clínica balnear ou seu renomado Instituto Lodoterápico de Gramado e que os 49 hectares que o circundam não passem de uma moldura ecológica na ecológica Gramado.

A tônica da pretensão do autor, bem como do laudo administrativo do INCRA e, de resto, de toda a matéria probatória consistiria na natureza alegadamente agrícola do lodo medicinal.

Penso que a boa razão está com a prefeitura por suas idéias básicas. Em primeiro lugar, a extração que o autor faz não é do vegetal mas do lodo, tanto que esse é o somatório de alumínio, ferro, silício, titânio e magnésio (fl. 184). Acredito que chamar esse produto de decomposição orgânica de vegetal equivaleria a se chamar de vegetal o pão ou a fatiote de linho ou, numa perdoável redução ad absurdum, se chamar de extração pecuária o petróleo fóssil. Em segundo lugar, nos diversos ramos jurídicos, sempre a atividade-fim absorveu a atividade-meio e, assim, ainda que se admitisse a natureza da matéria-prima, esta ficaria diluída, juntamente com os 5.000 litros diários de água, na atividade balnear da clínica terapêutica. Justamente, por isso, em certas estações termiais com grandes áreas bucólicas, o aspecto hoteleiro predomina sobre a idéia de mineração ou de ruralidade, hipótese que vem a ser semelhante, guardadas as proporções.

E essa atividade preponderante não fica desnaturada pela presen-

ça de 8 hectares de eucalipto ou das 26 ou 30 ovelhas. Dos 160 metros de lenha que a perícia administrativa do INCRA citou, 80 foram usadas pelas próprias fornalhas da clínica e as outras 80 foram vendidas por menos de Cr\$ 1.000,00 (mais ou menos 30 caçambas a 3,00m³) ao próprio restaurante na gleba do autor (fls. 110/180). As ovelhas estão fotografadas de maneira lírica à fl. 199 e seria temerário dizer que constituem exploração pecuária, já que sequer darão conta de manter aparado o capim, e já que muitas chácaras de recreio possuem número maior.

A marginalidade desses elementos em relação ao efetivo modo de ser da propriedade fica manifesta se atribuíssemos uma esplêndida renda de Cr\$ 9.000,00 às ovelhas, já que somada a da lenha, daria cerca de dez mil cruzeiros, que representariam 0,0001 da propriedade (200,00 o m², a teor da contestação e da perícia). Mas tal argumento é desnecessário porquanto os 3 empregados da propriedade mantêm vínculo empregatício com o Instituto de Lodoterapia, como disse o agrônomo do INCRA e porque tudo no imóvel é feito de molde a não comprometer a natureza.

De qualquer forma, a questão estaria encerrada por confissão do autor.

Na fl. 115, em carta ao Prefeito, ele declarava que sua área de terra tinha «aproveitamentos especificamente medicinais» e que o aumento dos impostos obrigaria a fechar o «estabelecimento especializado em tratamentos de saúde e lodoterapia», embora muito tivesse contribuído para o comércio e para o turismo da cidade.

Na fl. 118, em carta ao Governador, ele dizia que não podendo explorar agricultura nem pecuária

no imóvel e não querendo comercializá-lo imobiliariamente, preferia o naturalismo com o aproveitamento medicinal dos banhos de lodo, limitando sua atividade a manutenção heróica do balneário.

Nas fls. 127/129, preenchendo o cadastramento rural, punha uma atividade «não agrícola» e sim mineral (lodo), apenas citando a existência das árvores.

E não resta dúvida de que o ilustre médico por longos anos admitiu a relação tributária urbana. É palpável que o benemérito octogenário, que ajudou a construir a cidade, não conseguiu metabolizar a alta do imposto e que esse é o cerne do dissídio.

Não conseguiu, portanto, o Juízo convencer-se de que o imóvel do autor seja de exploração agrícola ou animal. Os elementos dos autos persuadem de que se trata de uma área ecológica ou sítio de recreio de uma clínica balnear.

Isto posto, julgo improcedente a presente ação ordinária de Carlos Nelz e do INCRA contra a Fazenda Municipal de Gramado. Pagarão ambos os autores, por metade, custas, honorários periciais de 7 salários de referência e advocatícios de 8 salários».

Decidiu, acertadamente, o ilustre Juiz a quo.

O nosso Código Tributário Nacional, com força de lei complementar, regula a matéria, nestes termos:

«Art. 29. O imposto, de competência da União, sobre a propriedade territorial rural tem como fato gerador a propriedade, o domínio útil ou a posse de imóvel por natureza, como definido na lei civil, localizado fora da zona urbana do Município.

Art. 32. O imposto, de competência dos Municípios, sobre a propriedade predial e territorial urba-

na tem como fato gerador a propriedade, o domínio útil ou a posse de bem imóvel por natureza ou por acessão física, como definido na lei civil, localizado na zona urbana do Município.

§ 1º Para os efeitos deste imposto, entende-se como zona urbana a definida em lei municipal, observado o requisito mínimo da existência de melhoramentos indicados em pelo menos 2 (dois) dos incisos seguintes, construídos ou mantidos pelo Poder Público:

I — meio-fio ou calçamento, com canalização de águas pluviais;

II — abastecimento de água;

III — sistema de esgotos sanitários;

IV — rede de iluminação pública, com ou sem postamento para distribuição domiciliar;

V — escola primária ou posto de saúde a uma distância máxima de 3 (três) quilômetros do imóvel considerado».

Pelo visto, a incidência do imposto territorial rural é sobre os imóveis por natureza, («o solo com sua superfície, os acessórios e adjacências naturais, compreendendo as árvores e frutos pendentes, o espaço aéreo e o subsolo» — Código Civil, artigo 43, item I), situados fora da zona do Município (CTN, artigo 29). No entanto, a Lei nº 5.868, de 12-12-72, determinou que para a finalidade desse imposto «considera-se imóvel rural aquele que se destinar à exploração agrícola, pecuária, extrativa vegetal ou agroindustrial e que, independentemente de sua localização, tiver área superior a 1 (um) hectare» (artigo 6º). De acordo com a mencionada lei, os imóveis que não se compreendam nesse conceito, ficam sujeitos ao Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana, independentemente de sua localização. O conceito de imóvel rural, por-

tanto, ficou estabelecido em função de sua área e destinação.

Em sendo o CTN uma lei complementar, tenho por inaceitável essa alteração feita por lei ordinária.

A propósito do tema, o Mestre Aliomar Baleeiro, observa:

«Note-se que o artigo 18, § 1º, da Emenda 1/69 reserva à lei complementar as normas gerais de Direito Tributário, cabendo à lei ordinária as demais normas gerais de Direito Financeiro. É objetável, pois, a modificação do CTN por leis ordinárias, como a de nº 5.868». (In «Direito Tributário Brasileiro» — 10ª Edição — Forense — 1981 — pág. 154).

Entendo, por conseguinte, que a pendência deverá ser solucionada, como o foi, brilhantemente, pelo douto Juiz sentenciante, à luz das regras estabelecidas no Código Tributário Nacional (artigo 32, § 1º, itens I a V) e da prova pericial acostada aos autos.

Para fins do IPTU considera-se urbano o imóvel localizado em zona urbana, que é a definida em lei municipal, observados, no mínimo, dois (2) dos requisitos indicados nos itens do § 1º do artigo 32 do citado CTN.

No caso sob julgamento, o perito judicial atesta, em várias passagens, de seu laudo, bem elaborado, que o imóvel, em questão, é urbano, conforme os trechos seguintes:

«Quesito do autor:

1º Quesito: Qual a situação do imóvel do autor, relativamente à cidade de Gramado?

Resposta: O imóvel está situado dentro do perímetro urbano da cidade de Gramado, perímetro este determinado pela Lei nº 457/75, que instituiu o Plano Diretor da cidade. Vide lei e fotos em anexo.

3º Quesito: Se o imóvel do autor faz divisa, com frente ou é atravessado

por vias ou logradouros públicos?

Resposta: Sim, o imóvel faz frente para a Av. Borges de Medeiros, numa extensão de aproximadamente 20,00 metros.

8º Quesito: Considerando as condições físico-ecológicas do imóvel do autor, e as atividades possíveis de serem nele exercidas por seu proprietário, se poderia o mesmo imóvel ser dito como de destinação rural?

Resposta: Não.

Quesitos da Prefeitura-ré

1º Quesito: Pela Lei Municipal de nº 457/75, de 31 de dezembro de 1975, do Município de Gramado, a área descrita na inicial está ou não localizada na zona urbana?

Resposta: A área descrita na inicial está localizada em zona urbana, conforme se pode constatar nos mapas, cujas fotos estão anexas a este laudo.

6º Quesito: Quais os recursos urbanos (calçamento, iluminação pública, escolas, etc.) que circundam a área?

Resposta: A Av. Borges de Medeiros possui iluminação pública, pavimentação asfáltica, rede de água e esgoto pluvial. Em frente ao imóvel, na avenida encontra-se o hospital da cidade, possuindo, digo, distando o imóvel a menos de 2 quilômetros de escola».

A robusta conclusão a que chegou a sentença recorrida, fundamentada nas pesquisas do vistor oficial, não chegou a ser abalada pelos argumentos do INCRA.

De ver-se, ainda, que a apelação do autor não pode ser conhecida, por sua manifesta intempestividade.

Publicada a sentença, em 14-12-78 (uma quinta-feira), consoante noti-

cia a certidão de fl. 224vº, o prazo recursal de quinze (15) dias iniciou seu curso em 15-12-78, vindo a suspender-se, no dia 20 (vinte) daquele mês e ano, por força do que dispõe o artigo 62, item I, da Lei nº 5.010/66 c/c o artigo 179 do CPC. Decorridos cinco (5) dias de sua fluência, o referido prazo reiniciou sua contagem, no dia oito (8) de janeiro de 1979 (segunda-feira), encerrando-se a quinzena legal, em 17-1-79. A apelação do autor foi protocolada, na Secretaria do Juízo a quo, no dia 22-1-79 (fl. 225), apresentando-se, portanto, extemporânea.

Com estas considerações, nego provimento à apelação do INCRA e não conheço do recurso do autor, por afigurar-se intempestivo. Mantenho, in totum, a decisão recorrida.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 63.912 — RS — Registro nº 3.054.527 — Rel.: O Sr. Ministro Geraldo Sobral. Aptes.: Carlos Nelz e Instituto de Colonização e Reforma Agrária — INCRA. Apda.: Prefeitura Municipal de Gramado-RS. Advs.: Drs. Paulo Odone Chaves de Araújo Ribeiro e Vicente Cavalcanti Cysneiros (Aptes.) e Sérgio Haas e Dante Luiz Jung. (Apda.).

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação do INCRA e não tomou conhecimento da de Carlos Nelz, por ter sido interposta fora do prazo. (Em 6-6-84 — 5ª Turma).

Os Srs. Ministros Moacir Catunda e Sebastião Reis votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Moacir Catunda.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 67.204 — RJ (Registro nº 2.116.499)

Relator para o Acórdão: O Sr. Ministro Armando Rollemberg

Relator Originário: O Sr. Ministro Pádua Ribeiro

Apelante: Rede Ferroviária Federal S.A.

Apelados: Nelson Majdelany e cônjuge

Advogados: Drs. José Teixeira Pais e outros, Carlos Alberto Diegas Dutra, Armindo Assis de Menezes Neto e outro e Wilmar Garcia Barbosa

EMENTA

Desapropriação. Não cabe, na ação de desapropriação, discussão a respeito do mérito do ato expropriatório, e sim sobre vício do processo judicial e, mais precisamente, a propósito do preço da indenização, devendo qualquer outra questão ser discutida em ação direta (Decreto-Lei nº 3.365/41, artigos 9º e 20).

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos, em que são partes as acima indicadas.

Decide a 4ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por maioria, dar

provimento à apelação para reformar a sentença e determinar o prosseguimento do processamento da ação, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Sustentação

oral: Drs. Wilmar Garcia Barbosa, pelo apelante e Armino Assis de Menezes Neto, pelo apelado.

Custas como de lei.

Brasília, 14 de setembro de 1983 (Data do julgamento). — Ministro Armando Rollemberg, Presidente e Relator p/o Acórdão.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Pádua Ribeiro: Leio na sentença (fls. 127/129):

«A Rede Ferroviária Federal, por seu advogado, ingressou neste Juízo com ação expropriatória contra Nelson Majdelany e sua mulher.

Na inicial invocou as disposições previstas no Decreto-Lei nº 3.365/41, requerendo fosse a ação julgada procedente a fim de que fossem desapropriadas as benfeitorias situadas na Ilha dos Coqueiros, Município de Angra dos Reis, construídas pelos expropriados.

Instruiu a inicial com os documentos de fls. 5/10 e depositou a quantia de Cr\$ 60.000,00.

Foi nomeado perito que apresentou o laudo de fls. 27/43.

Os expropriados requereram fosse requisitado ao Ministério dos Transportes o Processo Administrativo nº MT 53.570, nº 5.297, fundamentando seu requerimento no disposto na Lei nº 94/47.

Reiteraram o requerimento às fls. 25/51, que foi deferido à fl. 53.

A expropriante alegou, à fl. 56, que o processo administrativo a ser exibido se encontrava no Ministério dos Transportes, não havendo transitado pelos seus escritórios.

À fl. 59 a expropriante alegou que o nº do processo administrativo não é MT nº 53.570/73 e sim MT nº 53.576/73 e que a requisição do mesmo deveria ser feita direta-

mente ao Ministério dos Transportes.

Foi requisitado o processo ao Ministério dos Transportes que o encaminhou a este Juízo, as cópias do processo, constantes de fls. 64/65.

Os expropriados alegaram que o processo administrativo indicado não se referia à desapropriação e sim um processo relativo à construção de um trapiche de madeira em Belém.

O Ministério dos Transportes, pelo ofício de fl. 101, informou que o processo administrativo relativo à desapropriação das benfeitorias, objeto da presente ação, foi encaminhado à expropriante em 2-10-73.

Os expropriados requereram, mais uma vez, que a expropriante exibisse o processo administrativo já referido.

Foi dada vista à expropriada, pelo prazo de cinco dias, que alegou que não colhe proveito algum o pedido de exibição do processo administrativo.

Os expropriados às fls. 118/20 tornaram a reiterar o pedido de exibição do processo administrativo pela expropriante.

Foi determinada a intimação da expropriante para que procedesse a exibição do Processo Administrativo nº 53.576/73 no prazo de cinco dias, sob pena de extinção do processo.

A expropriante não exibiu o processo administrativo no prazo que lhe foi concedido, requerendo a reconsideração do despacho que a obrigou a exibir o processo, se comprometendo a trazer aos autos, em tempo útil, o processo ou a afirmar sua impossibilidade no caso de constatar eventual extravio.»

Apreciando a controvérsia, o MM. Juiz Federal a quo, com fundamento no artigo 267, III, do Código de Pro-

cesso Civil, declarou extinto o processo e condenou a expropriante nas custas e honorários advocatícios, que arbitrou em 10% do valor dado à causa. Para assim decidir, argumentou (fl. 129):

«Constato que pelo despacho de fl. 53, datado de 21-2-79 foi deferida a exibição do processo administrativo relativo à desapropriação das benfeitorias objeto da presente ação.

O Ministério dos Transportes informou que o referido processo se encontra em poder da expropriante desde 2-10-73.

No prazo que lhe foi concedido para a exibição do processo administrativo, a expropriante não o exibiu, embora tivesse sido intimada de que a não exibição acarretaria a extinção do processo.

Constato, portanto, que desde 21-2-79 o processo se encontra aguardando que a expropriante exhiba o processo administrativo.

Embora a expropriante tenha peticionado nos autos não deu cumprimento aos despachos que determinaram a exibição do processo administrativo, acarretando, portanto, a paralisação efetiva do processo, pois de nada adianta peticionar sem que dê cumprimento ao despacho de fl. 53, datado de 21-2-79, embora segundo o Ministério dos Transportes, o referido processo se encontra em poder da mesma desde 2-10-73».

Apelou o expropriante (fls. 132/139). Alega que as diligências ensejadoras da extinção do processo foram requeridas na pendência de agravo de instrumento que os expropriados interpuseram contra a decisão que repeliu a exceção de incompetência por eles manifestada. Relata a seguir, um a um, os atos processuais relativos àquelas diligências, procurando demonstrar que nenhuma culpa lhe cabe por não ter sido

exibido o procedimento administrativo reclamado. Assinala que, em razão do agravo interposto contra a decisão que julgou improcedente a exceção de incompetência, foi exarado, à fl. 46, despacho, determinando que se aguardasse o julgamento daquele recurso, obstando assim o cumprimento do mandato de imissão provisória na posse. Pede, afinal, a reforma da sentença, com o prosseguimento da ação até final e definitiva desapropriação das benfeitorias.

Contra-arrazoado o recurso (fls. 141/146), subiram os autos, que me vieram distribuídos.

À fl. 155 a Secretaria informou que o Agravo de Instrumento, relativo à exceção de incompetência, tomou neste Tribunal o nº 40.173-RJ, tendo sido desprovido em julgamento realizado em 22-8-80, através de Acórdão com trânsito em julgado. As respectivas notas taquigráficas estão acostadas aos autos (fls. 156/160).

Dispensada a revisão.

É o relatório.

EMENTA: Processual civil. Extinção do processo. CPC, artigo 267, III, §§ 1º e 2º. Aplicação.

I — Se intimada pessoalmente, a autora não providenciou a exibição do processo administrativo, como lhe competia, correta é a sentença que declarou a extinção do processo, sem julgamento do mérito.

II — Apelação desprovida.

VOTO

O Sr. Ministro Pádua Ribeiro (Relator): Os fatos que culminaram com a decretação da extinção do processo podem ser assim resumidos: à fl. 21, o expropriante requereu a requisição ao Ministério dos Transportes dos autos do Processo MT 53.570/73, nº 5.297, em que foram declaradas de utilidade pública, para efeito de

desapropriação pela Rede Ferroviária Federal — 5ª Divisão — Centro-Oeste, as benfeitorias situadas na Ilha dos Coqueiros, no Município de Angra dos Reis; esse requerimento foi reiterado à fl. 25 e à fl. 51, tendo sido deferido à fl. 53. Em seqüência, expediu-se ofício ao Diretor-Geral do Departamento do Pessoal do Ministério dos Transportes (fl. 54). À fl. 56, a Rede Ferroviária S.A. informou que o citado processo se encontrava no Ministério dos Transportes, não havendo transitado pelos seus escritórios. À fl. 59 informou a Rede Ferroviária Federal que recebera o expediente pedindo o encaminhamento do Processo nº MT 53.570/73, nº 5.297, mas que o seu nº era 53.576/73, devendo ser requisitado ao Diretor de Administração do Ministério dos Transportes, em Brasília. Expediu-se ofício a este Diretor, mas requisitando o Processo Administrativo MT nº 53.570/73, nº 5.297, e não o de nº 53.576/73 (fls. 61/63). À fl. 68, consta telex do Ministério dos Transportes informando que o processo solicitado referia-se a assunto diverso do referido no ofício de requisição. À fl. 71, os expropriados reiteraram a requisição do Processo Administrativo nº 53.576/73/MT, nº 5.297. Deferido o requerimento (fl. 96), expediu-se ofício ao Diretor da Administração do Ministério dos Transportes, em Brasília (fl. 97), que informou que o citado processo não se referia ao assunto aludido no expediente; esclareceu, ainda, que o processo relativo à presente desapropriação foi protocolizado no Ministério sob o nº 5.520/67 e encaminhado, em 2-10-73, à RFFSA. Às fls. 105/109 peticionaram os expropriados, mostrando as incongruências das informações prestadas pelo Ministério dos Transportes e pela expropriante, pedindo que esta, afinal, exibisse o processo administrativo que ensejou o decreto expropriatório, seja qual fosse o seu número. À fl. 115 manifestou-se a expropriante pela desnecessidade da

exibição do processo reclamado. À fl. 118 os expropriados justificaram a exibição do processo administrativo, que mais uma vez requereram. O MM. Juiz a quo mandou que, em atendimento ao requerido, fosse intimada a expropriante, na pessoa do seu representante legal, para exibir o processo no prazo de cinco dias, sob pena de extinção do processo (fl. 121). A intimação se fez em 15-1-80 (fl. 122 v.). À fl. 124 peticionou a expropriante pedindo a reconsideração do despacho. À fl. 126 veio para os autos a sentença, ora impugnada, datada de 13 de março de 1980.

Nesse contexto, é de ver-se que a sentença cumpriu, em seus exatos termos, o preceito do Código de Processo Civil que invocou (artigo 267, III, e §§ 2º e 3º).

Assinalo que o fato de ter sido interposto agravo da decisão que repleliu a exceção de incompetência não tinha o condão de impedir o andamento do processo, porque aquele recurso é recebido só no efeito devolutivo. O despacho de folhas 46 que, ao decidir sobre o requerido pela expropriante à fl. 45, objetivando cobertura policial ao seu perito para realizar os trabalhos de avaliação das benfeitorias existentes no imóvel expropriado, argumentou com a sustentação da ação, ao fundamento de ter sido interposto recurso nos autos da exceção de incompetência, não é correto. Todavia, como a parte dele não recorreu, é porque com ele se conformou. Acresce que, em hipótese alguma, teve o condão de impedir as várias diligências, visando a exibição do processo administrativo ensejador desta expropriação, o que, aliás, deu oportunidade à própria expropriante de, sem qualquer objeção quanto a ter ocorrido ou não, a suspensão do processo, manifestar-se nos autos.

Acrescento, no ensejo, que não é oportuna a alegação no sentido de que a exibição do procedimento ad-

ministrativo seria despicienda. Com efeito, contra tal diligência deveria a expropriante ter se insurgido não agora, mas impugnando a decisão que a determinou; como assim não procedeu, a questão ficou preclusa.

Isto posto, nego provimento à apelação.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Velloso: Senhor Presidente, ao que apreendi, numa ação de desapropriação promovida pela Rede Ferroviária Federal, foi requerida a exibição do processo administrativo em que ocorreu o ato de declaração de utilidade pública. E, não tendo a expropriante feito a apresentação do referido procedimento, foi a ação de desapropriação declarada extinta, sem julgamento do mérito, com base no artigo 267, III, do Código de Processo Civil.

O eminente Sr. Ministro-Relator nega provimento à apelação da Rede Ferroviária Federal, por entender acertada a sentença que julgou extinto o feito. Sob o ponto de vista puramente formal, encontra alguma base, é certo: a expropriante, não tendo apresentado o procedimento administrativo, como lhe foi determinado, deu causa à extinção do feito.

Encarada a questão, todavia, no sistema da Lei de Desapropriação, penso que a sentença não pode ser mantida. É que na verdade, segundo a lei específica das desapropriações, Decreto-Lei nº 3.365/41, artigos 9º e 20, não cabe, na ação de desapropriação, discussão a respeito do mérito do ato expropriatório. Expressamente, dispõe o Decreto-Lei nº 3.365, de 1941, que, na ação de desapropriação, discute-se a respeito de vício do processo judicial e, mais precisamente, a respeito do preço da indenização. Qualquer outra questão será

discutida em ação direta (Decreto-Lei nº 3.365/41, artigos 9º e 20).

Já tive oportunidade de examinar o tema. Se a lei proibisse a discussão, em ação direta, do mérito do ato desapropriatório, seria ela inconstitucional. Impedir essa discussão, todavia, no processo expropriatório, não me parece afrontoso à Constituição. Então, Sr. Presidente, o que verifico é que a providência determinada pelo Dr. Juiz haveria de resultar inócua, no processo expropriatório, vez que, neste, a discussão deveria situar-se simplesmente em torno da indenização. Neste sentido, então, a sentença põe-se contrária ao sistema da Lei de Desapropriação, Decreto-Lei nº 3.365, de 1941.

Destarte, conjugada a norma processual, artigo 267, III, CPC, com as disposições inscritas no Decreto-Lei nº 3.365/41, a sentença não pode ser mantida.

Com estas breves considerações, e com a vênia devida ao Sr. Ministro-Relator, dou provimento à apelação, para que prossiga a ação expropriatória.

VOTO

O Sr. Ministro Armando Rollemberg: Estava inclinado a acompanhar o voto do Sr. Ministro-Relator.

Os argumentos aduzidos pelo Sr. Ministro Carlos Velloso, contudo, convenceram-me, e, assim, acompanho S. Exa.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 67.204 — RJ — Registro nº 2.116.499 — Rel. p/o Acórdão: Sr. Ministro Armando Rollemberg. Rel. Orig.: Sr. Ministro Pádua Ribeiro. Apte.: Rede Ferroviária Federal S.A. Adpos.: Nelson Majdelany e cônjuge. Advs.: Drs. José Teixeira Pais e outros, Carlos Alberto Diegas Du-

tra, Armindo Assis de Menezes Neto, outro e Wilmar Garcia Barbosa.

Decisão: A Turma, por maioria, vencido o Sr. Ministro-Relator, deu provimento à apelação para reformar a sentença e determinar o prosseguimento do processamento da ação. Sustentação oral: Drs. Wilmar Garcia Barbosa, pelo apelante e Ar-

mino Assis Menezes Neto, pelo apelado. Lavrará o Acórdão o Sr. Ministro Armando Rollemberg. (Em 14-9-83 — 4ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Armando Rollemberg e Carlos Velloso. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Armando Rollemberg.

EMBARGOS NA APELAÇÃO CÍVEL Nº 67.204 — RJ
(Registro nº 2.116.499)

Relator: O Sr. Ministro Torreão Braz

Embargantes: Nelson Majdelany e cônjuge

Embargada: Rede Ferroviária Federal S.A.

Advogados: Drs. Armindo Assis de Menezes Neto e outro, Wilmar Garcia Barbosa e outro e José Leopoldo de Bulhões.

EMENTA

Ação expropriatória. Abandono da causa por mais de trinta dias.

— Na desapropriação, a extinção do processo fundada no artigo 267, III, do CPC só tem cabimento quando o expropriante não cumpre a tempo diligência a seu cargo, relacionada com o objeto da lide e indispensável à marcha processual.

— Embargos rejeitados.

ACÓRDÃO

RELATÓRIO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas.

Decide a Segunda Seção do Tribunal Federal de Recursos, por maioria, rejeitar os embargos, vencidos os Srs. Ministros Pádua Ribeiro, Miguel Ferrante, Pedro Acioli e Geraldo Sobral, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 7 de agosto de 1984 (Data do julgamento). — Ministro **Otto Rocha**, Presidente. — Ministro **Torreão Braz**, Relator.

O Sr. Ministro Torreão Braz: O Dr. Juiz Federal da 7ª Vara do Rio de Janeiro, com fundamento no art. 267, III, do Código de Processo Civil, julgou extinto o processo, porque a expropriante, embora intimada, não exibiu o procedimento administrativo (fls. 127/130).

O v. Acórdão de fl. 175, da Eg. 4ª Turma, por maioria, deu provimento à apelação da Rede Ferroviária Federal S.A., nos termos do voto do eminente Ministro Carlos Velloso, do teor seguinte (fls. 171/172): (Lê).

Ao Acórdão opuseram os expropriados embargos infringentes, obje-

tivando a prevalência do voto vencido do eminente Ministro Pádua Ribeiro, Relator, assim concebido (fls. 168/170): (Lê).

Os embargos foram admitidos e impugnados (fls. 200 e 203/213).

Sem revisão (RI, art. 33, IX).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Torreão Braz (Relator): Os expropriados requereram a requisição do procedimento administrativo, sob a alegação de que necessitavam extrair certidão de peças que dele constavam.

O pedido era impertinente e não devia ter sido admitido, pelo Dr. Juiz. Podiam eles obter a certidão diretamente da repartição administrativa, *ex vi* do disposto no art. 153, § 35, da Constituição da República.

Na desapropriação, se a diligência competir ao expropriante e for indispensável ao andamento da causa, é evidente que a sua inação injustificada por mais de trinta dias oferece flanco à extinção do processo, nos termos do art. 267, III, do CPC. Isto poderá ocorrer, *v.g.*, quando ele, intimado, não exhibe o ato declaratório de utilidade pública ou não faz o depósito prévio da remuneração do perito, arbitrada pelo Juiz.

No caso concreto, a providência exigida, além de estranha ao objeto da lide, não se fazia necessária à marcha processual. Tal circunstância, a meu ver, basta para afastar a incidência da regra jurídica em que se fundou a sentença de primeiro grau.

Como bem anotou em seu voto o eminente Ministro Carlos Velloso, a medida determinada pelo Juiz, uma vez cumprida, resultaria inócua, por isso que, no processo expropriatório, a discussão há de cingir-se unicamente ao valor da indenização, a

teor do art. 20 do Decreto-Lei nº 3.365/41.

A vista do exposto, rejeito os embargos.

VOTO

O Sr. Ministro Bueno de Souza: Senhor Presidente, também rejeito os embargos, com a devida vênia do douto voto discrepante.

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Pádua Ribeiro: Sr. Presidente, embora bem fundamentados os votos aqui proferidos, tive o ensejo de examinar os autos sob outro aspecto: impressionou-se mal a negligência no cumprimento de ordem judicial que não foi objeto de qualquer impugnação. Certa ou errada, essa decisão deveria ter sido impugnada no momento próprio. A parte deveria agravar quanto a decisão que determinou a diligência, mas silenciou.

Vários ofícios foram expedidos. Vários expedientes foram endereçados à autora. Nenhuma providência foi tomada. Depois de esgotar todos os meios a seu alcance é que o Juiz, a fim de que fosse respeitada a ordem judicial, a Justiça, entendeu por bem de julgar extinto o processo. Portanto, o aspecto maior da decisão que tomei foi visando prestigiar a ordem judicial, prestigiar o Juiz de 1ª Instância, que foi realmente desatendido, sem que houvesse qualquer impugnação às suas ordens. Essa é a razão de ser do voto que proferi na Turma, sem me preocupar com o deslinde da demanda, mesmo porque a expropriatória poderá ser renovada, mas que o seja e que tramite respeitando sempre as ordens judiciais.

Era a explicação que queria dar para efeito de, com a devida vênia, receber os embargos.

VOTO VENCIDO

O Senhor Ministro Miguel Ferrante: Senhor Presidente, em face das explicações que vêm de ser dadas pelo eminente Ministro Pádua Ribeiro, prolator, na Turma, do voto vencido, peço vênia para reconsiderar-me e acompanhar Sua Excelência.

Recebo os embargos.

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Pedro Acioli: Sr. Presidente, também peço vênia ao eminente Ministro-Relator para modificar o meu entendimento.

Como Juiz Federal, sempre encontrei situações idênticas. Evidentemente que, para prevalecer o respeito à autoridade judiciária, justificam-se os esclarecimentos pedidos ao magistrado, e levando em consideração os argumentos trazidos e justificados pelo eminente Ministro Pádua Ribeiro, a cujo voto empresto a minha adesão, retifico o meu anterior entendimento, **data venia**.

Acompanho o eminente Ministro Pádua Ribeiro.

EXTRATO DA MINUTA

EAC nº 67.204 — RJ — Registro nº 2.116.499 — Rel.: O Sr. Ministro Torreão Braz. Embgtes.: Nelson Majdelany e Cônjuge. Embgda.: Rede Ferroviária Federal S.A. Advs.: Drs. Armindo Assis de Menezes Neto, Wilmar Garcia Barbosa, José Leopoldo de Bulhões e Outros.

Decisão: A Seção, por maioria, rejeitou os embargos, vencidos os Srs. Ministros Pádua Ribeiro, Miguel Ferrante, Pedro Acioli e Geraldo Sobral. Sustentaram, oralmente, pelos embargantes, o Dr. Armindo Assis de Menezes Neto e, pela União Federal, o Dr. José Arnaldo Gonçalves de Oliveira. (Em 7-8-84 — Segunda Seção).

Os Srs. Ministros Carlos Velloso, Bueno de Souza, Américo Luz e Armando Rollemberg votaram com o Relator. Ausentes, Por motivo justificado, os Srs. Ministros Moacir Cautunda e Sebastião Reis. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Otto Rocha.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 69.266 — SP
(Registro nº 806.242)

Relator: O Sr. Ministro Lauro Leitão
 Apelante: União Federal
 Apelado: Assef Kfourri
 Advogado: Dr. Luiz Alberto Ismael (Apdo.)

EMENTA

Ministério da Educação e Cultura. Aluguel em atraso. Despejo. Valor da causa.

Na petição inicial, datada de 12-3-74, o valor dado à causa foi de Cr\$ 23.730,00. Julgada prejudicada a ação, os autos subiram em razão de apelação da União Federal.

Todavia, nos termos do artigo 4º da Lei nº 6.825, de 22-9-80, a r. sentença é insusceptível de apelação e pelo que dela não se conhece.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas:

Decide a 1ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, à unanimidade, não conhecer da apelação e determinar a remessa dos autos ao Juízo de origem, para que o recurso seja processado como de embargos infringentes, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 29 de abril de 1983 (Data do julgamento) — Ministro **Lauro Leitão**, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Lauro Leitão: Assef Kfouri, qualificado na inicial, propôs ação, perante o MM. Dr. Juiz Federal da 9ª Vara, Seção Judiciária de São Paulo, contra o Ministério da Educação e Cultura, objetivando o pagamento dos aluguéis em atraso, ou então, a decretação do despejo do requerido.

Na inicial, datada de 12-3-74, o valor dado à causa foi de Cr\$ 23.730,00.

O MM. Dr. Juiz, em 28-8-80, decidindo a espécie, julgou prejudicada a ação, e, em consequência condenou o autor nas custas e honorários advocatícios arbitrados em 10% sobre o valor dado à causa.

A União Federal, parcialmente inconformada com a r. sentença, no tocante à fixação da verba honorária, dela apelou para este Egrégio Tribunal.

O autor não ofereceu contra-razões.

Nesta Instância a douta Subprocuradoria-Geral da República, oficiando no feito, opina pelo provimento da apelação.

Sem revisão, de acordo com o artigo 33, IX, do RI desta colenda Corte.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Lauro Leitão: Senhor Presidente: Como consta destes autos, na petição inicial, datada de 12-3-74, foi atribuído à causa o valor de Cr\$ 23.730,00.

E a respectiva sentença foi prolatada em 28 de agosto de 1980.

A Lei nº 6.825, de 22 de setembro de 1980, em seus artigos 1º e 4º, preceitua:

«Art. 1º O artigo 475, incisos II e III, do Código de Processo Civil, não se aplica à sentença contra a União nas causas de valor igual ou inferior a 100 (cem) Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional».

«Art. 4º Das sentenças proferidas pelos Juízos Federais em causas de valor igual ou inferior a 50 (cinquenta) Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional, em que sejam interessadas na condição de autoras, rês, assistentes ou oponentes a União, autarquias e empresas públicas federais, só se admitirão embargos infringentes do julgado e embargos de declaração.

§ 1º Os embargos infringentes do julgado, instruídos, ou não, com documentos novos, serão deduzidos, perante o mesmo Juízo, em petição fundamentada, no prazo de 10 (dez) dias, contados na forma do artigo 605 do Código de Processo Civil.

§ 2º Ouvido o embargado, no prazo de 5 (cinco) dias, serão os autos conclusos ao Juiz, que, dentro de 10 (dez) dias, os rejeitará ou reformará a sentença.

§ 3º Os embargos declaratórios serão opostos em petição, sem audiência da parte contrária, na for-

ma dos artigos 464 e 465 do Código de Processo Civil.»

A expressão «Juízos Federais», constante do citado artigo 4º, em vez de «Juizes Federais», está a demonstrar que a norma se estende aos magistrados estaduais que exercem jurisdição federal.

Como se sabe, as leis processuais têm aplicação imediata.

Não quer isto significar, entretanto, que elas tenham aplicação retroativa em relação às sentenças proferidas antes da vigência da lei nova.

Assim, os recursos das decisões de 1º grau devem ser processados, nos termos da lei vigente à data em que tiverem sido proferidas.

Cumpra que se faça a distinção entre efeito retroativo e o efeito imediato da lei.

Assim, o efeito retroativo é a aplicação no passado, enquanto que o efeito imediato é a aplicação no presente.

O Código Civil, em seu artigo 6º, proíbe o efeito retroativo.

O legislador só poderá dar à lei efeito retrooperante, fazendo-o expressamente.

O princípio da irretroatividade tem, em verdade, o sentido da proteção individual.

Assim, «a não retroatividade das leis é a regra dominante em direito, porque elas se destinam a regular os casos futuros; o efeito retroativo expresso é uma exceção», consoante a lição de Planiol, Ripert e Paul Esmein.

Não se deve, destarte, admitir a retroatividade da lei, a não ser que resulte de cláusula expressa.

A Constituição Federal, em seu artigo 153, § 3º, assegura o respeito ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada.

Não apresentando, embora, um conceito de direito adquirido, a Lei Maior quer significar, com tais expressões, que a lei dispõe para o futuro e que não prejudicará o direito adquirido.

A jurisprudência desta 1ª Turma vinha se orientando no sentido de que o valor dado à causa, na inicial, e cujas decisões tivessem sido proferidas antes do advento da Lei nº 6.825/80, para o efeito de alçada, deveriam ter aquele valor convertido em ORTNs à data das mesmas decisões.

Todavia, o Egrégio Plenário do TFR, ao apreciar incidente de uniformização de jurisprudência, entendeu, por maioria, que, para efeito de fixação de alçada, as causas ajuizadas, mesmo antes do advento da Lei nº 6.825/80, deveriam ter seu valor convertido em ORTNs, à data de sua entrada em vigor. É certo, porém, que não foi uniformizada a jurisprudência, com a edição da respectiva súmula, por não haver sido atingido o **quorum** necessário. Mas ficou traçada a orientação da maioria de nossa Egrégia Corte.

De outra parte, a Primeira Seção deste Egrégio Tribunal, em sessão realizada no dia 17 do mês de novembro de 1982, apreciando os embargos infringentes na AC nº 35.450

Sergipe, decidiu, por maioria, rejeitar os aludidos embargos, nos termos do voto-vista do eminente Sr. Ministro José Cândido, que então frisou:

«O fulcro da controvérsia reside, como se vê do voto vencido, na impossibilidade jurídica de aplicação da Lei nº 6.825, de 22-9-80, às ações julgadas antes de sua vigência.

É o caso dos autos, no qual a sentença recorrida foi prolatada em 28-2-73, e remetida ao Tribunal, tão-só em virtude do artigo 475, inc. II, do CPC, por sinal, inaplicável à hipótese dos autos, porque o

vencido foi o INPS, que não chegou a recorrer da decisão de primeiro grau.

A matéria cinge-se, portanto, ao princípio do duplo grau de jurisdição, aqui imposto, obrigatoriamente, pela lei processual.

O ilustre Ministro Aldir Passarinho, em sua defesa, recorre à lição de Galeno Lacerda, sobre o chamado direito processual adquirido, quando afirma, *verbis*:

«Vimos que o direito subjetivo ao recurso nasce do dia em que a sentença é proferida. Se nesta data, por exemplo, o Acórdão era «possível de revista», porque divergente do de outra Câmara do mesmo Tribunal, o recurso poderá ser interposto, pouco importa surja a publicação do Acórdão depois de revogado a revista».

A Constituição Federal, em seu artigo 8º, define a competência da União para legislar sobre: «b) direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho».

A Lei nº 6.825, de 22-9-80, dispôs, especificamente, sobre matéria processual civil, revogando as normas que lhe forem contrárias, sem qualquer ressalva ao suposto direito adquirido pelas partes em litígio. Examinada à luz dos métodos de interpretação, observa-se que o propósito do legislador foi possibilitar maior celeridade do julgamento dos processos que empilhavam o Tribunal Federal de Recursos e as seções judiciárias da Justiça Federal. É o que diz, expressamente, a epígrafe da lei em exame. Ela não ressalvou os processos cujas sentenças já haviam sido prolatadas antes de sua vigência, e se o fizesse teria delimitado o seu raio de incidência, tornando-se inexpressiva e incapaz de atender o atropelo dos julgamentos na

área da Justiça Federal de Primeira Instância e no TFR, objetivo por ela visado.

Diga-se de outra parte, que, a rigor, a lei nova não retirou das partes a sua capacidade de recorrer, mas estabeleceu um recurso novo, o de embargos infringentes do julgado, perante o Juiz da causa, tomando por base o inexpressivo valor que lhe foi atribuído».

A propósito da tese questionada, o Egrégio STF decidiu:

«EMENTA: Processual. Duplo grau de jurisdição obrigatório. Lei nº 6.825/80. Aplicação imediata. Resolução nº 25/80 do TFR.

Firmou-se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, tal como já ocorria no Tribunal Federal de Recursos, que as sentenças proferidas contra a União Federal em causas cujo valor não ultrapasse os limites previstos na Lei nº 6.825/80, não se encontram obrigatoriamente sujeitas ao duplo grau de jurisdição, pois os preceitos de tal diploma legal devem ter aplicação imediata, nos termos fixados na Resolução nº 25 do Tribunal Federal de Recursos, ainda que a sentença tenha sido proferida anteriormente àquela lei. Não se tem considerado que em tais casos haja direito adquirido processual em favor da União. Ressalva do ponto de vista do Relator que entende inaplicável a lei em relação às sentenças anteriores à sua vigência». (RE nº 96.591-2 MG — 2ª Turma do STF — DJ 22-10-82).

É oportuno lembrar que, à data da vigência da Lei nº 6.825/80, 100 ORTNs representavam Cr\$ 64.423,00 e 50 ORTNs, Cr\$ 32.211,50.

De notar, ainda, que a Súmula nº 34, do Egrégio TFR, a propósito do duplo grau de jurisdição, uniformizando a jurisprudência, enuncia:

«O duplo grau de jurisdição (CPC, artigo 475, II) é aplicável quando se tratar de sentença proferida contra a União, o Estado e o Município, só incidindo, em relação às autarquias, quando estas forem sucumbentes na execução da dívida ativa (CPC, artigo 475, III)».

Com a ressalva do meu ponto de vista pessoal, no sentido de que os recursos devem ser processados de acordo com a lei processual vigente à data da sentença de 1º grau, voto em sintonia com a orientação da maioria do Egrégio TFR.

Em face do exposto, não conheço da apelação e determino, em consequência, a baixa dos autos ao Juízo de origem, para que ali o recurso seja processado como de embargos infringentes.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 69.266-SP — Registro nº 806.242 — Relator: Sr. Ministro Lauro Leitão. Apelante: União Federal. Apelado: Assef Kfoury. Advogado: Dr. Luiz Alberto Ismael (Apdo.).

Decisão: A Turma, à unanimidade, não conheceu da apelação e determinou a remessa dos autos ao Juízo de origem, para que o recurso seja processado como de embargos infringentes (Em 29-4-83 — 1ª Turma).

Os Srs. Ministros Otto Rocha e Costa Lima votaram com o Relator.

Compareceu o Sr. Ministro Costa Lima para compor **quorum** regimental.

Não compareceu, por motivo justificado, o Sr. Ministro Leitão Krieger. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Lauro Leitão.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA APELAÇÃO CÍVEL Nº 69.266 — SP (Registro nº 806.242)

Relator: O Sr. Ministro Costa Lima

Embargante: União Federal

Embargado: V. Acórdão de fl. 91

Advogados: Drs. João Henrique Serra Azul e Luiz Alberto Ismael

EMENTA

Processual Civil. Embargos visando ao prequestionamento exigido pela Súmula nº 356.

Embora não explícita no atual CPC a compreensão, no julgado, das questões que constituam pressuposto necessário da conclusão, deve-se entender que ele não a repele visto que não afasta o tradicional princípio *jura novit curia*. Por isto, se as questões não ventiladas expressamente no Acórdão são do tipo, cabe acolher os embargos exigidos pela Súmula nº 356.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas:

Decide a 1ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, à unanimidade, acolher os embargos de declaração, na forma do relatório e notas taqui-

gráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 30 de agosto de 1983 (Data do julgamento) — **Ministro Washington Bolívar**, Presidente — **Ministro Costa Lima**, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. **Ministro Costa Lima**: Alegando necessidade de prequestionamento exigido pela Súmula nº 356 do Pretório Excelso, a União Federal opõe, tempestivamente, embargos declaratórios ao v. Acórdão de fls. 91, pelo qual esta Egrégia 1ª Turma, com a minha convocação para compor o **quorum**, não conheceu de apelo da embargante. A ementa do julgado reza:

«Ministério da Educação e Cultura. Aluguel em atraso. Despejo. Valor da causa.

Na petição inicial, datada de 12-3-74, o valor dado à causa foi de Cr\$ 23.730,00. Julgada prejudicada a ação, os autos subiram em razão de apelação da União Federal.

Todavia, nos termos do artigo 4º da Lei nº 6.825, de 22-9-80, a r. sentença é insusceptível de apelação e pelo que dela não se conhece».

2. Alega a embargante a existência de omissão quanto ao seu direito de ver conhecido recurso interposto antes da vigência da citada lei, como lhe seria garantido pela Constituição e pelo artigo 93 do CPC, este a dizer que a competência dos tribunais se rege pelas normas da Constituição e das leis de organização judiciária, enquanto a competência funcional dos Juizes de 1º grau seria regulada no próprio Código. Acrescenta que a aplicação imediata ou retroativa da Lei nº 6.825/80, que retirou deste Tribunal a competência para julgar decisões definitivas dos Juizes Federais em causas do valor por ela indi-

cado, é inconstitucional. Como no julgamento embargado essas questões não foram explicitadas e a embargante deseja discuti-las em recurso extraordinário, pede o recebimento dos embargos de modo a afastar o óbice da aludida Súmula nº 356.

3. Foi Relator do feito o eminente Ministro Lauro Leitão, cujo voto foi acompanhado pelo eminente Ministro Otto Rocha e por mim, como convocado. Dado o afastamento de ambos para o exercício de altas funções, vieram-me os autos para relatar os presentes embargos.

É o relatório.

VOTO

O Sr. **Ministro Costa Lima** (Relator): A dúvida ou omissão está assim resumida pela embargante:

«A dúvida, portanto, consiste em saber se a aplicação da lei, com efeitos pretéritos, ofende ou não o direito adquirido e o ato jurídico perfeito da União de recorrer ao Tribunal que constitucionalmente é o competente para julgar as decisões dos Juizes Federais, com que passaria a ser inconstitucional (artigo 153, § 3º da Constituição Federal). Isto posto, espera a União Federal que a Egrégia Colenda Turma examine as questões aqui levantadas, de suma importância, que diz respeito à vigência de artigos capitais da Constituição do Brasil, esclarecendo as dúvidas e omissões retromostradas, como já tem ocorrido em casos anteriores» (fls. 94/95).

2. O Código Processual de 1939 dizia expressamente que, embora omissa a decisão, nela se haviam de compreender como decididas as questões que constituíssem pressuposto necessário da conclusão. O atual não o repetiu. Todavia, trata-se de preceito inerente ao próprio direito judiciário, como sistema lógico-

jurídico que este deve ser. Portanto, tal preceito há de se entender como implícito no novo Código, que não nega abrigo ao tradicional princípio *jura novit curia*.

3. Ora, as questões postas nos embargos constituem, sem dúvida, pressupostos necessários do Acórdão embargado, pois não se podendo qualificar a Lei nº 6.825/80 como de organização judiciária, só se podia receber a supressão por ela trazida à competência recursal deste Tribunal como derogadora do citado artigo 93 do CPC. De igual modo, sua aplicação imediata a recursos voluntários manifestados contra decisões que se fizeram recorríveis antes de sua vigência, por extensão da Resolução nº 25/80 deste Tribunal, somente poderia resultar da prévia aceitação de sua constitucionalidade, aliás, já diversas vezes proclamada.

4. Assim sendo, e considerando que a falta de arguição dessas questões pela embargante em seu apelo não pode servir de obstáculo ao conhecimento de sua inconformidade, visto que então lhe fora impossível

prever a sobrevinda da lei ou da aplicação que lhe deu o Tribunal, conhecimento dos embargos e os acolho, para, nos termos das Súmulas nºs 282 e 356, declarar compreendidas e repe-lidas no Acórdão embargado as objeções ora apresentadas pela embargante.

É o voto.

EXTRATO DA MINUTA

EAC nº 69.266 — SP — Registro nº 806.242 — Rel.: O Sr. Ministro Costa Lima. Embgte.: União Federal. Embgdo.: V. Acórdão de fl. 91. Advs.: João Henrique Serra Azul e Luiz Alberto Ismael.

Decisão: Por unanimidade, a Turma acolheu os embargos de declaração (Em 30-8-83 — 1ª Turma).

Votaram os Srs. Ministros Leitão Krieger e Washington Bolívar, que presidiu o julgamento, tendo em vista o afastamento da Turma dos Srs. Ministros Lauro Leitão e Otto Rocha, de conformidade com o Regimento Interno.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 72.627 — RS (Registro nº 3.305.368)

Relator: O Sr. Ministro Pedro Acioli

Apelante: Arlindo Willy Rechenmacher

Apelado: Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social — IAPAS

Advogado: José Fernando Schann e outro (Apte.) e Dr. Carlos de Jesus Rabello (Apdo.)

EMENTA

Processual Civil. Execução fiscal. Competência. Habilitação em falência.

1. Comarca com mais de uma vara. Mera irregularidade no julgamento de feitos que, no muito, se situaria no plano de incompetência relativa, não alegada a tempo, resolvendo-se pela prevenção.

2. O crédito decorrente de contribuições devidas à previdência social goza dos mesmos privilégio

e garantia conferidos ao da União, não estando sujeitos a concurso de credores ou habilitação em falência. Por isso, tendo o Instituto habilitado o seu crédito no processo de quebra não se exige o cumprimento do artigo 133 da lei falimentar, tanto mais quando o crédito previdenciário está protegido pela presunção de liquidez e certeza de que goza a respectiva certidão de dívida inscrita.

3. Apelação improvida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que são partes as acima indicadas:

Decide a 5ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, negar provimento ao recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 8 de fevereiro de 1982 (Data do julgamento) — Ministro **Justino Ribeiro**, Presidente — Ministro **Pedro Acioli**, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro **Pedro Acioli**: Apelação de **Arlindo Willy Rechenmacher** de sentença que julgou improcedentes embargos que ele opôs contra execução fiscal ajuizada pelo IAPAS.

O apelante, firma individual, teve os seus bens arrecadados perante a Primeira Vara da Comarca de Araquara — SP, em decorrência de processo de falência, tendo o IAPAS se habilitado para recebimento do seu crédito representado por contribuições previdenciárias sob cobrança perante a Segunda Vara. Em virtude da habilitação, os processos e execução fiscal em tramitação foram remetidos para a Primeira Vara e lá apensos ao processo de falência.

Findo o processo de quebra, o IAPAS, que recebera parte mínima

do seu crédito, requereu o prosseguimento da execução fiscal, no mesmo Juízo de Falência, para cobrança do débito remanescente.

O executado embargou, sem sucesso. Por isso apela, alegando, preliminarmente, incompetência do Juízo da Primeira Vara. No entender do apelante, findo o processo de falência os autos da execução fiscal deveriam retornar à Segunda Vara; não acontecendo, o processo é nulo porque teria havido invasão de competência jurisdicional. O Dr. Juiz, porém, entendeu que se tratava de mera irregularidade administrativa, não argüida a tempo, não se podendo falar de incompetência absoluta a impor a nulidade processual.

No mérito, insiste o apelante na nulidade da execução à mingua de título hábil, sob a invocação do artigo 133 da lei falimentar, em que conste a quantia por que foi o IAPAS habilitado e por que causa, quanto recebeu da massa e quanto o falido ficou a dever-lhe. Tal argumento foi afastado pela sentença, na conta de que a execução está coberta com certidões de dívida inscrita e, ademais, o Instituto, ora recorrido, não estava, como não está, obrigado a habilitar-se no processo de quebra.

Oferecidas as contra-razões e colhido parecer do Promotor de Justiça local, subiram os autos, após o devido preparo.

Feito que dispensa o ofício da dou- ta SGR. Sem revisão.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Pedro Acioli (Relator): A sentença de primeiro grau deu à controvérsia o desate devido, nos termos que destaco:

«Perfeitamente aplicável à espécie o dispositivo do julgamento conforme o estado do processo, uma vez que independe de qualquer nova produção de provas.

O embargante, falido, como comerciante individual, teve seus bens arrecadados, restando no entanto um imóvel urbano, que na época se encontrava gravado com hipoteca.

A preliminar argüida pelo embargante quanto ao instrumento procuratório foi sanada, resultando prejudicada.

Os títulos que instruíram a inicial são válidos e perfeitos para a execução, pois que são certidões da dívida ativa, devidamente lançada.

O fato de ter a embargada habilitado seus créditos junto à falência, em nada prejudica seu direito de prosseguir na execução pelo saldo restante.

A embargada confessa o recebimento parcial de parte mínima de seu crédito, que será oportunamente abatido por ocasião da feitura da conta final.

Conforme os dispositivos invocados pela embargada, a mesma não fica sujeita ao Juízo da falência e tramitação desta para cobrança de seus créditos.

O comerciante individual responde com a totalidade de seu patrimônio para com os compromissos assumidos, inclusive com o imóvel penhorado.

Improcede a argumentação do embargado no tocante à intempetividade dos embargos, porque estes foram apresentados por oca-

sião da penhora resultante de um processo de execução.

Sem amparo legal o requerido pelo embargante no tocante à anulação do processado, porque em primeiro lugar a matéria deveria ter sido levantada com os embargos, e em segundo porque tratar-se-ia de mera irregularidade administrativa, não impugnada, que determinou o apensamento de todos os processos, bem como prosseguimento junto ao Juízo da Falência.

Por estar devidamente formalizada a constituição da dívida fiscal e o processo regularmente instruído, os embargos não podem prosperar.

Isto posto, julgo improcedentes os embargos apresentados por Arlindo Willy Rechenmacher, contra execução que lhe move o Instituto Nacional de Previdência Social, sucedido hoje pelo IAPAS. Custas pelo embargante. Honorários serão fixados no processo de execução». (fls. 34/35).

Como se vê, incensurável a r. decisão recorrida. O apelo do executado não tem o condão de abalar as sólidas razões sobre que se fundou a sentença.

Mais não fosse, o recurso estaria fulminado pelos lúcidos argumentos da douta Promotora Pública local, que releva:

«Os argumentos alegados pelo embargante, ora apelante, são totalmente despiciendos, sendo que a alegada nulidade do feito deveria, como bem acentua a sentença apelada, ter sido levantada com os embargos.

Os atos processuais apresentam-se regulares, sendo que não houve impugnação da certidão de inscrição da dívida.

A embargada, conforme Lei nº 6.439, de 1 de setembro de 1977, goza das regalias e privilégios da

União Federal, sendo que a mesma não fica sujeita ao Juízo da Falência, não estando sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência. O processo foi regularmente instruído e a constituição da dívida fiscal devidamente formalizada» (fls. 43/44).

Nego provimento ao recurso.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 72.627 — RS — Registro nº 3.305.368 — Relator: O Sr. Ministro Pedro Acioli. Apelante: Arlindo Willy

Rechenmacher. Apelado: Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social — IAPAS. Advogados: Dr. José Fernando Shann e outro (apte.) e Dr. Carlos de Jesus Rabello (apdo.).

Decisão: Por unanimidade, negou-se provimento ao recurso. (5ª Turma — Em 8-2-82).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Justino Ribeiro e Sebastião Reis. Justificadamente, ausente o Sr. Ministro Moacir Catunda. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Justino Ribeiro.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 74.888 — AL

(Registro nº 3.088.197)

Relator: O Sr. Ministro Geraldo Sobral

Apelante: S.A. Leão Irmãos — Açúcar e Alcool

Apelada: União Federal

Advogados: Drs. Gerson Lopes de Oliveira e outros (Apte.) e José Tau-maturgo da Rocha (Apda.)

EMENTA

Processual Civil. Liquidação de sentença. Concordância das partes. Homologação. Recurso incabível.

I — Elaborados os cálculos de liquidação, havendo manifestação expressa das partes de acordo com os mesmos, não cabe qualquer recurso da sentença que os homologa, face ao óbice processual da preclusão lógica.

II — In casu, não se tomou conhecimento da apelação.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas:

Decide a 5ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, não tomar conhecimento da apelação, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 15 de agosto de 1984 (Data do julgamento) — Ministro **Moacir Catunda**, Presidente — Ministro **Geraldo Sobral**, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro **Geraldo Sobral**: Cuida-se de apelação interposta por S.A. Leão Irmãos — Açúcar e Al-

cool, inconformada com a decisão da lavra do Dr. João Batista de Oliveira Rocha, quando Juiz Federal na Seção Judiciária de Alagoas, que homologou, nos autos da execução de sentença promovida contra a União Federal, a conta de liquidação de fl. 348, para que produzisse seus jurídicos e legais efeitos.

A recorrente alega, em suas razões de fls. 349/352, que os aludidos cálculos, em virtude de um lapso, excluíram da condenação a verba honorária, contrariando a respeitável sentença exequiênda.

Apresentada a resposta de fl. 361, subiram os autos a esta colenda Corte, manifestando-se a douta Subprocuradoria-Geral da República pelo desprovimento do recurso (fls. 365/366).

É o relatório, dispensada a revisão, nos termos regimentais (artigo 33, IX).

VOTO

O Sr. Ministro Geraldo Sobral (Relator): A apelação não deve ser conhecida, tendo em vista o óbice da preclusão lógica, insculpida na regra do artigo 503 do CPC, que, assim, dispõe:

«Art. 503. A parte que aceitar expressa ou tacitamente, a sentença ou a decisão, não poderá recorrer.»

No caso *sub judice*, após a elaboração dos cálculos de liquidação de sentença de fl. 342, o ilustre Juiz a quo abriu vista às partes, pelo prazo comum de cinco (5) dias (fl. 343), tendo as mesmas se manifestado, expressamente, nos autos, de acordo com os referidos cálculos (fls. 343v/344).

Homologada, por sentença, a conta de liquidação, sobre que aquiesce-

ram as partes, repito, descabe qualquer recurso, na espécie, que já se acha trancada pelas portas da preclusão.

De ver-se, porém, a bem da verdade, que a conta impugnada a des- tempo, não padece de erros ou omissões, conforme observou a douta Subprocuradoria-Geral da República, *in verbis*:

«Data venia, nenhum reparo merece o v. decisório.

O cálculo de liquidação atendeu aos termos da v. decisão desta Egrêgia Corte (fls. 322/350). Ademais, o apelante, com vista aos autos em 15-9-81 (fl. 343 verso), firmou o seu entendimento «de acordo com o cálculo», sem qualquer impugnação.

Observe-se, por oportuno, que em 22-9-81 o ilustre advogado, peticionou junto ao Juízo pelo levantamento das importâncias constantes do cálculo, afirmando «que as partes concordaram com o cálculo» (fl. 345 dos autos), sendo de todo descabido o presente recurso.

Outrossim, a verba honorária fixada na v. sentença refere-se a 20% do valor da condenação apurado do lucro tributável sobre as prestações recebidas pela venda da propriedade agrícola Barra do Dia, exatamente como foi calculada pela seção de cálculo (fl. 324 — I. Renda sobre as prestações recebidas sobre a venda da propriedade Barra do Dia), não havendo qualquer discordância entre a verba honorária arbitrada pelo v. decisório e o cálculo efetuado.»

Contudo, por incabível, na espécie, não conheço da apelação.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 74.888 — AL — Registro nº 3.088.197 — Rel.: O Sr. Ministro Geraldo Sobral. Apte.: S.A. Leão Irmãos — Açúcar e Alcool. Apda.: União Federal. Advs.: Drs. Gerson Lopes de Oliveira e outros (Apte.) e José Taumaturgo da Rocha (Apda.).

Decisão: A Turma, por unanimidade, não tomou conhecimento da apelação. (Em 15-8-84 — 5ª Turma).

Os Srs. Ministros Moacir Catunda e Sebastião Reis votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Moacir Catunda.

APELAÇÃO CIVEL Nº 74.910 — PE
(Registro nº 3.342.115)

Relator: O Sr. Ministro Moacir Catunda
Apelante: Múcio Bezerra Bandeira de Melo
Apelada: União Federal
Advogado: Dr. João Bezerra de Alencar

EMENTA

Tributário e processual. Embargos à execução. Imposto de renda. Ações ao portador. Prova cabal de alienação das mesmas.

1. No ordenamento jurídico vigente inexistente doutrina ou preceito legal impondo ao titular de ações ao portador a obrigação de fazer a prova cabal, por documento, de alienação das mesmas, até porque, dita transferência se opera pela simples tradição manual do título.

Só quando lhe for conveniente, é que o titular das referidas ações se identifica (Decreto nº 51.900, artigo 64, § 3º, IV).

2. O Ônus da prova de que o contribuinte não tinha recursos para fazer a subscrição, é do Fisco.

3. Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas:

Decide a 5ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, dar provimento ao recurso para julgar os embargos procedentes, invertidos os ônus da sucumbência, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 20 de junho de 1984 (Data do julgamento) — Ministro Moacir Catunda, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Moacir Catunda: Embargos opostos por Múcio Bezerra Bandeira de Melo à execução fiscal que lhe moveu a Fazenda Nacional, cobrando-lhe a quantia de Cr\$ 1.188.948,00.

Alegou o embargante que declarou pontualmente os seus rendimentos, para a devida tributação do imposto de renda, exercício de 1971, ano-base de 1970, na forma prevista nos artigos 34 a 99 do Decreto nº 58.400/66, bem assim relação de bens, onde constavam

«1.401.333 ações ordinárias ao portador do valor unitário de Cr\$ 1,00, da Administradora Igarauçu S.A., com sede na cidade do Recife, ações essas subscritas e integralizadas com transferência de 1.174.792 ações da empresa Papéis Finos do Nordeste S.A. — PAFISA; 211.941 ações da empresa Celulose e Papéis do Nordeste S.A. — CELNORTE e 14.600, ações da Empresa Fazenda Terra Rica S.A., todas essas ações pelo valor nominal unitário de Cr\$ 1,00».

Em 23-9-76 foi o embargante autuado sob fundamento de acréscimo patrimonial não comprovado, defluindo daí que do balanço geral da Administradora Igarauçu S.A., encerrado em 31-12-70, o embargante disporia naquela data de uma participação acionária no montante de Cr\$ 6.557.239,00, e não Cr\$ 1.401.333,00, como lançado na declaração de bens, havendo, por consequência, segundo o Fisco, omissão de Cr\$ 5.155.906,00, sujeitos à Tributação.

Superado o procedimento administrativo, onde a defesa do embargante não encontrou guarida, trouxe aos embargos os pontos focais em que baseou seu defendimento, assim sintetizados:

«a) que somente a propriedade das ações nominativas pode ser presumida pela inscrição do nome do acionista no livro de «Registro das Ações Nominativas».

b) Que a ação ao portador é aquela, cuja propriedade se presume pela simples posse do título e cuja transferência se opera pela

simples tradição manual, características nitidamente diversas das demais formas, eis que a simples posse gera presunção *juris tantum* de propriedade.

c) Que, prescindindo como prescinde de qualquer formalidade para a sua transferência, pode o embargante (como de resto poderia todo possuidor de ações ao portador de uma S.A.) negociá-las a seu livre alvedrio, sem quaisquer restrições ou formalidade».

A União Federal impugnou, alegando, em resumo, não haver prova de que as ações foram negociadas, o que justificaria o aumento classificado na cédula H, conforme o artigo 106 do Decreto nº 58.400/66 (fls. 91/94).

O perito oficial e o assistente-técnico apresentaram respostas aos quesitos propostos (fls. 144/146).

A sentença julgou os embargos improcedentes, concluindo seu decisório a dizer que o embargante não fez prova de ter modificado sua situação de proprietário das ações (fl. 171).

Esclarecimentos do perito às fls. 172/173.

Apelou o embargante, reportando-se às razões dos embargos, e à resposta do perito oficial ao item 4 dos quesitos formulados, juntando julgados do Tribunal em embargos na AC nº 35.136 (fls. 175/188).

Contra-razões às fls. 191/193.

Opinou a Subprocuradoria-Geral da República pelo não-provimento da apelação.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Moacir Catunda: Data venia das douts razões da sentença, dou provimento ao recurso, para julgar os embargos procedentes, porque no ordenamento jurídico vigente inexistente doutrina, nem pre-

ceito legal impondo ao titular de ações ao portador a obrigação de fazer a prova cabal, por documento, da alienação das mesmas, até porque dita transferência se opera pela simples tradição manual do título. A sentença, ela própria, proclama essa verdade jurídica, com arrimo nos ensinamentos dos Profs. Rubens Riquião e Darcy Arruda Miranda Júnior, a dizer, repetindo lição do primeiro:

«as ações ao portador não têm declarado no seu texto, o nome do seu titular, e sua transferência é feita pela simples tradição do título, de mão em mão».

E a proclamar, citando magistério do segundo:

«o acionista, detentor de ação ao portador, para comparecer à Assembleia Geral, deverá exhibir o título ou depositá-lo na Secretaria da Sociedade ou em lugar designado com a antecedência exigida pelos Estatutos.»

A transferência da ação ao portador se faz por simples tradição manual em razão mesmo do anonimato que caracteriza as ações ao portador. Têm elas a virtude de circularem no universo dos negócios, sem deixarem rastro algum.

No caso dos autos, no entanto, em virtude de uma ocorrência fortuita, a transferência de ações restou comprovado documentalmente, como argumenta o apelante, *verbis*:

«18. Demais, conquanto inteiramente desnecessárias, eis que, repetimos, nenhum dispositivo legal exige prova cabal de alienações de ações ao portador, pode fortuitamente o apelante trazer à colação dois documentos comprobatórios das citadas operações, como descritos no item 29 dos embargos à execução.

19. As correspondências da autoria dos senhores Ítalo Fragoni e

Marcílio Barbosa de Souza, bem aceitas pelo ilustre Juiz da 2ª Vara, não poderiam jamais consignar o nome ou nomes dos alienantes respectivos, das ações pelos mesmos transferidas.

20. A intermediação de corretores nessas operações, como sabido, é utilizada para que essas ações circulem sem qualquer vínculo entre o alienante e o adquirente.

21. Os signatários das correspondências citadas não tiveram, nem terão nunca condições de identificar o proprietário anterior de suas ações.

22. O que realmente importa, (embora legalmente dispensáveis), é o fato de ter sido possível, por uma circunstância fortuita, a comprovação de ações, com os mesmos números daquelas subscritas pelo apelante, na posse e na propriedade de terceiros, com a mais cabal das provas de sua alienação.»

E noutro trecho:

«24. Finalmente, a r. sentença apelada não considerou, *data venia*, devidamente o aspecto contábil da questão, preferindo se ater ao enfoque jurídico da lide, e insensível a tudo quanto fora argumentado nas razões aduzidas.

25. Ora, o apelante, desde a fase impugnatória do processo na esfera administrativa, deixou claro que a abordagem da matéria sob a perspectiva jurídica tinha função complementar, já que iria demonstrar contabilmente dispor de recursos para atender ao aumento patrimonial ocorrido no ano-base.

26. E, felizmente, na peça impugnatória a autoridade administrativa singular, o ora apelante procedeu cuidadosa análise e revisão de sua declaração de rendi-

mentos, provando a efetiva existência de um **superavit** de Cr\$ 1.732.571,21 em seu favor.

27. De suma relevância para a matéria em lide é que em nenhuma fase do processo a correção e a validade desse demonstrativo foram questionadas.

28. Muito ao contrário.

29. Em resposta ao item 4 dos «quesitos» formulados (doc. fls.) o perito oficial desse Juízo confirmou expressamente e acima afirmado, informando ainda que as autoridades administrativas de Primeira e Segunda Instâncias não consideraram devidamente os fatos contábeis e a retificação procedida na Declaração de Rendimentos do ora apelante, mantendo, por isso, o julgamento primitivo do auto de infração.

30. Se, porém, um perito oficial declara, após os competentes exames, ser existente o **superavit** demonstrado pelo apelante, e essa afirmação não sofreu contestação técnica, não padecem dúvidas de que a ação fiscal por omissão de receitas é inteiramente insubsistente.

31. Não deseja porém o apelante concluir este documento sem trazer à colação o Acórdão do Egrégio Tribunal Federal de Recursos nos Embargos à Apelação Cível nº 35.136-Ceará (doc. nº 1) pelo qual se constata a inexigibilidade de fazer constar da Declaração de Rendimentos as Ações ao Portador, por estas pagarem o imposto de renda na fonte.

32. Por oportuno é feita transcrição da ementa do aresto:

«Ação Anulatória Fiscal. Imposto de Renda Consideração Indevida de «Ações ao Portador».

Procedência do Pedido.

«Não havendo o contribuinte se identificado, as ações ao portador pagam imposto de renda na fonte. Do mesmo modo, não está obrigado a fazer declaração de que adquiriu títulos dessa natureza.»

33. Não menos valioso, por isso mesmo transcrito, o voto do ilustre Ministro-Relator, **verbis**:

«O contribuinte, bem acentuou o saudoso Ministro Amarílio Benjamim, não está obrigado a incluir nas suas declarações as ações ao portador, já que tais títulos são tratados de forma especial (Decreto-Lei nº 401, artigo 13).

Só quando lhe for conveniente, é que o titular de ações ao portador se identifica (Decreto nº 51.900, artigo 64, § 3º, IV). Por outro lado, o ônus da prova de que o contribuinte não tinha recursos para fazer a subscrição é do Fisco, tal conto está no voto condutor do Acórdão.»

Dou provimento.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 74.910 — PE — Registro nº 3.342.115 — Rel.: O Sr. Ministro Moacir Catunda. Apelante: Múcio Bezerra Bandeira de Melo. Apelada: União Federal. Advogado: Dr. João Bezerra de Alencar.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso para julgar os embargos procedentes, invertidos os ônus da sucumbência. (Em 20-6-84 — 5ª Turma).

Votaram de acordo com o Relator, os Srs. Ministros Sebastião Reis e Pedro Acioli. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Moacir Catunda.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 75.769 — SP
(Registro nº 3.358.224)

Relator: O Sr. Ministro Miguel Ferrante

Apelante: Têxtil São Pedro S.A.

Apelada: União Federal

Advogado: Dr. Pedro Natividade Ferreira de Camargo

EMENTA

Tributário. Passivo fictício. Falta de comprovação de lançamentos contábeis.

— Gera a presunção de omissão de receita a manutenção no passivo da empresa de títulos já liquidados ou a falta de comprovação dos pendentes de liquidação.

— Falta de comprovação das despesas escrituradas e existência de abatimentos à revelia de autorização legal.

— Lançamento ex officio, a teor do disposto no artigo 483, letras b e c do RIR/75.

— Apelação improvida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos, em que são partes as acima indicadas.

Decide a 6ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, negar provimento à apelação, na forma do relatório e notas taquigráficas retro que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 17 de outubro de 1983 (Data do julgamento) — Ministro Torreão Braz, Presidente — Ministro Miguel Ferrante, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Miguel Ferrante: A sentença, de fls. 139/140 v, assim resume a espécie:

«Têxtil São Pedro aforou os presentes embargos à execução fiscal que lhe move a Fazenda Nacional. Em preliminar alega que ante a ti-

pificação encontrada no auto de infração não há como se dar pela omissão de receita como assevera o Fisco, daí que nula essa peça, e nulo o feito, ainda mais que se embasou na presunção de omissão de receita; inexistindo sobre tal previsão legal, e nem núcleo de fato gerador, nula é a execução.

Quanto ao mérito explana que não houve sonegação, posto que se assim existira não teria havido contabilização, sendo que nada foi aceito pelo Fisco quanto à escrituração, esquecido dos artigos 13, 14 e 23 do Código Comercial. Assevera que a escrita foi desprezada pela Fiscalização, e se infração houve foi de natureza regulamentar, além do que o passivo fictício seria exigível apenas a partir de 1º de janeiro de 1978, quando entrou em vigência a Lei nº 1.598/77. Pediu, pois, a desconstituição da dívida, a insubsistência da penhora e a con-

denação da embargada nas penas cabíveis.

Recebidos, foram os embargos impugnados à fl. 19. Veio à fl. 22 o procedimento administrativo. Falando as partes, vieram-me os autos conclusos para decisão».

E dispôs:

«Assim considerando, atento ao mais dos autos, julgo improcedentes os embargos para, julgando subsistente a penhora, condenar a embargante ao pagamento do principal, acrescido de juros, custas e honorários de 10% sobre o valor do débito. Proceda-se à avaliação».

Apelou a sucumbente, com as razões de fls. 143/146 (lê).

Contra-razões, à fl. 147.

À fl. 153, a Subprocuradoria-Geral da República pede a confirmação do **decisum**.

Pauta sem revisão.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Miguel Ferrante: Cuida-se de lançamento sob fundamento da existência de passivo fictício, nos exercícios de 1975 e 1976.

O procedimento fiscal esteiou-se na escrita da apelante que revelou, no passivo, a manutenção de títulos já liquidados e falta de comprovação de despesas contabilizadas. Deveras constatou-se saldo não comprovado na conta de fornecedores e comissões pagas ou creditadas, sem comprovação, custo de produtos vendidos a maior, despesas contratuais com frete e seguro também não comprovados e escrituração, como despesas de **quantum** relativo ao pagamento de multa por infração fiscal.

Sustenta a apelante que todas as despesas conferidas pelo Fisco estavam lançadas e com identificação de

seus beneficiários, não cabendo, portanto, a glosa. Por isso, a seu ver, não é admissível, tecnicamente, a imputada omissão de receita.

Todavia, ressuma que, na realidade, não logrou afastar as glosas. Limitou-se, no curso do procedimento administrativo, a alegar «desencontro no arquivamento» dos documentos comprobatórios dos questionados lançamentos que, a seu entender, porque formalmente corretos, subsistem por si mesmos. De fato, regularmente intimada a apresentar os comprovantes dos efeitos escriturados, não o fez, ou o fez insatisfatoriamente, nem prestou os esclarecimentos que lhe foram pedidos.

Ora, a manutenção de títulos liquidados no passivo ou a falta de comprovação de outros pendentes de liquidação, sugere a presunção de omissão de despesas. Ademais, à evidência não basta a correção dos lançamentos contábeis, mas faz-se mister demonstre o contribuinte a idoneidade desses lançamentos, quando o Fisco o exigir.

Daí, diante da ausência de elementos probatórios hábeis da escrituração contábil, à fiscalização outra alternativa não restou senão proceder ao lançamento **ex officio**, com apoio no artigo 483, letras **b** e **c** do Regulamento de Imposto de Renda (Decreto nº 76.186/75), **verbis**:

«Art. 483. O lançamento **ex officio** será efetuado quando o contribuinte (Decreto nº 5.844/43, artigo 77):

.....
b) deixar de atender ao pedido de esclarecimentos que lhe for dirigido, recusar-se a prestá-los ou não os prestar satisfatoriamente.

c) fazer declaração **inexata**, considerando-se como tal não só a que omitir rendimentos, como também a que contiver dedução de despesas não efetivadas ou abatimentos indevidos».

Assim, conseqüente a decisão do 1º Conselho de Contribuintes, refletida no seguinte passo do voto do Relator da matéria: «A manutenção no passivo exigível de títulos a pagar já liquidados no decurso do ano-base é prática que objetiva acobertar o desvio de receita. Por outro lado, tem o contribuinte a obrigação de manter em seus arquivos os documentos comprobatórios dos lançamentos efetuados em sua escrita» (fl. 124).

Vale consignar que de igual modo a apelante, em Juízo, não exibiu as provas justificadoras das despesas escrituradas, não logrando ilidir, destarte, a presunção de liquidez e certeza da dívida exigida.

Ao cabo, no tocante à prova pericial requerida, tem-se que dela prescinde o deslinde da questão, como bem entendeu o digno Juiz a quo. Realmente, nas circunstâncias, o resultado do exame técnico não seria outro senão a constatação dos lançamentos glosados, porque os aspectos formais da escrituração não foram contestados. Nada se objetou no particular. Não se argüiu que, tecnicamente, padecesse de reparo. A questão é outra. Cinge-se ela, única e exclusivamente, à falta de comprovação dos lançamentos e a constatação

de abatimentos não autorizados pela lei, como a de multas fiscais que, consoante a jurisprudência sumulada desta Corte, verbete 101, «não são dedutíveis como despesas operacionais, para fins de imposto de renda». E para tanto era dispensável a perícia; o que se fazia necessário era que a apelante trouxesse à colação a documentação relativa aos lançamentos contábeis, e isso, como enfatizado, não fez, nem na esfera administrativa, nem em Juízo.

A essas considerações, nego provimento à apelação.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 75.769 — SP — Registro nº 3.358.224 — Rel.: O Sr. Ministro Miguel Ferrante. Apte.: Têxtil São Pedro S.A. Apda.: União Federal. Adv.: Dr. Pedro Natividade Ferreira de Camargo.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação. (Em 17-10-83 — 6ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Torreão Braz e Wilson Gonçalves. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Américo Luz. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Torreão Braz.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 75.833 — MG (Registro nº 3.359.077)

Relator: O Sr. Ministro Armando Rollemberg

Apelante: Levis Importadora Ltda.

Apelados: Levi Strauss & Company e outro

Advogados: Drs. Dilene Ribeiro Betti e outro, José Mauro Leite de Oliveira e outros

EMENTA

Propriedade industrial. Ação proposta para impedir a continuação do uso, pela sociedade-ré, em seu nome comercial e como marca, da palavra «Levi's», e ressarcir prejuízos causados por tal uso. Manifesta que é a possibilidade de confusão entre os ar-

tigos vendidos pela ré com a marca da autora, notória e tradicional, capaz de induzir o consumidor em erro, é procedente a pretensão desta, alicerçada, de resto, na proteção assegurada pela revisão de Haia da Convenção da União de Paris. Descabimento, porém, da concessão de perdas e danos, porque não comprovados fatos que a justifiquem.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas.

Decide a 4ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, dar provimento parcial à apelação, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Sustentou, oralmente, pelas apeladas o Dr. Carlos Henrique de Carvalho Froes.

Custas como de lei.

Brasília, 13 de fevereiro de 1984 (Data do julgamento) — Ministro Armando Rollemberg, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Armando Rollemberg: Levi Strauss e Company, sociedade norte-americana e Levi Strauss do Brasil Indústria e Comércio Ltda., com sede na cidade de São Paulo, propuseram ação ordinária contra Levis Importadora Ltda., sediada em Belo Horizonte, para compeli-la a alterar o contrato social fazendo substituir, no nome comercial, a palavra Levis por outra qualquer, e cessar o uso da mesma ou de alguma parecida, como marca, título de estabelecimento e/ou nome comercial. Pediu ainda a condenação da ré no pagamento de prejuízos causados com o uso já feito da palavra aludida para os fins mencionados, e no pagamento de custas e honorários de advogado.

Justificaram tal pretensão narrando que a primeira autora, fundada

em 1850, desde então iniciara a fabricação de calças resistentes, e promovera, no Brasil, o registro da marca Levi's em relação a roupas, que tomara o número 1.232/0600-095 e fora deferido em 25-4-74. Mais tarde, acentuaram, registraram a marca em relação a mochilas, artefatos plásticos e guardanapos. E acrescentaram:

«Chegou, há algum tempo, ao conhecimento das autoras estar a ré utilizando a palavra Levis em seu nome comercial. Por esse motivo, efetuaram a necessária investigação perante a Junta Comercial do Estado, verificando que a ré havia arquivado seu contrato social, no dia 22 de agosto de 1968, sob o nº 205.455, tendo como objeto social o comércio de produtos estrangeiros, inclusive tecidos e confecções (Doc. nº 11).

Constataram, ainda, as autoras que a ré está usando a palavra Levis, em grande destaque, como título de seu estabelecimento, o que é bem ilustrado pelas fotografias anexas, tiradas em outubro de 1978 (Doc. nº 12), e até no papel de embrulho utilizado (Doc. nº 13).

O mais grave, porém, é que, mais recentemente, a ré passou a utilizar a palavra Levis, como marca, ao que se verifica da inclusa cópia de uma camiseta de malha vendida em seu estabelecimento (Doc. nº 14).

Procurando solucionar a questão de forma extrajudicial, as autoras dirigiram à ré, no dia 2 de fevereiro de 1979, uma carta-notificação, por intermédio do cartório do 2º

Ofício de Títulos e Documentos, que lhe foi entregue no dia 14 do mesmo mês (Doc. nº 15). Através dessa carta a ré foi advertida de que deveria cessar, **incontinenti**, todo e qualquer uso da marca Levis e da marca Levi's emblema, como marca, como parte de seu nome comercial e como título de seu estabelecimento, sob pena de serem tomadas as medidas judiciais cabíveis.

A ré, entretanto, não só não deu às autoras qualquer resposta, como expandiu suas atividades, abrindo uma nova loja, a filial 02, na Rua Itajubá, no Bairro Floresta, como se verifica da certidão fornecida pela Junta Comercial, no dia 23 de abril do ano em curso (Doc. nº 16)».

Citada, a ré contestou a ação alegando, preliminarmente, ausência de interesse processual das autoras, pois de longa data mantinha com elas constantes transações comerciais, para venda dos artigos marca Levi's, e não havia procedido na forma determinada no artigo 867 do CPC para constituí-la em mora, pois tal procedimento não poderia ser substituído por carta-notificação que lhe fora enviada.

Argüiu, também, a prescrição da ação, porque decorridos, à data da sua propositura, 26-9-79, mais de onze anos de uso do nome comercial por ela ré, que arquivara o seu contrato social, na Junta Comercial, em 22 de agosto de 1968.

Contestou, depois, no mérito, que jamais houvesse usado a marca Levi's, e que, quanto ao nome comercial e título do estabelecimento assistia-lhe direito a utilizá-los porque detentora de registro anterior aos dos autores.

Oposta réplica foi proferida sentença rejeitando as preliminares e

acolhendo a ação parcialmente, no mérito, para condenar a ré «a providenciar, no prazo de trinta dias, a contar do trânsito em julgado da sentença, a alteração de seu contrato social, como pedido, com repercussão no título do estabelecimento e no não-uso da marca «Levi's», sob pena de incidência da multa pecuniária nos termos e condições pedidas».

Determinou o MM. Juiz, ainda, o pagamento, pela ré, de honorários de advogado sobre o valor da causa e devolução das custas, tudo com correção monetária.

Levis Importadora Ltda. apelou reiterando a preliminar de falta de pressuposto necessário à propositura da ação pelos autores, tal seja notificação judicial para constituí-la em mora, pois, para tal fim, sustentou, não se prestava a carta que lhe fora enviada, e afirmando assistir-lhe direito ao uso do nome comercial.

Pediu, ao final que, se não acolhido o seu recurso, fossem os honorários de advogados fixados, decidendo não terem os autores decaído em parte mínima do pedido.

Contra-arrazoado o recurso os autos foram remetidos a este Tribunal.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Armando Rollemberg (Relator): A ação foi proposta para compelir a ré a substituir a palavra Levis no seu nome comercial, cessar o uso de Levis, ou palavra parecida, como marca, e ressarcir os prejuízos causados, até então, pelo aludido uso.

Não há disposição legal estabelecendo, como condição essencial para a propositura de ação com tais finalidades, a prévia notificação judicial

do réu, que, no caso concreto, foi constituída em mora, por via de carta remetida por intermédio do Cartório de Títulos e Documentos, isto é, de interpelação extrajudicial, como considerou a sentença.

Improcede, assim, tal preliminar, como improcede a arguição de prescrição da ação cujo prazo, tratando-se de direito pessoal, é de vinte anos.

Merece a sentença confirmação, também, na parte relativa ao mérito.

Pelo Decreto nº 19.056, de 31-12-29, foi promulgada a revisão de Haia da Convenção da União de Paris, que, no artigo 8º, estabeleceu:

«O nome comercial será protegido em todos os países da União sem obrigação de depósito ou de registro, quer faça ou não parte de uma marca de fábrica ou de comércio».

Tal disposição se encontrava em vigor, quando em 15-6-59, Levi Strauss e Company, apelado, depositou, para registro, a marca Levi's, registro que veio a ser concedido em 25-4-74 (fl. 21).

Manifesta que é a possibilidade de confusão, com a marca referida, do nome comercial da ré, Levis Importadora Ltda., este não poderia haver sido adotado ao ser tal sociedade constituída.

O arquivamento, contudo, no primeiro momento, não chamava a atenção, primeiro porque foi feito no Registro de Comércio, enquanto o depósito do pedido do registro da marca se processara no INPI, e, depois, por ser objeto da sociedade-ré o «comércio varejista e atacadista de produtos estrangeiros tais como bebidas, fumos, relógios, canetas, perfumarias, pedras preciosas, pedras semipreciosas e semelhantes, jóias,

tecidos, confecções, rádios, gravadores e material fotográfico» (fl. 70).

Posteriormente, porém, houve alteração de cotistas e o objeto da sociedade passou a ser «comércio de roupas feitas» e «a prestação de serviços de alfaiataria» (fl. 70v), sendo manifesta, portanto, a possibilidade de confusão entre os artigos por ela vendidos e os da sua marca Levi's.

A ação, entretanto, não foi proposta apenas para impedir a continuação do uso, pela ré, da palavra Levis no seu nome comercial, mas também para não usá-la como marca, o que vinha fazendo, e, ainda, para ressarcir prejuízos causados por tal uso e a sentença julgou-a procedente apenas em relação à primeira parte, com o que houve sucumbência recíproca, em proporção tal que afasta o cabimento da condenação no pagamento de honorários de advogado e na reposição das custas.

Voto, por isso, acolhendo parcialmente a apelação para excluir tais verbas da condenação.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 75.833 — MG — Registro nº 3.359.077 — Rel.: O Sr. Ministro Armando Rollemberg. Apte.: Levis Importadora Ltda. Apdo.: Levi Strauss e Company e outro. Advs.: Drs. Dileine Ribeiro Betti e outro e José Mauro Leite de Oliveira e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento parcial à apelação, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Sustentou, oralmente, pelas apeladas o Dr. Carlos Henrique de Carvalho Fróes. (Em 13-2-84 — 4ª Turma).

Os Srs. Ministros Carlos Mário Velloso e Bueno de Souza votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro **Armando Rollemberg**.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 76.230 — RJ
(Registro nº 1.216.236)

Relator: O Sr. Ministro Carlos Thibau

Apelantes: Fabiano de Cristo Calvet e CEF

Apelados: Os mesmos e Adão Guilherme de Andrade e cônjuge

Advogados: Drs. Newton de Almeida Cavalcanti, outro, João Fernando de Figueiredo Rocha, Ícaro Braile França e outros e Ivan da Silva Pereira e outro

EMENTA

Civil. Imóvel hipotecado à CEF.

Inadimplemento, pela empresa pública federal, de cláusula contratual que a obrigava, como interveniente na compra e venda, a proceder ao registro do imóvel em nome do comprador. Em virtude dessa circunstância o procurador do devedor, que era também procurador do comprador, alienou novamente o bem a terceiro. Seriam aplicáveis no caso os artigos 1.056 e 1.059 do Código Civil, não fosse a existência de culpa concorrente (in eligendo e in vigilando) por parte do comprador, que foi, em tese, imitado na posse do bem, na lavratura da escritura, mas deixou de praticar os atos pertinentes. Devolução ao autor do que ele pagou em razão do contrato, com juros e correção monetária, no entanto, sem direito a perdas e danos. Confirmada a sentença, que deu pela procedência parcial do pedido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas.

Decide a 1ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, à unanimidade, negar provimento às apelações, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 14 de agosto de 1984 (Data do julgamento) — Ministro Washington Bolívar, Presidente — Ministro Carlos Thibau, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Carlos Thibau: Trata-se de apelação em ação ordi-

nária proposta em 22-11-78, por Fabiano de Cristo Calvet contra a Caixa Econômica Federal — CEF, Adão Guilherme de Andrade e sua mulher, no Juízo Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, objetivando o recebimento de indenização decorrente de descumprimento de cláusula contratual existente em escritura de compra e venda com pacto adjeto de hipoteca.

Alegou o autor que é funcionário da empresa pública, e que, em 16 de setembro de 1966, adquiriu de Adão Guilherme de Andrade e sua mulher um imóvel situado na cidade do Rio de Janeiro, através de financiamento da Caixa Econômica Federal, que tornou-se sua credora hipotecária.

O preço do imóvel foi de Cr\$ 17.000,00 (dezessete mil cruzeiros),

sendo Cr\$ 500,00 (quinhentos cruzeiros) pagos pelo autor no ato da escritura, Cr\$ 16.500,00 (dezesesse mil e quinhentos cruzeiros) em cheque da CEF, em nome do autor e por ele endossado, no ato, aos vendedores, que, assim, lhe deram plena, rasa, geral e irrevogável quitação cedendo-lhe e transferindo-lhe posse, domínio, direito e ação que tinham sobre o imóvel.

Segundo a cláusula sétima da escritura, a CEF promoveria o competente registro no cartório imobiliário, utilizando-se da procuração outorgada pelo autor segundo a cláusula décima terceira.

No entanto, a CEF não promoveu o registro da escritura nem inscreveu a hipoteca, ocorrendo que dezoito dias depois de celebrada dita escritura de compra e venda, com a intervenção da empresa, os segundos réus, Adão Guilherme de Andrade e sua mulher, prometeram vender o mesmo imóvel ao Sr. Alvaro Rodrigues (em 5 de outubro de 1966).

Em 27 de novembro de 1967 essa alienação tornou-se definitiva, conforme escritura lavrada no 11º Ofício de Notas, Livro 1.604, fl. 46, e registrada no 8º Ofício de Registro de Imóveis, Livro 3CH, fl. 227, sob nº 71.632, em 24 de janeiro de 1968.

O fato narrado demonstra, no entender do autor, a ação criminosa dos 2ºs réus, que venderam o mesmo imóvel a duas pessoas distintas e a desídia da CEF que, por não registrar a escritura, conforme lhe competia, por cláusula contratual, veio a permitir a manobra daqueles.

Por outro lado, em 9 de agosto de 1977, o autor foi chamado pela CEF para pagar o débito decorrente da hipoteca, tendo recolhido aos cofres da autarquia a importância que lhe foi exigida, ou sejam, Cr\$ 180.698,30 (cento e oitenta mil, seiscentos e no-

venta e oito cruzeiros e trinta centavos), alegando o autor que nunca entrou na posse do imóvel nem usufruiu de aluguéis a ele referentes, em razão de haver sido passado o mesmo para a propriedade do Sr. Alvaro Rodrigues, que logo registrou sua escritura.

Assim, propôs a presente ação pretendendo receber dos réus o valor equivalente ao preço do imóvel, acrescido de juros e correção monetária, um aluguel mensal desde a data em que assinou a escritura, custas e honorários advocatícios de 20% do quantum a executar (fls. 2/7).

A Caixa Econômica Federal contestou o pedido às fls. 32/36, alegando, preliminarmente, que a inicial era arditosa, eivada de fatos deturpados no intuito de ludibriar o Juízo, pois que, na realidade, a cláusula sétima obrigava a CEF a fazer os registros, mas não estipulava prazos. Seria, ademais, estranhável a atitude do autor que, imitado na posse, em 5-10-66, de um imóvel adquirido para sua residência, não tivesse agido de imediato na defesa de seus interesses, só o fazendo agora, decorridos 12 anos de omissão.

Entendeu que o autor liquidou o empréstimo hipotecário para, em seguida, acionar a autarquia, pretendendo, assim, obter vantagem ilícita que descaracterizaria o interesse e a legitimação para agir contra ela, devendo pois, ser julgado carecedor da ação (artigo 301, X, do CPC).

No mérito, sustentou que desde aquela época o autor tomou conhecimento da duplicidade da venda por intermédio da própria Caixa, que o contactou quando pretendeu registrar a escritura e que, sendo ele funcionário da empresa em razão da inadimplência teve suas gratificações bloqueadas (o autor nunca havia pago qualquer parcela de seu débito para com a empresa). Desejando tornar a recebê-las, liquidou de

uma só vez o saldo devedor, mesmo sabendo da fraude havida na venda, reconhecendo como vigente o empréstimo que recebera.

Por isso, a ação deveria ser julgada improcedente em relação à CEF, com a condenação do autor em perdas e danos por ser litigante de má fé (artigo 18 do CPC). (Fls. 32/36).

As fls. 50/52 os segundos réus, Adão Guilherme de Andrade e sua mulher, contestaram o pedido, alegando, preliminarmente, inépcia da inicial por ser o autor casado e haver proposto individualmente a ação, quando, por versar a ação sobre direito real, deveria ser proposta pelo casal.

No mérito, sustentaram que jamais tiveram qualquer transação imobiliária com o autor que, inclusive, nem sequer conheceriam.

Admitem, no entanto, que foram proprietários do imóvel objeto da escritura lavrada com pacto adjeto de hipoteca adquirido pelo autor com interveniência da CEF, mas que o venderam, em 27 de junho de 1966 ao Sr. Expedito Honório Girão, tendo, na ocasião, dado quitação de preço, tudo isso meses antes da escritura supostamente firmada entre eles e o autor.

Prosseguiram afirmando que jamais usaram de má-fé, tendo sido, inclusive, ludibriados pelo Sr. Expedido Honório Girão que, na verdade, foi quem vendeu o imóvel ao autor, utilizando-se de uma procuração que deles havia recebido em 1º de março de 1966.

Terminaram requerendo o chamamento à lide dos demais envolvidos na transação, os Srs. Expedito Honório Girão, Francisco de Carvalho Moraes e Romeu Farah — signatários da escritura de venda ao autor, onde figuram como procuradores dos réus, e Rubens Pereira dos Santos que, também como procurador dos réus, celebrou a escritura de

venda do mesmo imóvel a Alvaro Rodrigues.

As fls. 64/64 verso o MM. Juiz Federal, Dr. Francisco Dias Trindade, exarou despacho determinando a citação dos litisdenunciados pelos segundos réus, e a requisição à CEF do Processo nº 106.031, referente ao empréstimo hipotecário relacionado com o autor.

Expedido o mandado de citação, só foi citado o Sr. Rubens Pereira dos Santos (fls. 134/135) que, posteriormente, veio aos autos (fls. 142/143) para esclarecer que seu nome é Rubens e não Rubem, que não conhece as partes, tratando-se evidentemente de homonímia. Os demais citandos e o verdadeiro Rubem, assim, não foram encontrados e nem os interessados promoveram as medidas necessárias à efetivação da citação por edital.

Em resposta ao ofício requisitório do processo hipotecário, a CEF enviou uma segunda via semi-reconstituída, já que o processo original não foi encontrado.

As fls. 167/168 foi realizada audiência, na qual, depois de colhido o depoimento do autor, as partes reportaram-se aos seus anteriores pronunciamentos, não tendo comparecido os segundos réus.

As fls. 170/178, o MM. Juiz Federal, Dr. Alberto Nogueira, julgou a ação procedente em parte, para condenar a CEF a indenizar o autor pela quantia de Cr\$ 180.698,30, com correção monetária e juros a partir de 9-8-77, condenando os outros réus a ressarcirem o autor em Cr\$ 50,00, que foram dele recebidos, também com juros e correção.

Todos os réus foram condenados a pagar-lhe honorários advocatícios de Cr\$ 15.000,00, sendo metade pela Caixa e a outra metade pelos dois outros réus, também com correção monetária.

Inconformado, apelou o autor, às fls. 180/183, para que o pedido inicial fosse acolhido na íntegra, inclusive com perdas e danos.

A Caixa Econômica Federal também apelou, às fls. 185/195, para que a ação fosse julgada improcedente, com a condenação do autor em perdas e danos, por ser litigante de má fé.

O autor apresentou as contrarrazões às fls. 197/199 e a CEF trouxe à colação suas razões de apelado às fls. 201/208.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Thibau (Relator): O MM. Juiz Federal assim fundamentou sua decisão:

«O autor comprou o imóvel indicado na petição inicial dos réus Adão Guilherme de Andrade e Altair Mariano de Andrade, esta também incluída na relação processual passiva (fl. 2).

Descabida a preliminar levantada na contestação dos dois últimos réus, matéria de resto já resolvida pelo meu eminente antecessor, em despacho irrecorrido (fl. 64/64vº).

Os vendedores se fizeram representar, na transação, por Francisco de Carvalho Moraes (fl. 13).

Nesta ação, limitaram-se os réus Adão Guilherme e s/m a requerer a requisição de livro notarial (fl. 51), medida incabível, conforme despacho de fl. 64/64vº, irrecorrido.

Tenho assim o documento de fls. 9/13vº como formalmente perfeito.

Não obstante, nele há uma incorreção, sem maior relevância para a hipótese dos autos. A soma da quantia paga em moeda corrente, no ato da escritura (Cr\$ 5.000,00) com a do cheque emitido pela primeira ré (Cr\$ 16.500,00) não cor-

responde ao valor do preço da venda, Cr\$ 17.000,00 (fl. 10).

Na verdade, a quantia mutuada foi de Cr\$ 16.500,00, conforme esclarece a cláusula primeira daquela escritura e de Cr\$ 50.000,00 o valor da quantia paga diretamente pelo autor.

Cruzeiros antigos, bem entendido.

Daí constar do item 2, da petição inicial, ter sido o total do preço dezesete mil cruzeiros, dos quais Cr\$ 5.000,00 pagos com recursos próprios e o saldo, de Cr\$ 16.500,00, mediante financiamento hipotecário.

A Caixa Econômica Federal obrigou-se contratualmente a promover o registro da escritura de compra e venda e a inscrição da garantia hipotecária.

Não o fez, embora reconheça a obrigação assumida (fl. 34), por «impossibilitada de fazê-lo em tempo hábil, haja vista a rapidez com que se deu a celebração e registro da escritura de promessa de compra e venda» (fl. 34).

Segundo o documento de fls. 15/16vº, a promessa de compra e venda celebrada em 5 de outubro de 1966 pelos réus Adão Guilherme de Andrade e s/m com Álvaro Rodrigues foi registrada em 28 de novembro de 1966, no 8º Ofício Imobiliário (fl. 16).

Entre a data da escritura outorgada ao autor (16-9-66) e a desta última, transcorreram mais de dois meses, tempo mais que razoável para o cumprimento da obrigação assumida pela primeira ré.

Esta, aliás, não demonstrou o alegado, isto é, a malograda tentativa de realizar o registro a que se obrigara.

O argumento de que não se fixou prazo para o cumprimento do encargo carece de fundamento, pois

tal indeterminação só pode operar em desfavor da pessoa obrigada, que não se ressalvou de prazo para cumpri-lo.

Não há na propositura da ação, pedido de vantagem ilícita. Rejeito, destarte, a preliminar de carência levantada pela primeira ré.

Os segundos réus concorreram, embora não pessoalmente, para a venda do imóvel, já negociado com o autor, a Alvaro Rodrigues, pois outorgaram poderes nesse sentido.

Configura-se, em relação a eles, típica culpa *in eligendo*.

Devem responder pelas consequências, juntamente com a primeira ré, esta em razão da falta de diligência e cautela a que se obrigara ao assumir o encargo de registrar a escritura outorgada ao autor.

A inércia do autor, contudo, concorreu para o agravamento dos danos advindos da omissão da primeira e ação dos segundos réus, dando margem ao protraimento dos efeitos consumados a partir do registro da escritura outorgada a Alvaro Rodrigues.

A negligência do autor em não exercer os direitos havidos com a aquisição da compra do imóvel sem dúvida concorreu para as manobras descritas nestes autos, porquanto imitado na efetiva posse do bem, inexplicavelmente não o exigiu.

Depreende-se do quadro fático espelhado nos autos a negligência inicial do autor em ocupar a propriedade adquirida e, posteriormente, seu desinteresse em dar continuidade às obrigações contratuais decorrentes do contrato de mútuo.

Nesse ponto, dominou o princípio da estática sobre a conduta da primeira ré e do autor, este último passivamente posicionado diante

da superveniente nova alienação do imóvel, não esboçando aquela reação no tocante a seu crédito hipotecário.

O que aconteceu por trás dos bastidores administrativos não se sabe, notadamente em razão do desaparecimento do próprio processo relativo à transação.

Assim estavam as coisas e assim permaneceram por longo tempo: a Caixa Econômica Federal, despojada de sua garantia real para se forrar dos Cr\$ 16.500,00 (dezesesseis mil e quinhentos cruzeiros), objeto do mútuo hipotecário; o autor, dos Cr\$ 500,00 (ou Cr\$ 50.000,00 antigos) e do imóvel, sem acudir ao pagamento das prestações relativas ao empréstimo.

Era uma coisa pela outra. Ninguém se queixava.

Mas não é possível tapar-se o sol com a peneira. Dos registros da primeira ré constava o crédito hipotecário e, mais cedo ou mais tarde, quem de direito teria de exigilo.

Assim aconteceu, apesar do desaparecimento do aludido Processo Hipotecário nº 106.031, «já que lamentavelmente o original desapareceu» (fl. 33).

De 16 de setembro de 1966, data do mútuo hipotecário, até a efetiva cobrança da dívida contraída pelo autor para com a primeira ré transcorreram mais de dez anos (9 de agosto de 1977).

Ao invés de exigir seu crédito segundo as práticas legalmente facultadas, administrativa ou judicialmente, bloqueou a primeira ré a liberação do pagamento da gratificação de produtividade por ela reconhecida como devida ao autor (fls. 39/123).

Está mais do que demonstrada a coação da empregadora, sobre o autor, obrigando-o a liquidar o dé-

bito hipotecário, por meios «administrativos», ao invés de ingressar em Juízo com ação própria, segundo as normas legais.

Fixadas as posições dos réus como reveladoras de conduta danosa em relação ao autor e à concorrência deste no agravamento dos danos, por injustificada omissão, passo à determinação da responsabilidade na composição dos prejuízos.

Não é devida a reparação, como pleiteada na inicial, isto porque o autor consentiu, pelo seu silêncio com a continuação do estado das coisas.

Já então, desde a celebração da escritura com os réus, omissa a credora hipotecária, poderia ele próprio promover o registro da escritura para acautelar seus específicos interesses.

Obrigado não estava, é bem verdade, pois o ônus, como já disse, cabia à primeira ré. Mas nada o impedia de fazê-lo, forrando-se preventivamente dos eventuais danos, que efetivamente acabaram por sobrevir.

Não há como pretender, assim omisso, por longos anos, na defesa da coisa adquirida, aluguéis ou soma equivalente, além de juros e correção monetária, como exige na inicial.

Justo e jurídico reputo, entretanto, haver o autor as quantias recebidas pela primeira ré em razão do mútuo, no montante de Cr\$ 180.698,30 (cento e oitenta mil, seiscentos e noventa e oito cruzeiros e trinta centavos), fls. 22/23, em 9 de agosto de 1977, monetariamente corrigidas a partir dessa data, além de juros moratórios.

De igual modo faz jus ao recebimento da quantia paga aos segundos réus em 16 de setembro de 1966, em idênticas condições e a partir dessa data, Cr\$ 50,00 (cin-

qüenta cruzeiros atuais ou cinqüenta mil, antigos), fl. 10, pela culpa **in eligendo** dos vendedores, como demonstrado.

Assim julgando, não se afastou o Juiz dos limites objetivos do pedido, para substituí-lo por outro não requerido (**circa petita**), uma vez que a prestação concedida na sentença se contém implicitamente naquele.

A quantia de Cr\$ 180.698,30 (cento e oitenta mil, seiscentos e noventa e oito cruzeiros e trinta centavos) é para o Juiz a expressão do exato valor do dano causado pela negligência da primeira ré em não agir como devera, nas circunstâncias, para cumprir a obrigação contratualmente assumida, correspondendo à efetiva perda causada ao autor.

Compensa-se essa perda com a restituição da soma dispendida pelo autor em favor da primeira ré, por infringir cláusula contratual relevante, daí resultando a justa composição.

É como se a primeira ré, na espontânea reparação do prejuízo, tivesse promovido a anulação do mútuo hipotecário, pelo desaparecimento de sua própria razão de ser, aquisição de residência para o autor.

Tal verba, indubiosamente, se contém nos mais amplos termos da inicial». (Fls. 173/177).

Concordo com o ilustre magistrado em que houve concorrência de culpa de autor e réus. Quanto ao primeiro, por omissão, como bem acentuou o MM. Juiz, além do que, também por culpa **in eligendo** e **in vigilando**, pois o procurador de Adão Guilherme de Andrade e sua mulher, na escritura outorgada ao autor, é o Sr. Francisco Carvalho de Moraes, a mesma pessoa a quem o autor passou procuração para representá-lo junto à CEF no processo administrativo de

financiamento hipotecário (fls. 13/87).

Deve pois, ser confirmada a sentença, apenas com uma pequena ressalva:

Por erro constante da escritura do autor, constou que o preço ajustado fora de Cr\$ 17.000,00, tendo ele pago no ato Cr\$ 50.000,00, em moeda corrente, e os restantes Cr\$ 16.500.000,00, emitido pela CEF em razão do mútuo.

A sentença, a pretexto de corrigir o equívoco evidente, aumentou-o, pois ora fala em Cr\$ 5.000,00, ora em Cr\$ 50.000,00, ora em Cr\$ 500,00 e Cr\$ 50,00 novos ou Cr\$ 50.000,00 antigos.

O Decreto-Lei nº 1, de 13-11-65, ao criar o cruzeiro novo e suprimir três casas decimais, transformou cada Cr\$ 1.000,00 antigos em NCr\$ 1,00, de tal sorte que, se o preço acertado foi de Cr\$ 17.000,00, em 16-9-66, é óbvio que o padrão monetário deveria ser o do cruzeiro novo, tendo sido pagos em moeda corrente NCr\$ 500,00 aos

vendedores, e não NCr\$ 50,00, como entendeu o MM. Juiz.

Feitos tais esclarecimentos, nego provimento às apelações.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 76.230 Registro nº 1.216.236 — RJ — Rel.: O Sr. Ministro Carlos Thibau. Aptes.: Fabiano de Cristo Calvet e CEF. Apdos.: os mesmos e Adão Guilherme de Andrade e cônjuge. Advogados: Drs. Newton de Almeida Cavalcanti, outro, João Fernando de Figueiredo Rocha, Ícaro Braile França e outros e Ivan da Silva Pereira e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento às apelações (em 14-8-84 — 1ª Turma).

Os Srs. Ministros Washington Bolívar e Leitão Krieger votaram com o Relator. Não compareceu o Sr. Ministro Jarbas Nobre, por motivo de licença. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Washington Bolívar.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 77.046 — RJ

(Registro nº 1.594.184)

Relator: O Sr. Ministro Flaquer Scartezzini

Apelante: Caixa Econômica Federal

Apelada: Ilda Boavista Ferreira

Advogados: Drs. João Fernando de Figueiredo Rocha e outros, José de Aguiar Dias e outros e Antônio de Pádua Fernandes Rocha

EMENTA

Civil. Consignação em pagamento. Responsabilidade.

— Ao depositário, compete as obrigações do artigo 1.266 do Código Civil. Qualquer violação àquele dever, decorrente de culpa ou dolo, induz responsabilidade civil do depositário, ficando ele obrigado a reparar o dano causado ao depositante. Outrossim, a avaliação para efeito de empréstimo notoriamente inferior ao valor real das coisas, não impõe ao mutuário a aceitação desse valor para efeito de indenização.

Apelo desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas.

Decide a 3ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, negar provimento à apelação, na forma do relatório e notas taquigráficas anexas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 14 de fevereiro de 1984 (Data do julgamento) — Ministro **Carlos Madeira**, Presidente — Ministro **Flaquer Scartezzini**, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Flaquer Scartezzini: A Caixa Econômica Federal, Filial do Rio de Janeiro, propôs ação de Consignação em Pagamento contra Ilda Boavista Ferreira, sob a alegação de que celebrara um contrato de penhor com a ré, para concessão de empréstimo no valor de Cr\$ 220.000,00.

Para garantia do empréstimo foi feito o penhor de diversas jóias, avaliadas pela CEF em Cr\$ 280.000,00.

No término do contrato, querendo a ré renová-lo, constatou-se o extravio de uma das garantias.

A CEF propôs o ressarcimento do dano, mediante o pagamento em dobro da cautela extraviada, levando-se em conta o valor atribuído à jóia quando da avaliação na efetivação do penhor, acrescido da correção monetária, segundo o convencionado na cláusula 9ª do contrato, deduzindo-se o valor do empréstimo.

A ré, recusando receber a importância consignada, de Cr\$ 36.117,97, já deduzido o valor do empréstimo, contestou o feito, entendendo irreal o valor ofertado, uma vez que aquela avaliação foi para efeito de penhor, não correspondendo à realidade.

Apresentou dois laudos de avaliação, um efetuado em junho de 1973,

avaliado um diamante solitário, colocado à mão em montagem de platina, corte oval, para efeito de seguro, no valor de Cr\$ 115.000,00 (dólares?) e outro efetuado em novembro de 1979, avaliado em aproximadamente Cr\$ 225.000,00 (dólares?) (fls. 36/39).

A autora replicou às fls. 43/48.

As fls. 76/276, foram juntadas cópias do processo administrativo, falando as partes, em seguida, produzindo prova testemunhal às fls. 307/308 e vº.

As partes debateram à fl. 309, reportando-se cada um às suas falas e às provas produzidas.

O MM. Juiz, entendendo não se tratar de dívida líquida a indenização devida pelo extravio do brilhante confiado à autora, não compensável com o saldo do empréstimo e a insuficiência do depósito, houve por bem julgar improcedente a ação, condenando a autora nas custas processuais e honorários advocatícios de 15% sobre o valor da causa. (Fls. 311/320).

A CEF, inconformada com a decisão, interpõe apelação em longo arazoado de 19 laudas (fls. 324/342), criticando a sentença e os laudos apresentados pela ré.

Tece considerações doutrinárias sobre o contrato de adesão, bem como sobre o cabimento da ação de consignação na espécie, pugnando pelo provimento da apelação.

Contra-arrazoada às fls. 345/349, a ré defende a certeza da sentença apelada, pedindo sua confirmação.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Flaquer Scartezzini: Sr. Presidente, em que pese os esforços do douto advogado da apelante, em longos arrazoados, merece subsistir a r. sentença apelada pelos seus próprios fundamentos.

O valor atribuído ao bem empenhado no contrato de fls., de fato não corresponde à realidade.

A apelante, com suporte na cláusula 9ª do contrato de penhor pugna pelo acolhimento de sua pretensão, visando desonerar-se da obrigação, consignando o valor da avaliação, em dobro, atualizado, compensando-se o débito existente.

Todavia, essa cláusula não pode prevalecer.

Em regra geral, como já tenho dito em casos semelhantes, (AC nº 74.084-RJ), as pessoas que se socorrem desse departamento da Caixa é porque estão premidas pela necessidade e, não encontrando outros meios para poderem resolver suas situações, lançam mãos dos únicos que lhes restam, o penhor de seus próprios pertences.

Ora, não se pode imaginar que alguém em tal situação, ao assinar o contrato apresentado pela instituição, tenha condições de discutir as cláusulas nela existentes e já inclusive impressas.

Por outro lado, mesmo que pudessem assim agir, a instituição jamais aceitaria ou admitiria qualquer alteração.

O contratante só teria duas opções: aceitar o contrato como lhe é apresentado, ou não realizar o negócio, continuando necessitado.

Em suma, trata-se, na verdade, de um verdadeiro contrato de adesão, este sendo contrário às normas legais vigentes, não há como prevalecer.

A CEF, com a realização do negócio, o contrato de penhor, tornou-se depositária das jóias, competindo-lhe guardá-las para restitui-las a final.

A propósito, ensinam os doutrinadores que, efetuada a tradição da coisa empenhada, o credor a recebe como depositário, respondendo como tal em face do devedor; impõe-se-

lhe, desse modo, todas as obrigações que ao depositário incumbem. (Sílvio Rodrigues, in Direito Civil, Direito das Coisas, v. 5, Saraiva, 5ª ed., 1975, pág. 331, nº 195).

Ao depositário, por sua vez, compete as obrigações do artigo 1.266 do Código Civil.

Sobre esse ponto, ensina Washington de Barros Monteiro, que o depositário deve guardar a coisa com todo o zelo, a fim de evitar-lhe o perecimento ou deterioração; deve preservá-la e defendê-la, com a mesma atenção que costuma empregar na guarda do que é seu, suposto seja ele zeloso e diligente. Qualquer violação àquele dever, decorrente de culpa ou dolo, induz responsabilidade civil do depositário, ficando ele obrigado a reparar o dano causado ao depositante. Os termos explícitos empregados pelo legislador não deixam a menor dúvida de que se trata de culpa **in concreto** (in Curso de Direito Civil, Obrigações, 2ª parte, v. 5, pág. 226, Saraiva, 13ª ed., 1978.).

Com essas considerações, nego provimento à apelação.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 77.046 — RJ — Registro nº 1.594.184 — Rel.: O Sr. Ministro Flaqueur Scartezzini. Apte.: Caixa Econômica Federal. Apda.: Ilda Boavista Ferreira. Advs.: Drs. João Fernando de Figueiredo Rocha e outros, José de Aguiar Dias e outros, e Antonio de Pádua Fernandes Rocha.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação (Em 14-2-84 — 3ª Turma). Sustentou, oralmente, pela apelada o Dr. Rui Dias.

Votaram de acordo com o Relator os Srs. Ministros Hêlio Pinheiro e Carlos Madeira. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro **Carlos Madeira**.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 77.879 — PE
(Registro nº 3.268.624)

Relator: O Sr. Ministro Torreão Braz

Apelante: SASSE — Cia. Nacional de Seguros Gerais

Apelado: José de Campos Palmeira (Rec. Adesivo fl. 169)

Advogados: Drs. Sady D'Assumpção Torres Filho, Aluisio Times e outro

EMENTA

— Contrato de compra e venda e mútuo, com garantia hipotecária.

— Ação de seguro.

— Reposição de bens destruídos ou danificados. Responsabilidade direta da seguradora perante o segurado.

— A resolução em perdas e danos e a aplicação de pena pecuniária são admissíveis apenas em ação de preceito cominatório, que tutela as obrigações de fazer ou não fazer.

— Indenização que abrange armários e estantes embutidos no imóvel objeto do sinistro.

— Sentença confirmada.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas.

Decide a 6ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, negar provimento à apelação e ao recurso adesivo, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 25 de junho de 1984 (Data do julgamento) — Ministro **Torreão Braz**, Presidente e Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro **Torreão Braz**: José de Campos Palmeira moveu ação contra a SASSE — Cia. Nacional de Seguros Gerais e, na qualidade de litisconsortes, a Caixa Econômica Federal e o Instituto de Resseguros do Brasil.

Alegou que, por escritura pública, com garantia hipotecária em favor da CEF, adquiriu um apartamento em Recife, sob a condição de promover o seguro do bem junto à SASSE, o que foi cumprido; pagou sempre as prestações pontualmente; em maio de 1977, o imóvel foi atingido pelas inundações que cobriram grande parte da cidade, resultando danos em suas dependências; comunicado o sinistro e realizada a perícia, a seguradora ofereceu a quantia total de Cr\$ 27.932,36, excluindo da reparação as estantes e armários embutidos, que não estariam cobertos pela apólice; a proposta foi recusada, por contrariar a cláusula 14ª da Apólice de Seguro; impunha-se a reparação dos danos ocasionados aos armários e estantes, bem assim a condenação da SASSE na «multa pecuniária diária de Cr\$ 1.000,00, independentemente da restauração ...», até a efetiva entrega do bem em seu anterior estado de conservação, «afora as

perdas e danos resultantes da locomoção do autor do imóvel em apreço para outro, com enormes prejuízos referentes a alugueres e outras despesas a serem apuradas em execução», acrescidas de correção monetária.

A SASSE e a CEF contestaram (fls. 37/42 e 50/57).

O Dr. Juiz Federal da 3ª Vara de Pernambuco julgou a ação procedente, em parte (fls. 132/136).

Esta Eg. 6ª Turma, provendo apelação da SASSE, anulou o processo por falta de citação do Instituto de Resseguros do Brasil (fl. 111).

Citado, o IRB respondeu (fls. 126/128).

Nova sentença foi proferida, julgando a ação procedente, em parte, para condenar a SASSE a indenizar os danos materiais causados ao imóvel, inclusive os que atingiram a estante e o armário embutidos, já constatados na perícia administrativa, com o acréscimo de custas processuais e honorários advocatícios de 20% sobre o valor da causa, excluídos da relação processual o IRB e a CEF (fls. 132/136).

Apelou a SASSE (fls. 142/145), insistindo em alegar carência de ação — vez que o autor não seria parte no contrato de seguro — e sua ilegitimidade passiva *ad causam*; no mérito, que os armários e estantes, bens móveis, não seriam indenizáveis, bem assim que, se entendidos como imóveis, não fora produzida prova de que existissem à época da celebração do contrato de seguro (Cláusula 13ª).

O autor interpôs recurso adesivo, pleiteando multa pecuniária, perdas e danos — pedidas na inicial — e honorários advocatícios de 20% sobre o valor da execução, tudo acrescido de correção monetária (Lei nº 6.899/81 — fls. 169/177).

Contra-razões às fls. 179/183.

Sem revisão (RI, artigo 33, IX).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Torreão Braz (Relator): Alega a SASSE — Companhia Nacional de Seguros Gerais, a sua ilegitimidade passiva *ad causam*, pois, de acordo com o contrato de seguro, a ação deveria ter sido proposta contra a Caixa Econômica Federal.

Não procede a alegação.

Em se tratando de reposição de bens destruídos ou danificados, o vínculo obrigacional que se forma é entre a seguradora e o segurado *ex vi* do disposto na Cláusula 13.1 da Apólice Habitacional Compreensiva (fl. 59). A Caixa Econômica Federal (estipulante) só é acionada quando ocorre o perecimento do bem imóvel ou o segurado falece ou é acometido de invalidez permanente, conforme se infere da Cláusula 12.1 da mencionada apólice, combinada com a Cláusula 7ª, § 2º, da escritura de compra e venda e de mútuo com garantia hipotecária (fl. 13).

De afastar-se, por outro lado, a pretensão do autor, deduzida em seu recurso adesivo. A resolução em perdas e danos e a aplicação de pena pecuniária somente são admissíveis em ação de preceito cominatório, que tutela as obrigações de fazer ou não fazer, a teor do que prescrevem os artigos 287, 639 e 641 do Código de Processo Civil. Esta não é a hipótese dos autos, em que o promovente pleiteia indenização, típica obrigação de dar.

A respeitável sentença apelada deu à controversia a solução que me parece justa e adequada.

Disse o seu ilustre prolator, Dr. Audaucto José de Mello (fl. 136):

«O documento de fl. 44 não deixa dúvida quanto à existência de ar-

mário e estante embutidos, embora, ali, sob a denominação genérica de «armários», os quais foram danificados.

Sabe-se que armário e estante embutidos são bens fixados, de tal maneira que se integram como parte do imóvel e assim se assemelham às portas internas de uma casa, que também podem ser retiradas mas que, no caso de um sinistro, nem sequer se deve pensar em semelhante providência.

Não tem razão a ré. O armário e a estante estavam, e estão, cobertos pelo seguro. Pensar de outra maneira é querer distorcer a verdade.

A distinção quanto à época em que foram colocados armário e estante, se antes ou depois da aquisição do apartamento, não tem nenhuma importância porque o que se discute é a existência ou não daquelas peças por ocasião do sinistro, isto porque aquele imóvel, como um todo, ou seja, compreendendo um conjunto de paredes, piso, teto, reboco, portas, armário e

estante embutidos, estava incluído na Apólice de Seguro.

Deste raciocínio não se pode fugir, em face do que dispõe a cláusula 14ª da Apólice de Seguro».

Nada mais é necessário acrescentar.

À vista do exposto, nego provimento à apelação e ao recurso adesivo.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 77.879 — PE — Registro nº 3.268.624 — Rel.: O Sr. Ministro Torreão Braz. Apte.: SASSE — Cia. Nacional de Seguros Gerais. Apdo.: José de Campos Palmeira (rec. adesivo fl. 169). Advs.: Drs. Sady D'Assumpção Torres Filho, Aluísio Times e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação e ao recurso adesivo (Em 25-6-84 — 6ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Wilson Gonçalves e Miguel Ferrante. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Torreão Braz.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 78.524 — RJ (Registro nº 4.142.497)

Relator: O Sr. Ministro Hélio Pinheiro

Apelante: União Federal

Apelada: Helena da Silva Rodrigues

Advogado: Dr. Sylvio Henriques de Siqueira

EMENTA

Processual Civil. Modificação de pedido sem consentimento do réu. Impossibilidade (CPC, artigo 264).

Feita a citação defeso é ao autor modificar o pedido ou a causa de pedir, sem o consentimento do réu (artigo 264 do CPC).

Pensão que, por disposição legal (artigo 9º, § 2º, da Lei nº 3.765/70) é, em quantitativo certo, assegurada à viúva, não tendo como ser reduzida em favor da concubina.

Sentença que se anula para que outra seja prolatada, dando pela procedência ou não da ação, nos termos do pedido formulado na inicial.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas.

Decide a 3ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, dar provimento à apelação para anular a sentença, devolvendo os autos ao Juízo de origem para que outra seja proferida na forma do pedido inicial, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 7 de agosto de 1984 (Data do julgamento) — Ministro **Carlos Madeira**, Presidente — Ministro **Helio Pinheiro**, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Helio Pinheiro: A ilustre Juíza Tania de Melo Bastos Heine assim sintetizou a hipótese que lhe foi dado julgar:

«**Helena da Silva Rodrigues**, devidamente representada, propõe a presente ação ordinária pleiteando metade da pensão militar deixada por seu companheiro, o 3º Sargento Jorge Ignácio dos Anjos, falecido em 10-9-72.

Sustenta:

a) ter vivido maritalmente com dependência econômica com o ex-militar falecido, no período de 1º de janeiro de 1966 a 10 de setembro de 1972, data do óbito, perfazendo um total de 6 anos, 8 meses e 9 dias da coabitação e dependência econômica;

b) ter havido desse concubinato os filhos Jorge Ignácio dos Anjos Filho, nascido em 15-9-66; Leocádio Rodrigues dos Anjos, nascido em

27-2-68 e Ivone Maria Rodrigues dos Anjos, nascida em 19-2-69;

c) ter-se verificado impedimento de casamento entre a suplicante e o ex-militar, pelo fato de, em todo o período da união de fato, serem ambos casados com terceiros, ele com Magnólia Rodrigues dos Anjos, sua viúva e pensionista habilitada à metade da pensão militar por ele deixada, partilhando com os filhos menores havidos do leito extraconjugal já referidos;

d) encontrar-se a suplicante, quando da mencionada união de fato, abandonada pelo marido Mário Rodrigues, falecido em 28-10-74, que deixara de prover o sustento da suplicante, por ter formado com Eurídice Rangel outro lar, do qual inclusive, houve prole;

e) não exercer a suplicante cargo ou função pública, nem receber proventos ou pensão dos cofres públicos, vivendo de trabalhos domésticos, sem dispor de emprego certo ou de recursos próprios de que possa se socorrer; e

f) estar no exercício do pátrio poder em relação aos filhos pensionistas, órfãos de pai e menores.

Fundamenta seu pedido no disposto na Lei nº 4.069/62, eis que subsistiu impedimento legal para o casamento.

Junta procuração e documentos.

Citada, a União Federal contestou alegando que quando o contribuinte, além da viúva, deixar filhos do matrimônio anterior ou de outro leito, metade da pensão respectiva pertencerá à viúva, sendo a outra metade distribuída igualmente entre os filhos habilitados na conformidade desta lei.

A viúva, pela legislação militar ou por decisão judicial, não ficou excluída do benefício, razão pela qual lhe foi deferido, juntamente com os filhos do outro leito.

Anexa informações do Ministério da Marinha.

A autora falou sobre a contestação a fls. 51/55.

Citada, a esposa Magnólia Rodrigues dos Anjos contestou a fls. 61/62 alegando que não tem fundamento a pretensão da autora, vez que, garantida por lei está a parte da ré, em razão de casamento com o **de cujus**, tendo em vista jamais ter se desquitado daquele.

O Ministério Público se manifestou à fl. 63.

Deferida a gratuidade requerida pela esposa (fl. 66).

Saneador irrecorrido à fl. 74, onde se deferiu a prova testemunhal, realizada em audiência, conforme fls. 75/76.

Razões finais da autora a fls. 78/80, de Magnólia Rodrigues dos Santos à fl. 82, da União Federal à fl. 83 — (fls. 85/87).

Julgou S. Exa. procedente em parte o pedido para condenar a União Federal a pagar à autora 1/3 da pensão deixada pelo 3º Sargento Jorge Ignácio dos Anjos, a partir de 13 de julho de 1981, como se apurar em liquidação, acrescido de juros, correção monetária e honorários advocatícios, que arbitrou em 10% do valor da execução, deixando de sujeitar o **decisum** ao duplo grau de jurisdição, com fundamento no artigo 1º da Lei nº 6.825/80.

Irresignada, apelou a União Federal (fl. 91), sustentando em seu arrazoado que a sentença ferira disposição de lei federal, além de acarretar, na pensão destinada aos filhos, diminuição, pois, se a lei a estes últimos garante a metade da pensão, destinando a outra à esposa, só pode-

ria a companheira participar, se direito tivesse, na metade deferida à esposa, ou seja, 1/4 da pensão (fls. 92/93).

Contra-arrazou a apelada (fls. 96/99).

Nesta Instância, em parecer do ilustre Subprocurador-Geral da República, Dr. Antão Valim Teixeira, manifestou-se a douta Subprocuradoria, opondo críticas à sentença, pois, a prevalecer a solução nela aventada ter-se-ia tocado no patrimônio da viúva, que sofreria redução, sem que se lhe tivesse proporcionado a oportunidade de apresentar qualquer defesa, como litisconsorte necessária, e tanto importaria na nulidade absoluta dos atos processuais, a partir de quando devesse intervir na lide.

Como a autora detém o Pátrio Poder sobre seus filhos, e há de promover-lhes o sustento, tal vem fazendo, administrando a pensão a eles deferida, certo seria conferir-lhe 50% da pensão, desta excluindo os filhos, o que atenderia a decisões deste Egrégio Tribunal, no sentido de que a companheira faz jus a 50% da pensão, quando em concorrência com a viúva.

Espera, assim, que, se acolhida a fundamentação da sentença, seja esta considerada nula, por falta de chamamento ao processo da litisconsorte necessária (fls. 104/107).

É o relatório, dispensada a revisão.

VOTO

O Sr. Ministro Hélio Pinheiro (Relator): Ao contrário do que afirmado no parecer da douta Subprocuradoria, a viúva foi chamada a integrar a lide (fl. 58v.) como litisconsorte passiva e, atendendo à citação, impugnou a pretensão da autora, realçando, inclusive, que esta terminara por alterar o fundamento do pedido, já

após a contestação apresentada pela União Federal (fls. 61/62).

Não se ressentiu, assim, a sentença da nulidade vislumbrada no parecer de fls. 104/107.

Houve, contudo, como salientado à fl. 62, modificação do pedido, após a citação, sem o consentimento da União e da litisconsorte passiva.

Assim é que, na inicial, a pretensão da autora firmava-se no sentido de, respeitada a parte da pensão destinada à viúva do 3º Sargento da Marinha, Jorge Ignácio dos Anjos, passar ela «a receber a outra metade da pensão que hoje pertence aos seus filhos menores com o ex-militar» (fl. 5).

Diz-se, então, ao término da inicial, **verbis**:

«Resume-se, pois, o pedido da suplicante em obter a transferência para o seu nome das cotas-partes da pensão em cujo gozo se encontram seus filhos constantes do item 2 desta petição deixada pelo ex-militar, ficando a seu cargo, a aplicação desses recursos, a manutenção da casa em que reside com os três filhos do casal.

O pedido

A suplicante pede e espera lhe seja deferida a pensão militar correspondente, na totalidade, à metade do valor da pensão deixada pelo **de cujus**, constituindo-se da soma das pensões concedidas aos filhos do ex-militar, Jorge Ignácio dos Anjos Filho (Título de Pensão Militar nº 19.141), Leocádio Rodrigues dos Anjos (Título de Pensão Militar nº 19.140) e Ivone Maria Rodrigues dos Anjos (Título de Pensão Militar nº 19.139), que serão suspensas» — (fls. 5/6).

Após ser contestada a ação pela União (fls. 36/37) e sem a anuência

desta, modificou a autora o fundamento do pedido, de modo substancial, ao fazê-lo dizendo que o vinha «renovar e reformular» (fls. 51/55).

Tanto, porém, em face do disposto no artigo 264 do Código de Processo Civil, lhe era defeso fazer sem a aquiescência da ré, sendo de ressaltar-se que, **in casu**, tal alteração foi objeto de repulsa pela litisconsorte (fls. 61/62).

Foi, entretanto, essa pretensão, viçiosamente formulada, que em detrimento ao quantitativo da pensão até então assegurada à viúva, veio a ser consagrada pela douta prolatora da respeitável sentença apelada.

Recebia a viúva de Jorge Ignácio dos Anjos a metade da pensão por ele deixada, a outra metade sendo destinada aos filhos que ele tivera da sua união com a Autora, esse direito lhes sendo assegurado por força do disposto o § 2º do artigo 9º da Lei nº 3.765, de 4 de maio de 1960, a determinar que:

«Quando o contribuinte, além da viúva, deixar filhos do matrimônio anterior ou de outro leito, metade da pensão respectiva pertencerá à viúva, sendo a outra metade distribuída igualmente entre os filhos habilitados na conformidade desta lei».

Na decisão apelada, sua ilustre prolatora, procurando respaldar-se nos parágrafos 3º, 4º e 5º do artigo 4º da Lei nº 4.069/62, e ainda na regra consagrada pelo artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, entendeu de dividir a pensão deixada pelo **de cujus** em três partes, incluindo a autora entre os beneficiários, a partir da propositura da ação.

Beneficiou em tais condições a companheira em detrimento, porém, da pensão que por força de lei era,

em quantitativo certo assegurada à viúva.

Reduziu, igualmente, o valor da pensão devida aos filhos do **de cujus**, pelo que razão, **data maxima venia** da ilustre julgadora, assiste à União quando sustenta que a respeitável sentença recorrida, nos termos em que posta, feriu disposição de lei.

Dou assim, provimento à apelação da União Federal para anular a respeitável sentença de fls. 85/89, a fim de que outra seja prolatada, dando pela procedência ou não do pedido, nos termos em que formulado na inicial.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 78.524 — RJ — Registro nº 4.142.497 — Rel.: O Sr. Ministro Hélio Pinheiro. Apte.: União Federal. Apda.: Helena da Silva Rodrigues Adv.: Dr. Sylvio Henriques de Siqueira.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento à apelação para anular a sentença, devolvendo os autos ao Juízo de origem para que outra seja proferida na forma do pedido inicial (Em 7-8-84 — 3ª Turma).

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Carlos Madeira e Adhemar Raymundo.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Carlos Madeira.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 79.416 — SP

(Registro nº 595.284)

Relator: O Sr. Ministro Pádua Ribeiro

Apelantes: SASSE — Cia. Nacional de Seguros Gerais, Caixa Econômica Federal — CEF, Instituto de Resseguros do Brasil

Apelado: Oswaldo do Couto Dias — espólio

Advogados: Drs. Wilson Arantes e outros (1ª Apte.), Eduardo Lopes da Silva Neto e outro (2ª Apte.), Ruy César Nunes Pereira e outros (3ª Apte.) e Paulo Gonçalves Costa (Apdo.)

EMENTA

Seguro em grupo. Invalidez permanente. Contrato independente de exame médico. Inocorrência de declarações falsas. Ação procedente. Participação do IRB no processo. Aplicação do artigo 68 do Decreto-Lei nº 73, de 21-11-66.

I — Na modalidade de seguro em grupo que independe de exame médico, a seguradora apóia-se nas perspectivas favoráveis do contrato que resultam das previsões atuariais. Daí concluir-se que o risco coberto com largueza, pela vantagem, na facilidade da adesão. Precedentes jurisprudenciais.

II — O IRB só integra a lide, como litisconsorte necessário, se a sociedade seguradora declarar, na contestação, que participa na soma reclamada, hipótese que, no caso, não ocorreu.

III — Apelação do IRB provida. Recurso da CEF e do SASSE desprovidos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que são partes as acima indicadas.

Decide a 4ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade dar provimento ao apelo do Instituto de Resseguros do Brasil, para o fim de excluí-lo da condenação e, aos demais recursos, negar provimento, na forma do relatório e notas taquigráficas anexas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 8 de outubro de 1984 — (Data do julgamento). — Ministro Carlos Velloso, Presidente — Ministro Pádua Ribeiro, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Pádua Ribeiro: Leio na sentença (fls. 162/164):

«O Dr. Oswaldo do Couto Dias, qualificado à fl. 2, hoje substituído por seu Espólio (fl. 149v.) moveu a presente ação ordinária contra a Caixa Econômica Federal (CEF), a SASSE — Companhia Nacional de Seguros e o Instituto Resseguros do Brasil (IRB), alegando:

Que, conforme a escritura de mútuo com garantia hipotecária de fl. 13, tornou prestamista da CEF em 14 de dezembro de 1973. Que embora, desde então, pagasse o prêmio do seguro contra fogo do bem dado em garantia, atendendo o ofício circular da CEF, tornou-se segurado também, por apólice compreensiva, a partir de 1-1-1976 (fl. 16), contra os riscos de vida e invalidez permanente garantindo o prestamista segurado, nos casos dos eventos a quitação do débito hipotecário em aberto, com uma carência de um ano, ou seja a cobertura dos riscos de vida e invalidez permanente só passaria a vigir a 1-1-77.

Aconteceu que no ano de 1977, teve então o autor problemas de saúde que lhe acarretaram uma incapacidade para o seu mister de médico o que foi comunicado à CEF, por carta datada de 24-10-77, esperando fosse submetido à Junta Médica. O laudo elaborado pelos peritos da ré SASSE (fl. 19), datado de 13 de março de 1978, concluiu pela invalidez permanente do segurado, filiando-a à doença que o acometera em 22 de dezembro de 1973, muito embora sejam claros que quando assinara o contrato (fl. 24) não sofria do mal que acarretou sua invalidez e quando dela acometido submeteu-se aos tratamentos preconizados, entendendo que sua invalidez data de 22-12-1973 (fl. 25).

O réu IRB entendendo que o autor quando aderiu ao seguro compreensivo já estava acometido da invalidez negou cobertura ratificada pela ré SASSE.

Trazendo à colação doutrina e jurisprudência que reputa em seu prol, pede a citação dos réus para que lhes pague a importância a que teria direito na data da propositura equivalente, a 5566, 58917 UPC com os seus corolários legais.

Citados, contestaram os réus:

À fl. 48, contesta a ré SASSE alegando inépcia da inicial pois nunca poderia pagar o sinistro do autor e sim à CEF para que esta considerasse extinto o débito hipotecário. No mérito defende a não cobertura do risco que *in casu* não era futuro quando da inclusão do autor no seguro compreensivo, como lhe respondeu o réu IRB (fls. 66/67), a cujas decisões se acham vinculadas pelo artigo 65 do Decreto-Lei nº 65 (fl. 59).

À fl. 76 contesta a ré CEF:

Argumenta preliminarmente que como não seguradora que não recebe prêmios de seguro não estaria

obrigada a pagar o risco ao autor e sim recebê-lo da ré SASSE sendo sua obrigação então quitar a hipoteca para com o autor, nunca pagar-lhe o que entende no mérito impossível pois o seguro não foi para risco futuro.

A fl. 83 o então autor rebateu as preliminares de fls. 48/76.

Encontra-se à fl. 87 a contestação do réu IRB: em preliminar alega não ser réu e sim litisconsorte obrigatório da ré seguradora e, no mérito, entende o seguro inexistente pois o então autor se omitiu ao não incluir dados essenciais alistando doutrina e jurisprudência que entende a seu favor, sobre declarações falsas do segurado.

A preliminar do réu IRB foi rebatida pelo então autor à fl. 107 que sendo ele litisconsorte obrigatório e necessário só poderia ser citado para responder como réu.

O feito foi saneado à fl. 141 v. por despacho irrecorrido em que foram rejeitadas todas as preliminares e admitida as provas pessoais a serem providenciadas em tempo hábil para a audiência designada.

A fl. 143 a inventariante do espólio do autor comunica seu falecimento e, assim, o espólio passou a figurar no pólo ativo do processo (fl. 149 v.).

Em audiência (fl. 151) o autor trouxe à colação os documentos de fls. 153/159 sobre o que falaram os réus e pede a procedência da ação pelos argumentos já aduzidos no processo. A ré CEF insiste na carência de ação contra ela. A ré SASSE pede a improcedência. O réu IRB reitera a nulidade do seguro por falsas declarações e argumenta com as cláusulas do seguro, à fl. 156, para pedir a improcedência.

A Procuradoria da República, na oportunidade, apoiou as manifestações dos réus».

Apreciando a controvérsia, assim decidiu o MM Juiz Federal a quo (fl. 167):

«Nestas condições é a ação de ser julgada procedente contra todos os réus solidariamente.

É o que decido, reconhecendo a procedência da ação, condenando a ressarcirem o espólio do então autor as importâncias indevidamente recebidas, a partir da sua invalidez permanente, fixada como ocorrida a 13 de março de 1978 data do laudo médico de fl. 19, até a eventual quitação do mútuo pelo óbito, fato superveniente mas que não pode ser considerado sem que com isto esteja o julgamento **extra petita**, as importâncias a serem apuradas, em execução, serão acrescidas de juros moratórios de 6% (seis por cento) ao ano, contados na forma da lei e bem assim, de correção monetária e medida dos paulatinos recebimentos a serem apurados em execução. Ficam a cargo dos réus as custas e despesas processuais bem como honorários dos advogados do autor que fixo em 15% (quinze por cento) do principal a ser apurado em execução».

Apelou o Sasse (fls. 171/176). Diz, em síntese, que o seguro cobre risco futuro, sendo, pois, aleatório; por isso, admitir, em 1975, ou 1976, cobertura para o risco verificado em 1973, é desnaturar o contrato de seguro e negar a **alea**. Pede a reforma da sentença.

Apelou, também, a CEF (fls. 177/186). Diz que não lhe cabe devolver as importâncias, a que se refere a sentença, ao espólio recorrido, pois não recebeu nenhuma importância que não fosse devida, porque o segurado já era inválido desde 22-12-73. Acrescenta que, a caber o pagamento de alguma condenação, incumbe ao SASSE fazê-lo, já que essa responsabilidade é insita à Seguradora

e ao Instituto. Nesse sentido, afirma que lhe cabe apenas ser indenizado pelo sinistro e, então, dar quitação de toda a hipoteca que pesa sobre o imóvel ou imóveis dados em garantia, através do contrato de 14-12-73. Conclui por pedir, reportando-se às preliminares deduzidas na contestação, que seja decretada a carência da ação, ou, então, a inépcia da inicial, relativamente a ela, CEF.

Apelou, finalmente, o IRB (fls. 188-194). Sustenta que é estranho ao contrato de seguro, sendo o autor carecedor de ação direta contra ele, à vista do artigo 68, § 3º, do Decreto-Lei nº 73/66. No mérito, pede a improcedência da ação.

Contra-arrazoados os recursos (fls. 196/214), subiram os autos, que me vieram distribuídos.

Dispensada a revisão.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Pádua Ribeiro (Relator): Ao acolher a demanda, aduziu a sentença (fls. 164/167):

«Nas condições gerais do contrato de Seguro Habitacional em que a CEF é a estipulante, os segurados são os mutuários que a ele aderiram, e a seguradora é a SASSE, muito embora para a automaticidade de cobertura, os segurados deveriam atestar as suas condições de saúde na ficha sócio-econômica que lhes fora exigida quando da contratação com a mutuante. Esta declaração não lhe foi exigida no seu preenchimento e nem dela constava item apropriado (confira-se fls. 153/154) e nem na circular de estipulante o mesmo era obrigatório — no item 1.3 (fl. 16), a declaração de saúde só era necessária para eliminar o período de carência. Vejamos:

«1.3 Esse novo seguro tem uma carência de um ano para que passem a vigorar as coberturas

de vida e invalidez permanente. Vale dizer, até 31-12-76, não haverá garantia desses riscos (embora o prêmio seja cobrado), salvo se você assinar uma declaração de saúde».

Vale dizer a comunicação de estipulante ao mutuário-segurado só exigia a declaração de saúde para ser evitado por este o período de carência e que para sinistro (fl. 17):

«2.1.2. Na eventualidade da ocorrência do sinistro, o respectivo processo será montado sem as peças dispensadas pelo presente, à exceção da ficha sócio-econômica que será substituída por qualquer documento equivalente, que contenha os dados principais dessa ficha, constante do processo de financiamento».

A inclusão do mutuário no seguro compreensivo era automática (fl. 16):

«1.2.1 Ao incluí-lo automaticamente ... »

Como vemos o segurado mutuário não tinha acesso às condições gerais do seguro que era providenciado pela estipulante CEF, conforme a circular, e não lhe foi pedida obrigatoriamente qualquer declaração de saúde, nos termos da cláusula 6.2 (fl. 156).

Não houve, portanto, por parte do então mutuário e segurado qualquer declaração falsa ou omissão que invalidasse a cobertura.

O então mutuário só se considerou definitivamente inválido, fazendo a comunicação do sinistro à CEF, em 28-10-77 (fl. 27) quando se considerou inválido.

O laudo médico fls. 19/25, datado de 13-3-78, verificou a invalidez naquele momento e a fez retroagir a 22-12-73, reconhecendo, entretanto, que após 22-12-73, o paciente continuou em tratamento para debelar

a doença que acarretou a invalidez (fl. 24) como se verifica:

«6. O paciente submeteu-se a tratamento especial para debelar a doença que acarretou sua invalidez?»

«R.: Sim, em 25-12-73.»

Portanto, não se pode afirmar desde logo como concluíram os facultativos signatários do laudo, que o então autor desde então tivesse uma invalidez permanente. Se assim não fosse para que os tratamentos especiais para debelar a doença que acarretou sua invalidez?

Quando, portanto torná-la definitiva? Evidente de sua «constatação clínica» (cláusula 4.1.2.2. fl. 156) ou seja a «data do laudo» pois a retroação feita no mesmo é contraditória quando afirma que após o insulto (22-12-73) o mutuário-segurado continuou seu tratamento para debelar o mal, obviamente, afastando-se desde então a invalidez definitiva.

A CEF era quem tratara dos interesses do segurado, como estipulante perante a seguradora incluindo-a automaticamente no seguro, cujas minúcias de condições não lhe deu conhecimento. Agora não pode simplesmente, dada a recusa infundada da seguradora e do seu segurador, pretender lavar as mãos do problema.

Outrossim a seguradora, dada a sua recusa infundada, pois o segurado não infringiu nenhuma condição do seguro e qualquer obrigação legal negar a dar a competente cobertura, mesmo que se tenha como válida a obrigação de acatar as decisões do seu segurador — o problema é do SASSE em relação ao IRB pois evidentemente este não tem qualquer vinculação com o segurado inicialmente, o que só vem ocorrer em Juízo, pois não é de se admitir um litisconsorte necessário

de um réu que não possa perante o autor responder.

O pedido do autor nada tem de juridicamente impossível — não reconhecido o sinistro na data própria (13-3-78, data do laudo médico) obrigou o mesmo até a propositura da ação a continuar pagando a mutuante as prestações mensais inclusive o prêmio do seguro, possivelmente até a morte do então autor (15-1-79, fl. 144) risco futuro também coberto, mas que não é objeto desta ação e que por sua materialidade é de se presumir que não foi contestado pela seguradora e pela contratante para quitar o contrato mesmo para os sucessores do mutuário».

Após assim argumentar concluiu, em resumo, por determinar aos réus solidariamente a restituírem ao espólio as importâncias indevidamente recebidas, desde a invalidez do autor, fixada em 13-3-78, até a eventual quitação do mútuo pelo óbito, fato superveniente que não considerou, a fim de não proferir julgamento **extra petita** com os acréscimos que estabeleceu (juros moratórios, correção monetária, custas, despesas processuais e honorários advocatícios).

II

As preliminares de carência da ação e inépcia da inicial, deduzidas no recurso da CEF, foram decididas pelo despacho saneador de fl. 141 v. que permaneceu irrecorrido. Trata-se, pois, de matéria preclusa, que, a esta altura, não pode ser reexaminada.

III

A preliminar de ilegitimidade de parte do IRB foi, também, repelida pelo saneador com trânsito em julgado, que, a propósito disse (fl. 141 v.):

«Quanto à de fl. 87, embora juridicamente procedente, é de ser considerada superada — estando já o Instituto de Resseguros nos autos, não é de se acolher essa preliminar de chamamento a eles irregularmente, pois atenta contra a economia processual».

No entanto, segundo a lei o IRB deveria ter sido excluído do processo. Com efeito, dispõe o Decreto-Lei nº 73, de 21-11-66:

«Art. 68. O IRB será considerado litisconsorte necessário nas ações de seguro, sempre que tiver responsabilidade no pedido.

§ 1º. A Sociedade Seguradora deverá declarar na contestação, se o IRB participa da soma reclamada. Sendo o caso, o Juiz mandará citar o Instituto e manterá sobrestado o andamento do feito até a efetivação da medida processual.

§ 2º. O IRB responderá no foro em que for demanda a Sociedade Seguradora.

§ 3º. O IRB não responde diretamente perante os segurados pelo montante assumido em resseguro.

§ 4º. Nas ações executivas de seguro e nas execuções de sentença, não terá eficácia a penhora feita antes da citação da Sociedade Seguradora e do IRB.

§ 5º. Nas louvações de peritos, caberá ao IRB a indicação, se não houver acordo com as Sociedades Seguradoras.

§ 6º. As sentenças proferidas com inobservância deste artigo serão nulas».

Na espécie, logo na petição inicial pediu-se a citação do IRB que compareceu para dizer que a sua presença no feito só poderia dar-se no caso de litisconsórcio ulterior e não de litisconsórcio inicial. Todavia, conforme assinalado, tal preliminar foi definitivamente repelida no saneador.

O que resta agora — certo de que a sua presença nos autos era dispensável, vez que não declarada, pelo SASSE, na contestação, a sua participação na soma reclamada — é afastável da condenação se, em face do exame do mérito, que, a seguir será apreciado, se concluir pela procedência da demanda.

IV

No mérito, penso que decidiu, com acerto, a sentença considerando-se a peculiaridade do caso concreto. A propósito da interpretação das cláusulas do contrato de seguro, são inteiramente pertinentes as advertências feitas pelo Desembargador Ziegler de Paula Bueno, no julgado constante da Revista dos Tribunais nº 316, págs. 212/222, invocado pelo autor, do qual destacou este trecho (fls. 205/206):

«... Os segurados se limitam, passivamente, a aceitar as condições de antemão redigidas pela Seguradora» e costumeiramente constantes de uma fórmula geral impressa. Os segurados são atraídos ao seguro pela modicidade do prêmio e geralmente o aceitam na suposição de contratar um seguro de vida barato, mas nos moldes gerais do seguro individual. Nenhum empenho se nota por parte das Seguradoras, em esclarecer devidamente os candidatos, tais como a transitoriedade do seguro e a possibilidade de ser o mesmo cancelado, sem restituição dos prêmios pagos e, talvez, no justo momento em que mais se faça necessário ao segurado. Ingenuidade seria esperar-se dos agentes de seguro o leal esclarecimento desses aspectos menos satisfatórios do negócio, mesmo porque tal franqueza seria, nos meios comerciais apodada de desatino, tal como o comerciante que destacasse os de-

feitos da mercadoria que tem à venda.

... Tendo o Juiz de interpretar esse contrato em que toda a iniciativa provém de uma das partes e em que todas as cláusulas são estudadas e redigidas por essa parte, limitando-se a outra a aceitá-las sem desempenhar papel algum no lançamento das condições, é natural que o faça de modo a suprir, se necessário, a inferioridade de uma das partes, a favor dela decidindo as cláusulas obscuras, mal redigidas ou contrárias aos princípios de direito ou da equidade. Esse o critério preconizado para a interpretação judicial dos contratos de adesão».

Ademais, em reforço dos fundamentos deduzidos no decisório monocrático, merecem ser transcritos estes incisivos argumentos trazidos pelo apelado nas suas contra-razões, com apoio em precedentes jurisprudenciais (fls. 210-214):

«O contrato de financiamento com a Caixa Econômica Federal foi assinado em 14 de dezembro de 1973 (vide documento de fls. 11/15 verso); o laudo solicitado pela seguradora é datado de 13 de março de 1978 (fl. 19), enquanto que o aviso do segurado à estipulante con-signa a data de 28 de outubro de 1977 (fl. 27). A inclusão na apólice de seguro, deu-se em janeiro de 1976 (fl. 27) «automaticamente», com carência de um ano (fl. 16).

Não estava obrigado a qualquer declaração de saúde, como deflui dos termos da cláusula 6.2 da apólice hipotecária (vide fl. 156). A circunstância impede falar-se em declaração falsa ou omissão que invalidasse a cobertura.

9.2 — O juízo de previsibilidade de infarto do miocárdio, que entendeu a apelante assacar, porque o então autor era médico, não tem qualquer credibilidade.

Realmente, se assim pudesse ser considerado, em larga escala, estaria debelado o evento, que pudesse produzir a moléstia. Em outros termos, médicos não morreriam do mal.

Entretanto, há que se ponderar que o então autor, que se tornara inválido, por infarto do miocárdio, em 22 de dezembro de 1973, vem a falecer, somente 6 anos após, com a idade de 71 anos, tendo como **causa mortis**, «embolia maciça do pulmão» (vide fl. 145).

9.3 — Ora, é sabido que o seguro era em grupo, não se permitindo ou exigindo qualquer declaração de saúde.

Sendo assim:

«Seguro de vida — Pagamento — Óbito ocorrido poucos dias depois da entrada em vigor da apólice — irrelevância — Hipótese de seguro em grupo, no qual o exame médico é dispensável — Pagamento devido — Recurso não provido». (Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo — vol. 66, páginas 161 a 164).

Do julgado, que se encontra xerox juntada às fls. 158/159 dos autos, convém ressaltar alguns pontos integralmente aplicáveis à discussão:

«Ora, é sabido que a ética médica brasileira impede que se diga ao paciente que este se encontra com pouco tempo de vida em razão da doença, sendo comum, a exemplo, cancerosos morrerem ignorando a moléstia que estão portando (RT 487/182). E, no que se refere às doenças do coração, até os próprios médicos procuram não apavorar o paciente, a fim de que não se agrave a enfermidade, eis que é normal fazer com que o cardíaco «não se preocupe demasiado pelo medo de so-

frer de uma doença do coração». Cf. Justus J. Schiefferes «Enciclopédia Médica Familiar, Dist. Record, 1964, pág. 114).

«E, conforme enfatizado pelo Excelso Pretório, «se ao fazer declarações incompletas o segurado não obrou de má fé, por não ter ciência exata do seu estado de saúde, subsiste a obrigação dos seguradores (RF 197/102). Justo, portanto, como já se decidiu em idêntico caso, que «se presume antes a favor de quem mais perde e não de quem mais ganha que perde (RT 487/182), pois, conforme regra seguida pelo 1º TACiv, «na dúvida o segurador responde pela obrigação» (RT 401/247; 452/109 e 440/152).

«Idêntico, aliás, é o entendimento médico: «muitos doentes podem viver 10 a 20 anos depois de feito o diagnóstico de insuficiência cardíaca (Cf. Justus J. Schiefferes. ob. cit., pág. 112).

10.1. — De tudo que dos autos consta, sobreleva a incensurabilidade do recorrido.

A jurisprudência de nossos Tribunais — fonte informativa e intelectual do direito, aplicadora e intérprete da Lei — tem entendido, em reiteradas oportunidades, ser devido o pagamento do seguro, em hipóteses, como a discutida.

Em realidade, já se decidiu que:

«Seguro de vida em grupo — Segurado, vítima de tumor maligno, falecido poucos meses após o contrato — Boa fé — Alegação pela seguradora — Inadmissibilidade — Exame médico não exigido nem outros esclarecimentos sobre as declarações prestadas — Ação executiva procedente.

Tratando-se de seguro de vida em grupo, desde que não exigido exame médico do segurado, ou outros esclarecimentos sobre as declarações prestadas quando da feitura do contrato, limitando-se o proponente a dar sua aquiescência ao desconto do prêmio na sua folha de pagamento, não é possível falar-se na ausência de boa fé do segurado ou de seu beneficiário.

(Revista dos Tribunais, vol. 440, pág. 152).

«Seguro de vida — Contrato independente de exame médico — Inocorrência de declarações falsas — Morte do segurado — Pagamento devido — Ação procedente.

Na modalidade de seguro de vida que independe de exame médico, a seguradora apóia-se nas perspectivas favoráveis do seguro que resultam das previsões atuariais. Daí concluir-se que o risco é coberto com largueza, pela vantagem, na facilidade da adesão.» (Rev. dos Tribunais, 458, pág. 184).

«Seguro de vida em grupo — Segurado que ao fazer o seguro já era portador de moléstia cardíaca da qual veio a falecer meses depois — Doença cujo estado, segundo o laudo médico-pericial, não permitia previsão de desenlace a curto prazo — Inocorrência de má fé — Não infringência do art. 1.444 do Código Civil — Procedência da execução — Sentença confirmada.

(Julgados dos Tribunais de Alçada Civil de São Paulo — volume 46, página 46).»

V

À vista do exposto, acolho apenas a apelação do IRB para o fim de excluí-lo da condenação e nego provimento aos recursos da CEF e do SASSE.

EXTRATO DA MINUTA

Ac nº 79.416 — SP — (Reg. nº 595.284) — Rel.: Sr. Ministro Pádua Ribeiro. Apelantes: SASSE — Cia. Nacional de Seguros Gerais, Caixa Econômica Federal — CEF e Instituto de Resseguros do Brasil. Apelado: Oswaldo do Couto Dias — Espó-

lio. Advogados: Dr. Wilson Arantes e outros (1º Apte.). Dr. Eduardo Lopes da Silva Neto e outro (2º Apte.), Dr. Ruy César Nunes Pereira e outros (3ª Apte.) e Dr. Paulo Gonçalves Costa (Apdo.).

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao apelo do Instituto de Resseguros do Brasil, para o fim de excluí-lo da condenação e, nos demais recursos negou provimento. Impedido o Sr. Ministro Armando Rollemberg.

Os Srs. Ministros Carlos Velloso e Pedro Acioli votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Carlos Velloso.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 81.903 — RS

(Registro nº 2.844.230)

Relator: O Sr. Ministro Armando Rollemberg

Apelante: IAPAS

Recurso Adesivo: TURINVEST S.A. — Hotéis e Turismo — fl. 270

Apelado: TURINVEST S.A. — Hotéis e Turismo

Advogados: Drs. Mariano A. de Oliveira Callegaro, outros, Carlos Lied Sessegolo e outros

EMENTA

«Execução fiscal para cobrança de débito relativo a FGTS. Dedução de pagamentos feitos diretamente a empregados. Se no artigo 2º da Lei nº 5.107/66 foi prevista a possibilidade de o empregado acionar a empresa empregadora para que efetue o depósito, e se lhe cabe o direito de levantar a quantia depositada quando houver rescisão do contrato (artigos 7º e 8º do citado diploma legal), não há como deixar-se de considerar como efetuados, para os fins do FGTS, os pagamentos feitos pelo empregador perante a Justiça do Trabalho, fato que, no caso concreto, tornou a dívida ilíquida e incerta, não sendo possível a sua cobrança por via de execução fiscal, porque não fixada na perícia a importância correspondente a tais pagamentos e nem trazida aos autos, antes da sentença, nova certidão da dívida. Embargos do devedor julgados inteiramente procedentes».

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos, em que são partes as acima indicadas.

Decide a 4ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, negar provimento à apelação do IAPAS e dar provimento ao recurso adesivo do embargante, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 16 de abril de 1984 (Data do julgamento) — Ministro **Armando Rollemberg**, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro **Armando Rollemberg**: TURINVEST S.A. Hotéis e Turismo, sediada em Porto Alegre, opôs embargos à execução fiscal que lhe propusera o IAPAS para cobrar dívida relativa a depósitos para o FGTS, alegando que parte do valor cobrado fora pago diretamente a empregados que tiveram rescindidos os contratos de trabalho, o que tornava incerta a quantia cobrada e, conseqüentemente, inadmissível a cobrança por via de execução.

Impugnando os embargos o IAPAS suscitou preliminar de intempestividade da apresentação respectiva, defeito na representação do embargante e inépcia da inicial, porque ajuizada contra o IAPAS quando o interesse em litígio era do BNH e, quanto ao mérito, que o fato de haver sido feito pagamento diretamente aos empregados não era apto a tornar incerta a quantia devida.

Houve perícia e, a seguir, a sentença rejeitou as preliminares e a arguição relativa ao mérito, e concluiu:

«Isto posto, julgo parcialmente procedentes os embargos, para que sejam deduzidas do débito inscrito as parcelas pagas a título de fundo de garantia por tempo de serviço

aos reclamantes que tiveram reconhecidos seus direitos por condenação ou acordo na Justiça do Trabalho, relacionados no laudo pericial, conforme se apurar em execução. Condene, ainda, embargante e embargada a pagarem honorários de advogado de 10% sobre o valor das respectivas condenações, entendendo-se como tais o montante das deduções e o saldo remanescente, e honorários de perito, calculados em 8 salários de referência, divididos proporcionalmente, assim como as custas».

O IAPAS apelou reiterando a alegação de impossibilidade de considerar-se como resgatada a parte do débito relativa a pagamentos feitos diretamente aos empregados, e que, de qualquer sorte, não existiria sucumbência que justificasse as cominações da sentença relativas a custas e honorários.

De sua vez a embargante interpôs recurso adesivo sustentando que, reconhecido, como fora, pela sentença, que parte do débito já havia sido paga e que a parcela restante teria que ser apurada, a solução adequada era o julgamento pela procedência total dos embargos.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro **Armando Rollemberg** (Relator): As preliminares suscitadas pelo IAPAS na impugnação dos embargos foram bem rechaçadas pela sentença nos termos seguintes:

«1. Quanto à tempestividade dos embargos, decidiu o despacho de fl. 37, considerando-os tempestivos, com base em anotação feita na inicial pela secretaria (fl. 2).

2. A preliminar de ilegitimidade **ad processum**, argüida pelo embargado, segundo a qual, a pessoa jurídica da embargante não se

achava devidamente representada, não pode prosperar, porquanto a procuração (fl. 9) é assinada pelo diretor-financeiro (fl. 35), que em Juízo trabalhista (fl. 71) já representou a embargante, como proposto, não constituindo irregularidade a sua presença neste Juízo, defendendo os interesses da embargante.

A inépcia por motivo de haver a embargante aforado a causa contra o IAPAS quando o interesse em litígio é do BNH, não pode ser reconhecida, pela simples razão de que a lei prevê a cobrança do crédito do BNH pelo IAPAS, o que foi ressaltado na própria impugnação (fl. 17). Ademais, o art. 20 da Lei nº 5.107/66 prevê que a Previdência Social procederá em Juízo em nome do Banco Nacional da Habitação».

Quanto ao mérito acertadamente acentuou o MM. Juiz que as contribuições para o FGTS pagas pelo empregador diretamente ao empregado, devem ser abatidas do débito que tiver a respeito, pois se no artigo 2º da Lei nº 5.107/66 foi prevista a possibilidade de o empregado acionar a empresa empregadora para, que efetue o depósito, e se lhe cabe o direito de levantar a quantia depositada quando houver rescisão do contrato (arts. 7º e 8º do citado diploma legal) não há como deixar-se de considerar como efetuados para os fins do FGTS, os pagamentos feitos pelo empregador perante a Justiça do Trabalho.

De tal fato, contudo, salvo se proposta a execução mencionando um a um dos empregados aos quais correspondem os depósitos não efetuados, decorre tornar-se a dívida ilíquida e incerta, não sendo possível a sua cobrança por via de execução fiscal.

No caso dos autos, aliás, onde foi efetuada perícia, tal impossibilidade poderia haver sido afastada pelo embargado trazendo aos autos, antes da sentença, nova certidão da dívida.

Não o tendo feito, impõe-se o provimento do recurso adesivo, para julgar os embargos inteiramente procedentes, e o desprovimento da apelação do IAPAS.

É em tais termos que voto.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 81.903 — RS — (Reg. nº 2.844.230) — Rel.: Sr. Ministro Armando Rollemberg. Apte.: IAPAS. Rec. Adesivo: TURINVEST S.A. — Hotéis e Turismo — fl. 270. Apdo.: TURINVEST S.A. — Hotéis e Turismo. Advs.: Drs. Mariano A. de Oliveira Callegaro, outros, Carlos Lied Sessegolo e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação do IAPAS e deu provimento ao recurso adesivo do embargante (Em 16-4-84 — 4ª Turma).

Os Srs. Ministros Carlos Velloso e Bueno de Souza votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Armando Rollemberg.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 83.320 — RJ (Registro nº 3.069.451)

Relator: O Sr. Ministro Moacir Catunda

Relator para o Acórdão: O Sr. Ministro Sebastião Reis

Apelante: DNER

Apelada: Suely de Carvalho da Silva

Advogados: Dr. Jorge Miras e outros

EMENTA

Administrativo. Desapropriação. Oferta. Correção monetária.

O valor da oferta pertence ao expropriado, fluindo, em seu favor, a correção monetária respectiva, contada pela Caixa Econômica Federal.

Precedentes da Segunda Seção.

Negou-se provimento ao recurso voluntário.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas.

Decide a 5ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por maioria, negar provimento ao recurso voluntário, vencido o Senhor Ministro-Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 19 de outubro de 1983 (Data de julgamento) — Ministro Moacir Catunda, Presidente — Ministro Sebastião Reis, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Moacir Catunda: Em ação de desapropriação proposta pelo DNER contra Suely de Carvalho da Silva, foi a autarquia-expropriante condenada no pagamento indenizatório de Cr\$ 15.800,00, quantia mantida pelo Tribunal após apelação do DNER.

Na Vara de origem foram elaborados os cálculos de liquidação de fl. 124, homologados depois de impugnação da expropriante, que apelou para que «seja deduzido do pagamento final o preço da oferta com os acréscimos, já sofridos, até a data da liquidação» (fls. 132/134).

Não houve contra-razões.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Moacir Catunda: Dispõe o Decreto-Lei nº 3.365, de 21-6-41 (Lei das Desapropriações), no artigo 33, que o depósito do preço fixado por sentença, à disposição do Juiz da causa, é considerado pagamento prévio da indenização. Requisito fundamental, destarte, para que o depósito seja considerado como pagamento antecipado da reparação, é que sua fixação tenha sido feita por sentença judicial, que lhe transfunde a virtude de justiça, pelo menos provisoriamente. Sem a concorrência do indicado requisito, o depósito é considerado como simples oferta do desapropriante, sem qualquer virtude de pagamento antecipado da indenização.

No caso vertente, como ressei da folheatura dos autos, não houve sentença, nem arbitramento judicial anterior do preço, com as solenidades do artigo 15 do citado diploma legal, porém, mero depósito da oferta, do qual o desapropriado, que é revel, não levantou 80%, como lhe faculta o § 2º, do citado artigo 33.

O depósito da oferta, feito nas condições expostas, traduz apenas um meio de colocar o preço estimado unilateralmente, pelo desapropriante, à disposição do Juiz para lhe dar destino conveniente e legal, como ensina Seabra Fagundes, in Desapropriação — pág. 448, nº 562, não sendo razoável considerá-lo começo de pagamento, até porque este se objetiva

com a entrega da quantia ao desapropriado. Ora, se o proprietário não tem o poder de dispor do preço ofertado, posto à disposição da Justiça, não é possível, sem violentar-se o sentido das palavras, dar-se pela ocorrência de pagamento prévio da indenização ou de uma parcela dela, nem se reconhecer a propriedade do desapropriado sobre a mesma.

Dá-se, por outro lado, que a correção monetária não é um complemento da indenização. Trata-se de uma técnica de cálculo da própria indenização; é um critério para fixar o seu valor, no momento oportuno. Assim, entendeu, com muita clareza, o STF ao afirmar em voto do Ministro Xavier de Albuquerque que, «correção monetária não tem nenhuma semelhança com juros, que são um **plus**. Ela é a própria indenização primitiva, quando retificada» — RTJ 79—735 — **apud** Arnold Wald — «Correção Monetária nas Desapropriações», in — RDP — vols. 57/58, pág. 101.

A atualização do valor do depósito não representa majoração, e sim a mera expressão do seu valor primitivo, obtido por cálculo elaborado com a aplicação do índice oficial adequada.

Há decidido o STF, que, no caso do artigo 33, § 2º, a correção monetária incide também sobre a parte que fica depositada (RTJ — 78/261, 83/1.006, 84/746, 806/708, 87/683 e 1.043, 87/268 e 1.017, 94/909, 95/777 e 1.255, RTJ 519/284, 525/242) e não incide sobre a importância levantada pelo expropriado (RTJ 85/860 ou posta à disposição deste — RTJ 85/975, **apud** — Theotônio Negrão — Código de Processo Civil e Legislação Processual em vigor — 12ª edição — pág. 458).

Considerando a jurisprudência pela qual a correção monetária incide

sobre a parcela de 20% da oferta não levantada, evidentemente com o fim de dar-lhe uma expressão atualizada em seu valor, e porque a quantia depositada em condições que tais pertence ao desapropriante, só que sob a administração da Caixa Econômica, tutelada pela Justiça, entendo assistir razão ao recorrente, motivo por que dou provimento para que, refeito o cálculo, com a atualização da oferta, na conformidade dos critérios adotados pela Caixa Econômica; — 1º) seja dita importância, observadas as cautelas legais, posta à disposição do desapropriado, e 2º) seja dita quantia descontada da importância total da indenização, requisitando-se ao desapropriante providência para o pagamento do remanescente da indenização fixada.

É o voto.

VOTO

O Sr. Ministro Sebastião Reis: Em que pesem as substanciaosas considerações do douto voto do eminente Relator, peço *venia* a S. Excia. para reportar-me ao entendimento vitorioso na Egrégia Segunda Seção deste Tribunal, acolhido nos embargos infringentes na AC nº 78.767, da qual foi Relator o eminente Ministro Carlos Velloso, no sentido de que o valor da oferta pertence ao expropriado, fluindo, em seu favor, a correção monetária contada pela Caixa Econômica Federal.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 83.320 — RJ — Registro nº 3.069.451 — Rel.: Sr. Ministro Moacir Catunda. Relator p/Acórdão: o Sr. Ministro Sebastião Reis. Apte.: DNER. Apda.: Suely de Carvalho da

Silva. Advs.: Dr. Jorge Miras e outros.

Decisão: A Turma, por maioria, negou provimento ao recurso voluntário, vencido o Sr. Ministro Moacir Catunda (Em 19-10-83 — 5ª Turma).

O Sr. Ministro Pedro Acioli, votou de acordo com o Sr. Ministro Sebastião Reis cabendo a este a lavratura do Acórdão.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Moacir Catunda.

EMBARGOS INFRINGENTES NA APELAÇÃO CÍVEL Nº 83.320 — RJ
(Registro nº 3.069.451)

Relator para o Acórdão: O Sr. Ministro Geraldo Sobral

Relator Originário: O Sr. Ministro Pádua Ribeiro

Embargante: Departamento Nacional de Estradas de Rodagem — DNER

Embargada: Suely de Carvalho da Silva

Advogados: Drs. Ruy Ferreira Brettas e outros (Embe.)

EMENTA

Administrativo. Desapropriação. Correção monetária sobre o valor da oferta.

I — Em desapropriação, a correção monetária, que incide sobre o valor da oferta depositada na CEF, pertence ao expropriado, devendo tal valor ser deduzido, de forma simples, da indenização fixada na sentença de mérito.

II — Embargos rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas.

Decide a Segunda Seção do Tribunal Federal de Recursos, por maioria, rejeitar os embargos, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 15 de maio de 1984 (Data do julgamento) — Ministro **Otto Rocha**, Presidente — Ministro **Geraldo Sobral**, Relator p/o Acórdão.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Pádua Ribeiro: Nos autos da ação expropriatória que

move contra Suely de Carvalho da Silva, o Departamento Nacional de Estradas de Rodagem opôs embargos infringentes ao Acórdão assim ementado (fl. 147):

«Administrativo. Desapropriação. Oferta. Correção Monetária.

O valor da oferta pertence ao expropriado, fluindo, em seu favor, a correção monetária respectiva, contada pela Caixa Econômica Federal.

Precedente da Segunda Seção.

Negou-se provimento ao recurso voluntário».

Prevaleceu, naquela assentada, o voto do Sr. Ministro Sebastião Reis, apoiado pelo Sr. Ministro Pedro Acioli, nestes termos (fl. 145):

«Em que pesem as substanciosas considerações do douto voto do eminente Relator, peço vênia a S. Exa. para reportar-me ao entendimento vitorioso na Egrégia Segunda Seção deste Tribunal, acolhido nos embargos infringentes na AC nº 78.767, da qual foi Relator o eminente Ministro Carlos Velloso, no sentido de que o valor da oferta pertence ao expropriado, fluindo, em seu favor, a correção monetária contada pela Caixa Econômica Federal».

Ficou vencido o ilustre Relator, Ministro Moacir Catunda, em cujo voto assim se expressou (fls. 142/144):

«Dispõe o Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941 (Lei das Desapropriações), no artigo 33, que o depósito do preço fixado por sentença, à disposição do Juiz da causa, é considerado pagamento prévio da indenização. Requisito fundamental, destarte, para que o depósito seja considerado como pagamento antecipado da reparação, e que sua fixação tenha sido feita por sentença judicial, que lhe transfunde a virtude de justiça, pelo menos provisoriamente. Sem a concorrência do indicado requisito, o depósito é considerado como simples oferta do desapropriante, sem qualquer virtude de pagamento antecipado da indenização.

No caso vertente, como ressei da folheatura dos autos, não houve sentença, nem arbitramento judicial anterior do preço, com as solemnidades do artigo 15 do citado diploma legal, porém, merc depósito da oferta, do qual o desapropriado, que é revel, não levantou 80%, como lhe faculta o § 2º, do citado artigo 33.

O depósito da oferta, feito nas condições expostas, traduz apenas um meio de colocar o preço estimado unilateralmente, pelo desa-

propriante, à disposição do Juiz para lhe dar destino conveniente e legal, como ensina Seabra Fagundes, in «Desapropriação» — pág. 448, nº 562, não sendo razoável considerá-lo começo de pagamento, até porque este se objetiva com a entrega da quantia ao desapropriado. Ora, se o proprietário não tem o poder de dispor do preço ofertado, posto à disposição da Justiça, não é possível, sem violentar-se o sentido das palavras, dar-se pela ocorrência de pagamento prévio da indenização ou de uma parcela dela, nem se reconhecer a propriedade do desapropriado sobre a mesma.

Dá-se, por outro lado, que a correção monetária não é um complemento da indenização. Trata-se de uma técnica de cálculo da própria indenização; é um critério para fixar o seu valor, no momento oportuno. Assim, entendeu, com muita clareza, o STF ao afirmar, em voto do Ministro Xavier de Albuquerque, que «correção monetária não tem nenhuma semelhança com juros, que são um plus. Ela é a própria indenização primitiva, quando retificada» — RTJ 79/735 — apud Arnold Wald — «Correção Monetária nas Desapropriações» in RDP — vol. 57/58, pág. 101.

A atualização do valor do depósito não representa majoração, e sim a mera expressão do seu valor primitivo, obtido por cálculo elaborado com aplicação do índice oficial adequado.

Há decidido o STF que, no caso do artigo 33, § 2º, a correção monetária incide também sobre a parte que fica depositada (RTJ 78/261, 83/1.006, 84/746, 806/708, 87/683 e 1.043, 87/268 e 1.017, 94/909, 95/777 e 1.255, RTJ 519/284, 525/242) e não incide sobre a importância levantada pelo expropriado (RTJ 85/860 ou posta à disposição deste — RTJ 85/975, apud Theotônio Negrão —

Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor — 12ª edição — pag. 458).

Considerando a jurisprudência pela qual a correção monetária incide sobre a parcela de 20% da oferta não levantada, evidentemente com o fim de dar-lhe uma expressão atualizada em seu valor, e porque a quantia depositada em condições que tais pertence ao desapropriante, só que sob a administração da Caixa Econômica, tutelada pela Justiça, entendo assistir razão ao recorrente, motivo por que dou provimento para que, refeito o cálculo, com a atualização da oferta, na conformidade dos critérios adotados pela Caixa Econômica: 1º) seja dita importância, observadas as cautelas legais, posta à disposição do desapropriado; e 2º) seja dita quantia descontada da importância total da indenização, requisitando-se ao desapropriante providência para o pagamento do remanescente da indenização fixada».

Preconiza o embargante a prevalência do duto voto vencido (fls. 149/154).

Os embargos não foram impugnados (fl. 157v.).

Dispensada a revisão.

É o relatório.

EMENTA: Desapropriação. Correção monetária da oferta. Como deve ser computada.

I — Na liquidação de sentença proferida em ação expropriatória, a parcela relativa à correção monetária da oferta, depositada na Caixa Econômica Federal, deve ser colocada à disposição do expropriado, descontando-se, porém, a respectiva quantia do total da indenização. Nesse caso, o precatório deve ser expedido para pagamento, apenas, da diferença remanescente. Com efeito,

não há conceber que, na conta, a moeda seja atualizada só em favor de uma das partes.

II — Embargos recebidos.

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Pádua Ribeiro (Relator): Consiste o dissídio entre os votos vencedores e o vencido em saber se a parcela relativa à correção monetária da quantia depositada na Caixa Econômica Federal, a título de oferta, deve, ou não, ser computada no cálculo de liquidação, em favor do expropriante.

Decidiu o Acórdão, por maioria de votos, que o valor da oferta pertence ao expropriado, fluindo, em seu favor, a correção monetária contada pelo estabelecimento bancário. Ficou vencido o eminente Ministro Moacir Catunda, que mandava colocar o valor da oferta existente em depósito, acrescido da correção monetária, à disposição do expropriado, descontada, porém, a correspondente quantia do total da indenização e, por isso mesmo, ordenava a expedição de precatório para o pagamento, apenas, da diferença remanescente.

A orientação que venho sustentando para o deslinde da controvérsia coincide com a adotada pelo duto voto vencido. A meu ver, no cálculo de liquidação, tanto as quantias recebidas pelo expropriado quanto as devidas pelo expropriante devem ser expressas numa mesma moeda. Se a indenização devida ao expropriado é corrigida até a data do efetivo pagamento, não há conceber que as quantias, antecipadamente levantadas, deixem de sê-lo até aquela data ou, se não há quantias levantadas, deixe a importância depositada para fins de oferta, devidamente corrigida, de ser deduzida do total da indenização.

O argumento em que se fundou o Acórdão embargado consiste em que o valor da oferta pertence ao expro-

priado, a título de pagamento antecipado da indenização. Não entendo assim. A meu ver, só pertencem ao expropriado as importâncias por ele recebidas. Antes de recebê-las, estão à disposição do Juízo. De qualquer forma, afigura-se-me que a discussão acerca de quem pertence o valor da oferta não conduz à solução da controvérsia. O problema aqui é outro: trata-se de saber se o dinheiro com o qual o expropriante paga a indenização é um (sem correção monetária) e o dinheiro que o expropriado recebe a verba indenizatória é outro (com correção monetária). Acredito que, mesmo sem entrar no debate concernente a quem pertence o valor da oferta, resulta indiscutível que não é possível considerar em favor de uma parte a moeda aviltada e da outra, a moeda corrigida. Admitir a distinção será consagrar terrível iniquidade.

Por isso, na Egrégia 4ª Turma, juntamente com os eminentes Ministros Armando Rollemberg e Bueno de Souza, temos votado no sentido preconizado no douto voto vencido. Nesse sentido, o decidido, dentre outros casos, nas ACs nºs 82.801-RJ, 82.538-RJ, 83.817-RJ, 83.879-RJ, 84.003-RJ e 84.584-RJ, de que fui Relator.

Continuo convencido de que a posição que perfilho está correta, não havendo razão para mudá-la. Isto posto, com a devida vênia dos que pensam em contrário, recebo os embargos.

VOTO

O Sr. Ministro Geraldo Sobral: Sobre a matéria em discussão, posiciono-me, nesta Corte, entre os que entendem, majoritariamente, que, nas desapropriações promovidas perante a Justiça Federal, a correção monetária, incidente sobre o valor da oferta depositada na CEF, pertence ao expropriado, devendo tal

valor ser deduzido, de forma simples, da indenização fixada na sentença de mérito. Assim penso, em atendimento ao cânone constitucional da prévia e justa indenização (CF, artigo 153, § 22).

Nesse sentido, confirmam-se as ACs. nºs 81.416-RJ, 78.767-RJ, 78.777-RS, 84.588-SC, 89.786-RJ, 77.767-PB, 78.967-SP, 83.046-RS, 83.372-RJ, 82.057-RJ, 84.420-RJ e 77.152-SP, **inter plures**, de que fui Relator, perante a colenda 5ª Turma deste Tribunal.

Confirmo, no caso, as doudas conclusões do Acórdão recorrido.

Isto posto, rejeito os presentes embargos.

É o meu voto.

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Armando Rollemberg: Sr. Presidente, acompanho o eminente Ministro Relator, acrescentando ser a oferta a que a lei se refere proposta de preço, com o que se é aceita, o processo de desapropriação será julgado extinto e, se não, o depósito não passa a pertencer ao desapropriado e sim fica à disposição do Juízo para futuro pagamento do valor que a sentença fixar para o bem objeto da ação.

Quanto à questão de a correção monetária pertencer ou não ao DNER, e de ser considerada ou não na liquidação, a colocação do problema, ao que me parece, não está sendo feita corretamente. Seria absolutamente procedente a tese vencedora no Acórdão embargado se a indenização fosse contemporânea do ajuizamento da ação, mas, como estabelece a lei de regência, é ela contemporânea da avaliação, com o que, se há um depósito e este está sujeito a correção monetária e a avaliação é feita algum tempo depois pelo valor do momento em que é efetuada, terá que haver uma com-

pensação para o depósito inicial, tal seja o abatimento, da indenização, do valor da correção monetária incidente até então, o que contrabalançará o aumento de preço havido em razão do tempo decorrido entre os dois atos.

Acompanho o Sr. Ministro Pádua Ribeiro.

VOTO

O Sr. Ministro Torreão Braz (Vogal): Senhor Presidente, coerente com a minha orientação na Turma, acompanho o voto do eminente Ministro Geraldo Sobral.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Velloso: Sr. Presidente, esta Egrégia Segunda Seção, no julgamento dos embargos na Apelação Cível nº 78.767-RJ, embargante o DNER, em que se discutiu matéria igual, decidiu:

«Desapropriação. Oferta. Correção monetária.

I — A correção monetária da indenização incide sobre a diferença entre os valores simples da oferta e da indenização. Ao expropriado competirá levantar o valor da oferta e correção monetária sobre a mesma incidente, paga pelo estabelecimento bancário, a Caixa Econômica Federal.

II — Embargos infringentes rejeitados».

No meu voto, disse eu, com o apoio da maioria dos componentes desta Egrégia Corte:

«O que sustento é que a oferta pertence ao expropriado, com os seus frutos, vale dizer, os juros que o estabelecimento bancário pagar. A correção monetária, incidente sobre dita oferta, paga pela Caixa Econômica Federal, simples atualização, pertence, evidentemente, ao expropriado. E que a oferta re-

presenta pagamento prévio, pagamento pela perda da posse, tanto que a imissão provisória na posse, ou a imissão liminar na posse, só é concedida diante do depósito da oferta (Decreto-Lei nº 3.365/41, artigo 15) e o expropriado poderá levantar até 80% (oitenta por cento) do depósito (Decreto-Lei nº 3.365/41, artigo 33, § 2º).

Assim sempre foi o meu entendimento.

O cálculo da correção monetária incidente sobre a indenização fixada na sentença far-se-á, então, sobre o montante da diferença entre a oferta e a indenização. Assim, a entidade expropriante não pagará correção monetária sobre a oferta. Pois, sobre esta o estabelecimento bancário, a CEF, terá pago a correção monetária. Não haverá, então, pagamento de correção monetária duas vezes sobre a oferta. Não terá a entidade expropriante, em consequência, nenhum prejuízo. Exemplifiquemos: a oferta é de Cr\$ 100.000. Na sentença, a indenização foi fixada em Cr\$ 1.000.000. A entidade expropriante, que já depositou Cr\$ 100.000 (oferta), depositará, então, Cr\$ 900.000, mais a correção monetária (Decreto-Lei nº 3.365/41, artigo 26, § 2º), vale dizer, a correção monetária incidente sobre os Cr\$ 900.000, que é a diferença entre a oferta e a indenização fixada.

Na AC nº 83.171-SP, de que fui Relator, assim deduzi a 4ª Turma. No meu voto, disse eu:

«VI — Depósito inicial: correção.

Sem razão a apelante, no particular».

Na AC nº 78.615-RJ, de que fui Relator, decidi esta Egrégia Turma:

«Desapropriação. Oferta. Correção monetária. Decreto-Lei nº 3.365/41, artigo 26, § 2º.

I — O que se corrige é o **quantum** da indenização que, tendo em vista o transcurso do tempo e o fenômeno da inflação, ficou desatualizado (Decreto-Lei nº 3.365/41, artigo 26, § 2º). A correção monetária incide sobre a diferença entre a oferta e a indenização fixada. No apurar tal diferença, não há cogitar em corrigir monetariamente a oferta.

II — Juros compensatórios. Seu cálculo, no caso, deve obedecer ao que ficou estabelecido na sentença exequênda.

III — Recurso desprovido».

Votando, em caso idêntico — AC nº 75.579-SP — disse eu, com o apoio dos meus eminentes pares:

«a) a correção do depósito inicial

Na AC nº 72.096-PR, de que fui Relator, decidi esta Egrégia Turma:

«Desapropriação. Oferta. Correção monetária. Decreto-Lei nº 3.365, de 1941, artigo 26, § 2º.

I — O que se corrige é o **quantum** da indenização que, tendo em vista o transcurso do tempo e o fenômeno da inflação, ficou desatualizado (Decreto-Lei nº 3.365/41, artigo 26, § 2º). A correção monetária incide sobre a diferença entre a oferta e a indenização fixada. No apurar tal diferença, não há cogitar em corrigir monetariamente a oferta.

II — Juros compensatórios. Seu cálculo, no caso, deve obedecer ao que ficou estabelecido na sentença exequênda.

III — Recurso provido, parcialmente.

.....»

Disse eu, então, ao votar:

«Quanto à correção da oferta, não comungo com o entendimento sustentado pela apelante.

O que se corrige é o **quantum** da indenização que, tendo em vista o transcurso do tempo, ficou defasado, desatualizado em razão do fenômeno da inflação. Porque, da oferta poderia o expropriado levantar 80% e mais porque os 20% restantes, que pertencem ao expropriado, estão sendo corrigidos pelo estabelecimento bancário onde o depósito foi feito, não se corrige a oferta. E porque a oferta não é corrigida, segue-se que a correção monetária incide sobre a diferença entre ela, oferta, e a indenização fixada. Procedendo-se assim, dá-se cumprimento ao que está inscrito no artigo 26, § 2º, do Decreto-Lei nº 3.365/41, norma instituída em favor do expropriado, tendo em vista, conforme já falamos, o fenômeno da inflação. Permitir o desejado pela expropriante, vale dizer, a correção da oferta, para o fim de diminuir a diferença entre ela, oferta, e a indenização, ter-se-á a aplicação da norma inscrita no artigo 26, § 2º, do Decreto-Lei nº 3.365/41, contrariamente ao expropriado, quando essa norma foi instituída justamente em favor deste.

Desprovejo o recurso, no ponto .
.....»

Reitero os termos do voto supratranscrito.

Confirmo a sentença, no particular .

Na AC nº 83.200-RJ, Relator o Sr. Ministro Torreão Braz, outro não foi o entendimento da 6ª Turma:

«Desapropriação.

A correção monetária do depósito prévio, capitalizada pela CEF, pertence ao expropriado.

Decisão confirmada».

Na AC nº 80.318-RJ, Relator o Sr. Ministro Miguel Ferrante, a 6ª Turma reiterou o entendimento:

«Desapropriação. Conta de liquidação. Juros compensatórios. Correção monetária.

I — Juros compensatórios incidem à taxa de 12% ao ano (Súmula nº 110 do TFR).

— Nas desapropriações processadas perante a Justiça Federal a correção monetária da oferta é excluída do cálculo da liquidação, mas o seu rendimento bancário se dá, integralmente, a favor do expropriado. Precedentes jurisprudenciais.

— Apelação improvida.

.....»
(fl. 345).

Na AC nº 74.922-RS, Relator o Sr. Ministro Pedro Aciole, a 5ª Turma não divergiu do entendimento:

«Administrativo. Desapropriação Direta. Cálculos de Liquidação. Correção Monetária da Oferta.

1. A correção monetária e os honorários advocatícios podem ser concedidos de ofício. Tais rubricas e os juros compensatórios foram, entretanto, concedidos pela sentença do processo de conhecimento que confirmada na Instância revisional, transitou em julgado. Não conhecimento da preliminar, que pretende questionar sobre matéria protegida pela coisa julgada. 2. A correção monetária capitalizada pela Caixa sobre quantia depositada em razão de processo expropriatório não interfere nos cálculos da liquidação de sentença efetuados em Juízo. Tal entendimento decorre da obrigação de o expropriante depositar o preço oferecido como condição para a imissão antecipada de posse, ficando à disposição do expropriado 80% do depósito. Não exercendo esse direito, tem o expropriado uma poupança forçada. Fazendo jus

aos juros e à correção monetária produzidos pelo depósito à sua disposição. 3. Desprovimento do recurso».

..... (fl. 346).

Na AC nº 76.709-RS, Relator o Sr. Ministro Miguel Ferrante, a 6ª Turma voltou a reafirmar o entendimento:

«Desapropriação. Conta de liquidação. Juros compensatórios. Correção monetária da oferta inicial.

— Os juros compensatórios são calculados à taxa de 12% ao ano (Súmula nº 110 do TFR).

— Nas desapropriações processadas perante a Justiça Federal, a correção monetária da oferta é excluída do cálculo da liquidação, revertendo seu obrigatório rendimento bancário, integralmente, a favor do desapropriado. Precedentes jurisprudenciais.

— Apelação improvida.

.....» (fl. 347).

No seu voto, o Sr. Ministro Ferrante invoca o decidido pela Corte Suprema, no RE nº 88.713-RJ (RTJ 89/1.017). Invoca, outrossim, precedentes outros da mesma 6ª Turma: AACC nºs 76.708-RS e 76.710-RJ, esta última relatada pelo Sr. Ministro José Dantas. No mesmo sentido, inúmeros outros casos podem ser mencionados: AACC nºs 77.152-SP, 83.691-RJ, 83.372-RJ, 81.416-RJ, relatadas pelo Ministro Geraldo Sobral; 81.416-RJ, 82.074-RJ, relatadas pelo Ministro Torreão Braz; 80.194-RJ e 82.197-SP, Relator Ministro Sebastião Reis; AC nº 68.989-RJ, Relator Ministro W. Gonçalves. Nas AACC nºs. 82.684-SC, 82.487-SC, 82.215-SP, 43.332-RJ, 82.310-CE, 83.008-RJ, relatadas pelo Ministro Américo Luz, outro não foi o entendimento adotado.

No RE nº 88.713-RJ, Relator o Sr. Ministro Décio Miranda, a Cor-

te Suprema decidiu que sobre 80% da oferta a expropriante não paga correção monetária, porque o expropriado poderia ter levantado até 80% da oferta; pagará a expropriante, entretanto, correção monetária sobre os restantes 20%, se a conta do depósito não a prevê a cargo do estabelecimento depositário, como acontece quando o depósito é feito perante a Justiça Federal (artigo 16 do Decreto-Lei nº 759, de 12-8-69). Essa decisão da Corte Suprema consagra antiga praxe existente na Justiça Federal, que manda efetuar o cálculo da correção monetária sobre o montante da diferença entre os valores simples da oferta e da indenização, a que nos referimos no início deste voto. O RE nº 88.713-RJ, Relator o Sr. Ministro Décio Miranda, está na RTJ 89/1.017.

No RE nº 94.813-RJ, Relator o Sr. Ministro Oscar Corrêa (RTJ 104/759), a Corte Suprema mandou que a expropriante pagasse correção monetária sobre a parcela de 20%, mantida em depósito, no interesse da expropriante. Tratava-se, ali, de uma expropriatória de interesse do Município do Rio de Janeiro, assim não ajuizada na Justiça Federal. Na Justiça Federal, porque o estabelecimento bancário onde se faz o depósito, a CEF, paga correção monetária sobre este; não haveria a expropriante de pagar uma segunda correção monetária sobre os 20% do depósito da oferta, acrescentamos, na linha do RE nº 88.713-RJ, Rel. Min. Décio Miranda.

No caso, o cálculo da correção monetária da indenização fez-se sobre a diferença entre os valores simples da oferta e da indenização (conta, fl. 222). Atender, em caso tal, a pretensão da entidade expropriante, que deseja para si a correção monetária incidente sobre a

oferta, é causar prejuízo enorme ao expropriado.

Diante do exposto, rejeito os embargos».

O Sr. Ministro Pádua Ribeiro (Relator): Eminentíssimo Ministro Carlos Velloso, veja V. Exa. que com Cr\$ 100.000 da oferta talvez V. Exa. comprasse uma casa na época em que a oferta foi feita. Com Cr\$ 1.000.000, posteriormente, talvez isso não ocorresse. Por isso, esse é o aspecto fundamental que, a meu ver, está sendo talvez mal situado no julgamento, porque este tem sido feito sob o argumento de que a oferta pertence ao expropriado.

Penso que o aspecto é outro. O que se há de considerar é exatamente que tanto a quantia que o expropriado recebe quanto aquela que o DNER paga, seja expressa numa mesma moeda. Como na época da oferta a moeda em termos de poder aquisitivo é uma e, na época da avaliação, a moeda em termos de poder aquisitivo é outra e, na época do efetivo pagamento, a moeda em termos de poder aquisitivo é outra, isso faz com que tenhamos de expressar todas essas parcelas, isto é, as pagas e as recebidas na mesma moeda. Esse é o aspecto básico.

Ora, se fizermos essa operação que V. Exa. noticiou no seu voto, que decorre, a meu ver, de uma má colocação daqueles impressos adotados na Justiça Federal, enfim, má colocação talvez justificável, porque adotado em época em que a inflação era pequena, então, isso faz com que cometamos, realmente, uma tremenda injustiça. Deposita-se uma importância que depois será ou não liberada pelo expropriado. Mas, quando se faz o cálculo de liquidação, ela é considerada de maneira totalmente aviltada, totalmente inexpressiva em termos de real poder aquisitivo. Esse é o aspecto fundamental da controvérsia data venia.

O Sr. Ministro Carlos Velloso: Sr. Presidente, os esclarecimentos do Sr. Ministro Pádua Ribeiro trazem luz ao debate, esclarecem. Permito-me, todavia, perseverar no meu entendimento. Vislumbrei, no aparte do Sr. Ministro Pádua Ribeiro, uma conotação interessante. Segundo o raciocínio de S. Exa., nós teríamos que mandar corrigir as prestações pagas pelos mutuários do Sistema Financeiro da Habitação, em favor dos mesmos, no momento da execução. Isso, entretanto, não se faz. Certo, entretanto, é que, no caso, S. Exa. manda corrigir a oferta contra o expropriado, quando a lei da correção monetária foi votada em favor do expropriado.

O Sr. Ministro Pádua Ribeiro: Não estou nem contra nem a favor. Veja V. Exa., vou estabelecer o raciocínio: o aspecto todo é de pagar-se ao expropriado uma indenização justa. Essa indenização justa é aquela que é feita através do laudo de avaliação, essa é a justa indenização. Então, o montante daquela importância à data do laudo é que deve ser entregue ao expropriado. Agora, como o pagamento nem sempre é feito na data do laudo, o que estabeleceu a lei para não ser injustiçado o expropriado? Que essa quantia deve ser corrigida. Ora, pela mesma razão, a quantia adiantada pelo DNER deve ser corrigida, para que não fique aviltada e o justo preço seja satisfeito. Então, ninguém está querendo que o expropriado ganhe menos, senão o justo preço da indenização previsto na Constituição. Mas, veja, o justo preço é o da oferta ou da indenização fixada no laudo? É o da indenização fixada no laudo. O que se pretende é que ele receba a integral do valor do laudo, valor atualizado. Agora, as quantias adiantadas que sejam também consideradas depositadas — e nem sequer, no caso, foram recebidas pelo expropriado — que elas também sejam considera-

das, na data do efetivo pagamento, pelo valor que realmente expresse a moeda em termos de poder aquisitivo. Então, não estamos querendo que se tire dinheiro do expropriado, queremos que ele receba o justo preço da indenização previsto no texto constitucional. Agora, o que achamos de suma iniquidade é querer-se deduzir uma importância totalmente aviltada do justo valor da indenização e, portanto, pagar uma diferença totalmente sem sentido, em termos de realidade, considerada, à época do efetivo pagamento.

O Sr. Ministro Armando Rollemberg: Senhor Presidente, gostaria de acentuar, que, adotada a tese de que a oferta passa a pertencer ao desapropriado, a finalidade da lei quando determina que a inicial contenha a oferta de preço, que é de possibilitar a aceitação imediata do valor ofertado, somente será atingida quando o desapropriado precisar muito de tal importância, pois, se a oferta lhe vai pertencer, ficando o valor respectivo na Caixa Econômica, será corrigida monetariamente e renderá juros, com o que acrescentados como serão juros compensatórios de 12% a. a. terá ele um investimento melhor do que a caderneta de poupança.

O Sr. Ministro Carlos Velloso: O argumento de V. Exa. impressiona-me, Sr. Ministro Armando Rollemberg, como me impressionam, sempre, todos os argumentos de V. Exa. Respondo: bastaria que a entidade expropriante oferecesse preço justo e a avaliação iria empatar com a oferta. Depois de 10 anos ele levantaria simplesmente a oferta, porque a avaliação fora igual a esta.

O Sr. Ministro Armando Rollemberg: O laudo apresenta o valor na época da avaliação, e, então, num regime inflacionário como o que estamos atravessando, a propriedade já vale preço muito superior ao da data da propositura da ação.

O Sr. Ministro Pádua Ribeiro: Veja, Sr. Ministro Rollemberg, existe um aspecto para o qual não temos solução prática, mas que é importante; em geral, à época da avaliação, o expropriado normalmente se beneficia da **plus valia** decorrente da obra pública. Nós sabemos que é pacífico o entendimento do Supremo Tribunal Federal e desta Corte a respeito do assunto, porque a **plus valia** há de ser compensada através da contribuição pela melhoria. Isso é algo indiscutível. E mais ainda, que a importância da indenização fixada no laudo, além de corrigida monetariamente, sobre ela incidem juros compensatórios e juros moratórios, o que não se dá com o valor da oferta, ainda que prevaleça minha tese, porque, só será corrigida monetariamente, eis que a Caixa não paga juro nenhum. Então, são outros aspectos reais que não podem deixar de ser considerados.

O Sr. Ministro Carlos Velloso: Juros compensatórios, eminente Ministro, são pagos pelo expropriante a partir da imissão, que vem depois do depósito. Aliás, no meu voto, foi dada a resposta a esse argumento de V. Exa.

O Sr. Ministro Wilson Gonçalves: O argumento de V. Exa. é aplicável naqueles casos em que a desapropriação não abrange todo o imóvel, porque, abrangendo todo o imóvel, não há maior valia para o expropriado. Ele não ficou com nenhum terreno no local. Veja um exemplo: eu tenho uma casa, só tenho esta casa. O Governo a desapropria, a rua se valorizou. Qual a vantagem que me cresceu? Onde é que está a mais valia para mim, se eu não tenho mais nenhum imóvel naquela rua? O argumento de V. Exa. é aplicável, em parte, quando a expropriação não abrange a totalidade do imóvel.

O Sr. Ministro Carlos Velloso: Senhor Ministro Wilson Gonçalves, a **plus valia** geralmente ocorre. O

DNER já deveria estar cobrando contribuições de melhoria, e por que não o faz? É um absurdo não fazê-lo. Costumo dizer, com a experiência de Juiz de primeiro grau que fui, por mais de 10 anos, que as rodovias realmente valorizam os terrenos a ela marginais. Todavia, não se pode exigir que apenas o expropriado pague essa valorização, se a Constituição autoriza a cobrança da contribuição de melhoria. Por que o DNER não cobra contribuição de melhoria? Por que não contrata especialistas para estudar o problema? Por que essa passividade? Nós todos, Juizes, achamos estranho isso.

Destarte, esse argumento, o da **plus valia**, não pode ser utilizado contra o expropriado, não pode vir contra o expropriado. Porque não pode a entidade expropriante beneficiar-se com a sua omissão.

O Sr. Ministro Pádua Ribeiro: Perfeito, mas veja V. Exa., por isso mesmo é que estou apenas trazendo em conta o elemento de fato. Agora, o ponto nuclear da controvérsia é esse: o que se pretende é que se pague ao expropriado o justo preço da indenização, isto é, a indenização fixada à data do laudo, com todas as correções, mas também que se considerem as importâncias adiantadas, atualizadas. É esse o aspecto.

O Sr. Ministro Carlos Velloso: Ministro Pádua, os argumentos de V. Exa. são esclarecedores, mas eu me permito perseverar no entendimento que venho sustentando. E agora dou resposta ao eminente Subprocurador-Geral, Dr. José Arnaldo Gonçalves de Oliveira, quando S. Exa., pretendendo interpretar os Acórdãos proferidos nos RREE nºs 88.713-RJ e 94.713-RJ, por mim citados, não coincidem as suas conclusões com as minhas. Vale assentar o seguinte, no particular: o Supremo Tribunal Federal mandou a expro-

priante pagar a correção monetária sobre 20% da oferta, porque a oferta pertence ao expropriado. Isto me parece lógico.

O Sr. Ministro Pádua Ribeiro: Porque a Justiça Federal não paga a correção monetária.

O Sr. Ministro Carlos Velloso: E no caso da Caixa Econômica Federal pagar? Em favor de quem reverte a correção monetária?

O Sr. Ministro Pádua Ribeiro: Nesse caso, creio que o Supremo não mandou ainda...

O Sr. Ministro Carlos Velloso: Eminente Ministro, mas é questão de conclusão. É claro que o Supremo não mandou, porque o Supremo não estava decidindo caso julgado pela Justiça Federal. O Supremo Tribunal Federal decidiu o quê? O que ele assentou? Que a oferta pertence ao expropriado. Tanto que deve a expropriante pagar correção monetária sobre 20% da oferta que o expropriado não pôde levantar. Agora, não pagará sobre os 80%, porque ele poderia levantar, então não seria justo obrigar o expropriante, o Estado do Rio de Janeiro, a pagar correção monetária sobre esses 80%.

Agora, isto autoriza a entidade expropriante apropriar-se da correção monetária que terceiros estão pagando, que é o estabelecimento bancário? Absolutamente.

Então, eminente Sr. Subprocurador-Geral da República, a quem admiro, meu co-estaduano Dr. José Arnaldo Gonçalves de Oliveira, veja que estou fidelíssimo aos termos do Acórdão da Corte Suprema.

Há pouco, dizia, aqui, ao Sr. Ministro Bueno de Souza...

O Sr. Ministro Bueno de Souza: E não me convenceu, data venia.

O Sr. Ministro Carlos Velloso: Não tive a pretensão de convencer V. Exa., mesmo porque eu jamais fala-

ria particularmente com V. Exa. para convencê-lo a respeito de voto que V. Exa. iria proferir, isto não seria ético. De sorte que não me surpreende esta afirmativa de V. Exa. de que não o convenci. Ao contrário, conforta-me tal afirmativa.

Mas, dizia eu: é feita uma oferta no dia 30 de janeiro de 1980, e essa oferta é posta na Caixa Econômica Federal. Em seguida, há a imissão na posse. A avaliação vem comumente seis meses depois, um ano depois. Na sentença final, a entidade expropriante será condenada a pagar correção monetária a partir da avaliação. Então, do depósito até a avaliação há uma correção monetária que pertence ao expropriado e que, entretanto, teria sido destinada ao expropriante. Vejam que há um longo período de correção monetária que seria apropriado pela entidade expropriante, quando esta correção monetária é do expropriado, porque dele é a oferta, conforme, inclusive, decidido no RE nº 88.713-RJ, Relator Ministro Décio Miranda, da Corte Suprema.

Com essas considerações, Sr. Presidente, e com a vênia devida ao Senhor Ministro Relator, o meu voto é no sentido de rejeitar os embargos.

VOTO

O Sr. Ministro Wilson Gonçalves: Sr. Presidente, tenho inúmeros votos proferidos na 6ª Turma em que me filio à interpretação dada pelo Acórdão embargado, da lavra do eminente Ministro Sebastião Reis. Estou tão convencido como homem que tem uma longa experiência da realidade brasileira de que esse ponto de vista é justo, que em face dos brilhantes debates aqui ocorridos talvez fosse repetir argumentos e enfadar os meus eminentes colegas. Apenas direi, como ponto fundamental do meu entendimento, que, a rigor, constitu-

cionalmente, — e é um dever, inclusive, do Poder Executivo respeitar os preceitos constitucionais, — a oferta inicial corresponde ao valor atribuído ao imóvel desapropriado. Aqui se diz que se quer alcançar o justo preço, mas há quase seis anos que estou nesta Casa e nunca vi uma desapropriação, principalmente do DNER, que correspondesse, ao menos, à metade do valor do bem desapropriado. Essa realidade é tão palpante que a própria Lei nº 6.825, tem um preceito que diz que só cabe remessa *ex officio* quando o valor da indenização for superior a trinta vezes a oferta inicial. Isso é uma confissão pública de que as ofertas são ridículas. Basta este argumento para mostrar isto. Acredito que determinados indivíduos possam ter vantagens em desapropriação.

O Sr. Ministro Bueno de Souza: É só para ponderar, pois também compartilho com o entendimento de V. Exa., de que o Poder Público não prima por proposições objetivas responsáveis. Mas o que me parece Sr. Ministro Wilson Gonçalves é o seguinte: que desse fato não se pode extrair uma consequência jurídica e em segundo lugar, o que também quero ponderar é que, embora na grande maioria dos casos o Poder Público efetue propostas visivelmente inaceitáveis, também me parece certo Sr. Ministro Wilson Gonçalves, e V. Exa., por sua longa experiência de vida pública e privada, certamente concordará comigo, é que talvez nunca haveria uma oferta que fosse aceitável, porque, afinal de contas, a desavença sobre preço é a vida do mercado. De modo que se nós fôssemos calcar uma decisão de Tribunal sobre a aceitabilidade em geral das ofertas, penso que nós procurariamos um fundamento inseguro.

O Sr. Ministro Wilson Gonçalves: Responderia a V. Exa., que se a oferta fosse justa não viria questão para a Justiça Federal nem para o

Tribunal; a própria parte aceitaria a oferta e haveria entendimento, como em raríssimos casos há, principalmente quando o expropriado é humilde, não tendo como se defender. Não estou procurando aqui fazer construções jurídicas, estou procurando dar soluções justas.

De forma que sou convicto de que se a Constituição exige que o pagamento da indenização seja prévio, esse pagamento teria que ser antes da imissão de posse, mas o que acontece é exatamente o contrário.

Queria apenas fazer uma ligeira correção, se não compreendi mal, há uma afirmação do eminente advogado do DNER, salvo engano de minha parte, segundo a qual a oferta inicial não é início de pagamento.

Já julguei mais de 30 apelações do DNER a respeito da correção da oferta inicial e, em todas elas, com exceção de poucas, o DNER diz que a oferta é um princípio de pagamento. De maneira que há, assim, uma contradição do próprio DNER. Agora acha que não é início de pagamento, mas outros processos estão no Tribunal para provar o contrário.

O meu voto não é fazendo uma construção jurídica, mas é exatamente vendo a situação dos desapropriados. Quando assumi minha cadeira neste Tribunal disse que os meus votos procurariam ser, acima de tudo, justos. O expropriante tem dois defensores ilustres e brilhantes e os desapropriados continuam silenciosos, porque poucos são os que têm condições de atuar judicialmente.

Essas considerações, que talvez não sejam jurídicas dentro do rigor do eminente Ministro Bueno de Souza, mas são a interpretação da realidade, do preceito constitucional, que manda que se faça indenização justa. Esse é o princípio, o mais são filigranas que, às vezes, procuram deturpar o princípio. Rejeito os embar-

gos, inteiramente fiel ao voto do eminente Ministro Sebastião Reis.

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Bueno de Souza: Sr. Presidente, os presentes autos, **mutatis mutandis**, tratam da mesma pretensão versada nos EAC n.º 83.094 -RJ, em que constam, respectivamente, como embargante, DNER e embargado, Jacinto Victor de Almeida Lança — espólio, de que foi Relator o Sr. Ministro Pádua Ribeiro, julgado nesta mesma Sessão.

As questões aqui discutidas são exatamente as mesmas.

Eis por que, fazendo juntar cópia do voto que proferi no citado precedente, a fim de integrar o presente, na conformidade do que ali expus, recebo os embargos.

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Bueno de Souza: Sr. Presidente, tenho já proferido votos sobre a matéria, Relator que fui de precedentes versando hipóteses semelhantes.

Limitar-me-ei, assim, a fazer apenas ao presente, cópia de meu voto de Relator na AC n.º 86.441-MG, 4.ª Turma, em 26-3-84, unânime, DJ de 17-5-84, que me permito ler, para a devida apreciação por parte de meus doutos pares (lê) ...

A estas considerações, acrescento que não me preocupa, no particular, conferir maior vantagem ao expropriado, pois, a esta altura do processo expropriatório, já não há ensejo para diminuir ou elevar o valor da indenização. Trata-se, a meu ver, isto sim, pura e simplesmente, de fazer com que as contas (cálculo de liquidação) levem na devida consideração a realidade das coisas: tudo quanto o expropriado tiver recebido do expropriante, obviamente, há de ser a final, imputado no pagamento

do crédito que lhe é reconhecido e, assim, deduzido do valor da indenização, para determinação do saldo devedor.

No que toca ao depósito à ordem do Juízo, por isso mesmo que é depósito, não pode pertencer, senão, apenas, ao depositante (ou não é depósito e, sim, pagamento, que, contudo, não é, enquanto recusado ...).

E se o depósito subsiste, pertencem também ao depositante os juros respectivos.

A correção monetária, enfim, é também mero acessório: há de seguir, portanto, a mesma sorte do principal.

Com estas considerações, recebo os embargos, data venia.

O Sr. Ministro Carlos Velloso: V. Exa. me permite?

O Sr. Ministro Bueno de Souza: Com todo o prazer.

O Sr. Ministro Carlos Velloso: Apenas para dizer a V. Exa. que o depósito é feito em favor do expropriado, à disposição do Juiz da causa, e tanto é do expropriado que pode ele levantar os 80% dele.

O Sr. Ministro Bueno de Souza: Mas, aí, V. Exa., a meu ver, nada disse de decisivo, pois, para levantar o depósito, o expropriado carece de alvará judicial ...

O Sr. Ministro Carlos Velloso: Nada disse? Então, se ele pode levantar, não é dele? Ele levantaria algo que não fosse dele?

O Sr. Ministro Armando Rollemberg: Não é o Código Civil que tem que ser aplicado, é a Lei de Desapropriação.

O Sr. Ministro Carlos Velloso: V. Exa. sabe por que o expropriado não levanta os 100%? Porque é uma cautela do legislador, pois poderá ocorrer o absurdo que o eminente Ministro Wilson Gonçalves nunca viu, e

nem eu, da avaliação ficar menor do que a oferta.

O Sr. Ministro Bueno de Souza: Se é certo que o expropriado pode levantar oitenta por cento do depósito, não é menos certo que, para tanto, dependa de alvará judicial. Logo, já se vê que não lhe pertence: se pertencesse, não necessitaria alvará; sacaria cheque ...

Acresce que o expropriante diligencia o depósito, por ter havido recusa, pelo expropriado; e o depósito é feito para que, um dia, passe às mãos do expropriado. Mas, ao assim se fazer, haverá pagamento, ainda que apenas parcial (pois de doação não se trata) ...

Não cabe, portanto, generalizar que as ofertas são sempre ínfimas; isso não vem ao caso, porque aqui se contraverte sobre o aspecto meramente jurídico da espécie.

O Sr. Ministro Pádua Ribeiro: Relembro a V. Exa. de que o Decreto-Lei nº 3.665 é de 1941. Hoje, com essa inflação, é impossível, realmente, conceber que se faça uma oferta, e o laudo, de um, dois, três anos depois vá manter o valor desta oferta.

O Sr. Ministro Bueno de Souza: E se há ofertas destituídas de seriedade, pode haver também oferta séria. Ao julgador cumpre manter a imparcialidade.

(ANEXO)

Apelação Cível nº 86.441
— Minas Gerais — (Registro
nº 3.402.894)

VOTO

O Sr. Ministro Bueno de Souza (Relator): Sr. Presidente, a espécie se oferece exemplar para a visualização ampla do tema.

De fato, o cálculo espelha todas as quantias devidas pelo expropriante, nos termos da sentença exequenda; efetua, depois, a respectiva correção monetária; e, afinal, abate desse total somente o valor singelo (históri-

co) do depósito inicial, que permanece em conta.

Meu voto, assim, é no sentido de dar provimento à apelação, a fim de determinar seja refeito o cálculo, na consonância de numerosos votos anteriormente proferidos, a despeito da respeitosa divergência em que persevera o Sr. Ministro Carlos Velloso.

Desses precedentes farei juntar cópia, para cabal esclarecimento do assunto.

(ANEXO)

Apelação Cível nº 85.737

— RJ — (Registro nº
2.080.222)

VOTO

O Sr. Ministro Bueno de Souza (Relator): Sr. Presidente, no que toca à correção monetária do depósito, assiste razão ao apelante.

De fato, na consonância dos reiterados precedentes desta 4ª Turma, tal se pode ver pela cópia que faço juntar de meu voto de Relator na AC nº 80.277-RJ, maioria, 4ª Turma (DJ 26-5-83); bem como por fundamentos outros, que corroboram os anteriormente aduzidos e que, mais recentemente, resumi em meu voto de Relator da AC nº 84.575-MG, unânime, 4ª Turma, julg. em 17-10-83, de que também faço pensar cópia, para mais amplo esclarecimento, sempre com a respeitosa vênia do entendimento diverso do Sr. Ministro Carlos Velloso, tenho como cabível a reclamada correção.

2. Bem assim, é certo que, corrigido o depósito (e, conseqüentemente, elevada sua expressão atual em moeda corrente), reduzido ficará, correspondentemente, o valor do débito final; e, por conseguinte, o dos honorários advocatícios arbitrados em favor do expropriado.

3. Nesta parte, portanto, prospera também o recurso.

4. Não assim, porém, no que concerne a honorários do assistente-técnico dos expropriados.

No particular, equivocou-se o apelante, pois, em meu voto de Relator, nestes mesmos autos, da AC nº 75.650, escrevi, com aprovação de meus eminentes pares (fl. 203):

«Assim também assiste razão aos expropriados no tocante aos honorários de assistente-técnico, consoante nossa Súmula nº 69:

«Incumbe ao expropriante pagar o salário do assistente-técnico do expropriado».

De fato, a simples menção contida na sentença (**custas ex-lege**) não é suficientemente esclarecedora do alcance da condenação acessória.

Vê-se, em resumo, que os expropriados têm razão no concernente à exigência de juros moratórios e de honorários de seu assistente-técnico».

Devidos são, portanto, estes honorários, com a correção monetária (Lei nº 5.899, de 8-4-81, e Súmula nº 69 do TFR).

5. Quanto a custas, com razão decidiu o D. Juiz a quo (fl. 279) que não passam de consectários da sucumbência, pelo que não reclamam disposição expressa do julgado.

Ante o exposto, dou provimento em parte à apelação.

VOTO

O Sr. Ministro Miguel Ferrante: Sr. Presidente, **data venia** do eminente Relator, rejeito os embargos pelos fundamentos expendidos no voto que proferi nos Embargos Infringentes na Apelação Cível nº 83.294-RJ, cuja cópia farei anexar.

(ANEXO)

Embargos Infringentes na Apelação Cível nº 83.294-RJ (Registro nº 2.521.733)

VOTO

O Sr. Ministro Miguel Ferrante: Sobre a matéria em debate tenho po-

sição definida: entendo que nas desapropriações processadas perante a Justiça Federal, a correção monetária da oferta é excluída do cálculo de liquidação, dando-se o seu rendimento bancário, integralmente, a favor do expropriado. Nesse sentido, anoto, na Egrégia 6ª Turma, os Acórdãos de meu relato nas AC nº 76.710-RJ, AC nº 80.318-RJ, AC nº 78.258-RJ, AC nº 81.193-RJ e AC nº 81.775-MG, entre outros.

Deveras, a oferta inicial, uma vez depositada na Caixa Econômica Federal para efeito de prévia imissão na posse, pertence ao expropriado e, assim sendo, cabe-lhe, logicamente, o resultado provindo da correção monetária, destinada, como consabido, a atualizar valores monetários defasados pela inflação.

Em assim sendo, rejeito os embargos.

VOTO

O Sr. Ministro Sebastião Reis: Sr. Presidente, com a devida vênias ao eminente Relator e aos Ministros que o acompanham, confirmo o voto que proferi em grau de apelação, que, aliás, se sustenta em respeitável precedente desta Egrégia Sessão, tomado nos Embargos na Apelação Cível nº 78.767, onde a matéria foi amplamente debatida pelo Relator, Ministro Carlos Velloso, à luz não só de precedentes do Alto Pretório como também de pronunciamentos desta Corte, através de suas várias Turmas.

Rejeito os embargos **data venia**.

EXTRATO DA MINUTA

EAC. Nº 83.320-RJ — (REG. nº 3.069.451) — Rel.: p/Acórdão: Sr. Ministro Geraldo Sobral. Rel.: Originário: Sr. Ministro Pádua Ribeiro. Embe.: Departamento Nacional de Estradas de Rodagem — DNER. Embda.: Suely de Carvalho da Silva.

Advs.: Drs. Ruy Ferreira Brettas e outros (embte.).

Decisão: A Sessão, por maioria, rejeitou os embargos, vencidos os Srs. Ministros Pádua Ribeiro, Armando Rollemberg, Moacir Catunda e Bueno de Souza (Em 15-5-84 — Segunda Sessão).

Os Srs. Ministros Torreão Braz, Carlos Velloso, Wilson Gonçalves,

Sebastião Reis e Miguel Ferrante votaram com o Sr. Ministro Geraldo Sobral, designado para lavrar o Acórdão. Ausente, por motivo justificado, o Sr. Ministro Américo Luz. Sustentaram, oralmente, pelo DNER, o Dr. Ruy Ferreira Brettas, e, pela União Federal, o Dr. José Arnaldo Gonçalves de Oliveira. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Otto Rocha.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 85.640 — MG

(Registro nº 5.558.506)

Relator: O Sr. Ministro Carlos Madeira

Remetente: Juiz Federal da 3ª Vara

Apelantes: Milton da Silva Bastos e União Federal

Apelados: Os mesmos e Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos — ECT

Advogados: Drs. Armando Chaves Correa e outros, Antônio Monteiro Gonzaga

EMENTA

Funcionalismo público. Vantagem do artigo 180, alínea b, da Lei nº 1.711, de 1952. Equiparação de função de confiança em empresa pública, desempenhada por funcionário público, à função gratificada prevista no Estatuto. Inteligência do artigo 4º da Lei nº 3.841, de 1960.

A equiparação, pela Lei nº 3.841, de 1960, da função ou emprego de confiança, desempenhada em entidades da Administração Federal Indireta, à função gratificada e ao cargo em comissão previstos na Lei nº 1.711, de 1952, é de ser estendida aos que exercem a mesma função ou emprego nas empresas públicas, para efeito de percepção da vantagem do artigo 180, alínea b, desta última lei.

Funcionário do antigo Departamento de Correios e Telégrafos que ali exercia a função gratificada de Chefe do Tráfego Telegráfico e passou a exercer, sem solução de continuidade, o emprego comissionado de Gerente de Operações Telegráficas, com iguais atribuições daquela, na Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, completando dez anos de exercício em função de confiança, tem direito à vantagem do artigo 180, alínea b, da Lei nº 1.711, de 1952.

Ao funcionário que haja exercido função gratificada ou cargo em comissão assim como função ou

emprego de confiança em entidades da Administração Federal Direta, durante dez anos, consecutivos ou não, não se exige esteja nessa situação funcional, ao aposentar-se, para que se lhe reconheça direito a vantagem prevista na alínea b do artigo 180 da Lei nº 1.711, de 1952 (Decreto nº 41.666, de 19-6-57, artigo 1º, § 2º).

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas:

Decide a 3ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, negar provimento a ambas as apelações, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 14 de setembro de 1984
(Data do julgamento — Ministro **Carlos Madeira** — Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro **Carlos Madeira** (Relator): Funcionário da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, aposentado em 16 de outubro de 1979, no cargo de Postalista CT-207-16-C, pela Portaria 631, do Diretor-Geral do Departamento de Pessoal do Ministério das Comunicações, publicada no DO de 18-10-79, e de acordo com os artigos 101, item III, e 102, item I, letra a da Constituição, propôs ação contra a União Federal e a ECT, pleiteando a retificação do ato de sua aposentadoria, a fim de que seja incorporada aos seus proventos a gratificação de função por ele exercida em período superior a dez anos, durante o exercício de seu cargo. O pedido inclui o pagamento da diferença, acrescida de juros, custas, correção monetária e honorários.

Contestou a ECT, **arguindo**, preliminarmente, sua ilegitimidade passiva, uma vez que se trata de ação de funcionário público federal, con-

tra a União. Embora tenha o autor ficado à sua disposição até 29-6-74, nunca foi empregado da contestante e por ela não se aposentou. Assim, quanto a ela, é o promovente carecedor de ação, ensejando a extinção do processo. No mérito, improcede o pedido, pois, o exercício de função gratificada não atingiu o lapso de dez anos entre o afastamento de função e sua aposentadoria medearam nada menos que 5 anos e 4 meses. Logo, não atendeu ao requisito do artigo 180, letra b, da Lei nº 1.711/52, dispositivo este, aliás, derogado pela Constituição, segundo Parecer L-130, da Consultoria-Geral da República.

Contestou a União, transcrevendo pareceres do DASP, contrários à pretensão do autor. Pediu a improcedência do pedido, com a condenação do autor nos ônus da sucumbência e anexou informações do Ministério das Comunicações e do DASP, para defesa de seu interesse.

Replicou o autor.

Foi requisitado o processo administrativo, do qual foram copiadas as peças de fls. 60/82 e 88/106.

Dispensada a produção de provas em audiência, apresentaram as partes as razões finais.

O Juiz Federal da 3ª Vara de Belo Horizonte — MG julgou o autor carecedor de ação quanto à ECT, condenando-o em honorários, fixados em 10% sobre o valor da causa.

Julgou, no entanto, procedente a ação intentada contra a União Federal, determinando seja processada a revisão do ato de aposentadoria do autor, para nele acrescentar-se o direito à percepção de proventos equi-

valentes aos de Chefia exercida, condenando a União ao pagamento das diferenças atrasadas, a partir da aposentação, com juros, correção monetária e honorários, fixados em 10% sobre o total que se apurar em execução.

Apelou o autor, pedindo a condenação da ECT, nos encargos da condenação, solidária com a União Federal, invertendo os ônus da sucumbência, mantida a sentença proferida contra a União Federal.

Apelou a União Federal, reiterando os termos da contestação.

Manifestou-se a Procuradoria da República a respeito da apelação do autor.

Os recursos foram contra-arrazoados pela ECT e o autor, respectivamente.

A Subprocuradoria-Geral da República opinou pela reforma da decisão hostilizada, pedindo seja considerada prejudicada a irresignação do inativo.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Madeira (Relator): O autor exerceu, no antigo Departamento de Correios e Telégrafos, função gratificada de Chefe de Turma da CHT, símbolo 10-F, de 30 de junho de 1964 a 23 de outubro de 1967. Dessa data até 19 de outubro de 1971, exerceu a função gratificada, símbolo 5-F, de Chefe de Tráfego Telegráfico. A partir dessa data, foi comissionado, no emprego de Gerente de Operações Telegráficas, na Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, do qual foi dispensado em 29 de junho de 1974.

Aposentou-se no cargo de Telegrafista, Nível 16-C, em 16 de outubro de 1979.

Pretende contar o tempo do emprego comissionado na ECT, para

efeito de percepção da vantagem do artigo 180 da Lei nº 1.711/52.

O Juiz julgou procedente a ação contra a União Federal, por entender que o emprego em comissão na ECT em nada descaracteriza o direito amparado no artigo 180, do Estatuto.

Também assim entendo.

O Decreto nº 41.666, de 1957, que regulamentou o artigo 180 da Lei nº 1.711/52, previa, em seu artigo 5º e parágrafo único, que seria computado o tempo de serviço em cargo em comissão ou função gratificada da Administração Direta ou das Autarquias. Posteriormente, a Lei nº 3.841, de 15 de dezembro de 1960, estabeleceu em seu artigo 4º, que as vantagens previstas no artigo 180 da Lei nº 1.711/52 eram extensivas à aposentadoria dos funcionários ou servidores das Sociedades de Economia Mista e Fundações instituídas pelo Poder Público.

A lei não se refere à empresa pública, inexistente na época, na Administração Federal Indireta. Em 1960, já havia Sociedade de Economia Mista, como a Rede Ferroviária Federal, constituída pela Lei nº 3.115, de 1957, mas não havia ainda a empresa pública unipessoal, em que só a União Federal tem o controle.

Com efeito, embora se tenha como a primeira empresa pública constituída no país, a NOVACAP, criada pela Lei nº 2.874, de 19 de setembro de 1956, não tinha ela a nota característica que se veio a estabelecer no direito administrativo brasileiro para esse ente público, que era a unipessoalidade. Na verdade, era uma empresa estatal, sem a estrutura e administração própria da empresa pública. O que a impulsionava era a administração da União e da Prefeitura do Distrito Federal.

A primeira empresa pública constituída como tal, foi a Empresa Brasileira de Telecomunicações,

EMBRATEL, de acordo com o artigo nº 47 da Lei nº 4.117, de 27 de agosto de 1962. Também em 1962, foram criadas pelas Leis Delegadas nºs 6 e 7, a Companhia Brasileira de Alimentos — COBAL, e a Companhia Brasileira de Armazenamento, que, posteriormente, vieram a se estruturar como empresas públicas. As grandes empresas públicas, como a ECT, a Caixa Econômica Federal, foram criadas em 1969, por transformação de serviços da Administração Direta (Correios e Telégrafos) e Autárquica (Crédito e Poupança Pública).

Compreende-se, assim, que não esteja prevista a empresa pública entre as entidades da Administração Indireta, na Lei nº 3.841, de 1960. Mas, ontologicamente, não se pode cuidar da contagem recíproca de tempo de serviço prestado na Administração Direta e Indireta da União, sem que se inclua a empresa Pública, que é grande parcela da administração institucional brasileira.

O Professor Toshio Mukai, em recente monografia, ministra excelente síntese sobre a administração institucional: a partir do crescimento dos serviços públicos, o Estado passa a desconcentrá-los, distribuindo atividades a órgãos públicos dentro da sua estrutura. Em fase posterior, transfere ou descentraliza tais serviços a entidades autárquicas. Evolui depois para as concessões e autorizações de serviços públicos. A seguir, assume o controle desses serviços, tornando-os serviços públicos industriais ou comerciais. E, por fim, para eliminar a contradição entre o interesse público e o lucro, cria a empresa pública (cfr. Direito Administrativo e Empresas do Estado, Forense, 1984, págs. 115/116).

A empresa pública, na organização administrativa estabelecida no Decreto-Lei nº 200/67, integra-se na Administração Federal Indireta, tanto quanto as Autarquias e as Sociedades de Economia Mista. E algu-

mas delas se constituíram com a transformação de serviços públicos, encampando, inclusive, os funcionários a eles vinculados.

No caso da ECT, nasceu ela da transformação do antigo Departamento dos Correios e Telégrafos, com a absorção de seu pessoal. O ora apelado, que era Chefe do Tráfego Telegráfico, no DCT, passou a Gerente de Operações Telegráficas, na mesma data em que se extinguiu aquela função: 19 de outubro de 1971. Houve, assim, uma transposição de funções: de função gratificada na Administração Direta, a função comissionada na empresa. Digo função comissionada, porque o apelado não optou pelo regime de pessoal da empresa, permanecendo como Telegrafista, Nível 16-C, até sua aposentadoria. Apenas exercia a função de confiança na Gerência de Operações Telegráficas.

No parecer nº H-713, de 1968, o douto Adroaldo Mesquita da Costa, Consultor-Geral da República, ao interpretar o artigo 4º da Lei nº 3.841, de 1960, salientou que esse dispositivo «tornou extensivas as vantagens do referido artigo 180, ao «tempo de serviço qualificado» prestado nas Sociedades de Economia Mista e fundações instituídas pelo Poder Público, por seus servidores. Data venia, não importa que o emprego de confiança não tenha a conceituação de cargo em comissão ou função gratificada. Não obstante isso, por força do artigo 4º da Lei nº 3.841, o emprego de confiança passou a equiparar-se ao cargo em comissão ou função gratificada, para os fins do artigo 180 do Estatuto dos Funcionários».

Porque não incluir-se o emprego de confiança em empresa pública, que é institucionalmente mais vinculada ao serviço público, por prestar um serviço que era antes prestado pela Administração Direta, com o

peçoal estatutário procedente dos quadros do serviço público?

A outra objeção da apelante, relativa a situação funcional do apelado na data da aposentadoria, encontra resposta no Acórdão lavrado na AC nº 71.709, de que fui Relator, julgada em 1981:

«Funcionalismo. Vantagens do artigo 180 da Lei nº 1.711, de 1952.

A Lei nº 6.481 de 5 de dezembro de 1977, que adaptou dispositivos da Lei nº 1.711, de 1952, à Constituição, afasta a eiva de inconstitucionalidade do artigo 180 deste Estatuto, por afronta ao artigo 102, § 2º, da Carta.

Ao funcionário que haja exercido função gratificada ou cargo em comissão, por dez anos, consecutivos ou não, não se exige esteja nessa situação funcional, ao aposentar-se, para o gozo da vantagem prevista na alínea b do artigo 180 da Lei nº 1.711/52 (Decreto nº 41.666, de 19-6-57, artigo 1º, § 2º)».

No que concerne a apelação do autor, nego provimento, uma vez que a

pretensão é dirigida contra a União e não contra a ECT, que o aposentou e lhe paga os proventos.

Nego, portanto, provimento a ambas as apelações.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 85.640 — MG — Registro nº 5.558.506) — Rel.: Sr. Ministro Carlos Madeira. Remte.: Juiz Federal da 3ª Vara. Aptes.: Milton da Silva Bastos e União Federal. Apdos.: Os mesmos e Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos — ECT. Advs.: Drs. Armando Chaves Correa e outros e Antônio Monteiro Gonzaga.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento a ambas as apelações — (Em 14-9-84 — 3ª Turma).

Os Srs. Ministros **Adhemar Raymundo** e **Flaquer Scartezini** votaram de acordo com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro **Carlos Madeira**.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 87.395 — MT

(Registro nº 5.585.708)

Relator: O Sr. Ministro Adhemar Raymundo

Apelantes: Abrahão Atem e cônjuge

Apeladas: Fundação Nacional do Índio — FUNAI e União Federal

Sust. Oral: Dr. Raul Chaves Filho

Advogados: Drs. Eliezer Valladares Rebello e outro e José Corbelino

EMENTA

Processual Civil.

Indeferimento da inicial. Procedimento escolhido pelo autor. Se não corresponde à natureza da causa, e não for possível a adaptação ao previsto em lei, o indeferimento assenta no inciso V do artigo 295 do CPC. Se, na inicial, o postulante pede a demarcação de sua propriedade, via ação definida no artigo 946 da Lei Processual Civil, pressuposto da demanda é inexistir litígio sobre o direito dominial do autor na

área demarcanda. Mas, se, na espécie dos autos, esse direito de propriedade é contestado pela União Federal, ao argumento de que dito trato de terra está encravado em terras ocupadas por silvícolas, inadequado o procedimento demarcatório.

Impossibilidade de se adaptar ao tipo previsto em lei, quando a causa de pedir no procedimento eleito é diversa da que deveria embasar o outro.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas.

Decide a 3ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, negar provimento à apelação, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 19 de junho de 1984 (Data do julgamento) — Ministro Carlos Madeira, Presidente — Ministro Adhemar Raymundo, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Adhemar Raymundo (Relator): Abrahão Atem e sua mulher propuseram ação demarcatória (*finium regundorum*), cumulada com pedido de imissão de posse, contra a União Federal e a FUNAI.

Mas, por considerar inadequado o procedimento escolhido pelos autores, o ilustre Juiz a quo indeferiu a inicial e, por conseqüência, encerrou o processo, sem julgamento do mérito, nos termos do artigo 267, I, do CPC.

Apelaram os autores aduzindo que a pretensão que se exercita é de domínio, objetivando sejam os con-

frontantes condenados a demarcar seus terrenos. Assim, a ação própria é a demarcatória, e não a reivindicatória, ou declaratória, como entende o digno a quo.

Por outro lado, tanto a União como o particular podem promover extensões de limites. Este, por meio de ação demarcatória, e aquela, mediante discriminatória.

No mérito, sustentaram que são legítimos titulares do direito de propriedade sobre a área em questão, perfeitamente constituído sobre imóvel já transferido para esfera do domínio privado, anteriormente à vigência do próprio Estatuto do Índio, bem como do artigo 4º, IV, e 198 da CEF, pelo qual deverá ser respeitado e garantido, sob pena de afronta ao artigo 153, §§ 3º e 22, da Lei Maior. Acentuaram que a transferência foi feita pelo Estado de Mato Grosso a particular, por título legítimo e definitivo, em 26-6-65.

Contra-arrazoou apenas a FUNAI, alegando que, por força do Estatuto do Índio, é vedada a imissão de posse em terras ocupadas por silvícolas, e a área reclamada acha-se encravada nos limites da Reserva Indígena/Parecis (v. docs. de fls. 30/31).

A douta Subprocuradoria-Geral da República opinou pela confirmação da sentença.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Adhemar Raymundo (Relator): A causa de pedir na ação de demarcação é, sem sombra de dúvida, o fato de o autor dever saber as dimensões da área demarcanda, porque é da essência da propriedade ser ela definida e exclusiva. Realmente, o proprietário, porque indefinidos os limites da área, tem manifesto interesse em demarcá-la. Pressuposto, pois, da ação de demarcação é ser o autor legítimo proprietário da coisa. Não pode haver dúvida sobre o seu direito dominial. Daí, a estatuição do artigo 946, inciso I, do CPC, ao dizer que pode exercer esse direito o proprietário para obrigar o seu confinante a estremar os seus respectivos prédios. Mas, a causa de pedir na ação declaratória de domínio ou de reivindicação deste direito é outra. Não se trata de demarcar prédios, cuja propriedade não se discute, mas de pedir em Juízo a declaração sobre a existência de uma relação jurídica, ou buscar o reconhecimento de um direito, sobre o qual há um litígio, porque o particular, ou o ente público, não o reconhece, resistindo à pretensão do autor.

Na hipótese dos autos, os autores pedem a demarcação das suas terras, para que elas sejam estremadas das pertencentes à União Federal. Logo, dizem-se titulares de direito dominial sobre determinada área. Mas, como dito na inicial, item 3º, as terras não integram Reserva Indígena dos Parecis, como pretende a FUNAI, invocando o Decreto-Lei nº 63.668/68, porque esse trato de terra passou a integrar o seu patrimônio, a partir de 1965. Ademais, como se vê do documento junto aos autos pelos autores (fl. 30), a propriedade adquirida por eles ao Estado de Mato Grosso está encravada na Reserva Indígena dos Parecis. Ora, evidentemente, há um dissídio sobre o

direito de propriedade da área ocupada pelos postulantes. De um lado, estes, com base no documento de aquisição do lote denominado «Macacão», em plano oposto, a FUNAI, esteada no decreto-lei citado, quando afirma que esse imóvel está na reserva indígena.

Inadequado o procedimento eleito pelos autores. A ação há de ser de caráter outro, com o objetivo de solucionar, em primeiro lugar, a quem pertence o lote «Macacão», se aos autores, ou se aos silvícolas. Nunca, a demarcatória, cuja causa de pedir reside em fato definido, qual seja, a necessidade de delimitar os limites da propriedade, quando, na ação de cognição sobre o direito de propriedade, a causa petendi é diversa, pois, reside no fato de o domínio da coisa ser controvertido.

Com estas considerações, nego provimento à apelação.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

AC Nº 87.395 — MT — Registro nº 5.585.708 — Rel.: Sr. Ministro Adhemar Raymundo. Aptes.: Abrahão Atem e cônjuge. Apdas.: Fundação Nacional do Índio — FUNAI e União Federal. Advs. Drs. Eliezer Valladares Rebello e outro e José Corbelino. Sust. Oral: Raul Chaves Filho.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação (Em 19-6-84 — 3ª Turma).

Votaram de acordo com o Relator os Srs. Ministros Flaquer Scartezzini e Carlos Madeira. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Hélio Pinheiro. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Carlos Madeira.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 90.578 — MG
(Registro nº 5.631.645)

Relator: O Sr. Ministro Bueno de Souza

Remetente: Juízo Federal da 1ª Vara — MG

Apelantes: Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária — INCRA e Prefeitura Municipal de Itaverava

Apelados: Os mesmos

Advogados: Drs. Vanda Guedes da Rocha, Yor Queiroz Júnior e outros

EMENTA

Tributário e Processual Civil.

Ação proposta por município contra autarquia federal (INCRA).

Pretensão de restituição de parcelas do ITR, indevidamente retidas.

Sentença omissa quanto ao pedido de correção monetária, a partir de cada retenção.

Recursos.

Apelação do Município: a) provimento, na parte relativa à correção monetária do débito; b) desprovimento, no concernente à elevação dos honorários advocatícios, ante a simplicidade da causa e o vulto da reparação a ser considerada para o efeito.

Apelação da autarquia: juros moratórios, pretendida redução da taxa para 6% ao ano, desprovimento.

Os juros moratórios incidentes sobre valores a restituir pelo Fisco, em tema de tributos, é de 1% ao mês.

Aplicação dos artigos 161 e 167, parágrafo único do CTN.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos, em que são partes as acima indicadas.

Decide a 4ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, negar provimento à apelação do INCRA e dar provimento parcial ao recurso do Município, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 11 de junho de 1984 (Data do julgamento) — Ministro **Armando Rollemberg**, Presidente — Ministro **Bueno de Souza**, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Bueno de Souza: O Município de Itaverava propôs ação ordinária contra o INCRA, pleiteando restituição de parcelas do Imposto Territorial Rural retidas pela autarquia, acrescidas de juros e correção monetária a contar das indevi-

das retenções, além de honorários advocatícios.

Alega, em síntese, que, nos termos do artigo 24, § 1º, da Constituição Federal, pertence ao Município o produto integral da arrecadação do ITR incidente sobre imóveis situados em seu território, donde a inconstitucionalidade do § 3º do artigo 85, do Código Tributário Nacional, que autoriza o INCRA a reter 20% do montante arrecado, como taxa de serviço.

A sentença do MM. Juiz Federal da 1ª Vara de Minas Gerais (fls. 37/38) julgou a demanda procedente, em parte, condenando a autarquia à restituição das parcelas reclamadas, «observada a prescrição quinquenária, ... monetariamente corrigidas». Condenou-a, também, a juros moratórios de 1% (um por cento) ao mês, a contar da citação (CTN, artigo 161, § 1º, por analogia), reportando-se ao julgado do RE nº 82.851-SP, in RTJ 82/535, e a honorários advocatícios de 5% da quantia que se apurar, em liquidação de sentença, por cálculo, pois o processo foi muito simples, rápido e sucumbente é a Fazenda Pública (CPC, artigo 20, § 4º).

Apelaram: a) o INCRA (fls. 40/45), pedindo a redução dos juros de 1% para 0,5% ao mês; e b) o Município, pleiteando a elevação dos honorários advocatícios, na conformidade do artigo 20, § 3º do CPC e, bem assim, que a correção monetária incida a partir de cada retenção indevida.

Com as contra-razões (fls. 57/60 e 62/66), subiram os autos.

É o relatório, sem revisão.

VOTO

O Sr. Ministro Bueno de Souza (Relator): Sr. Presidente, a r. sentença, a despeito do pedido expresso na inicial, deixou de explicitar o termo inicial da incidência da correção monetária das parcelas retidas indevidamente.

Neste ponto, por conseguinte, deve ser atendida a irrisignação do Município, tanto mais quanto vimos reiteradamente decidindo que tal correção deva fazer-se a partir do momento em que tenha ocorrido cada uma das retenções indevidamente efetuadas, por isso mesmo ensejadoras do direito ao ressarcimento do prejuízo, que não pode deixar de ser completo.

No tocante, porém, aos honorários advocatícios, tenho para mim que a apelação do Município não merece prosperar, desde que o vulto do valor sobre o qual incidirá, depois de corrigido, o percentual arbitrado, ao lado da simplicidade da causa, desde que sobre o tema já se consolidou a jurisprudência, assegura razoável remuneração do serviço prestado.

Já no que diz com a apelação interposta pela autarquia, cumpre acentuar que os juros a crescer ao valor principal devem ser, de fato, calculados à taxa de 1% ao mês, tal como determinado pela sentença.

Em verdade, sobre o assunto dispõe o CTN, verbis:

«Art. 161. O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta lei ou em lei tributária.

§ 1º Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de um por cento ao mês». — (omissis)

«Art. 167. A restituição total ou parcial do tributo dá lugar à restituição, na mesma proporção, dos juros de mora e das penalidades pecuniárias, salvo as referentes a infrações de caráter formal não prejudicadas pela causa da restituição.

Parágrafo único. A restituição vence juros não-capitalizáveis, a partir do trânsito em julgado da decisão definitiva que a determinar.»

Ante o exposto, dou provimento parcial à apelação do Município e nego provimento à apelação da autarquia.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 90.578 — MG — Registro nº 5.631.645 — Rel.: Sr. Ministro Bueno de Souza. Remetente: Juízo Federal

da 1ª Vara. Apelantes: INCRA e Prefeitura Municipal de Itaverava. Advs.: Drs. Vanda Guedes da Rocha, Yor Queiroz Júnior e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação do INCRA e deu provimento parcial ao recurso do Município, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (Em 11-6-84 — 4ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Pádua Ribeiro e Carlos Velloso.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro **Carlos Velloso**.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 90.920 — SP (Registro nº 3.176.991)

Relator: O Sr. Ministro José Cândido

Apelante: IAPAS

Apelado: Albérico Alexandre dos Santos

Advogados: Drs. Leonil João de Lima e outros e João Lyra Netto e outros

EMENTA

Previdência Social. Liquidação de sentença. Intimação.

A publicação da sentença homologatória no órgão oficial, sendo perfeita no que se refere a ação, juízo, partes e patronos, marca o dies a quo para o apelo. Irrelevante a falta de fundamentação, quando homologa cálculo explicitado pelo contador.

Não conhecimento do apelo por intempestivo.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos, em que são partes as acima indicadas.

Decide a 2ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, não conhecer da apelação, por intempestiva, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 7 de agosto de 1984 (Data do julgamento) — Ministro **Gueiros Leite**, Presidente — Ministro **José Cândido**, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Cândido: Trata-se de execução proferida contra o Instituto Nacional de Previdência Social, em ação ordinária movi-

da por Albérico Alexandre dos Santos, objetivando benefício previdenciário.

O INPS recorre para anular a sentença homologatória, de fl. 148, alegando falta de fundamentação.

As partes foram intimadas e falaram sobre o cálculo. Como houve divergência, o MM. Juiz de Direito da 1ª Vara da Comarca de Sorocaba ordenou a manifestação do contador, que respondeu à fl. 147. Após, o MM. Juiz houve por bem homologá-lo e requisitar o pagamento.

Insurgiu-se o INPS, por não ter sido intimado para dizer sobre a resposta do contador (fls. 151/158).

Contra-razões do apelado (fl. 160), argüindo intempestividade do recurso.

A intimação da sentença ocorrera em 8-2-84, no DO do Estado (fl. 148), e o recurso foi protocolizado em 22-3-84 (fl. 151). A certidão, de fl. 150, situa o período em que os autos estiveram em poder do recorrente.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Cândido (Relator): O apelo do INPS nada mais fez do que atacar a decisão homologatória dos cálculos, à alegação de falta de fundamentação e ausência de intimação.

No que concerne à falta de fundamentação, em se tratando de sentença homologatória, é totalmente despicenda, uma vez que já discutidos os cálculos pelos interessados, o Juiz

pode limitar-se à simples concordância, como na hipótese dos autos. Considera-se que o apelante, quando da sua primeira manifestação contra os cálculos de fl. 115, homologados à fl. 119, nos mesmos termos que a decisão ora atacada, nada alegou quanto à falta de fundamentação.

Da mesma forma, naquela oportunidade, o INPS acorreu à publicação no órgão oficial, em tudo idêntica à ora existente.

Não há, pois, o que censurar na decisão sob recurso, quer quanto à falta de fundamentação, quer quanto à ausência de intimação, desde que publicada no DO de 8-2-84. Observe-se que o recurso só foi interposto a 22-3-84, a destempo, portanto.

Não conheço do apelo, por intempestivo.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 90.920 — SP — Registro nº 3.176.991 — Relator: Ministro José Cândido. Apte.: IAPAS. Apdo.: Albérico Alexandre dos Santos. Advs.: Drs. Leonil João de Lima e outros e João Lyra Netto e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu da apelação, por intempestiva, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (Em 7-8-84 — 2ª Turma).

Os Srs. Ministros Costa Lima e Gueiros Leite votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Gueiros Leite.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 91.522 — ES

(Registro nº 5.645.158)

Relator: O Sr. Ministro Américo Luz

Apelante: IAPAS/BNH

Apelado: IMAPRECI — Indústria de Premoldados de Cimento Ltda.

Advogados: Drs. Olga Berger e outro

EMENTA

Execução fiscal. Extinção do feito após o pagamento da dívida exigida. Pretensão do exequente quanto ao pagamento da diferença.

Impossibilidade, em face do serôdio pedido do exequente, posto que, entre a data do recolhimento pelo executado e a prolação da sentença extintiva, decorreram 31 dias, sem que tal diferença fosse reclamada.

Contudo, ressalva-se à apelante postular a reclamada diferença, via de outra execução, devidamente precedida do indispensável procedimento administrativo.

Apelação improvida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas.

Decide a 6ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, negar provimento à apelação, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 5 de setembro de 1984 (Data do julgamento) — Ministro Jarbas Nobre, Presidente — Ministro Américo Luz, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Américo Luz: Cuida-se de execução fiscal intentada pelo Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social — IAPAS, contra IMAPRECI — Indústria de Premoldados de Cimento Ltda., visando a cobrar desta a importância de Cr\$ 480.890, a título de contribuições para o FGTS, acrescida de juros, correção monetária e multa.

O MM. Juiz a quo, ao entendimento de que o débito restou integralmente satisfeito com o depósito efetuado pela executada à fl. 20, no va-

lor de Cr\$ 851.276, julgou extinta a execução — fl. 24.

Daí que, inconformado, apela o Instituto, com as razões de fls. 32/34, pleiteando a reforma do *decisum*, à consideração de que tal importância depositada foi insuficiente para cobrir o débito, restando, ainda, Cr\$ 396.320, a ser complementada pela executada, a título de saldo devedor.

Sem contra-razões, subiram os autos.

Dispensados o parecer e a revisão, é o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Américo Luz (Relator): O que ocorreu no presente caso foi que a executada, após receber citação para pagar o débito, recolheu o respectivo montante, apurado este pela Contadoria do Juízo (conta de fl. 19, elaborada em 11 de janeiro do corrente ano), ut guia de fl. 20.

Em face do pagamento, o ilustre Magistrado a quo decretou a extinção do processo (fl. 24), em 13 de fevereiro deste ano.

O exequente, pela petição de fl. 26, instruída com o ofício de fl. 28, requereu, então, que fosse complementado o pagamento da dívida, mediante a exigência de mais Cr\$

396.320, constando do aludido expediente:

«A recolher até 31-3-84».

Entendo que ao apelante não cabe razão, de vez que não diligenciou no sentido de demandar tal complementação, **oportuno tempore**. Ademais, a executada efetuou o recolhimento do que lhe foi exigido, a título de contribuições para o FGTS, no «guichet» do BNH (ibidem fl. 20). Entre esse recolhimento e a prolação da sentença extintiva do feito decorreram 31 (trinta e um) dias, lapso de tempo em que o exequente poderia, mas não o fez, pleitear a complementação, dando ensejo a que a executada se defendesse ou pagasse.

Assim sendo, embora ressalve ao apelante, vir através de outra execu-

ção, devidamente precedida do indispensável procedimento administrativo, postular a reclamada diferença, nego provimento ao apelo.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 91.522 — ES — Registro nº 5.645.158— Rel.: Sr. Ministro Américo Luz. Aptes.: IAPAS/BNH. Apdo.: IMAPRECI - Indústria de Premoldados de Cimento Ltda. Advs.: Drs. Olga Berger e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação (Em 5-9-84 — 6ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Jarbas Nobre e Torreão Braz. Presidiu a sessão o Sr. Ministro Jarbas Nobre.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 3.818 — RJ

(Registro nº 3.124.207)

Relator: O Sr. Ministro Lauro Leitão

Revisor: O Sr. Ministro Otto Rocha

Apelante: Ruy Barbosa Veiga

Apelada: Justiça Pública

Advogado: Dr. Afrânio Gouveia de Siqueira (Apte.)

EMENTA

Penal. Estelionato. Desclassificação do delito.

Resultou provado que o réu, funcionário do INPS, falsificou carnês, para obtenção de vantagem ilícita, junto aos estabelecimentos bancários, como se fosse procurador de beneficiários da Previdência Social, o que caracteriza o crime de estelionato.

Apelação parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas.

Decide a 1a. Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, dar parcial provimento à apelação do réu, para, modificando a r.

sentença, desclassificar o delito para estelionato e condená-lo à pena de (1) um ano e (4) quatro meses de reclusão e à multa de Cr\$ 4,00 (quatro cruzeiros), concedendo-lhe, porém, a suspensão condicional da pena por (3) três anos, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 19 de março de 1982 (Data do julgamento) — Ministro **Lauro Leitão**, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Washington Bolívar: A representante do Ministério Público Federal apresentou denúncia contra Ruy Barbosa Veiga como incurso nas penas dos artigos 312, § 1º, 297, § 1º, combinados com o artigo 51, § 2º, todos do Código Penal, pelas seguintes razões:

«A partir de 5 de julho de 1974, os responsáveis pela chefia do Posto de Benefícios do INPS — Santa Rosa-Niterói, constataram a falta de Autorizações de Pagamento de Benefícios (APB) em número de 56, já assinadas e prontas para pagamento, que se encontravam guardadas à espera dos seus titulares. Durante as diligências determinadas para apurar o fato, foi encontrado sobre um balcão da Agência da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, de Petrópolis, por uma funcionária, um envelope amarelo, endereçado ao INPS, com carimbos do Banco Real S.A. (fl. 16 do anexo).

O referido envelope continha 37 fotografias do servidor do INPS — Ruy Barbosa Veiga — Tesoureiro-Auxiliar, lotado no Posto de Saúde Santa Rosa, em Niterói; 29 «Carnês de Autorizações de Pagamento de Benefícios» (pensão) preenchidos e acompanhados dos respectivos «Cartões de Identificação de Recebedor», com a fotografia do mesmo servidor, rubricados, numerados e assinados por ele, como constatou a perícia grafotécnica (fls. 162 e 174, item 5, do anexo); uma fotografia de seu pai, outra de sua mulher e uma de seu filho (fl. 20); um talão de encomenda de 24 fotografias, sob nº 30.462, do Foto Club, localizado na Rua José Cle-

mente, 31, em Niterói, em nome de «Ruy», e cartões de pagamento de benefício, em branco (fl. 23), além de porta-carnês de plástico, com a sigla do INPS e protetores de cartão de pagamento de benefício (fls. 15/52).

O inquérito instaurado pela autarquia constatou que o indiciado vinha recebendo benefícios de terceiros, em seu proveito, valendo-se dos documentos que subtraíra e preparara para esse fim, apresentando-se aos bancos como suposto procurador das partes.

Desta forma, causou um prejuízo à autarquia no montante de Cr\$ 109.536,33 (cento e nove mil, quinhentos e trinta e seis cruzeiros e trinta e três centavos)».

Recebida a denúncia (fl. 2), foi o acusado interrogado (fl. 39/39 v.), apresentando defesa prévia (fls. 41/42).

As testemunhas arroladas pelo MPF foram inquiridas às fls. 54/59 e 71/74, e as da defesa às fls. 92/94 e 115/115 v.

O laudo grafotécnico, constante do processo administrativo, foi juntado, por cópia, às fls. 77/87.

Requeru o acusado (fl. 119) a realização de nova perícia, por entender imprestável o laudo grafotécnico (fls. 77/87).

Em suas alegações finais (fl. 120v.), o MPF pediu a condenação do acusado, na forma da peça vestibular.

Por seu turno, o réu (fls. 122/126), ofereceu suas razões, argüindo, preliminarmente, cerceamento de defesa, porquanto o MM. Juiz não se manifestou sobre o pedido de nova perícia; sustentou, ainda, a incompetência da Justiça Federal. No mérito, argumentou que há *bis in idem*, em face de ao mesmo fato e a um só designio dar-se tipicidade plural. Ainda que se entendesse como ver-

dadeiro o laudo, se a falsificação ficasse provada, esta ação seria o meio sem o qual o objetivo não seria alcançado. Inexiste, pois, a falsificação como crime autônomo. No que tange à hipótese do artigo 312, § 1º, do CP, não restou provada.

O MM. Juiz Federal Dr. Ariosto de Rezende Rocha (fls. 128/131) julgou procedente a denúncia, para o efeito de condenar o acusado à pena de dois anos e quatro meses de reclusão e multa, no grau mínimo, de acordo com os artigos 312, § 1º e 51, § 2º, do CP.

Apelou o réu (fls. 135/139), pleiteando a anulação do processo, por cerceamento de defesa e por ser a Justiça Federal incompetente. No mérito, pediu a sua absolvição, «por inexistir o crime de peculato, uma vez que a hipótese formulada pela sentença seria de estelionato, cuja pena seria fixada no mínimo, levando em conta os mesmos critérios para a pena fixada na sentença apelada».

Contra-arrazoando (fl. 140) o MPF pediu a confirmação da sentença.

A ilustrada Subprocuradoria-Geral da República (fls. 142/145), em parecer da Dra. Haydevalda Aparecida Sampaio, aprovado pelo Dr. A. G. Valim Teixeira, após sustentar a improcedência das preliminares, opinou, no mérito, pelo provimento parcial do recurso, a fim de que a imputação seja desclassificada para estelionato, condenando-se o acusado a um (1) ano de reclusão e multa de Cr\$ 3,00 (três cruzeiros), aumentada de um terço, de acordo com o § 3º do artigo 171, do CP, totalizando um (1) ano e quatro (4) meses de reclusão e multa de Cr\$ 4,00 (quatro cruzeiros). Destacou, finalmente, ter o réu direito aos benefícios do «sursis».

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Lauro Leitão (Relator): Ruy Barbosa Veiga foi condenado à pena de dois anos e 4 meses de reclusão e a multa, no grau mínimo, como incurso nas sanções do artigo 312, § 1º, combinado com o artigo 51, § 2º, do Código Penal, isto é, por haver se apresentado aos bancos, na condição de servidor público, substituindo os beneficiários, para receber benefícios que a estes deveriam ser pagos.

Inconformado, apelou o réu.

Em suas razões, alega:

«Os fatos mencionados pela sentença, data venia, não tipificam o delito pelo qual foi condenado o apelante. Nas alegações de fls. 123/126, sustentou o apelante a inexistência do delito imputado, quando ponderou:

«No que tange à hipótese do artigo 312, § 1º, do Código Penal, articulada na denúncia, não ficou provada. O § 1º, imputado ao defendente, está vinculado ao caput, obviamente, porque:

«§ 1º Aplica-se a mesma pena, se o funcionário público, embora não tendo a posse do dinheiro, valor ou bem, o subtrai ou concorre para que seja subtraído, em proveito próprio ou alheio, valendo-se de facilidade que lhe proporciona a qualidade de funcionário».

«Enquanto o caput prevê o caso de apropriação de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tenha posse em razão do cargo, já o § 1º do artigo 312 cogita da subtração de dinheiro, valor ou bem.»

Não houve subtração de dinheiro, e receber dinheiro, como afirma a sentença, não importa em reconhecer que houve subtração, logo, não há peculato. A denúncia disse que o apelante vinha rece-

bendo dinheiro, ou melhor, benefícios de terceiros, valendo-se de documentos que subtraiu. Os documentos não se constituem em objeto da ação, mas, sim, os benefícios, conforme reconhece a sentença. Heleno Cláudio Fragoso, *in* Lições de Direito Penal, vol. 4, diz, a propósito, o seguinte:

«Pode o crime ser praticado de duas formas: na primeira, o agente subtrai dinheiro, valor ou bem móvel, prevalecendo-se das facilidades que lhe proporciona o exercício de sua função pública; na segunda, não pratica ele a subtração, mas concorre (com conhecimento de causa) para que outrem o subtraia, aproveitando-se também das circunstâncias que lhe enseja o cargo que desempenha.

.....

«...Como diz Nelson Hungria (Comentários, vol. IX, pág. 348): «a facilidade a que refere o texto legal é qualquer circunstância de fato propícia à prática do crime, notadamente o fácil ingresso ou acesso à repartição ou local onde se achava a coisa subtraída».

A sentença apelada, pois, reconhece que não ocorreu senão a substituição dos «beneficiários, para receber benefícios que lhes eram devidos». Isso, evidentemente, não encerra a ação de subtrair. Dentro da linha em que se constituiu a fundamentação da sentença não se vê o peculato, poder-se-á ver o fato sob a tipicidade do artigo 171, se é que o fato existiu, no do artigo 312, data venia, não.

Foi requerida nova perícia, que nem foi negada nem foi deferida. Foi levantada a questão relativa à incompetência da Justiça Federal, tendo em vista que o fato, se existiu, não envolveu o patrimônio do INPS, mas o benefício de terceiros, segurados.

Assim, preliminarmente, espera que seja anulado o processo, por cerceamento de defesa e por ser a Justiça Federal incompetente, no mérito, para ser absolvido da imputação que lhe é feita, por inexistir o crime de peculato, já que a hipótese formulada pela sentença seria de estelionato, cuja pena seria fixada no mínimo, levando em conta os mesmos critérios para a pena fixada na sentença apelada, sendo feita a costumeira e sã justiça, com o provimento do recurso, motivo por que p. deferimento.»

Em primeiro lugar, rejeito as preliminares suscitadas pelo réu no sentido da anulação do processo, por incompetência da Justiça Federal e por cerceamento de defesa.

E o faço porque, tendo sido lesado, *in casu*, o INPS, que foi levado a pagar duas vezes os mesmos carnês, competente é a Justiça Federal para processar e julgar o feito, nos termos do artigo 125, I, da Constituição Federal.

Quanto ao cerceamento de defesa, improcede, por igual, a alegação da imprestabilidade do Laudo de Exame Grafotécnico (fls. 79/81), pois, como observa a douta Subprocuradoria, o réu-apelante não justificou as razões por que julgava necessário novo exame pericial, assim como não formulou quesitos porque não quis, «tendo comparecido para fornecer o material — escritos, assinaturas, rubricas e números de seu próprio punho, sem nenhuma objeção».

Quanto ao mérito, razão assiste, em parte, ao réu-apelante. É que, da prova produzida nos autos, chego à conclusão, como chegou a douta Subprocuradoria-Geral da República, de que o ora apelante praticou somente o crime de estelionato, pois, embora houvesse subtraído os carnês, aproveitando-se da condição de funcionário público, para obter vantagem ilícita, em prejuízo do INPS,

falsificou tais carnês e os apresentou aos estabelecimentos bancários, como se fosse procurador dos beneficiários.

Como se vê, aquela vantagem ilícita foi obtida, mediante fraude.

Em face do exposto, dou parcial provimento à apelação do réu Ruy Barbosa Veiga, para, modificando a r. sentença apelada, desclassificar o delito para estelionato e condenar o mesmo réu à pena de um ano e quatro meses de reclusão e à multa de Cr\$ 4,00, como incurso nas sanções do artigo 171, § 3º, do Código Penal.

Considerando, porém, que o réu é primário e que as circunstâncias do crime autorizam a concluir-se que não tornará a delinquir, suspendo a execução da pena por três (03) anos, mediante as seguintes condições:

- a) exercer atividade lícita;
- b) comprovação, de quatro em quatro meses, que está cumprindo a primeira condição.

Delego ao MM. Dr. Juiz da execução as atribuições para realizar a audiência admonitória.

É o meu voto.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 5.832 — ES

(Registro nº 3.439.127)

Relator: O Sr. Ministro Gueiros Leite

Revisor: O Sr. Ministro William Patterson

Apelante: Djalma Gonçalves Coutinho

Apelada: Justiça Pública

Advogado: Dr. Laudio Klipel

VOTO

O Sr. Ministro Otto Rocha (Revisor): Dou parcial provimento à apelação do réu e concedo-lhe a suspensão condicional da pena pelo prazo de três anos, designando o MM. Juiz de Execução Criminal para realizar a audiência admonitória.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

ACr nº 3.818 — RJ — Registro nº 3.124.207 — Rel.: O Sr. Ministro Lauro Leitão. Rev.: O Sr. Ministro Otto Rocha. Apte.: Ruy Barbosa Veiga. Apda.: Justiça Pública. Adv.: Dr. Afrânio Gouveia de Siqueira (apte.).

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu parcial provimento à apelação do réu, para, modificando a r. sentença, desclassificar o delito para estelionato e condená-lo à pena de (1) um ano e (4) quatro meses de reclusão e à multa de Cr\$ 4,00 (quatro cruzeiros), concedendo-lhe, porém, a suspensão condicional da pena por (3) três anos (Em 19-3-1982 — 1ª Turma).

Os Srs. Ministros Otto Rocha e Pereira de Paiva votaram de acordo com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Lauro Leitão.

EMENTA

Criminal. (1) Furto de palmito. Coisa imóvel; (2) Extinção da punibilidade (STF, Súmula nº 146).

Confirma-se a sentença quanto ao fato de que o palmito, uma vez retirado da palmeira alheia, é coi-

sa mobilizada e pode ser objeto de furto (STF, RHC nº 55.979, RTJ 86/791; RT 518/441).

2. Extingue-se a punibilidade pela prescrição da pena concretizada na sentença (STF, Súmula nº 146).

3. Dá-se provimento apenas parcial ao recurso do acusado.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos, em que são partes as acima indicadas.

Decide a 2ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, dar parcial provimento à apelação, para manter a sentença, mas julgar extinta a punibilidade, pela prescrição, nos termos da Súmula nº 146, do Supremo Tribunal Federal, na forma do voto e notas taquigráficas precedentes que integram o presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 14 de agosto de 1984 (Data do julgamento) — Ministro Gueiros Leite, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gueiros Leite (Relator): Djalma Gonçalves Coutinho foi denunciado como incurso nas penas do artigo 155, do Código Penal, pelo furto de 70 palmitos da Reserva Florestal do Município de Santa Tereza — ES.

O Dr. Juiz Federal relatou e decidiu o processo da seguinte maneira:

«Djalma Gonçalves Coutinho, qualificado nos autos, foi denunciado como incurso nas penas do artigo 155 do Código Penal porque nos primeiros dias do mês de janeiro de 1975 furtou da Reserva Florestal, situada em Nova Lombardia, Município de Santa Tereza/ES, setenta palmitos, apesar de a Portaria de fl. 6 mencionar que foram apreendidos 83 palmitos que foram vendidos ao Sr. Francolino Biazuti

pela importância de Cr\$ 80,00 (oitenta cruzeiros), por «tratar-se de mercadoria deteriorável». Não consta o auto de apreensão dos palmitos e nem do depósito da importância, razão do ofício de fl. 49. Requisitada a importância, foi a mesma recebida (fl. 65) e depositada (fl. 67). A denúncia foi recebida (fl. 23) e citado, o réu foi interrogado (fls. 28/29), tendo apresentado defesa prévia (fls. 34/35). Designada a audiência de instrução, nela foram ouvidas duas testemunhas da acusação (fls. 41/44), tendo o Dr. Procurador da República desistido da audiência da testemunha José Sangalha Zuqueta, como se vê do termo de requerimento de fl. 46. Duas testemunhas arroladas pela defesa foram ouvidas por precatória (fl. 61/61v.). As partes ofereceram razões finais: o Dr. Representante do Ministério Público Federal (fls. 74/76) e o Dr. Defensor do acusado (fls. 78/80). A acusação pediu a condenação do indiciado por entender «demonstrada a materialidade do fato criminoso imputado ao denunciado» e por estar «patente a autoria». Analisa a prova colhida, inclusive as declarações prestadas perante autoridade policial, minudenciando os depoimentos, com a transcrição de textos pertinentes. A defesa entende que o Dr. Representante do Ministério Público equivocou-se «primeiro ao denunciar o acusado... nas sanções do artigo 155 do Código Penal, e, posteriormente, colhida a prova, ratificado esta denúncia através de suas alegações finais...» (fl. 79). Entende que não se tipificou o delito «porque ja-

mais se poderia considerar um arvoredo de palmito coisa móvel». E prossegue: «A exigência da tipicidade, entre os elementos fundamentais para a configuração do crime é, segundo Vitotino Prata Castelo Branco e outros penalista, um imperativo da penalística moderna. «Isto posto, não havendo tipicidade para o delito, obviamente não há amparo legal para a sua condenação.» (fl. 80). Este o relatório. Uma árvore pode ser, ou não, conforme o fim a que se destina, considerada como bem imóvel. Mas, «se não se pode subtrair um imóvel, pode-se subtrair porções ou pedaços dele, mobilizando-os. Uma tal subtração constitui, sem dúvida alguma, um furto», já pontificada o Tribunal de Alçada de São Paulo, em julgamento unânime de 28-12-43, confirmando sentença do Dr. Minhoto Junior, na Ap. Crim. nº 12.097 (RT-157/604). E não há negar-se que o «palmito», mesmo que se considerasse a palmeira como imóvel, é um pedaço desta, que se mobiliza. E tanto se mobiliza que os «palmitos» foram retirados das palmeiras e encontrados em local distante das mesmas, sendo posteriormente, vendidos. Assim, não tem razão a defesa: sua tese, na hipótese, não é sustentável. Na verdade, os «palmitos» são mobilizados, quando sua destinação é a alimentação. Retira-se a «porção» do caule da palmeira, a sua parte superior, e essa porção é o «palmito». Isto é sabido de todos. Por outro lado, conforme se constata da prova colhida nos autos, a materialidade do fato está comprovada e a autoria do crime, confessada. A alegação de que o indiciado não sabia que estava colhendo, para utilizar e vender, «palmitos» da Reserva Florestal, não encontra apoio na prova. Ele, conhecedor profundo do meio em que se encontrava, sabia os limites de suas terras, das terras

pertencentes à Reserva. Mesmo, e só para argumentar, que as linhas da divisa de sua propriedade com as da Reserva estivessem «sujas», não poderia enganar-se a ponto de penetrar na área da Reserva mais de um quilômetro. Assim sendo, e considerando a prova colhida nos autos, julgo procedente a denúncia e condeno Djalma Gonçalves Coutinho, já qualificado, por infração ao artigo 155 do Código Penal. Considerando, entretanto, que o réu é primário e de bom antecedente; considerando a sua personalidade — franca e responsável (v. s/declaração de fl. 8 e v.); considerando que não houve dolo intenso, pois o réu é lavrador e colhe palmitos para seu uso e para vender, em sua própria propriedade, tratando-se, pois, de ato corriqueiro em sua vida de trabalhador rural; considerando os motivos do crime, bem como as circunstâncias em que o mesmo ocorreu, bem como suas conseqüências, fixo a pena em um (1) ano de reclusão e multa de um mil cruzeiros; considerando, entretanto, que o réu é primário, como acima já se mencionou, e a coisa furtada é de pequeno valor, substituo a pena de reclusão pela de detenção (mantendo a pena de multa) e concedo ao sentenciado o benefício da suspensão da pena, mediante as seguintes condições: — não ingerir bebidas alcóolicas; — manter-se em seu trabalho regular; — não se afastar de seu domicílio sem o consentimento deste Juízo; — pagar a multa que lhe foi imposta e custas processuais, após feita a conta. Custas pelo réu» (fls. 82/84).

O réu apelou, pleiteando a reforma da sentença (fls. 87, 91/95). Contra-razões, pela manutenção (fls. 97/101). Os autos subiram ao Tribunal, onde a douta Subprocuradoria-Geral da República opinou, preliminarmente, pela prescrição da ação

penal, e quanto ao mérito, no caso de não ser acolhida a preliminar suscitada, pelo desprovimento do recurso (fl. 105).

Pauta sem revisão.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Gueiros Leite (Relator): Em sua apelação o réu alegou falta de tipicidade para a ação penal, tanto mais porque a árvore, ou seja, a palmeira da qual se colhe o palmito, não é bem móvel. Essa tese teria sido aceita em caso semelhante, ao julgamento do Processo nº 5.608, do mesmo Estado, em que figurou como acusado Acrisio Espírito Santo (fl. 92).

Não é de aceitar-se, porém, tal arguição, pois o apelante confessou (e está comprovado nos autos) haver colhido setenta palmitos no interior de reserva florestal, para vendê-los, de modo que tinham eles valor econômico por unidade indicativa de sua mobilização.

No caso citado como paradigma, o agente chamado Acrisio Espírito Santo havia realmente furtado palmitos, mas em pequena quantidade e sem valor econômico para a comercialização, destinando-o à sua alimentação e da família.

O Supremo Tribunal Federal já decidiu, no RHC nº 55.979, que as árvores plantadas, uma vez mobilizadas, podem ser objeto de crime de furto (RTJ nº 86/791 e RT nº 518/441, fl. 100). O palmito, aliás, não é uma árvore, mas um pedaço dela, que se retira do broto, vulgarmente chamado olho.

O apelante não negou o fato, procurando apenas fugir à responsabilidade, mas sem êxito. A materialidade está comprovada no local do crime, pois ele sabia ter invadido uma reserva florestal, vizinha à sua pro-

priedade, mais de um quilômetro adentro.

A sentença é de ser mantida pelos seus próprios e jurídicos fundamentos. Contudo, conforme análise feita pela douta Subprocuradoria-Geral da República, teria ocorrido a prescrição da ação penal, nos termos da Súmula nº 146 do Supremo Tribunal Federal.

De fato, a denúncia foi recebida em 18 de abril de 1975. A sentença condenatória, da qual só a defesa recorreu, veio a ser proferida em 22 de julho de 1980, apenando o acusado com um (1) ano de reclusão substituída pela detenção com «sursis».

Vê-se, portanto, que entre as causas interruptivas da prescrição decorreu lapso de tempo superior a quatro (4) anos, operando-se a extinção da punibilidade pela ocorrência da prescrição (Dr. Valim Teixeira, parecer, fl. 105, item 1).

Ante o exposto, dou parcial provimento à apelação para manter a sentença pelos seus próprios e jurídicos fundamentos, mas julgo extinta a punibilidade pela prescrição.

É como voto.

VOTO REVISOR

O Sr. Ministro William Patterson: Sentença de primeiro grau condenou Djalma Gonçalves Coutinho à pena de um ano de reclusão e multa de Cr\$ 1.000,00 (um mil cruzeiros), pela prática do crime capitulado no artigo 155, do Código Penal.

Inconformado, apelou o réu, com as razões de fls. 91/95, pleiteando a reforma do decisório de sorte a ser absolvido.

Ao manifestar-se sobre a espécie, a ilustrada Subprocuradoria-Geral da República, em parecer da lavra do digno Dr. A. G. Valim Teixeira, adverte para a ocorrência da prescrição. É ler-se:

«Preliminarmente entendemos que ocorreu a prescrição da ação penal nos termos do que dispõe a Súmula nº 146 do Supremo Tribunal Federal. Verifica-se do exame dos autos que a inicial acusatória foi recebida em dezoito de abril de 1975. A sentença condenatória, da qual só a defesa recorreu, só veio a ser prolatada em 22 de julho de 1980, apenando o acusado a um ano de reclusão, que foi substituída pela de detenção concedido «sursis» ao setenciado. Vê-se, pois, que entre as causas interruptivas da prescrição decorreu lapso de tempo superior a quatro anos, operando-se, portanto, a extinção da punibilidade pela ocorrência da prescrição».

Inexistindo razão para reparos à sentença, quanto ao mérito, por isso que restaram comprovadas a autoria e a materialidade do delito, consoante assinalado nessa peça (fl. 83), forçoso é reconhecer a prescrição.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso do réu para decretar extinta a punibilidade pela prescrição da pena concretizada no **decisum**.

EXTRATO DA MINUTA

ACr nº 5.832 — ES — Registro nº 3.439.127 — Rel.: Sr. Ministro Gueiros Leite. Rev.: Sr. Ministro William Patterson. Apte.: Djalma Gonçalves Coutinho. Apda.: Justiça Pública. Adv.: Dr. Laudio Klipel.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu parcial provimento à apelação, para manter a sentença, mas julgou extinta a punibilidade pela prescrição, nos termos da Súmula nº 146 do Supremo Tribunal Federal (Em 14-8-84 — 2ª Turma).

Os Srs. Ministros William Patterson e José Cândido votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Gueiros Leite.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 6.087 — SP

(Registro nº 8.127.352)

Relator: O Sr. Ministro Adhemar Raymundo

Relator para o Acórdão: O Sr. Ministro Flaquer Scartezzini — (Rev.)

Apelante: Reynaldo Marques Baptista

Apelada: Justiça Pública

Advogado: Dr. Francisco Célio Scapatício

EMENTA

Penal. Moeda falsa. Guarda. Condenação.

— O delito previsto no § 1º do artigo 289 do Código Penal se consuma com a aquisição e a guarda, consciente, da moeda falsa, sendo irrelevante o fato de o agente não ter conseguido introduzi-la na circulação. Consumado o delito, a condenação se impõe.

— Apelo desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas.

Decide a 3ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por maioria, negar provimento à apelação, na forma do relatório e notas taquigráficas

anexas, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 22 de novembro de 1983 — (Data do julgamento) — Ministro Carlos Madeira, Presidente — Ministro Flaquer Scartezzini, Relator para o Acórdão (artigo 89 — RI/TFR).

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Adhemar Raymundo (Relator): Reynaldo Marques Baptista foi denunciado como incurso nas penas do artigo 289, § 1º, do Código Penal, pelo crime de moeda falsa. Narra a denúncia que o réu foi preso em flagrante no dia 26-2-83, quando, no interior da loja situada na rua Rego Freitas, 44, São Paulo, tentava vender falsas cédulas de dólares. Em poder do acusado foram apreendidas dezenove cédulas falsas, que se destinavam à revenda, e haviam sido adquiridas de dois indivíduos conhecidos por «Francês» e «Goiano».

Recebida a denúncia, foi o acusado interrogado, não se manifestando, no tríduo legal, a sua defensora constituída.

Ouvidas quatro testemunhas da acusação.

O Dr. Juiz, em virtude da defensora haver sido suspensa preventivamente pela Ordem dos Advogados do Brasil — Seção São Paulo, nomeou ao réu defensor dativo, que apresentou defesa prévia, sem arrolar testemunhas, sustentando a inocência do seu constituínte.

No prazo do artigo 499, o Ministério Público requereu se cobrassem as certidões criminais e folhas de antecedentes de praxe; para os autos vieram os documentos de fls. 69/70 e 74/91. A defesa nada requereu.

Apresentadas as alegações finais, o Dr. Juiz Federal julgou procedente a denúncia, para condenar o acusado

à pena de quatro anos de reclusão e à multa de Cr\$ 5.000 (cinco mil cruzeiros).

Apelou o réu.

Contra-arrazoou o Ministério Público.

A douta Subprocuradoria-Geral da República se manifestou pelo improvemento do recurso.

É o relatório.

EMENTA

Criminal. Moeda falsa, modalidade do § 1º do artigo 289 do CP. Se o agente não logra o seu objetivo, que é a introdução da moeda falsa, há tentativa, pois o delito é plurissubsistente, porque não se perfaz com um único ato.

VOTO

O Sr. Ministro Adhemar Raymundo (Relator): Não procede a preliminar de nulidade do processo. O apelante indicou, por ocasião do interrogatório, o seu defensor. Se, posteriormente, este não pôde apresentar defesa prévia, por estar suspenso, o Dr. Juiz, acertadamente, nomeou outro, o qual apresentou a defesa, como se vê dos autos. Inexistiu qualquer prejuízo ao réu. Desnecessária a intimação a que se reporta o ilustre patrono do apelante.

No mérito, merece ser provido em parte o apelo. Não se consumou o crime. Houve, em verdade, tentativa. Esta existe nas modalidades previstas do § 1º do artigo 289 do CP. A doutrina é unânime em admiti-la. V. Hungria (vol. IX — pág. 220) e Magalhães Noronha — vol. 4º do seu Direito Penal — pág. 121. É que, como ensinam os mestres citados, o crime, em espécie, não se perfaz com um só ato. Mas, ao contrário, “as ações mencionadas são fracionáveis, podendo o agente ser detido antes de completá-las. Foi o que realmente aconteceu na hipótese. O réu foi preso quando tentava passar moeda fal-

sa, segundo consta da denúncia, corroborada essa assertiva da peça vestibular pela prova dos autos.

Adotando as razões de decidir da sentença, quanto à autoria e ao dolo do agente, dou provimento à apelação para reduzir a pena de um terço.

É o meu voto.

VOTO REVISOR

O Sr. Ministro Flaquer Scartezzini: A preliminar é inadmissível. O réu constituiu defensor por ocasião de seu interrogatório (fl. 49).

Intimada a defensora para a tomada de depoimento das testemunhas arroladas na denúncia, não compareceu, havendo o Dr. Juiz nomeado defensor *ad hoc* o Dr. Francisco Célio Scapatício.

O Dr. Juiz determinou que fosse novamente intimada a defensora constituída, restituindo-lhe o prazo para defesa prévia.

Foi constatado então pelo Sr. Oficial de Justiça que a advogada estava suspensa da OAB, e para que não se alegasse futura nulidade o inclito magistrado nomeou defensor dativo o ilustre causídico que funcionou na audiência de oitiva de testemunhas de acusação como defensor *ad hoc*, e determinou sua intimação e restituiu-lhe o prazo para defesa prévia.

O ilustre causídico apresentou a defesa prévia (fl. 64), e à fl. 65 pediu fosse concedido o benefício da liberdade provisória do réu.

Aberto vista às partes para fins do artigo 499 do CPP, manifestou-se o defensor dativo, reiterando o pedido de relaxamento da prisão do réu, o que foi indeferido.

Apresentou as alegações finais, onde, após examinar as provas e elementos dos autos, pediu a absolvição.

Verifico que na oportunidade não alegou o referido defensor qualquer nulidade, o que veio a fazer somente na ocasião em que apresentou as razões de apelação, portanto incabível o pedido, porque formulado a des- tempo, conforme estabelecem os artigos 571, II, e 572, I, do CPC.

Por outro lado, é de se convir que o inclito magistrado cautelosa e corretamente nomeou o causídico defensor dativo, face a impossibilidade de exercício de suas funções a advogada constituída, suspensa pelo órgão de classe.

Nenhum prejuízo houve, daí porque rejeito a preliminar.

No mérito a r. sentença merece subsistir por seus próprios fundamentos.

A materialidade do delito ficou sobrejamente comprovada, conforme laudo pericial nos autos (fls. 35/38), concluindo pela falsidade das cédulas, por sua relativa capacidade de aceitação no meio circulante.

A autoria também restou indubitavelmente provada.

O réu confessou na polícia havê-las recebido de um indivíduo, «Goiano», que se fazia acompanhar de «Francês», fato esse confirmado em Juízo em seu próprio interrogatório.

As testemunhas são uníssonas em confirmar que as notas foram apreendidas em poder do réu quando tentava passá-las em uma loja na rua Rego Freitas, 440, tendo ele confirmado aos policiais serem falsas.

Embora possa se dizer não tenha sido o réu o contrafacção das notas falsas, pois não existem tais elementos nos autos, há, porém, prova segura de que as tinha sob sua guarda, e que havia adquirido por cessão de outro indivíduo, «Goiano», aspectos estes suficientes para demonstrarem que efetivamente o réu praticou o delito que lhe foi imputado em sua plenitude.

Na realidade, o ora apelante tentou passar o dinheiro falsificado, não conseguindo seu intento.

Embora tenha ficado na tentativa seu ato de introduzir em circulação a moeda falsa, entretanto, pela aquisição e guarda consumou-se o delito previsto no § 1º do artigo 289 do Código Penal.

Consumado o delito, outra alternativa não restava ao magistrado senão aplicar a pena prevista na espécie.

O MM. Juiz corretamente fixou a pena um pouco acima do mínimo legal, em 4 anos de reclusão e multa de Cr\$ 5.000, sopesando o disposto nos artigos 42 e 43 do Código Penal. Levou em conta a personalidade delitiva do réu, seus maus antecedentes, já tendo ele cumprido pena por mais de 24 (vinte e quatro) anos na Casa de Detenção de São Paulo, onde, inclusive, conheceu seu compar-sa «Goiano», conforme esclarecido em seu interrogatório judicial (fls. 50/51), e mais documentos constantes dos autos.

Desnecessário, todavia, o argumento de negativa da suspensão condicional da pena, uma vez que a reprimenda mínima prevista na espécie é de 3 (três) anos, superior, assim, à exigida pelo artigo 57 do Código Penal.

Com estas considerações nego provimento ao apelo do réu.

É o meu voto.

VOTO VISTA

O Sr. Ministro Hélio Pinheiro: Não há como acolher-se a preliminar de nulidade do processo suscitada nas razões do recurso.

Indicou o réu, ao ser interrogado, o nome do advogado que deveria assisti-lo no curso do processo, ocorrendo que este deixou de comparecer à audiência marcada, para a in-

quirição das testemunhas arroladas na denúncia, designando o ilustre Juiz monocrático defensor para o ato.

Nada mais fez, então, o magistrado, do que dar cumprimento ao disposto no parágrafo único do artigo 265 do Código de Processo Penal, segundo o qual:

«a falta de comparecimento do defensor, ainda que motivada, não determinará o adiamento de ato algum do processo, devendo o Juiz nomear substituto ainda que provisoriamente ou para o só efeito do ato».

Na hipótese em exame conduziu-se o julgador com louvável cautela, pois, para evitar possível alegação de nulidade do processo, em face de posterior certidão do Oficial de Justiça, de que a advogada constituída pelo réu se encontrava suspensa de suas atividades profissionais, e ante a inércia do réu em constituir novo patrono, designou para assisti-lo defensor dativo que se conduziu com incensurável diligência no desempenho do encargo de que foi investido.

De ressaltar-se ser esse defensor o mesmo que apelou da sentença, só nas razões do recurso argüindo a nulidade sob exame, cuja improcedência se faz manifesta.

No que concerne ao mérito, razão tampouco assiste ao apelante.

Provada restou a materialidade do crime a ele imputado na denúncia, tanto é certo que nenhuma dúvida existe quanto ao fato de serem falsas as dezenove cédulas de valor unitário de cinquenta dólares americanos em seu poder apreendidas. Tal falsidade resulta esclarecida no laudo do exame documentoscópico, nelas procedido por peritos do Instituto Nacional de Criminalística, a referir que apresentavam relativo percentual de aceitação (fls. 35/38).

Por outro lado confessou o apelante, ao ser ouvido no auto de prisão em flagrante, que adquirira as referidas cédulas sabendo que eram falsas, e com o objetivo de revendê-las (fl. 7).

Sua confissão ajusta-se ao conjunto da prova carreada para os autos não a invalidando a retratação feita em Juízo.

A toda evidência teve frustrado o seu desígnio de passá-las adiante, o que esclarecido por testemunhas ouvidas no inquérito e em Juízo (fls. 56, 57, 58 e 59), o fato de não haver alcançado tal objetivo sendo, contundo, irrelevante à consumação do crime que lhe é imputado na denúncia, já caracterizada, quando efetivada a sua prisão em flagrante, pois que consiste o crime a ele imputado no fato de haver adquirido, conscientemente, moeda falsa.

No § 1º do artigo 289 do Código Penal tem-se descrito um crime de ação múltipla, ou de conteúdo variável, fazendo a norma enumeração casuística das diferentes condutas incriminadas, ou seja, das diversas formas pelas quais ele pode ser praticado. O dolo é genérico, consistindo na vontade dirigida à prática de qualquer das ações que constituem a materialidade do delito.

No caso sob exame, o apelante adquiriu papel moeda, estando cons-

ciente da sua falsidade. O encontro em seu poder das cédulas que nas condições acima referidas adquirira, bastando a configuração do crime descrito no § 2º do artigo 289 do Código Penal, e que justamente consiste na ação de adquirir moeda falsa.

Por esses fundamentos nego provimento à apelação, para manter a respeitável sentença condenatória, que, em tudo se apresenta incensurável.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

ACr. nº 6.087 — SP — Registro nº 8.127.352 — Relator originário: Sr. Ministro Adhemar Raymundo. Relator designado: O Sr. Ministro Flaquer Scartezzini (Rev.). Apte.: Reynaldo Marques Baptista. Apda.: Justiça Pública. Adv.: Dr. Francisco Célio Scapatício.

Decisão: Prosseguindo no julgamento, a Turma, por maioria, negou provimento à apelação, vencido o Sr. Ministro Relator, que a provia integralmente. Lavrará o Acórdão o Sr. Ministro Flaquer Scartezzini. (Em 22-11-83 — 3ª Turma).

O Sr. Ministro Hélio Pinheiro votou de acordo com o Sr. Ministro Flaquer Scartezzini. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Carlos Madeira.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 6.311 — BA (Registro nº 5.617.650)

Relator: O Sr. Ministro Gueiros Leite
Revisor: O Sr. Ministro William Patterson
Apelante: Jean Pierre Puechavy
Apelada: Justiça Pública
Advogado: Dr. Rômulo Augusto Alves de Souza

EMENTA

Criminal. Confissão como elemento de prova.

Se as confissões, judicial e extrajudicial, são apoladas nas declarações da vítima e coincidem, não há como admitir-se, quanto aos declarantes, a suposição errônea da mesma situação de fato.

Sentença confirmada.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos, em que são partes as acima indicadas.

Decide a 2ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, negar provimento à apelação e confirmar a sentença, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator e de acordo com as notas taquigráficas precedentes que integram o presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 18 de maio de 1984 (Data do julgamento) — Ministro Gueiros Leite, Presidente-Relator.

RELATÓRIO

O Senhor Ministro Gueiros Leite (Relator): Jean Pierre Puechavy, de nacionalidade francesa, foi denunciado como incurso nas sanções dos artigos 155, 308 e 309, c/c o artigo 51, § 1º, todos do Código Penal, por haver entrado no território nacional, em 19 de agosto de 1982, com passaporte falsificado, e adquirido outros que utilizou para saída, entrada e permanência no Brasil, além de ter furtado 5,100.00 dólares de um seu compatriota.

O Dr. Juiz Federal relatou e decidiu o processo da seguinte maneira:

«Vistos e examinados estes autos de processo-crime intentado pelo Ministério Público Federal contra Jean Pierre Puechavy, francês, natural de Lyon, solteiro, fotógrafo, com 26 anos de idade, filho de Claude Puechavy e Jeanine Puechavy. O órgão do Ministério Público, na denúncia apresentada em 6-9-83, apontou o acusado como in-

curso nos artigos 155, 308 e 309, c/c o artigo 51, §1º, do Código Penal, pelo seguinte fato delituoso: «O denunciado, na condição de estrangeiro, entrou no território nacional em 19 de agosto de 1982, usando o nome falso de Didier Sapanel, de quem conseguiu o passaporte na França e substituiu a fotografia do titular pela própria, passando assim a identificar-se como tal. Posteriormente, o denunciado adquiriu outros passaportes em nome de Pascoal Alexandre Rene Salvatori e Jean François Nicolas, tendo subtraído, em 22-4-83, o documento deste último, que se hospedara em sua residência, utilizando-se do mesmo para saída, entrada e permanência no Brasil, além de ter-lhe furtado US\$ 5,100.00.» Recebida a denúncia (fl. 53), foi o réu, que se encontrava e se encontra preso por ordem do Ministério da Justiça (fl. 6), citado e interrogado (fl. 66). Não tendo condições para constituir um patrono, foi-lhe dado defensor dativo, o ilustre advogado Rômulo Souza, que se manifestou à fl. 73, oportunidade em que arrolou oito testemunhas, tendo, posteriormente, desistido de três (v. fls. 94/104), sendo inquiridas, Claude Samuel (fl. 124), Aldo Vincenzo Vitale (fl. 125) e Marilene Lopes Costa (fl. 134). As testemunhas Georges André Marcel Pinchemalle e Antonio de Jesus não foram encontradas (fl. 111v.). Pela acusação, prestaram depoimentos Osman de Almeida Bagdêd (fl. 84) e Lia Margarida da Silva (fl. 95). No prazo do artigo 499 do CPP, as partes nada requereram (fl. 137/137v.). Em razões finais, o Dr. Procurador da República pediu que a ação fosse julgada procedente, dizendo: «O acusa-

do confessou plenamente os fatos narrados na denúncia não havendo, pois, quaisquer dúvidas quanto à autoria e materialidade do delito, bem como ao que se refere à sua culpabilidade. A confissão do acusado abrange não só o delito de fraude de lei sobre estrangeiros, ao usar os nomes de Didier Sapanel, Pascoal Alexandre Rene Salvatori e Jean François Nicolas, para entrar e permanecer no território nacional, como também admitiu o cometimento do furto de US\$ 5,000.00 daquele último e o uso continuado da falsa identidade». A defesa sustentou que o crime previsto no artigo 308 absorve o do artigo 309, ambos do Código Penal. Alegou, outrossim, que a confissão do acusado quanto ao crime de furto foi obtida sob coação. Disse mais: que mesmo que a confissão fosse válida está desacompanhada de qualquer outra prova. E concluiu pedindo a absolvição do acusado quanto ao crime de furto (fls. 144/146). É o relatório. 2. Tudo devidamente ponderado, decido: 2.1. Os fatos não negam ao réu os crimes que lhe são imputados. Com minúcias narrou como adquiriu o passaporte de um cidadão de nome Didier Sapanel e entrou no Brasil: «Que, para entrar no Brasil comprou, em Paris, em mãos de uma pessoa cujo nome não sabe, um passaporte de um cidadão chamado Didier Sapanel; que substituiu a fotografia de Didier pela sua, com uma agulha desenhou um carimbo e passou a identificar-se como Didier Sapanel» (fl. 66v.). Contou, também, que aqui, em Salvador, conheceu o francês Jean Pierre François Nicolas e resolveu com ele constituir uma sociedade para exploração de um bar. Hospedou-o em seu apartamento, quando o mesmo retornou da França, onde tinha ido buscar o dinheiro para entrar na sociedade. E, textualmente diz o acusado: «Que, no

mesmo dia em que chegou, Jean François saiu para passear e deixou a bagagem, o passaporte e cinco mil dólares; que, vendo o dinheiro e o passaporte, resolveu ir à África passear; ... que, no passaporte, Jean François fez a mesma operação que tinha feito no de Didier Sapanel, ou seja, retirou a fotografia do mesmo e colocou a sua e imitou o carimbo com uma agulha; que, nesse mesmo dia, foi à Rodoviária e comprou uma passagem para Fortaleza e nesse mesmo dia viajou para essa cidade; que passou três dias em Fortaleza e daí viajou para o Rio de Janeiro e do Rio, após uma semana, viajou para a África, onde passou dois meses, resolvendo, então, voltar para o Brasil, vindo para o Rio, mas, verificando que seu passaporte estava para vencer, viajou para o Uruguai e aí tornou a entrar no Brasil, e tendo assim novo visto de permanência com o prazo de três meses, podendo renovar; que do Rio viajou para Salvador, sendo preso na Rodoviária» (fl. 66v.). As testemunhas indicadas pela defesa, Claude Samuel e Aldo Vincenzo Vitale, franceses, declararam que o acusado se lhes apresentou como Didier Sapanelli. Disse Claude: «que o acusado se apresentou com o nome de Didier Sapanelli» (fl. 124v.). E afirmou Aldo: «que, nesta oportunidade, o acusado se identificou como Didier Sapanelli e com este nome assinou o contrato de compra e venda» (fl. 125v.). Marilene Lopes Costa, outra testemunha arrolada pela defesa, disse: «que, em agosto do ano passado, conheceu nesta cidade, o acusado, que se lhe apresentou como Didier Sapanelli; que com ele passou a namorar; ... que se ofereceu para trabalhar com o acusado no bar, com ele trabalhou cerca de oito meses, passando inclusive a residirem juntos num hotel no Pelourinho» (fl. 134). O passaporte em no-

me de Jean François Nicolas foi apreendido (v. fl. 14). Sem sombra de dúvida, os delitos — a fraude e o furto — imputados ao acusado estão comprovados. O acusado confessou a prática do crime de furto não só na Polícia como em Juízo. Apesar de a defesa negar que o acusado cometeu o crime de furto não explicou porque o mesmo confessou em Juízo. A vítima Jean François, ouvida na Polícia, disse que aceitou o convite do acusado para residirem juntos no seu apartamento e, chegando de viagem, no dia 22-4-83, para lá se dirigiu: «que, ainda neste dia, o declarante, após tomar banho, por volta das 11:00 horas, Jean Pierre sugeriu para que o declarante fosse ao supermercado fazer uma compra; que o declarante assim o fez, demonstrando-se por cerca de 45 minutos, aproximadamente; que ao retornar encontrou a porta da casa fechada; que o declarante imaginou que o «amigo» tivesse saído para comprar qualquer coisa; que por volta das 03:00 horas da tarde, já cansado de esperar, o declarante resolveu arrombar a porta; que o declarante após entrar observou que a mala de Jean Pierre não mais se encontrava dentro do apartamento; que o declarante havia colocado cinco mil, cento e vinte dólares que tinha costurado na «boca da calça», ou melhor, que colocou mil dólares na carteira e o restante na «boca da calça», costurando; que Jean Pierre Puechavy apossou-se de tal carteira, passaporte, carteira de motorista e da calça referida, bem assim de uma caneta de prata e de um isqueiro de ouro e ônix pertencentes ao declarante» (fl. 31). Ora, observe-se, portanto, que a vítima diz que foi roubada no apartamento do acusado. Este não nega o fato, em momento algum. Após o furto, o acusado abandona o apartamento, de-

saparece, deixando nele a vítima que, naquele mesmo dia, tinha ido morar com ele. A confissão do acusado — livre, clara — confrontada com as declarações da vítima está compatível e concordante. O acusado confessou em Juízo, oralmente, livremente. Confissão que está corroborada pelas declarações da vítima. Foi constante e verossímil. Explica Tornaghi: «No sistema das provas legais, a confissão só podia ser aceita quando fosse: judicial, isto é, feita perante o Juiz; no processo principal e não processo incidente ou preparatório; sem vício de inteligência ou de vontade, isto é, sem erro ou coação; oral; corroborada por outras provas; constante, isto é, sem retratação; verossímil. Tais preceitos, embora não legais hoje em dia, são normas de prudência que o Juiz pode levar em conta. Devo dizer aqui o mesmo que sempre tenho dito: as antigas regras legais não são desprezáveis no sistema da livre convicção; elas representam o fruto de longa experiência. Apenas não são impostas, não são normas de lei e sim critérios judiciais que o juiz adotará quando lhe parecerem cabíveis» (Instituições de Processo Penal, Forense, Rio, 1ª ed., 1959, vol. IV, pág. 407). Note-se, ainda, que o acusado furtou e disse o motivo que o levou a praticar tal delito — o desejo de viajar para a África. Tenho, assim, como provado o crime de furto. 2.2. Falsa identidade e fraude da lei sobre estrangeiros. Dispõe o artigo 309 do CP, como crime: «Usar o estrangeiro, para entrar ou permanecer no território nacional, nome que não é o seu». Já o artigo 308, do mesmo diploma legal, diz que configura delito: «Usar como próprio, passaporte, título de eleitor, caderneta de reservista ou qualquer documento de identidade alheia ou ceder a outrem, para que dele se uti-

lize, documento dessa natureza, próprio ou de terceiro.» O acusado falsificou um passaporte de terceiro, substituindo a fotografia do dono pela sua, e, assim, conseguiu entrar no Brasil. Entrou, conseqüentemente, no território nacional, usando nome que não era seu. Usou o passaporte de terceiro depois de fraudá-lo. Substituiu o seu nome para entrar no País. Teve ele uma finalidade: entrar no Brasil. O artigo 309 tem por objetivo evitar a fraude contra a política de imigração. Esta a objetividade jurídica perseguida. O crime previsto no artigo 308 é subsidiário, o «delit à coté». É como ensina Nelson Hungria, «Variante do crime de falsa identidade», «um soldado de reserva: só quando não represente elemento de outro crime mais grave é que será possível autonomamente.» (Comentários ao Código Penal, Forense, Rio, 1958, vol. IX, pág. 308). O objeto jurídico visado pelo artigo 308 é diverso do previsto no artigo 309; naquele se protege a fé pública no que diz respeito à identidade da pessoa (cf. Magalhães Noronha, Direito Penal, Saraiva, SP, 1971, 4ª ed., pág. 233).

2.3. O furto: constitui o crime de furto subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel. O acusado se apoderou de cinco mil dólares que se achavam na posse da vítima. Apropriou-se desta quantia para dela dispor, como, na verdade, dispôs, como se fosse dono. Agiu **animus furandi**. A vítima tinha saído e o acusado se aproveitou para, **invito domino**, subtrair o dinheiro. Inverteu a posse. 3. Conclusão: O acusado é primário, não consta que tenha maus antecedentes. O dolo foi intenso em relação ao delicto previsto no artigo 309. Fraudou dois passaportes — o de Didier Sapanelli e o de Jean François Nicolas, para entrar e sair do Brasil. Tem espírito aventureiro e

os crimes foram praticados para satisfazer o propósito de viajar. Fixo, deste modo, a pena base para o crime previsto no artigo 309 — fraude de lei sobre estrangeiro — em um ano e dois meses, e para o crime de furto (artigo 155), firmo a pena no mínimo, ou seja, um ano. Não há causas de aumento ou de diminuição da pena. É pobre, não tem recursos. Estabeleço, por isto, a pena de multa no mínimo, Cr\$ 4.000 para o crime do artigo 309, e Cr\$ 1.000 para o de furto. **Ex positis**, julgo procedente, em parte, a denúncia de fl. 2, para condenar o acusado à pena de reclusão de um ano, pelo crime de furto (artigo 155 do CP); de detenção de um ano e dois meses, pelo crime previsto no artigo 309, do mesmo Código, cujo cumprimento dar-se-á na Penitenciária Lemos de Brito; devendo ser cumprida a pena de reclusão, primeiro, e multa de cinco mil cruzeiros; quatro mil cruzeiros, por infringir o artigo 309, e um mil cruzeiro, por violar o artigo 155. Nome no rol dos culpados. O acusado não estava ultimamente trabalhando, e não tem residência fixa. Expeça-se o mandado de prisão. Envie-se cópia desta decisão ao Diretor da Divisão de Justiça do Ministério da Justiça.» (fls. 148/155).

O réu apelou pleiteando a reforma da sentença (fls. 171, 179/182). Contra-razões pela manutenção (fls. 184/185). Os autos subiram ao Tribunal, onde a douta Subprocuradoria-Geral da República opinou pelo desprovimento do recurso (fls. 187/189).

E o relatório.

VOTO

O Senhor Ministro Gueiros Leite (Relator): O acusado apelou da sentença, analisando-a primeiramente em relação ao crime de furto. Nela está dito que o apelante teria confes-

sado a prática desse delito, extrajudicialmente e quando foi interrogado. Apesar disso, a defesa insistiu em negar, mas sem explicar o porquê da confissão (fl. 151).

Eis a explicação que nos vem dada pelo defensor do apelante:

«Não se trata disso. O defensor não está obrigado a esclarecer tal pormenor. Ainda mais se somente passou a trabalhar no processo após ser nomeado pelo Juízo, depois do interrogatório » (fl. 179).

Trata-se, como se vê, de justificacão louvável apresentada pelo defensor. Ele não poderia, como é óbvio, evitar a confissão, dado o seu tardio ingresso no patrocínio da causa. Todavia, o defensor não pode é desconhecer tal evidência e desprezá-la como elemento de prova, sendo certo, ainda, que o dever é tentar esclarecer o episódio, que não é verdadeiramente um pormenor, mas peça fundamental da incriminação.

Esforça-se o ilustrado defensor. E após analisar alguns detalhes da prova oral, que impugna com certa lógica, pergunta:

«Embora reafirmada ante o Juiz, a confissão basta para comprovar o furto?» (fl. 181)

Modernamente — diz ele citando François Gorphe (L'Appréciation des preuves en justice, 1947, 46) — a confissão não dispensa o Ministério Público de fazer a prova da existência do delito e da culpabilidade do réu, valendo a confissão como u'a prova que pode completar as demais («l'aveu apparait comme une preuve qui vient compléter les autres»). E acusa o Ministério Público Federal de não haver realizado essa prova (fl. 181).

A Procuradoria da República resalta, entretanto, que a confissão do apelante se casa com o depoimento da vítima, prestado perante a autoridade policial. A sentença firmou-se,

pois, nas declarações do agente e da vítima (fls. 16v./17, 66/66v. e 31/31v.). Acho, portanto, que não se afastou da recomendação do autor francês, nem tampouco dos nossos doutrinadores. Se bem que a confissão tenha deixado de ser uma prova absoluta, já que por si só não implica o reconhecimento da culpabilidade, é indubitável que não está sozinha nos autos, mas roborada por outros elementos de convicção (cf. Paulo Lúcio Nogueira, Questões Processuais Penais Controvertidas, 1ª ed., 1977).

No mesmo sentido a jurisprudência da Casa, com destaque para a Apelação Criminal nº 3.816/RN, 3ª Turma, DJ 6-11-80; Apelação Criminal nº 3.836/RJ, DJ 14-12-78, pág. 10195; Apelação Criminal nº 5.520/CE, 2ª Turma, 17-6-1983.

Não há diferenças essenciais entre os depoimentos prestados na Polícia e em Juízo, nem elementos ulteriores que instilassem dúvida razoável. Tem-se, assim, que a prova, nesse ponto, é suficiente para infundir o convencimento da materialidade do delito e da culpabilidade do réu.

Quanto ao delito de fraude da lei sobre estrangeiros, a sentença não merece censura na sua aplicação, pois o réu conseguiu entrar e permanecer no território nacional mediante fraude de passaportes. Ele não negou a acusação (fls. 66/66v. e 16v./17).

A sua técnica consistia em substituir as fotografias dos proprietários dos passaportes. E, com u'a agulha, desenhava o carimbo, passando então a identificar-se (cf. Parecer, fl. 189). No mais, tampouco, há possibilidade de censura à respeitável sentença, conforme registra o douto parecer à fl. 189, verbis:

«Como salientou o MM. Magistrado a quo, o crime do artigo 308 do CP. é subsidiário (fl. 154) figurando como objeto jurídico e fé pú-

blica, no que concerne à identidade pessoal. Já o delito do artigo 309, ressaltamos, apenado mais severamente, tutela não só a fé pública como também a política imigratória. Assim correto o enquadramento ora verificado» (fl. 189).

Ante o exposto, nego provimento à apelação e confirmo a respeitável sentença.

É como voto.

VOTO REVISOR

O Sr. Ministro William Patterson: Sentença de primeiro grau condenou Jean Pierre Puechavy à pena de um ano de reclusão e multa de Cr\$ 1.000 (um mil cruzeiros), como incurso no artigo 155, do Código Penal, e um ano e dois meses de detenção e multa de Cr\$ 4.000,00 (quatro mil cruzeiros), pelo crime capitulado no artigo 309, do mesmo Código.

A reforma da decisão, na forma pretendida no apelo, não merece prosperar. Com efeito, a prática do crime de furto foi amplamente comprovada, inclusive pela confissão do réu, registrada no depoimento colhido em Juízo. É ler-se (fl. 66v.):

«...que quinze dias antes de vender o bar conheceu o francês chamado Jean François Nicolas e admitiu o mesmo como sócio no bar; que Jean François foi à França buscar dinheiro para entrar na sociedade; que o interrogado foi a Recife receber Jean François quando o mesmo retornava da França e o trouxe para esta cidade, levando-o para o seu apartamento; que, no mesmo dia em que chegou, Jean François saiu para passear e deixou a bagagem, o passaporte e cinco mil dólares; que vendo o dinheiro e o passaporte, resolveu ir à África passear; que explica de que a sociedade com Jean François seria na aquisição de um outro bar, pois já tinha vendido o que possuía, que no passa-

porte de Jean François, fez a mesma operação que tinha feito no de Didier Sapanel, ou seja, retirou a fotografia do mesmo, e colocou a sua e imitou o carimbo com uma agulha.»

Sobre o enquadramento do segundo delito, entendo corretos os comentários constantes da sentença a esse respeito, refletidos no seguinte lance:

«O acusado falsificou um passaporte de terceiro, substituindo a fotografia do dono pela sua, e, assim, conseguiu entrar no Brasil. Entrou, conseqüentemente, no território nacional usando nome que não era seu. Usou o passaporte de terceiro depois de fraudá-lo.

Substituiu o seu nome para entrar no País. Teve ele uma finalidade, entrar no Brasil.

O artigo 309 tem por objetivo evitar a fraude contra a política de imigração. Esta a objetividade jurídica perseguida.

O crime previsto no artigo 308 é subsidiário, o «delit à coté». É como ensina Nelson Hungria, «Variante do crime da falsa identidade», «um soldado de reserva: só quando não representa elemento de outro crime mais grave é que será possível automaticamente» (Comentários ao Código Penal, Forense, Rio, 1958, vol. IX, página 308).

O objeto jurídico visado pelo artigo 308 é diverso do previsto no artigo 309, naquele se protege a fé pública no que diz respeito à identidade da pessoa (cf. Magalhães Noronha, Direito Penal, Saraiva, SP, 1971, 4a. ed., pág. 233).

Ante o exposto, nego provimento ao recurso, para confirmar a decisão monocrática.

EXTRATO DA MINUTA

ACr nº 6.311-BA — Registro nº 5.617.650. Rel.: Senhor Ministro Guei-

ros Leite. Rev.: Senhor Ministro William Patterson. Apte.: Jean Pierre Puechavy. Apda.: Justiça Pública. Adv.: Rômulo Augusto Alves de Souza.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação e confirmou a sentença, nos termos do

voto do Sr. Ministro Relator. (Em 18-5-84 — 2ª Turma).

Os Srs. Ministros William Patterson e José Cândido votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Gueiros Leite.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 4.871 — PR
(Registro nº 3.343.383)

Relator: O Sr. Ministro Otto Rocha

Parte A: Justiça Pública

Parte R: João Manoel de Souza

Advogado: Dr. Miguel Vasilakis Neto

Parte R: Sebastião José Pereira

Advogado: Dr. Sebastião Moura Correia Freitas

Parte R: Maurino Pereira

Advogado: Dr. Nodier Francisco Matano

Suscitante: Juízo Federal da 1ª Vara — PR

Suscitado: Juízo de Direito da Vara Criminal de Paranaguá

EMENTA

Competência. Crime contra fiscais da pesca. Existência de convênio com a SUDEPE.

Nos convênios celebrados com os Estados, nos termos do Decreto-Lei nº 221/67, visa a SUDEPE supervisionar a fiscalização da pesca, importando o desrespeito às normas e instruções por ela baixadas em infrações praticadas em detrimento de seus serviços e interesses.

Conseqüentemente, os crimes praticados por pescadores, contra funcionários destacados para a fiscalização da pesca, atingiram-nos no exercício de atribuições delegadas pela autarquia, sendo competente a Justiça Federal para julgar os infratores.

Conflito improcedente.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas.

Decide a Primeira Seção do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, julgar improcedente o conflito, para declarar competente o suscitante — Juiz Federal da 1ª Va-

ra do Paraná, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília 24 de novembro de 1982 (Data do julgamento). — Ministro José Dantas, Presidente — Ministro Otto Rocha, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Otto Rocha: O Promotor de Justiça da Comarca de Paranaguá ofereceu denúncia contra João Manoel de Souza e outros pescadores, como incurso nas penas dos artigos 148, 330 e 331, combinado c/ o artigo 51, *caput*, e artigo 25, todos do Código Penal. Narra a denúncia que os acusados ao serem surpreendidos fazendo pesca ilegal, com arrastão de pranchas, conduziram a embarcação de que eram mestres e na qual subiram os dois fiscais da Coordenadoria de Defesa dos Recursos Naturais Renováveis de Paranaguá, para local diferente do que lhes fora ordenado, mantendo ditos fiscais privados de sua liberdade e sob ameaça de serem lançados ao mar caso reagissem.

Recebida a denúncia e processado devidamente o feito, o MM. Dr. Juiz de Direito daquela Comarca proferiu a sentença de fls. 127/128. Entendeu ser competente a Justiça Federal para deslindar a questão, tendo em vista serem equiparados aos agentes de segurança pública os funcionários destacados para a fiscalização da pesca, nos termos do artigo 53, do Decreto-Lei nº 221, de 1967.

O MM. Dr. Juiz Federal da 1ª Vara do Paraná, a quem foram remetidos os autos, não aceitou a competência e suscitou o presente conflito. Isto porque concluiu que as vítimas, servidores de órgão estadual, não estavam exercendo apenas atividades inerentes à própria SUDEPE, mas decorrentes de um convênio no qual essa autarquia «não arca com a responsabilidade total dos encargos decorrentes da fiscalização e dos recursos necessários à implementação do mesmo» (fls. 137/138v.).

A Subprocuradoria entende tratar-se de crimes praticados contra a

SUDEPE e opina pela competência da Justiça Federal (fls. 142/145).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Otto Rocha (Relator): Sr. Presidente: O Decreto-Lei nº 221, de 28 de fevereiro de 1967, que dispõe sobre a proteção e estímulos à pesca, assim determina em seu artigo 33, § 1º:

«Art. 33. Nos limites deste decreto-lei, a pesca pode ser exercida no território nacional e nas águas extraterritoriais, obedecidos os atos emanados do órgão competente da administração pública federal e dos serviços dos Estados, em regime de acordo.

§ 1º A relação das espécies, seus tamanhos mínimos e épocas de proteção serão fixados pela SUDEPE».

A fim de dar cumprimento ao dispositivo legal supratranscrito, celebrou a SUDEPE, com o Governo do Estado do Paraná, um convênio, em cuja cláusula primeira estabelece:

«Cláusula primeira: — O presente convênio tem por objeto estabelecer um regime de estreita cooperação com o Governo do Estado do Paraná, visando ao desenvolvimento da pesca e, especificamente, à fiscalização do seu exercício, no território estadual, na conformidade com que preceituam o Decreto-Lei nº 221, de 28 de fevereiro de 1967, e legislação complementar.

Parágrafo único. Os trabalhos em todas suas fases serão acompanhados pelo Órgão Regional da

SUDEPE, com o qual a Secretaria estabelecerá perfeito entendimento e mútua colaboração».

O que se vê é a presença da SUDEPE supervisionando a fiscalização, através do seu órgão regional.

A insubordinação, o desrespeito, a infringência às normas e instruções expedidas pela SUDEPE importam em infrações praticadas em detrimento de seus serviços ou de seu interesse, o que justifica a competência da Justiça Federal de Primeira Instância, segundo os termos claros do artigo 125, inciso IV, da Constituição Federal.

Ademais, comprovando ainda o interesse da autarquia, assim dispõe o artigo 72, do Decreto-Lei nº 221, de 1967:

«Art. 72. As rendas das licenças, multas ou taxas referentes ao exercício da pesca serão recolhidas ao Banco do Brasil S.A., à ordem da SUDEPE, sob o título «Recursos da Pesca».

Cumprindo esta determinação, o convênio firmado, no capítulo «Das Obrigações», determina em sua cláusula II, letra f:

«f) recolher de imediato à Agência Central do Banco do Brasil S.A., em Brasília, DF, a crédito da SUDEPE, conta nº 193.304-3 «Autarquia à Vista — Recursos da Pesca», as importâncias provenientes da aplicação de multas decorrentes das infrações autuadas, bem assim das taxas do Registro Geral da Pesca».

Por derradeiro, os crimes dos artigos 330 e 331 do Código Penal, imputados aos acusados pescadores, foram praticados contra funcionários

públicos, no exercício de atribuição delegada pela autarquia, o que configura crimes em detrimento de serviços ou interesse da mesma e, conseqüentemente, define a competência da Justiça Federal, nos justos termos do artigo 125, item IV, da Constituição Federal.

Com estas considerações, julgo improcedente o conflito, para declarar a competência do Juízo Federal da 1ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Paraná, ou seja, o ilustre suscitante.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

CC nº 4.871 — PR — Registro nº 3.343.383 — Rel.: O Sr. Ministro Otto Rocha. Parte A: Justiça Pública. Parte R: João Manoel de Souza. Adv.: Miguel Vasilakis Neto. Parte R: Sebastião José Pereira. Adv.: Sebastião Moura Correia Freitas. Parte R: Maurino Pereira. Adv.: Nodier Francisco Matano. Suscitante: Juízo Federal da 1ª Vara — PR. Suscitado: Juízo de Direito da Vara Criminal de Paranaguá — PR.

Decisão: A Seção, por unanimidade, julgou improcedente o conflito, para declarar competente o suscitante — Juiz Federal da 1ª Vara do Paraná. (Em 24-11-82 — Primeira Seção).

Os Srs. Ministros William Patterson, Pereira de Paiva, José Cândido, Costa Lima, Leitão Krieger, Lauro Leitão, Carlos Madeira e Gueiros Leite votaram com o Relator. Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Adhemar Raymundo e Flaquer Scartezzini. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro José Dantas.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 5.326 — PR
(Registro nº 3.458.750)

Relator: O Sr. Ministro Leitão Krieger

Suscitante: Juiz de Direito da 10ª Vara Cível de Curitiba — PR

Suscitado: Juiz-Presidente da 3ª Junta de Conciliação e Julgamento de Curitiba — PR

Partes: Manoel Bueno da Paixão e Construtora Scrobello Ltda.

Advogado: Dr. José C. Bueno

EMENTA

Conflito de jurisdição. Plena vigência do artigo 652, III, a, da CLT. Contrato de empreitada com operário ou artífice.

É competente a Justiça do Trabalho para processar e julgar reclamação trabalhista calcada em contrato de empreitada em que uma das partes seja pequeno empreiteiro. A Constituição de 1946 não revogou dispositivo da Consolidação das Leis do Trabalho, que dispõe a respeito.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas.

Decide a Primeira Seção do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, julgar procedente o conflito, para declarar a competência do MM. Juiz-Presidente da 3ª Junta de Conciliação e Julgamento de Curitiba — PR, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 14 de dezembro de 1983 (Data do julgamento) — Ministro **Lauro Leitão**, Presidente — Ministro **Leitão Krieger**, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. **Ministro Leitão Krieger**: Manoel Bueno da Paixão ajuizou ação reclamatória contra a Construtora Scrobello Ltda., perante a 3ª Junta de Conciliação e Julgamento de Curitiba.

A MM. Junta recusou sua competência, entendendo ser a Justiça do Trabalho incompetente, em razão da matéria para solver conflitos de interesses entre pessoas vinculadas por um contrato de empreitada, mesmo que o empreiteiro seja operário ou artífice; considerou que o artigo 123 da CF, de 1946, revogou o artigo 652, III, a, da CLT, porque determinou ser, também, da competência da Justiça do Trabalho os litígios oriundos da relação de trabalho regidos por legislação especial. E determinou a remessa dos autos a uma das varas cíveis daquela comarca.

O ilustrado Dr. Juiz de Direito, entendendo-se também incompetente, suscitou o presente conflito negativo.

A douta Subprocuradoria-Geral da República, em parecer do Dr. Arnaldo Setti, com o aprovo do eminente Subprocurador-Geral Dr. Paulo A. F. Sollberger, opinou pela competência de 3ª Junta de Conciliação e Julgamento de Curitiba.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Leitão Krieger (Relator): Senhor Presidente. Adoto os argumentos da douta Subprocuradoria em meu voto.

Parece-nos assistir razão ao suscitante, eis que a letra a do item III do artigo 652 da CLT não sofreu revogação pela Constituição Federal de 1946, tanto que continua a ser aplicada pela Justiça do Trabalho nos casos em que estejam envolvidos pequenos empreiteiros.

Se isso não bastasse, a reclamação em foco, que data de abril de 1981, está agasalhada não só pelo artigo 652, item III, letra a, da CLT, como pelo artigo 142 da atual Carta Magna, que traçou novos horizontes à Justiça do Trabalho.

É oportuno acentuar essa passagem da lavra do eminente Juiz suscitante:

«Ora, a própria CLT é a lei que amplia a competência da Justiça do Trabalho com o item III da letra a do artigo 652, incluindo no seu âmbito as controvérsias resultantes dos contratos de empreitada, em que o empreiteiro seja operário ou artifice, removendo de vez qualquer argumentação que servisse de empecilho ao pequeno empreiteiro de usufruir da rapidez, da economia e da equidade que de-

fluem do sistema implantado na Justiça do Trabalho».

Assim, por esses motivos, meu voto é no sentido de julgar procedente o conflito, para declarar competente a 3ª Junta de Conciliação e Julgamento, ora suscitada.

EXTRATO DA MINUTA

CC nº 5.326 — PR — Registro nº 3.458.750 — Rel.: O Sr. Ministro Leitão Krieger. Suscte.: Juiz de Direito da 10ª Vara Cível de Curitiba—PR. Suscdo.: Juiz-Presidente da 3ª Junta de Conciliação e Julgamento de Curitiba—PR. Partes: Manoel Bueno da Paixão e Construtora Scrobello Ltda. Adv.: Dr. José C. Bueno.

Decisão: A Seção, por unanimidade, julgou procedente o conflito, para declarar a competência do MM. Juiz-Presidente da 3ª Junta de Conciliação e Julgamento de Curitiba—PR (Em 14-12-83, Primeira Sessão).

Os Srs. Ministros Carlos Thibau, Carlos Madeira, Gueiros Leite, Washington Bolívar, William Patterson, Adhemar Raymundo, José Cândido, Flaquer Scartezzini e Costa Lima votaram de acordo com o Sr. Ministro Relator. Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Jarbas Nobre e Hélio Pinheiro. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Lauro Leitão.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 5.597 — RJ

(Registro nº 5.565.804)

Relator: O Sr. Ministro Carlos Thibau

Parte A: Justiça Pública

Parte R: Severino José Campos

Suscitante: Juízo de Direito da 14ª Vara Criminal da Capital — RJ

Suscitado: Juízo Federal da 4ª Vara — RJ

EMENTA

Penal. Contrabando de cloreto de etila.

Delito que fica tipificado no artigo 334, § 1º, letra c, do Código Penal, nos termos do artigo 61 da Lei nº

5.010/66, eis que se trata de produto importado, cloreto de etila (lança-perfume), que só veio a ser considerado substância tóxica pela Portaria nº 1/83, da DIMD, para efeito de enquadramento na Lei nº 6.368/76. Competência da Justiça Federal, por esse motivo. Conflito que se julga procedente.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas.

Decide a Primeira Seção do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, conhecer do conflito e julgá-lo procedente, para declarar competente o MM. Juiz Federal da 4ª Vara da Seção Judiciária do Rio de Janeiro-RJ, suscitado, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 4 de abril de 1984 (Data do julgamento) — Ministro **Lauro Leitão**, Presidente, Ministro **Carlos Thibau**, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro **Carlos Thibau**: Trata-se de conflito de competência em que é suscitante o Juiz de Direito da 14ª Vara Criminal da Capital — RJ, e suscitado o Juiz Federal da 4ª Vara, no mesmo Estado.

Em 26-11-82, na cidade do Rio de Janeiro, foi apreendida uma caixa com duas dúzias de frascos de aromatizante de procedência estrangeira, em poder de Severino José Campos, que os vendia na via pública (fls. 4/5).

Procedido o exame merceológico do material apreendido, no Departamento de Polícia Federal, constatou-se tratar-se de cloreto de etila, também conhecido como lança-perfume, de procedência estrangeira (fls. 16/17).

Terminando o inquérito pela Polícia Federal, foram os autos remetidos à Justiça Federal, onde o Dr. Procurador da República opinou pela incompetência da Justiça Comum da União, eis que o material apreendido era substância tóxica que gera dependência, tendo sido apreendida em território nacional sem que se pudesse lobrigar o tráfico internacional (fl. 84 verso).

O MM. Juiz da 4ª Vara Federal, Dr. Ariosto de Rezende Rocha, acolhendo o pronunciamento do Dr. Procurador da República, declinou da competência para a Justiça Estadual (fl. 85).

No Juízo de Direito da 14ª Vara Criminal, para onde foi a ação distribuída, a Promotora Dra. Maria Carmo Casa Nova pronunciou-se às fls. 87/91, observando que:

«a) segundo consta dos autos, a autoridade policial federal instaurou inquérito policial para apurar crime de contrabando;

b) o fato criminoso atribuído ao indiciado foi cometido, nesta cidade, em 21-11-82, quando este comercializava a mercadoria que restou apreendida;

c) nos termos do Decreto-Lei nº 1.211, de 18-8-61, trata-se, a mercadoria apreendida, de produto cujo fabrico, venda e uso estão proibidos no Brasil, encontrando-se abrangida pela Tab. II/RN/10, do Cons. Nac. Saúde/Câm. Técn. Medicamentos;

d) o cloreto de etila (lança-perfume) só veio a ser considerado substância tóxica em 21-1-83, me-

diante edição da Portaria nº 1/83, publicada no **Diário Oficial** de 27-1-83, da DIMD (fl. 89)».

Assim, segundo sua linha de raciocínio, a situação do caso presente é do ilícito capitulado no artigo 334, § 1º, letra c, do CP, cabendo pois à Justiça Federal processar e julgar a ação penal a ser instaurada, na forma do artigo 61 da Lei nº 5.010/66.

O MM. Juiz de Direito, Dr. Humberto Decnop Batista, à fl. 92, acolhendo os argumentos expendidos pela Dra. Promotora de Justiça, suscitou o presente conflito.

Nesta Instância a douta Subprocuradoria-Geral da República opinou, às fls. 96/98, pela procedência do conflito.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Thibau (Relator): Razão assiste ao Dr. Mardem Costa Pinto que, pela douta Subprocuradoria-Geral da República, exarou o parecer de fls. 96/98, in verbis: (fls. 97/98)

«Estamos em que assiste razão ao suscitante. A hipótese dos autos configura o crime de contrabando, da competência da Justiça Federal, e não delito previsto na Lei nº 6.368/76, como quer a Procuradoria da República no Rio de Janeiro (fl. 84/v.).

Realmente quando a importação de certos produtos é especialmente tipificada como crime autônomo, como é o caso de entorpecentes e revistas pornográficas, o enquadramento penal é na norma específica, em atenção ao princípio da especialidade. *Lex specialis derogat legi generali*.

Ocorre, todavia, como salientado no pronunciamento do Promotor da Justiça que funciona junto à 14ª Vara Criminal (fl. 89), que o clore-

to de etila (lança-perfume) só veio a ser considerado substância tóxica em 21-3-83, com a Portaria nº 1/83 da DIMD, após o fato noticiado nos autos.

O princípio da anterioridade da lei penal não permite que o indiciado venha a ser processado por tráfico de entorpecente, com apenação bem mais severa.

Se a mercadoria apreendida é de fabricação estrangeira e de venda proibida no Brasil, está configurado o crime de contrabando, da competência da Justiça Federal».

Dou pela procedência do conflito para julgar-se competente o MM. Juiz Federal da 4ª Vara-RJ, suscitado.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

CC nº 5.597 — Registro nº 5.565.804 — RJ — Relator: O Sr. Ministro Carlos Thibau. Parte A: Justiça Pública. Parte R: Severino José Campos. Suscitante: Juízo de Direito da 14ª Vara Criminal da Capital — RJ. Suscitado: Juízo Federal da 4ª Vara — RJ.

Decisão: A Seção, por unanimidade, conheceu do conflito e julgou-o procedente, para declarar competente o MM. Juiz Federal da 4ª Vara da Seção Judiciária do Rio de Janeiro — RJ, suscitado (Julg.: em 4-4-84 — Primeira Seção).

Os Srs. Ministros Carlos Madeira, Gueiros Leite, Washington Bolívar, William Patterson, Adhemar Raymundo, José Cândido, Costa Lima e Hélio Pinheiro votaram de acordo com o Relator. Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Jarbas Nobre, Flaquer Scartezzini e Leitão Krieger. Presidiu o julgamento o Sr. **Ministro Lauro Leitão**.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 5.956 — SC
(Registro nº 5.648.530)

Relator: O Sr. Ministro Adhemar Raymundo

Suscitante: Juízo de Direito de Chapecó — SC

Suscitado: Juízo de Direito da 2ª Vara de Frederico Westphalem — RS

Parte A: Justiça Pública

Parte R: Mário Daniel

Advogado: Dr. Waldomiro Vanelli Pinheiro

EMENTA

Processual Penal.

Há conflito de competência, quando dois ou mais Juízes se consideram, concomitantemente, competentes ou incompetentes, para julgar determinada causa, ou quando um deles entende que competente é outro para a prática de determinado ato processual.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas.

Decide a Primeira Seção do Tribunal Federal de Recursos, à unanimidade, conhecer do conflito e o julgar procedente, para declarar a competência do MM. Juiz de Direito da 2ª Vara da Comarca de Frederico Westphalem-RS, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 15 de agosto de 1984
(Data do julgamento) — Ministro **Lauro Leitão**, Presidente — Ministro **Adhemar Raymundo**, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro **Adhemar Raymundo** (Relator): O MM. Juiz de Direito da Comarca de Frederico Westphalem-RS determinou a expedição de carta precatória ao MM. Juiz de Direito de Chapecó-RS, para que interrogasse o réu Mário Daniel,

que se encontra recolhido no presídio daquela comarca.

O MM. Juízo deprecado devolveu-a ao Juízo de origem, por entender que o interrogatório deve ser feito pelo Juiz que irá julgar o processo.

Recebida a carta, o Dr. Juízo deprecante remeteu-a novamente ao Juízo deprecado, que suscitou o presente conflito.

A douta Subprocuradoria-Geral da República opinou para que se declare competente o Juízo suscitante.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro **Adhemar Raymundo** (Relator): Há, em verdade, conflito de competência. O Juiz deprecante expediu carta para que, no Juízo deprecado, fosse efetivado o interrogatório do réu Mário Daniel. No documento citado, aduz-se que o interrogando está recolhido ao presídio da Comarca de Chapecó, razão por que a carta foi expedida com esse objetivo, qual o de o réu ser ouvido pelo Juízo deprecado.

Mas este se deu por incompetente para realizar o ato de interrogatório. Evidentemente, na hipótese, há conflito de competência. E que dois Juizes dissentem sobre competência para a prática de ato do processo. O deprecante entende que a competência para o interrogatório é do Juiz onde o preso está recolhido; o deprecado acolhe ponto de vista oposto, ao afirmar que ele é incompetente para o interrogatório.

Não há, em verdade, texto de lei que discipline a matéria. Mas entendendo que, *in casu*, a competência para presidir ao ato é do Juiz da ação penal. Por uma razão muito simples: a necessidade de ouvir o réu, personagem central da demanda. Esse contacto é importante porque dele o Juiz do processo extrairá elementos para formar a sua convicção, já que o interrogatório, no direito brasileiro, é meio de prova.

As judiosas observações de **Tourinho Filho**, transcritas pelo suscitante, devem ser repetidas:

«O interrogatório enseja ao Magistrado tomar contacto com aquele contra quem se propõe a ação penal, conhecendo-lhe a personalidade, ouvindo-lhe a confissão, suas escusas, etc. É natural, pois, deva o Juiz, sempre que possível, interrogar o réu, pois é ele quem vai julgá-lo (P. Penal, 3ª ed., pág. 239, 1982)».

A diligência circunscreve-se à citação do réu.

O interrogatório é ato da instrução criminal, de indiscutível importância. O réu não é testemunha que possa ser ouvido no Juízo deprecado. Mas parte no Processo Penal, cuja audiência há de ser feita no Juízo deprecante, onde fatos, de suma importância, hão de ser registrados diretamente pelo Magistrado que preside à instrução criminal.

Em Tornaghi a mesma observação, quanto à necessidade de o Juiz da ação penal presidir ao interrogatório, pois, como assinala o mestre, é mercê dele que o Juiz tem a oportunidade, para, num contacto com o réu, formar juízo a respeito da sua personalidade, da sinceridade das suas declarações ou da sua confissão, do estado d'alma em que se encontra, da malícia ou da negligência com que agiu, da sua frieza e da sua perversidade ou de sua elevação ou nobreza, pois é o ensejo para estudar-lhe as reações, para ver, numa primeira observação, se ele entende o caráter criminoso do ato (Curso 1º, pág. 362, 1980).

Registre-se, por fim, o fato de que, se a causa tiver de ser julgada por outro Juiz, é-lhe dada a oportunidade, pela lei, de determinar novo interrogatório (artigo 502, parágrafo único, do CPP).

Conheço do conflito e dou pela competência, para realização do interrogatório, do Dr. Juiz deprecante, ou seja, o da Comarca de Frederico Westphalem, o suscitado.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

CC Nº 5.956 — SC — Registro nº 5.648.530 — Relator: O Sr. Ministro Adhemar Raymundo. Suscte.: Juízo de Direito de Chapecó-SC. Sucdo.: Juízo de Direito da 2ª Vara de Frederico Westphalem-RS. Parte A: Justiça Pública. Parte R: Mário Daniel. Adv.: Dr. Waldomiro Vanelli Pinheiro.

Decisão: A Seção, por unanimidade, conheceu do conflito e o julgou procedente, para declarar a competência do MM. Juiz de Direito da 2ª Vara da Comarca de Frederico

Westphalem-RS (Em 15-8-84 — Primeira Seção).

Os Srs. Ministros José Cândido, Costa Lima, Hélio Pinheiro, Carlos Thibau, Carlos Madeira, Gueiros Leite, Washington Bolivar e William

Patterson votaram de acordo com o Sr. Ministro Relator. Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Jarbas Nobre, Flaquer Scartezzini e Leitão Krieger. Presidiu o Julgamento o Sr. Ministro **Lauro Leitão**.

HABEAS CORPUS Nº 5.720 — DF
(Registro nº 4.436.016)

Relator: O Sr. Ministro Flaquer Scartezzini

Impetrantes: Waldimar de Oliveira e outros

Autoridade Coatora: Juízo Federal da 1ª Vara — DF

Pacientes: Waldimar de Oliveira, Walgmar Ramos de Oliveira e Ronald Naves de Oliveira

EMENTA

Habeas corpus. Exceção de incompetência. Improcedência.

— O ressarcimento dos prejuízos causados a CEF não tem o condão de por si só descaracterizar a competência da Justiça Federal, visto que, inegável a ocorrência de graves lesões a seus serviços e interesses, comprometendo a boa imagem da empresa, com reflexos negativos mais intensos do que o próprio dano material.

— Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas.

Decide a 3ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, denegar a ordem, na forma do relatório e notas taquigráficas anexas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 14 de fevereiro de 1984 (Data do julgamento) — Ministro Carlos Madeira, Presidente — Ministro Flaquer Scartezzini, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Flaquer Scartezzini: A douta Subprocuradoria-Geral da

República à fl. 55 resumiu os fatos nos seguintes termos, verbis:

«O advogado Waldimar de Oliveira impetra a presente ordem de **habeas corpus**, em benefício próprio e de Walgmar Ramos de Oliveira e Ronald Naves de Oliveira, alegando constrangimento ilegal.

Sustenta o impetrante que está sendo processado criminalmente perante a 1ª Vara Federal em Brasília-DF, acusado, juntamente com outros, de violação dos artigos 297, 298, 299 e 304, do Código Penal.

Os fatos, em resumo, são os seguintes: Walgmar obteve um empréstimo na Caixa Econômica Federal, com garantia hipotecária prestada por Waldimar e sua mulher, que recaiu sobre o aparta-

mento nº 405, Bloco D, da SQS 203, em Brasília-DF. Algum tempo depois, Waldimar vendeu o imóvel em causa para o mutuário Walgmar, que efetivou adesão à apólice hipotecária de seguro junto ao SASSE — Companhia Nacional de Seguros Gerais. Em seguida, os acusados forjaram certidão de óbito de Walgmar, que o propiciou a quitação de mútuo hipotecário por parte da seguradora, que foi indenizada pela Caixa Econômica Federal (denúncia fls. 8/13).

Diz o impetrante que não houve prejuízo para a Caixa Econômica Federal, por isso a Justiça Federal é incompetente.»

No mérito, após examinar os elementos carreados para os autos, opina pela denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Flaquer Scartezini: Embora hajam os acusados ressarcido os prejuízos causados, este fato não tem o condão de por si só elidir a responsabilidade, a ponto de permitir ponha-se termo ao processo, obstaculando-se sua tramitação normal.

Por outro lado, o dano a ser apreciado não está adstrito tão-somente ao campo patrimonial material, como pretendem os ora pacientes, pois como bem diz a douta Subprocuradoria constituem também graves le-

sões, a ofensa a serviços e interesses da União, entidades autárquicas e empresas públicas o comprometimento do bom nome, da boa imagem os quais também representam inestimável patrimônio a ser defendido e resguardado a fim de que tenha a administração pública o respeito que precisa ter da coletividade para sua própria atividade e desenvolvimento. Face estas circunstâncias, a concessão da ordem requerida atendendo a pretensão dos ora pacientes envolvendo a meu ver, matéria de mérito, dependente de prova que necessita ser apurada, no desenvolvimento da ação, a que impede seja apreciado na estrita área do **habeas corpus**.

Com estas considerações, denego a ordem.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

HC nº 5.720 — DF — Registro nº 4.436.016 — Rel.: O Sr. Ministro Flaquer Scartezini. Imptes.: Waldimar de Oliveira e outros. Aut. Coat.: Juízo Federal da 1ª Vara-DF. Pactes.: Waldimar de Oliveira, Walgmar Ramos de Oliveira e Ronald Naves de Oliveira.

Decisão: A Turma, por unanimidade, denegou a ordem (Em 14-2-84 — 3ª Turma).

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Hélio Pinheiro e Carlos Madeira. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Carlos Madeira.

HABEAS CORPUS Nº 6.029 — DF

(Registro nº 6.113.257)

Relator: O Sr. Ministro Hélio Pinheiro

Impetrante: Genoveva da Cruz Silvano

Autoridade Coatora: O Sr. Ministro de Estado das Comunicações

Paciente: Esmeralda Basso Costa

EMENTA

Habeas corpus. **Prisão administrativa. Legitimidade.**

I — Inexiste constrangimento ilegítimo na decretação, por autoridade competente, de prisão administrativa de servidor responsável por alcance de importância a seu cargo, apurado em processo administrativo.

II — Pedido de habeas corpus que se indefere.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas.

Decide o Tribunal Federal de Recursos, em Plenário, por maioria, indeferir o **habeas corpus**, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 4 de outubro de 1984 (Data do julgamento) — Ministro **José Dantas**, Presidente — Ministro **Hélio Pinheiro**, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hélio Pinheiro: Em favor de Esmeralda Basso Costa, foi dirigido a este Egrégio Tribunal o presente pedido de **habeas corpus** em que é apontada como autoridade coatora o Sr. Ministro de Estado das Comunicações, pelo fato de haver decretado a prisão administrativa da paciente, pelo prazo de noventa dias, firmando-se em elementos contidos no Processo Administrativo de nº 004.418/84, dando notícia de alcance a ela imputado no valor de Cr\$ 9.645.887,00 (nove milhões, seiscentos e quarenta e cinco mil, oitocentos e oitenta e sete cruzeiros).

Diz-se na inicial que o referido processo foi mal conduzido, nele não se assegurando o contraditório.

Não se teria, outrossim, na sua feitura, levado em conta o passado funcional da paciente merecedora que foi, por sua retidão de conduta e ilibada reputação social, de elogio constante do seu prontuário, assim

como a cooperação que prestou para a apuração dos fatos.

Do processo, inclusive, resultara esclarecido que antes mesmo de ela haver assumido a função de chefe e encarregada de valores na Agência de Ribeirão Preto, em fevereiro de 1977, já se constataria diferença na contagem de selos vendidos e nos valores correspondentes, ocorrendo que diferenças existentes entre o Boletim de Vendas Analítico e o Demonstrativo Real sempre foram toleradas, isso porque o primeiro era feito por estimativa, tal modalidade de controle sendo prática costumeira.

A paciente sempre exercera o seu cargo com zelo e responsabilidade, gostava do seu trabalho e a ele se dedicava diuturnamente, tudo fazendo para nele permanecer tanto que, para evitar celeumas, repusera de certa feita quantias que variavam entre Cr\$ 30.000,00 e Cr\$ 40.000,00, misteriosamente desaparecidas.

Ingenuamente supunha, que, assim agindo, ou seja, repondo as referidas quantias, evitaria maiores dissabores, e muito embora estivesse consciente de que tanto não devia ter feito, assim agira pelo temor de pôr em risco um cargo público que lhe assegurava razoável salário.

Diz ainda a ilustre impetrante ser notório que, no caso, a Comissão de Sindicância não logrou provar quem tenha sido o autor do «alcance». Apurou, apenas, a existência de diferenças entre os valores do Boletim Analítico e do Demonstrativo Real, não, porém, que fora a paciente a autora da infração.

Proseguindo, aduz que «todos os depoimentos tomados, não obstante a inexistência do contraditório, deixam uma série de dúvidas», tudo levando a crer que o paciente esteja sendo vítima de ardil, habilmente preparado por desafetos ou colegas invejosos do seu cargo. Este, contudo, seria o lado subjetivo da questão, pois que os fatos objetivamente considerados deixariam claro que a conclusão da «Sindicância Administrativa» estaria embasada em premissas falsas, por não corresponderem à realidade. «Fruto de raciocínio falacioso, não possui sequer o suporte de uma verdade formal» (fl. 4).

Sustenta a impetrante, por fim, caracterizar-se, no caso, flagrante afronta ao disposto nos §§ 4º e 16 do artigo 153 da Constituição Federal, o primeiro dos quais a vedar que se exclua da apreciação do Judiciário qualquer lesão de direito individual, o último a assegurar o direito ao contraditório, não atendido no caso em exame; a sindicância tendo sido mal conduzida, os depoimentos nela colhidos apresentando-se altamente suspeitos.

Por outro lado, sendo a prisão administrativa prevista pelo Decreto-Lei nº 3.415/41, de natureza cautelar tendo por objetivo evitar que o servidor responsável pelo alcance venha a evadir-se, tal risco não se faria presente no caso em exame, quando a paciente, pelo interesse que tem em defender-se, não pretende deixar a cidade.

Faz, outrossim, a impetrante restrições à legitimidade da prisão administrativa de que cogita o Decreto-Lei nº 3.415/41, editada que foi, na vigência do Estado Novo, a portaria ministerial nela firmada refletindo o autoritarismo do regime político então vigente, a impedir que se possa defender amplamente em inquérito judicial que tem curso na 9a. Vara da Fazenda Federal de São Paulo, com audiência já marcada.

Pedia, assim, o deferimento da ordem, com concessão de liminar.

Encontra-se o pedido instruído com os documentos de fls. 10/27.

Pelo despacho de fl. 32 indeferi a liminar e solicitei à ilustre autoridade apontada como coatora que prestasse informações destinadas a instruir o julgamento do pedido, e sendo-me estas proporcionadas (fls. 34 e 35/37, ilustrando-as os documentos de fls. 38/78), fiz ouvir a douta Subprocuradoria que, em parecer do ilustre Subprocurador-Geral da República, Dr. Aristides Junqueira Alvarenga, se manifestou pela denegação da ordem (fls. 80/81).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Hélio Pinheiro (Relator): Pelo Aviso nº 88/84-GM, o Sr. Ministro de Estado das Comunicações comunicou à Presidência deste Egrégio Tribunal que, com fundamento no Decreto-Lei nº 3.415, de 10 de julho de 1941, decretara, através das Portarias nºs 128 e 129, de 8 de junho do ano em curso, a prisão administrativa, pelo prazo de noventa dias, de duas servidoras da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, uma das quais, a ora paciente, «tendo em vista alcances de responsabilidade de ambas, respectivamente, nos valores de Cr\$ 9.297.427,60 (nove milhões, duzentos e noventa e sete mil, quatrocentos e vinte e sete cruzeiros e sessenta centavos) e Cr\$ 348.459,40 (trezentos e quarenta e oito mil, quatrocentos e cinqüenta e nove cruzeiros e quarenta centavos), e que resultaram apurados em regular processo administrativo.

Mostram os documentos proporcionados com as informações que, por comprovado no referido procedimento administrativo, ser a paciente responsável pelo alcance de Cr\$ 9.077.456,60 (nove milhões, setenta e

sete mil, quatrocentos e cinquenta e seis cruzeiros e sessenta centavos), foi regularmente notificada para que efetuassem o recolhimento da quantia acima citada, e como não atendessem à notificação que lhe fora dirigida, sua prisão administrativa foi então solicitada ao Ministro de Estado das Comunicações pelo Presidente da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (cf. doc. de fls. 39/40).

Mostram, outrossim, os documentos proporcionados pela própria impetrante, como pela autoridade apontada como coatora, junto com as informações, que a paciente foi ouvida no curso da sindicância administrativa em que se apurou que ela “fraudava os documentos contábeis da Agência que chefiava, com o que pôde apropriar-se de valores sob sua guarda no montante supramencionado, graças ao controle total do estoque de produtos postais que manipulava à vontade» (fl. 56).

Esclarecido resultara, outrossim, pela Comissão de Sindicância que a paciente, desde agosto do ano em curso, vinha fraudando documentos contábeis, para o alcance a ela imputado, empregando o seguinte método: no «Demonstrativo de Valores» (o chamado «miolo do balanço»), documento feito por ocasião do balanço mensal da Agência, ela consignava os valores correspondentes aos suprimentos de selos feitos pela Gerência Comercial e aos recolhimentos em espécie feitos durante o mês e que correspondiam, ainda, aos valores escriturados no livro A-1 (Movimento e Situação Diária de Caixa da Agência), assim como ao Balancete de Agência. Todavia, no Boletim de Venda de Produtos nas Agências encaminhado à Gerência Comercial, Esmeralda indicava a venda real a fim de poder receber o suprimento necessário em selos e produtos postais que são fornecidos pela referida Gerência.

A fraude se prolongou até a sua descoberta (fl. 57).

Notificada pela Comissão de Balanço a proceder à reposição dos valores faltantes no respectivo caixa, a paciente se negou a fazê-lo, sob a alegação de que não possuía dinheiro necessário; e responsabilizada, via de portaria, para efeito de Tomada de Contas, também não repôs o valor do alcance (fl. 58).

Em tais condições, apurado que restou em procedimento administrativo o alcance de importância pela qual era responsável a paciente, não há como ver-se caracterizado na portaria do Ministro de Estado das Comunicações, que decretou a sua prisão administrativa, ato caracterizador de constrangimento ilegítimo, eis que praticado por autoridade competente, e com rigoroso atendimento ao disposto no Decreto-Lei nº 3.415, de 10 de julho de 1941, disciplinador desse tipo de custódia que não se conceitua como pena, sendo medida coercitiva de caráter civil, através da qual não procura o Estado impor qualquer sanção, mas unicamente busca compelir o servidor omisso ou remisso com importâncias a seu cargo à reposição do alcance praticado.

Na hipótese em exame, a paciente não repôs o valor do alcance, após notificada para fazê-lo, já concluído o procedimento administrativo em que esclarecido o exato valor da quantia de que se apropriara, valendo-se para tanto da função que exercia.

Em tais condições, denego a ordem ressaltando ao fazê-lo o disposto no § 2º do artigo 650 do Código de Processo Penal.

E como voto.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Thibau: Sr. Presidente, ainda tenho presentes as

razões daquele **Habeas Corpus** nº 6.003, julgado recentemente por esse Plenário em relação àquela pessoa encarregada do depósito de bens e mercadorias apreendidos em São Paulo.

Aqui é mais ou menos a mesma hipótese, a paciente era uma encarregada da guarda de valores. Ela tinha sob sua custódia valores de uma empresa pública e essa empresa pública é da União Federal; até por definição legal, a União detém o seu patrimônio. De maneira que acho que se estende à hipótese aquela exceção do parágrafo 17 do artigo 153 da Constituição.

De tal modo, também considero legal a prisão administrativa e indefiro a ordem.

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Carlos M. Velloso: Senhor Presidente, no julgamento do HC nº 5.845-DF, proferi o seguinte voto:

«Sem embargo de não ter eu assistido ao relatório integralmente, ouvi, entretanto, a sustentação oral do ilustre Subprocurador-Geral, e ouvi o voto do eminente Ministro Relator. De sorte que estou habilitado a votar, e o faço assim, Sr. Presidente: sustento que as Constituições de 1946 e de 1967 não admitem a prisão civil por dívida, salvo o caso do depositário infiel ou do responsável pelo inadimplemento de obrigação alimentar, na forma da lei (Constituição de 1946, artigo 141, § 32; Constituição de 1967, artigo 150, § 17, e Emenda Constitucional nº 1/69, art. 153, § 17).

Portanto, Sr. Presidente, não tem mais vigência e nem eficácia o dispositivo do Decreto-Lei nº 3.415, de 1941, que autoriza a prisão civil com o escopo de fazer com que as pessoas que tenham se

apropriado de bens públicos restituam esses bens ao Erário.

De outro lado, se se considerar que se tem, no caso, uma prisão civil admitida pela Constituição, vale dizer, se se entender que este tipo de prisão estaria na classe da prisão autorizada do depositário infiel, mesmo assim, com a devida vênia, entendo revogado o Decreto-Lei nº 3.415 pelas Constituições mencionadas, porque não posso admitir que alguém possa ter sua prisão decretada por uma autoridade administrativa, sem que se lhe seja assegurado um mínimo de devido processo legal, um mínimo de defesa.

A ação de depósito, no caso do depositário infiel, assegura àquele que se transformou em depositário infiel e cuja prisão é expressamente autorizada pela Constituição esse mínimo de defesa.

Tenho, pois, Sr. Presidente, como revogado pelas Constituições de 1946 e 1967, sem e com a Emenda Constitucional nº 1/69, o Decreto-Lei nº 3.415/41, que foi baixado, todos nós sabemos, sob o pálio de uma carta política autoritária.

Em termos de direito comparado, em pesquisa que fiz, não encontrei, evidentemente que na legislação de países civilizados, esse tipo de prisão. Em Portugal ela já foi revogada há cerca de 200 anos.

Quando do julgamento do **Habeas Corpus** nº 5.142, do Distrito Federal, tive oportunidade de sustentar a tese da insubsistência, no sistema constitucional brasileiro, dessa forma de execução medieval; de execução sim, por isso que a prisão administrativa — já falamos, e não custa repetir — não tem por finalidade punir, mas compelir o culpado à reparação do dano.

Tem-se, na verdade, uma forma de execução medieval que chega a

lembrar a cena do Tribunal de «O Mercador de Veneza», que o gênio de Shakespeare legou à humanidade culta.

Reporto-me, então, a esse voto que proferi no **Habeas Corpus** nº 5.142, do Distrito Federal, cuja cópia, aliás farei anexar, e que fica fazendo parte deste voto.

Com essas considerações, e com a vênia devida ao eminente Ministro Relator, cujo voto ouvi com o encantamento de sempre, defiro o **habeas corpus**.

Também aqui, Senhor Presidente, faço anexar cópia do voto que proferi no HC nº 5.142-DF, para boa compreensão do meu pensamento.

Acrescento que este Egrégio Plenário deferiu o HC nº 5.845-DF, Relator p/o Acórdão o Sr. Ministro Carlos Thibau (DJ de 7-6-84).

No HC nº 5.416-DF, Relator o Sr. Ministro Torreão Braz, este Egrégio Plenário decidiu:

«Prisão administrativa de funcionário remisso ou omissão a entrar com os dinheiros ou valores.

Um dos seus pressupostos básicos é o conhecimento da quantia a ser recolhida pelo servidor ao erário público, cuja ausência torna ilegal o constrangimento» (DJ de 29-10-1982).

No seu voto, o Sr. Ministro Torreão Braz esclareceu que este Egrégio Plenário, no HC nº 5.320, Relator o Sr. Ministro Ferrante deferiu a ordem «sob o fundamento de não se saber a importância do **quantum** a cuja reposição estava o paciente obrigado».

No caso, ao que apreendi, não ficou claro se a portaria ministerial contém o **quantum** a ser restituído. O **habeas corpus** deverá, pois, ser deferido.

Do exposto, com a vênia devida ao Sr. Ministro Relator, cujas opiniões tenho o costume de respeitar, defiro o «writ».

(ANEXO)

Habeas Corpus nº 5.142 — DF

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Carlos Velloso: Senhor Presidente, na última Sessão, em que se julgou um **habeas corpus** de pessoas envolvidas no mesmo caso, HC nº 5.151-DF, fiquei vencido, solitariamente, neste Egrégio Tribunal, ao sustentar que a Constituição, artigo 153, § 17, só permite a pena de prisão civil no caso do depositário infiel ou do responsável pelo inadimplemento de obrigação alimentar. Disse eu, então:

«Senhor Presidente, já apliquei o Decreto-Lei nº 3.415, de 1941, como Juiz Federal, e também já o fiz aqui no Tribunal. Venho, entretanto, meditando a respeito do tema, Senhor Presidente, e quero manifestar o resultado das minhas cogitações no que se refere ao Decreto-Lei nº 3.415, de 10-07-1941, que autoriza os Ministros de Estado, o Diretor-Geral da Fazenda Nacional e, nos Estados, os chefes das repartições federais a decretarem «a prisão administrativa dos que, por qualquer modo, se apropriarem do que pertença ou esteja sob a guarda da Fazenda Nacional e a de quem, sendo ou não sendo funcionário público, haja contribuído material ou intelectualmente, para a execução ou ocultação desses crimes» (artigo 1º). A finalidade dessa prisão, ressaí do texto do referido diploma legal, é fazer com que as pessoas que tenham se apropriado de bens públicos restituaem esses bens ou importâncias ao Erário. Foi baixado o Decreto-Lei nº 3.415, de 1941, sob o pálio da Carta Política de 1937, que, ninguém ignora, tinha feição autoritária.

Tem-se, pois, no caso, prisão civil, por dívida em sentido largo.

Acontece, todavia, que as Constituições de 1946 e de 1967, no que

não foi esta última alterada pela Emenda Constitucional nº 1, de 1969, passaram a não admitir a prisão por dívida, salvo no caso do depositário infiel ou do responsável pelo inadimplemento de obrigação alimentar, na forma da lei (Constituição de 1946, artigo 141, § 32; Constituição de 1967, artigo 150, § 17; EC nº 1, de 1969, artigo 153, § 17).

Convém ressaltar que a Constituição não utiliza palavras com sentido técnico-jurídico específico. Por ser uma lei geral (lei em sentido material e não em sentido formal, evidentemente), que se volta para o povo «como propósito de vida, sua linguagem não é técnica, necessariamente», salienta Bryce citado por Manoel Gonçalves Ferreira Filho («Curso de Dir. Constitucional», Saraiva, 6ª ed., pág. 250), motivo por que «o sentido comum de suas palavras deve prevalecer sobre o seu sentido técnico». Por isso, quando a Constituição expressamente declara, assim estabelecendo uma garantia constitucional, garantia criminal repressiva, no dizer de alguns, ou reconhecendo um direito que tem por objeto imediato a segurança do indivíduo, na lição de outros, que não haverá prisão civil por dívida, não cumpre ao intérprete emprestar significado estrito à palavra dívida, para dizer, como ouvi numa intervenção há pouco, que dívida, tal como se encontra no texto constitucional, seria a decorrente, por exemplo, de mútuo. Não. Dívida, no texto constitucional, não pode ser havida com tal sentido estrito. Qualquer prisão que tenha por objetivo compelir alguém a devolver algo, a pagar alguma coisa, só é cabível dentro nas ressalvas inscritas no § 17 do artigo 153 da Constituição Federal, mesmo porque prevalece, na interpretação constitucional, principalmente quando se

interpreta norma que consubstancia garantia de direito individual, a proteção e a garantia da liberdade e dignidade do homem. É nesse sentido a lição de José Alfredo de Oliveira Baracho, ao procurar sistematizar, forte em bons constitucionalistas, as regras de interpretação constitucional. Escreve:

«Linares Quintana, que, de acordo com Jorge Tapia Valdés, seguiu nesta matéria Carlos Maximiliano, procura sistematizar as conclusões da jurisprudência em geral e, especialmente, da Corte Suprema, ao retirar dessas decisões as seguintes regras:

a) Na interpretação constitucional deve sempre prevalecer o conteúdo teleológico da Constituição, que é instrumento de governo, além de ser instrumento de restrição de poderes de amparo à liberdade individual.

b) A finalidade suprema e última da norma constitucional é a proteção e a garantia da liberdade e dignidade do homem.

c) A interpretação da lei fundamental deve orientar-se, sempre, para esta meta suprema.

d) Em caso de aparente conflito entre a liberdade e o interesse do governo, aquela deve prevalecer sempre sobre este último, pois a ação estatal, manifestada através de normas constitucionais, não pode ser incompatível com a liberdade.

e) O fim último do Estado é exercer o mandato dentro de seus limites». (José Alfredo de Oliveira Baracho, «Hermenêutica Constitucional», Revista de Informação Legislativa, Senado Federal, 53/113; «Teoria da Constituição», Ed. Res. Universitária, São Paulo, 1979, p. 60).

Assim posta a questão, não admitindo as Constituições de 1946,

1967 e a EC nº 1, de 1969, a prisão civil por dívida, salvo no caso de depositário infiel ou do responsável pelo inadimplemento de obrigação alimentar na forma da Lei (CF de 1946, art. 141, § 32; CF de 1967, artigo 150, § 17; EC nº 1, de 1969, artigo 153, § 17), não tem mais vigência e nem eficácia o dispositivo do Decreto-Lei nº 3.415, de 1941, que autoriza a prisão civil com o escopo de fazer com que as pessoas que tenham se apropriado de bens públicos restituam esses bens ou importâncias ao Erário.

O Sr. Ministro Gueiros Leite: V. Exa. me permite um aparte?

Também estive preocupado com esta questão. Como V. Exa. se refere a um decreto-lei de 1941, que considero elaborado ao tempo da Carta de 1937, penso que teremos que recorrer a outros diplomas legais, e um deles é posterior, Lei nº 1.711, de 1952.

O Sr. Ministro Carlos Velloso: Mas que não foi invocada, no caso, como embasadora do decreto de prisão.

O Sr. Ministro Gueiros Leite: Sim, mas o Código Penal equipara. Então, temos duas leis: uma que V. Exa. reputa inconstitucional e a outra, que veio depois, mas que não reputamos inconstitucional. Assim, estamos diante de duas leis, que podemos considerá-las, como leis vigentes, ou que se encontram em conflito, digamos — a de 1941 e a de 1952. Temos que verificar se essa de 1952, é, na verdade, uma lei inconstitucional, porque foi editada sob um regime forte, uma Carta forte. Então, passamos para esta de 1952, já sob a égide da Constituição de 1946, que diz no seu artigo 214: (lê).

Eu perguntaria a V. Exa., para esclarecer-me, se esses responsáveis não seriam depositários...

O Sr. Ministro Carlos Velloso: A questão, como posta por V. Exa., não muda, vale dizer, o artigo 214 da Lei nº 1.711/52 não vigora diante da Constituição de 1967 e EC nº 1, de 1969.

O Sr. Ministro Gueiros Leite: Na verdade, concluindo o pensamento, o Estatuto refere-se a funcionários públicos, e aquela outra lei é muito mais extensa; vai além do funcionário público, para se referir a qualquer terceiro. Mas no caso do PROAGRO, ou da erradicação de cafezais, ou mesmo dos famosos francos franceses — V. Exa. deve lembrar-se — nesses casos todos e em outros crimes também contra a administração, aquele que não é funcionário público pode ser equiparado de acordo com o Código Penal. De modo que, colocando as duas em confronto, mesmo que eu despreze a de 1941, fixo-me aqui na de 1952, para considerar que eles na verdade eram depositários e se transformaram em depositários infieis. Então, faria a aplicação, comparando-os ou equiparando-os a funcionários públicos, porque, como V. Exa. sabe, o Banco do Brasil, nessa parte, é o terceiro maior banco agrícola do mundo, e o PROAGRO é um programa de governo, sendo o dinheiro do governo — dinheiro que é destinado pelo Tesouro Nacional para ser aplicado por essa gente que atua por delegação.

O Sr. Ministro Carlos Velloso: Agradeço os esclarecimentos prestados pelo Sr. Ministro Gueiros Leite. Como é costumeiro, eles deram luz sobre o debate. Fico muito agradecido.

Mas, eminente Ministro, V. Exa. mesmo acentua que esses apropriadores do dinheiro público seriam tidos como depositários.

Ora, se assim são considerados, eles deveriam, então, estar sujei-

tos à ação de depósito, no Judiciário, com direito de defesa.

O Sr. Ministro Gueiros Leite: É diferente Ministro. Aí a ação de depósito não é aquela normal. Ação de depósito é aquela do depositário, mediante contrato. Ele aí é depositário, porque tem o dever de receber, empregar o dinheiro e prestar conta. Mas o depositário do Código Civil, ou do Código Comercial, é outra modalidade. Num processo comum, em que V. Exa. entrega a um Oficial de Justiça ou ao próprio devedor um bem para que ele guarde — uma máquina, dinheiro, bens perecíveis ou não, fungíveis ou não — se ele dilapidar aquele bem terá que se responsabilizar nos próprios autos da execução; não precisa nem o processo em separado ou o processo comum, ordinário.

O Sr. Ministro Carlos Velloso: Perfeito, mas há um mínimo de defesa, há um mínimo de possibilidade que se concede ao depositário infiel, mesmo não se tratando de depósito contratual, para que ele restitua o bem, direito de defesa que a Constituição garante.

A intenção do legislador, no caso, pode até ter sido boa — fazer com que sejam restituídos os dinheiros públicos. Mas acho que a providência não é muito adequada. O que é preciso é entrar com a ação de seqüestro, seqüestrar os bens, do devedor, enfim, buscar a reparação civil. É medieval, temos que admitir, buscar restituições mediante prisões sem que se estabeleça um devido processo legal, uma possibilidade a estas pessoas de restituírem as importâncias, ou de se defenderem, no caso de ser infundada a acusação, o que se consegue numa ação de depósito, nos pretórios, com ampla garantia de defesa.

O Sr. Ministro Gueiros Leite: Queria dizer o seguinte. É que num caso como esse o Ministro que mandou prender administrativamente vai providenciar, vai tomar medidas simultâneas para efeito de seqüestro, busca, apreensão e depósito. E isto está em lei especial no Código Penal. Nós temos duas leis ou três a respeito do assunto. Então ele pode concomitantemente. Agora, a prisão administrativa é uma prisão que V. Exa. pode pensar que é uma prisão para efeito de pagamento, prisão por dívida, não pode. Prisão por dívida é só naqueles casos especificados: depositário infiel, dívida alimentar em problemas matrimoniais, etc. Como, na verdade, fala em depositário infiel, fixo-me neste ponto.

Peço desculpas a V. Exa. e encerro o meu aparte e estendo as minhas desculpas ao eminente Sr. Presidente, porque achei que o assunto merecia.

O Sr. Ministro Carlos Velloso: A intervenção de V. Exa. é sempre útil e estou certo de que também o nosso Presidente isso reconhece, mesmo porque estamos buscando a verdade e procurando realizar a justiça. O esclarecimento de V. Exa. foi muito bom, mas permito-me perserverar no entendimento. E diante do que V. Exa. sustentou, eu acrescentaria: tem-se, no caso, uma exceção a uma liberdade pública, a uma liberdade individual, a uma garantia individual. Toda exceção às garantias constitucionais, toda exceção às liberdades públicas, aos direitos individuais, nós temos que interpretar restritivamente. Peço licença a V. Exa. para interpretar, com sentido estrito, a ressalva inscrita no § 17 do artigo 153 da Constituição.

O Sr. Ministro Adhemar Raymundo: Não é punição. É visar, compelir o faltoso remisso a entregar aos cofres públicos aquilo de

que, indevidamente, se apossou. Tem essa finalidade compulsiva, mas não é pena. A prisão administrativa é uma prisão provisória, que visa exclusivamente este objetivo, em virtude da prática de um crime contra a administração pública, que é o peculato. Não fere o § 17, **data venia**.

O Sr. Ministro Carlos Velloso: V. Exa. me permite, mas é exatamente isto que estou sustentando. A prisão tem por finalidade compelir o faltoso, aquele que teria se apropriado, a restituir. É, portanto, uma prisão civil por dívida, observados os conceitos que expendi, há pouco, a respeito do tema.

O Sr. Ministro Adhemar Raymundo: Não é por dívida não, Exa. Não é por dívida não, absolutamente. É para compelir o faltoso a devolver aquilo que ele retirou, em virtude da prática de um crime.

O Sr. Ministro Carlos Velloso: Não estou me fazendo entender por V. Exa., e a culpa deve ser minha.

O Sr. Ministro Pádua Ribeiro: V. Exa. está examinando a matéria à vista do § 17, do artigo 153 da Constituição. Mas o § 20 do mesmo preceito diz: (lê).

De logo, podemos concluir à vista deste feito que, no caso, trata-se de uma prisão administrativa — prisão administrativa cujo escopo, segundo bem assinalado pelo eminente Ministro Adhemar Raymundo, não é cobrança de dívida, mas é obter a imediata reposição do produto do crime. Pergunto a V. Exa. se nós não poderíamos dar estrutura constitucional ao decreto de prisão, à vista da exceção mencionada no citado parágrafo?

O Sr. Ministro Carlos Velloso: Se V. Exa. está entendendo que se trata de uma prisão oriunda de uma transgressão disciplinar, eu, com a devida vênia, vou divergir.

Na minha opinião, **data venia**, não se tem, no caso, uma prisão oriunda de uma transgressão disciplinar. Acho que o parágrafo 20, do artigo 153, ao contrário do que sustenta V. Exa., vem reforçar o meu entendimento.

Por derradeiro, Senhor Presidente, se aceitarmos a tese defendida pelo eminente Ministro **Evandro Gueiros**, no sentido de que ter-se-ia, no caso, uma prisão de depositário infiel, então a questão se deslocaria para o âmbito da ação de depósito e só o Judiciário poderia decretar a prisão, e decretá-la num «due process of law», no qual ao depositário seria proporcionada a garantia da ampla defesa. Mas o Decreto-Lei nº 3.415, de 1941, não assegura nenhum «due process of law», não assegura um mínimo de devido processo legal, um mínimo de defesa. Então, estaria ele, o Decreto-Lei nº 3.415/41, no particular, também por isso, revogado pela Constituição, especialmente pelo § 15 do artigo 153 da Lei Fundamental.

Devo concluir. Volto a acentuar que entendo tratar-se, no caso, de uma prisão civil, com o escopo de fazer com que a pessoa que teria se apropriado de bens públicos restitua esse bem. Tem-se, então, uma prisão por dívida, dívida em sentido largo, não incluída nas ressalvas inscritas no § 17 do artigo 153 da Constituição.

Defiro o «writ».

.....

Se se considerar que se tem, no caso, uma prisão civil, admitida pela Constituição, mesmo nesse caso, entendendo revogado o Decreto-Lei nº 3.415/41, pelas Constituições de 1946, 1967 e Emenda Constitucional nº 1, de 1969, porque não posso admitir que alguém possa ter a sua prisão decretada por uma autoridade administrativa, sem que se lhe assegure

um mínimo de «due process of law», um mínimo de defesa. A ação de depósito, no caso do depositário infiel, assegura àquele que se transformou em depositário infiel, e cuja prisão é expressamente autorizada pela Constituição, esse mínimo de defesa. Tenho, pois, como revogado, pelas Constituições de 1946, 1967 e Emenda Constitucional de nº 1, de 1969, o Decreto-Lei nº 3.415, de 10 de julho de 1941, que foi baixado, todos sabemos, sob o pálio de uma Carta Política autoritária.

Com a devida vênia, mantenho o voto que proferi na última Sessão, cujos termos li.

Defiro o «writ».

O Sr. Ministro Sebastião Reis (Relator): Ouvi com o maior acatamento, como sempre faço, as ilustradas considerações do eminente Ministro Carlos Mário Velloso. Peço licença a S. Exa. para, modestamente, lembrar o seguinte.

Pontes de Miranda, nos seus comentários ao artigo constitucional em apreço, leciona: (lê).

De outro lado, no seu estudo, no «Tratado de Direito Privado», ele volta a insistir na mesma interpretação, no sentido de que a palavra dívida, a locução dívida, a dicção dívida, inserta na Constituição deve ser tomada estritamente.

Marcelo Linhares, também, na sua obra já citada, depois de fazer um levantamento histórico da legislação sobre a matéria, sustenta a mesma tese da constitucionalidade da prisão administrativa.

O Egrégio Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário nº 63.668, teve oportunidade de debater a tese, sendo de salientar-se um exaustivo voto proferido pelo eminente Ministro Néri da Silveira, ali convocado, onde S. Exa. sustentou doutamente a constitucionalidade, a

legitimidade constitucional da prisão administrativa.

Lembro ainda que, no recurso extraordinário referido, apesar de ter sido suscitada a revogação por incompatibilidade constitucional do Decreto-Lei nº 3.415, de 1941, os votos colhidos foram no sentido de sua legitimidade, ressalvado apenas o do Relator designado, Ministro Peçanha Martins, então, também convocado.

O Plenário daquela Corte acabou concedendo a ordem, ao argumento de inconstitucionalidade, não pelo fundamento desse vício máximo quanto ao Decreto-Lei nº 3.415, de 1941, mas pela inconstitucionalidade do Decreto-Lei nº 326, que equiparava o sujeito passivo do IPI a depositário deste tributo.

Eram estas as rápidas considerações que eu queria trazer à reflexão dos meus ilustres colegas.

O Sr. Ministro Carlos Velloso: Os esclarecimentos do eminente Ministro Sebastião Alves dos Reis são sempre oportunos e fazem luz sobre o debate.

Conheço o precedente do Egrégio Supremo Tribunal Federal, que foi invocado pelo eminente Ministro Sebastião Reis. Devo esclarecer, contudo, que o Supremo Tribunal Federal, nesse precedente, não chegou a concluir o julgamento no que tange à inconstitucionalidade, porque, ao que me parece, aquela Egrégia Corte encontrou condições de manter o Acórdão do Tribunal Federal de Recursos que deferira o *habeas corpus* aos diretores de uma empresa de cigarros.

Realmente, no caso, o eminente Ministro José Néri da Silveira, convocado no Supremo Tribunal Federal, sustentou, em brilhante voto, a constitucionalidade desse dispositivo; de outro lado, os eminentes Ministros Peçanha Martins, Amaral Santos e Adauto Cardoso, se bem me

recordo, votaram pela inconstitucionalidade.

De sorte que esse precedente do Supremo Tribunal Federal, que o eminente Ministro Sebastião Reis invocou, não é definitivo.

Conheço, também, a opinião de Pontes de Miranda, que foi muito mencionada nesse julgamento no Supremo Tribunal Federal. Indago, todavia, a S. Exa, o eminente Ministro Sebastião Reis, que entende que seria possível a sobrevivência do Decreto-Lei nº 3.415: seria possível, entretanto, a sobrevivência da prisão, tal qual é determinado nesse Decreto-Lei nº 3.415, eminente Ministro Sebastião Reis, em um «due process of law», sem que se ofereça a oportunidade a essas pessoas, cujas prisões são decretadas, de efetivarem a restituição, de fazerem o pagamento daquilo que devem ao Tesouro Nacional antes da prisão ser decretada, ou de se defenderem, no caso de ser infundada a acusação?

Por mais isso, encontro motivos para perseverar no meu modestíssimo entendimento, tão modesto que fiquei solitariamente vencido neste Egrégio Tribunal. Peço até desculpas aos meus colegas por voltar a sustentá-lo. É que ainda não me convenci do desacerto dos argumentos que ora ponho novamente à paciência de V. Exas.

O Sr. Ministro José Dantas: Permite-me Sr. Ministro Carlos Velloso, apenas uma colaboração? Além do decreto-lei, V. Exa, na conclusão do seu voto, deve incluir também o artigo 214 da Lei nº 1.711 como inconstitucional.

O Sr. Ministro Carlos Velloso: Foi uma desatenção de minha parte. Vou aceitar a colaboração de V. Exa. e acrescentar ao meu voto o artigo que V. Exa. menciona. Não digo, todavia, que é ele, artigo 214, da Lei nº 1.711/52, inconstitucional. Tenho que referido dispositivo legal foi

revogado pela Constituição de 1967 e pela EC nº 1, de 1969.

O Sr. Ministro Sebastião Reis (Relator): Eminentíssimo Ministro Carlos Velloso, queria apenas salientar que, nesse Recurso Extraordinário, foram postas duas arguições de inconstitucionalidade: a primeira, do Decreto-Lei nº 3.415, de 1941, e a segunda, do Decreto-Lei nº 326. O Supremo Tribunal Federal deixou de lado a primeira arguição, relativa ao Decreto-Lei nº 3.415, de 1941, apesar de haver votos num e noutro sentido, e fixou-se, numa segunda etapa, no Decreto-Lei nº 326.

Entendo que, com esse tratamento, o Supremo Tribunal Federal deixa entrever que a inconstitucionalidade só era pertinente ao Decreto-Lei nº 326. Se ele examinou, num primeiro lance, a inconstitucionalidade do Decreto-Lei nº 3.415, de 1941, e a deixou de lado, é porque ele deu pela inconstitucionalidade implicitamente e acabou concedendo a ordem a outro título, mas ainda com o título de inconstitucionalidade.

O Sr. Ministro Carlos Velloso: Se não me engano, votaram pela inconstitucionalidade três Ministros, dentre os quais o nosso colega Ministro Peçanha Martins e o então Ministro Adauto Lúcio Cardoso. A partir desses três votos, a questão passou a ser discutida exatamente nos termos do Acórdão do TFR, que deferira o **habeas corpus** sem necessidade do exame da constitucionalidade.

O Sr. Ministro Peçanha Martins: Na oportunidade, eu disse que não precisava entrar na matéria da inconstitucionalidade. Lembro-me bem de que o Ministro Amaral Santos, que V. Exa. não referiu, insistiu bastante.

O Sr. Ministro Carlos Velloso: O RE nº 67.668-DF (RTJ nº 59/727) não me parece que seja um precedente definitivo, repito. A questão merece

ser reexaminada, em obséquio à Constituição, que juramos cumprir.

Defiro o «writ.»

EXTRATO DA MINUTA

HC nº 6.029 — DF — Registro nº 6.113.257 — Rel.: O Sr. Ministro Hélio Pinheiro — Impte.: Genoveva da Cruz Silvano — Aut. Coat.: Min. de Estado das Comunicações — Pacte.: Esmeralda Basso Costa.

Decisão: O Tribunal, por maioria, indeferiu o **habeas corpus**. (Em 4-10-84 — Plenário).

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Carlos Thibau, Costa Leite,

Moacir Catunda, Jarbas Nobre, Lauro Leitão, Carlos Madeira, Gueiros Leite, Washington Bolívar, Torreão Braz, Otto Rocha, William Patterson, Adhemar Raymundo, Sebastião Reis, Miguel Ferrante, José Cândido, Pedro Acioli, Pádua Ribeiro, Flaquer Scartezzini, Costa Lima, Leitão Krieger e Geraldo Sobral, vencido o Sr. Ministro Carlos Velloso.

Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Armando Rollemberg, Bueno de Souza e Américo Luz.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro José Dantas.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 84.188 — CE (Registro nº 3.163.717)

Relator: O Sr. Ministro José Cândido

Apelantes: Antônio Elias Filho e sua mulher

Apelada: União Federal

Advogados: Drs. Valmir Pontes e outros

EMENTA

Civil. Bens de domínio público. Código Civil. Artigo 66. Praias. Bem de uso comum.

Sua caracterização como bem de uso comum, uti universi, aliada à necessidade de fiscalização, pela Polícia Naval, da faixa litorânea, retira às praias qualquer possibilidade de privatização. Sentença confirmada.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas.

Decide a 2ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, negar provimento à apelação, para confirmar a sentença, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 10 de agosto de 1984 (Data do julgamento) — Ministro Gueiros Leite, Presidente — Ministro José Cândido, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Cândido: Trata-se de mandado de segurança impetrado por Antônio Elias Filho e s/mulher contra ato do Sr. Capitão dos Portos do Estado do Ceará e do

Sr. Delegado do Serviço do Patrimônio da União, que determinaram a derrubada de cercas colocadas sobre praia.

Alegam os impetrantes, em resumo, verbis:

«a) que são legítimos possuidores dos imóveis «Lagoa Seca» e «Morrinho», no município de Aquiraz, tendo promovido perante o Juízo daquela Comarca ação possessória contra **Aristeu Maria Monteiro de Andrade** e outros, em face de atos espoliativos por estes praticados, sendo concedida a reintegração da posse *in limine litis* e estando em curso o processo; b) que no dia 24 (vinte e quatro) de abril próximo findo, o Capitão dos Portos, acompanhado do Delegado do Serviço do Patrimônio da União, «surge no local» das terras em referência e ordena, *manu militari*, a destruição de considerável parte das cercas que, construídas pelos suplicantes, extremam as mencionadas terras pelo lado em que elas confinam com terrenos de marinha, sob a alegação de que aquelas cercas estariam assentadas em terras do patrimônio da União» (sic); c) que após a derrubada de parte das cercas, o Capitão dos Portos deu o prazo de vinte e quatro horas para o primeiro impetrante retirar o restante das cercas ali existentes, e face à recusa então manifestada, aquela autoridade fez-lhe entrega de intimação escrita, contendo a mesma ordem, a ser cumprida no mesmo prazo; d) que, sem discutir o fato de haver ou não terrenos de marinha nos limites de sua propriedade, não podem as autoridades impetradas compelir, por ato sumário, os impetrantes a desocuparem as terras de que têm a posse, sem o uso da via processual adequada, em con-

sonância com o estatuido no Decreto-Lei nº 9.760, de 5-9-46; e) que conforme informação do Serviço do Patrimônio da União, na Zona ocupada pelos impetrantes não foi demarcada a linha da preamar de 1831, e na Delegacia local do referido órgão, não existe nenhuma pessoa cadastrada como ocupante de terreno de marinha na Zona em questão; f) que, por conseguinte, não podem as autoridades impetradas forçar os suplicantes a desocuparem as terras em cuja posse se encontram, aliás, sob a segurança de ordem judicial proferida *in limine* da possessória antes referida, nem obrigá-los a derrubar cercas ou quaisquer obras construídas nas aludidas terras.»

Pedem, no final, a concessão da segurança, no sentido de: a) tornar insubsistente a intimação expedida pelo Capitão dos Portos; b) eximir os impetrantes de qualquer sanção porventura resultante do não cumprimento da aludida intimação; c) ordenar às autoridades impetradas que se abstenham de qualquer ato violador da sua posse às terras questionadas.

As autoridades impetradas prestaram as informações, ressaltando o Capitão dos Portos que participara, em verdade, de inspeção em atividade conjunta com o Serviço do Patrimônio da União, ocasião em que foi verificado que os impetrantes haviam distendido até a fimbria do mar as cercas da propriedade em causa.

Acrescenta que no caso vertente a expansão das cercas, «por ocasião das preamares mais elevadas dificultam e mesmo impossibilitam o livre acesso às praias, contrariando, destarte, todos os preceitos legais.»

O Delegado do Serviço do Patrimônio da União, às fls. 67/68, declara textualmente que «foi verificado em 24 de abril de 1977 que o Sr. Antônio Elias Filho, com a construção da cerca que mandou realizar, invadiu terrenos que são indubitavelmente de propriedade da União».

O Ministério Público Federal às fls. 82/87, opinou pela denegação da segurança, sustentando que o Capitão dos Portos agiu no desempenho do poder de polícia.

O MM. Juiz Federal da 1ª Vara, Dr. Vicente Leal de Araújo, sentenciando às fls. 89/98, denegou a segurança.

Inconformados, apelaram os autores, com as razões de fls. 103/118, alegando, em síntese, verbis:

«Na verdade, sobre a matéria em discussão no processo, existem normas legais expressas, citadas e transcritas na petição inicial, constante do Decreto-Lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946, e da Lei nº 2.185, de 11 de fevereiro de 1954, normas que estabelecem o procedimento a ser seguido pela autoridade administrativa no tocante aos terrenos de marinha. São normas que se impõem à obediência do administrador, não podendo ser por ele desconhecidas ou postas de lado.

Não há maior interesse público do que o do respeito à lei, quer por parte dos administrados, quer, principalmente, por parte daqueles a quem cabe a administração da coisa pública. A força de que dispõe a autoridade administrativa não lhe é dada senão para que ela possa cumprir e fazer cumprir a lei. Como dizia Duguít, «o direito sem a força é a impotência; a força sem o direito é a barbaria». O interesse público do respeito à lei,

entretanto, foi relegado, na espécie, a plano secundário, sacrificado pela arbitrariedade administrativa, que se colocou, assim em plano superior à própria lei, ainda que a título de promover a defesa de interesse relacionado com bem público de uso comum».

Contra-razões às fls. 121/125.

Nesta instância, a douta Subprocuradoria-Geral da República às fls. 131/134, opinou pela confirmação da sentença.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Cândido (Relator): Em 24-4-77 foi realizada uma vistoria no lugar denominado Praia, município de Aguiraz, para a verificação de invasões que estavam efetivando nos terrenos presumidos de marinha. O Delegado do Serviço do Patrimônio da União, no Ceará, compareceu à vistoria a fim de assessorar o Sr. Capitão dos Portos do Estado quanto à natureza dos terrenos invadidos.

Foi verificado que o Sr. Antônio Elias Filho havia feito construir uma cerca de arame farpado, no sentido sul-norte, até atingir a fimbria do mar.

O Sr. Capitão dos Portos, usando de suas atribuições (artigo 1º, VIII do Decreto nº 62.860/68), mandou expedir o auto de infração competente, solicitando a retirada da cerca situada em terreno de marinha.

Reconhecida a ocorrência de ocupação abusiva de terreno de uso comum do povo, foram adotadas as medidas exigidas pela situação, fazendo-se remover a parte da cerca construída naquela área.

Irresignados com tal ato, Antônio Elias Filho e sua mulher interpuseram o presente **mandamus**, que foi denegado em primeiro grau.

É incensurável a decisão monocrática, que bem analisou a espécie, ao proclamar, **verbis**:

«As praias são locais abertos à utilização pública, que não podem ser objeto de ocupação privada. Sendo um bem de uso coletivo, de fruição própria do povo, a construção de cercas constitui uma real limitação, ou mesmo impossibilidade de seu uso pela comunidade, afora os aspectos referentes ao livre trânsito da faixa litorânea, necessário ao exercício das atividades normais de fiscalização, de competência da Polícia Naval.

A desobstrução da praia, pela derrubada de cercas, constitui uma medida absolutamente legal, necessária e oportuna, que, em absoluto, não pode ferir direito de ninguém.

Inaplicável, portanto, à espécie, o Decreto-Lei nº 9.760/46.

É de se consignar, no entanto, que na parte referente efetivamente a terrenos de marinha, que são bens de uso especial, o comportamento da administração deve ser diverso, não podendo serem adotadas as mesmas medidas aplicadas à desocupação das praias. Em relação aos terrenos de marinha, a Capitania dos Portos exerce fiscalização relativa ao cumprimento das normas referentes a aforamento, na parte referente aos interesses da Marinha, da Segurança Nacional e da segurança de navegação. Todavia, no tocante à desocupação dos terrenos de marinha por intrusos, deverão ser obedecidas as normas estatuídas no Decreto-Lei nº 9.760, de 5-9-46. A Polícia Naval, exercida pela Capitania dos Portos, tem expressiva atuação no

controle do uso dos terrenos de marinha, no que interessa à Segurança Nacional, porém, a sua desocupação por quem indevidamente os ocupe deverá obedecer os preceitos do diploma legal supracitado.

Todavia, o ato impugnado pelos impetrantes, no presente «writ of mandamus», consistente na destruição de cercas afixadas em terrenos de marinha, estendendo-se até quase a fímbria do mar, além de se tratar de um comportamento regular da autoridade responsável pelo exercício da Polícia Naval, em nada feriu direito dos impetrantes, posto que os mesmos não demonstraram qualquer direito sobre os terrenos em questão, pois nem sequer são ocupantes regulares dos terrenos de marinha.

Além do mais, o ato impugnado praticado na defesa de bens de uso comum do povo, praias naturais, está em consonância com as normas pertinentes à espécie.»

Nada que acrescentar à r. decisão de primeiro grau, que merece confirmação por seus próprios fundamentos. Nego provimento à apelação.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

AMS nº 84.188 — CE — Registro nº 3.163.717 — Rel.: O Sr. Ministro José Cândido. Aptes.: Antônio Elias Filho e s/mulher. Apda.: União Federal. Advs.: Drs. Valmir Pontes e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação, para confirmar a sentença, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. (Em 10-8-84 — 2ª Turma).

Os Srs. Ministros Costa Lima e Gueiros Leite votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Gueiros Leite.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 84.701 — SP
(Registro nº 3.487.759)

Relator: O Sr. Ministro Pádua Ribeiro

Remetente: Juiz Federal da 6ª Vara

Apelante: União Federal

Apeladas: ARCOBRÁS — Comercial, Importadora Ltda. e outra

Advogados: Dr. Salomão Sapoznik e outro (Apdas.)

EMENTA

Tributário. Débito fiscal. Cobrança suspensa por medida judicial. Incidência da correção monetária e dos juros moratórios. Lei nº 4.862/65, artigo 15, § 1º.

I — Cassada a segurança anteriormente concedida e, portanto, cessada a suspensão da exigibilidade da dívida fiscal, tornam-se devidos os juros e a correção monetária relativos ao período em que o contribuinte esteve ao abrigo da liminar ou da decisão judicial de primeira instância, desde que não tenha sido depositada a importância questionada (Lei nº 4.357/64, artigo 7º, § 2º).

II — Precedentes do TFR.

III — Apelação provida. Segurança cassada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que são partes as acima indicadas.

Decide a 4ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, dar provimento à apelação para reformar a sentença e cassar a segurança, na forma do relatório e notas taquigráficas anexas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 23 de fevereiro de 1983 (Data do julgamento) — Ministro Armando Rollemberg, Presidente — Ministro Pádua Ribeiro, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Pádua Ribeiro: O parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República, de lavra da

Dra. Maria da Glória Ferreira Tamer, aprovado pelo Dr. João Itapary, ilustre Subprocurador-Geral da República, assim resume a controvérsia (fls. 47/48):

«Através do presente mandado de segurança os impetrantes esperam obter do poder jurisdicional o reconhecimento da ilegalidade da cobrança de correção monetária e juros de mora incidentes no período em que os contribuintes estiveram ao abrigo de decisão judicial de 1º grau, reformada posteriormente pelo Tribunal, **ad quem**, e formulam a pretensão mesmo sem ter sido efetuado o depósito em dinheiro, como prevê o artigo 7º, § 2º, da Lei nº 4.357/64.

As informações constam de fls. 28/31, e a sentença prolatada pelo MM. Juiz a quo, (fls. 33/34) é no sentido de conceder a segurança, fundamentada na tese de que a co-

brança das parcelas exigidas pelo Fisco constituiria obstáculo ao princípio constitucional do «judicial control», *in verbis*:

«Sempre julguei no sentido dos venerandos arestos do Eg. Supremo Tribunal Federal, colacionados a fls. 3 a 6 dos autos, por entender que os acréscimos que o Fisco intenta cobrar constituem empecilho ao acesso das discussões, ao Poder Judiciário, acesso que, de acordo com a Constituição Federal, não pode ser dificultado. A jurisprudência do Eg. Tribunal Federal de Recursos tem por vezes, nesta matéria, prestigiado o ponto de vista fiscal, mas a posição do Eg. Supremo Tribunal Federal, que peço vênia para acompanhar, é firme em sentido contrário. Parece-me ilógico, juridicamente falando, privilegiar mais as decisões administrativas do que as judiciais, que é, em última análise, o que acabaria acontecendo, se no caso de reforma de decisões judiciais de primeira instância a cobrança da correção monetária fosse válida, é inválida no caso de reforma de decisões administrativas pelo superior hierárquico de que as proferiu. (págs. 33/34).

Exsurge do exame dos autos que a matéria gira em torno da exegese da regra do § 1º do artigo 15 da Lei nº 4.862/65, que tem suscitado inúmeras controvérsias.»

Distribuídos, os autos somente hoje me vieram conclusos.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Pádua Ribeiro (Relator): Ao opinar pela reforma da sentença recorrida, argumentou o parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República (fls. 48/54):

«4. É certo que algumas decisões, diga-se de passagem, mais antigas, adotaram a tese de que a mencionada regra aplicar-se-ia aos processos judiciais, devendo em consequência ser excluído do cálculo da correção monetária o período em que fora suspensa a cobrança do tributo, em virtude de segurança anteriormente concedida na 1ª Instância, ainda que casada pelo Tribunal competente.

5. Nesse sentido é a ementa ao RE nº 78.630, de São Paulo, relatado pelo Exmo. Sr. Ministro Rodrigues Alckmin:

«Débito fiscal. Correção monetária. Cobrança suspensa por medida judicial. Quando o débito fiscal resultar de decisão de instância superior que houver modificado decisão de primeira instância favorável ao contribuinte proferida por autoridade competente, o cálculo da correção monetária far-se-á observado o disposto neste artigo, mediante a exclusão do período anterior à data em que tiver sido notificado ou comunicado ao devedor a última decisão. Recurso extraordinário conhecido e provido» (in DJ 11-10-75).

6. Quanto à exigibilidade dos juros de mora, a orientação seria semelhante, consoante se infere do voto do eminente Ministro Djaci Falcão, a seguir transcrito:

«Com respeito aos juros de mora, os mesmos são igualmente devidos, por extemporâneos, pois só teriam cabimento após o ajuizamento da cobrança do débito fiscal.

O § 2º do artigo 161 do Código Tributário Nacional o disposto neste artigo não se aplica na pendência da consulta formulada pelo devedor dentro do prazo legal para pagamento a crédito. 10 — Se, no caso da consulta, formula-

da dentro do prazo legal, não se aplicam juros de mora, por força da lei, enquanto aguardando decisão de autoridade superior, o dispositivo em questão com muito maior razão deve ser aplicado ao caso exame, onde houve um recurso para órgão superior judicial, ou seja, para o Egrégio Tribunal Federal de Recursos. O mandado de segurança, suspendendo a exibibilidade do crédito tributário, na hipótese de concessão liminar (inciso III do artigo 151 do CTN), tem e deve ter muito mais amplitude e força do que uma simples consulta, daí a razão da aplicabilidade do que acima foi dito. Pela mesma razão, os juros deverão ser contados a partir da data da notificação do devedor de que a decisão de primeira instância foi reformada ou mantida, uma vez que, a partir dessa data, deverá o impetrante cumprir suas obrigações fiscais.»

Vale acrescentar que nesse sentido a jurisprudência desta Turma, segundo se vê dos Recursos Extraordinários nº 78.257, relatado pelo eminente Ministro Rodrigues Alckimin e nº 79.072 de que foi Relator o eminente Ministro Aliomar Baleeiro. Ante o exposto, conheço do recurso e dou-lhe provimento para restaurar a decisão de primeiro grau.» (in RE nº 80.256-SP).

7. Mas essa interpretação não parece ser a acertada, **data venia**. A tese vitoriosa, principalmente no Tribunal Federal de Recursos, apoiada pela maioria de seus membros é no sentido de entender que a regra insculpida no § 1º do artigo 15 da Lei nº 4.862, de 1965, diz respeito, exclusivamente às decisões administrativas e não às judiciais.

8. O eminente Ministro Carlos Velloso, na Apelação em Mandado de Segurança nº 83.735 de São Pau-

lo, deixou esclarecido na ementa do Acórdão, que é exequível a cobrança dos juros e correção monetária no período em que o contribuinte esteve ao abrigo de medida liminar:

«Tributário. Correção Monetária e Juros. Dívida Fiscal. Cassação da Segurança que suspendeu a sua exigibilidade. Lei nº 4.862/65, artigo 15, § 1º.

I — Somente o depósito do débito é capaz de afastar a incidência da correção monetária e dos juros enquanto o mesmo é discutido em Juízo. A regra do § 1º do artigo 15, da Lei nº 4.862/65, diz respeito ou se dirige à decisão administrativa, apenas.

II — Destarte, cessada a suspensão da exigibilidade da dívida fiscal, com a cassação da segurança anteriormente concedida, tornam-se devidos os juros e correção monetária do período em que o contribuinte esteve ao abrigo da liminar ou mesmo da decisão judicial de primeira Instância, desde que não tenha sido depositada a importância questionada (Lei nº 4.357/64, artigo 7º, § 2º).

III — Recurso desprovido.» (in DJ de 3-3-79).

9. Como Relator da Apelação em Mandado de Segurança nº 81.778, de São Paulo, o Ministro Aldir G. Passarinho, reportando-se ao voto por ele prolatado na AP MS nº 74.977/SP, assim declarou:

«Sem embargo de reconhecer a existência de julgados em sentido contrário ao da r. sentença, especialmente do E. Supremo Tribunal Federal, entendo que, no caso, foi a espécie bem decidida.

Filio-me à corrente, aliás dominante nesta Corte, dos que entendem que a suspensão da correção e não aplicação da multa,

na conformidade do disposto no artigo 15, § 1º da Lei nº 4.862, de 29-11-65, somente se justifica quando o processo correr na órbita administrativa e não na judiciária.

Não parece realmente cabível que tendo a autoridade fiscal negado o benefício, e havendo, então, decisão definitiva, no âmbito da administração, quer recorrendo o contribuinte, quer não, vindo ele neste último caso, de logo ao Judiciário, novamente fique suspenso qualquer prazo de correção monetária e não aplicação de multa e de juros se vier o contribuinte a obter liminar ou segurança em primeira instância. Tal entendimento, a meu ver, representa incomparável elastério à norma acima referida.

E, na verdade, não tem sentido o ponto de vista defendido pela apelante à base do preceito legal invocado ou da Portaria Ministerial GB nº 358/71.

Vejamos.

O parágrafo único do artigo 15 da Lei nº 4.862, de 29-11-65, assim dispõe:

«Quando o débito fiscal resultar de decisão de instância superior que houver modificado decisão de primeira instância favorável ao contribuinte, proferida por autoridade competente, o cálculo da correção monetária far-se-á, observado o disposto neste artigo, mediante a exclusão do período anterior à data em que tiver sido notificada ou comunicada ao devedor a última decisão.»

Ora, da decisão judicial não resulta débito fiscal, posto que ao Judiciário cabe, isto sim, o controle jurisdicional do ato fiscal administrativo, verificando se está ele revestido ou não das características de legalidade ou legiti-

midade. O débito fiscal se fixa com a decisão da autoridade administrativa e do qual decorre o lançamento, conforme dispõe o artigo 142 do CTN, *in verbis*:

«Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo à aplicação da penalidade cabível».

Deste modo, torna-se claro que não diz respeito à decisão judicial a norma do parágrafo único do artigo 15 da Lei nº 4.862/65, pois, como se viu, a constituição do crédito tributário advém de ato da autoridade administrativa e não de decisão judicial, pelo que a partir daquele e não desta cabe a correção monetária.

Aliás, não fosse assim, haveria estímulo a recursos ao Judiciário, mais não fosse, somente para obter medida liminar, com o que já ficaria, então, coberto todo o tempo decorrido desde a constituição do crédito tributário.

A respeito, sem embargo de reconhecer a existência de Acórdãos do E. STF no mesmo sentido da tese da impetrante, menciono, em sentido contrário, os seguintes deste Tribunal: AMS nº 72.601-GB; AMS nº 69.244; AMS nº 71.546.» (in DJ 26-3-79).

10. O voto do preclaro Relator não oferece qualquer dúvida quanto à privativa competência da autoridade administrativa para constituir o crédito tributário. A decisão judicial entretanto não tem esse condão. O que pode acontecer é a suspensão da exigibilidade do crédito, enquanto pendente de deci-

são judicial. Logo, quando o legislador diz... «Quando o débito fiscal resultar de decisão de instância superior que houver modificado decisão de primeira instância favorável ao contribuinte, proferida por autoridade competente...», só poderia se referir a autoridade administrativa, a quem exclusivamente incumbe através de atividade plenamente vinculada, constituir o crédito fiscal.

11. Destarte, na esfera judicial a impugnação do sujeito passivo da relação tributária, apenas suspende a exigibilidade do tributo. Verificando-se, pois, que independente de decisão favorável ao contribuinte anteriormente prolatada, o tributo é realmente devido, nada mais justo que atualizar esse crédito, por todo o período em que se aguardava a decisão judicial definitiva.

12. Em suma, a interpretação do artigo 15, § 1º da Lei nº 4.862/65 não pode gerar mais dúvida. Ou seja, somente é aplicável às decisões administrativas, sendo que, quando se tratar de decisão judicial reformada pelo Tribunal ad quem a suspensão do crédito não implica na não atualização do valor tributo durante esse período, salvo se o contribuinte houver depositado a importância questionada.

13. Aliás, por força dessa interpretação é que o Tribunal Federal de Recursos consolidou o seu entendimento ao enunciar a Súmula nº 12, nos seguintes termos:

«A regra do § 1º do artigo 15, da Lei nº 4.862, de 1965 somente se refere a decisões proferidas na instância administrativa.»

14. Insustentável igualmente a impugnação da cobrança dos juros de mora com base na Lei nº 4.862/65. Primeiro porque o texto

legal não se refere expressamente a essa parcela, depois porque o referido diploma legal não se aplica aos casos judiciais, e, finalmente porque o CTN determina taxativamente, a imposição de juros de mora ao crédito não pago no vencimento, independentemente do motivo que tenha determinado o atraso (artigo 161).

15. Destarte, *in casu*, não se vislumbra respaldo jurídico-legal que permita a exclusão da incidência de juros moratórios sobre o débito fiscal não recolhido na época oportuna».

Correto afigura-se-me esse pronunciamento. Com a orientação nele preconizada, apoiada nos invocados precedentes, em que figuram como Relator os eminentes Ministros Carlos Velloso (AMS nº 83.735-SP) e Aldir Passarinho (AMS nº 81.778-SP), bem como na Súmula nº 12, desta Corte, tenho votado.

Isto posto, dou provimento à apelação para reformar a sentença e cassar a segurança.

EXTRATO DA MINUTA

AMS nº 84.701 — SP — Registro nº 348.759 — Rel.: O Sr. Ministro Pádua Ribeiro. Remetente: Juiz Federal da 6ª Vara. Apelante: União Federal. Apeladas: ARCOBRÁS — Comercial, Importadora Ltda. e outra. Advogados: Dr. Salomão Sapoznik e outro (apeladas).

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento à apelação para reformar a sentença e cassar a segurança (Em 23-2-83 — 4ª Turma).

Os Senhores Ministros Armando Rollemberg e Carlos Velloso votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Armando Rollemberg.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 86.602 — CE
(Registro nº 3.161.935)

Relator: O Sr. Ministro Américo Luz
Remetente: Juízo Federal da 2ª Vara — CE
Apelante: União Federal
Apelado: Banco Francês e Brasileiro S.A.
Advogado: Dr. Wagner Barreira Filho

EMENTA

Multa do artigo 244 da CLT. Empregado bancário no exercício de função de confiança.

O artigo 1º da Lei nº 4.178/62 foi revogado pelo Decreto-Lei nº 915/69, que deu nova redação ao parágrafo 2º do referido artigo 224 do Digesto Trabalhista, ficando, assim, os titulares de função de confiança fora do alcance da norma que proíbe o trabalho aos sábados.

Segurança concedida por sentença que se confirma.

Apelação improvida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos, em que são partes as acima indicadas.

Decide a 6ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, confirmar a sentença remetida e negar provimento à apelação, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 24 de outubro de 1984 (Data do julgamento) — Ministro Jarbas Nobre, Presidente — Ministro Américo Luz, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Américo Luz: O MM. Juiz Federal da 2ª Vara da Seção Judiciária do Ceará, Dr. Hugo de Brito Machado, para conceder a segurança, assim sumariou a espécie (fls. 35/36):

«Impetra o Banco Francês e Brasileiro S.A., qualificado na inicial de fls., mandado de segurança contra o Delegado Regional do Trabalho, alegando, em síntese, que: a) foi sua agência desta capital autuada como infratora do artigo 224 da CLT, sob o pretexto de que, naquele dia, encontrava-se trabalhando funcionário que devia estar em repouso semanal; b) que o auto de infração é improcedente por tratar-se de empregado em cargo de confiança, não sujeito a horário de trabalho; c) a autoridade impetrada, porém julgou tal auto de infração subsistente e aplicou ao impetrante a multa de Cr\$ 34.098,00, o dobro do máximo permitido em lei para o caso reincidente; d) quer, pois, a segurança, para livrar-se dessa imposição que considera ilegal e abusiva.

Com a inicial vieram os docs. de fls. 4/14.

O MM. Juiz processante indeferiu a liminar requerida (fl. 15v).

Informando, diz a impetrada, em síntese, que: a) as funções do empregado em questão não se enquadram no § 2º, do artigo 224, da CLT, «porque não está comprovado seja a mesma de direção, gerência, fiscalização, chefia e equivalente ou de cargo de confiança»; b) existe dúvida quanto à real função desempenhada pelo referido servidor, pois que enquanto na carteira profissional e no quadro de horário de trabalho consta o referido servidor como exercendo a função de subgerente, já as folhas de pagamento e a defesa oferecida ao referido auto de infração dão conta de que o mesmo exerce as funções de Assistente Comercial/Administrativo — circunstância que afasta o impetrante da proteção do remédio jurídico instituído para a proteção do direito líquido e certo vulnerado por ilegalidade de abuso de poder; c) ainda que o empregado em questão fosse subgerente «o fato é que essa circunstância não desnatura a infração cometida pelo autuado e com referência às disposições do artigo 224 da CLT, apontado pela Inspetora autuante como violado; d) ainda aqueles que exercem função de confiança não devem trabalhar aos sábados, por força do artigo 1º da Lei nº 4.178, de 11-12-62; e) deve-se o valor da multa aplicada ao fato de ser o impetrante infrator reincidente.

Com as informações vieram os docs. de fls. 23/29.

O Ministério Público opina pela denegação da segurança (fls. 31/33)».

A par do duplo grau de jurisdição, apela a União Federal, com as razões de fls. 42/43, pugnando pela reforma do **decisum**.

Contra-razões às fls. 45/46.

Nesta Instância, manifestando-se, a ilustrada Subprocuradoria-Geral

da República opina pela confirmação da sentença (fls. 49/51).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Américo Luz (Relator): Do douto parecer exarado pela Subprocuradoria-Geral da República, de autoria da Doutora Anadyr de Mendonça Rodrigues, aprovado pelo ilustre Subprocurador, Dr. João Boabaid de Oliveira Itapary, transcrevo as asseverações seguintes (fls. 50/51):

O apelado insistiu em que ao empregado em tela aplica-se a ressalva do § 2º do artigo 224 da CLT, porque percebe gratificação que satisfaz a condição imposta no mesmo dispositivo.

Tudo posto, é de considerar-se, primeiramente, que os documentos de fls. 10/11 provam, inequivocamente, que o empregado em tela tem a função de subgerente e que os de fls. 12/13 mostram que percebe a gratificação a que alude o § 2º do artigo 224 da CLT.

Assim sendo, efetivamente não está o mesmo empregado ao amparo do aludido dispositivo — que, a par de fixar em seis horas a duração normal do trabalho dos bancários, ainda exclui os sábados de sua jornada —, mas, sim regido pelo artigo 62 da CLT, o qual, em sua alínea c, afasta os «gerentes» da duração normal de trabalho dos empregados em geral, assegurando-lhe, apenas, o descanso semanal.

É bem verdade que o artigo 1º da Lei nº 4.178, de 1962, proibiu o expediente interno ou externo dos estabelecimentos de crédito, aos sábados. Mas é também verdadeiro que se apresenta razoável o entendimento do MM. Juízo a quo, de que:

«O artigo 1º, da Lei nº 4.178, de 11-12-62, invocado nas informações de fls. , está revogado pelo Decreto-Lei nº 915, de 7-10-69, que deu nova redação ao artigo 224, e seu § 2º, da CLT, ficando, assim, os titulares de função de confiança fora do alcance da norma que veda o trabalho aos sábados» (fl. 37).

As razões aduzidas prestigiam, portanto, os fundamentos expendidos na bem lançada decisão de primeiro grau, *in verbis* (fls. 37/38): (lê).

Com estas considerações, confirmo a sentença remetida e nego provimento à apelação.

EXTRATO DA MINUTA

AMS nº 86.602 — CE — Registro nº 3.161.935 — Rel.: O Sr. Ministro Américo Luz. Remetente: Juízo Federal da 2ª Vara — CE. Apelante: União Federal. Apelado: Banco Francês e Brasileiro S.A. Advogado: Dr. Wagner Barreira Filho.

Decisão: A Turma, por unanimidade, confirmou a sentença remetida e negou provimento à apelação. (Em 24-10-84 — 6ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Jarbas Nobre e Torreão Braz. Presidiu a Sessão o Exmo. Sr. Ministro Jarbas Nobre.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 89.615 — MT

(Registro nº 3.199.649)

Relator: O Sr. Ministro Washington Bolívar

Remetente: Juízo Federal no Estado de Mato Grosso

Apelante: Departamento Nacional de Estradas de Rodagem — DNER

Apelado: Flávio Ferraz de Carvalho

Advogados: Drs. Alberto de Azevedo e outro (Apte.), Ana Alves Barbosa e outro (Apdo.)

EMENTA

Constitucional e administrativo. Fornecimento de certidões.

1. O direito constitucional assegurado à obtenção de certidões pelas repartições administrativas está condicionado à defesa de direito e esclarecimento de situações, evidentemente, de interesse individual do requerente; e quanto ao interesse público, do exame dos autos, não se vê qualquer pretensão em propor ação popular, a qual de resto, poderá ser intentada, mesmo desacompanhada de quaisquer certidões (Lei nº 4.717, de 1965, artigo 1º, § 7º).

2. Apelo provido para reformar a sentença e cassar a segurança.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas.

Decide a 1ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, à unanimidade, dar provimento à apelação, na forma do relatório e notas taquigráficas

constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 2 de março de 1984 (Data do julgamento) — Ministro Washington Bolívar, Presidente e Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Washington Bolívar: Trata-se de mandado de segurança impetrado por Flávio Ferraz de Carvalho contra ato do Sr. Chefe Distrital do Departamento Nacional de Estradas de Rodagem em Cuiabá/MT, que se nega a fornecer, por certidão, as cópias dos contratos firmados pelo DNER com as firmas CONSTROL e IMPERPAVI.

A autoridade inquinada de coatora prestou as informações de praxe (fls. 15/19), alegando ser o impetrante parte ilegítima, porquanto não provou nenhum interesse a defender. Ao final, afirmou ser incabível o pedido de verba honorária.

O representante do MPF manifestou-se pelo indeferimento do pedido.

O MM. Juiz Federal, Dr. Hélio Callado Caldeira, concedeu a segurança (fls. 38/41).

Apelou a autarquia, reiterando os argumentos expendidos nas informações, bem como sustentando estar o impetrante inconformado, uma vez que os melhoramentos pretendidos em sua propriedade não foram atendidos pela autarquia (fls. 43/45).

Contra-razões às fls. 54/57.

Após manifestação do MPF (fl. 58v.), os autos subiram a esta Instância tendo a douta Subprocuradoria-Geral da República, em parecer da Dra. Maria da Glória Ferreira Tamer, aprovado pelo Dr. Paulo A. F. Sollberger, opinando pelo provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Washington Bolívar (Relator): Não vislumbro interesse do apelado em receber cópia de contratos firmados entre a autarquia e empresas particulares de construção.

A alegação de que, com os documentos, pretendia «oferecer ao próprio Governo por intermédio do caminho mais prático e objetivo, imprensa e oposição, subsídios para correção de desmandos administrativos que a cada dia vai brotando nos diversos escalões da administração governamental», não lhe assegura o direito às certidões, uma vez que não está defendendo direito próprio, nem esclarecendo situações, isto é, situação própria, ou em que demonstre interesse, individual ou público.

A regra geral é a expedição de certidões. No caso concreto, porém, não se trata de nenhuma das hipóteses previstas no artigo 153, § 35, da Constituição Federal. Do exame dos autos, não se vê qualquer pretensão em propor ação popular. Aliás, sua propositura poderá ser feita até mesmo desacompanhada de certidões (Lei nº 4.717, de 29-6-65, artigo 1º, § 7º).

Em face do exposto, dou provimento à apelação e ao recurso de ofício, a fim de reformar a sentença e cassar a segurança.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

AMS nº 89.615 — MT — (Reg. nº 3.199.649) — Rel.: O Sr. Ministro Washington Bolívar. Remte.: Juízo Federal no Estado de Mato Grosso. Apte.: DNER. Apdo.: Flávio Ferraz de Carvalho. Advs.: Drs. Alberto de Azevedo e outro, e Ana Alves Barbosa e outro.

Decisão: A 1ª Turma do TFR, à unanimidade, deu provimento à ape-

lação, para reformar a sentença e cassar a segurança. (Em 2-3-84).

Os Srs. Ministros Leitão Krieger e Carlos Thibau votaram com o Rela-

tor. Não compareceu o Sr. Ministro Jarbas Nobre, por motivo de licença. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Washington Bolívar.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 89.877 — CE
(Registro nº 3.213.820)

Relator: O Sr. Ministro Washington Bolívar

Apelante: Antônio Leal Ramos

Apelado: Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social — IAPAS

Advogados: Drs. Carlos Rodrigues Feitosa e Tulio Leite Maranhão

EMENTA

Administrativo. Dispensa de função de confiança durante o gozo de licença para tratamento de saúde. Inteligência do artigo 149 da Lei nº 1.711/52. Possibilidade da dispensa.

1. Servidor licenciado para tratamento de saúde pode ser dispensado do cargo ou função de confiança, já que a permanência dependeria dessa confiança ou do critério da administração na conveniência da substituição antes de findo o período da licença; o funcionário licenciado não tem direitos maiores do que os dos servidores em atividade. Tem direito, entretanto, ao pagamento da gratificação pertinente, enquanto afastado da função de confiança, por motivo de licença para tratamento de saúde (Lei nº 1.711/52, artigo 149). Precedentes do TFR.

2. Apelo denegado.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas.

Decide a 1ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, à unanimidade, negar provimento à apelação, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 24 de abril de 1984 (Data do julgamento) — Ministro **Washington Bolívar**, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Washington Bolívar: Trata-se de apelação interposta por Antônio Leal Ramos (fls. 71/75) contra a r. sentença de fls. 62/67, prolatada pelo MM. Juiz Federal Dr. Vicente Leal de Araújo, que denegou o mandado de segurança impetrado contra ato do Agente da Previdência Social no Crato-CE, consubstanciado na exoneração do cargo em confiança que exercia.

Com as razões de fls. 71/75 objetiva o apelante a reforma integral da sentença, para que seja reintegrado

na função gratificada de Servidor Residente em Assaré-CE, código DAI-111.2, para tanto invocando o artigo 149 da Lei nº 1.711/52 e artigo 57 da Lei nº 4.242/63 e, como consequência, seja o Instituto condenado nas custas e verba honorária de 20% sobre o valor da causa.

Contra-razões às fls. 78/79 pela confirmação da sentença, ressaltando que, embora dispensado da função, continuou o apelante a receber a gratificação a que fazia jus.

A douta Subprocuradoria-Geral da República, em parecer do Dr. Nelson Parucker, aprovado pelo Dr. Paulo A. F. Sollberger, opinou pela manutenção da sentença (fls. 86/87).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Washington Bolívar (Relator): Para denegar a segurança pleiteada, o culto Juiz Federal, Dr. Vicente Leal de Araújo, assim fundamentou sua decisão:

«Na espécie *sub examen*, insurge-se o impetrante contra ato administrativo que o dispensou de função de confiança durante o gozo de licença para tratamento de saúde. Invoca em prol de sua pretensão a norma do artigo 149, da Lei nº 1.711/52.

O mencionado diploma legal é do seguinte teor:

«Não perderá a gratificação de função o que se ausentar em virtude de férias, luto, casamento doença comprovada ou serviço obrigatório por lei.»

No caso presente, o impetrante, que exercia cargo de confiança, ingressou em gozo de licença para tratamento de saúde e nesta situação foi dispensado do aludido cargo. Todavia, consoante afirma e comprova a autoridade impetrada, o impetrante permaneceu per-

cebendo a gratificação de função decorrente «do aludido cargo de confiança e «continuará recebendo a gratificação a que fazia jus, enquanto permanecer licenciado» (sic).

Houve, por conseguinte, violação ao artigo 149 do Estatuto?

Entendo que não.

O que o mencionado dispositivo legal assegura ao servidor que se encontre em gozo de licença para tratamento de saúde é a percepção da gratificação de função. De tal norma não se pode extrair o entendimento de que durante o gozo da licença para tratamento de saúde não possa o servidor ser dispensado do cargo ou função de confiança. Não há qualquer previsão legal a esse respeito e nem por via de interpretação teleológica se pode chegar a tal entendimento.

Veja-se, a propósito, a opinião de J. Guimarães Menegale, em comentário ao artigo 149 da Lei nº 1.711/52:

«Tem-se decidido pela possibilidade de dispensa do servidor do exercício da função gratificada, quando em gozo de licença. Argumenta-se que, sendo regra, em matéria de licença que o licenciado não tem direito além dos que assistem ao funcionário em atividade, não se lhe pode liberalizar o direito, que não tem nenhum dos demais, de permanecer, enquanto entender, na função gratificada: a permanência depende da confiança ou do critério da administração, e este critério se aplica em qualquer tempo, esteja ou não o servidor no exercício de tal função» (O Estatuto dos Funcionários, vol. I, Fôrense, Rio, 1962, págs. 411/412).

No mesmo sentido, verbera A. A. Contreiras de Carvalho, comentando o mencionado diploma legal:

«Não tem, entretanto, o funcionário um direito a permanecer na função até o término da licença, se à administração convier a sua substituição. Nada impede que o servidor seja dispensado antes de findo o período da licença».

E verbera o ilustre publicista:

«Enquanto afastado da função por qualquer dos motivos referidos neste artigo, terá o funcionário direito, durante o período desse afastamento, à percepção da gratificação de função. Não poderá a administração recusar-lhe a sua concessão sem violar o que dispõe o Estatuto. A dispensa do funcionário, em tal situação, não infringe o disposto neste artigo». (Estatuto dos Funcionários Públicos Interpretado, vol. I, Freitas Bastos, 2ª ed., Rio, pág. 422).

Efetivamente, não se poderia entender que o servidor licenciado tivesse mais direitos do que aquele que estivesse em exercício. Ora, se no curso do exercício pode o servidor ser dispensado *ad nutum* da função gratificada, impossível, sustentar-se que não o possa apenas porque obteve licença.

Não há qualquer disposição legal que vede a dispensa do servidor, licenciado, da função gratificada que exercer, e, por outro lado, a norma estatutária invocada pelo impetrante apenas assegura ao servidor o recebimento da respectiva gratificação durante o período da licença.

A autoridade impetrada, neste ponto, cumpriu a lei com exatidão, mantendo o pagamento da gratificação de função ao impetrante durante o gozo da licença para tratamento de saúde. Quanto à dispensa

da função gratificada, trata-se de ato discricionário da administração, ditado pela conveniência ou pela oportunidade, não comportando qualquer censura por que revestido de legalidade, como acima foi expendido».

Nesta Corte, o eminente Ministro Evandro Gueiros Leite assim ementou matéria idêntica, no Acórdão da AC nº 37.265:

«Administrativo. Funcionário. Função gratificada. Dispensa em gozo de licença.

Tem-se decidido pela possibilidade de dispensa do servidor do exercício da função gratificada, quando em gozo de licença. É a regra, em matéria de licença, que o licenciado não tem direitos melhores do que os funcionários em atividade, de permanecer na função gratificada enquanto entender, pois tudo dependerá do critério da confiança, que se aplica em qualquer tempo. Sentença confirmada».

Nestas condições, nego provimento ao apelo.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

AMS nº 89.877 — CE — Registro nº 3.213.820 — Rel.: O Sr. Ministro Washington Bolívar. Apte.: Antônio Leal Ramos. Apdo.: IAPAS. Advs.: Drs. Carlos Rodrigues Feitosa e Túlio Leite Maranhão.

Decisão: A 1ª Turma do TFR, à unanimidade, negou provimento à apelação. (Em 24-4-84).

Os Srs. Ministros Leitão Krieger e Carlos Thibau votaram com o Relator. Não compareceu o Sr. Ministro Jarbas Nobre, por motivo de licença. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Washington Bolívar.

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 89.891 — DF
(Registro nº 3.210.359)

Relator: O Sr. Ministro Lauro Leitão

Requerentes: Orlando Abrão Kalil e outros

Requerido: Diretor-Geral do Departamento de Polícia Federal

Advogados: Dr. Dario Luiz de Carvalho Mendes e outros (Reqtes.)

EMENTA

Administrativo. Mandado de segurança. Progressão funcional. Concurso interno. Anulação de questões.

Preliminarmente, rejeita-se a arguição de decadência do direito à impetração e inacolhe-se o pedido de admissão dos litisconsortes.

No mérito, comprovada a inexatidão material referente às perguntas de nºs 3 e 40, as quais foram declaradas nulas pela administração, que, inclusive, computou os pontos a elas relativos aos demais concursados, não o fazendo, porém, aos impetrantes, merece atendimento sua pretensão.

Assim, concede-se a segurança, na forma do pedido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas.

Decide o Tribunal Federal de Recursos, em Sessão Plenária, preliminarmente, por unanimidade, rejeitar a preliminar de decadência e, por maioria, indeferir a admissão dos litisconsortes. No mérito, por maioria, conceder o mandado de segurança, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 10 de dezembro de 1981
(Data do julgamento).

Impedido, em virtude de se encontrar no gozo de licença especial — Ministro **Jarbas Nobre**, Presidente — Ministro **Lauro Leitão**, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Lauro Leitão: Orlando Abrão Kalil e outros, qualificados na inicial, impetraram mandado de segurança, com pedido de medida liminar, perante este Egrégio Tribunal, contra ato do Diretor da Academia Nacional de Polícia, pelo qual indeferiu o pedido dos autores, de anulação das questões de nºs 3 e 40, formuladas na prova de conhecimentos gerais do concurso interno para progressão funcional de Delegado de Polícia.

Alegaram, pois, os impetrantes que houve lesão ao princípio de isonomia, eis que a autoridade coatora reconhecera a outros candidatos o valor das questões que por ela foram anuladas.

Pleitearam a concessão da medida liminar e do mandado de segurança, para que:

«a) seja declarada a extensão dos efeitos da nulidade das questões (3 e 40), e computando-se, em favor dos requerentes, os valores a ela relativos (4 pontos);

b) sejam os impetrantes incluídos no rol dos aprovados, observado o critério do subitem 10.4 da Portaria nº 601/78 (que estabeleceu as Instruções Gerais do Concurso), em caso de igualdade de notas».

Por despacho, datado de 16-7-80, concedi a medida liminar e solicitei informações.

Prestou-as a autoridade apontada como coatora, juntando as informações do Sr. Diretor da Academia Nacional de Polícia, o qual sustentou a legalidade de seu ato, nestes termos:

«Cumpre esclarecer, ab initio que a via do **mandamus** não é a indicada para discutir questões que exijam apresentação de prova. Aliás, os impetrantes reconhecendo a impropriedade da presente ação, após o ajuizamento da mesma, na 2ª Vara Federal do DF e após prestadas as informações pela direção desta Academia, ingressaram com uma Ação Ordinária na 2ª Vara da Justiça Federal, em Curitiba, na qual fazem alegações sobre as questões n.ºs 3 e 40 e mais seis (doc. anexos A e B).

A matéria de mérito suscitada na ação comporta indagação própria do procedimento ordinário. Tanto mais em face do entendimento, quase unânime, de que o critério de correção de provas e atribuição de notas não constitui questão de legalidade do ato.

Ainda como preliminar, informamos que em cumprimento ao contido nos subitens 4.1 e 4.2 das Instruções Gerais de Concurso Interno,

aprovadas pela Portaria nº 601/DG, de 31-7-78 (doc. nº 20, anexo à petição), os candidatos foram convocados, através do Edital nº 30/79-ANP, de 11-12-79, para a identificação e vista de provas. Entretanto, os impetrantes não compareceram e nem se fizeram representar, por Procurador, na forma prevista do subitem 4.6 das citadas IGCIs. Conseqüentemente, em consonância com o subitem 4.7, ainda das mesmas IGCIs, perderam o direito ao pedido de revisão. Ocorreu a decadência, por decurso de prazo, do direito de recurso que regularmente possuíam, o que atinge a própria ação que ora intentam, conforme entendimento da Justiça Federal de 1º grau, no DF (doc. nº 16, anexo B).

Os impetrantes, assim como os demais candidatos, receberam, no ato da inscrição, as Instruções Gerais, já citadas, e o Edital do Concurso de nº 23/79-ANP (doc. nº 4, da petição), os quais foram publicados no Boletim de Serviço do DPF, de conhecimento obrigatório dos funcionários, motivo pelo qual, ao se inscreverem, assinaram a declaração contida na Ficha de Inscrição, declarando que tinham conhecimento do conteúdo dos mesmos e concordavam com as normas neles estabelecidas (doc. nºs 4, 5 e 6 do anexo B). Além disso o subitem 10.8, das IGCIs, estabelece que a inscrição equivale a aceitação plena das condições estabelecidas, tanto nas Instruções Gerais quanto no Edital, não sendo dado a nenhum candidato alegar o seu desconhecimento.

Caracteriza-se, pela declaração assinada na Ficha de Inscrição, a conhecida figura de contrato de adesão, cujas cláusulas fazem lei entre as partes, como em qualquer contrato, exceto nas disposições de conteúdo defeso em lei. O disposto nas cláusulas do item 4, das IGCIs,

objetivam normatizar os concursos para evitar procrastinações indefinidas do seu término. Essas prescrições são de caráter geral, **erga omnes**, e devem ser cumpridas pela ANP e pelos candidatos. Ao pretenderem a inobservância do disposto nessas cláusulas querem lhes seja dado tratamento discricionário em relação aos demais candidatos.

Quanto às demais alegações, ratifico o contido no nosso Ofício nº 677/80-DRS/ANP, dirigido ao MM. Dr. Juiz Federal da 2ª Vara do DF, já juntado à ação impetrada.

Assim sendo e considerando que a reprovação dos impetrantes ocorreu nos termos da legislação vigente e normas administrativas correlatas, como restou demonstrado, despojadas de arbítrio ou discricionariiedade, não se violando, por via de conseqüência direito líquido e certo dos impetrantes, confio na sentença denegatória do «writ», como medida de cujo escopo é a preservação do sistema do mérito e, **lato sensu**, da própria justiça».

A douta Subprocuradoria-Geral da República, oficiando no feito, opina pela concessão parcial da segurança, para que sejam concedidos os pontos relativos à questão de nº 3.

O processo foi incluído em pauta, para julgamento.

Por proposta do Relator, o Plenário deste Tribunal, em 25-9-80, proferiu a seguinte decisão:

«O Tribunal, preliminarmente, decidiu converter o julgamento em diligência para determinar a citação dos litisconsortes passivos necessários, assim considerados os candidatos aprovados no concurso».

Atendendo a ofício desta colenda Corte, foi fornecida a relação nominal dos litisconsortes necessários

passivos, com os respectivos endereços, isto é, dos candidatos aprovados no mesmo concurso a que se submeteram os impetrantes.

Determinei a citação dos litisconsortes passivos necessários.

Citados, os mesmos não se manifestaram.

Porém, os litisconsortes Miguel Ângelo Pellicel e José Francisco Mallmann postularam, preliminarmente, a passagem do estado de litisconsortes passivos em ativos e apresentaram suas razões.

A douta Subprocuradoria-Geral da República, com vista dos autos, nada teve a opor ao pedido. No mérito, reportou-se ao pronunciamento anterior de fls.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Lauro Leitão (Relator): Como se viu do relatório, Orlando Abrão Kalil e outros impetraram mandado de segurança, com pedido de medida liminar, perante este Egrégio Tribunal, contra ato do Diretor da Academia Nacional de Polícia, pelo qual indeferiu o pedido dos autores, de anulação das questões de nºs 3 e 40, formuladas na prova de conhecimentos gerais do concurso interno para progressão funcional de Delegado de Polícia.

Concedi a medida liminar, na forma do pedido, e solicitei informações. Prestou-as a autoridade impetrada.

Este Egrégio Tribunal, em sessão Plenária, deliberou converter o julgamento em diligência, para o efeito do artigo 47 do Código de Processo Civil, isto é, para que se procedesse à citação dos candidatos aprovados no concurso em tela, na forma do artigo 191, § 2º, do Regimento Interno.

Pelo despacho de fl. 574, e, em cumprimento à deliberação do Ple-

nário, determinei a citação dos litisconsortes passivos necessários, o que foi feito, conforme se vê às fls. 575 a 670.

O Sr. Secretário do Plenário certificou, em 30-9-81, à fl. 671, que decorreu o prazo legal, sem qualquer manifestação dos litisconsortes.

Todavia, Miguel Ângelo Pellicel, José Francisco Mallmann, na qualidade de litisconsortes passivos necessários, no presente mandado de segurança, requereram, em 27-9-81, em primeiro lugar, a passagem de litisconsortes passivos para a do estado de ativos, ao argumento de que, na forma em que foi desenvolvida a lide, restou garantida aos requerentes essa faculdade, especialmente, por força do texto do artigo 118, do CPC — adesão no «princípio da comunhão da prova» (fl. 672).

No mérito, pleiteiam sejam «atribuídos os pontos relativos às questões de n.ºs 3 e 40, para o litisconsorte Miguel Ângelo Pellicel e para o segundo litisconsorte, José Francisco Mallmann, a questão n.º 3, cujo resultado oferece ao primeiro 4 pontos e ao segundo dois pontos, que serão guindados à classificação superior, importando, deste modo, em aprovação». Assim, ao primeiro litisconsorte, que obteve 64 pontos, seriam atribuídos 68 pontos, integrando a lista dos 30 primeiros colocados.

A douta Subprocuradoria-Geral da República declarou que não se opõe a que os litisconsortes, signatários da petição de fls., passem do estado de passivos para ativos.

Preliminarmente, rejeito a arguição de decadência do direito à impetração.

Ainda, preliminarmente, inacolho o pedido dos aludidos litisconsortes, eis que, consoante deliberação do Plenário, tomada por unanimidade de votos, eles foram intimados para integrar a lide, querendo, na condição de litisconsortes passivos, nos

termos, aliás, do artigo 47, do Código de Processo Civil.

Ademais, o ato atacado foi divulgado em 17 de janeiro de 1980, e a sua petição tem a data de 25-9-81, portanto, quando já havia se consumado o prazo de decadência do direito de impetração.

Destaco a preliminar.

No mérito

Verifica-se que a Academia Nacional de Polícia comprovou a inexatidão material referente às perguntas de n.ºs 3 e 40, tendo, inclusive, deferido o pedido de contagem dos pontos relativos às perguntas acima mencionadas, a uma extensa relação de candidatos, não o fazendo, porém, aos impetrantes.

Ora, tendo a administração declarado nulas as mencionadas questões, inclusive, computando os pontos a elas relativos aos demais concursados, obviamente que esses pontos deveriam, também, ser atribuídos aos impetrantes (fl. 42).

Assim, concedo a segurança, na forma do pedido.

É o meu voto.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Madeira: Sr. Presidente, com a devida vênia, concedo a segurança, pois, segundo entendi, a impetração foi só em relação aos quesitos 3 e 40.

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Gueiros Leite: Sr. Presidente, com a devida vênia, denego a segurança, coerente com os meus pronunciamentos anteriores.

É como voto.

VOTO

O Sr. Ministro Torreão Braz (Vogal): Senhor Presidente, denego a segurança, nos termos do voto que

proferi no Mandado de Segurança nº 89.551, cuja cópia segue em anexo.

ANEXO

Mandado de Segurança nº 89.551-DF

Requerente: Cláudio Pereira Pí-
nheiro.

Requerido: Diretor-Geral do De-
partamento de Polícia Federal.

VOTO MÉRITO

O Sr. Ministro Torreão Braz (Rela-
tor): Senhor Presidente, a justiça ou
injustiça do ato administrativo, ati-
nentes ao seu mérito, estão imunes
ao exame do Poder Judiciário. A es-
te cabe tão-só perquirir da sua lega-
lidade.

E a análise da legalidade, conso-
ante o ensinamento tantas vezes
invocado de Seabra Fagundes, tem
um sentido puramente jurídico.
«Cinge-se a verificar — diz ele — se
os atos da administração obedecer-
am às prescrições legais, expressa-
mente determinadas, quanto à com-
petência e manifestação da vontade
do agente, quanto ao motivo, ao ob-
jeto, à finalidade e à forma» («O
Controle dos Atos Administrativos pe-
lo Poder Judiciário», 3ª ed., pág.
168).

Por conseguinte, ao cuidar da ma-
téria, convém que o intérprete tenha
presente a distinção entre ato disci-
cionário e ato vinculado, visto como
neste último a vontade estatal não
possui liberdade de escolha, por
encontrar-se delimitada a área da
sua atuação.

No concurso para a investidura em
cargo público ou para a ascensão
funcional, a competência estrita da
administração restringe-se à consti-
tuição das comissões examinadoras
e à uniformidade dos critérios adota-
dos para o julgamento e classifica-
ção dos candidatos.

Fora dessas craveiras, o ato que
praticar será discricionário, em or-
dem a rejeitar-se qualquer idéia de
não aplicação ou aplicação indevida
de comando normativo. Logicamen-
te, não se poderá mais falar em di-
reito ofendido, senão em interesse
contrariado, circunstância irrelevan-
te à revisão judicial.

Na espécie versada, poder-se-ia fa-
lar em ilegalidade, remediável atra-
vés do «writ», se o impetrante hou-
vesse recorrido administrativamente,
a exemplo do que fizeram aque-
les que cita como paradigma, porque
o tratamento seria discriminatório,
afrontando a cláusula constitucional
(artigo 153, § 1º).

Ainda que se admita, como enten-
de a Subprocuradoria-Geral da Re-
pública, que nenhuma das alternati-
vas da questão nº 3 esteja correta, o
fato não implica assegurar ao postu-
lante, ou a qualquer outro candidato
em idêntica situação, o direito à con-
tagem dos pontos correspondentes.

Foi-lhe dada a oportunidade de re-
correr contra o resultado das pro-
vas. Se não o fez, a matéria se tor-
nou preclusa e não pode mais, em
face da sua natureza, ser objeto de
discussão, inclusive nos pretórios.

É verdade que à autoridade impe-
trada era lícito anular as questões
malsinadas, se convencida estivesse
do erro em que incidiu a comissão.
Ao preferir mantê-las, porém, não
cometeu ilegalidade, porque a deci-
são era obra de conveniência e a
tanto não estava obrigado por qual-
quer preceito jurídico.

Conceder o mandado de seguran-
ça, com fulcro nas razões expostas
na inicial, seria conferir ao Juiz
competência para substituir a banca
examinadora na sua função privati-
va de corrigir os exames e atribuir
as notas que reputa certas. Se assim
procedesse, o judiciário é que esta-
ria perpetrando ilegalidade, desvir-
tuando o sentido e a finalidade da

competição e ferindo o princípio federativo da harmonia e independência dos poderes.

A toda evidência, não aproveita ao impetrante, nem constitui ilegalidade, o critério adotado de referência aos candidatos que, a tempo e modo, usaram do recurso previsto nas instruções. A diversidade de situações tornava legítima a solução distinta que veio de prevalecer, daí nada de fluindo de censurável no plano legal, muito embora, sob outras perspectivas, não seja merecedora de aplausos.

Além da ausência de ofensa a direito, consoante ressaltado linhas atrás, é de convir que a controvérsia envolve o exame de matéria de fato não de todo esclarecida, a exigir, por isso mesmo, uma certa instrução probatória, incomodável no âmbito do remédio excepcional.

Note-se, a propósito, que não acompanha o pedido, nem consta dos autos, cópia da prova do impetrante que possibilitasse a esta Eg. Corte certificar-se do acerto das respostas aos quesitos formulados, mesmo que se tenha por indiscutível o erro da banca examinadora.

A meu ver, este pormenor é suficiente para descaracterizar o alegado direito líquido e certo.

Diante do exposto, denego a segurança.

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Carlos Velloso: Senhor Presidente, denego a ordem, nos termos do voto proferido no AMS nº 89.551-DF.

VOTO

O Sr. Ministro Justino Ribeiro: Reportando-me aos votos que, como Relator, proferi em casos análogos — Mandados de Segurança nºs 89.554-DF e 89-551-DF — dos quais

farei juntar cópia, concedo a segurança como requerida.

ANEXO

Mandado de Segurança nº 89.554
Distrito Federal (Registro
nº 3.196.410

Requerente: Bettina Nicéas de Albuquerque

Requerido: Diretor-Geral do Departamento de Polícia Federal

VOTO

O Sr. Ministro Justino Ribeiro (Relator): Inicialmente, aprecio a questão preliminar aventada pela douta Subprocuradoria.

2. Consiste a mesma, como adiantei no relatório, em que a impetração estaria prejudicada, eis que pelas informações complementares se depreenderia que o curso a que se destinava a seleção de candidatos já estaria concluído, de modo que a impetração esbarraria na superveniência de novo estado de fato, retirando a possibilidade de eficácia a eventual decisão favorável.

3. Todavia, no mesmo ofício que parece sugerir tal consequência, dando a entender que para cada curso anual da Academia se realizasse um concurso de seleção, a autoridade impetrada informa, **verbis**:

«Desses 234 participantes, 81 foram aprovados e classificados, mas, desse quantitativo, somente 18 foram matriculados e concluíram o curso de formação de profissional para Delegado de Polícia Federal, juntamente com mais 32, oriundos de concurso anterior, tendo em vista completar o número de vagas existentes, tudo nos termos da Lei nº 4.878/65, e, já tendo sido todos nomeados para os respectivos novos cargos». (Fls. 202/203).

E no ofício que endereçou ao ilustre Subprocurador-Geral, Dr. Paulo A. F. Sollberger, esclarece que o concurso para progressão funcional tem validade por dois (2) anos acrescentando que, para o corrente ano de 1981, não foi programado nenhum curso de treinamento.

4. Temos, de conseqüência, que:

a) a Academia realiza, normalmente, um curso de treinamento por ano;

b) o concurso de seleção para ingresso nesse curso, objeto da impetração, vale por dois (2) anos;

c) os candidatos aprovados mas não classificados para matrícula no mesmo ano são matriculados no ano seguinte, juntamente com os provenientes de nova seleção, conforme o número de vagas; e

d) no corrente exercício de 1981 não haverá matrícula na Academia embora ainda válido o concurso de seleção **sub judice**.

5. Assim sendo, estou em que a impetração não está prejudicada porque, se concedida a segurança, a impetrante se inserira entre os restantes candidatos aprovados, de acordo com a lista constante de fls. 216/218, e terá a sorte deles. Sorte esta que irá depender da orientação que administrativamente se der ao caso. É certo que a autoridade, além de dizer que este ano não haverá matrícula, também ressalta a improrrogabilidade do prazo do concurso. Mas isto é outra questão, cujas conseqüências para os candidatos não estão em exame.

6. Rejeito, assim, a preliminar.

7. No mérito, a citação dos litisconsortes não trouxe qualquer mudança na questão, pois, como disse, nenhum deles respondeu.

8. Assim sendo, passo inicialmente a reler o voto que proferi na primeira assentada, que é o seguinte (iê, fl. 107).

9. A este voto quero agora acrescentar o que, a propósito doutra questão suscitada pelo eminente Ministro Torreão Braz, tive oportunidade de dizer em voto de vista proferido no MS nº 89.551. Entendia S. Exa., que o fato de o impetrante daquele «writ» não haver recorrido na esfera administrativa levava à preclusão de seu eventual direito. E então afirmei, baseado em informações constantes de fls. 66 e 94/96 destes autos que tenho agora em mãos, o seguinte, verbis:

«Com este novo pedido de vista e mais bem informado da questão através de processo idêntico, de que sou Relator, quero pedir licença para, retificando o aludido voto, conceder a segurança **in totum**. E o faço, **data venia**, pelos seguintes motivos:

a) como esclarecido em diversas informações, as duas questões que deram motivo às impetrações foram anuladas na esfera administrativa pela ilustre autoridade impetrada, atendendo a recursos em tempo formulados por outros candidatos, sendo-lhes atribuídos os pontos correspondentes;

b) assim sendo, pela eficácia reflexa, no caso decorrente do princípio de isonomia, expresso na Carta Magna, tal anulação há de alcançar igualmente todos os candidatos, independentemente de haverem recorrido ou não, pois se é certo que a administração pode anular seus atos quando eivados de ilegalidade (Súmula nº 346), menos certo não é que, em decorrência do citado princípio, há de fazê-lo em relação a todos os interessados.

2. Este é, aliás, o critério sempre seguido pelo DASP em matéria de concurso, porque um concurso é sempre uma competição e questões mal formuladas ou mal corrigidas trazem, fatalmente, desigualdade aos candidatos, ou porque uns dispõem de melhores meios materiais para formularem a tempo seus recursos, como se deu no caso, ou porque outros que incidiram no mesmo erro do gabarito receberam o feliz «sim» do computador. A solução correta e equânime, para tais casos, é a anulação das questões geradoras de desequilíbrio e tumulto, dando-se a todos igual sorte perante elas.

3. O fato, assinalado pelo eminente Relator, de o requerente não haver recorrido administrativamente, no prazo exigido de cinco (5) dias, parece-me desinfluyente no caso. Afóra a eficácia reflexa de que falei, devemos considerar que em nosso sistema jurídico a chamada «coisa julgada administrativa», mesmo para os que a admitem, está restrita ao próprio âmbito administrativo, ainda assim com a ressalva da Súmula nº 346. Quer dizer: mesmo que o administrador não queira usar da faculdade reconhecida pela Súmula, tal se passa no próprio âmbito administrativo. O Judiciário, a quem cabe sempre a última palavra, não está adstrito a isto. Cabe-lhe, atento tão-somente aos prazos da lei processual, no caso o de cento e vinte (120) dias da Lei nº 1.533/51, examinar a ilegalidade do ato. E esta nem há que discutir, já que a própria administração a reconheceu.» (Cf. voto no MS nº 89.551).

10. Com os esclarecimentos agora aduzidos, mantenho o voto já proferido, e que reli.

Concedo a segurança como requerida.

ANEXO

Mandado de Segurança nº 89.551 — Distrito Federal (Registro nº 3.196.160)

Requerente: Cláudio Pereira Pinheiro

Requerido: Diretor-Geral do Departamento de Polícia Federal

VOTO VISTA

O Sr. Ministro Justino Ribeiro: Trata-se da conhecida questão referente ao concurso realizado no Departamento de Polícia Federal, em que diversos candidatos pretendem a anulação de duas questões, com a obtenção dos pontos correspondentes.

Em sessão passada, após o voto do eminente Ministro Relator, pela denegação do «writ», pedi vista e hoje trago meu voto.

Como assinalou o eminente Ministro Relator, em anterior pedido de vista proferi voto concedendo a segurança em parte.

«Com este novo pedido de vista e mais bem informado da questão através de processo idêntico, de que sou Relator, quero pedir licença para, retificando o aludido voto, conceder a segurança *in totum*. E o faço, *data venia*, pelos seguintes motivos:

a) como esclarecido em diversas informações, as duas questões que deram motivo às impetrações foram anuladas na esfera administrativa pela ilustre autoridade impetrada, atendendo a recursos em tempo formulados por outros candidatos, sendo-lhes atribuídos os pontos correspondentes;

b) assim sendo, pela eficácia reflexa, no caso decorrente do princípio de isonomia, expresso na Carta Magna, tal anulação há de alcançar igualmente todos os candidatos, independentemente de ha-

verem recorrido ou não, pois se é certo que a administração pode anular seus atos quando eivados de ilegalidade (Súmula nº 346), menos certo não é que, em decorrência do citado princípio, há de fazê-lo em relação a todos os interessados.

2. Este é, aliás, o critério sempre seguido pelo DASP em matéria de concursos, porque um concurso é sempre uma competição e questões mal formuladas ou mal corrigidas trazem, fatalmente, desigualdade aos candidatos, ou porque uns dispõem de melhores meios materiais para formularem a tempo seus recursos, como se deu no caso, ou porque outros que incidiram no mesmo erro do gabarito receberam o feliz «sim» do computador. A solução correta e equânime, para tais casos, é a anulação das questões geradoras de desequilíbrio e tumulto, dando-se a todos igual sorte perante elas.

3. O fato, assinalado pelo eminente Relator, de o requerente não haver recorrido administrativamente, no prazo exigido de cinco (5) dias, parece-me desinfluyente no caso. Afóra a eficácia reflexa de que falei, devemos considerar que em nosso sistema jurídico a chamada «coisa julgada administrativa», mesmo para os que a admitem, está restrita ao próprio âmbito administrativo, ainda assim com a ressalva da Súmula nº 346. Quer dizer: mesmo que o administrador não queira usar da faculdade reconhecida pela Súmula, tal se passa no próprio âmbito administrativo. O Judiciário, a quem cabe sempre a última palavra, não está adstrito a isto. Cabe-lhe, atento tão-somente aos prazos da lei processual, no caso o de cento e vinte (120) dias da Lei nº 1.533/51, examinar a ilegalidade do ato. E esta nem há que discutir, já que a própria administração a reconheceu.

4. Isto posto, retifico, como dito, o voto anteriormente proferido. Concedo o «writ» como solicitado.

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Otto Rocha: Sr. Presidente, denego a ordem, de acordo com os meus pronunciamentos anteriores.

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Wilson Gonçalves: Sr. Presidente, o meu voto é acompanhando o eminente Ministro Torreão Braz, pois, anteriormente, já segui seus argumentos. Denego a ordem.

VOTO VOGAL VENCIDO

O Sr. Ministro William Patterson: Sr. Presidente, também denego a ordem, nos termos dos votos proferidos em julgamentos anteriores.

VOTO

O Sr. Ministro Bueno de Souza: Senhor Presidente, como votei nos Mandados de Segurança nºs 89.278-DF, de 3-9-81 — T. Pleno; e 89.553 — DF de 10-9-81 — T. Pleno, de que fui Relator, e nos Mandados de Segurança nºs 89.551 — DF de 27-8-81 — T. Pleno; e 89.552 — DF de 9-9-81 — T. Pleno, de que pedi vista, concedo a segurança, data venia dos doutos votos em sentido contrário, salientando que o faço, não por controverter com a banca examinadora mas, por ter verificado nos autos que, em relação a perguntas que a própria banca qualificou como objetivas, a mesma banca, no entanto, acolheu recursos de alguns candidatos, por fundamentos que a mesma qualificou subjetivos.

Foi por esta confessada errônia da banca que anulei os quesitos; mas adotei o alvitre do Sr. Ministro Aldir G. Passarinho, para dar eficácia prática ao julgado, no sentido de determinar o cômputo das notas relativas a estas duas questões, em favor dos impetrantes.

Neste mesmo sentido, reitero meu voto.

VOTO

O Sr. Ministro Pedro Acioli: Sr. Presidente, concedo em parte a segurança, para anular os quesitos 3 e 40 (três e quarenta), como já votei, anteriormente, em mandado de segurança idêntico.

É como voto.

VOTO

O Senhor Ministro Américo Luz: Sr. Presidente, voto com o Ministro Relator, em face dos esclarecimentos prestados pelo ilustre Ministro Bueno de Souza.

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Pádua Ribeiro: Sr. Presidente, com a devida vênia, admito os litisconsortes ativos, na consonância de voto que proferi anteriormente, em que sustentei que a hipótese é de litisconsorte unitário, desde que todos sofrerão os efeitos da sentença e, para não tomar tempo, pois a matéria já foi aqui decidida, apenas farei anexar o citado voto (MS nº 89.554-DF, Pleno, 10-9-81).

ANEXO

**Mandado de Segurança
nº 89.554 — DF**

VOTO VENCIDO EM PARTE

O Sr. Ministro Pádua Ribeiro: Sr. Presidente, acompanho o eminente Ministro Relator quanto à preliminar. No tocante ao mérito, concedo a segurança apenas para decretar a nulidade das questões, no mesmo sentido em que votou o eminente Ministro Pedro Acioli. Como fundamentação, reporto-me a voto que aqui proferi, em anterior assentada, quando se decidiu matéria idêntica.

Em síntese, disse que o direito subjetivo da impetrante está fundado no princípio constitucional da isonomia, segundo o qual os candidatos devem ser tratados igualmente. No caso, anulada a questão, ficará ao alvedrio da Administração conferir ou negar os pontos a todos os candidatos. Por isso, em conclusão, concedo, em parte, a ordem, tão-somente para anular as questões mencionadas na petição inicial.

O Sr. Ministro Justino Ribeiro: Ocorre, que, para aqueles que recorreram em tempo hábil — no prazo exigido de cinco dias — a administração conferiu os pontos. Então, a solução de V. Exa., conservaria a desigualdade.

O Sr. Ministro Pádua Ribeiro: Veja V. Exa., eu disse que: ou a administração dá os pontos, ou os nega a todos. Se ela os conferiu, obviamente que essa terá de ser a solução para todos. Agora, eu acredito que nós não podemos substituir a administração para conferir ponto a questões.

VOTO

O Sr. Ministro Pádua Ribeiro: Sr. Presidente, na consonância de votos anteriormente proferidos, que farei juntar, concedo em parte a segurança, para anular as questões três e quarenta.

ANEXO

**Mandado de Segurança
nº 89.553 — DF**

VOTO PRELIMINAR

O Sr. Ministro Pádua Ribeiro: Sr. Presidente, acompanho o eminente Relator quando rejeita as preliminares de decadência e de incompetência. Mas, com a devida vênia, divirjo de S. Exa., no tocante à preliminar relativa à admissão de litiscon-

sortes, conforme aqui assinaei o caso é de litisconsórcio unitário, desde que o que se pede é a anulação de ato jurídico, cujos efeitos se estendem sobre todos os candidatos que participaram do concurso e obtiveram aprovação. Por isso, achando-se aqueles candidatos sujeitos aos efeitos da nulidade — se declarada for — têm eles de participar da relação jurídica de direito material posta em Juízo. No caso, a meu ver, o seu posicionamento como litisconsorte, ativo ou passivo, dependerá do caso concreto. Aqueles que já obtiveram os pontos da via administrativa, obviamente defenderão o ato. Aqueles que ainda não alcançaram esses pontos, evidentemente, pleitearão a nulidade do ato. A afirmação de que isso ensejaria a participação na segurança de candidatos que não ingressaram em Juízo antes do transcurso do prazo decadencial não têm procedência, porque, no caso do litisconsórcio unitário, a vinda deles ao Judiciário não depende de sua própria vontade, é uma intervenção forçada — é uma intervenção por determinação do Juiz segundo decorre dos expressos termos do parágrafo único do artigo 47 do Código de Processo Civil:

«O Juiz ordenará ao autor que promova a citação de todos os litisconsortes necessários dentro do prazo que assinar, sob pena de declarar extinto o processo».

Portanto, como, no caso, o Juiz só pode decidir a lide se todos os sujeitos da relação jurídica de direito material, posta em Juízo, comparecerem, entendo que a circunstância de ficarem no pólo ativo ou passivo estará sempre afeta ao caso concreto, ao posicionamento que melhor se direione no tocante à defesa dos seus direitos, porque essa defesa se fará tanto defendendo o ato impugnado, para aqueles que já obtiveram os pontos, quanto negando-lhe a validade, sustentando com relação àqueles que não obtiveram os pontos.

Por isso, com a devida vênia, admito os litisconsortes ativos.

ANEXO

Mandado de Segurança nº 89.552 — DF

VOTO VENCIDO NA PRELIMINAR

O Sr. Ministro Pádua Ribeiro: Sr. Presidente, admito os litisconsortes ativos e, no mérito, concedo em parte a segurança para anular os quesitos 3 e 40, ficando a cargo da administração a concessão ou não dos pontos a todos os interessados.

VOTO

O Sr. Ministro Peçanha Martins: Sr. Presidente, concedo a segurança integralmente, nos termos do voto proferido pelo Sr. Ministro Carlos Madeira.

VOTO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho: Sr. Presidente, acompanho o Sr. Ministro Relator, com as considerações formuladas pelo Sr. Ministro Bueno de Souza, e farei juntar voto meu proferido em oportunidade anterior. Naquele ensejo salientei que a simples anulação dos quesitos não poderia significar, na verdade, concessão da segurança, porque, sendo eles anulados pura e simplesmente nenhum proveito teriam os impetrantes com isso.

Assim, voto de acordo com o eminente Relator, para atribuição dos pontos correspondentes aos quesitos três e quarenta.

É o meu voto.

ANEXO

Mandado de Segurança nº 89.554
Distrito Federal

VOTO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho: Sr. Presidente, em uma das últimas sessões — pelo que me lembro — foi decidida matéria igual a que ora se discute, havendo, na ocasião, formação de três correntes. Considerou-se que a própria administração policial considerara como erroneamente formuladas duas questões e, em face disso, havia atribuído os pontos a elas correspondentes nas provas de candidatos que haviam apresentado reclamação administrativa. E, em face disso, prevaleceu o entendimento de que os impetrantes igualmente deveriam receber aqueles mesmos pontos.

Há óbvia necessidade de que se mantenha a uniformização do julgamento, sob pena de se estabelecer a confusão mais completa.

Lembro-me de que o Ministro Adhemar Raymundo, quando julgou mandado de segurança pertinente a essa matéria, propôs que os processos todos fossem afetos a um só Relator, o que, aliás, já encontraria precedente neste Tribunal, em caso mesmo de concurso da Polícia Federal, em que quatorze ou quinze mandados de segurança ficaram afetos, na época, ao Sr. Ministro Paulo Távorá. A conveniência dessa medida proposta pelo Sr. Ministro Adhemar Raymundo — que eu endorsei — se revela, a meu ver, agora, patente, porque nós estamos correndo o risco de julgamentos, em momentos diferentes, com soluções diferentes para candidatos incluídos no mesmo concurso. Aliás, tal aspecto permite-me salientar, na ocasião. Pelo que me parece foi referido naquela oportuni-

dade anterior que havia, inclusive, participantes do «writ» que integravam outros mandados de segurança, havendo até possibilidade, assim, de litispendência. Assim, Sr. Presidente, com relação à preliminar, acompanho o Sr. Ministro Relator. No mérito, também o acompanho, porque a solução de S. Exa. é aquela decidida no primeiro mandado de segurança. Portanto, tendo em vista que, para aquelas questões consideradas nulas, foram atribuídos pontos aos que reclamaram administrativamente, entendendo que o mesmo critério deve ser adotado para o impetrante, dando-se, assim, a ele o mesmo tratamento. Com relação à proposta feita no voto do Ministro Pedro Acioli, e que no julgamento daquele caso anterior a que me referi, mereceu o endosso de alguns colegas, peço licença para observar o que isso significará. Anulando-se as questões de todos os candidatos, sem a elas atribuir os pontos correspondentes, importará isso, na verdade, que não terão os impetrantes deferida nem em parte a segurança, porque nenhum benefício obterão. De fato. Para eles tanto faz que a questão seja anulada, sem ganharem os pontos como que a questões sejam consideradas como incorretamente respondidas. Entretanto, daí advirá uma estranha consequência: generalizando-se a medida, ou seja, a pura e simples anulação das questões, conforme se encontra proposto, aqueles que já obtiveram esses pontos, e que foram, em consequência, considerados classificados — e talvez alguns deles até já se encontrem nomeados — estarão desclassificados, porque ficarão com pontos insuficientes, e deverão, em consequência, ter até desfeitos os atos que os nomearam. Acho que essa solução realmente não se pode acolher.

Assim, com essas considerações, acompanho o voto do Sr. Ministro Relator.

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro José Dantas (Vagal): Senhor Presidente, indefiro o mandado de segurança, na forma da adesão que prestei aos fundamentos do voto do Sr. Ministro Torreão Braz, em caso idêntico.

EXTRATO DA MINUTA

MS nº 89.891 — DF — (Registro nº 3.210.359) — Relator: O Sr. Ministro Lauro Leitão. Requerentes: Orlando Abrão Kalil e outros. Requerido: Diretor-Geral do Departamento de Polícia Federal. Advogados: Dr. Dário Luiz de Carvalho Mendes e outros (reqtes.).

Decisão: O Tribunal, preliminarmente, por unanimidade, rejeitou a preliminar de decadência e, por maioria, indeferiu a admissão dos litisconsortes, vencidos os Srs. Ministros Pádua Ribeiro e Aldir G. Passarinho. No mérito, por maioria, concedeu o mandado de segurança, venci-

dos os Srs. Ministros Gueiros Leite, Torreão Braz, Carlos Velloso, Otto Rocha, Wilson Gonçalves, William Patterson, Pereira de Paiva e José Dantas. Preliminarmente, votaram com o Relator os Srs. Ministros Carlos Madeira, Gueiros Leite, Torreão Braz, Carlos Velloso, Justino Ribeiro, Otto Rocha, Wilson Gonçalves, William Patterson, Bueno de Souza, Pereira de Paiva, Sebastião Reis, José Cândido, Pedro Acioli, Américo Luz, Costa Lima, Peçanha Martins e José Dantas. No mérito, votaram com o Relator os Srs. Ministros Carlos Madeira, Justino Ribeiro, Bueno de Souza, Sebastião Reis, José Cândido, Pedro Acioli, Américo Luz, Pádua Ribeiro, Costa Lima, Peçanha Martins e Aldir G. Passarinho. Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Moacir Catunda, Armando Rollemberg, Washington Bolívar, Adhemar Raymundo e Flaquer Scarcezini. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Jarbas Nobre (Em 10-12-81 — Sessão Plenária).

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 90.335 — RJ

(Registro nº 2.499.347)

Relator: O Sr. Ministro Carlos Madeira

Remetente **ex officio**: Juiz Federal da 5ª Vara

Apelante: BNH

Apelado: José Carlos dos Santos

Advogados: Dr. Paulo Roberto Costa Bhering e outros e Dra. Nídia Regina L. Aguilar Fernandes e outro

EMENTA

Fundo de Garantia de Tempo de Serviço. Utilização da conta vinculada para pagamento de casa própria.

A necessidade grave e premente, pessoal ou familiar, prevista na Lei nº 5.107, de 1966, como autorizadora da utilização da conta vinculada do FGTS, não pode se limitar aos casos de desemprego ou doença, pois as dificuldades de ordem econômica resultam também em situações aflitivas, que merecem ser atendidas, de acordo com as finalidades sociais do Fundo.

A negativa de utilização de conta vinculada, para pagamento de prestações atrasadas do contrato de aquisição de casa própria, é exorbitante, na medida em que, desconhecendo dificuldades evidentes, torna o Fundo de Garantia numa miragem, que se desfaz nas horas de necessidade.

ACORDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas.

Decide a 3ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, negar provimento à apelação, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 14 de setembro de 1984 (Data do julgamento) — Ministro **Carlos Madeira**, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. **Ministro Carlos Madeira** (Relator): José Carlos dos Santos, adquirente de um imóvel residencial, financiado pela Caixa Habitacional da Polícia Militar do Estado da Guanabara, tendo atrasado o pagamento das prestações mensais, foi notificado e, depois, citado para uma ação de reintegração de posse, com rescisão de contrato. Ante a situação grave e premente, requereu ao Banco Nacional da Habitação o levantamento do seu depósito no Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, o que lhe foi negado. Requereu, então, alvará para a utilização da conta vinculada, na 2ª Vara da Justiça Federal, mas o BNH contestou.

Sem solução para a sua pretensão, e tendo sido proferida a sentença na ação reintegratória, da qual foi interposta apelação, recebida apenas no efeito devolutivo, impetrou ele

mandado de segurança, para que lhe fosse garantido o levantamento do seu depósito, nos termos do artigo 8º, inciso II, alínea b, da Lei nº 5.107, de 13-9-66.

Indeferida a liminar requerida, foram requisitadas informações, que o Presidente do Banco prestou, confirmando o indeferimento do pedido de levantamento do depósito e a existência do pedido de alvará, na 2ª Vara Federal e, no mérito, esclarecendo que as normas disciplinadoras da conta vinculada do FGTS não autorizam o saque para quitação de débitos da aquisição de casa própria, pois, se o fizesse, estariam estimulando a inadimplência. Nem se configura a necessidade grave e premente, que só ocorre em caso de desemprego ou de doença.

A autoridade informante alegou ainda a decadência do direito de requerer o «writ».

Ouvindo o Dr. Procurador da República, o então Juiz Federal da 5ª Vara do Rio de Janeiro, hoje ilustre Ministro desta Corte, Américo Luz, concedeu o mandado de segurança de acordo com o pedido.

Apelou o BNH.

Contra-arrazoou o impetrante.

A Subprocuradoria-Geral da República opinou pelo improvimento da apelação.

É o relatório.

VOTO

O Sr. **Ministro Carlos Madeira** (Relator): Sustenta o apelante que o apelado teria decaído do direito de requerer o «writ», porque a negativa

do saque na conta vinculada teria ocorrido antes do pedido de alvará, feito em 17 de novembro de 1978.

A questão foi deslindada com exatidão pela Procuradora da República, que opinou pela Subprocuradoria-Geral, Dra. Anadyr de Mendonça Rodrigues, verbis:

«a) o próprio BNH noticia que o indeferimento da pretensão do empregado foi «verbal», em data não precisada (fl. 58), pelo que, evidentemente, essa informação não pode ser levada em consideração como de inequívoco conhecimento, pelo impetrante, da recusa ao seu pleito;

b) o requerimento judicial de alvará, por sua vez, feito em 17 de novembro de 1978 (fl. 46), nem uma palavra sequer contém afirmando que o BNH se recusara a permitir o levantamento do FGTS e, por essa razão, também não serve de marco inicial do prazo para a impetração, já que o mesmo não decorre de ilações mas, sim, de prova inequívoca da ciência do ato impugnado;

c) nessa seqüência, o primeiro documento apto a provar o conhecimento, pelo impetrante, do indeferimento de sua postulação, será, apenas, a impugnação, feita pelo BNH, nos autos do pedido de alvará, a qual é datada de 21 de fevereiro de 1979 (fls. 22/26), aliás corretamente indicada pelo impetrante, como prova do ato coator;

d) como a impetração ingressou em Juízo a 28 de março de 1979 (carimbo mecânico aposto à fl. 2), resulta manifesta sua tempestividade» (fls. 105/106).

Anote-se que a prova da negativa do direito foi exatamente a cópia da oposição do BNH ao pedido de alvará (fls. 22/26).

Desprezo, assim, a preliminar.

No mérito, a apelação cingiu-se a comentar a hipótese de saque da conta vinculada em caso de necessidade grave e premente, pessoal ou familiar (artigo 8º, inciso II, letra c, da Lei nº 5.107, de 1966). Mas o pedido de levantamento se fundou também na alínea b do mesmo inciso, combinado com o inciso III, que autoriza a utilização da conta na vigência do contrato de trabalho.

A oposição do BNH se apóia em que não há necessidade grave e premente, pois o autor não está desempregado e não há doença grave na família, não cabendo a utilização da conta para pagamento de prestações atrasadas, de contrato de aquisição de moradia.

No artigo 25, inciso III, do regulamento baixado com o Decreto nº 59.820, de 20 de dezembro de 1966, a necessidade grave e premente também só é prevista nos casos de desemprego ou doença. Mas é evidente que há outras necessidades prementes, como a de solucionar dívida relativa à casa própria.

É certo que a utilização da conta, nas hipóteses do artigo 8º, é condicionada, mas não se há de admitir que tal condicionamento chegue ao exagero de inadmiti-la, para o fim de pagar aquelas prestações. Disse-o bem o douto Procurador da República, no parecer adotado pelo Juiz em sua sentença:

«Todavia, admito não compreender em que sentido pretendia a autoridade impetrada obedecer à Lei nº 5.107/66, proibindo a utilização da conta vinculada para o pagamento de prestações ao próprio Sistema Financeiro da Habitação dos mutuários em atraso, contrariando o seu objetivo básico que é melhorar, o mais rápido possível, as condições de vida do povo brasileiro.

A alegação de possíveis fraudes é quase que inimaginável, uma vez

que, conforme se vê da própria Resolução nº 11/75 (fl. 20v.), trata-se de mero movimento contábil de recursos, inexistindo propriamente a figura do saque de dinheiro, tornando impossível a prática de qualquer manobra ilícita por parte do impetrante, a menos que conte com a efetiva participação das próprias entidades financiadoras» (fl. 73).

Como se vê dos documentos que instruem a inicial, o salário do apelado era bem modesto, na época em que pleiteou o levantamento da sua conta no FGTS, o que dá para compreender por que teve ele dificuldade em pagar a prestação mensal de sua moradia. Essa dificuldade gerou a inadimplência, que resultou numa situação aflitiva, com a iminência de perder sua casa. O problema, que já se desenhava grave em 1977, adquire hoje proporções de calamidade.

A negativa da utilização da conta vinculada para pagamento de prestações vencidas do contrato de aqui-

sição de casa própria é exorbitante, na medida em que torna o Fundo de Garantia não um depósito em favor do empregado, mas uma miragem, que se desfaz nas horas de necessidade.

Nego provimento à apelação.

EXTRATO DA MINUTA

AMS nº 90.335 — RJ — Registro nº 2.499.347 — Rel.: O Sr. Ministro Carlos Madeira. Remte. *ex officio*: Juiz Federal da 5ª Vara. Apte.: BNH. Apdo.: José Carlos dos Santos. Advs.: Dr. Paulo Roberto Costa Bhering e outros e Dra. Nídia Regina L. Aguiar Fernandes e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação (Em 14-9-84 — 3ª Turma).

Os Srs. Ministros Adhemar Raymundo e Flaquer Scartezini votaram de acordo com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Carlos Madeira.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 90.436 — SP (Registro nº 1.418.114)

Relator: O Sr. Ministro Geraldo Sobral

Remetente: Juízo Federal da 6ª Vara — SP

Apelante: Companhia Docas de Santos

Apelada: Componentes Eletrônicos Eletrocomp Ltda.

Advogados: Drs. Cêlio Juliano da Silva Coimbra e outros (Apte.), Newton Russo, Maria Antonia de Oliveira Facchini e outro (Apdo.)

EMENTA

Tributário. Taxa de armazenagem. Concessionária de serviço público. Retenção de mercadorias. Impossibilidade.

I — A concessionária de serviço público, assim como o Estado, não podem causar nenhum óbice ou prejuízo à capacidade laborativa de pessoa física ou jurídica, com o escopo de obter, administrativamente, o pagamento de dívida.

II — In casu, a Companhia Docas de Santos não pode reter mercadorias, para obrigar o importa-

dor a pagar débitos relativos a produtos anteriormente importados.

III — Apelação e remessa ex officio desprovidas. Sentença confirmada.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas.

Decide a 5ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, negar provimento à remessa de ofício, bem como, ao recurso voluntário, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 27 de junho de 1984 (Data do julgamento) — Ministro **Moacir Catunda**, Presidente — Ministro **Geraldo Sobral**, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Geraldo Sobral: O MM. Juiz Federal da 6ª Vara da Seção Judiciária do Estado de São Paulo, Dr. José Pereira Gomes Filho, relatou e decidiu a segurança nos seguintes termos:

«Componentes Eletrônicos Eletrocomp Limitada, qualificada na inicial, impetra mandado de segurança contra o Inspetor da «Companhia Docas de Santos pelos motivos que expõe: — que em 16 de janeiro de 1979, a impetrante importou pelo navio Lloyd Genova as mercadorias de que trata a inicial, as quais foram retiradas da Cia. Docas em 2 de março de 1979, mediante o pagamento da armazenagem devida (fls. 11/12); que essas mercadorias foram reclassificadas pela Alfândega de Santos e os impostos devidos foram recolhidos; que, posteriormente, a impetrante, importou, pelo Navio Petuno, novas mercadorias relacionadas na Declaração de Importação nº 053657, de

25-7-79, cujo imposto de importação foi pago; que, entretanto, não conseguiu pagar a armazenagem porque a Cia. Docas de Santos alegando a existência de um débito anterior, relativo à importação chegada pelo navio Lloyd Genova, em janeiro de 1979, reteve a mercadoria exigindo a diferença de armazenagem anterior na importância de Cr\$ 87.079,40; que, todavia, a retenção é ilegal, a cabível liberação da 2ª importação mediante o pagamento da armazenagem somente em relação a essa segunda importação.

Concedida a liminar, vieram aos autos as informações de fls. 43/50, alegando que a impetrante não tem nenhum direito líquido e certo a ser amparado; que o ato da impetração está fundamentado na Portaria nº 951, de 24-10-49, do antigo Ministério da Viação e Obras Públicas, atual Ministério dos Transportes, alterado pela Portaria nº 565, de 16-6-50, pela qual o débito relativo à importação anterior pode ser incluído nas taxas dos despachos seguintes que lhe foram destinados; que essa inclusão pode ser feita no prazo de 180 dias, a partir do dia em que a mercadoria foi retirada.

A d. Procuradoria da República, opinou pela denegação da segurança.

.....
A questão contradita não oferece maior dificuldade para o seu deslinde.

A impetrante importou a mercadoria que chegou no Porto de Santos pelo navio Lloyd Genova, no dia 16-1-79, e foi retirada da Cia.

Docas de Santos no dia 2 de março de 1979, mediante o pagamento da armazenagem devida, conforme doc. de fl. 10.

Portanto, com relação a essa importação, a impetrante pagou a armazenagem que foi exigida e retirou a mercadoria.

Posteriormente, pelo navio Netuno a impetrante importou outras mercadorias, mas não pôde pagar a armazenagem porque a impetrada as reteve para cobrar não somente a armazenagem devida pela segunda importação, como a diferença de armazenagem da importação anterior, na importância de Cr\$ 87.079,40, com base na Portaria nº 951/49, do antigo Ministério da Viação e Portaria nº 565/50, do mesmo Ministério, cujo item II assim dispõe:

«Se for verificada depois da entrega da mercadoria qualquer diferença contra a administração, esta a comunicará ao destinatário dentro de 90 dias a contar da arrecadação das taxas; convidando-a a pagar a diferença sob pena de incluí-la nas taxas de despachos seguintes que lhe forem destinados».

É lícita a retenção de que trata a Portaria nº 951/49 em causa? Evidentemente, não. Mera portaria ministerial não autoriza a retenção de mercadorias se elas nada devem a título de armazenagem ou de outros títulos. Nem a lei admite a retenção de mercadorias livres de ônus e taxas para garantia de débito de diferença de armazenagem anterior.

Se o cálculo posterior da armazenagem acusa uma diferença a maior contra a Cia. Docas, cabe a essa cobrá-la pelos meios processuais de que dispõe, mas não pode ela própria, exercer o direito de retenção, equivalente ao arresto ou penhora de outra mercadoria para

garantir a Instância administrativa e forçar por via oblíqua, o pagamento de diferença de armazenagem anterior sem vinculação com a armazenagem posterior.

Isto posto, concedo a segurança impetrada.

Remetam-se os autos, oportunamente, ao E. Tribunal Federal de Recursos, dada à exigência do duplo grau de jurisdição» (fls. 72/74).

Inconformada, a Companhia Docas de Santos apelou para esta Egrégia Corte (fls. 78/83), pleiteando a reforma do **decisum**, por entender legítimo o seu direito de retenção da mercadoria importada, com o intuito de incluir débitos apurados em despachos aduaneiros anteriores, na atual taxa de armazenagem, conforme lhe faculta a Portaria nº 951, de 24-10-49, do antigo Ministério da Viação e Obras Públicas, alterada pela Portaria nº 565, de 16-5-50, do mesmo órgão. Argumenta, em seu favor, que a armazenagem portuária constitui preço público de serviço efetivamente prestado, não podendo, por este motivo, usufruir do serviço sem o devido pagamento. Ademais, por não se tratar de tributo, mas sim de preço público, torna-se inaplicável a Súmula nº 323 do STF.

Em contra-razões (fls. 89/91), a impetrante alega, preliminarmente, a intempestividade da apelação, e, no mérito, pede a confirmação da sentença recorrida.

Subiram os autos a este Colendo Tribunal, por força da remessa *ex officio* e da apelação interposta.

A ilustrada Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pelo provimento do recurso (fls. 99/101).

É o relatório..

VOTO

O Sr. Ministro Geraldo Sobral (Relator): Preliminarmente, devo apre-

ciar a argüição de intempestividade levantada pela impetrante, ora apelada.

In casu, a sentença monocrática foi publicada no *Diário Oficial* do Estado de São Paulo, no dia 16-7-80, conforme se extrai da certidão de fl. 77.

A apelação foi interposta no dia 14-8-80 (confira-se fl. 78).

Ocorre que o Juízo da 6ª Vara daquele Estado, por determinação do Diretor do Foro, e tendo em vista as obras e reformas ali realizadas, esteve fechado no período de 21 de julho a 13 de agosto de 1980 (cf. fl. 84).

Portanto, da publicação da sentença, em 16-7-80, até a interrupção dos trabalhos na 6a. Vara de São Paulo (21-7-80), decorreram, apenas, 02 (dois) dias úteis para que fosse interposta a apelação. O prazo reiniciou-se no dia 14 de agosto de 1980 (quinta-feira), quando a Cia. Docas de Santos interpôs o seu recurso.

Dessarte, tenho como tempestiva a apelação interposta e afasto a preliminar argüida.

Passo, por conseguinte, à apreciação do mérito.

O ilustre magistrado de Primeira Instância, para conceder o «writ of Mandamus», entendeu ser incabível a retenção da mercadoria, para a cobrança de dívida pretérita, apurada pela apelante.

Tenho que, ao assim proceder, o insigne Juiz a quo agiu corretamente.

Como sabemos, a Companhia Docas de Santos é uma concessionária das obras e serviços públicos do Porto de Santos — SP. Logo, a apelante exerce, por delegação, um serviço público.

Na concessão o poder concedente não se despoja de qualquer dever, direito ou prerrogativa. Vale dizer,

assim como o Estado deve respeitar os direitos individuais (pessoa física ou jurídica), assim também deverá agir o concessionário, pois, apesar de concedido, o serviço ainda é público.

O legislador, procurando evitar que o Estado ao exercer a sua atividade viesse a praticar excessos, tratou de limitar o seu poder de ação.

A jurisprudência, da mesma forma, veio a delimitar o poder do Estado, no que tange à cobrança de tributos, ao consagrar as Súmulas nºs 70, 323 e 547 do Pretório Excelso, que dispõem, in verbis:

«Súmula nº 70 — É inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo».

«Súmula 323 — É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamentos de tributos».

«Súmula nº 547 — Não é lícito à autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais».

Como vimos, o Estado (poder concedente) não pode submeter o contribuinte a qualquer medida que restrinja a sua capacidade laborativa para a cobrança de tributos, isto é, não poderá interditar o estabelecimento do contribuinte, nem, muito menos, apreender suas mercadorias ou lhe dificultar o exercício profissional.

Na espécie sob julgamento, pretende a Companhia Docas de Santos (concessionária), no exercício de um serviço público delegado, que lhe seja reconhecido o direito de retenção da mercadoria, para a cobrança de dívidas apuradas em importações anteriores. Tal pretensão, no meu entender, é improcedente, pois, se ao Estado, que detém maior parcela de

poder, lhe é vedada tal conduta, quanto mais a um concessionário de serviço público.

Torna-se irrelevante para o deslinde da controvérsia a natureza jurídica da taxa de armazenagem, isto é, se a mesma constitui preço público ou se é uma espécie do gênero tributo.

Creio que se o importador na época em que a mercadoria deu entrada no Porto de Santos, recolheu, oportunamente, a taxa de armazenagem, ele nada devia, se só depois de transcorrido certo período foi apurado um débito remanescente desta mercadoria, tal dívida deverá ser cobrada pelos meios processuais cabíveis e não através da retenção de mercadoria subsequente importada.

Destarte, tenho que a Portaria nº 951, de 24-10-49 e a Portaria nº 565, de 16-6-50, ambas do antigo Ministério da Viação e Obras Públicas, não são aplicáveis à espécie.

Não tem a Companhia Docas de Santos, na qualidade de concessionária de um serviço público, maiores poderes do que o próprio Estado. Se este, para cobrar as suas dívidas, utiliza-se do processo de execução, poderá a Companhia Docas de Santos, da mesma forma, ajuizar a com-

petente ação de cobrança para haver o seu débito. Logo, ilegítima é a retenção da mercadoria efetuada pela concessionária.

Ante o exposto, nego provimento à apelação e à remessa oficial, para confirmar a sentença monocrática em seus jurídicos fundamentos.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

AMS nº 90.436 — SP — Registro nº 1.418.114 — Rel.: O Sr. Ministro Geraldo Sobral. Remte.: Juízo Federal da 6ª Vara — SP. Apte.: Companhia Docas de Santos. Apdo.: Componentes Eletrônicos Eletrocomp, Ltda. Advs.: Drs. Célio Juliano da Silva Coimbra e outros (apte.), Newton Russo, Maria Antonia de Oliveira Facchini e outro (apdo.).

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à remessa de ofício, bem como, ao recurso voluntário (Em 27-6-84 — 5ª Turma).

Os Srs. Ministros Moacir Catunda e Pedro Acioli votaram com o Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Sebastião Reis. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Moacir Catunda.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 91.135 — MG

(Registro nº 3.262.138)

Relator: O Sr. Ministro William Patterson

Remetente **ex officio**: Juízo Federal da 2ª Vara — MG

Apelante: Conselho Regional de Medicina Veterinária

Apelada: Asa Avícola e Pecuária Ltda.

Advogados: Drs. José Geraldo Ribas, Carlos Roberto de Carvalho e outros

EMENTA

Administrativo. CRMV. Inscrição. Exigência descabida.

Não está sujeita à inscrição ao Conselho Regional de Medicina Veterinária empresa que se dedica

à criação e comercialização de aves. O artigo 27, da Lei nº 5.517, de 1968, alcança as instituições que indicada, quando prestadoras dos serviços profissionais regulados.

Sentença confirmada.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos, em que são partes as acima indicadas.

Decide a 2ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, à unanimidade, negar provimento ao recurso do réu, para confirmar a sentença, prejudicada a remessa necessária, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 8 de fevereiro de 1983 (Data do julgamento) — Ministro Gueiros Leite, Presidente — Ministro William Patterson, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro William Patterson:
O Dr. João Bosco Leopoldino da Fonseca, eminente Juiz Federal da 2ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Minas Gerais, assim relatou a matéria:

«Asa Avícola e Pecuária Ltda., devidamente qualificada e representada, impetra mandado de segurança contra ato do Sr. Presidente do Conselho Regional de Medicina Veterinária — 7ª Região — Jurisdição de Minas Gerais, pelos seguintes fundamentos:

1. Foi a impetrante autuada, sob fundamento de que tem atividades ligadas à Medicina Veterinária, ou seja, criação e comercialização de aves por atacado. O impetrado lhe exige registro no Conselho Regional de Medicina Veterinária, bem como pagamento de anuidades. Invoca a Lei nº 5.517,

de 23 de outubro de 1968, a Lei nº 5.634, de 2 de dezembro de 1970, e o Decreto nº 64.704, de 17 de junho de 1969. O impetrado fiscaliza tão-somente o exercício da Medicina Veterinária, conforme a lei, mas está pretendendo incluir na categoria profissional outras categorias distintas. Há que distinguir-se o locador de serviços de Medicina Veterinária e o locatário desses serviços. A atividade sob controle e fiscalização da autoridade coatora é a Medicina Veterinária e não a avicultura, a pecuária, o comércio. Não pode o impetrado exigir a inscrição de todas as pessoas jurídicas assistidas por serviços veterinários no Conselho. Somente as empresas que exerçam atividades peculiares à medicina veterinária é que estão obrigadas ao registro. Pelo exercício das atividades avícola e pecuária a impetrante está vinculada a entidades próprias, que representam sua categoria. O Conselho Regional de Medicina Veterinária só pode arrecadar contribuições da categoria que ele representa, ou seja, dos médicos veterinários. Invoca os artigos 153, § 2º, 160, I e IV, e ainda o 170, todos da Constituição Federal, para acoiar de inconstitucional a exigência consubstanciada na Resolução nº 80, do CFMV. Invoca jurisprudência. Requer a concessão da segurança.

Procuração e documentos às fls. 15/56.

2. Informações: Incabível a medida pleiteada, pois que a impetrante não se utilizou das vias administrativas. No mérito, é obrigatória a inscrição da impetrante no

Conselho de Medicina Veterinária, como manda o artigo 27 da Lei nº 5.517/68, de acordo com a redação dada pela Lei nº 5.634/70. Os objetivos sociais da impetrante se enquadram perfeitamente nas alíneas do artigo 5º da Lei nº 5.517/68. As atividades desenvolvidas por qualquer firma dotada de personalidade jurídica, na área de avicultura e de pecuária, como ocorre no caso da impetrante, depende fundamentalmente do curso do médico veterinário.

Não cabe a distinção entre locadores e locatários, pois que a lei não faz tal distinção. Cita decisões judiciais contrárias à tese da impetrante. Deve ser negada a segurança. Junta documentos às fls. 72/96.

3. Parecer da d. Procuradoria da República, às fls. 98/100, favorável à concessão da segurança».

Sentenciando, concedeu a segurança para suspender a exigência de registro e de pagamento de anuidade pela impetrante ao Conselho Regional de Medicina Veterinária.

Recorreu o CRMV, com as razões de fls. 122/131, em críticas ao v. decisorio.

Contra-razões às fls. 137/159.

Neste Tribunal, a d. Subprocuradoria-Geral da República opinou pelo desprovimento do recurso (fls. 154/156).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro William Patterson: A Lei nº 5.517, de 23-10-68, que dispõe sobre o exercício da profissão de médico veterinário e cria os Conselhos Federal e Regionais de Medicina Veterinária, estabeleceu em seu artigo 27, com a redação dada pela Lei nº 5.634, de 2-12-70, verbis:

«Art. 27. As firmas, associações, companhias, cooperativas, empresas de economia mista e outras que exercem atividades peculiares à Medicina Veterinária previstas pelos artigos 5º e 6º da Lei nº 5.517, de 23 de outubro de 1968, estão obrigadas a registro nos Conselhos de Medicina Veterinária das regiões onde funcionarem.

§ 1º As entidades indicadas neste artigo pagarão aos Conselhos de Medicina Veterinária onde se registrarem taxa de inscrição e anuidade.

§ 2º O valor das referidas obrigações será estabelecido através de ato do Poder Executivo».

A regra legislativa não teve outro objetivo senão alcançar as instituições referenciadas, sem permitir extensões por meio de regulamentos ou resoluções. O sentido que se pode extrair do texto questionado não pode ser outro além daquele que expressamente autoriza. Ao falar em exercício de atividades peculiares à Medicina Veterinária previstas pelos artigos 5º e 6º do mesmo ordenamento não deu ensanchar a fazer incluir no rol as entidades ou pessoas que se utilizam dos serviços, por isso que a sua destinação está reservada aos prestadores.

Evidentemente não se pode conceber a impetrante nas categorias aludidas no artigo 27, sujeita à obrigação a registro no Conselho Regional de Medicina Veterinária, porquanto não é ela locadora de serviços da espécie, mas simples utilizadora do trabalho pertinente aos profissionais do ramo.

A brilhante fundamentação contida na r. sentença esgota a matéria, em termos de interpretação sistemática do disciplinamento, demonstrando, com lucidez, o despropósito da exigência oficial. Demais disso, analisa, de modo eficiente, o objetivo social da suplicante pondo-o em con-

fronto com as diretrizes legais. Vale transcrever, sobre esse aspecto, o seguinte lance do v. decisório:

«Ora, a atividade exercida pela impetrante está descrita em seu Contrato Social que se pode ver anexado aos autos, de fls. 32 a 42 e especificamente à fl. 34, onde se lê:

«Objetivo Social

O objeto da sociedade é a exploração de atividade agrícola e pastoril, especialmente a criação de aves, animais de pequeno porte, bovinos, suínos, etc., culturas diversas e a produção de ovos».

Se nos dermos ao trabalho de um confronto, a questão estará completamente esclarecida. Se tentarmos enquadrar este objetivo social, globalmente ou cada um de seus itens separadamente, na enumeração constante dos artigos 5º e 6º da Lei nº 5.517/68, chegaremos à conclusão de que não há nenhuma coincidência essencial entre cada atividade peculiar à Medicina Veterinária (enumeradas taxativamente e não exemplificativamente) e cada um dos itens do objetivo social proposto pela impetrante em seu Contrato Social.

Do ponto de vista teleológico, a interpretação dos dispositivos em exame leva ao mesmo resultado. A lei tem a finalidade de proteger e de fiscalizar o exercício da atividade de Medicina Veterinária e os respectivos exercentes. A simples leitura dos artigos 1º e 2º do diploma legal em estudo deixa entrever tais finalidades ínsitas na lei.

Ora, aceitar-se o pretendido pela autoridade impetrada pode levar ao absurdo, o que deixa evidente a inaceitabilidade da interpretação que ela pretende dar ao texto legal. É o que assinala a impetrante no item 10 (dez), de fl. 4. Com efeito, se aceitarmos o que pretende a

ilustre autoridade, deveremos concluir que todo fazendeiro deverá inscrever-se no Conselho Regional de Medicina Veterinária, pois que o seu gado usufrui da assistência técnica e sanitária (artigo 5º, letra c, da Lei nº 5.517/68) prestada por veterinários; e, ainda, todo proprietário de um cão de guarda ou de um animal de estimação, que levasse periodicamente tais animais a um veterinário, deveria também inscrever-se no CRVM e pagar a respectiva anuidade. A lei não pretendeu chegar a esse absurdo.

Também a autoridade impetrada não pretendeu chegar a tal absurdo, mas a sua interpretação dada à lei em questão leva a ele, por consequência absolutamente lógica.

A Jurisprudência do Egrégio Tribunal Federal de Recursos vem se pronunciando neste mesmo sentido. Haja vista o seguinte Acórdão:

Ementa: «Não exercendo o cur-tume atividades peculiares à Medicina Veterinária, dela dependendo apenas no tocante à inspeção sanitária, obrigado não está à inscrição exigida pela Lei nº 5.634, de 1970, que deu nova redação ao artigo 27, da Lei nº 5.517, de 1968. Sentença confirmada» (AMS nº 76.051-SP. Rel.: Ministro Otto Rocha. 1ª Turma. Unânime. DJ de 19-3-80).

Ante o exposto, nego provimento ao recurso, para confirmar a sentença de primeiro grau, prejudicada a remessa necessária.

EXTRATO DA MINUTA

AMS Nº 91.135 — MG — Registro nº 3.262.138 — Rel.: O Sr. Ministro William Patterson. Remte. ex of. Juízo Federal da 2ª Vara-MG. Apte.: Conselho Regional de Medicina Vete-

rinária. Apda.: Asa Avícola e Pecuária Ltda. Advogados: Drs. José Geraldo Ribas, Carlos Roberto de Carvalho e outros.

Decisão: A 2ª Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso do réu, para confirmar a sentença,

prejudicada a remessa necessária (Em 8-2-83 — 2ª Turma).

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro José Cândido. Os Srs. Ministros Gueiros Leite e Costa Lima votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Gueiros Leite.

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 93.102 — DF

(Registro nº 3.305.503)

Relator: O Sr. Ministro Lauro Leitão

Requerente: Marco Antônio Machado

Requerido: Juízo Federal da 1ª Vara — DF

Advogado: Dr. Jorge Alfredo Lomba Mirândola (Reqte.)

EMENTA

Mandado de segurança. Ato judicial. Descabimento. Inicial assinada por Bacharel em Direito não inscrito na OAB. Impetração dentro do prazo para interposição de eventual recurso.

A Lei nº 4.215/63, que disciplina a inscrição nos Quadros da Ordem dos Advogados do Brasil, em seu artigo 67, parágrafo único, dispõe que, enquanto não inscrito na OAB, o Bacharel em Direito não é considerado advogado.

E o advogado que subscreveu a inicial não está inscrito na OAB.

Além do mais, a segurança foi impetrada contra a r. sentença do MM. Dr. Juiz Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, ainda dentro do prazo para interposição de eventual recurso.

Por isso, não se conhece do mandado de segurança.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas.

Decide a Primeira Seção do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, não conhecer do mandado de segurança, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 31 de março de 1982 (Data do julgamento) — Ministro **Aldir Passarinho**, Presidente — Ministro **Lauro Leitão**, Relator.

Impedido, definitivamente, face à sua nomeação para o STF.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro **Lauro Leitão**: Marco Antônio Machado, qualificado na inicial, impetrou mandado de segu-

rança, perante este Egrégio Tribunal, contra atos do MM. Dr. Juiz Federal da 1ª Vara, Seção Judiciária do Distrito Federal e do Chefe do Departamento de Administração de Recursos Humanos do Banco Central do Brasil.

O impetrante pretende, por ordem judicial, tomar posse no cargo de vigilante do Banco Central do Brasil, alegando direito líquido, *in verbis*:

«O impetrante, após concurso para o cargo de vigilante do Banco Central do Brasil, em que se incluiu prova psicotécnica, foi nomeado para o cargo (Doc. I e II).

Assim começa a Carta de Convocação que o impetrante recebeu do Banco Central:

«Apraz-nos comunicar-lhe que, em virtude de haver sido selecionado em concurso público realizado nesta cidade em 11-1 e 15-2-81, foi Vossa Senhoria nomeado por despacho de 27-3-81.....»

Faltavam os exames de saúde, para a posse.

O psiquiatra do Banco Central do Brasil considerou o impetrante «inapto» (vide «defesa apresentada pelo Banco Central»), mas não motivou seu ato, isto é, não comprovou que o impetrante é louco ou perigoso para a sociedade.

O impetrante recorreu administrativamente. Seu requerimento foi arquivado, sem julgamento do mérito. O impetrante recorreu ao Poder Judiciário. Seu pedido, em Primeira Instância, foi indeferido, igualmente sem julgamento do mérito.»

Afinal, o impetrante requereu a concessão da liminar, para que o Chefe do Departamento de Administração de Recursos Humanos do Banco Central do Brasil lhe dê posse, de conformidade com a lista dos aprovados, com efeitos retroativos à data em que houver sido empossado

o candidato que, imediatamente, lhe seguir na relação de aprovados.

Indeferida a medida liminar, foram requisitadas informações. Prestou-as a autoridade impetrada.

A douta Subprocuradoria-Geral da República, oficiando no feito, preliminarmente, observa que o petição foi firmado por advogado não inscrito nos quadros da Ordem, conforme testifica documento anexado aos autos e, finalmente, opina no sentido do puro e simples arquivamento do processo, pela decretação de carência da segurança pretendida, denegando-se o *mandamus* perseguido, no mérito.

É o relatório.

RELATÓRIO

(Aditamento)

O Sr. Ministro Lauro Leitão: Colocados os autos em pauta, dela foram retirados, a meu pedido.

Determinei, então, que se oficiasse ao Sr. Chefe do Departamento de Administração de Recursos Humanos do Banco Central do Brasil, para que prestasse, querendo, informações sobre as alegações contidas na peça vestibular.

A autoridade coatora prestou informações e argüiu, em preliminar, a falta de requisito de admissibilidade. No mérito, sustentou não existir direito líquido e certo a ser amparado pelo «writ».

A douta Subprocuradoria-Geral da República, oficiando no feito, reitera o teor do pronunciamento de fls.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Lauro Leitão: Marco Antônio Machado, qualificado na inicial, impetra mandado de segurança contra atos praticados pelo MM. Dr. Juiz Federal da 1ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal

e do Chefe do Departamento de Administração de Recursos Humanos do Banco Central do Brasil, sob o fundamento de que, após aprovação em concurso, foi nomeado para o cargo de vigilante do Banco Central do Brasil.

Faltava, então, o exame de saúde, para a respectiva posse. E o impetrante, submetendo-se ao exame de saúde, o resultado foi desfavorável, o psiquiatra do Banco Central do Brasil considerou-o «inapto», sem, contudo motivar seu ato, «isto é, sem haver comprovado que o impetrante é louco ou perigoso para a sociedade».

O aludido psiquiatra, pois, chegou à conclusão de que o ora impetrante não tinha «vocaçã» para ocupar o cargo de vigilante.

Ora — argumenta o impetrante — tal alegação não compete ao psiquiatra, e, sim, aos psicólogos do Banco.

Destarte, «se o psiquiatra do Banco Central do Brasil invadiu a competência ou as atribuições, de seus colegas psicólogos, cometeu um ato nulo»...

O impetrante, como já se esclareceu, no relatório, impetrou mandado de segurança, perante o MM. Dr. Juiz Federal da 1ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, contra ato do Sr. Chefe do Departamento de Administração de Recursos Humanos do Banco Central do Brasil, que lhe negara a posse no cargo de vigilante por ter sido considerado inapto no exame psiquiátrico.

Em suas informações, sustentou, então, a autoridade apontada coatora que o fato de ter sido nomeado «não poderia redundar na posse automática do candidato, sob pena de serem feridas as normas gerais que estabeleceram as bases do certame, iguais para todos os candidatos», porque os editais estabeleceram que «o candidato teria sua nomeação

cancelada, se não fosse considerado apto nos exames de saúde e esta disposição não contrariou nenhuma lei» (fls. 27/28).

O MM. Dr. Juiz Federal, decidindo a espécie, indeferiu o pedido de segurança, mas ressaltou ao impetrante o direito de discutir, nas vias ordinárias, a validade, ou não, dos exames psiquiátricos a que se submeteu.

O MM. Dr. Juiz Federal da 1ª Vara do DF, agora apontado, nestes autos, como uma das autoridades coatoras, prestando informações, anexou cópias das que foram prestadas pelo Chefe do Departamento de Administração de Recursos Humanos do Banco Central do Brasil, no Mandado de Segurança nº II — 61/81-A, impetrado por Marco Antônio Machado, contra ato do titular do Departamento de Administração de Recursos Humanos do Banco Central do Brasil.

Há, como se vê, uma preliminar a ser decidida.

O Código de Processo Civil, em seu artigo 36, preceitua:

«Art. 36. A parte será representada em Juízo por advogado legalmente habilitado. Ser-lhe-á lícito, no entanto, postular em causa própria, quando tiver habilitação legal ou, não a tendo, no caso de falta de advogado no lugar ou recusa ou impedimento dos que houver».

Por outro lado, a Lei nº 4.215/63, que disciplina a inscrição nos Quadros da Ordem dos Advogados do Brasil, em seu artigo 67, parágrafo único, dispõe que, enquanto não inscrito na OAB, o bacharel em Direito não é considerado advogado.

Ora, o advogado que subscreeveu a inicial não está inscrito na OAB.

De notar, ainda, que, no ofício que o Banco Central do Brasil dirigiu ao Dr. Juiz Federal, fl. 48, está escrito:

«Em resposta, alegamos, preliminarmente, que o advogado que subscreveu a inicial não fez prova do mandado que o habilitou para tanto, a teor do que preceitua o artigo 70 da Lei nº 4.215/63, não tendo, por outro lado, usado a faculdade prevista no § 1º do mesmo dispositivo, razão pela qual é de ser considerado inexistente o ato por ele praticado».

Além disso, a segurança foi impetrada contra a r. sentença do MM. Dr. Juiz Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, ainda dentro do prazo para interposição de eventual recurso (fls. 1/30 e 57/62).

Por tais motivos, preliminarmente, não conheço da impetração.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

MS nº 93.102 — DF — Registro nº 3.305.503 — Relator: O Sr. Ministro Lauro Leitão. Requerente: Marco Antônio Machado. Requerido: Juízo Federal da 1ª Vara-DF. Advogado: Dr. Jorge Alfredo Lomba Mirândola (Reqte.).

Decisão: A Seção, por unanimidade, não conheceu do mandado de segurança (Em 31-3-82 — Primeira Seção).

Os Srs. Ministros Carlos Madeira, Gueiros Leite, Otto Rocha, William Patterson, Adhemar Raymundo, Pereira de Paiva, Flaquer Sacartezini e Costa Lima votaram de acordo com o Relator.

Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Torreão Braz e José Cândido. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Aldir Passarinho.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 94.714 — MS (Registro nº 3.333.019)

Relator: O Sr. Ministro Carlos Thibau

Apelantes: Arquimedes Leite de Andrade Sobrinho e outros

Apelada: Faculdades Unidas Católicas de Mato Grosso

Advogado: Dr. João Frederico Ribas

EMENTA

Administrativo. Ensino Superior. Ato administrativo e fato administrativo. Diferença.

Erro de computador, verificado na listagem de aprovados em concurso vestibular. Substituição dessa listagem por outra, de que foram excluídos os candidatos não aprovados e que, por equívoco na elaboração da relação, haviam constado da primeira, posteriormente tornada sem efeito.

O fato administrativo, consistente na programação, digitação e ou totalização eletrônica de um vestibular, é uma realização material da administração pública, que só configura a existência de ato administrativo com o concurso do elemento volitivo do agente.

A presença equivocada na listagem, de candidatos não aprovados ou classificados no vestibular, de-

corrente de erro técnico, não gera para os interessados qualquer direito ao ingresso em curso superior, eis que a proclamação do respectivo resultado, ainda que revestida de solenidade, está destituída de manifestação de vontade do agente, não tendo saído o natimorto ato administrativo do mundo dos fatos administrativos que não geram, modificam ou extinguem direitos.

Conferir-se sacralidade absoluta ao resultado do computador é arriscar-se a humanidade a submeter-se ao jugo da ditadura do Deus Ex Machina, risco que cumpre evitar-se, sob pena de seus usuários passarem de sujeitos a objetos da parafernália eletrônica.

Aos que se sentiram prejudicados com o fato administrativo cabe pedir indenização por perdas e danos eventualmente sofridos, de acordo com a teoria do risco administrativo.

Sentença denegatória de segurança que se confirma.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas.

Decide a 1ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por maioria, negar provimento à apelação, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 2 de março de 1984 (Data do julgamento) — Ministro **Washington Bolívar**, Presidente. — Ministro **Carlos Thibau**, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro **Carlos Thibau**: Trata-se de apelação em mandado de segurança impetrado por **Arquimedes Leite de Andrade Sobrinho** e outros, contra ato emanado do Presidente da Comissão de Vestibular Unificado/80 das Faculdades Unidas Católicas de Mato Grosso.

Ajuizado em Vara Cível de Cuiabá-MT, foram admitidos os litisconsortes de fls. 37, 63/71.

Alegaram os impetrantes que prestaram exame vestibular para o referido estabelecimento de ensino, sendo aprovados. Foram efetivadas, assim, suas matrículas, de acordo com a listagem de computador que relacionou os candidatos aprovados.

Posteriormente, foi publicada nova listagem dos aprovados, anulando-se a anterior, não mais constando na nova listagem os nomes dos impetrantes. As Faculdades Unidas Católicas de Mato Grosso alegaram que teria havido erro de computação na correção eletrônica das provas realizadas.

Baseando-se em regra inserida no Manual do Candidato, fornecido pela impetrada, que diz: «Em nenhuma hipótese haverá revisão de prova», e sustentando que as normas do citado Manual fazem parte de um típico contrato de adesão, não podendo ser rescindido unilateralmente, os impetrantes ajuizaram a segurança e pediram a medida liminar para manter a matrícula efetivada. Requereram, alternativamente, a confirmação da matrícula ou a anulação do vestibular (fls. 5/19).

A liminar foi concedida aos impetrantes e estendida aos litisconsortes.

As fls. 86/95 a impetrada prestou as informações solicitadas, esclarecendo que, realmente, a primeira lista continha erros técnicos de computação, motivo pelo qual foi tornada sem efeito, e publicada outra, devidamente corrigida. Adiantou, ainda que, verificado o erro, comunicou-se com o Ministério da Educação e Cultura, que designou um técnico para apurar os fatos e que o mesmo lavrou ata, em livro próprio, aprovando as medidas por ela tomadas.

O Dr. Promotor de Justiça, às fls. 102/104, opinou pela denegação da segurança impetrada.

O MM. Juiz de Direito, Dr. José Riskallah, entendendo aplicável à espécie vertente o disposto na Súmula nº 15 do Tribunal Federal de Recursos, deu-se por incompetente para julgar o feito em epígrafe, e determinou a remessa dos autos à Justiça Federal (fl. 106).

Os impetrantes, inconformados, apelaram da decisão às fls. 108/113, por entender ser o Juiz competente, tendo a Promotoria de Justiça se manifestado, à fl. 115, pela reforma da sentença.

O Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso, em Acórdão inserido às fls. 150/151, entendeu que a decisão monocrática de declinação de competência era irrecorrível, já que somente por via de Conflito Negativo de Jurisdição poderia a questão ser dirimida, e que a Súmula nº 15 do TFR foi bem aplicada pelo Juiz a quo. Não conheceu do recurso e remeteu os autos à Justiça Federal.

Na Justiça Federal de Mato Grosso, por força do Provimento nº 204/80 do Conselho da Justiça Federal, o MM. Juiz Federal, Dr. Mário Figueiredo Ferreira Mendes, remeteu os autos ao Juízo Federal de Mato Grosso do Sul, foro competente

em razão do lugar da sede da autoridade (fl. 161).

No foro de destino o MM. Juiz Federal, Dr. Manoel Lauro Volkmer de Castilho, à fl. 163, revalidou a medida liminar concedida pelo Juiz de Direito e abriu vista ao Ministério Público Federal.

O Dr. Procurador da República deu-se por impedido pela circunstância de ser professor na Faculdade impetrada — (fl. 165).

Foi designado um Procurador da Justiça local para funcionar, em substituição ao Procurador da República, conforme certidão de fl. 166 verso, que manifestou-se às fls. 169/176, opinando pela concessão da segurança, diante da situação de fato que perdurava por um ano, embora ressaltando que sob o prisma do direito o indeferimento do **mandamus** devesse imperar.

O MM. Juiz Federal, Dr. Manoel Lauro Volkmer de Castilho, prolatou sentença às fls. 178/180, denegando a segurança e cassando a liminar.

Em suas razões de decidir S. Ex^a entendeu que, se o erro que viciou o ato da publicação original foi constatado e corrigido por outro ato, mesmo que, em decorrência do primeiro os candidatos tivessem efetivado a matrícula, daí não surgiria direito adquirido a ela. O edital de publicação do resultado, continuou, seria apenas para efeito de publicidade da aprovação e não fator constitutivo dela, de modo que, se os candidatos não obtiveram número de pontos suficientes para a aprovação, inexistiria direito líquido e certo.

Aduziu, ainda, o MM. Juiz a quo, ao contrário do afirmado pelos impetrantes, não cumpriram eles todos os requisitos para a matrícula, pois faltou o mais importante deles, qual seja, a aprovação. O erro existiu na manipulação dos resultados, e não na realização das provas.

Enfatizou a contradição da segunda parte do pedido dito alternativo — anulação do vestibular.

Em continuação, ressaltou aos impetrantes a possibilidade de submeterem-se a novo vestibular para aproveitamento das cadeiras já cursadas por força de liminar.

Inconformados, apelaram os impetrantes às fls. 184/186, tendo o Ministério Público Federal opinado, às fls. 193/196, pela confirmação da sentença.

Nesta instância a douta Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se às fls. 200/202 pela confirmação da r. sentença a **quo**.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Thibau (Relator): Segundo a definição de Hely Lopes Meirelles, ato administrativo é toda manifestação de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos ou impor obrigações aos administrados e a si própria.

Já o fato administrativo é toda realização material da Administração Pública, em cumprimento de alguma decisão administrativa, tal como a construção de uma ponte, o calçamento de uma rua e, porque não, a efetuação de um programa de computador ou a sua digitação para as mais diversas finalidades, até mesmo para relacionar os candidatos aprovados em concurso vestibular de uma universidade, ou para definir-lhes as prioridades de opções, segundo suas respectivas classificações.

A distinção entre ato e fato administrativo reside em que o primeiro é a atividade volitiva da administração, no exercício de suas funções próprias, enquanto que o segundo é a

atividade pública material, desprovida de conteúdo ideológico.

O relacionamento de candidatos em uma listagem de computador é um fato administrativo cuja promulgação formalmente correta, por autoridade competente, em princípio, transforma esse fato em ato administrativo revestido de eficácia jurídica em relação aos candidatos aprovados.

Mas, o que ocorrerá se, por erro de digitação ou da própria programação essa listagem ou a correção de provas estiver errada?

Entendo que, por mais solene que seja essa proclamação do resultado, ela não pode criar direito para os candidatos que foram erradamente incluídos entre os aprovados.

Se eles não foram aprovados, não seria a máquina eletrônica que criar-lhes-ia o direito à matrícula.

Para que o ato jurídico pudesse validamente nascer seria necessário que o elemento vontade do agente estivesse presente, assim como a possibilidade de seu objeto.

Pode ocorrer até que, eventualmente, o digitador tenha sido subordinado para, dolosamente, incluir esses nomes na listagem.

Nas eleições de 15 de novembro passado, no Rio de Janeiro, suspeitou-se de haver ocorrido uma fraude na programação da tolição dos votos dados aos candidatos a Governador.

Evidentemente, não seria a totalização fraudada ou, mesmo, errada involuntariamente, que traria para seu eventual beneficiário o direito de assumir a Governança do Estado. Somente nos votos legítimos e regularmente apurados é que estaria a escolha do eleitorado fluminense.

Mutatis mutandis, se o problema surgisse, como efetivamente surgiu, de erro técnico na listagem dos vestibulandos classificados, somente

nas notas corretamente atribuídas a cada um é que estaria o resultado do exame vestibular, não sendo a mera e equivocada inclusão de candidatos não classificados ou a equivocada correção eletrônica de notas que implicaria, para a universidade, no dever de matriculá-los.

A meu ver, a correção da listagem com a exclusão desses nomes, uma vez constatado o equívoco, não foi uma anulação ou uma revogação de ato administrativo (Súmula nº 473 do STF) mas uma declaração de nulidade desse ato (Súmula nº 346), eis que verificada a impossibilidade de seu objeto (artigo 145, II, do Código Civil).

O que não se pode, *data venia*, é conferir-se sacralidade ao resultado do computador, qual *Deus ex machina*.

Sem que a inclusão dos candidatos na listagem substituída, tivesse decorrido de manifestação da vontade do agente, não saiu o natimorto ato jurídico do mundo dos fatos administrativos que não geram, modificam ou extinguem direitos.

Esta Turma, aliás, já decidiu questão semelhante na Apelação em Mandado de Segurança nº 90.559-DF, ficando vencido o eminente Relator, o prezado Ministro Washington Bolívar (in DJ de 6-10-83, pág. 15292).

Aos que se sentiram prejudicados com a exclusão de seus nomes da lista de aprovados só cabe, a meu ver, pedir indenização por perdas e danos eventualmente sofridos com a proclamação equivocada, de acordo com a teoria do risco administrativo ou, como decidiu o MM. Juiz, aproveitar as cadeiras já cursadas mediante submissão a novo vestibular.

Nego provimento à apelação.

É o meu voto.

VOTO

O Sr. Ministro Washington Bolívar: Nos termos dos votos que tenho preferido nesta Turma, nas Apelações em Mandado de Segurança nºs 90.471 e 90.545, que oportunamente serão juntados e que valem como razão de decidir, dou provimento ao apelo, *data venia* do eminente Ministro Relator.

ANEXO

Apelação em Mandado de Segurança nº 90.471-DF

VOTO

O Sr. Ministro Washington Bolívar (Relator): Sr. Presidente, não é para devolver o cumprimento, pois acentuo ser um antigo deleite meu ouvir o douto advogado que acabou de fazer a sustentação oral da Tribuna — velho companheiro de lides forenses e brilhante co-estaduano — como também, pelo mesmo motivo, pelo mesmo brilho, pela mesma inteligência, a palavra do eminente Subprocurador-Geral. Não! Não é para devolver o cumprimento. Presto-lhes a homenagem do reconhecimento de que se trata de pessoas de mais alta qualificação intelectual e jurídica do nosso País. Por isso mesmo, de certa forma, constrange-me fazer alguns reparos que não são, nem de longe, modificadores dessa admiração, mas — até pelo contrário — para demonstrar a harmonia do meu pensamento com o deles, se a hipótese que veiculam juridicamente fosse verdadeira.

Há alguns equívocos: o primeiro, do ilustre advogado — já esclarecido pelo Subprocurador-Geral — de que o Relator do caso decidido nesta Turma foi o eminente Ministro Pereira de Paiva, e não eu, que, apenas, acompanhando o Sr. Ministro Peçanha Martins, compus a maioria em sentido contrário à tese defendida com sapiência pelo Sr. Ministro Relator.

O segundo equívoco, que terminou também sendo corrigido não por mim, mas pelo Subprocurador-Geral, é o de que haveria quatro hipóteses. Pelo que terminei ouvindo, as quatro hipóteses subsumiram-se em três: a tese do eminente Ministro Pereira de Paiva, de que não se trata de ato administrativo a proclamação de resultado de concurso vestibular por computadores; a do eminente Ministro Otto Rocha, que lembrei no meu despretensioso voto a respeito do erro escusável do aluno, apontado pelo computador; a desta Turma, cujo entendimento ajudei a compor, isto é, no sentido de que se trata de um ato administrativo, e aquele que seria o da 4ª Turma — foi aqui esclarecido que não era uma quarta hipótese, mas exatamente a primeira — ou seja, que se tratava de mero erro material, que denominaram de erro substancial, viciando a vontade da Fundação Universidade de Brasília.

E se disse com apoio em Clóvis Beviláqua, a mesma edição citada no meu voto, que aquele eminente jurista afirmava que «o ato viciado de erro substancial é por isto de pronto inexistente». Aliás, falou-se nulo e depois inexistente. Sou daqueles que participam, não por motivos de ordem prática, mas de ordem jurídica, do entendimento da diferença entre uns e outros — os atos nulos e os inexistentes. Por conhecer a competência dos eminentes pares que me ouvem, bem como a dos doutos advogados da União e da Fundação, permito-me apenas emitir a minha opinião no sentido de que há diferença.

Sem precisar adentrar nisto, o que o Código Civil diz é que o erro substancial, defeito do ato jurídico, torna-o anulável e não nulo e o diz no artigo 86 com o seguinte enunciado:

«São anuláveis os atos jurídicos quando as declarações de vontade emanarem de erro substancial».

O adjetivo é precisamente o mesmo que foi usado pelo eminente advogado na Tribuna, atribuindo ao douto Clóvis Beviláqua a afirmação em sentido contrário ao do texto positivo do Direito Civil Brasileiro. Não tenho em mãos aquele comentário. De qualquer sorte, porém, acredito que deve ter havido algum equívoco na explanação, muito próprio daqueles que se apaixonam, no bom sentido do termo, pelas causas que defendem, e não são bons advogados aqueles que se não apaixonam pelas causas em que acreditam, como não são bons juizes aqueles que se apaixonam pelas causas que têm o dever de decidir.

O reparo também encontra no artigo 145 do mesmo Código o seu complemento, no sentido de que «nulo é o ato jurídico:

I — quando praticado por pessoa absolutamente incapaz;

II — quando for ilícito ou impossível o seu objeto;

III — quando não revestir a forma prescrita em lei;

IV — quando for preterida algumas solenidades que a lei considere essencial para sua validade;

V — quando a lei taxativamente o declarar nulo ou lhe negar efeito».

Em nenhuma dessas hipóteses, e até por afirmação do próprio e ilustre advogado da Tribuna, se enquadra a dos autos, porque S. Ex.^a o diz, com correção, que se trata de um ato que estaria viciado possivelmente e que esse ato — ele afirma que está — e eu digo que possivelmente esteja viciado e que estaria viciado, diz a impetrada, através das brilhantes afirmações do seu advogado, por erro substancial. Para não repetir, digo que o erro substancial não torna nulo, mas anulável o ato jurídico.

O erro, seja ele substancial ou acidental, precisa ser cumpridamente

demonstrado. Não é pelo fato de se tratar de ação mandamental de segurança que, afirmado um fato, não tenha o dever, o impetrado, de, nas suas informações, contraminutá-lo, demonstrando de pronto a sua inveridicidade.

No caso dos autos, recorde-me de voto que já proferi em apelação em mandado de segurança, precedente nesta Turma, a que se referiu o eminente advogado; naquela hipótese, o que estávamos a afirmar é que se tratava de um ato anulável, como bem demonstrou o eminente advogado.

Meu voto se tornou conhecido e tive a oportunidade de enviá-lo ao eminente Ministro Pereira de Paiva e também ao eminente Ministro Otto Rocha, como é usual entre nós essa troca de informações e fatos daqueles casos que nos parecem mais interessantes. Vou me reportar, para juntar ao de hoje, àquele voto escrito, então proferido, em que defendi a tese de que não se trata de erro de computador, mas erro de programação, erro de programa. Eis que não se chegou ainda àquela perfeição ambicionada e isto não está no voto, por isso vou acrescentar, do projeto denominado «STAR — self test and repair», através do qual a NASA busca um tipo de computador tão inteligente que seja capaz não só de fazer o que fazem os de agora, isto é, detectar os seus erros, mas, também, por si mesmos, de os corrigir; e porque ainda não conseguiu um computador desta natureza é que se tem tornado extremamente difícil a aventura do homem no espaço. Os eminentes Ministros devem se recordar de que ficam em Houston os analistas de sistema e programadores, todo aquele conjunto de técnicos que dão sustentáculo à aventura espacial do homem e quando ocorre, eventualmente, um erro ou um defeito na astronave é preciso que um computador o detecte ou o próprio

homem o faça, para que novos cálculos, novas programações, as infinitas possibilidades dos computadores modernos sejam postas em ação, a fim de que a resposta retorne e se corrija o erro de trajetória ou de outra natureza. Se for de trajetória, o mínimo erro pode causar o adeus definitivo aos astronautas. Por isso é que, como há uma diferença de tempo, por mínima que seja, entre a detecção do erro e a sua correção, tendo em vista a velocidade do engenho na sua trajetória, a diferença de tempo na correção desse erro, como acabei de dizer, pode causar a morte ou o adeus definitivo. Não se chegou a esta perfeição, Srs. Ministros, nem tem esta perfeição o Galileu, computador modesto se comparado aos computadores de última geração que estão ajudando a ciência em todo mundo, mas, ainda assim, preciso e muito útil à universidade e ao ensino na realização rápida da correção de provas e proclamação de resultados. Mas, para proclamação dos resultados, necessita ele daquilo que se denomina gabarito, organizado pela Comissão em que, em se tratando de múltipla escolha, devem ficar assinalados quais as escolhas corretas e quais as incorretas, porque a Universidade tem um sistema de anular, em face de respostas incorretas, respostas corretas. Tudo isso o computador vai dizer, mas vai dizer porque a ele foi dito previamente, foi programado. Isto vem, portanto demonstrar que esta proclamada situação de erro do computador é real apenas no tocante a que o erro sai do computador, é proclamado por ele. Em verdade, o erro é da Comissão, do órgão administrativo encarregado de programar o resultado. Tanto isso é real que depois de proclamado o resultado lançado pelo computador, esse é rubricado pelos membros da Comissão. O eminente advogado, que tão brilhantemente sustentou o seu ponto de vista, afirmou que a Universidade de Brasília adotou este

ano três opções, porque a preferência dos alunos, especialmente dos mais capazes, é por Engenharia e Medicina. Restaria o Direito, colocado em segundo plano, injustamente, e acredito que sem intenção do próprio orador, restariam colocados em plano secundário todos os demais ramos do conhecimento humano, inclusive a Sociologia, a Psicologia e um sem-número de outras opções que a universidade oferece, porque deve oferecer, em razão do ensino de nível superior que ministra. Quando se pede, de certa forma pateticamente, mas compreensível em termos de Fundação, que a solução aqui dada deva salvar a universidade, pretende-se fazer do Juiz um administrador, o que ele não é, salvo quando investido em tais funções. Não tem o Juiz que salvar a Administração; tem o Juiz que aplicar a lei; tem o Juiz que interpretar a Constituição e as leis do país, verificar o ordenamento jurídico e, sejam quais forem as conseqüências, dizer o Direito. Compete à «imaginação criadora», no dizer do Presidente Geisel, dos administradores, salvar suas próprias instituições. Aos Juízes o que incumbe apenas, e é muito, é dizer o direito individual, o direito de cada um, mesmo em contraposição às necessidades, por mais urgentes que sejam, do Estado e dos seus organismos.

Feitos estes reparos, desapaixonadamente, como deve fazer um Juiz, tranqüilamente, e eu nem pensei que pudesse algum dia chegar a essa tranqüilidade, eu que também fui um inquieto e combativo advogado, reporto-me, Sr. Presidente, ao voto escrito, que já é do conhecimento de V. Ex.^a e do eminente Ministro Pereira de Paiva, a quem mais uma vez rendo minhas homenagens, e peço vênias para divergir.

No caso, o erro não sendo do computador, mas da Comissão, poderíamos compreender, poderíamos até

perdoar se isso atingisse algum de nós pessoalmente, mas desde que o erro dito do computador, na verdade, erro da programação da Comissão, quando atinge ou lesiona direitos individuais nós não temos que perdoar temos que corrigir.

Com este reparo e pedindo vênias por me haver alongado, apenas numa homenagem ao eminente advogado que tão brilhantemente sustentou seu ponto de vista e ao douto Subprocurador-Geral da República, por quem tenho a maior admiração pessoal, concedo a segurança, até porque, como disse, a impetrada, nas suas informações, não demonstrou, não trouxe a prova de que houve efetivamente erro da parte do aluno. Trouxe afirmação em sentido contrário. Ficou a afirmação do aluno baseada em duas proclamações de resultados, portanto, baseada em fatos, e uma afirmação da impetrada de que ele não atingira aquele determinado número de pontos. Todavia não trouxe para os autos a prova de que efetivamente ele não os attingira.

Reporto-me ao voto que proferi na AMS nº 90.545, que farei juntar como razão de decidir.

Por estas considerações peço vênias ao eminente Ministro Pereira de Paiva para conceder a segurança, mantido o meu ponto de vista, agora reforçado, porque vi que os pontos de vista em sentido contrário não conseguiram demover o meu entendimento anterior, ainda que me tivessem encantado, como sempre, as palavras do douto advogado.

Concedo a segurança.

ANEXO

Apelação em Mandado de
Segurança nº 90.545-DF

VOTO VISTA

O Sr. Ministro Washington Bolívar:
Versa o presente mandado de segurança sobre a natureza jurídica da

proclamação de resultado de Concurso Vestibular, por computador.

No início do seu douto voto, o emittente Relator circunscreve a controvérsia em se apurar se houve, ou não, no caso dos autos, um ato administrativo.

Para o alcance do mandado de segurança, ainda restaria verificar, uma vez aceito que se trata de ato administrativo, se a sua invalidação foi ilegal ou abusiva, ferindo direito subjetivo líquido e certo.

Tendo em vista os conceitos conflitantes, neste Tribunal, quanto à natureza jurídica da informação fornecida pelo computador e tornada pública para o conhecimento dos interessados, referente ao resultado final e listagem dos aprovados no Concurso Vestibular, penso que se deve buscar na Teoria Geral do Direito a noção de fato e ato jurídico, de vital importância para o desate da controvérsia estabelecida.

Recorda-nos Clóvis Beviláqua a definição clássica de Savigny, segundo a qual «fatos jurídicos são os acontecimentos em virtude dos quais as relações de direito nascem e se extinguem» e «desses fatos, uns são acontecimentos naturais, que produzem efeitos jurídicos, como o nascimento e a morte do homem, o decurso do tempo, o desvio do curso de um rio; outros são ações humanas. As ações humanas, que influem sobre a criação, modificação ou a extinção dos direitos, ora atuam independentemente da vontade do agente, ora os seus efeitos resultam da vontade por ele manifestada e garantida pela lei». E «são as ações desta segunda categoria que constituem os atos jurídicos, cuja característica está na combinação harmônica do querer individual com o reconhecimento da sua eficácia por parte do direito positivo».

Num quadro bastante elucidativo, mostrou Clóvis que há fatos: A) indiferentes ao direito, quer sejam da natureza, quer das ações humanas; e

B) jurídicos: a) acontecimentos fortuitos ou de ordem natural, como o nascimento, a morte, as enfermidades, decurso do tempo, aluvião, avulsão, desvio do curso das águas, etc; b) ações humanas, cujo efeito jurídico se prende à vontade do agente ou independe dessa vontade, subdividindo-se as hipóteses em atos jurídicos e atos ilícitos, fixação legal de domicílio, etc. (CF «Teoria Geral do Direito Civil», 4ª ed. Min. da Justiça, 1972, § 48).

Não se tem dúvida de que os atos administrativos são atos jurídicos, definidos na lei civil como «todo ato lícito, que tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos» (Cód. Civ., artigo 81). E não se tem dúvida porque é ato administrativo toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública, agindo nessa qualidade e tendo por finalidade imediata adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direito, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria (Cf. Hely Lopes Meirelles, «Direito Administrativo Brasileiro», 7ª ed., RT, págs. 122/123; José Cretella Júnior, «Curso de Direito Administrativo», 5ª ed., Forense, pag. 219).

No elegante dizer de Marcelo Caetano, «sendo uma espécie do gênero ato jurídico, o ato administrativo tem de ser manifestação de vontade», preferindo ele, todavia, escrever «conduta voluntária», porque «o problema da vontade no ato administrativo é complicado justamente por se tratar da conduta de um órgão da administração». Tomada a expressão Administração Pública no sentido orgânico — continua lecionando aquele douto administrativista — é um conjunto de entidades públicas territoriais e de outras entidades constituídas por lei cuja finalidade são os interesses coletivos ligados à segurança e ao bem-estar. Tais entidades atuam na vida jurídica, tra-

vando relações entre si e com outras entidades. Essas relações se estabelecem entre pessoas, sejam singulares ou jurídicas. As pessoas jurídicas que constituem a administração agem através dos seus órgãos e estes expressam a conduta da administração, mediante ação ou omissão, através de pessoas físicas, de indivíduos, que servem de titulares desses órgãos. Mas, para que tais indivíduos possam expressar a conduta do órgão é indispensável se verificarem certos requisitos, dos quais uns dizem respeito à qualidade do respectivo titular, pela investidura regular no exercício da função, outros se referem à própria função do órgão, que pode estar subordinada a formalidades legais, tais como a reunião de colegiados e ao modo de deliberar, e outros, finalmente, à forma do ato. A conduta do órgão da administração deve ser voluntária, nisto residindo o «ponto mais delicado da teoria do ato jurídico, em geral, e, do administrativo, em especial», pois se sabe que a vontade é faculdade da alma humana, somente os indivíduos têm vontade psicológica ou psíquica. Atribui-se, entretanto, ao grupo social organizado determinados fins, interesses coletivos, que se distinguem dos individuais. Daí decorre que os interesses dos indivíduos que integrem determinado órgão do Estado tanto podem coincidir como conflitar com os do próprio órgão, «como sucede sempre que um contribuinte vota aumentos de contribuições»; mas, «sob pena de trair a função em que está investido é a vontade conducente à realização dos fins sociais que lhe cabe manifestar e não aquela que os seus interesses egoístas ditariam». Assim, em Direito, deve-se distinguir a vontade individual da vontade funcional, embora ambas sejam expressas por indivíduos. (Marcelo Caetano, «Princípios Fundamentais do Direito Administrativo», 1ª ed., Forense, págs. 110-114).

Kelsen — como lembra aquele mesmo publicista, que não é normativista — expulsou todos os fenômenos do mundo do ser, excluiu da teoria jurídica a vontade psicológica, substituindo-a pela normativa, pois os fatos jurídicos hão de ser compreendidos em termos de dever-ser, isto é, de norma.

E assim como se distinguem o fato jurídico do ato jurídico, deve-se distinguir o fato jurídico do fato administrativo, bem como os atos «de» administração dos atos «da» administração, como o faz Cretella Júnior. (obr. cit., págs. 212/214).

Com efeito, salienta esse douto administrativista que o «fato administrativo não designa, como seria lógico, todo acontecimento natural com suas conseqüências, especialmente quanto à influência do tempo sobre as relações jurídicas de ordem administrativa, pois «longe de ser fato do mundo com repercussões no mundo administrativo, o fato administrativo é considerado pelos autores em acepção absolutamente técnica e peculiar, como toda atividade material que tem, por objetivo, efeitos práticos no interesse da pessoa jurídica que a executa, neste caso, a administração, por intermédio dos seus agentes». Noutros termos, «é qualquer ato material praticado pelo Estado no exercício da administração, como, por exemplo, a demolição de edifícios, o fechamento de uma casa, a interdição de prédio que ameaça ruir, em obediência a decisão da polícia, a dispersão de manifestantes que perturbam a ordem pública, a expulsão de estrangeiro indesejável, a detenção policial de delinqüente, o isolamento de doentes contaminados de moléstia contagiosa, a apreensão de gêneros alimentícios deteriorados, a «penetração» em imóvel, na desapropriação, em decorrência da edição do decreto expropriatório, dotado de auto-executoriedade». É tradicional, diz

ele, no campo do Direito Administrativo o uso da expressão atos de administração, designando o mesmo que fatos administrativos, empregadas ambas essas expressões, para indicar operações de natureza material, sem envolverem declarações de vontade, sem o menor traço de juridicidade, não obstante executados por agentes da administração. Distingue-se o ato «de» administração do ato «da» administração, porque o primeiro designa meras operações materiais e o segundo, qualquer ato de que seja fonte a administração. Ao ato jurídico da Administração Pública, concretizador de interesses públicos, denomina-se ato administrativo; àqueles atos não-jurídicos, praticados pelo agente administrativo, dá-se a denominação de ato de administração ou fato administrativo. Desse modo, ato «da» administração é o gênero de que são espécies o ato administrativo e o fato administrativo ou ato «de» administração. (Obr. cit., págs. 212/214, sendo os destaques feitos pelo próprio autor).

Assim, pode-se determinar o que seja ato administrativo e defini-lo com certa precisão, ainda que os tratadistas o descrevam com palavras próprias, mas de igual significado. Dessas definições a que me pareceu mais precisa foi a de Marcelo Caetano, para quem ato administrativo é a «conduta voluntária de um órgão da administração que, no exercício de um poder público e para prossecução de interesses postos por lei a seu cargo, produza efeitos jurídicos num caso concreto». (Obr. cit. pág. 121).

Firmados esses princípios doutrinários e sendo certo que o ato administrativo é aquele que produz efeitos jurídicos num caso concreto, analisemos em que consiste a atividade da administração, através da Comissão Permanente de Concurso Vestibular — COPEVE — da Univer-

sidade de Brasília, ou de qualquer outra universidade brasileira.

Em primeiro lugar, assente-se que essa Comissão trabalha com um fim determinado, de indiscutível interesse público, a prestação de exames pelos candidatos ao ingresso numa Universidade. Edita normas, a que se submetem esses candidatos, por compromisso formal, regras que ela própria, a Comissão, também deve cumprir, reunidas no denominado «Guia do Vestibulando», conforme documento existente nos autos (fl. 26).

Assentados todos esses fatos e pressupostos, resta analisar a procedência ou improcedência dos argumentos, que se contradizem neste Tribunal, a respeito da elaboração e divulgação de listas dos candidatos aprovados em concurso vestibular, com auxílio de computador, sua natureza jurídica e os efeitos que produz.

O eminente Relator deu sua valiosa adesão ao duto voto do Sr. Ministro Justino Ribeiro, da Egrégia 2ª Turma, assim ementado:

«Curso Superior. Exame vestibular.

A simples confecção e publicação de lista de habilitação não constitui ato administrativo *stricto sensu*, capaz de gerar direito à matrícula.»

Reproduziu no seu não menos duto pronunciamento o voto-condutor daquele Acórdão, segundo o qual «a confecção e divulgação da lista é simples enunciado de fato, como o datilografar uma informação ou expedir um aviso. Não entra na categoria de ato jurídico, porque não leva o conteúdo psíquico da vontade de produzir aquelas consequências previstas no Código Civil». (AMS nº 81.824-MG).

Já o eminente Ministro Otto Rocha, todavia, com apoio desta 1ª

Turma, entendeu que erro de computador, em verdade, não é deste, mas daqueles que nele introduziram as informações. No caso que então se decidiu, havia inclusive erro do candidato, na indicação do código, no cartão-matriz, mas se considerou que o seu erro era escusável, ante o nervosismo natural da situação enfrentada, ao contrário da Comissão responsável pelo resultado e dos analistas da computação, «aos quais cabia conferir o documento, corrigindo-o a tempo». (AMS nº 83.320-PB).

Os concursos vestibulares, regidos por normas emanadas das universidades, não obrigam somente aos candidatos, mas às próprias universidades, obrigadas a admitir aqueles julgados habilitados, mediante o emprego das regras que elas mesmas editaram. Essas regras, em verdade, são normas restritivas de direito, pois, se é certo que a todos a Constituição assegura o direito à educação (artigo 176), o ingresso nas universidades se restringe apenas àqueles que elas proclamam aptos, endereçando-se às áreas nas quais se habilitaram e manifestaram as opções, tudo mediante uma contagem de pontos, efetuada por computador, pelos dados nele introduzidos, gerando a listagem dos aprovados.

Enquanto se busca esse resultado e ele se processa *interna corporis*, quer pela correção das provas de redação, quer pela das provas objetivas, a primeira, por professores, e a outra, pelo computador, tudo conforme os complexos critérios enunciados no «Guia do Vestibulando», produzem-se meros atos de administração ou simples fatos administrativos. Entretanto, uma vez publicadas as informações obtidas, para conhecimento geral dos interessados e especialmente dos candidatos, é evidente que a administração se vincula ao resultado declarado pela Comissão e lhe confere a certeza da li-

cidade presumida dos atos administrativos em geral. E se trata de ato administrativo porque, embora resultante de normas restritivas de direitos constitucionais do cidadão, é a declaração formal do direito do candidato aprovado à matrícula na universidade, não conforme o seu desejo ou opção, mas para aquela das opções manifestadas em que a administração o julgou habilitado.

Que essa conduta da administração é voluntária não pode restar a menor dúvida, bastando que se consultem as normas editadas pelo órgão colegiado — a Comissão Permanente do Concurso Vestibular — COPEVE. No presente caso, o Edital nº 01/80, em cujo item 5º se encontra explicitado como se dá a classificação (págs. 9 e segs. do «Guia do Vestibulando»), gerando-se uma lista para cada área, procedendo-se, a seguir, a uma prévia classificação dos candidatos nas pré-opções, consideradas as três prioridades, elaborando-se uma lista para cada pré-opção (cf. subitens 5.1.9 e 5.1.10).

Daí, seguem-se outras atividades, entre as quais avulta a correção da prova de redação em Língua Portuguesa (subitem 5.1.11), calculando-se o que se denomina de «argumento final», que gera uma lista para cada área e a seleção dos candidatos nas diversas pré-opções. São valorizados: o menor desvio-padrão dos escores padronizados no conjunto das oito provas, o maior número de concordâncias nesse conjunto e a maior soma dos escores padronizados.

Informa-se que as provas de redação serão corrigidas por uma equipe de professores e «as provas objetivas», pelo «Galileu», computador da Universidade de Brasília-UnB, que, após receber os resultados da prova de redação, «fornecerá os resultados finais», divulgando-se a lista dos selecionados por meio da Imprensa lo-

cal (pág. 20 do «Guia do Vestibulando»).

Da aprovação segue-se o direito à matrícula, como o próprio «Guia do Vestibulando» proclama, apenas alertando que «a não (sic) apresentação dos documentos solicitados implica a perda do seu direito ao ingresso na UnB». E o registro no DAA «garantirá ao candidato matrícula em disciplinas obrigatórias do primeiro ciclo geral de Ciências ou de Humanidades, conforme a área de sua pré-opção».

O resultado final, portanto, deflui de operações complexas, conjugando-se homens e máquina. O processamento de dados não é senão a decorrência das informações de entrada («input»), enunciadas pelo programador na linguagem dos computadores (Fortran, Algol, Cobol, o programa Assembler, etc.), processadas pela unidade central de processamento, culminando na saída das informações («output»), atento o analista de sistemas.

Como é óbvio, não é o sapiente «Galileu», mas os ilustres membros da Comissão Permanente de Concurso Vestibular que se responsabilizam pelo resultado e, especialmente, por sua publicação, que completa o itinerário do ato administrativo no rumo de sua plena eficácia. Tanto que se pode ver nas duas listagens a mesma rubrica (fls. 22/24).

E já que não é o onisciente «Galileu» que seleciona os candidatos e anuncia o resultado como ação autônoma de sua prodigiosa memória cibernética, mas como ato de vontade daqueles que o puseram a trabalhar nesse programa e o operam, segundo as normas do concurso, realizando, com ele e fora dele, inúmeras e complexas operações para a determinação dos denominados argumentos semifinais e finais, trata-se, sem dúvida, de ato administrativo. Enquanto realizam as operações e são

processados os dados, praticam-se atos «de» administração, meros fatos administrativos. A publicação formal do resultado, porém, de responsabilidade direta da COPEVE e, pois, da universidade, é ato administrativo, porque ato jurídico, resultante da vontade dos membros da referida Comissão, geradora dos efeitos jurídicos declaratórios do direito à matrícula dos aprovados e da eliminação dos demais candidatos inscritos.

Não se há, pois, de dizer que se trata de resultado apócrifo, mera listagem, não-vinculativa, substituível, sem mais aquela, pela administração. De modo algum. Nem atribuir erros ao computador, nem deixar com essa máquina, ainda que personalizada com o nome de um dos maiores sábios da humanidade, uma responsabilidade, que ela não tem.

Felizmente, ainda não chegamos ao tempo sinistro antevisto em («Orwell», em que o computador — «O Grande Irmão» — tomará conta de todos nós, lógico, frio e impessoal, achando que deve substituir o pensamento do homem, cheio de erros e sentimentos contraditórios, pelo seu, modelo de técnica e perfeição.

O computador, por si mesmo, não produz erros ou acertos, mas os homens que o operam e confiam nos seus resultados, que adotam, como se deles próprios fossem. O computador cumpre um programa, em suas diversas etapas. Em «ABC dos Computadores», Allan Lytel descreveu bem o que seja um computador e o programa que o faz agir:

«Um computador é um arranjo completo de circuitos de armazenamento e de comutação capazes de executar certas funções lógicas tais como «E», «OU», e «NÃO». Ele pode somar, subtrair, multiplicar e dividir tanto no sistema decimal como no sistema binário de numeração; e ele pode ler grandes

quantidades de dados para sua alimentação. Mas a despeito de tudo isso há uma coisa que um computador não pode fazer — ele é incapaz de determinar o que é que ele deverá fazer. Incapaz de pensar por si mesmo, como fazem os seres humanos, é preciso dizer ao computador exatamente o que ele deve fazer, etapa por etapa. Esta seqüência de acontecimentos é chamada o programa». (2ª ed. Antenna, pág. 153).

Leciona Rahmstorf:

«O programador tem a função de apresentar a resolução de um problema dado por uma sucessão de operações que o computador possa realizar.

Ele deve saber, para isso, que operações o computador de que dispõe pode executar, e por meio de que instruções estas operações podem ser comandadas».

E mais adiante:

«Quando se tiver tomado a decisão de resolver um determinado problema com um computador, devem-se executar, pela ordem, as seguintes etapas de trabalho:

1. Determinação do problema e escolha do processo resolutivo;
2. Esquematização de um desenvolvimento do programa, ou de um plano de fluxo de dados;
3. Codificação do programa numa linguagem superior de codificação;
4. Transferência do programa a um veículo de leitura mecanizada;
5. Transposição da linguagem superior de programação ao código-básico;
6. Carregamento do programa em código-básico na memória principal;
7. Execução do programa em código-básico.

O problema a ser resolvido com a instalação deve ser rigidamente fixado em todas as suas particularidades». («Processamento de Dados», G. Rahmstorf, ed. Poligno, 1969, pág. 29).

Cedo se abandonou a chamada «linguagem das máquinas», cuja desvantagem maior era a extrema quantidade de detalhes e filigranas que deveriam ser incluídos no programa, para adotar-se uma «linguagem de programação», linguagem-simbólica ou linguagem-fonte.

Todos os estudiosos de computadores para logo esclarecem que um programa é o rígido cumprimento de uma série de etapas, sendo indispensável, pelo menos em certas fases do processamento, a colaboração do homem com a máquina; embora se saiba que já existe hoje programação feita até de computador para computador, o homem, ao contrário do que teria ocorrido n'«O Dia da Criação», segundo Vinicius de Moraes, é sempre necessário.

É o que ressalta Francis Scheid, em «Introdução à Ciência dos Computadores», obra publicada com a aprovação da Comissão Editorial da Universidade de São Paulo, pela Editora McGraw-Hill do Brasil Ltda. Diz aquele eminente Professor de Matemática da Universidade de Boston (pág. 154):

«Para resolver um problema em um sistema de computação do tipo que acabamos de descrever, deveremos seguir uma série prescrita de etapas. Primeiro o programador humano prepara suas instruções e dados na linguagem de programação. O processador, que é em si próprio um programa em linguagem de máquina, deverá ler o programa na unidade de memória da máquina se este lá já não estiver. Adequadamente codificado em cartões perfurados ou outro qualquer aparelho «input», o pro-

grama preparado, ou programa-fonte, também é colocado na máquina. O processador traduz o programa-fonte também na linguagem adequada da máquina. A versão traduzida é denominada o programa-objeto e uma cópia deste programa, talvez em cartões perfurados, é produzida pelo computador, se assim for desejado. Se o mesmo programa vai ser utilizado em futuras aplicações, ou repetidamente, seria conveniente obter-se uma cópia, com vistas a evitar perda de tempo e dinheiro com uma segunda tradução do programa. Frequentemente esta cópia é produzida automaticamente. A etapa final, evidentemente, é a execução do programa-objeto. Isto poderá ser executado imediatamente ou poderá ser adiado, porém o essencial é que temos em mãos o programa em linguagem de máquina».

Na sua evolução, o homem inventou primeiro instrumentos, ferramentas, como um prolongamento de suas próprias aptidões, oriundas dos sentidos. Quando inventou a máquina, criou um «instrumento que atua por si mesmo e por si mesmo produz o objeto», segundo Ortega & Gasset, em «Meditação da Técnica» (pág. 82).

A própria máquina, porém, não é fabricada por mero diletantismo, mas para um fim determinado e nem sempre prolonga a ação humana, pois mais comumente a substitui, capaz de atividades próprias de que o homem se mostra absolutamente incapaz.

«Máquina é um sistema fabricado pelo homem para executar uma certa ação quando lhe é fornecida a energia adequada», na definição de Pierre de Latil («O Pensamento Artificial» — Introdução à Cibernética, ed. Ibrasa, 1959, pág. 33).

Embora os computadores sejam as máquinas mais sofisticadas já elaboradas e em constante aperfeiçoamento, sua atividade necessita do querer inicial e da chancela final do homem, porque se destina ao uso do próprio homem.

Assim, no caso dos autos, o resultado final proclamado por «Galileu», necessita da chancela da COPEVE, autenticado por um dos seus membros ou delegados. Foi o que ocorreu. Não há dúvida, portanto, de que não se cuida de mera ação eletrônica, mas de um ato administrativo.

Afirma-se, contudo, que esse resultado final estava lastreado em erro, daí sua invalidação pela própria administração, que três horas depois, segundo a inicial, publicava outra listagem, alteradas diversas posições, entre as quais a do impetrante, que alega ferido direito subjetivo seu à matrícula em Arquitetura e Urbanismo, pelas seguintes razões (fl. 3):

1º) porque o primeiro resultado tem força vinculativa entre a UnB e o candidato e vice-versa, valendo como Edital de resultado do concurso vestibular;

2º) porque somente um ato administrativo formal, assinado por agente capaz, poderia revogar a primeira listagem;

3º) porque esse ato revocatório teria de ser motivado e não poderia ter sido provocado por denúncia de terceiros, como ocorreu.

Que o primeiro resultado tem força vinculativa, não resta a menor dúvida, já que se trata de um ato administrativo. O segundo, pela mesma razão, também é vinculante. E como este último resultado pretendeu substituir o primeiro, resta saber se a administração poderia fazê-lo e se é de revogação ou de anulamento que se trata.

Melhor do que a Súmula nº 346, do Eg. Supremo Tribunal Federal, cita-

da na sentença e no voto do eminente Relator, no sentido de que «a Administração Pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos», parece-me o enunciado da Súmula nº 473, segundo a qual «a administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos, ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial». E é melhor porque abrange as duas hipóteses — a anulação e a revogação do ato administrativo.

Na lição de Celso Antonio Bandeira de Melo, «podem ser sujeitos ativos da invalidação tanto a administração quanto o Poder Judiciário. A primeira, atuando seja por provocação do interessado, seja em razão da denúncia de terceiro (como ocorreu no caso dos autos), seja espontaneamente. O segundo, apenas quando da apreciação de alguma lide». O que fundamenta o ato invalidador, para a administração, é o dever de obediência à legalidade, implicando no dever de restaurá-la, quando violada; «para o Judiciário é o exercício mesmo de sua função de determinar o direito aplicável no caso concreto». «O motivo da invalidação é a ilegitimidade do ato, ou da relação por ele gerada que se tem de eliminar». («Elementos de Direito Administrativo», págs. 88-89, ed. RT 1980).

Para a validade dos atos jurídicos em geral se requer agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei (Cód. Civ., artigo 82); como os atos administrativos são atos jurídicos especiais acrescenta-lhes a doutrina o motivo e o fim, em razão da maior rigidez da atividade da administração e das exigências de legalidade interna.

Os defeitos ou vícios que surgem na estrutura do ato jurídico em geral

e na dos administrativos, em particular, ou são ausências de certos elementos ou pressupostos, ou a presença de certos fatos.

No caso dos autos, em que se cuida de seleção de candidatos ao ingresso na universidade e seu endereçamento às opções manifestadas, afirma-se que a primeira listagem continha erros, motivados por equívocos do programa que o computador deveria cumprir.

Para a opção Arquitetura e Urbanismo — a primeira opção do impetrante — foram oferecidas vinte vagas (Código 5100, pág. 9, do «Guia do Vestibulando»).

O acesso à opção é conquistado pelos candidatos, segundo o número de pontos obtidos, dentro de limites máximo e mínimo, ou limite superior (LS) e limite inferior (LI). Estou em que esses limites são variáveis de vestibular para vestibular, porque estabelecidos pelos próprios candidatos, na competição travada, sendo o limite superior o daquele, dentre todos os optantes, que fez o maior número de pontos, a quem se destina a primeira vaga e, em ordem decrescente, até a ocupação da última.

No presente caso, o limite superior ou limite máximo estabelecido em Arquitetura e Urbanismo foi igual a 184,4 e o limite inferior, 118,0; a segunda opção do impetrante — Educação Artística, Código 5401, teve como limites máximo 166,5 e mínimo 50,1; e a terceira opção — Letras-Tradução, Código 4502, estabeleceu como o máximo de pontos 127,5 e o mínimo 45,7.

O impetrante, segundo a autoridade impetrada, figurou numa listagem onde obteve 46,8 pontos (fl. 22).

Ocorre que o impetrante impugna o seu deslocamento da primeira opção para a terceira, inclusive afirmando que «a listagem inicial não indicava o número de pontos obtidos por cada candidato», levando a crer

que houvesse certo número de empaques de notas e o computador não estava programado para discriminá-los, insistindo em que «a COPEVE-UnB não publicou o gabarito das provas» (fl. 3).

As informações prestadas pela digna autoridade inquinada de coatora vieram desacompanhadas de elementos fáticos indispensáveis, a meu ver, para embasar suas assertivas contrárias às do impetrante, isto é, o gabarito, as respostas decodificadas do candidato e outros elementos que pudessem propiciar ao Poder Judiciário um exame do tema consoante as provas produzidas nos autos, pois a presunção de legitimidade dos atos administrativos é *juris tantum*, sujeita à apreciação judicial, como o proclama a Súmula nº 473 do Supremo Tribunal Federal. Impugnando o segundo resultado, na parte em que deslocou o impetrante de sua primeira opção, penso que à impetrada incumbia demonstrar cabalmente a «existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito» do impetrante, a teor do disposto no artigo 333, inciso II, do Código de Processo Civil; até porque o gabarito e as respostas dadas pelo candidato encontravam-se em poder da própria impetrada e não daquele.

É certo que as informações da autoridade esclarecem que os resultados obedecem as três rotinas: a) listagem dos candidatos classificados por pontos em ordem decrescente; b) listagem dos candidatos selecionados por opção, em ordem alfabética; e c) listagem por ordem alfabética para divulgação, sendo os dois últimos constantes de programas distintos, motivo pelo qual o erro de um não afeta o outro (fl. 18).

Não menos certo, porém, é que as próprias informações confessam que pelo menos uma das listagens saíra com incorreções, alias constatada por terceiros — o Curso Objetivo. Em face da ausência de complemen-

tação da prova a que acima me referi, não se tem elementos para afirmar ou negar a existência de possíveis erros também na execução dos outros programas submetidos ao computador.

Ao contrário, assim, do que possam parecer, as informações, embora brilhantes, como brilhantes foram as contra-razões de apelação, se mostram desarmadas de prova inconteste. Até porque somente as acompanharam as listagens do computador, duas delas autenticadas, a dita incorreta e a que se diz corrigida (fls. 22/24), ambas constituindo edital de publicação de resultado do concurso vestibular — atos administrativos, formalmente perfeitos.

Não se trata do maniqueísmo da sedutora fórmula apresentada nas informações no sentido de que o presente mandado de segurança objetiva fazer prevalecer o erro sobre o certo, ou, «noutras palavras, que o mal impere sobre o bem» (fl. 19).

Em primeiro lugar, porque o mandado de segurança discute sobre a eficácia ou ineficácia dos atos jurídicos praticados e sua força vinculante; quem afirma, sem o demonstrar, a existência de erro, é a impetrada. Em segundo lugar, porque o resultado que se diz errado e é identificado com «o mal» é da responsabilidade da própria comissão, sem qualquer participação, nele, do impetrante. E em terceiro lugar, porque o que se tem como um malefício é uma proclamação formal da universidade, que gera direito à matrícula dos candidatos, matrícula que, no caso dos autos, se efetivou, com amparo em medida liminar, tendo o apelante cursado, em consequência, todo um semestre e já estando em vias de terminar o segundo.

É certo que a medida liminar foi revogada com a sentença denegatória da segurança, o que conduziria ao enunciado da Súmula nº 405 do

STF, em cujo texto se deve substituir por «apelação» a palavra «agravo». Todavia, não menos certo é que o aluno, não obstante, continuou matriculado na opção Arquitetura e Urbanismo, sem que a administração, que não tomara qualquer providência para a suspensão da liminar, se preocupasse, após sua revogação, em estabelecer situação nova.

Como se deixou claro, não discute, aqui, no plano da existência do ato jurídico praticado, mas no de sua validade.

«A teoria dos vícios do ato jurídico — acentua Cretella Júnior — no direito administrativo, guarda relações estreitas com as nulidades, no direito civil, mas dela difere bastante, tanto no que diz respeito às soluções como na amplitude». («Curso», pág. 316, ed. cit.).

Na teoria geral do direito, o ato nulo é o praticado por pessoa absolutamente incapaz, for ilícito ou impossível o objeto, não revestir a forma prescrita em lei, for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade, ou quando a própria lei o declarar nulo ou lhe negar efeito (Código Civil, artigo 145 e seus incisos).

É anulável o ato jurídico por incapacidade relativa do agente, por vício resultante de erro, dolo, coação, simulação, ou fraude (Código Civil, artigo 147 e seus itens).

No Direito Administrativo tem menor importância a natureza do defeito, em si «do que as repercussões que a invalidez do ato, atentas às circunstâncias eventuais, venha a trazer ao interesse público, pelo que um mesmo vício pode, muitas vezes, acarretar conseqüências diversas», resultando que a manifestação da vontade, o motivo, o objeto, a finalidade e a forma abrangem todos os aspectos de que se podem revestir os vícios dos atos administrativos (Cf. Cretella Júnior, ob. cit., pág. 318).

No caso dos autos, diz a administração que houve erro na proclamação do resultado, erro que procurou corrigir pela edição de novo ato administrativo.

Ora, o erro se inscreve entre os fundamentos para a «revogação do ato e não do seu anulamento, pelo que o primeiro resultado teve não somente existência, como também eficácia, até sua revogação. Isto porque se tratava de ato anulável, por erro; e não de ato nulo, que, este sim, não produziria efeito.

Não se fez a publicação do gabarito, como afirmado na inicial, sem contradita nas informações; pelo menos, não foi ele trazido aos autos, para demonstrar, sem sombra de qualquer dúvida, a existência do erro alegado.

As opções, por si mesmas, não valem umas mais do que as outras, pois a terceira opção de um candidato pode ser a primeira de outro e vice-versa. Nem cada uma das opções, que representa um dos ramos do saber humano ou de sua atuação prática no mundo de relação, pode ter uma valorização maior ou menor por si mesma, mas, apenas, pela maior ou menor demanda dos eventuais candidatos.

No sistema educacional em vigor no Brasil o próprio vocacionamento é fator incerto e inseguro. O oferecimento de opções destina-se menos aos candidatos, na expressão de suas verdadeiras vocações, do que às dificuldades com que se defrontam os estabelecimentos de ensino superior, para assegurar ao maior número possível de cidadãos o direito à educação que a Constituição garante e as universidades se vêem na contingência de restringir.

Por outro lado — e isto é um fator que somente juízes podem sopesar — mesmo as opções manifestadas pelos jovens não lhes define a vocação verdadeira ou o destino futuro.

Quem já leu a biografia de grandes homens e até de benfeitores da humanidade surpreende-se com a verificação de que muitas vezes mudaram de rumo, ou de carreira, para que suas verdadeiras vocações surgissem, algumas delas independentemente de qualquer grau de escolaridade, que nem tiveram, ou abandonaram. Pasteur, Paula Ney, que chegaram a cursar Medicina, e muitos e muitos outros, são exemplos flagrantes. Clóvis Beviláqua, segundo seus biógrafos, não foi aluno excepcionalmente destacado durante o curso e seu gosto pelo Direito Civil, onde se tornou dos maiores entre os maiores, somente muito depois de formado se revelou. O propósito de Kepler era fazer-se pastor protestante, mas assistindo a um curso de astronomia, a princípio sem grande interesse, terminou entusiasmando-se com o estudo dos astros.

Schweitzer, que seguiu quatro carreiras diferentes — Filosofia, Medicina, Teologia e Música e era praticamente enciclopédico, foi um menino doente, tardou a aprender a ler e a escrever e não foi um bom estudante. Repentinamente, aos 30 anos, abandonou suas três carreiras, para se fazer médico, tornando-se missionário pelo resto da vida.

Galileu — refiro-me ao próprio — foi mandado estudar Medicina, mas o de que ele gostava mesmo era de Matemática.

Einstein levou tanto tempo para aprender a falar que os seus próprios pais o supuseram anormal e na escola não passava de um aluno mediocre. Na verdade, chegou a ser reprovado na admissão à Escola Politécnica de Zurich.

A lista é interminável.

Aqui mesmo nesta Turma, Sr. Presidente, temos um exemplo edificante, pois é sabido que o eminente Ministro Otto Rocha também chegou a cursar Medicina até perto de for-

mar-se, quando o destino o conduziu ao Direito, onde hoje se destaca, quer entre nós, quer na Magistratura Nacional, por sua honrada, competência e dedicação à justiça.

Homem de fé, não creio no acaso, mas nos desígnios da providência divina. Quem sabe se no erro dessa programação não se está gerando um futuro e brilhante arquiteto, ou urbanista? Vale mais o homem por sua consciência, do que por sua ciência.

Os critérios de aferição do saber, quer os de agora, confiados aos computadores, quer os de antanho, todos de afirmação dogmática, muitas vezes não resistem ao simples passar do tempo, ou ao desmentido formal dos fatos.

A confiar-se no saber de Salamanca, a América jamais seria descoberta.

Por isso, não creio no acaso, Sr. Presidente, como duvido de todo o saber dogmático, vale dizer, da Ciência mesma, porque o científico de hoje, pode ser o ridículo de amanhã.

Também é por isso que os homens não podem ser julgados por máquinas, mas, com todas as falhas que possam resultar da natureza humana, somente por outros homens, pelos Juizes.

Na «Introdução à Informática Jurídica», Dinio de Santis Garcia, citando Knapp, «registra que, pela multiplicidade de relações e de fatos que devem ser levados em conta, o pensamento dialético é extremamente complexo e não pode ser captado, em sua plenitude, pelas regras e leis da lógica formal. Isto se aplica, em princípio, ao pensamento jurídico, que constitui um processo dialético extremamente complicado». Por isso, «no atinente ao processo judiciário Knapp realça quanto é difícil confiar à máquina a apreciação das provas e a elaboração do julgamen-

to», pois «surge um número indefinido de nuances que impedem seja o processo traduzido num número finito de fórmulas lógico-matemáticas». E citando Spiros Simitis, adverte «que o Direito, apoiando em valorações sua pretensão de validade, é infenso a um processo integral de axiomatização e de logicização. A Cibernética — diz ele — é indiferente aos valores, enquanto a estes está ligado o Direito» (Obr. cit., págs. 106 e segs., Ed. Universidade de São Paulo, com José Bushatsky, 1976).

Norbert Wiener, tido como o pai da Cibernética e, assim, do advento da era dos computadores, no capítulo «Lei e Comunicação» do seu clássico livro «Cibernética e Sociedade», fez questão de enunciar o seu conceito de justiça:

«... a teoria e prática da lei envolve dois grupos de problemas: os de seu propósito geral, de sua concepção de justiça; e os da técnica pela qual esses conceitos de justiça possam ser tornados efetivos.

Empiricamente, os conceitos de justiça que os homens têm mantido ao longo da História são tão variados quanto as religiões do mundo ou as culturas reconhecidas pelos antropólogos. Duvido que seja possível justificá-los por qualquer sanção mais alta que o nosso próprio código moral, que, em verdade, é apenas outro termo para designar a nossa concepção de justiça. Como participante de uma concepção liberal que tem suas principais raízes na tradição ocidental mas que se estendeu àqueles países orientais que possuem vigorosa tradição intelectual e moral, e que muito delas tomaram emprestado, posso apenas estatuir aquilo que eu mesmo, e os que me rodeiam, consideramos necessário para a existência de justiça. As melhores palavras para exprimir tais requisitos são as da Revolução

Francesa: «Liberté», «Egalité», «Fraternité». Elas significam: a liberdade de cada ser humano desenvolver livremente, em plenitude, as possibilidades humanas que traga em si; a igualdade pela qual o que é justo para A e B continua sendo justo quando as posições de A e B se invertem; e uma boa vontade, entre homem e homem, que não conheça outros limites além dos da própria humanidade. Esses grandes princípios de justiça significam, e exigem, que nenhuma pessoa, em virtude do poder pessoal de sua posição, constranja, por coação, a um pacto desonesto. A compulsão que a própria existência da comunidade e do Estado possa exigir deve ser exercida de maneira a não ocasionar nenhuma infração desnecessária da liberdade». (Págs. 104 e 105, 3ª ed. Cultrix, de «Cibernética e Sociedade — o Uso Humano de Seres Humanos»).

No caso dos autos, nem mesmo veio para o processo a listagem completa, mas segmentos dela. Conferindo os dois segmentos de resultados existentes no processo (fls. 22/24), verifiquei que nove dos candidatos tiveram alterada sua escolha, dos quais quatro, e entre eles o impetrante, de Arquitetura e Urbanismo, para outras opções. Corrigiu-se o primeiro resultado, porque conteria erros, isto é, vício de anulabilidade. Estou em que a administração poderia rever seu próprio ato e corrigi-lo, como o fez, revogando-o, implicitamente, pela edição de outro ato administrativo. Mas, como o primeiro produziu efeitos e não se demonstrou que o erro, em relação ao candidato, a contagem de pontos, também se efetivou de maneira incorreta, aquele ato jurídico deve ser, pelo menos quanto a ele, respeitado.

A manutenção do *statu quo* do impetrante não altera a situação de qualquer dos classificados em Arqui-

tetura e Urbanismo, porquanto já matriculados desde o ano passado e ocupando as vagas dentro dos limites máximo e mínimo de pontos, que se alega não haver atingido o impenetrante.

Esta Corte tem proclamado que as medidas liminares, em mandado de segurança, embora com pressupostos diferenciados, às vezes geram fatos e circunstâncias que, por sua vez, originam direitos, especialmente quando se trata de fatos de natureza seqüencial ou progressiva, como o cumprimento de etapas nos cursos escolares.

Aqui mesmo, nesta Turma, em decisão unânime, na Apelação em Mandado de Segurança nº 85.345-RN, de que fui Relator, o Acórdão ficou assim ementado:

«Administrativo — Ensino Superior — Curso de Férias — Matrícula Decorrente de Liminar em Mandado de Segurança.

1. Matriculados os impetrantes no Curso de Férias, por força de liminar, e uma vez cumpridas regularmente as exigências letivas do período, não teria qualquer sentido a revisão negativa do julgado, para desconstituição de situação fática consolidada pelo decurso do tempo, como a desfazer um lapso da vida, que «não anda para trás» (GIBRAN).

2. Sentença confirmada. Apelo improvido».

Assim, ainda que viciado estivesse o ato jurídico — o que, a meu ver, repita-se, não se demonstrou cabalmente — o tempo, para Von Thur e Walter Jellinek, citados em parecer de Francisco Campos, tem o condão de convalidar o ato administrativo, mesmo nulo ou irregular (Cf. Rev. de Direito Administrativo, vol. 83, pág. 381).

No caso dos autos, o ato que se diz praticado com erro, seria apenas anulável.

No autorizado dizer de Francisco Campos, «o tempo é um dos parâmetros da vida humana e talvez da massa cósmica, orgânica e inorgânica e, assim, não poderá também deixar de o ser dos direitos, quanto ao seu nascimento, às suas transformações e à sua extinção». (RDA, vol. 83/381). E tem o condão de convalidar situações jurídicas irregulares.

A administração pode rever os seus próprios atos, como o fez. Se o ato é nulo, não produz efeito algum e se trata de anulamento; mas se é anulável, por vício resultante de erro (Código Civil, artigo 147, II), trata-se de revogação, há efeitos a considerar, ressalvada, em qualquer caso, a apreciação judicial.

No caso dos autos, a apontada irregularidade não restou devidamente comprovada.

Comprovou-se, ao revés, que houve duas listagens de proclamação de resultado de concurso vestibular, produzidas por computador, como última fase da seleção dos candidatos. Esses atos, de responsabilidade da Comissão Permanente de Concursos Vestibular — COPEVE, são atos administrativos.

Do ponto de vista da existência, ambas as publicações são atos administrativos formais e perfeitos.

Do ponto de vista da eficácia, o primeiro ato, que se diz gerado com erro, sendo anulável, produziu efeitos — o direito à matrícula dos candidatos nas opções enunciadas.

Por todas essas considerações e especialmente tendo em vista que o eminente Relator, com a correção e honradez que o caracterizam, bem reconhece a existência, neste Tribunal, de duas correntes de interpretação a respeito da natureza jurídica da publicação de resultados de concurso vestibular por listagem de computador, prefiro ficar com aquela que se harmoniza com a linha do meu próprio pensamento, conforme

acredito haver demonstrado, isto é, de que se trata de ato administrativo, emanado do órgão competente, produzindo efeitos, vinculando a universidade ao que proclama, com todas as suas conseqüências, a primeira das quais é o direito à matrícula. E essa interpretação é desta própria Turma, no precedente citado, de que foi Relator o eminente Ministro Otto Rocha.

Parece-me, assim, que embora a administração possa rever os seus próprios atos, e até, em certos casos, deva fazê-lo *ex officio*, está sujeita ao controle judicial, no exame da legitimidade, ou não, em cada caso concreto, do seu procedimento.

Dou, portanto, provimento ao apelo, para restaurar a eficácia da medida liminar, que converto em definitiva, concedendo a segurança, acompanhando o voto do Sr. Ministro Peçanha Martins, com a devida vênia do Sr. Ministro Pereira de Paiva, Relator, a quem tanto prezo, e admiro.

É o meu voto.

VOTO VISTA

O Sr. Ministro Leitão Krieger: A divergência que se estabeleceu entre o voto do eminente Relator e o do eminente Presidente da Turma levou-me a pedir vista. É que, embora tenha prestado a máxima atenção na sessão em que entrou o feito em julgamento, o longo e minucioso voto do Ministro Washington Bolívar obrigou-me a pensar com mais vagar sobre os pontos de vista contrários.

Sr. Presidente, no entretanto, acompanhei, meditadamente, através a leitura, os votos em contraste, formando convicção a propósito da debatida matéria.

Sem dúvida, Sr. Presidente, no voto de V. Exa., elaborado com invulgar esmero, não se sabe o que mais

louvar: se a erudição, se a preocupação, sempre louvável, de propiciar uma solução humana em relação aos impetrantes.

Entretanto, Sr. Presidente, tenho para mim que o acolhimento à pretensão dos impetrantes abrirá sério e perigoso precedente na vida do ensino brasileiro. E tenho para mim que não se encontram, aqueles impetrantes, escudados nos melhores princípios jurídicos.

Não me convenceram os argumentos a que se apegam. Invocam a regra inserida no Manual do Candidato, fornecido pela impetrada, o qual esclarece que «em nenhuma hipótese haverá revisão de prova». Ora, tal prescrição, à evidência, é endereçada aos alunos, tomados individualmente, mas não à autoridade administrativa.

Contendo, como continha, a primeira lista de aprovados, erros técnicos de computação, a publicação dela, sem dúvida, com vício de tal porte, importou em ato nulo.

Em resumo. Admitindo que tal publicação importou em ato constitutivo de direito dos impetrantes, chegaríamos à conclusão de que o computador havia, preponderadamente, aprovado alunos que os professores, técnicos nas matérias, haviam reprovado.

Não me estenderei mais. Com a devida vênia, Sr. Presidente, fico com o precedente desta própria Turma, lançado no Mandado de Segurança nº 90.559, que já havia apreciado a matéria, também lá com a erudita oposição de V. Exa.

Acompanho o voto do eminente Relator, para negar provimento à apelação.

EXTRATO DA MINUTA

AMS nº 94.714 — Registro nº 3.333.019-MS — Rel.: O Sr. Ministro Carlos Thibau. Apelantes: Arquime-

des Leite de Andrade Sobrinho e outros. Apelada: Faculdades Unidas Católicas de Mato Grosso. Adv.: Dr. João Frederico Ribas.

Decisão: A Turma por maioria, negou provimento à apelação (Em 2-3-84 — 1ª Turma).

O Sr. Ministro Leitão Krieger votou com o Relator. Vencido o Sr. Ministro Washington Bolívar. Não compareceu por motivo de licença o Sr. Ministro Jarbas Nobre. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Washington Bolívar.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 95.104 — RS

(Registro nº 2.893.860)

Relator: O Sr. Ministro Pedro Acioli

Remetente: Juízo Federal da 4ª Vara — RS

Apelante: União Federal

Apelados: Nestor Barzenski e outro

Advogados: Drs. Ricardo Py Gomes da Silveira e outros

EMENTA

Tributário. Imposto de renda. Venda a prazo de ações. Disponibilidade de renda. CTN. Artigo 43. Decreto-Lei nº 1.510, artigo 1º.

Participação societária negociada a prazo. Caso em que somente haverá «lucro auferido», para efeito da tributação prevista no artigo 1º do Decreto-Lei nº 1.510, de 1976, quando houver pagamento do preço. Antes não existe capacidade contributiva, a legitimar a cobrança, pelo Fisco, do imposto. É razoável a interpretação neste sentido estabelecida por sentença que se mantém.

Improvemento da apelação e da remessa ex officio.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas.

Decide a 5ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, negar provimento ao recurso voluntário, bem como, à remessa de ofício, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 29 de fevereiro de 1984 (Data do julgamento) — Ministro **Moacir Catunda**, Presidente — Ministro **Pedro Acioli**, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Pedro Acioli: Interpretando o artigo 1º do Decreto-Lei nº 1.510, de 27 de dezembro de 1976, o ilustre Juiz a quo entendeu que o lucro auferido na alienação de participações societárias apenas acontece com a aquisição da disponibilidade da renda, circunstância que não ocorreu in casu, razão pela qual concedeu a segurança.

O MM. Juiz Federal assim relatou a espécie:

«Nestor Barzenski, qualificado na peça inicial de fl. 2, impetrou mandado de segurança contra ato

do Sr. Delegado da Receita Federal, em Caxias do Sul, alegando, em síntese, que em 3 de agosto de 1978 vendeu 198.693 (cento e noventa e oito mil, seiscentos e noventa e três) ações ordinárias nominativas, representativas do Capital Social de Barzenski S.A. Indústria de Móveis, com sede e Foro em Bento Gonçalves, a Barzenski — Administração e Participação Ltda., também estabelecida naquela cidade, ao preço de Cr\$ 4,50 (quatro cruzeiros e cinquenta centavos), por ação, perfazendo um total de Cr\$ 894.118,50 (oitocentos e noventa e quatro mil, cento e dezoito cruzeiros e cinquenta centavos). Na oportunidade, ficou estabelecido pela cláusula 3ª do contrato de compra e venda de ações que a cessionária se obrigaria a pagar o preço ajustado no prazo de dez anos de acordo com sua disponibilidade financeira.

Alega que diante daquele dispositivo contratual, a adquirente ainda não efetivou ao impetrante nenhuma parcela do preço ajustado pela compra e venda havida.

Ocorre que com base no artigo 1º Decreto-Lei nº 1.510/76 o impetrado tributou o impetrante no montante de Cr\$ 7.806,00 (sete mil, oitocentos e seis cruzeiros), correspondente ao imposto devido, correção monetária e multa incidente sobre o lucro resultante daquela alienação, ao argumento de que na espécie havia ocorrido o lucro auferido, embora não realizado, na forma estabelecida no artigo 1º do Decreto-Lei nº 1.510/76.

O impetrante após discorrer sobre questão de direito e até mesmo em apreciações de semântica, termina por pedir a medida liminar e ao final a concessão da segurança.

Instruiu o pedido com os documentos de fls. 12/32.

A medida liminar foi concedida à fl. 35.

À fl. 37, Felice Barzenski ingressou nos autos na qualidade de litisconsorte acostando os documentos de fls. 50/85, tendo sido admitido naquela qualidade processual à fl. 89.

A digna autoridade apontada como coatora apresentou suas informações às fls. 92/96 e 98/102 salientando que o ato atacado pela presente via mandamental não resulta ilegal porquanto foi ele produzido dentro do estabelecido pelo artigo 1º do Decreto-Lei nº 1.510/76.

A douta Procuradoria da República manifestou-se às fls. 104/109, terminando por pedir denegação da segurança». (Fls. 111/112).

Da sentença concessiva de segurança recorreu a União Federal, reeditando os mesmos argumentos anteriormente expostos, para afinal pleitear a reforma do **decisum**, cassando a segurança (fls. 120/123).

Contra-razões dos apelados Nestor Barzenski e Felice Barzenski, pela confirmação da decisão concessiva do **mandamus** (fls. 127/133).

As fls. 137/153, memorial dos recorridos.

Subindo os autos ao Egrégio Tribunal Federal de Recursos, a douta SGR opinou pelo provimento da apelação para julgar improcedente a ação de mandado de segurança (fls. 157/158).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Pedro Acioli (Relator): O cerne da questão está na interpretação a ser dada ao artigo 1º do Decreto-Lei nº 1.510, de 27 de dezembro de 1976, assim expresso:

«O lucro auferido por pessoas físicas na alienação de quaisquer participações societárias está su-

jeito à incidência do imposto de renda»

O ilustre Juiz Federal da Seção Judiciária do Rio Grande do Sul — Dr. Eli Goraieb, interpreta corretamente o dispositivo legal, ao considerar que a simples contratação da compra e venda das participações societárias, sem que as adquirentes apartassem o preço da *res negociata*, não constitui fato suficiente e previsto na lei como gerador da obrigação tributária.

Nesse sentido, a r. sentença monocrática, da qual merece destaque essas considerações:

«Conforme exposto no relatório, a divergência fundamental despon-ta do termo inserto no artigo 1º do Decreto-Lei nº 1.510/76 referente a lucro auferido. E esta divergência alcança uma conotação mais ampla quando se examina a decisão proferida pela digna autoridade impetrada quando pretendeu estabelecer uma dissemelhança entre lucro auferido e lucro realizado.

O fato é que lucro auferido e lucro realizado convergem sempre para o mesmo ponto inexistindo, a rigor, qualquer diferenciação de ordem prática capaz de merecer um exame mais aprofundado. Resta portanto saber se, no caso dos autos e na forma em que o impetrante vendeu as ações, se aquela transação estaria ou não sujeita ao imposto previsto na lei mencionada.

Rui Barbosa Nogueira, leciona que «o imposto sobre a renda tem como fato gerador a disponibilida-de econômica ou jurídica de uma renda ou de proventos de qualquer natureza». (In *Direito Tributário Brasileiro*, Editora Saraiva, 1971, pág. 5).

Segue-se que conforme notícia a peça inicial, o impetrante ainda

não possui qualquer disponibilida-de econômica ou jurídica dos valo-res resultantes da venda das ações. Em realidade, aqueles valo-res ainda não passaram a integrar o patrimônio econômico ou jurídico do mesmo impetrante, tanto mais que o mesmo deles ainda não pode dispor porquanto, dentro da forma contratual estabelecida existe um lapso de tempo a fim de que o seu crédito se aperfeiçoe. Assim, en-tendo que somente após o aperfeiçoamento e a concretização de seu crédito é que o fato gerador se tornar-á visível.

Dessa forma, não dispondo o impetrante na oportunidade do lançamento, de qualquer disponibilidade econômica ou jurídica, tenho por certo que o ato ora impugnado há que ser censurado». (Fls. 112/113).

Na linha de entendimento da r. sentença, têm-se as contra-razões e o bem estruturado memorial de fls. 138/158, dos apelados, sendo que do último merece destaque esses tópicos:

«A simples aquisição da disponi-bilidade jurídica sem a necessária aquisição da disponibilidade econô-mica, não tornaria exigível a pre-tensão da autoridade coatora de vez que a tributação dos ganhos de capital tem pressupostos especiais para a sua efetividade, segundo a lição que se colhe da doutrina.

A maior autoridade do País em relação aos aspectos tributários dos ganhos de capital, eminente professor Henry Tilbery, em seu trabalho «A Tributação dos Ganhos de Capital — 1978 — nas vendas de participações societárias pelas pes-soas físicas» ao apreciar o proble-ma das vendas a prazo assim con-cluiu:

«É o artigo 1º do diploma legal (referência ao Decreto-Lei nº 1.510/76) que diz que é o lucro auferido que está sujeito à incidên-

cia do imposto de renda. Enquanto as partes do preço de venda recebidos ainda não atingiram o custo de aquisição, não há lucro auferido.

Somente se e quando os recebimentos efetivos ultrapassarem o custo, haverá matéria tributável.

Dentro da sistemática vigente no ordenamento jurídico brasileiro, que adota na tributação das pessoas físicas pelo imposto de renda a base de caixa («Cash Basis»), como também em obediência ao critério do ganho realizado, que é aplicável para tributação de ganhos de capital consideramos o elemento temporal do fato gerador dessa espécie de tributação como completado na medida exata em que as parcelas do preço de venda efetivamente recebidas na totalidade excederem o custo global da participação alienada. (Referência nossa e destaque do original).

In Sociedade por Ações — Estudo nº 10 — «A Tributação dos Ganhos de Capital — 1978 — nas vendas de participações societárias pelas pessoas físicas» — Henry Tilbery — Editora Resenha Universitária São Paulo — 1978 — pág. 587.

Assim observamos que a tributação dos ganhos de capital depende não só da aquisição da disponibilidade jurídica da renda, mas também da aquisição da disponibilidade econômica, face à lei tributar o lucro auferido na alienação de participações societárias.

Enquanto não houver pagamento do preço, não haverá ganho e, portanto, ilegítima a posição da autoridade coatora, porque lesiva ao direito líquido e certo dos apelados de serem tributados com base no lucro auferido, consoante o artigo 1º do Decreto-Lei nº 1.510/76.

Por outro lado e após o oferecimento das contra-razões de apelação, o Diário da Justiça de 12 de agosto do corrente ano, fls. 7542/7543, publicou despacho do Sr. Ministro Aldir G. Passarinho que negou seguimento ao Recurso Voluntário intentado pela União Federal, na Apelação Cível nº 55.389-RJ — Registro nº 3.069.354 onde tomaram conhecimento os apelados de importante posicionamento jurisprudencial adotado por essa Colenda 5ª Turma do Tribunal Federal de Recursos e pela Segunda Seção desse Tribunal acerca da interpretação e alcance do artigo 43 do Código Tributário Nacional (doc. anexo), cuja ementa, é transcrita:

«Tributário. IR. Disponibilidade de Renda. Inteligência do artigo 43 do CTN.

A disponibilidade econômica ou jurídica implica a possibilidade de entrega da coisa (artigos 675 e 676 do Código Civil), pressuposto indispensável à interpretação do artigo 43 do CTN. Quem apenas possui o título de crédito está em condições de vir a possuir renda, mas não possui renda».

Reproduzindo voto do Ministro Justino Ribeiro proferido em anterior decisão e depois utilizado para justificar o voto exarado na Apelação Cível supramencionada, é conclusivo e cabal o entendimento prevalente na 5ª Turma, a saber:

«Vê-se que o Código fala em disponibilidade da renda. Ora, mesmo que se possa extrair alcance prático da distinção doutrinária entre disponibilidade jurídica e econômica, é certo que qualquer delas só se compreende com a possibilidade, que lhes é imanente, da entrega da coisa (artigos 675 e 676 do Código Civil), o que pressupõe, no disponente, a posse dessa mesma coisa. Não é este o caso dos autos,

pois o que está provado, inclusive pericialmente (fls. 453/454), é que a venda das ações ao Grupo Klabin foi feita a prazo, sendo a primeira parcela paga no ato e as demais a espaços de seis (6) meses.

É evidente, pois, que a apelação só foi adquirindo a disponibilidade dessas parcelas e da mais valia ou renda nelas contida à medida que as foi recebendo. Antes disto, tinha ela apenas o direito de crédito a essas parcelas, título certamente disponível, mas que não se confunde com o conceito de renda de que trata o CTN. Quem apenas possui título de crédito está em condições de vir a possuir renda, não possui renda».

A simples contratação da compra e venda das participações societárias, tal como praticaram os apelados, sem que as adquirentes aportassem o preço da res negociada não é, como demonstrado, fato suficiente e previsto em lei como gerador da obrigação tributária.

A aquisição da disponibilidade da renda implica necessariamente na aquisição da disponibilidade jurídica ou econômica, o que não ocorrerá à época da autuação praticada pela autoridade coatora.

Os entendimentos do Tribunal Federal de Recursos e as razões dos apelados convergem para a conclusão de que o imposto não é devido enquanto não concretizada a obrigação tributária, e esta acontece quando o contribuinte adquire a disponibilidade da renda. Nunca através de pretendida «aquisição de disponibilidade jurídica do lucro», como quis o Sr. Delegado da Receita Federal em Caxias do Sul. O lucro, aliás, foi apurado quando da contratação do negócio, todavia só seria auferido por ocasião do recebimento do preço, quando da

aquisição da disponibilidade econômica do lucro como sustentaram os apelados, quando da aquisição da disponibilidade da renda conforme manifestação da jurisprudência. Como se vê, são concepções convergentes acerca do momento da ocorrência do fato gerador da tributação dos ganhos na alienação de participações societárias, o que vem robustecer e confortar o pedido dos apelados.

Assim, vamos verificar que o fato impositivo eleito pelo artigo 1º do Decreto-Lei nº 1.510/76 — lucro auferido na alienação de participações societárias — apenas acontece com a aquisição da disponibilidade da renda. Tributar o contribuinte antes da ocorrência do fato gerador previsto para a espécie é afrontar o artigo 43, combinado com o artigo 116 do Código Tributário Nacional, razão pela qual o ato da autoridade coatora, ora recorrente, deve ser censurado». (Fls. 146/152).

À vista do exposto, nego provimento ao recurso voluntário, bem assim à remessa oficial, para confirmar a sentença pelos seus próprios e jurídicos fundamentos.

É o voto.

EXTRATO DA MINUTA

AMS nº 95.104 — RS — Registro nº 2.893.860 — Rel.: O Sr. Ministro Pedro Acioli. Remetente: Juízo Federal da 4ª Vara-RS. Apelante: União Federal. Apelados: Nestor Barzenski e outro. Advogados: Drs. Ricardo Py Gomes da Silveira e outro.

Decisão: Por unanimidade, negou-se provimento ao recurso voluntário, bem como, à remessa de ofício. (Em 29-2-84 — 5ª Turma).

Os Srs. Ministros Geraldo Sobral e Moacir Catunda, votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Moacir Catunda.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 95.649 — SP
(Registro nº 4.081.030)

Relator: O Sr. Ministro Sebastião Reis

Apelante: Equipamentos Clark Ltda.

Apelado: Banco Central do Brasil

Advogados: Drs. Sônia Castro Valsechi e outros e Dra. Teresinha Castilho Nova

EMENTA

Tributário. IOF. Tratado do GATT. Parte II e artigos III e VIII.

In casu, na composição da hipótese de incidência respectiva, não se inclui a importação, produção, circulação ou consumo de mercadoria, ou consideração de tratar-se de produto, nacional ou estrangeiro, residindo o fato-tipo numa operação de câmbio, desinfluente a realidade subjacente que deu origem ao contrato respectivo, e, nesse contexto, não há relacionar-se o IOF com tratamento discriminatório do produto estrangeiro, ou protecionista do produto nacional, princípio que embasa a Parte II, artigo III do Tratado.

A todo modo, a similaridade reclama análise comparativa e técnica, segundo padrões próprios (artigo 18 do Decreto-Lei nº 37/66) prova inexistente nos autos.

O artigo VIII, nº 4, letra d não inclui os impostos em geral, mas disciplina somente os emolumentos e formalidades referentes à importação ou exportação de tributos vinculados, limitados ao custo aproximado dos serviços prestados. (Manual de Atos Internacionais, publicação da Secretaria da Receita Federal).

O IOF não representa instrumento de proteção ao produto nacional, mesmo por via oblíqua, de um lado, porque se trata de imposto cuja hipótese normativa não se identifica com fato econômico-jurídico relativo a mercadorias nacionais ou estrangeiras, ou compra e venda internacional, e, de outro, porque a incorporação ao preço do produto importado do seu quantum é fato simplesmente econômico, ligado à lei da oferta e procura, e não, jurídico.

Negou-se provimento ao recurso voluntário.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas.

Decide a 5ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, negar provimento ao recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas

constante dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 24 de novembro de 1982 (Data de julgamento) — Ministro **Moacir Catunda**, Presidente — Ministro **Sebastião Reis**, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sebastião Reis: Adoto o relatório da sentença recorrida, verbis (fls. 120/1):

«Equipamentos Clark Ltda., qualificada à fl. 2, impetra o presente mandado de segurança contra ato do Senhor Chefe do Departamento Regional do Banco Central do Brasil em São Paulo, alegando, em síntese, que importou mercadorias de países signatários do Acordo Geral Sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio — GATT, para as quais pretende fechar câmbio para pagamento total dos valores correspondentes; que, todavia, o impetrado irá exigir o recolhimento do imposto previsto no Decreto-Lei nº 1.783/80, modificado pelo Decreto-Lei nº 1.844, de 30 de dezembro de 1980, sobre a operação de câmbio a ser efetivada; que, todavia, tal exigência é ilegal, por violar disposições do mencionado acordo internacional que proíbem qualquer discriminação entre os produtos nacionais e os importados; que a exigência em tela, outrossim, constitui gravame imposto unilateralmente pelo governo brasileiro, onerando a importação com encargos superiores aos direitos aduaneiros vigentes, o que igualmente não é permitido pelo GATT, que deve prevalecer sobre a legislação interna, nos termos do artigo 98 do Código Tributário Nacional, tudo conforme exposto longamente na inicial. Requer a impetrante, assim, a segurança, para que não seja

compelida a pagar o tributo exigido. Com a inicial de fls. 2/7, vieram os documentos de fls. 8/109.

Processado o pedido sem liminar (fl. 111), requisitadas as informações (fl. 112), prestou-as a autoridade apontada como coatora (fls. 114/118), sustentando a legitimidade da exigência impugnada.

O Ministério Público Federal, oficiando nos autos, opinou pela denegação da segurança, (fl. 119)».

O MM. Juiz Federal a quo, o culto magistrado Dr. Fleury Antonio Pires, às fls. 121/2, negou a segurança, seguindo-se apelo da impetrante, resposta do impetrado, e, neste Tribunal, parecer da Ilustrada Subprocuradoria-Geral da República.

É o relatório.

VOTO

O Senhor Ministro Sebastião Reis (Relator): A r. sentença de primeiro grau, após fixar a natureza preventiva do pedido e afastar a ocorrência de impetração contra a norma em tese, bem como assentar a idoneidade constitucional do decreto-lei para instituir o imposto enfocado, afirma que o Tratado em apreço deve ser interpretado sistematicamente, e os seus artigos III e VIII não podem ser vistos isoladamente, mas conjugadamente aos artigos XV e XIII à luz dessa premissa: sustenta que o Acordo Geral, relativamente à matéria de câmbio, estabelece a possibilidade de medidas pelas partes contratantes que escapam à observância rígida das regras gerais; outrossim, inexistente o tratamento discriminatório alegado na inicial, de vez que o IOF incide sobre quaisquer operações de câmbio, irrelevante a operação determinante, seja mercadoria, produto, serviços, transferência de tecnologia, não sendo tributo sobre importação ou compra e venda internacional; por fim, apoiando-se em

voto do Ministro Rodrigues Alckimin, no julgamento do RE nº 80.004, admite a inconstitucionalidade do artigo 98 do CTN, por importar em comprometer, para o futuro, a soberania nacional, acabando, sob tais pressupostos, por negar a segurança.

A apelante, em suas razões, opõe que os artigos XV e XII referidos na sentença autorizam simplesmente medidas restritivas das importações, em volume ou valor, para evitar a redução ou exaustão das reservas monetárias, ou para aumentá-las, mas não autorizam a criação de imposto sobre câmbio, e que o tributo em causa integrará o preço dos produtos importados, colocando-os em desfavor com o similar nacional.

Posta a controvérsia nesses termos, inicialmente, é de assentar-se que, sem embargo da ampla controvérsia doutrinária em torno da convivência das ordens jurídicas internacional e interna, com evidente relativismo e pragmatismo dos princípios adotados, como se vê do douto debate travado no Alto Pretório, ao ensejo do julgamento proferido no RE nº 80.004, em sessão plenária, e RE nº 71.154, RTJ 58/70, RTJ 83/809, divergência que se projeta, por igual, na literatura do Direito Tributário, segundo se colhe da consagrada obra de Ottomar Bühler «Principios de Derecho Internacional Tributario», o certo é que nos domínios desse ramo do direito entre nós, após a edição do Código Tributário Nacional, tendo em conta o seu artigo 98, a orientação vencedora é no sentido da prevalência da norma de direito internacional sobre a interna, anterior ou posterior, conforme se induz, em especial, da decisão da Corte Maior tomada no RE nº 90.824 (RTJ 95/390) neste Tribunal no AMS nº 69.746, Rel.: Ministro Dé-

cio Miranda (DJ 11-6-73); AMS nº 74.592, Rel.: Ministro Aldir Passarinho, (DJ 25-6-75), REO nº 75.061, Rel.: Ministro Armando Rollemberg (DJ 18-6-85); REO nº 75.181, Rel.: Ministro Jorge Lafaiete, (DJ 12-3-75, e de José Carlos Faleiro (Coleção Tributária de Direito — II/72); Alberto Xavier (Dir. Tributário Internacional do Brasil, pág., Baleeiro (Dir. Tributário Brasileiro, pág. 411/2), descabendo objetar-se com a Súmula nº 88, pois ali, em consonância ao referido no MS nº 5.798 (DJ 11-9-58) houve autorização do órgão internacional.

No caso concreto, contraverte-se acerca da legitimidade da exigência do IOF, instituído pela legislação já referida, em face do Tratado do GATT, artigo II, b, III e VIII, tese negada pela impetrante, e afirmada pelas informações e pela sentença.

O Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio — GATT (General Agreement Tariffs and Trade) tem sido objeto de estudo nas várias dimensões que envolve, conforme se verifica, entre nós, uma perspectiva mais ampla, Celso Lafer (Enciclopédia Saraiva do Direito, 38/364, verbe GATT; A Nova Ordem Mundial num Sistema Internacional em Transformação — Rev. Bras. de Estudos Políticos 55/7), Hamilton Dias de Sousa (Estrutura do Imposto de Importação no CTN págs. 96/100) em Hely Meirelles (Estudos e Pareceres do Dir. Públ. I/312), numa visão mais estritamente fiscal.

Esse último jurista, no trabalho ora indicado, com o poder de síntese que o singulariza, esboçou a estrutura do Tratado nesses termos:

«Esse Acordo apresenta duas partes bem diferenciadas: a Parte I sobre direitos de importação; a

Parte II, sobre tributos do comércio interno e outras normas mercantis. Na parte tarifária, o GATT estabelece as vantagens aduaneiras propriamente ditas, consistentes no tratamento da nação mais favorecida (artigo 1º) e na limitação das imposições alfandegárias a incidir sobre as mercadorias importadas das Nações Pactuantes, favores esses só concedidos aos produtos especificados nas respectivas listas nacionais (artigo 2º).

Na parte do comércio (Parte II) o GATT impõe para todas as mercadorias importadas das Nações Pactuantes a igualdade de tratamento tributário com os produtos similares nacionais, não podendo recair sobre aquelas quaisquer imposições internas não incidentes sobre estes (artigo 3º). Ainda nesta Parte II, outras garantias do comércio são asseguradas aos produtos estrangeiros procedentes dos países signatários do GATT, a saber: o impedimento do monopólio a liberdade do trânsito e a limitação das imposições internas «anti-dumping».

Como se vê, o GATT, nas suas cláusulas normativas, estabeleceu vantagens de duas ordens para as Nações Pactuantes: a primeira, relativa à importação, restrita à mercadorias especificadas nas listas individuais de cada Nação; a segunda, concernente ao comércio, extensiva, indiscriminadamente, a todos os produtos importados dos países integrantes do Acordo. Bem diferenciadas, portanto, ficaram as vantagens de importação das vantagens de comércio. Para a importação, o GATT só assegura favores aduaneiros aos produtos constantes das listas individuais de cada Nação Pactuante; para o comércio, é assegurado a toda e qualquer mercadoria importada de

País signatário do Acordo o mesmo tratamento fiscal dado ao produto nacional similar» (págs. 312/3).

Na espécie, descabe inserir a hipótese na Parte I — vantagens de importação — seja porque não há falar-se em aplicação da cláusula da nação mais favorecida, seja porque o perfil jurídico-tributário do IOF (CF artigo 21, VI) não se identifica com o do imposto aduaneiro (CF artigo 21, I) nem lhe é adicional, com vista à limitação das imposições alfandegárias às mercadorias especificadas nas respectivas listas nacionais.

Resta, então, examinar-se a matéria, no quadro da Parte II, atinente à igualdade de tratamento tributário com os produtos similares nacionais.

Nesse particular, primeiramente, acentue-se que *in casu* na composição da hipótese de incidência respectiva não se inclui a importação, produção, circulação ou consumo de mercadoria, ou consideração de tratar-se de produto, nacional ou estrangeiro, residindo o fato-tipo numa operação de câmbio, desinfluyente a realidade subjacente que deu origem ao contrato respectivo.

Nesse contexto, não há relacionar-se o IOF com tratamento discriminatório do produto estrangeiro, ou protecionista, do produto nacional, princípio que embasa a Parte II, artigo III do Tratado.

A todo modo, a similaridade reclama análise comparativa e técnica, segundo padrões próprios (artigo 18 do Decreto-Lei nº 37/66) prova inexistente nos autos.

Argumenta-se, ainda, que, no caso, seria invocável o artigo VIII do Tratado, nº 4, d, dispositivo que na redação aprovada pela Lei nº 4.138, de 17-9-62, tem a seguinte redação, con-

forme consta do Manual de Atos Internacionais, publicação da Secretaria da Receita Federal:

«Todos os emolumentos e encargos, de qualquer natureza que sejam, exceto os direitos de importação e exportação e taxas mencionadas no artigo III, percebidas pelas partes contratantes na importação ou exportação ou por ocasião da importação ou da exportação, serão prestados e não deverão constituir uma proteção indireta dos produtos nacionais ou das taxas de caráter fiscal sobre a importação ou sobre a exportação.

b) As partes contratantes reconhecem a necessidade de restringir o número e a diversidade dos emolumentos e encargos a que se refere a alínea a.

c) As partes contratantes reconhecem igualmente a necessidade de reduzir a um mínimo os efeitos e a complexidade das formalidades de importação e exportação e de reduzir e simplificar as exigências em matéria de documentos requeridos para a importação e exportação.

.....

As disposições do presente artigo se estenderão aos emolumentos, taxas, formalidade e exigências impostas pelas autoridades governamentais em conexão com a importação e exportação, inclusive no que disser respeito:

.....

d) ao controle de câmbio».

Recolhe-se da transcrição indviduosamente que a norma invocada não inclui os impostos em geral mas disciplina somente os emolumentos e formalidades referentes à importação ou exportação e tributos vincula-

dos; limitados ao custo aproximado dos serviços prestados.

Outrossim, descabe argüir-se que o IOF, por via indireta ou oblíqua, represente instrumento de proteção ao produto nacional, com violação do § 2º do artigo III transcrito à fl. 5, de um lado, porque, como já antecipado, trata-se de imposto cuja hipótese normativa não se identifica com fato econômico-jurídico relativo a mercadorias nacionais ou estrangeiras, ou compra e venda internacional, e, de outro, porque, a incorporação ao preço do produto importado do seu **quantum** é fato simplesmente econômico, ligado à lei da oferta e procura, e não jurídico.

Em síntese, entendo que o legislador, ao instituir a tributação sobre operações de câmbio, como já o fizera sobre as outras cédulas — operações de crédito e seguro — não pretendeu especificamente proteger o mercado interno, tanto assim, que o imposto incide também sobre o câmbio contratado para pagamento de serviços, transferências de tecnologia, turismo etc.

Por tudo quanto foi aduzido e deduzido, nego provimento ao recurso voluntário para manter a sentença apelada.

EXTRATO DA MINUTA

AMS nº 95.649 — SP — Registro nº 4.081.030) — Rel.: O Sr. Ministro Sebastião Reis. Apte.: Equipamentos Clark Ltda. Apdo.: Banco Central do Brasil. Advs.: Drs. Sonia Castro Valsechi e outros, e Teresinha Castilho Nova.

Decisão: A Turma, por unanimidade, nego provimento ao recurso, (Em 24-11-82 - 5ª Turma).

Os Srs. Ministros Pedro Acioli e Moacir Catunda, votaram de acordo com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro **Moacir Catunda**.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 96.517 — RJ
(Registro nº 4.332.806)

Relator: O Sr. Ministro Sebastião Reis

Apelante: All Nations Trading Corporation

Apelada: União Federal

Advogados: Dr. Luiz Zveiter e outro e Dr. Raul Chaves (Apte.)

EMENTA

Tributário. Imposto de importação. Perdimento do bem. Incompetência do Juiz.

Rejeitada a arguição de incompetência absoluta do prolator da sentença, porque de jurisdição cível.

Não demonstrada a aplicação da pena de perdimento ou de designação de data para o leilão respectivo, a impetração só pode ser examinada num quadro confinado à legitimidade da autuação e apreensão.

Determinado à autoridade requerida promova a instrução regular do procedimento fiscal instaurado, assegurando-se à impetrante o direito de defesa, resguardado em lei.

Deu-se provimento parcial, nos termos enunciados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas:

Decide a 5ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, preliminarmente, rejeitar a alegação de incompetência **ratione materiae** e, de **meritis**, dar provimento parcial ao recurso para que a autoridade impetrada assegure à impetrante a instrução regular do processo na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 1 de dezembro de 1982 (Data do julgamento) — Ministro **Moacir Catunda**, Presidente — Ministro **Sebastião Reis**, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sebastião Reis: All Nation Trading Corporation, empre-

sa sediada em Miami, impetra mandado de segurança contra ato do Inspetor da Receita Federal no Aeroporto Internacional do Rio de Janeiro e do Supervisor do Grupo nº 91, da mesma Inspetoria, visando a que sejam liberadas as mercadorias indevidamente retidas, para o retorno respectivo ao país de origem, em face do distrato do negócio determinado pela apreensão ora atacada.

Consoante o exposto na inicial, a impetrante, no exercício de sua atividade mercantil, ajustou a venda de produtos de sua linha comercial com as firmas Instrumental e Eletrônica Internacional e Flag Importação e Exportação, a serem entregues, respectivamente, no Uruguai e Paraguai, remessa processada pela Varig S.A., conforme manifesto próprio estabelecido o transbordo no Rio de Janeiro para a Air France, levada a carga para o aeroporto de Carrasco, mercadorias acondicionadas em «i-

gloos» ou «containers», tendo sido surpreendida com a retenção ilegal das mesmas pela aduana brasileira, quando de seu trânsito para outro país, não tendo conseguido qualquer esclarecimento das autoridades coatoras, a não ser cópia da «Comunicação» à transportadora, onde era consignada a retenção ora impugnada; o procedimento fiscal em causa não pode prosperar, pois a mercadoria de procedência estrangeira só está sujeita à fiscalização aduaneira quando destinada ao mercado nacional não alcançando os produtos em simples trânsito pelo território brasileiro, regularmente despachados, no porto de origem, acondicionadas em volumes próprios (doc. 6,6A, 7 e 7A), acobertados pelo respectivo manifesto de carga (Doc. n.º 3) e conhecimentos aéreos (Docs. n.ºs 4 e 5), com destino a porto de outro território, cautelas que as tornam imunes à ação fiscal da aduana brasileira, como deflui do § 1.º do artigo 1.º da Lei n.º 3.244/57; lembra, ainda, a impertinência do artigo 23 do Decreto-Lei n.º 1.455/76, que tem por pressuposto a incidência do Imposto de Importação, incorrente na espécie.

Foram prestadas as informações de fls. 66 e seguintes pelo Inspetor da Receita Federal no Aeroporto, opondo a ilegitimidade ativa da impetrante, porque a venda se processou sob a cláusula FOB, e, no mérito, argúi a regularidade da autuação, com assento no inciso I do artigo 105 do Decreto-Lei n.º 37/66, e, reportando-se aos termos do auto lavrado, sustenta que as circunstâncias ali descritas demonstram fraude no comportamento da impetrante, acentuando, ainda, a competência da fiscalização para inspecionar quaisquer trânsitos pelo território nacional, mesmo regulares, quanto mais, irregulares, segundo ocorre *in casu*, invocando o capítulo II do Título III do Decreto-Lei n.º 37/66.

O MM. Juiz Federal, Dr. José Gregório Marques, em sua r. sentença de fl. 86, denegou a segurança.

Apela a impetrante e com a resposta da União, neste Tribunal, a ilustrada Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pela confirmação do julgado.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Sebastião Reis (Relator): Insurge-se a impetrante contra a r. sentença apelada, opondo, preliminarmente, a incompetência, absoluta *ratione materiae* do MM. Juiz Federal a quo, fazendo-o com fulcro no artigo 61 da Lei n.º 5.010/66, Provimento 121 do Conselho da Justiça Federal e artigo 111 do CPC, tendo em vista a especialização de Vara na Seção Judiciária do Rio de Janeiro, para a matéria criminal, inclusive mandado de segurança relativo à apreensão de mercadorias entradas ou saídas irregularmente no país, e, ainda, nulidade do procedimento fiscal que lhe impôs a pena de perdimento da mercadoria, por não lhe ter sido ali assegurado o direito de defesa; no mérito, reforçou as alegações da inicial, insistindo em que, na espécie, se cuida de mercadorias estrangeiras, em trânsito regular pelo território nacional, saídas do porto de Miami devidamente embaladas em recipientes adequados, acompanhadas da documentação própria, em especial, o manifesto de carga, onde se consignava seu destino e as condições de transbordo, transportadas pela empresa VARIG S.A., que se encarregaria de sua transferência para empresa congênera que as levaria aos portos de destino, no Paraguai e Uruguai, em cumprimento aos contratos celebrados com as firmas estabelecidas nesses países, já indicadas, sendo insubsistente as premissas assentes no julgado recorrido, no sentido de que as mercado-

rias não se encontravam em trânsito regular pelo território brasileiro, por desacompanhadas de manifesto de carga, não estarem etiquetadas e terem sido despachadas sem identificação, num quadro de fraude; ou, trossim, se as mercadorias foram desviadas para o depósito da companhia transportadora, esse é que deveria ser apenado pelo cometimento irregular, e não a exportadora, que de nenhum modo participou do evento; por igual, ignora-se quem abriu os recipientes, por ordem de quem — se da fiscalização ou da transportadora — sendo certo que a fatura a que aludem as informações foi expedida por outra exportadora, para outra importadora, nada tendo a ver com a hipótese em foco, desconhecendo-se a origem e as circunstâncias do seu inesperado aparecimento.

No tocante à arguição de incompetência absoluta *ratione materiae*, do prolator da sentença recorrida, dispõe o artigo 61 da Lei nº 5.010/66:

«Na Seção em que houver Varas da Justiça Federal especializadas em matéria criminal, a estas caberá o processo e o julgamento dos mandados de segurança e de quaisquer ações ou incidentes relativos à apreensão de mercadorias entradas ou saídas irregularmente no país, ficando o Juízo preventivo para o procedimento penal do crime de contrabando ou descaminho (CP artigo 334).»

Consoante se colhe do texto transcrito, a extensão da competência à Vara Criminal, no caso de mandado de segurança ali cogitado, funda-se na interpenetração ocorrente, na hipótese, entre a jurisdição penal e a cível, com vista a evitar-se conflito de decisões, numa e noutra espécie.

In concreto, quer ao tempo do ajuizamento da impetração ou no seu curso perante o Juízo *a quo*, seja posteriormente e até esta altura, não

há notícia de instauração da ação penal, ou mesmo de abertura de inquérito policial, à conta do crime previsto no art. 334 do Código Penal, tudo mostrando que até agora o ilícito tributário acaso verificado não se projetou na jurisdição penal, tendo ficado confinado nos limites do Juízo Cível.

De outra parte, ambas as jurisdições são autônomas entre si, e só se comunicam e se condicionam nas hipóteses definidas em lei, nada impedindo que o ilícito se exaure no círculo da responsabilidade fiscal, sem ampliar-se para a órbita penal, por falta de tipicidade.

A luz dessas considerações e atendendo a que a competência para processar e julgar mandado de segurança, como regra geral, se insere no Juízo Cível, o seu deslocamento para o criminal constitui norma de exceção, e, como tal, deve ser interpretada estritamente, e, em face das particularidades assinaladas, rejeito a arguição de incompetência do Juízo sentenciante.

No atinente à segunda preliminar levantada de que a pena de perdimento ora comisso lhe teria sido aplicada, sem o devido procedimento legal, em ordem a assegurar-lhe o direito de defesa em processo regular, as informações consignam a lavratura do respectivo auto de infração em 21-9-81, desconhecendo-se, no entanto, se o mesmo foi depois regularmente instruído.

A assertiva da impetrante de que não fora intimada da autuação pode ser admitida, pois o auto apenas descreve os fatos apurados, sem referi-los a responsável conhecido, limitando-se a comunicar a retenção à transportadora; ocorre, todavia, inexistir prova da aplicação da pena de comisso, seja porque o auto por si só, não é instrumento idôneo para tanto, e, assim, se limitou a capitular a infração e apontar, a pena co-

ladas como cabíveis, seja porque se efetivada posteriormente, por autoridade competente ou incompetente, a própria impetrante seria a primeira a trazer tal circunstância para os autos, o que não se verificou.

Sublinhe-se, aliás, que a autoridade competente para decretar o perdimento seria o Sr. Ministro da Fazenda, sujeito à jurisdição do Plenário desta Corte, e não a apontada como coatora, sob a competência do Juízo de primeiro grau.

Em face desses aspectos assinalados, não demonstrada a aplicação da pena alegada ou da designação de data para o leilão respectivo, a impetração só pode ser examinada num quadro confinado à legitimidade da autuação e apreensão.

Nessa ordem de idéias extrai-se das informações que o auto respectivo foi lavrado nesses termos (fl. 67):

«No dia vinte e um de setembro de 1981, no exercício das funções de Fiscal dos Tributos Federais, na zona interna ao Aeroporto Internacional do Rio de Janeiro, verifiquei que dois «containers» foram descarregados da aeronave PPMVQ, da VARIG, procedentes de Miami, e conduzidos em direção ao Terminal de Carga Aérea. Verifiquei, ainda, que na parte externa dos referidos «containers» estava escrito «MVD» (Montevideo), pelo que deveriam os mesmos, fechados como se achavam, dar entrada no citado terminal mediante formal «atracação». Não obstante, foram os «containers» em causa desviados para o depósito da companhia transportadora onde já abertos e manipulados foram apreendidos pela Fiscalização, oportunidade em que se apurou que toda a carga se achava desacompanhada de documentação e que não havia nos volumes, como de regra, qualquer indicação a ela relativa, salvo uma fatura que instrui o presente auto

de infração, correspondente a um dos itens da carga, através da qual se confirmou a supeita de que se tratava de uma tentativa de introdução clandestina de mercadoria estrangeira no país. Pelo exposto, configurado o ilícito a que se refere o item I do artigo 105 do Decreto-Lei nº 37/66, lavro o presente auto de infração para que se faça aplicar sobre a mercadoria a pena de perdimento, nos termos do inciso IV e parágrafo único do artigo 23 do Decreto-Lei nº 1.455 de 7-4-76».

Como se induz do corpo do auto transcrito, a assertiva básica da impetrante de que as mercadorias remetidas estavam acompanhadas de manifesto de carga, junto à inicial (fl. 20) briga com a afirmativa fiscal em contrário, encampada pelas informações; outrossim, a matéria fática emergente dessa peça é complexa, reclamando prova adequada.

De outra parte, ao que tudo indica, a instrução do processo administrativo restou prejudicada, ou suspensa, por falta de elementos concludentes, quanto à identificação do responsável, em face das deficiências assinaladas na autuação, sendo certo que, nessas circunstâncias, efetivada a retenção, cabia à ora impetrante tomar as iniciativas próprias, perante o órgão fiscalizador, sob pena de dar-se a mercadoria como abandonada.

No caso concreto, não há prova objetiva de que a requerente haja providenciado, perante a repartição aduaneira, a liberação em causa, ou se tenha apresentado para defesa de seus direitos, em ordem a desencadear a instrução administrativa do processo.

Nesse contexto, atendendo a que a única peça administrativa trazida a essa impetração é a do auto já lido, e que não há elementos seguros que autorizem concluir-se por qualquer

desfecho positivo de autuação ou mesmo que haja ocorrido sua instrução, e, de outro lado, considerando que descabe ao Judiciário impedir o andamento do processo fiscal, até a decisão administrativa correspondente, e que a impetrante se identifica aqui e agora como proprietária das mercadorias retidas, nesta altura, entendo resta ao julgador determinar à autoridade requerida promova a instrução regular do procedimento fiscal instaurado, assegurando à requerente o direito de defesa resguardado em lei procedente, para tanto, à sua intimação, na forma legal, assegurando-se à impetrante a instrução regular do procedimento fiscal instaurado.

Dou provimento parcial ao pedido, nos termos enunciados.

EXTRATO DA MINUTA

AMS nº 96.517 — RJ — Registro nº 4.332.806 — Rel.: Sr. Ministro Sebastião Reis — Apte.: All Nations Trading Corporation — Apda.: União Federal — Advs.: Drs. Luiz Zveiter e outro e Raul Chaves. Sustentação Oral pela Apelante: Dr. Raul Chaves.

Decisão: A Turma, por unanimidade, preliminarmente, rejeitou a alegação de incompetência *ratione materiae* e, *de meritis*, deu provimento parcial ao recurso para que a autoridade impetrada assegure à impetrante a instrução regular do processo. (Em 1-12-82 — 5ª Turma)

Os Srs. Ministros Pedro Acioli e Moacir Catunda votaram de acordo com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Moacir Catunda.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 96.831 — RJ (Registro nº 2.534.673)

Relator: O Sr. Ministro Adhemar Raymundo

Apelante: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil

Apelado: Tarzan Patrício Bandeira

Remetente: Juízo Federal da 6ª Vara

Advogados: Drs. Hermann Assis Baeta e Afonso Lins de Oliveira

EMENTA

Mandado de segurança.

Ordem dos Advogados. Inscrição. Oficial da Fazenda. As suas atribuições não tipificam incompatibilidade para o exercício da advocacia, ante a inexistência de atividade de caráter fiscalizador.

Sentença confirmada.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas.

Decide a 3a. Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, negar provimento à apelação, na forma do relatório e notas taqui-

gráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 24 de fevereiro de 1984 — (Data do julgamento) — Ministro Carlos Madeira, Presidente — Ministro Adhemar Raymundo, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. **Ministro Adhemar Raymundo** (Relator): Tarzan Patricio Bandeira, bacharel em Direito, Oficial da Fazenda do Município do Rio de Janeiro, impetrou mandado de segurança contra ato do Sr. Presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, que lhe negou inscrição como advogado.

Sustentou o impetrante que requereu sua inscrição originária no Quadro de Advogados na Seccional da OAB-RJ, mas lhe foi indeferido o pedido, com fundamento no artigo 84, inciso IV, da Lei nº 4.215/63, por entender aquele órgão ser o cargo ocupado pelo impetrante incompatível com o exercício da advocacia.

Do indeferimento, recorreu o impetrante para o Conselho Federal da OAB, que negou provimento ao recurso.

Sem liminar, foram solicitadas as informações, que as prestou a autoridade impetrada, argüindo, preliminarmente, o descabimento da segurança, por ausência de direito líquido e certo; no mérito, sustentando que a própria nomenclatura do cargo que exerce o impetrante, por si só, demonstra a incompatibilidade prevista no inciso VII, do artigo 84, do Estatuto da Ordem.

O Ministério Público emitiu parecer pugnando pela denegação do «writ».

Sentenciando, o Dr. Juiz Federal concedeu a segurança.

Além da remessa oficial, houve apelação do Conselho Federal da OAB.

Contra-arrazoou o impetrante.

A douta Subprocuradoria-Geral da República opinou pela confirmação da sentença.

É o relatório.

Ementa: Mandado de Segurança.

Ordem dos Advogados. Inscrição. Oficial da Fazenda. As suas atribui-

ções não tipificam incompatibilidade para o exercício da advocacia, ante a inexistência de atividade de caráter fiscalizador, no que diz respeito a infrações relacionadas com o Código de Obras e Edificações Públicas.

Sentença confirmada.

VOTO

O Sr. **Ministro Adhemar Raymundo** (Relator): O apelante argumenta que a incompatibilidade do inciso VII do artigo 84 da Lei nº 4.215/63 é manifesta na hipótese dos autos. *Data venia*, certa a argumentação do douto Juiz, hoje eminente Ministro desta Corte, quando ressalta que, pelas atribuições conferidas, por lei, ao Oficial da Fazenda, não exerce ele atividade de caráter fiscalizador de tributos. No documento, firmado pelo diretor da divisão de Insc. Predial e Territorial, estão mencionadas as atribuições do impetrante, que se ajustam à lei municipal. Ora, o cargo de Oficial da Fazenda, por integrar o Serviço de Coleta de Dados do Departamento de Cadastro Imobiliário, agrega-se ao setor de Coordenação de Estudos Econômicos e Fiscais. No elenco das atribuições desse Setor, artigo 57 do decreto municipal, não se vislumbra, direta ou indiretamente, qualquer atividade que compreenda lançamento, arrecadação ou fiscalização de tributos, para dessa forma incidir na proibição do inciso VII do artigo 84 da lei especial.

Logo, a legislação municipal citada ampara a pretensão do impetrante. Dela não exurge a incompatibilidade argüida. Cumpria ao apelante indicar, na espécie, as atribuições, enumeradas no decreto, que viabilizam a incompatibilidade. Se isso não se fez, perdura o entendimento fundamental da sentença, de que, na hipótese dos autos, há apenas, o impedimento do item VI do artigo 85 do Estatuto do Advogado.

Nego provimento à apelação.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 96.831 — RJ — Registro nº 2.534.673 — Rel.: O Sr. Ministro Adhemar Raymundo. Apte.: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Apdo.: Tarzan Patrício Bandeira. Remte.: Juízo Federal da 6ª Vara. Advs.: Drs. Hermann Assis Baeta e Afonso Lins de Oliveira.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação. (Em 24-2-84 — 3ª Turma).

Votaram de acordo com o Relator os Srs. Ministros Flaquer Scartezzini e Helio Pinheiro. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Carlos Madeira.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 97.505 — RS

(Registro nº 2.988.933)

Relator: O Sr. Ministro Costa Lima

Remetente: Juízo Federal da 1ª Vara — RS

Apelante: União Federal

Apelados: Cleber Teixeira Palácio e outros

Advogados: Drs. Theóphilo Farinha Camargo e Isaías de Sousa Marinho

EMENTA

Administrativo. Radioamador. Licença de funcionamento.

A autorização de funcionamento de qualquer serviço ou atividade de telecomunicações é poder indelegável do Estado. E a prática do radioamadorismo é autorizada em caráter pessoal e não pode estar condicionada a que o interessado se filie a uma sociedade ou associação. O § 1º do artigo 26 do Regulamento baixado com o Decreto nº 74.810/84 conflita com a Lei nº 4.117/62 (artigo 6º, e) e com a Constituição Federal (artigo 8º, XV, a, e 153, § 28).

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas.

Decide a 2ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, à unanimidade, prosseguindo no julgamento, negar provimento, ao recurso e confirmar a sentença, para conceder a segurança, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 27 de abril de 1984 (Data do julgamento). — Ministro Gueiros Leite, Presidente. — Ministro Costa Lima, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Costa Lima: Trata-se de remessa de ofício e apelo da União contra sentença pela qual se concedeu segurança a radioamadores, que tiveram cancelados seus certificados de habilitação e as licenças de funcionamento de suas estações por se haverem desligado do quadro de associados da Liga de Amadores Brasileiros de Rádio Emissão — LABRE, conforme documentos de fls. 87/90.

2. A sentença, após minuciosa análise dos diversos aspectos da questão, conclui que não há inconstitucionalidade de preceitos do Regu-

lamento do Serviço de Radioamador, mas de modo como foram aplicados pela autoridade impetrada. Eis a conclusão do r. julgador:

«As mencionadas portarias se arrimam, basicamente, no artigo 28, inciso II, que autoriza o Ministério das Comunicações a julgar inconveniente o funcionamento da estação. Tal juízo de inconveniência, porque expressamente foi motivado pelo fato de os impetrantes haverem se desligado da Liga de Amadores Brasileiros de Rádio Emissão — LABRE. Fora de toda dúvida, isso fere a liberdade de associação garantida constitucionalmente. Porque agride, na mesma medida, o texto básico obrigar alguém a ingressar numa associação, como impedi-lo de tomar um caminho a menos que se associe. A ofensa à Constituição é dupla no caso, porque tal procedimento se choca, também, com o princípio da isonomia ou igualdade perante a lei, desde que o sócio da Liga de Amadores Brasileiros de Rádio Emissão — LABRE tem um tratamento diferenciado (para melhor) relativamente aos que dela não são sócios. É bem de ver, no entanto, que se trata de um defeito no modo como foi aplicado o artigo 28, inciso II, porque o Diretor Regional do Departamento Nacional de Telecomunicações tomou como inconveniente um critério (o de não ser sócio da Liga de Amadores Brasileiros de Rádio Emissão — LABRE) que repugna à Constituição; não de defeito do aludido dispositivo que, na sua letra e espírito, nada tem de inconstitucional. Dir-se-á que a inconstitucionalidade está no § 1º do artigo 26 e no inciso VI do artigo 29, igualmente referidos nas portarias. Todavia, um diz somente que, para obter a licença de funcionamento de suas estações, os radiomadores devem filiar-se à Liga de Amadores Brasileiros de Rádio

Emissão — LABRE; o outro obriga-os a permanecer como sócios desta na vigência da licença de funcionamento. Quer dizer, inexistente em ambos a cominação de perda da licença de funcionamento pelo fato de o respectivo responsável desvincular-se da referida sociedade. A inconstitucionalidade está em exigir a apontada filiação como condição do deferimento da licença de funcionamento e a, na vigência desta, obrigar o radioamador a manter esse **status**. Na ausência de penalidade expressa a respeito do inadimplemento desta última obrigação, qualquer punição motivada por isso é ilegal e deve ser desconstituída sem que haja necessidade de se discutir questão de ordem constitucional. Nesse sentido, a lição da Suprema Corte dos Estados Unidos da América do Norte que, em tema de controle judicial da constitucionalidade das leis, só intervém «nos casos claros e somente quando não puder ser evitada a discussão da questão constitucional» (CORWIN, *a Constituição Norte-Americana e seu Significado Atual*, Zahar Editores, Rio de Janeiro, p. 175). Ante o exposto, concedo a segurança para o efeito de desconstituir as Portarias n.ºs 0618, 0619 e 0621, de 3 de setembro de 1981, do Delegado Regional do Departamento Nacional de Telecomunicações. Espécie sujeita ao reexame necessário. Registre-se. Intime-se». (fls. 100/102).

3. As razões do apelo da União encontram-se à fl. 109. Reportam-se às alegações constantes das informações e aduzem que a hipótese não se submete ao artigo 153, § 23, da Constituição. Não houve resposta (fl. 122).

4. A douta Subprocuradoria-Geral da República oficiou às fls. 128/129, também aderindo às alegações da

autoridade impetrada e pedindo a reforma da sentença.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Costa Lima (Relator): Em suas informações, a que se reportam o apelo da União e o parecer da douta Subprocuradoria-Geral, procura a autoridade justificar os atos impugnados alegando:

«De conformidade com o disposto no artigo 1º, da Lei nº 4.117, de 28-7-62 (Doc. nº 1 anexo), os serviços de Telecomunicações, em todo o território do País, obedecerão aos preceitos daquela lei e aos regulamentos baixados para a sua execução. Ora, o Decreto nº 74.810, de 4-11-74, nada mais faz do que aprovar o Regulamento do Serviço de Radioamadorismo, para ser cumprido em todo território nacional. Determina o inciso VI, do artigo 28, do Decreto nº 74.810/74, que a licença de funcionamento de estação perderá sua validade quando for julgado inconveniente pelo Ministério das Comunicações o funcionamento da estação. O § 1º do artigo 26, do aludido decreto consagra condição **sine qua non** para a expedição da licença ao radioamador, a comprovação de que está ele filiado a uma associação de radioamadores reconhecida pelo Ministério das Comunicações e, como já vimos, esta associação é a LABRE. Por outro lado, o inciso VI, do artigo, 29, do mencionado decreto dispõe, também, como condição **sine qua non** para a vigência da licença de funcionamento de sua estação, a obrigatoriedade do radioamador filiar-se a uma associação de radiomadores, reconhecida pelo Ministério das Comunicações, isto é, a LABRE. Finalmente, o artigo 21, do referido decreto, dispõe que a autorização para a execução do Serviço de Radioamadorismo, será

outorgada em caráter precário, pelo Ministério das Comunicações, mediante a expedição do Certificado de Habilitação.» (fl. 65).

2. O Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei nº 4.117, de 27-8-62) classifica a prática do radioamadorismo como serviço (artigo 6º, letra e), definição que me parece justificada somente pela necessidade prática de submetê-la ao regime do artigo 8º, XV, letra a, da Constituição Federal, que diz ser de competência da União a exploração direta, autorizada ou concedida dos serviços de telecomunicações. Trata-se, com efeito, de atividade que, embora rigorosamente não se possa classificar como serviço, não pode deixar de ser controlada e fiscalizada pelo Estado, dada a possibilidade de interferência prejudicial nos serviços de telecomunicação em geral e o interesse indiscutível que tem para os problemas de segurança.

3. Compreende-se, por outro lado, que parte da fiscalização de natureza técnica, social e mesmo política de tais atividades seja delegada pelo Estado a instituição particular devidamente reconhecida. Daí, porém, a condicionar sua prática à filiação do interessado a qualquer dessas instituições, como estipulado no Regulamento do Serviço de Radioamador, baixado pelo Decreto nº 74.810, de 4-11-74, vai, certamente, grande distância. Dispõe, com efeito, o citado Regulamento:

«Art. 26.»

§ 1º. A licença, a que se refere este artigo, será expedida após a comprovação, pelo interessado, de que está filiado a uma associação de radiomadores reconhecida pelo Ministério das Comunicações.»

4. Parece claro que esse dispositivo defere a entidades particulares não só o poder de fiscalização da aludida atividade ou serviço, mas até o de autorização, por isso que

qualquer delas, como instituição particular que é, pode vetar o ingresso ou permanência do indivíduo em seus quadros, assim, indiretamente, negando-lhe a autorização. Ora, isto representa uma **capitis deminutio** para o próprio Estado e não pode, como sugerem as informações, estar contido no artigo 1º da Lei nº 4.117/62, pois contraria o próprio artigo 8º, XV, a, da Constituição. O poder de autorização é indelegável.

5. Por outro lado, se tal serviço ou prática é autorizado pelo Estado em benefício do próprio indivíduo e a título pessoal como diz o artigo 6º, letra e, da referida lei, exigir que este se associe a outrem para ser autorizado é cair em contradição. Além de, como bem assinalou a sentença, ofender a liberdade de associação (ou não associação), plenamente assegurada pelo § 28 do artigo 153 da Carta Magna.

Com a devida vênia, portanto, vou além da sentença para reconhecer que o próprio dispositivo regulamentar conflita com a lei e com a Constituição.

6. Ante o exposto, nego provimento ao apelo voluntário, prejudicada a remessa.

VOTO VISTA

O Sr. Ministro Gueiros Leite: O Ministro Costa Lima, admite, em trecho do seu ilustrado voto, que o Poder Público possa delegar a instituições particulares, devidamente reconhecidas, uma parcela da fiscalização de natureza técnica, social e mesmo política, das atividades radioamadoristas normais, pois a União enfeixa em suas mãos os poderes totais de outorga de permissões, execução das atividades, habilitação dos interessados, funcionamento das estações e fiscalização. Quanto a esta última função, leia-se o artigo 10, do Decreto nº 74.810/74, **verbis**:

«Art. 10. Compete à União, por intermédio do Ministério das Comunicações, a fiscalização do Serviço de Radioamador.»

E também o artigo 58:

«Art. 58. A Liga de Amadores Brasileiros de Rádio Emissão — LABRE — e as Associações de Radioamadores reconhecidas pelo Ministério das Comunicações, deverão: (Omissis)

II — auxiliar, por solicitação do Ministério das Comunicações na fiscalização das atividades dos radioamadores.»

Acrescenta, porém, o mesmo ilustrado julgador que só não será possível é condicionar o licenciamento, para fins de funcionamento das estações de radioamadores, à comprovação, pelo interessado, de que está filiado a uma associação de radioamadores reconhecida pelo Ministério das Comunicações (artigo 26, § 1º, Decreto nº 74.810/74). O certo é que atualmente, a LABRE — Liga de Amadores Brasileiros de Rádio Emissão é que cumpre aquele desiderato, como verdadeiro órgão de classe dos radioamadores (artigo 58, incisos I/X, Decreto nº 74.810/74).

Acho que os radioamadores necessitam, realmente, agrupar-se em associações ou ligas, a exemplo de outros participantes de atividades profissionais ou simplesmente esportivas, as primeiras como corporações de ofício; e as outras a exemplo do que se faz no âmbito do Ministério da Educação e Cultura. Acho — repito — que tais associações, conselhos ou ligas são indispensáveis à organização e funcionamento do radioamadorismo, para a defesa e disciplina da classe. Estou de acordo, porém, com o ilustre Relator em que não será isso possível simplesmente através do disposto no artigo 26, § 1º, de um mero decreto regulamentar, que o é da Lei nº 4.117/62, no pertinente ao radioamadorismo, mas da instituição de

ligas, associações ou conselhos mediante lei. Exatamente pela ausência de lei — pois a Lei nº 4.117/62 não regula a matéria — ressentem-se o condicionamento impugnado de validade material e formal, primeiramente por não atender, fielmente, aos preceitos regulamentados, e depois pela afronta ao disposto no artigo 153, § 23, da CF, verbis:

«Art. 153. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos seguintes termos: (Omissis)

§ 23. É livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, observadas as condições de capacidade que a lei estabelecer.»

Ora, o radioamadorismo não é apenas lazer ou «hobby», mas um verdadeiro serviço, no sentido da lei (Lei nº 4.117/62, artigo 6º, letra e), destinado a treinamento próprio, intercomunicação e investigações técnicas levadas a efeito por amadores, interessados na radiotécnica, embora a título pessoal e sem finalidades pecuniárias ou comerciais. Tais serviços, assim normalmente considerados, podem transformar-se em ati-

vidade de emergência com características, então, de valioso serviço público (Decreto nº 74.810/74, artigo 3º, II, b nºs 1/3).

Daí porque, embora divergindo de certa forma do eminente Relator, nego provimento à apelação, para confirmar a sentença e conceder a segurança, prejudicada a remessa de ofício.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

AMS nº 97.505 — RS — Registro nº 2.988.933 — Rel.: O Sr. Ministro Costa Lima. Remte.: Juízo Federal da 1ª Vara-RS. Apte.: União Federal. Apdos.: Cleber Teixeira Palácio e outros. Advs.: Theophilo Farinha Camargo e Isaías de Souza Marinho.

Decisão: A Turma, por unanimidade, prosseguindo no julgamento, negou provimento ao recurso e confirmou a sentença, para conceder a segurança, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. (Em 27-4-84 — 2ª Turma).

Os Srs. Ministros Gueiros Leite e William Patterson votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Gueiros Leite.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 97.505 — RS

(Registro nº 2.988.933)

Relator: O Sr. Ministro Costa Lima

Embargante: Ministério Público Federal

Embargado: V. Acórdão de fl. 159

Advogados: Dr. Theophilo Farinha Camargo e Dr. Isaías de Souza Marinho

EMENTA

Processual Civil. Embargos de declaração.

Rejeitam-se, por incorrentes, as alegadas omissões.

O Tribunal só está obrigado a conhecer da existência de litisconsórcio necessário, quando o fato ou

lei especial que o estabeleça na forma do artigo 47 do CPC, vier a seu conhecimento oportuno tempore.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas.

Decide a 2ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, rejeitar os Embargos Declaratórios, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 25 de setembro de 1984 (Data do julgamento). Ministro **Gueiros Leite**, Presidente — Ministro **Costa Lima**, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Costa Lima: Dois radioamadores que se haviam desligado do quadro de associados da Liga Brasileira de Rádio Emisões — LABRE, associação civil, tiveram, por isto, suas licenças canceladas pelo Sr. Diretor Regional do DENTEL em Porto Alegre. Contra este ato impetraram segurança que lhes foi concedida pelo MM. Juiz da 1ª Vara Federal daquela Capital, Dr. Ari Pargendler. Apelou a União Federal e esta Turma, pelo V. Acórdão de fls., manteve a sentença, ficando assim ementado o decisório:

«Administrativo. Radioamador. Licença de funcionamento.

A autorização de funcionamento de qualquer serviço ou atividade de telecomunicações é poder indelegável do Estado. E a prática do radioamadorismo é autorizada em caráter pessoal e não pode estar condicionada a que o interessado se filie a uma sociedade ou associação. O § 1º do artigo 26 do Regulamento baixado com o Decreto nº 74.810/84 conflita com a Lei nº

4.117/62 (artigo 6º, e) e com a Constituição Federal (artigos 8º, XV, a, e 153, § 28).» (fl. 159)

2. Daí os presentes embargos declaratórios, opostos em nome do Ministério Público Federal, nestes termos (lê, fls. 161/166).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Costa Lima: O petição de embargos vem instruído por cópias dos respeitáveis julgados nele referidos, sobre nulidade do processo pela falta de citação de litisconsorte necessário. Trata-se, aliás, de jurisprudência antiga e muito conhecida.

2. Entretanto, a existência desse litisconsórcio — apenas referida, sem a indicação de qualquer fato ou preceito legal, que lhe sirva de base — jamais fora comunicada ao Juízo até a oportunidade do julgamento da Turma. Assim, o corpo julgador não tinha que manifestar-se a respeito, não se podendo, *data venia*, colocar o problema como omissão do Acórdão.

3. A outra omissão estaria no fato de o pedido de assistência, formulado pela LABRE e indeferido à fl. 132, não ter sido previamente cientificado ao Ministério Público, nem trazido ao conhecimento da Turma. Entende o embargante que, ao menos, deveria ter sido referido no relatório.

4. Sobre a primeira parte da questão, peço *venia* para manifestar minha estranheza, porque não encontro na Lei nº 1.533/51 nem em qualquer outra norma de processo a exigência de que o Relator submeta ao Ministério Público o pedido de ingresso no feito, seja como assistente, seja como litisconsorte. Ainda que

tal pedido tivesse sido formulado por alguma pessoa jurídica de direito público — que não é o caso da LABRE.

O mesmo se diga da segunda parte da questão, isto é, da necessidade de sua menção no relatório, como forma de trazê-la ao conhecimento da Turma. Pelo Regimento Interno deste Tribunal (artigo 33, inciso I), cabe ao Relator ordenar e dirigir o processo, o que supõe, segundo entendo, o poder de resolver os incidentes processuais, aí compreendidos os pedidos de ingresso de terceiros, como sempre se praticou. Quando a parte não se conforma com a decisão do Relator é que o incidente vai à Turma, através do competente agravo (artigo 258). Fora daí, não haveria porque mencioná-lo.

5. Em suma, não vejo nas leis de ver algum, que eu tivesse descumprido como Relator, de submeter a julgamento da Turma qualquer das questões apontadas. A menos, quanto ao mencionado litisconsórcio necessário, que tivesse sido alegado **oportuno tempore**. E não só indicado, mas justificado com fato ou disposição legal que, nos termos do art.

47 do CPC, estabelecesse liame desse porte entre o interesse da União apelante, ou mesmo do Ministério Público, e o da LABRE.

6. Tal houvesse acontecido, humilde e prazerosamente eu depositaria aqui o **mea culpa** e receberia os embargos. Não o foi, porém, e só me cabe rejeitá-los, como os rejeito.

É o voto.

EXTRATO DA MINUTA

AMS (EDecl) nº 97.505 — RS — Registro nº 2.988.933 — Rel.: O Sr. Ministro Costa Lima. Embargante: Ministério Público Federal. Embargado: V. Acórdão de fl. 159. Advogados: Theophilo Farinha Camargo e Dr. Isaías de Souza Marinho.

Decisão: A Turma, por unanimidade, rejeitou os Embargos Declaratórios, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. (Em 25-9-84 — 2ª Turma).

Os Srs. Ministros Gueiros Leite e William Patterson votaram com o Sr. Ministro-Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Gueiros Leite.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 97.602 — RJ (Registro nº 4.307.321)

Relator: O Sr. Ministro Washington Bolívar

Apelante: Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social — IAPAS

Apelada: Iguasmina Giovannina Faraco Berardinelli

Advogados: Drs. Gastão Mathias de Alencastro Ruch e Herbert de Souza Cohn e outros

EMENTA

Previdenciário. Pensão por morte. Cancelamento indevido. Disputa entre mãe e esposa separada do segurado.

1. Verificado que a esposa se desquitara do segurado desde 1950 e jamais necessitou de sua ajuda ao longo dos 30 anos que decorreram entre o desquite e óbito do contribuinte, enquanto sua genitora, ao

revés, sendo idosa e viúva, tem a seu favor a presunção de dependência econômica, não se justifica o cancelamento da pensão concedida a esta para contemplar-se aquela, sendo correta a sentença concessiva de segurança para restabelecê-la. Ressalva, à ex-esposa, das vias ordinárias, para demonstrar que, agora, também necessitaria do benefício.

2. Apelo denegado.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas.

Decide a 1ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, à unanimidade, negar provimento à apelação, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 13 de março de 1984, (Data do julgamento). — Ministro **Washington Bolívar** (Presidente e Relator).

RELATÓRIO

O Senhor Ministro **Washington Bolívar**: Iguasmina Giovannina Faraço Berardinelli, requereu mandado de segurança, com pedido de liminar, contra ato do Secretário de Pessoal do Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social — IAPAS, no Estado do Rio de Janeiro, e do Chefe do Departamento de Pessoal daquele órgão, em Petrópolis, por ter sua pensão previdenciária suspensa ao argumento de haver se habilitado ao benefício a ex-esposa.

Alega que vinha percebendo pensão previdenciária na qualidade de mãe-viúva de servidor falecido em 4-9-78, do qual dependia economicamente, enquanto a ex-esposa não recebia pensão alimentícia desde o desquite, 1950, tendo inclusive, constituído nova família.

Liminar indeferida (fl. 14).

A primeira autoridade impetrada (fls. 17/21), argumentou a impropriedade da via eleita para apreciar o pedido, por lhe faltar liquidez e certeza, bem como inépcia da inicial, «uma vez que não se pode impetrar mandado de segurança contra duas autoridades coatoras ao mesmo tempo, pela prática de um só ato administrativo» e, tratar-se de ato do INAMPS e de sua autoridade responsável. No mérito, esclareceu que o ato baseou-se em orientação do Instituto, na qual «a ex-esposa pode usufruir da pensão, embora não haja, em vida do marido, pleiteado alimentos, desde que comprove que o de cujus, se vivo, não poderia recusar-se à prestação alimentícia». Aduzindo não ter praticado qualquer ilegalidade ou abuso de poder, pediu fosse a medida negada.

A segunda autoridade impetrada, embora intimada, não se manifestou.

O Ministério Público Federal opinou pela denegação da segurança (fl. 22).

O MM. Juiz Federal, Dr. Clélio Erthal (fls. 26/28), concedeu a segurança para restabelecimento da pensão, ressalvando à ex-esposa a faculdade de pleitear seu benefício nas vias ordinárias.

Inconformado, apelou o IAPAS (fls. 35/36), pela reforma da sentença, uma vez que a orientação jurisprudencial administrativa é pelo cabimento de pensão à ex-esposa que venha a necessitar dela após o falecimento do segurado e que o direito da esposa precede ao da genitora,

equiparando-se a mulher desquitada àquela.

Em contra-razões (fls. 38/39), a impetrante pediu a manutenção da sentença.

Requeru, posteriormente, carta de sentença para execução provisória da sentença, que lhe foi deferida (fl. 41).

O Ministério Público Federal ratificou as razões do recurso (fl. 42).

Nesta instância, a douta Subprocuradoria-Geral da República (fl. 46), em parecer do Dr. Aristides Junqueira Alvarenga, manifestou-se pelo provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Washington Bolívar (Relator): O ilustre Juiz Federal, Dr. Clélio Erthal, assim fundamentou e decidiu:

«A questão ventilada no presente mandado de segurança versa sobre a disputa de preferência entre a mãe viúva do contribuinte falecido, e sua ex-esposa, da qual já se encontrava desquitado ao falecer.

Que a ex-esposa, embora desquitada ou separada judicialmente, pode pleitear a pensão alimentícia do ex-marido ainda vivo não resta dúvida nenhuma. Basta comprovar o seu estado de necessidade e ao mesmo tempo a capacidade econômica do ex-consorte. E, por extensão, também pode pleitear a pensão previdenciária deixada por ele, em caso de morte, desde que comprove dele depender economicamente por ocasião do óbito. A prova mais evidente dessa dependência é a pensão alimentícia acaso desfrutada na pendência da separação. Se o **de cujus** não deixou nenhum dependente, ao falecer, admite-se, por questão de mera equidade, que ex-esposa, embora

não comprove dele depender quando ainda vivia, venha a beneficiar-se de pensão previdenciária por ele deixada, pois não se justifica que, em nome do formalismo legal, continue ela a sofrer privações, havendo pensão sem outro beneficiário.

Mas não é essa a hipótese dos autos. Consoante se apura dos elementos trazidos à colação, a ex-esposa do falecido Victor Antonio Maria Berardinelli dele se desquitou em 1950 e jamais necessitou de sua ajuda durante o longo período de 30 anos que decorreu entre o desquite e o óbito do contribuinte. Ao contrário, a impetrante na condição de sua mãe, ainda que nenhuma prova tenha trazido aos autos de depender economicamente dele, sendo idosa e viúva, e portanto incapaz de exercer atividade laborativa, tem a seu favor a presunção dessa circunstância. E, como a pensão previdenciária é um benefício de caráter eminentemente social, não se justifica o seu cancelamento puro e simples, em detrimento da genitora para contemplar a ex-esposa que havia já três décadas se afastara do convívio do seu filho.

Assim, entendo que mais direito à pensão deixada pelo **de cujus** tem a impetrante do que a ex-esposa, (que voltou a usar o nome de solteira, conforme se vê à fl. 7), pois enquanto aquela era sua dependente presumida, esta viveu dele afastada durante tanto tempo sem pleitear sequer a pensão alimentícia.

Pelo que, concedo a segurança para que seja restabelecida a pensão em favor da impetrante, ressalvando à ex-esposa do contribuinte Victor Antonio Maria Berardinelli a faculdade de pleitear seu benefício, nas vias ordinárias, através da qual terá ampla possibilidade de comprovar o preenchi-

mento dos requisitos legais que podem fazer dela, também, uma dependente.

Nas razões de apelação, o IAPAS acentuou que a orientação da jurisprudência administrativa é no sentido de que cabe à ex-esposa pensão previdenciária, caso venha a necessitar dela após o falecimento do **de cujus**. Entretanto, já nas contrarrazões se verifica que a jurisprudência desta Corte não socorre a autarquia; no julgamento do EAC nº 59.985-RJ, foram recebidos os embargos do IAPAS, com o seguinte Acórdão:

«Previdência Social. Pensão.

A ela não faz jus a ex-esposa, que, pelo desquite, não recebia alimentos do segurado falecido. Prevalece, no direito previdenciário, a dependência econômica. Provado que a mulher desquitada dela presenciou, quando vivo o seu ex-marido, não pode pleitear a pensão por este deixada.

Nestas condições, nego provimento ao apelo para confirmar a sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

AMS nº 97.602 — RJ — Registro nº 4.307.321 — Rel.: O Sr. Ministro Washington Bolívar. Apte.: IAPAS. Apda.: Iguasmina Giovannina Faraco Berardinelli. Advs.: Drs. Gastão Mathias de Alencastro Ruch e Herbert de Souza Cohn e outros.

Decisão: A 1ª Turma do TFR, à unanimidade, negou provimento à apelação. (Em 13-3-84).

Os Srs. Ministros Carlos Thibau e Miguel Ferrante votaram com o Relator. Não compareceram os Srs. Ministros Jarbas Nobre e Leitão Krieger por motivo de licença. Compareceu o Sr. Ministro Miguel Ferrante para compor **quorum**. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Washington Bolívar.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 98.975 — AM

(Registro nº 3.426.874)

Relator: O Sr. Ministro Carlos Velloso

Apelante: CCE da Amazônia S.A.

Apelado: Banco Central do Brasil

Advogados: Drs. Klinger Costa e Jorge Amaury Maia Nunes

EMENTA

Tributário. IOF. Câmbio. Zona Franca de Manaus. Alíquotas. Alteração. GATT. Primado do Direito Internacional. Regra de igualdade: Aplicação. Similar nacional. Incidência do IOF/Câmbio nas importações para a Zona Franca de Manaus.

I — A faculdade concedida ao Poder Executivo para, nas condições e nos limites estabelecidos em lei, alterar as alíquotas ou as bases de cálculo do IOF (Emenda Constitucional nº 18, de 1965, artigo 14, § 1º; Constituição de 1967, sem a Emenda Constitucional nº 1/69, artigo 22, § 2º), foi suprimida pela Emenda Constitucional nº 1, de 1969. Suprimida pela Emenda Constitucional nº 1, de 1969, essa faculdade,

revogado ficou o artigo 65, CTN, bem assim o artigo 10, da Lei nº 5.143, de 20-10-1966. É que só a lei pode instituir ou aumentar tributo (CF, artigo 19, I; artigo 153, § 29), não tendo a Emenda Constitucional nº 1/69, excepcionado o IOF, tal como o fazia a Emenda nº 18, de 1965, artigo 14, § 1º, e a Constituição de 1967, sem a EC nº 1, de 1969, artigo 22, § 2º.

II — Possibilidade do tributo ser instituído ou majorado através de decreto-lei (CF, artigo 55, II).

III — No que se refere à legislação tributária, face ao disposto no artigo 98, CTN, tem-se o primado do direito internacional sobre o direito interno.

IV — A aplicação da regra de igualdade do artigo III, do GATT, exige a prova de existência de similar nacional. E que, não existindo similar nacional, não ocorre aquilo que é o escopo do Tratado: evitar o tratamento protecionista ao produto nacional.

V — O IOF, incide nos contratos de câmbio para a efetivação de importação destinada à Zona Franca de Manaus. Inocorrência de isenção.

VI — Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que são partes as acima indicadas.

Decide a 4ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, negar provimento à apelação, na forma do relatório e notas taquigráficas anexas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 9 de março de 1983 (Data do julgamento) — Ministro **Armando Rollemberg**, Presidente — Ministro **Carlos Velloso**, Relator.

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Ministro **Carlos Velloso**: A sentença recorrida, lavrada pelo Juiz Federal **Eustáquio Nunes Silveira**, denegou a segurança, aos argumentos: a) que o IOF/câmbio não viola o tratado do GATT, porque não incide sobre mercadorias, mas sobre operações de câm-

bio; b) que o tributo pode ser instituído através de decreto-lei (CF, artigo 55, II); c) finalmente, não há isenção do IOF/câmbio nas importações destinadas à Zona Franca de Manaus.

Apelou a impetrante, vencida (lê).

Com a resposta, subiram os autos, nesta Egrégia Corte, a ilustrada Subprocuradoria-Geral da República ofereceu parecer favorável à autarquia-apelada, o Banco Central do Brasil.

É o relatório.

VOTO

O Exmo. Sr. Ministro **Carlos Velloso** (Relator): Quando do julgamento da AMS nº 97.198-AM, de que fui Relator, decidi esta Egrégia 4ª Turma:

«Tributário. IOF. Câmbio. Zona Franca de Manaus. Alíquotas. Alteração. GATT. Primado do Direito Internacional. Regra de igualdade: Aplicação. Similar nacional. Inci-

dência do IOF/câmbio nas importações para a Zona Franca de Manaus.

I — A faculdade concedida ao Poder Executivo para, nas condições e nos limites estabelecidos em lei, alterar as alíquotas ou as bases de cálculo do IOF (Emenda Constitucional nº 18, de 1965, artigo 14, § 1º; Constituição de 1967, sem a Emenda Constitucional nº 1/69, artigo 22, § 2º), foi suprimida pela Emenda Constitucional nº 1, de 1969. Suprimida, pela Emenda Constitucional nº 1, de 1969, essa faculdade, revogado ficou o artigo 65, CTN, bem assim o artigo 10, da Lei nº 5.143, de 20-10-1966. É que só a lei pode instituir ou aumentar tributo (CF, artigo 19, I; artigo 153, § 29), não tendo a Emenda Constitucional nº 1/69 excepcionado o IOF, tal como o fazia a Emenda nº 18, de 1965, artigo 14, § 1º, e a Constituição de 1967, sem a EC nº 1, de 1969, artigo 22, § 2º.

II — Possibilidade do tributo ser instituído ou majorado através de decreto-lei (CF, artigo 55, II).

III — No que se refere à legislação tributária, face ao disposto no artigo 98, CTN, tem-se o primado do direito internacional sobre o direito interno.

IV — A aplicação da regra de igualdade do artigo III, do GATT, exige a prova de existência do similar nacional. É que, não existindo similar nacional, não ocorre aquilo que é o escopo do Tratado: evitar o tratamento protecionista ao produto nacional.

V — O IOF incide nos contratos de câmbio para efetivação de importação destinada à Zona Franca de Manaus. Inocorrência de isenção.

VI — Recurso provido».

Disse eu, então, no meu voto:

«A majoração das alíquotas do IOF através do decreto-lei.

Em verdade, a faculdade concedida ao Poder Executivo para, nas condições e nos limites estabelecidos em lei, alterar as alíquotas ou as bases de cálculo do IOF (EC nº 18, de 1965, artigo 14, § 1º; Constituição de 1967, sem a EC nº 1/69, artigo 22, § 2º), foi suprimida pela EC nº 1 de 1969. Suprimida, pela EC nº 1/69, a faculdade do executivo para, nas condições e nos limites estabelecidos em lei, alterar as alíquotas ou as bases de cálculo do IOF, revogado ficou o artigo 65, CTN.

Quando do julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade havida na AMS nº 91.322-SP, sustentei a tese de que a Constituição nova revoga a legislação preexistente com ela incompatível.

Disse eu, então, no meu voto:

Perfilho a tese no sentido de que, sobrevindo Constituição nova, quaisquer normas anteriores, que com esta sejam incompatíveis, ficam revogadas. Se a lei posterior revoga a anterior com esta incompatível (Lei de Introdução ao Cód. Civil, artigo 2º, § 1º), o que dizer-se quando a incompatibilidade dá-se com a Constituição, que sobreveio quando já existente a lei, certo que a Constituição, que não é lei em sentido formal, porque oriunda de órgão distinto daquele que elabora a lei, é, entretanto, lei em sentido material.

Já João Barbalho advertia, nos seus «Comentários», que «toda a legislação avessa aos princípios e preceitos da Constituição — que é a lei das leis — pelo simples facto da promulgação desta» ficaria revogada (Ap. Parecer do Consultor-Geral da República, Dr. Romeo de Almeida Ramos, RDP, 15/109). Celso Ribeiro Bastos não destoava desse entendimento («Curso de Direito Constitucio-

nal», Saraiva, 1980, 3ª ed., pág. 28). A doutrina da recepção, que Kelsen explica com perfeição — a recepção, pela Constituição nova, do direito anterior (H. Kelsen, «Teoria General del Derecho y del Estado», Textos Universitários, México, 1969, 3ª ed., págs. 137/138) — só ocorre com o direito anterior compatível com a nova Constituição. Ensina Manoel Gonçalves Ferreira Filho: «...a recepção do direito anterior só é possível nos claros da Constituição. Porque, logicamente, onde a nova Constituição dispõe, explícita ou implicitamente, de modo diverso, é impossível essa mesma recepção. Em consequência, o direito anterior incompatível com a nova Constituição perde a sua validade com a perda de eficácia da Constituição anterior, e não recobra validade com a eficácia da nova Constituição». («Direito Constitucional Comparado», I — «Poder Constituinte», São Paulo 1974, pág. 119). E revogada, pela Constituição, a legislação com esta incompatível, se sobrevém nova Constituição, nem por ficar com esta compatível, só por só não recobrar essa legislação eficácia, «a menos que a nova Constituição que faça cessar a eficácia dessa Constituição revogadora, venha expressamente revigorá-la», por que a «repristinção há de ser, sempre expressa» (Manoel Gonçalves Ferreira Filho, ob. cit. pág. 121). Celso Barbi também cuidou do tema e escreveu: «c) o problema das leis ordinárias anteriores à Constituição vem sendo resolvido no sentido de considerar a matéria à luz do direito intertemporal e não do controle. Dessa forma, aquelas leis são consideradas revogadas, quando contrárias à Constituição que se lhes seguiu». («Evolução do Controle da Constitucionalidade das

leis no Brasil», Belo Horizonte, 1969). Lúcio Bittencourt sustenta que, em caso assim, não se tem revogação pura e simples, entendendo que a lei em vigor por ocasião do advento da Constituição que com esta é incompatível fica revogada por inconstitucionalidade. («O Controle Jurisdicional da Const. das Leis», Forense, 2ª ed. 1968, págs. 131/132). José Afonso da Silva concorda com a tese de Lúcio Bittencourt, «Segundo a qual se dá uma revogação por inconstitucionalidade, numa por assim dizer revogação por invalidação, ...» («Aplicabilidade das Normas Constitucionais», RT, São Paulo, 1968, pág. 205). Victor Nunes Leal, a seu Turno, sustenta que a lei anterior à Constituição, e com esta incompatível, é por ela revogada (RDA, 7/379). Geraldo Ataliba, que não concorda com esse entendimento, esclarece, todavia, «que o pensamento comum, de maneira geral, acolheu a opinião» de Victor Nunes Leal («Lei Complementar na Constituição», RT, 1971, pág. 54).

A tese ora enunciada, de que a Constituição nova revoga a legislação preexistente com ela incompatível, já foi debatida na Corte Suprema, que a acolheu. No RE nº 81.122-SP, Relator para o Acórdão o Sr. Ministro Xavier de Albuquerque, o Supremo Tribunal decidiu, em Sessão Plenária:

«Imposto sobre serviços. Na fixação de sua alíquota, não está o município sujeito às limitações do artigo 9º do Ato Complementar nº 34, de 30-1-1967, revogado desde quando entrou em vigor a Constituição de 1967 e não repristinado pela norma do artigo 24, § 4º da redação que deu a esta a Emenda nº 1, de 1969. Recurso Extraordiná-

rio conhecido pela letra c, mas não provido.» (RTJ, 80/122).

No voto que então proferiu, disse o saudoso e eminente Ministro Rodrigues Alckmin:

«Propõe o eminente Ministro Leitão de Abreu, porém, tese outra, qual a de que as normas jurídicas somente revogam normas de igual natureza. Quanto a normas inferiores, elas se limitam a paralisar-lhes a eficácia. Assim, paralisada a eficácia do Ato Complementar nº 34 pela Constituição de 1967, a eficácia foi restabelecida pela Emenda Constitucional nº 1/1969. Peço vênias para ponderar que o critério de escolha, embora duto, não deve ser decisivo. Tem-se considerado que ainda que de hierarquia superior, a norma legal posterior revoga a que lhe seja contrária — critério que, menos técnico possivelmente, encerra a incontestável vantagem de dispensar, quando da revogação de qualquer norma, a pesquisa afanosa de normas de menor hierarquia, de eficácia acaso restaurada. Tenho, assim, que o critério da Lei de Introdução ao Cód. Civil encerra princípios gerais, aplicáveis também quando norma posterior de maior hierarquia dispõe diferentemente de norma anterior, excluindo, salvo cláusula expressa, a repristinação.

E a revogação da lei anterior pela ulterior, ainda que esta seja de maior hierarquia, não é simples construção jurídica, mas se apóia em texto de direito positivo, que não se restringe, a revogação, a leis de igual natureza.

Concluo, pois, que a outorga feita pela Emenda Constitucional nº 1/1969 de competência, à União, para limitar a alíquota

do imposto sobre serviços, por meio de lei complementar, não restaura o mandamento constante do Ato Complementar nº 34, que a Constituição Federal de 1967 eliminou» (RTJ 80/138).

.....

Desnecessário dizer que a disposição inscrita no artigo 10, da Lei nº 5.143, de 20-10-66, que está na linha do artigo 65, CTN, seguiu a sorte deste, vale dizer, foi também, revogado. E que, só a lei, não custa repetir, pode instituir ou aumentar tributo (CF, artigo 19, I; artigo 153, § 29), não tendo a EC nº 1, de 1969, excepcionado o IOF, tal como o faziam a EC nº 18, de 1965, artigo 14, § 1º, e a Constituição de 1967, sem a EC nº 1/69, artigo 22, § 2º.

Até aí, concordo com a sentença.

Acontece, todavia, que foram os Decretos-Leis nºs 1.783, de 18-4-80, e 1.844, de 30-12-80, que estabeleceram e alteraram alíquotas do IOF. E este Egrégio Tribunal Federal de Recursos, pelo seu Plenário, decidiu que o tributo pode ser instituído ou majorado através de decreto-lei (CF, artigo 55, II). O que o Plenário declarou inconstitucional foi a cobrança do IOF no mesmo exercício de sua instituição, ou no mesmo exercício em que a alíquota foi majorada (Arguição de Inconst. nas AMs nºs 91.322-SP e 91.148-RJ). Há que distinguir, pois, o decreto regulamentar do decreto-lei, pois este último tem força de lei.

A sentença, destarte, sob tal aspecto, ou quando entende, em tema de IOF, não ser possível a instituição de alíquota ou a majoração desta através de decreto-lei, não pode prevalecer. A sentença, aliás, no particular, parece-me contraditória, data venia. E que ela é expressa no afirmar que, «hoje, melhor examinando o artigo 55 da

Constituição, aceito que foi concedida ao Presidente da República autorização para expedir decreto-lei sobre finanças públicas, inclusive normas tributárias, o que significa permissão para criar e modificar tributos, por decreto-lei». Ora, se o decreto-lei pode instituir tributos, tendo em vista o disposto no artigo 55, II, da Constituição, é evidente que poderia fazer o menos, isto é, alterar as suas alíquotas e bases de cálculo.

II

A alegação de descumprimento do GATT, artigo III.

Sustenta a impetrante que o IOF/câmbio não pode incidir em importações oriundas de países membros do GATT, porque se tal incidência fosse possível, resultaria ela numa forma de discriminar os produtos importados, que passariam a ter tratamento menos favorável em relação ao similar brasileiro.

Na AMS nº 94.523-SP, de que fui Relator, decidiu esta Egrégia Turma:

«Tributário. IOF/câmbio. GATT. Primado do Direito Internacional. CTN, artigo 98. Decreto-Lei nº 1.783, de 1980. Decreto-Lei nº 1.844, de 1980. Tratado do GATT. Lei nº 313, de 30-6-48; Decretos nºs 31.307, de 1952, e 32.600, de 1953. Lei nº 3.244, de 14-8-57. Decreto Legislativo nº 14, de 25-8-60. Decreto nº 48.911, de 31-8-60. Lei nº 4.138, de 17-9-62.

I — No que se refere à legislação tributária, face ao disposto no artigo 98, CTN, lei complementar, no ponto (Constituição artigo 18, § 1º), vigora o princípio do primado do direito internacional sobre o direito interno.

II — A aplicação da cláusula de igualdade de tratamento com o produto similar brasileiro, impositiva do protecionismo ao produto nacional, que coloca, assim, no mesmo pé de igualdade, o produto interno e o produto importado (GATT, artigo III), exige prova da existência do produto similar nacional.

III — Inaplicabilidade, tratando-se de IOF, da regra do artigo VIII, do GATT, que se dirige tão-só a emolumentos referentes à importação e à exportação, ou a tributos vinculados e não a impostos.

IV — Recurso provido. Seguranga cassada.»

Disse eu, então, ao votar:

«Primeiro que tudo, cumpre examinar se, em matéria tributária seria possível sustentar, na ordem jurídica brasileira, o primado do direito internacional sobre o direito interno.

É que o Egrégio Supremo Tribunal Federal, no RE nº 80.004-SE, Relator para o Acórdão o Sr. Ministro Cunha Peixoto, decidiu que a Convenção de Genebra, que previu uma lei uniforme sobre letras de câmbio e notas promissórias, embora tenha aplicabilidade no direito interno brasileiro, não se sobrepõe ela às leis do País. (RTJ, 83/809).

Acontece, todavia, que essa decisão não foi tomada em matéria tributária. Nessa, há norma específica, o artigo 98, CTN, lei complementar, no particular, que estabelece que «os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha».

Dir-se-á, entretanto, que, contendo a norma da lei complementar tributária uma restrição ao

exercício do Poder Legislativo, não valeria, porque inexistente dita restrição na Lei Fundamental.

Cumpra observar, porém, que a Corte Suprema tem emprestado validade à norma do artigo 98, CTN. No RE nº 90.824-SP, Relator o Sr. Ministro Moreira Alves, o Plenário decidiu:

«Preço de referência. Importações originárias de países pertencentes à ALALC. Em face do artigo 48 do Tratado de Montevidéu à vista do qual se deve interpretar o § 2º do artigo 3º do Decreto-Lei nº 1.111/70, não se aplica o regime do preço de referência às importações originárias de países membros da Associação Latino-Americana de Livre comércio (ALALC). RE concedido e provido.» (RTJ, 95/350).

Destarte, pelo menos no que se refere à legislação tributária, face ao disposto no artigo 98, CTN, lei complementar, no particular, diante do comando constitucional inscrito no artigo 18, § 1º, da Constituição, é possível sustentar, no Brasil, o primado do direito internacional sobre o direito interno.

II

O «Acordo geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio», conhecido pela sigla GATT («General Agreement on Tariffs and Trade»), do qual o Brasil é signatário, foi versado de forma proficiente por Heli Lopes Meirelles, («Estudo sobre o GATT», RDP, 1/64), que esclareceu que «o GATT, nas suas cláusulas normativas, estabeleceu vantagens de duas ordens para as Nações Pactuantes: a primeira, relativa à importação, restrita às merca-

dorias especificadas nas listas individuais de cada Nação; a segunda, concernente ao comércio, extensiva, indiscriminadamente, a todos os produtos importados dos países integrantes do Acordo». Depois de assinalar a distinção entre as vantagens de importação das vantagens de comércio, escreveu:

«Para importação o GATT só assegura favores aduaneiros aos produtos constantes das listas individuais de cada Nação Pactuante; para o comércio é assegurado a toda e qualquer mercadoria importada de País signatário do Acordo, o mesmo tratamento fiscal dado ao produto nacional similar».

III

No caso, a questão foi posta em termos de vantagens de comércio, vale dizer, pretende-se na hipótese, o mesmo tratamento fiscal dado ao produto nacional similar, por isso que invoca-se a parte II, artigo III, do Tratado, bem assim o artigo VIII.

Este artigo III, do GATT, contém em verdade, cláusula de igualdade com o tratamento dado ao produto similar nacional. Como lembrou o eminente Ministro Cordeiro Guerra, no voto que proferiu por ocasião do julgamento do RE nº 83.428-SP (RTJ, 77/981), «Constitui um prolongamento da cláusula de nação mais favorecida».

Impede essa cláusula, deixou claro Thiébaud Flory «GATT, Droit International et Commerce Mondial», Lib. Gén. de Droit et de Jurisp., 1968, págs. 20/21, apud voto do Ministro Cordeiro Guerra, RE nº 83.428-SP, RTJ, 77/985), o protecionismo ao produto nacional, colocando no mes-

mo pé de igualdade o produto interno e o produto importado.

IV

Então, o que é necessário ficar provado, como pressuposto de aplicação da regra de igualdade, é a existência de similar nacional. Porque, não existindo este, não há invocar o Tratado, para o fim de evitar o pagamento de imposto que incide, direta ou indiretamente, sobre o produto importado. É que, não existindo similar nacional, não ocorre aquilo que é o escopo do Tratado: evitar o tratamento protecionista ao produto nacional; noutras palavras: em caso assim, o pagamento do imposto não representa tratamento menos favorável ao produto importado, por isso que inexistente produto nacional paradigmático.

Cumpra examinar, portanto, se, no caso, foi feita a comprovação da existência do similar nacional, ou que a imposição do IOF importa em tratamento mais oneroso ao produto importado.

Não vejo, nos autos, essa prova.

V

Argumenta-se, outrossim, que, no caso, seria aplicável a norma inscrita no artigo VIII, do GATT.

Na redação aprovada pela Lei nº 4.138, de 17-9-62, está assim redigido o artigo VIII:

«O artigo VIII será ementado como se segue:

i) o título do artigo será o seguinte: «Emolumentos e formalidades referentes à importação e à exportação».

ii) Os parágrafos primeiro e 2 terão o seguinte teor:

«1.a) Todos os emolumentos e encargos de qualquer nature-

za que sejam exceto os direitos de importação e de exportação e as taxas mencionadas no artigo III, percebidas pelas partes contratantes, na importação ou na exportação ou por ocasião da importação ou da exportação serão limitadas ao custo aproximado dos serviços prestados e não deverão constituir uma proteção indireta dos produtos nacionais ou das taxas de caráter fiscal sobre a importação ou sobre a exportação».

«b) As partes contratantes reconhecem a necessidade de restringir o número e a diversidade dos emolumentos e encargos a que se refere a alínea a)».

«c) As partes contratantes reconhecem igualmente a necessidade de reduzir a um mínimo os efeitos e a complexidade das formalidades de importação e de exportação e de reduzir e simplificar as exigências em matéria de documentos requeridos para a importação e a exportação.»

«2. Uma parte contratante a pedido de uma outra parte contratante ou das partes contratantes, examinará a aplicação de suas leis e regulamentos, tendo em vista as disposições do presente artigo.»

É fácil verificar que a norma inscrita no artigo VIII, do GATT, não teria aplicação, no caso.

É que a citada norma diz respeito, conforme está no título do artigo, aos Emolumentos e Formalidades Referentes à Importação e à Exportação, ou a tributos vinculados, que serão «limitados ao custo aproximado dos serviços prestados e não deverão constituir uma proteção indireta dos produtos nacionais ...». Impostos, todos sabemos, não têm a sua hi-

pótese de incidência vinculada a uma atuação estatal específica (CTN, artigo 16). Não pode estar se referindo a impostos o artigo VIII, quando expressa: «Todos os emolumentos e encargos de qualquer natureza ... percebidos pelas partes contratantes, na importação ou na exportação ou por ocasião da importação ou da exportação serão limitadas ao custo aproximado dos serviços prestados...».

VI

Em suma, a segurança não poderia prosperar: a uma, porque a invocação da cláusula de igualdade de tratamento com o produto nacional (GATT, artigo III) exige prova da existência de similar nacional, o que não se fez, no caso; a outra, porque não tem aplicação, na hipótese, a regra do artigo VIII, do GATT, que se dirige apenas e tão-só a emolumentos referentes à importação e à exportação, ou a tributos vinculados e não a impostos».

.....

No caso, a segurança não poderia prosperar, sob o ponto de vista do Tratado do GATT, exatamente como aconteceu na AMS nº 94.523-SP, acima mencionada. É que a invocação da cláusula de igualdade de tratamento com o produto nacional (GATT, artigo III) exige prova da existência de similar brasileiro, prova essa que não foi feita, aqui.

III

Importação na Zona Franca de Manaus

A sentença sustenta a tese no sentido de que «as importações de mercadorias para industrialização na Zona Franca de Manaus, nos

moldes do disposto no artigo 7º e seus parágrafos, do Decreto-Lei nº 288/67, não sofrem influência do IOF, porquanto a saída para outros pontos do território nacional não é vedada».

Isto porque, segundo a sentença, «nos termos da Resolução nº 681 do Banco Central do Brasil, o IOF se aplica às importações de mercadorias realizadas através da Zona Franca de Manaus amparadas pelos benefícios previstos no Decreto-Lei nº 288/67, e cuja saída para outros pontos do território nacional é vedada, nos termos do Decreto-Lei nº 1.455/76».

E acrescenta:

«Ora, o artigo 37 do citado Decreto-Lei nº 1.455/76 esclarece que, dentre outras hipóteses, está excluída da vedação a aplicação do disposto pelo artigo 7º do Decreto-Lei nº 288/67, com a redação do artigo 1º do Decreto-Lei nº 1.435/75».

Abrindo o debate, convém esclarecer, por primeiro, que a entrada de mercadorias estrangeiras na Zona Franca de Manaus não está sujeita a uma isenção total de tributos; ao contrário, a isenção tributária que beneficia a entrada de mercadorias estrangeiras na Zona Franca de Manaus está circunscrita aos impostos de importação e sobre produtos industrializados, conforme estabelecido no artigo 3º do Decreto-Lei nº 288, de 28-2-67;

«Art. 3º A entrada de mercadorias estrangeiras na Zona Franca, destinada a seu consumo interno, industrialização em qualquer grau, inclusive beneficiamento, agropecuária, pesca, instalação e operação de indústrias e serviços de qualquer natureza e a estocagem para reexportação, será isenta dos impostos de importação e sobre produtos industrializados.»

O IOF/câmbio, pois, não está abrangido na isenção em apreço.

Todavia, com base na Resolução nº 681, do Banco Central do Brasil, que estabeleceu alíquotas do IOF para as importações de mercadorias realizadas através da Zona Franca de Manaus, entendeu a sentença que, no caso, as mercadorias estariam isentas do IOF.

O argumento, entretanto, não tem procedência.

A uma, porque, conforme já deixamos claro, supra, a disposição inscrita no artigo 10, da Lei nº 5.143, de 20-10-66, que está na linha do artigo 65, CTN, seguiu a sorte deste, vale dizer, foi revogada, por isso que só a lei, não custa repetir, pode instituir ou aumentar tributo (CF, artigo 19, I; artigo 153, § 2º), não tendo a EC nº 1, de 1969, excepcionado o IOF, tal como o faziam a EC nº 18, de 1965, artigo 14, § 1º, e a Constituição de 1967, sem a EC nº 1, de 1969, artigo 22, § 2º.

Destarte, as Resoluções nº 672, de 31-12-80, e 681, de 22-1-81, do Banco Central do Brasil, não criam ou extinguem direito, no particular, vale dizer, no ponto em que fazem variar as alíquotas do IOF ou que concederiam isenção do tributo, mesmo porque a isenção depende de lei (CTN, artigo 176).

A duas, mesmo que se admitisse fosse possível ao Banco Central fazer variar as alíquotas do IOF, através de resoluções, o que se diz para argumentar, mesmo assim a segurança não prosperaria.

É o que procuraremos demonstrar.

É verdade que, diante do preceituado no artigo 37, parágrafo único, b, do Decreto-Lei nº 1.455, de

7-4-76, as mercadorias importadas para industrialização na Zona Franca de Manaus podem ser transferidas para o restante do território nacional, na forma do artigo 7º, do Decreto-Lei nº 288, de 28-2-67, com a redação do artigo 1º, do Decreto-Lei nº 1.435, de 16-12-75.

Todavia, essa saída, ou a saída dos produtos industrializados na Zona Franca de Manaus, está sujeita ao pagamento do imposto de importação relativo a matérias-primas, produtos intermediários e materiais de embalagem, importados e neles empregados (Decreto-Lei nº 288/67, artigo 7º).

Ora, se essa saída exige o pagamento de imposto abrangido pela isenção (Decreto-Lei nº 288/67, artigo 3º), não teria lógica deixasse de ser pago um imposto, o IOF, que a legislação específica da Zona Franca, o Decreto-Lei nº 288/67, artigo 3º, não isentou.

.....

Nada seria preciso acrescentar.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso.

EXTRATO DA MINUTA

AMS nº 98.975 — AM — Registro nº 3.426.874 — Rel.: O Sr. Ministro Carlos Velloso — Apte.: CCE da Amazônia S.A. — Apdo.: Banco Central do Brasil — Advs.: Drs. Klinger Costa e Jorge Amaury Maia Nunes.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação. (Em 9-3-83 — 4ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Pádua Ribeiro e Armando Rollemberg. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Armando Rollemberg.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 100.120 — MG
(Registro nº 3.455.912)

Relator Originário: O Sr. Ministro Bueno de Souza
Relator Designado: O Sr. Ministro Pádua Ribeiro
Remetente: Juízo Federal da 1ª Vara — MG
Apelante: União Federal
Apelada: Tágide Comércio e Representações Ltda.
Advogado: Dr. João Procópio de Carvalho e outros

EMENTA

Tributário. Contribuição para o FINSOCIAL. Inconstitucionalidade da sua exigência no mesmo exercício em que foi instituída.

I — Na consonância do decidido pelo Pleno desta Corte, ao julgar o MS nº 97.775-DF, é inconstitucional a exigência da contribuição para o FINSOCIAL no mesmo exercício em que foi editado o Decreto-Lei nº 1.940, de 25-5-82, que a instituiu.

II — Apelação desprovida. Sentença confirmada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que são partes as acima indicadas.

Decide a 4ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por maioria, negar provimento à apelação e confirmar a sentença, na forma do relatório e notas taquigráficas anexas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 11 de abril de 1984 (Data de julgamento) — Ministro Armando Rollemberg, Presidente — Ministro Pádua Ribeiro, Relator p/Acórdão

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Bueno de Souza: Tágide Comércio e Representações Ltda. impetrou mandado de segurança contra a exigência de recolhimento da contribuição devida ao FINSOCIAL, instituída pelo Decreto-Lei nº 1.940, de 25-5-82, tal como efe-

tuada pelo Delegado da Receita Federal em Belo Horizonte, ou seja, no equivalente a 0,5% da receita bruta da impetrante, proveniente do comércio e representação de materiais de terceiro.

Alegou, para tanto, a inconstitucionalidade do citado decreto-lei, que não constitui instrumento apropriado à instituição da contribuição; e também a inexigibilidade desta, no mesmo exercício fiscal em que foi editado o ato de sua criação.

Sentença do ilustre Juiz Federal Ademar Maciel (fls. 95/131) concedeu a segurança apenas para excluir a exigência da contribuição no exercício financeiro de 1982.

Os autos subiram para o reexame necessário.

A União Federal, por sua vez, interpôs apelação, pleiteando a reforma da sentença e a denegação da segurança.

Bem processado o recurso, oficiou o ilustrado Subprocurador-Geral da

República, Geraldo de Andrade Fontelles, pela reforma da sentença.

É o relatório.

VOTO VENCIDO PARCIALMENTE

O Sr. Ministro Bueno de Souza (Relator): Senhor Presidente, a sentença concedeu a segurança, tão-só e unicamente a fim de obstar a exigência das contribuições no exercício de 1982, em que foi editado o citado Decreto-Lei nº 1.940, que as instituiu, depois de longo arrazoado, no decorrer do qual procurou ressaltar a impropriedade da alegação de inconstitucionalidade daquele diploma legal.

Na verdade, tenho para mim que estes autos conduzem três demandas cumuladas: uma, puramente declaratória da inconstitucionalidade da exigência das contribuições; outra, de sua inexigibilidade no exercício de 1982; e, finalmente, a de cunho mandamental, em que se pede seja obstada tal exigência.

A sentença, portanto, ao reconhecer apenas a inexigibilidade do tributo no exercício de 1982, na verdade, julgou procedente apenas em parte a demanda (ou julgou procedente apenas duas das demandas).

Concedeu, assim, somente em parte o mandado de segurança, pois afirmou a inconstitucionalidade da exigência das contribuições relativas ao exercício de 1982 e determinou que a autoridade coatora se absteinha de nela insistir.

É por isso que, tendo votado em Sessão Plena do Tribunal na conformidade do douto voto de V. Exa., no sentido de considerar, de fato, inconstitucional o próprio decreto-lei; e tendo, porém, o Egrégio Plenário restringido seu pronunciamento à declaração da inconstitucionalidade da exigência da contribuição no mesmo exercício fiscal de sua instituição, nessa conformidade, meu voto é

para prover, em parte, a apelação da União Federal.

Com efeito, não tendo a impetrante interposto apelação, não há ensejo para ampliar o teor da decisão com que se conformou.

Ao prover a apelação (como o faço), reformo parcialmente a sentença a fim de conceder, em parte, a segurança, isto é, apenas para reconhecer a inconstitucionalidade da exigência da contribuição no ano de 1982 e obstar essa exigência. Na verdade, ocorre certa contradição na sentença, eis que, depois de explicitamente indicar que se pede a inconstitucionalidade do próprio decreto-lei (e, portanto, a inexigibilidade da contribuição, em qualquer exercício), contudo, concede a segurança apenas em relação ao ano de 1982.

É por isso que, no propósito de tornar a decisão, a meu ver, formalmente correta, dou provimento, em parte, à apelação, nos termos expostos.

VOTO

O Sr. Ministro Pádua Ribeiro: Sr. Presidente, com a devida vênia ao eminente Relator, confirmo a sentença pelos seus próprios fundamentos, vez que se ajusta ao precedente Plenário desta Corte, e nego provimento ao recurso.

VOTO

O Sr. Ministro Armando Rollemberg: Voto acompanhando o eminente Ministro Pádua Ribeiro.

EXTRATO DA MINUTA

AMS nº 100.120 — MG — Registro nº 3.455.912 — Rel. Originário: O Sr. Ministro Bueno de Souza. Relator Designado: Sr. Ministro Pádua Ribeiro. Remetente: Juízo Federal da

1ª Vara — MG. Apelante: União Federal. Apelada: Tágide Comércio e Representações Ltda. Advogado: Dr. João Procópio de Carvalho e outros (apelada).

Decisão: A Turma, por maioria, negou provimento à apelação e confirmou a sentença, vencido em par-

te o Sr. Ministro-Relator que acolhia parcialmente o recurso. (Em 11-4-84 — 4ª Turma).

Os Srs. Ministros Pádua Ribeiro e Armando Rollemberg participaram do julgamento. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro **Armando Rollemberg**.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 100.956 — RJ

(Registro nº 2.518.600)

Relator Originário: O Sr. Ministro Geraldo Sobral

Relator Designado para o Acórdão: O Sr. Ministro Moacir Catunda

Apelante: Instituto Nacional da Propriedade Industrial

Apelado: Zair Pinto do Rego

Advogados: Drs. Rosa Maria Rodrigues Motta e outros e Herlon Monteiro Fontes e outros

EMENTA

Propriedade industrial.

Pedido de Prorrogação do Registro da Marca «Laranjinha», indeferido por estar em desacordo com as disposições dos artigos 85, § 2º, 117 e 65, item 20, da Lei nº 5.772/71 — Código da Propriedade Industrial.

1. Improcedência do argumento, pois o novo Código, não introduziu direito novo a respeito. — O conteúdo jurídico da regra de não registrabilidade do atual Código, é idêntico aos correspondentes artigos disciplinadores da mesma matéria, constantes dos códigos revogados, quando foi deferido por diversas vezes o registro da marca em questão.

2. Não incide, no caso, a regra do § 2º, do artigo 85, do atual Código. Não se demonstrou desacordo entre o pedido de prorrogação do registro e qualquer regra substantiva do mesmo Código.

3. Recurso a que, por maioria, se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas.

Decide a 5ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, negar provimento ao recurso voluntário e à remessa de ofício, pela maioria de votos, na forma do relatório e notas taquigráficas

constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 22 de agosto de 1984 (Data do julgamento) — Ministro **Moacir Catunda**, Presidente e Relator designado p/ o Acórdão.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Geraldo Sobral: A sentença prolatada pelo Dr. Agostinho Fernandes Dias da Silva, Juiz Federal da Quinta Vara da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro, assim, relatou e decidiu a lide:

«Zair Pinto do Rego, qualificado na inicial, impetrou mandado de segurança contra o Sr. Presidente do Instituto Nacional da Propriedade Industrial, alegando, em resumo, o seguinte:

Em 6-2-79, requereu prorrogação do seu antigo registro de marca nº 230.252, de 3-3-59, em prorrogação do Registro nº 110.223, de 3-3-49. Entretanto, segundo decisão publicada aos 17-7-79, foi indeferido o aludido pedido, «por contrariar disposições legais» (artigo 85, § 2º, do CPI).

Ocorre que o mencionado dispositivo do Código de Propriedade Industrial prevê a possibilidade de indeferimento do pedido, quando da ocorrência de problemas de ordem formal. Não poderia admitir a possibilidade de reexame do mérito do pedido de registro, concedido há mais de 30 anos, pois, desta forma, estaria não só ferindo direito adquirido do titular, mas também desrespeitando coisa julgada administrativa, quando até mesmo a possibilidade de revisão judicial, através da ação de nulidade de registro de marca, já estaria prescrita.

Havendo recorrido da referida decisão da Diretoria de Marcas, ao Sr. Presidente do INPI, este fez publicar na «Revista da Propriedade Industrial», em 22-1-80, sua decisão negando provimento ao recurso.

Entendendo ter havido ofensa a direito adquirido e à coisa julgada administrativa, impetrou a garantia constitucional do mandado de

segurança para que fosse determinado à autoridade impetrada que concedesse a prorrogação do Registro nº 230.252, de 3-3-69.

Juntou os documentos de fls. 7/34. Solicitadas informações à autoridade impetrada, vieram com o ofício de fls. 39/45, com os anexos de fls. 46/57, esclarecendo que a negativa de prorrogação do registro devera-se ao fato de que a marca «Laranjinha» seria irregrável, de acordo com o artigo 65, item 20, da Lei nº 5.772/71, por dizer respeito ao próprio produto que a marca visava distinguir. Não teria ocorrido ofensa a direito adquirido, porque a Lei nº 5.772/71 poderia estabelecer condições novas para a prorrogação do registro.

O MP, à fl. 58, pelo motivo de a autoridade impetrada não haver respondido pessoalmente ao pedido de informações, tendo se feito representar por procurador do órgão, requereu fosse regularizada a situação, o que foi indeferido à fl. 58v, face a necessidade de divisão de trabalho e especialização de funções no órgão administrativo. Dessa decisão, agravou de instrumento o MP.

As fls. 60/61, o MP emitiu parecer, pela manutenção do ato impugnado, mas suscitando dúvida, a ser esclarecida pela impetrante, quanto à expressão que era objeto do pedido. Indeferido o requerimento a esse respeito, por incabível em mandado de segurança.

O pedido de esclarecimento por parte do MP, além de incabível no processo de mandado de segurança, não teria razão de ser, visto como as partes não deixaram qualquer dúvida quanto ao fato de que a expressão impugnada era «Laranjinha», conforme consta do pedido à fl. 14. A expressão «Mimos

do Céu» constou da exigência do INPI, na publicação de fl. 20, como alternativa à expressão impugnada, não tendo sido aceita pela impetrante, segundo suas razões de fl. 29, pois insistiu na prorrogação do registro da marca em sua forma integral, embora admitindo ressalva quanto às palavras que não seriam de seu uso exclusivo.

No tocante ao mérito do pedido, há de se observar, antes de mais nada, que, embora o artigo 117 do Código de Propriedade Industrial diga que ele se aplica «a todos os pedidos em andamento, inclusive os de prorrogação e recurso», tal disposição não atinge, como é evidente, o princípio constitucional do respeito ao direito adquirido.

Entretanto, o artigo 85, § 2º, do mesmo Código, estabelece que «a prorrogação não será concedida se o registro estiver em desacordo com as disposições deste Código, ressalvado ao titular o direito de adaptá-lo, se possível, às mesmas disposições».

A alegada discordância do registro com as disposições do Código liga-se à proibição do artigo 65, item 20, referente a registro, como marca, de «nome, denominação, sinal, figura, sigla ou símbolo de uso necessário, comum ou vulgar, quando tiver relação com o produto, mercadoria ou serviço a distinguir, salvo quando se revestirem de suficiente forma distintiva».

Trata-se, porém, de um teste já superado pela marca da impetrante, pois ele já existia no Decreto-Lei nº 254/67, que era o Código de Propriedade Industrial vigente à época da prorrogação anterior, efetuada em 3-3-69, como se vê à fl. 14. Dispunha o referido decreto-lei, em seu artigo 89, item 2º, que não poderiam ser registrados, como marca de indústria e de comércio ou de serviço, «os nomes e as deno-

minações necessárias usuais ou números, os sinais, figuras ou símbolos, de uso comum, desde que tenham relação com os produtos, artigos ou serviços a distinguir, salvo quando revestirem suficiente forma distintiva». A este caso, portanto, ajusta-se perfeitamente o voto do eminente Ministro Jorge Lafayette Guimarães, no julgamento da Apelação em Mandado de Segurança nº 76.237, como consta à fl. 33:

«Entendo que na renovação do registro de marca seria possível fazer o exame de nova legislação, pois não é a mesma automática.

Mas, no caso, assim não se fez, como V. Exa. acentuou no início do meu voto, e a atual lei é igual à vigente na época da anterior renovação do registro, pelo que não há agora matéria nova, e o problema da incidência da lei nova, quando da prorrogação requerida, assim não se apresenta, à decisão da Turma.

A questão de ser a expressão «Laranjinha» de «uso necessário, comum ou vulgar», com «relação com o produto, mercadoria ou serviço a distinguir», já fora objeto de apreciação por ocasião da anterior prorrogação do registro, quando a legislação vigente estabelecia a mesma proibição. A decisão administrativa então proferida passou a constituir coisa julgada administrativa, irrevogável a arbítrio da Administração e gerando direito adquirido; incorporado ao patrimônio do titular da marca.

Em face do exposto, julgo procedente o pedido e concedo a segurança, nos termos em que requerida. Custas *ex lege* (fls. 74/79).

O INPI apelou, com as razões de fls. 80/85, em que sustenta a legitimidade do ato impugnado e pede a reforma da sentença.

Apresentadas as contra-razões de fls. 114/119, foram remetidos os autos a esta Egrégia Corte, manifestando-se a douta Subprocuradoria-Geral da República pela confirmação do **decisum** (fls. 154/157).

Ê o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Geraldo Sobral (Relator): Não obstante a boa argumentação da sentença recorrida, não penso na forma expressa pelo douto Juiz a quo:

O § 2º do artigo 85 da Lei nº 5.772, de 21-12-71 não enseja dúvidas, quando reza:

«A prorrogação não será concedida se o registro estiver em desacordo com as disposições deste Código, ressalvado ao titular o direito de adaptá-lo, se possível, às mesmas disposições».

O registro em comento, apesar de vetusto, encontra-se em desacordo com as disposições do CPI, que, taxativamente, estabelece:

«Art. 65. Não é registrável como marca: 20 — nome, denominação, sinal, figura, sigla ou símbolo de uso necessário, comum ou vulgar, quando tiver relação com o produto, mercadoria ou serviço a distinguir, salvo quando se revestirem de suficiente forma distintiva».

Ninguém pode negar que a denominação «Laranjinha» é de uso vulgar e tem relação direta com o produto que a marca pleiteada visa distinguir.

Não há que se falar, ainda, em direito adquirido do impetrante à prorrogação pretendida, se o mesmo não preenche os requisitos exigidos pela nova lei. Os direitos adquiridos pelo impetrante, na legislação anterior, já se acham consumados e exauridos no tempo.

Neste sentido, reiterada se apresenta a jurisprudência desta Corte, consoante se vê dos seguintes julgados:

«Propriedade Industrial — Prorrogação de registro de marca — Terminado o prazo de vigência do registro, não tem o seu titular direito a vê-lo prorrogado, sem o atendimento de determinação contida no § 2º, do artigo 85, da Lei nº 5.772/71. Segurança indeferida» (AMS nº 81.567, Rel.: Ministro Armando Rollemberg, in DJ de 23-4-80, pág. 2741);

«Propriedade Industrial — Marca emblemática.

Prorrogação do registro. Na prorrogação dos registros anteriores à vigência do novo CPI (Lei nº 5.772/71) cabe examinar o requisito agora estabelecido no seu artigo 62, parágrafo único, tal como autorizado pelo artigo 85, § 2º» (AMS nº 91.020, Rel.: Ministro José Dantas in DJ de 28-5-81, pág. 5019);

«Propriedade Industrial. Registro de Marca. Prorrogação. — Terminado o prazo de vigência do registro, não tem o seu titular direito a vê-lo prorrogado sem o atendimento da determinação contida no § 2º, do artigo 85, da Lei nº 5.771/72, ainda mais no caso, em que o pedido extrapola de simples prorrogação para se configurar como pretensão à nova marca. Apeleação a que se nega provimento» (AMS nº 89.826 — Rel.: Ministro Moacir Catunda, Julgado em 9-11-81)..»

Impende repetir que o só fato de já ter havido prorrogações anteriores do registro da marca questionada não gera para o impetrante direito adquirido a nova prorrogação desse registro, com ferimentos à lei de vigência.

Não se pode olvidar, ainda, que a Administração deve agir sempre, na legalidade, tanto que «pode anular

seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos» (Súmula nº 473 do STF, primeira parte).

Na espécie sob julgamento, inexistente direito líquido e certo do impetrante à nova prorrogação do registro pleiteado, face às razões acima expostas.

Isto posto, dou provimento à apelação e à remessa oficial (dada por interposta — Lei nº 1.533/51, artigo 12, parágrafo único), para cassar a segurança outorgada em Primeira Instância.

É o meu voto.

VOTO VISTA

O Sr. Ministro Sebastião Reis: Nos presentes autos em que figura como apelante o INPI e apelado, Zair Pinto do Rego, em Sessão de 7-5-84, após os doutos votos do Relator, Ministro Geraldo Sobral, e do Presidente Moacir Catunda, ambos reformando a decisão de primeiro grau, para dar provimento à apelação e à remessa oficial, cassando a segurança concedida, pedi vista para conferir com a decisão tomada por esta Egrêgia Turma, na AC nº 67.801, por mim relatada, e agora ponho o feito em mesa para prosseguir no julgamento.

Segundo resai dos autos, insurge-se a impetrante contra decisão da Presidência do INPI que indeferiu pedido de prorrogação do registro de marca mista, contendo a expressão «Laranjinha», destinada a assinalar «bebida alcóolica extraída do suco de laranja» (fl. 13), privilégio concedido em 3-3-49, prorrogado por duas vezes, em 3-2-60 e 3-3-69, sendo que a terceira prorrogação pedida em 6-2-79, foi negada pelo órgão impetrado, com fulcro no § 2º do artigo 85 do CPI, sustentando as informações que o nome «Laranjinha» mantém relação direta, necessária, com o produ-

to a que visa distinguir (bebida extraída do suco de laranja) não podendo, assim, a marca ser prorrogada, em face da proibição do artigo 65, item 20 do Código, expresso em vedar a registrabilidade.

Extrai-se da r. sentença de primeiro grau (fl. 77):

«No tocante ao mérito do pedido, há de se observar, antes de mais nada, que, embora o artigo 117 do Código de Propriedade Industrial diga que ele se aplica a «todos os pedidos em andamento, inclusive os de prorrogação e recurso», tal disposição não atinge, como é evidente, o princípio constitucional do respeito ao direito adquirido.

Entretanto, o artigo 85, § 2º, do mesmo Código, estabelece que «a prorrogação não será concedida se o registro estiver em desacordo com as disposições deste Código, ressalvado ao titular o direito de adaptá-lo, se possível, às mesmas disposições.»

A alegada discordância do registro com as disposições do Código liga-se à proibição do artigo 65, item 20, referente a registro, como marca, de «nome, denominação, sinal, figura, sigla ou símbolo de uso necessário, comum ou vulgar, quando tiver relação com o produto, mercadoria ou serviço a distinguir, salvo quando se revestirem de suficiente forma distintiva».

Trata-se, porém, de um teste já superado pela marca da impetrante, pois ele já existia no Decreto-Lei nº 254/67, que era o Código de Propriedade Industrial vigente à época da prorrogação anterior, efetuada em 3-3-69, como se vê à fl. 14. Dispunha o referido decreto-lei, em seu artigo 89, item 2º, que não poderiam ser registrados, como marca de indústria e de comércio ou de serviço, «os nomes e as denominações necessárias usuais ou números, os sinais, figuras ou símbo-

los, de uso comum, desde que tenham relação com os produtos, artigos ou serviços a distinguir, salvo quando revestirem suficiente forma distintiva». A este caso, portanto, ajusta-se perfeitamente o voto do eminente Ministro Jorge Lafayette Guimarães, no julgamento da Apelação em Mandado de Segurança nº 76.237, como consta à fl. 33:

«Entendo que na renovação do registro de marca seria possível fazer o exame de nova legislação, pois não é a mesma automática. Mas no caso, assim não se fez, como V. Exa. acentuou no início do meu voto, e a atual lei é igual à vigente na época da anterior renovação do registro, pelo que não há agora matéria nova, e o problema da incidência da lei nova, quando da prorrogação requerida, assim não se apresenta, à decisão da Turma».

A questão de ser a expressão «Laranjinha» de «uso necessário, comum ou vulgar», com «relação com o produto, mercadoria ou serviço a distinguir», já fora objeto de apreciação por ocasião da anterior prorrogação do registro, quando a legislação vigente estabelecia a mesma proibição. A decisão administrativa então proferida passou a constituir coisa julgada administrativa, irrevogável a arbítrio da Administração e gerando direito adquirido; incorporado ao patrimônio do titular da marca».

Paralelamente, a ilustrada Subprocuradoria-Geral da República em parecer da lavra do culto Subprocurador-Geral da República Paulo Sollberger, depois de reportar-se a precedentes da Corte, no sentido de que lei posterior pode submeter o registro prorrogando a novas exigências, em ordem a inviabilizar a prorrogação, acentuou (fl. 156):

«No caso, todavia, como bem assinalou a douta sentença, não se trata propriamente de subordinar

a prorrogação do registro a uma nova condição legal. A proibição do item 20, do artigo 65, do atual Código, é encontrada também do parágrafo único do artigo 93 do Código de 1945, sob cuja égide foi deferido o registro, e ainda no artigo 80, 2º, do Código de 1967 (Decreto-Lei nº 254/67), que presidiu a segunda prorrogação do registro.

O que levou o INPI a negar o pedido de prorrogação não foi, portanto, qualquer alteração na legislação pertinente, mas uma modificação de critério na apreciação dos requisitos de registrabilidade.

Cumprе observar, por oportuno, que a proibição de registrar como marca, denominação necessária relacionada com o produto, não é absoluta. A lei permite o registro desde que a denominação se apresente revestida «de suficiente forma distintiva», porque, nesse caso, entende-se que o que a lei protege é a forma adotada e não a denominação em si.

Consoante esclarece o acatado Gama Cerqueira,

«Tendo-se em vista os motivos em que se funda o princípio basta que à denominação se acrescente um qualificativo, um nome, uma palavra arbitrária capaz de caracterizá-la, para se obter marca idônea e suscetível de proteção (...).

A marca pode ser caracterizada, também, pela combinação da denominação com emblemas, vinhetas etc., ou dando-se à denominação uma forma gráfica especial, que lhe empreste aparência distinta e característica. Nesses casos, o direito recai sobre o conjunto da marca ou sobre a sua forma característica, permanecendo livre o uso da denominação empregada» (Tratado da Propriedade Industrial, vol. I, parte I, p. 413, nº 163).

Foi esse resultado que a autora buscou alcançar através da combinação da palavra «Laranjinha» com outras palavras e desenhos (fl. 13), criando, assim, uma marca mista, aceita pelo INPI, que a julgou registrável.

Se o órgão, agora, pensa de maneira diferente, talvez por entender que a denominação «Laranjinha» se sobressai e se impõe demasiadamente no conjunto, essa nova orientação não justifica a recusa da prorrogação do registro. Aceitar uma simples modificação de critério como causa capaz de impedir a prorrogação, importaria em tornar precário o registro, retirando-lhe a garantia indispensável à estabilidade das relações comerciais».

O douto voto do Relator observou, de início (fl. 165):

«Ninguém pode negar que a denominação «Laranjinha» é de uso vulgar e tem relação direta com o produto que a marca pleiteada visa distinguir.

Não há que se falar, ainda, em direito adquirido do impetrante à prorrogação pretendida, se o mesmo não preenche os requisitos exigidos pela nova lei. Os direitos adquiridos pelo impetrante, na legislação anterior, já se acham consumados e exauridos no tempo».

Prosseguindo, após invocar precedentes deste Tribunal, concluiu:

«Impende repetir que o só fato de já ter havido prorrogações anteriores do registro da marca questionada não gera para o impetrante direito adquirido a nova prorrogação desse registro, com ferimentos à lei de regência.

Não se pode olvidar, ainda, que a Administração deve agir sempre, na legalidade, tanto que «pode anular seus próprios atos, quando evitados de vícios que os tornam ile-

gais, porque deles não se originam direitos» (Súmula nº 473 do STF, primeira parte).

Na espécie sob julgamento, inexistente direito líquido e certo do impetrante à nova prorrogação do registro pleiteado, face às razões acima expostas.

Isto posto, dou provimento à apelação e à remessa oficial (dada por interposta — Lei nº 1.533/51, artigo 12, parágrafo único), para cassar a segurança outorgada em Primeira Instância».

Data venia, no caso concreto, estou com a sentença recorrida, apoiada pela Subprocuradoria-Geral da República, de um lado, porque in casu não se cuida de subordinar a prorrogação do registro a uma nova condição legal, pois a proibição do item 20 do artigo 65 do atual CPI repete vedação do parágrafo único do artigo 93 do Código de 1945, sob cujo pálio foi deferido o registro, cláusula reproduzida no artigo 80, 2º, do Estatuto de 1967 (Decreto-Lei nº 254/67 intercorrente), e, de outro, porque a proibição focalizada não é absoluta, permitindo a lei o registro, desde que a denominação se mostre revestida «de suficiente forma distintiva», o que ocorre na espécie, mediante a combinação da palavra «Laranjinha» com outras palavras e desenhos, em ordem a compor a chamada marca mista, como argumentou a ilustrada Subprocuradoria-Geral da República.

Nesse contexto, entendo que, no caso *sub judice* a recusa impugnada pela impetrante não se fundou em alteração resultante de lei posterior, mas de simples mudança de critério na interpretação do texto pertinente, modificação insuficiente para desautorizar a prorrogação pretendida, ou, ainda, aqui protege-se a forma adotada pelo titular do registro anterior, em face da marca mista construída, e não a denominação em si mesma.

Os precedentes invocados no douto voto do Relator relacionam-se com hipóteses em que a lei da prorrogação introduzira condição nova, em relação à lei da data do registro, o que não se verifica *in casu*; outrossim, em casos semelhantes aos dos autos, a jurisprudência deste Tribunal tem reconhecido o direito à prorrogação, desde que não sobrevenha «direito novo», ao ensejo da prorrogação (AMS nº 76.237, da antiga 1ª Turma, Rel.: Ministro Márcio Ribeiro, AMS nº 77.440, Relator Ministro Décio Miranda, da antiga 2ª Turma, AMS nº 83.996, antiga 2ª Turma, Rel.: Ministro William Patterson e AMS nº 75.574, da antiga 1ª Turma, Relator Ministro Moacir Catunda).

Em face dessas considerações, coerente com a orientação que perfilhei na AC nº 67.801, desta Egrégia Turma, por mim relatada, com a vênua sempre devida aos doutos votos aqui proferidos, confirmo a sentença de primeiro grau, por seus fundamentos, reportando-me, ainda, ao parecer da ilustrada Subprocuradoria-Geral da República.

PEDIDO DE VISTA PARA REVISÃO DE VOTO

O Sr. Ministro Moacir Catunda: Considerando as judiciosas razões do voto do eminente Ministro Sebastião Reis, resolvo cancelar o voto de adesão proferido na assentada anterior e pedir vista dos autos, para melhor exame da matéria, frente aos antecedentes citados no voto de S. Ex^a.

VOTO VISTA

O Sr. Ministro Moacir Catunda: O pedido de prorrogação do registro da marca «Laranjinha», sob o número 230.252 foi indeferida por estar em desacordo com as disposições dos artigos 85 § 2º, 117, e 65, item 20, da Lei nº 5.772/71, — Código de Propriedade Industrial.

O primeiro dispositivo legal fixa o prazo do registro da marca ou de expressão ou sinal de propaganda, facultando-lhe a prorrogação, por período igual ou sucessivo; — o segundo, que é de natureza transitória, estabelece a aplicabilidade do Código aos pedidos em andamento, inclusive os de prorrogação e recurso, e o terceiro, que é de natureza permanente, estabelece a registrabilidade, como marca, de «nome, denominação, sinal, figura, sigla ou símbolo de uso necessário, comum ou vulgar, quando tiver relação com o produto, mercadoria ou serviço a distinguir, salvo quando se revestir de suficiente forma distintiva».

O registro da marca «Laranjinha», sob o nº 230.252, foi deferido em 3 de março de 1949, na vigência do antigo Código de Propriedade Industrial, e prorrogado, por duas vezes, em 3 de fevereiro de 1960, e 3 de março de 1969, — a última das quais sob o império do anterior Código de Propriedade Industrial, baixado com o Decreto-Lei nº 254, de 1967.

O conteúdo jurídico da regra de não registrabilidade de marca, previsto no item 20, do artigo 65, do atual Código, é idêntico aos correspondentes artigos disciplinadores da mesma matéria, constantes dos códigos revogados.

O atual Código de Propriedade Industrial não introduziu direito novo, a respeito, de sorte que improcede o argumento de que o pedido de prorrogação do registro, em causa, não pode ser atendido porque se acha em desacordo com as disposições do novo Código.

A regra do § 2º, do artigo 85, do atual Código não incide, no caso, visto que não se demonstrou nenhum desacordo entre o pedido de prorrogação do registro e qualquer regra substantiva do mesmo Código, pertinente à matéria da registrabilidade das marcas mistas, que, no concre-

to, foi repetidamente aceita pelo INPI, quando admitiu o registro da marca «Laranjinha», coligada a outras palavras, e o prorrogou, por duas vezes.

O que houve, no caso, foi uma mudança de critério da administração do INPI, a respeito da inteligência da regra do item 20, do artigo 65 do Código, sem dúvida respeitável, mas sem força para suprimir o fenômeno da coisa julgada administrativa, estabelecido quando se examinou dispositivo legal de conteúdo persimilo ao invocado pelo apelante, não revogável ao nuto da administração, e que gerou direito adquirido, como anotou a sentença, com acerto, na linha do entendimento de vários julgados do Tribunal, citados no parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República e também no voto do eminente Ministro Sebastião Alves dos Reis, aos quais me reporto, pelos não repetir.

Por estes motivos, e com as vênias devidas ao eminente Relator, que admiro, prezo e respeito, o meu voto, no caso, é negando provimento ao recurso voluntário, e à remessa de

ofício, para confirmar a decisão recorrida.

EXTRATO DA MINUTA

AMS nº 100.956 — RJ — Registro nº 2.518.600 — Rel.: Sr. Ministro Geraldo Sobral. Rel.: Designado p/ o Acórdão: Sr. Ministro Moacir Catunda. Apte.: INPI. Apdo.: Zair Pinto do Rego. Advs.: Drs. Rosa Maria Rodrigues Motta e outros e Herlon Monteiro Fontes e outros.

Decisão: Prosseguindo no julgamento, negou provimento ao recurso voluntário e à remessa de ofício, pela maioria, constituída dos votos dos Srs. Ministros Moacir Catunda e Sebastião Reis, vencido o Sr. Ministro-Relator. Lavrará o Acórdão o Sr. Ministro Moacir Catunda, primeiro voto divergente, em virtude da reconsideração do voto proferido na primeira assentada, externada em seguimento à segunda, quando pediu vista do processo. (Em 22-8-84 — 5ª Turma).

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Moacir Catunda.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 101.120 — DF (Registro nº 4.953.231)

Relator: O Sr. Ministro Gueiros Leite

Apelante: Petrônio Fábio Ponticelli

Apelada: União Federal

Advogados: Hugo Mosca e outros

EMENTA

Mandado de segurança: 1) Informações (quem as presta); 2) Novos documentos (CPC, artigo 398).

1. As informações se constituem em ato da responsabilidade pessoal e intransferível do coator perante a Justiça, muito embora possam ser redigidas por profissional habilitado, advogado ou procurador, mas sempre com a chancela do coator.

2. O artigo 398, do CPC, é de aplicação também aos processos de mandado de segurança. Sempre

que uma das partes requerer a juntada de documento aos autos, o Juiz ouvirá a outra. A falta dessa providência agride o princípio da bilateralidade dos atos processuais e a isonomia processual, levando à nulidade da sentença.

3. Apelação provida. Sentença anulada.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos, em que são partes as acima indicadas.

Decide a 2ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, dar provimento à apelação e anular o processo, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator e de acordo com as notas taquigráficas precedentes que integram o presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 25 de maio de 1984 (Data do julgamento) — Ministro Gueiros Leite Presidente-Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gueiros Leite (Relator): Petrônio Fábio Ponticelli impetra mandado de segurança contra a Coordenação Nacional do Ensino Agropecuário (COAGRI), objetivando a nulidade de vários atos funcionais reputados contrários à lei e à prova dos autos, a saber:

a) suspensão de licença médica e de exigência de reassunção do exercício do cargo;

b) suspensão do pagamento dos vencimentos;

c) perda dos vencimentos a partir de 6 de junho de 1978 até a data da reassunção;

d) obrigatoriedade de comparecimento perante Junta Médica Especial do INAMPS;

e) contagem de faltas do serviço.

O impetrante é Agente Administrativo lotado na Escola Agrotécnica Federal de Bento Gonçalves. Por ser portador de moléstia relacionada no

CID sob o nº 737.3/3, encontra-se absolutamente impedido de exercer suas atividades habituais.

Surpreendentemente, em 30 de setembro de 1982, o impetrante tomou ciência do despacho proferido pela autoridade impetrada, no PA nº 1.870/82, aplicando-lhe pena de repressão, além das demais indicadas no preâmbulo do relatório.

Não é, porém, contra a pena de repressão que se impetra o «writ», mas contra os demais atos impugnados, porque vulneraram as regras administrativas, sujeitos assim à revogação ou anulação no âmbito interno ou pelas vias judiciais (fl. 5).

O Dr. Dario Abranches Viotti concedeu a medida liminar (fl. 30) e requisitou as informações, as quais foram prestadas às fls. 34/39, não pela autoridade impetrada, mas por delegação à Consultoria Jurídica do órgão (fls. 35/39).

O informante esclareceu que o funcionário vem prorrogando sucessivas licenças para tratamento de saúde, a partir de 6 de junho de 1978, embora nesse intercurso tenha exercido outras atividades lucrativas, contrariamente ao disposto no artigo 101, da Lei nº 1.711/52.

Ouvido o Ministério Público Federal, opinou pela denegação do «writ» (fl. 384). No mesmo sentido foi a sentença do Dr. Jacy Garcia Vieira, achando ser preciso pôr um basta no uso abusivo de atestados gratuitos para tratamento de doenças inexistentes (fl. 394).

O impetrante apelou, às fls. 398/401, em críticas à sentença e com pedido de nova decisão. O Mi-

nistério Público respondeu ao recurso, à fl. 404, pela manutenção da sentença. Aqui no Tribunal o mesmo fez o Dr. Paulo A. F. Sollberger, em seu parecer de fls. 410/411.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Gueiros Leite (Relator): É obrigatória a prestação de informações pela autoridade impetrada. No caso dos autos, porém, o ilustre subscritor da peça de fls. 35/39 é o Dr. Alvaro Alvares da Silva Campos, Consultor Jurídico do MEC, o qual começa o parecer assim:

«Incumbiu-me o Senhor Diretor-Geral da Coordenação Nacional do Ensino Agropecuário — COAGRI de responder aos termos de seu Ofício nº 003/83-A, de 12 de janeiro, recebido no dia imediato, no qual solicita a remessa de informações destinadas a instruir o julgamento do Mandado de Segurança nº II-127/82-A, impetrado por Petronio Fábio Ponticelli» (fl. 35).

Em que pese o valor jurídico da peça em apreço, não poderá valer, contudo, como informações, no sentido do artigo 7º, inciso I, da Lei nº 1.533/51, pois somente a autoridade coatora deverá prestá-las, muito embora apenas subscrevendo-as, como na grande maioria dos casos, se redigidas por profissional habilitado, advogado ou procurador.

Na hipótese dos autos, a autoridade coatora além de não cumprir a lei afrontou a respeitabilidade do pretório e aplicou maus-tratos à própria causa, onde está sendo apontada como culpada pela prática de atos reputados abusivos, ilegais e irritos, os quais, uma vez coibidos, podem ter resultados danosos ao ente público, pois a responsabilidade administrativa é pessoal e intrans-

ferível perante a Justiça (H. L. Meirelles, MS e AP, 5ª ed., pág. 48).

Sobre o assunto já proferi voto, cujo Acórdão tem a seguinte ementa:

«Agravado de Instrumento. Informações em Mandado de Segurança. Indelegabilidade do Ônus. A prestação de informações em mandado de segurança é poder-dever indelegável da autoridade coatora, dada a sua qualidade de agente do órgão público interessado e as peculiaridades processuais da legislação de regência desse remédio jurídico (Lei nº 1.533, artigo 7º, I). Agravo provido». (AI nº 44.777 — RS).

O Dr. Jacy Garcia Vieira não atendeu no fato quando sentenciou, mas cabe-me focalizá-lo para que sirva de escarmento, pois não levo em conta a peça de fls. 35/39. Embora a revelia se resolva com a presença nos autos do Ministério Público (CPC, artigo 52, parágrafo único), é plausível, contudo, a aplicação do artigo 302, pois as informações no mandado de segurança fazem as vezes da contestação, conforme salienta o autor citado, *verbis*:

«A omissão das informações pode importar em confissão ficta dos fatos argüidos na inicial, se a isto autorizar a prova oferecida pelo impetrante, (Omissis)».

(Autor e obra citados, também na 9ª ed. ampliada, 1983, pág. 57).

De qualquer modo, porém, com as pretensas informações foi juntada farta documentação constante do processo administrativo, sem que se abrisse vista ao impetrante, prática contrária ao disposto no art. 398, do CPC, afetando a eficácia da sentença, pois os documentos não são irrelevantes.

A doutrina e a jurisprudência, citadas por T. Negrão, concluem pela nulidade da sentença ou do Acórdão, se antes de proferidos deixou de ser

atendido o disposto no art. 398 (Arruda Alvim, RP nº 3/218; RTJ nº 89/947; STF/RT nºs 537/230, 500/127, 502/80; RTJ JESP nº 63/151; JTA nº 42/123; RP nº 5/537, em 69).

O artigo 398 é, contudo, segundo alguns, norma geral e não específica, não cabendo no processo de mandado de segurança. Nesse sentido Alexandre de Paula (CPC Anotado, vol. II, 2ª ed., RT nº 1.980, pág. 299). Ao contrário e de acordo com a tese do voto, Arruda Alvim (Parecer na Revista de Processo nº 3, 1976, pág. 221) e H. L. Meirelles, *verbis*:

«... se com as informações vierem documentos, deve ser aberta vista ao impetrante para sua manifestação (*omissis*):

(Mandado de Segurança e Ação Popular, 9ª ed., pág. 57).

Ante o exposto, dou provimento à apelação e anulo o processo a partir do respeitável despacho de fl. 34, que mandou dar vista ao Ministério Público antes de ouvir o impetrante,

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 101.930 — SP

(Registro nº 2.763.800)

Relator: O Sr. Ministro Torreão Braz

Remetente: Juízo Federal da 7ª Vara — SP

Apelante: Conselho Regional de Farmácia do Estado de São Paulo

Apeladas: Drogaria São Luiz Ltda. e outras

Advogados: Drs. José Cabral Pereira Fagundes e Ivan Chaves da Silva, Geraldo Ataliba, Luiz Carlos Bettiol e outros

EMENTA

— Conselho Regional de Farmácia.

— As anuidades pagas pelos profissionais farmacêuticos e empresas de farmácia não configuram tributo, mas ônus, isto é, condição necessária para o exercício das suas atividades.

— A elas não se refere o artigo 21, § 2º, I, da Constituição, porquanto os Conselhos Regionais não representam o interesse da categoria profissional, incumbência reservada aos sindicatos.

— A cobrança das citadas anuidades rege-se pelo disposto na Lei nº 3.820/60.

— Segurança cassada.

prejudicado pela preclusão qualquer outro pronunciamento da autoridade coatora nos autos, que será acolitada pelo órgão do Ministério Público, sem prejuízo do restabelecimento da medida liminar, nos termos em que foi dada, pelo Dr. Juiz, se achar conveniente.

Ê como voto.

EXTRATO DA MINUTA

AMS nº 101.120 — DF — Registro nº 4.953.231 — Rel.: O Sr. Ministro Gueiros Leite. Apte.: Petrônio Fábio Ponticelli. Apda.: União Federal. Advs.: Hugo Mosca e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento à apelação e anulou o processo, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. (Em 25-5-84 — 2ª Turma).

Os Srs. Ministros William Patterson e José Cândido votaram com o Sr. Ministro-Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Gueiros Leite.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas.

Decide a 6ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por maioria, vendido o Sr. Ministro Wilson Gonçalves, dar provimento à apelação para reformar a sentença remetida e casar a segurança, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 18 de junho de 1984 (Data de julgamento). — Ministro **Torreão Braz**, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro **Torreão Braz**: O Dr. Juiz Federal da 7ª Vara de São Paulo expôs a controvérsia nestes termos (fls. 180/182):

«Drogaria São Luiz Ltda., Drogaria Paratodos Ltda., Drogaria Rio Grande Ltda., Drogaria Concordia Ltda., Drogaria Paulista Ltda., Drogaria Cerefar Limitada, Drogaria Estrel Ltda., Drogaria Grodagem Ltda., Elenir Maria Baiochi, Farmácia Imperial Ltda., Farmácia Galileia Ltda., Farmácia Ativa Ltda., Farmácia Lucélia Ltda., Farmácia Ana Flávia Ltda., Farmácia Droga Mil Limitada, Farmácia e Drogaria Galeno Ltda., Farmácia Droga Cilio Ltda., Farmácia Droga Ortiz Ltda., Farmácia Três Poderes Ltda., Farmácia Flavius Ltda., H. Nakakura & Cia. Ltda., Irmãos Sakamoto & Cia. Ltda., K. Koianagui & Cia. Ltda., Koryo Miyazaki & Cia. Ltda., Masayo shi Sunahara & Cia. Ltda., Oliver Pancotti & Cia. Ltda., Philadelpho Lopes & Cia. Ltda., Seraphim de Carvalho & Cia., Cid Cesar do Amaral & Cia. Ltda., Cláudio, Lúcia & Cia. Ltda., Farmácia Drogalons Ltda. e Farmácia

São Nicolau Ltda., empresas qualificadas na inicial, impetram o presente mandado de segurança contra ato do Sr. Presidente do Conselho Regional de Farmácia do Estado de São Paulo que lhes exige anuidades em função dos seus respectivos capitais registrados.

Dizem, em síntese, que:

— Sendo estabelecimentos dedicados ao comércio de produtos farmacêuticos, estão registrados no Conselho Regional de Farmácia;

— estão obrigados pela Lei Federal nº 3.820/60 (artigo 22), a pagar uma anuidade ao Conselho, a qual tem natureza jurídica tributária, tanto que se conforma ao conceito de tributo estampado no artigo 3º, do Código Tributário Nacional;

— dentre as espécies de tributo, aquela anuidade qualifica-se como contribuição, prevista no inciso I, § 2º, do artigo 21 da Constituição;

— no caso das contribuições, a Constituição estabelece exceção ao princípio da legalidade, consistente em tolerar que o Executivo altere alíquota e base de cálculo “nas condições e nos limites estabelecidos em lei» (artigo 21, § 2º, I);

— ocorre que a Lei nº 3.820/60 não estabelece qualquer limite ou condição que permita ao Poder Executivo alterar a alíquota ou base de cálculo das anuidades devidas ao Conselho Regional de Farmácia;

— daí por que é de se ter o tributo como não criado.

Os impetrantes pedem, então, a concessão da ordem para ficar liberados da anuidade prevista na tabela de fl. 89.

Concedida a liminar (despacho de fl. 112), vieram as informações onde a autoridade impetrada alega:

a) em preliminar:

— que a matéria requer produção probatória, já que o Conselho Regional de Farmácia apenas tem atualizado o valor monetário das suas anuidades, valendo-se do que dispõe o artigo 97, § 2º, do Código Tributário Nacional;

— que os impetrantes deixaram fluir o prazo decadencial da impetração, pois que se insurgem contra decisões do Plenário do Conselho datadas de 1974 e 1979;

b) no mérito:

— que as anuidades devidas aos Conselhos Regionais de Farmácia não são tributos, mas se caracterizam como «ônus»: — a Constituição, quando fala em «contribuição de interesses de categorias profissionais» (art. citado), está a se referir apenas às contribuições sindicais e não às anuidades previstas nas legislações dos conselhos de classes.

Manifestação do MPF., pelo indeferimento do pedido, à fl. 140».

A sentença concedeu a segurança para que as impetrantes ficassem liberadas das malsinadas anuidades, apoiada em Acórdão proferido na AMS nº 80.244, Relator o Ministro Carlos Velloso (fls. 182/185).

Houve remessa *ex officio* e apelação do Conselho Regional de Farmácia, com as razões de fls. 193/202, reeditando as alegações contidas nas informações.

Contra-razões às fls. 210/212.

A Subprocuradoria-Geral da República opinou pela confirmação da sentença (fls. 219/220).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Torreão Braz (Relator): Ao proferir voto no Mandado de

Segurança nº 97.775, que tratava da contribuição ao Finsocial, assim me expressei:

«O ilustre tributarista Luiz Mélega, em estudo sobre a matéria estampado na «Resenha Tributária», nº 16, páginas 279 e seguintes, após analisar as modificações introduzidas nos artigos 21, § 2º, e 43 da Constituição pela Emenda nº 8/77, escreve:

«O artigo 43 reza que cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente aquelas elencadas nos seus incisos enumerados de I a IX, agora de I a X, por força da alteração introduzida pela referida Emenda Constitucional nº 8/77. É interessante notar que no inciso I estão mencionados os «tributos, arrecadação e distribuição de rendas»; agora com o enxerto decorrente da Emenda Constitucional nº 8/77 (inciso X), ficou incluída na competência específica da União a instituição de contribuições sociais para o custeio de encargos previstos nos artigos 165, itens II, V, XVI e XIX, 166, § 1º, 175, § 4º e 178.

A primeira observação que ocorre ao intérprete é que o legislador quis efetivamente retirar as contribuições enumeradas no inciso X a sua natureza tributária, já que no inciso I se referiu a tributos e no inciso X aludiu a contribuições, numa clara indicação de que estas não estão compreendidas naqueles. Aceita essa interpretação presentemente fazem parte do sistema tributário nacional somente as contribuições instituídas tendo em vista a intervenção no domínio econômico ou o interesse de categorias profissionais, e bem assim aquelas cobradas para atender diretamente à parte da União no

custeio dos encargos da previdência social».

Essa exegese me parece incontestável, considerada a rigidez do sistema tributário brasileiro, que implica afastar do seu círculo tudo o que não esteja incluído, a tal título, na Carta Magna, a despeito da conceituação doutrinária sobre certos tipos de ingresso público».

Em face do raciocínio desenvolvido por Mélega, que exprime a interpretação lógico-sistemática do Estatuto Fundamental, indaga-se: as anuidades devidas aos Conselhos Regionais de Farmácia, ex vi do disposto no artigo 22 da Lei nº 3.820, de 11-11-60, estão entre as contribuições a que se refere o artigo 21, § 2º, item I, da Emenda Constitucional nº 1/69?

Alguns entendem que sim, à consideração de que elas são arrecadadas no interesse da categoria profissional. Todavia, por razões que a seguir tornarei explícitas, não me parece correta, *data venia*, a colocação dessa prestigiosa corrente.

Os conselhos profissionais não se destinam a defender a profissão ou o interesse das classes respectivas. A sua função consiste, como, aliás, está dito no pórtico das respectivas leis de regência, no controle das atividades profissionais, com vistas à defesa do interesse coletivo. O interesse das categorias profissionais é representado pelos sindicatos, a teor do disposto no artigo 513 da Consolidação das Leis do Trabalho. O preceito constitucional, portanto, no ponto ora discutido, pertine à «contribuição sindical que se arrecada a fim de manter os organismos de defesa dos interesses de categorias profissionais: os sindicatos» (Manoel Gonçalves Ferreira Filho, «Comentários à Constituição Brasileira», 3ª ed., pág. 165).

A exação em atinência deflui de lei editada com base nos artigos 8º, inciso XVII, letra r, e 153, § 23, da

Constituição da República, e o seu pagamento é efetuado em benefício de cada contribuinte, ou seja, do profissional considerado individualmente e não da categoria a que pertence.

Daí a dizer o conceituado tributarista Eros Roberto Grau, em parecer junto aos autos:

«As anuidades criadas pelo artigo 22 e seu parágrafo único da Lei nº 3.820/60 não remuneram a prestação de atividade no interesse profissional; consubstanciam condição para o exercício de determinadas atividades. Por isso não são contribuições parafiscais, com natureza tributária, objeto de relações obrigacionais. Tornam-se exigíveis não porque os profissionais farmacêuticos e empresas de farmácia exerceram ou exercem suas atividades, mas para que os profissionais farmacêuticos e empresas de farmácia possam vir a exercer ou continuar a exercer aquelas mesmas atividades. O pagamento do objeto do ônus não é ato devido, mas ato necessário».

A tese defendida pelo citado autor, conceituando essa contribuição como ônus, — já acolhida, diga-se de passagem, por este Eg. Tribunal no Agravo de Petição nº 37.917, relatado pelo Ministro Jarbas Nobre — além de não atritar com o nosso sistema constitucional, confere a esse tipo de ingresso a sua real natureza jurídica, porquanto configura uma faculdade cujo exercício é indispensável para a consecução de um interesse. O farmacêutico não está obrigado a exercer a profissão, mas, se quiser exercê-la (faculdade), terá de cumprir a condição (inscrever-se no Conselho Regional e pagar as anuidades). Do mesmo modo, o descumprimento da condição após a inscrição traz como consequência o cancelamento desta.

Destarte, as anuidades referidas na impetração não estão sujeitas às

normas tributárias, inclusive as de fonte constitucional, regendo-se a sua cobrança pelo disposto na legislação específica.

A vista do exposto, dou provimento à apelação para reformar a sentença remetida e cassar a segurança, pagas as custas pelas impetrantes.

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Wilson Gonçalves: Sr. Presidente, tenho defendido que as contribuições — todas elas que tenham a característica de obrigação financeira — são essencialmente tributos. Essa distinção de que é ônus parece-me uma designação especiosa, porque não conheço tributo que não seja ônus. Todos pesam, realmente, na economia das partes contribuintes e, no caso presente, nem pode se assemelhar com as contribuições previdenciárias porque, realmente, não têm o sentido de assistência.

No apagar das luzes, continuo coerente com o meu ponto de vista de que tributo é toda contribuição pecuniária obrigatória e, conseqüentemente, não deve se distinguir das demais, inclusive porque a cobrança é feita exatamente nos moldes da execução fiscal. Tem tudo de tributo: as prerrogativas são todas de tributo, inclusive a execução fiscal. No en-

tanto, não se considera tributo naquilo que possa ser desfavorável à entidade, no caso o Conselho Regional de Farmácia.

Com a devida vênia de V. Exa., eu, fiel ao meu ponto de vista, que sob o aspecto doutrinário parece o que mais corresponde à realidade e à natureza das coisas, mantenho a sentença.

EXTRATO DA MINUTA

AMS nº 101.930 — Registro nº 2.763.800 — SP — Rel.: O Sr. Ministro Torreão Braz. Remte.: Juízo Federal da 7ª Vara — SP. Apte.: Conselho Regional de Farmácia do Estado de São Paulo. Apdas.: Drogaria São Luiz Ltda. e outras. Advs.: Drs. José Cabral Pereira Fagundes e Ivan Chaves da Silva, Geraldo Ataliba, Luiz Carlos Bettiol e outros.

Decisão: A Turma, por maioria, venceu o Sr. Ministro Wilson Gonçalves, deu provimento à apelação para reformar a sentença remetida e cassar a segurança. Sustentou oralmente o Dr. Ivan Chaves da Silva, pelo apelante (em 18-6-84 — 6ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Wilson Gonçalves e Miguel Ferrante. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Torreão Braz.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 103.205 — PE (Registro nº 5.589.827)

Relator: O Sr. Ministro Carlos Madeira

Remetente **Ex Officio:** Juiz Federal da 2ª Vara

Apelante: Universidade Federal de Pernambuco

Apelado: Natanael Joaquim da Silva

Advogados: Drs. Nilton Wanderley de Siqueira, e Vera Lúcia Cezar de Souza

EMENTA

Ensino Superior. Matrícula de biomédico em curso de medicina. Impossibilidade.

A Lei nº 6.686, de 11 de setembro de 1979, autoriza os biomédicos formados até julho de 1983, a realizarem análises clínico-laboratoriais, desde que comprovem a realização de disciplinas indispensáveis para o exercício dessa atividade, ou realizem a necessária complementação curricular, assegurada, para esse fim, a matrícula em qualquer curso, independentemente de vaga.

Não são beneficiados por essa lei, os biomédicos especializados em serviço de radiologia, cujas atividades são regidas pelo disposto no artigo 5º, inciso II, da Lei nº 6.684, de 3 de setembro de 1979.

Tendo a lei objeto específico, não pode o intérprete aplicá-la à hipótese nela não prevista, em detrimento de interesse público relevante, como é o ensino superior.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas.

Decide a 3ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, à unanimidade, conhecer da remessa e dar provimento à apelação, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 14 de setembro de 1984 (Data do julgamento) — Ministro Carlos Madeira, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Carlos Madeira (Relator): Diplomado em Ciências Biológicas, modalidade biomédico, em 1977, requereu sua matrícula, independentemente de vaga, no 5º período do Curso de Graduação em Medicina da Universidade Federal de Pernambuco, o que lhe foi indeferido, por decisão do Magnífico Reitor.

Inconformado, impetrou mandado de segurança, invocando o benefício do artigo 2º da Lei nº 6.686, de 11 de setembro de 1979, que lhe assegura a matrícula em qualquer curso, se ne-

cessária à complementação curricular.

O Juiz Federal concedeu a medida liminar requerida, e a autoridade impetrada prestou informações, esclarecendo, em suma, que o impetrante não pretende complementar seu currículo para «realizar análises clínico-laboratoriais», como especificamente prevê a Lei nº 6.686, de 1979. O que pleiteia, a pretexto de exercer a profissão de radiologista, é fazer o curso médico, abrangendo todas as especialidades, com ingresso sem concurso vestibular e independentemente de vaga.

Alude o informante às atribuições específicas estabelecidas pelo Conselho Federal de Educação, para os formados em Ciências Biológicas, entre as quais as de análise clínico-laboratoriais. Como a Lei nº 6.684, de 1979, que regulamentou o exercício da profissão de biomédico, não previu aquelas atribuições, houve insatisfação da classe, que foi atendida com a Lei nº 6.686, de setembro de 1979, facultando a complementação curricular para o efeito de habilitar os interessados a realizá-las.

Não se justifica, pois, a interpretação ampla dada pelo impetrante a essa última lei.

As informações foram prestadas em 21 de janeiro de 1983, e a 1º de fevereiro seguinte o Juiz admitiu seis litisconsortes, biomédicos, que se disseram também prejudicados pelo Reitor da Universidade, na sua pretensão de matricularem-se no curso médico.

O processo ficou suspenso até agosto, em virtude de exceção de suspeição do Juiz. Por despacho de 10 de agosto, o Juiz declarou mantida a medida liminar.

Ouvido o Dr. Procurador da República, o Juiz, por sentença de 19 de outubro, concedeu o mandado de segurança, determinando à autoridade impetrada o aproveitamento de créditos já trazidos pelo impetrante do seu curso de Biomédico. O processo foi julgado extinto em relação aos litisconsortes.

Sentença remetida.

Apelou a Universidade.

Contra-arrazoou o impetrante.

A Subprocuradoria-Geral da República opinou pela reforma da sentença.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Madeira (Relator): O Juiz teve dúvidas quanto ao cabimento da apelação. Mas a Resolução nº 25, de 30-9-80, deste Tribunal, estabelece que não se aplicam os artigos 1º, 3º e 4º da Lei nº 6.825, de 1980, ao mandado de segurança.

No mérito, o artigo 5º da Lei nº 6.684, de 3 de setembro de 1979, dispõe que o biomédico poderá:

«Art. 1º Os atuais portadores de diploma de Ciências Biológicas, modalidade médica, e os que venham a concluir o mesmo curso, até julho de 1983, poderão realizar análise clínico-laboratoriais, assinando os respectivos laudos, desde que comprovem a realização de

disciplinas indispensáveis ao exercício dessa atividade.

Art. 2º Para os efeitos do disposto no artigo anterior, fica igualmente assegurada, se necessária à complementação curricular, a matrícula dos abrangidos por esta lei em qualquer curso, independentemente de vaga».

A Lei nº 6.686, de 11 de setembro de 1979, aditou o seguinte:

«I — Realizar análises físico-químicas e microbiológicas de interesse para o saneamento do meio ambiente;

II — Realizar serviços de radiografia, excluída a interpretação;

III — Atuar, sob supervisão médica, em serviço de hemoterapia, de radiodiagnóstico e de outros para os quais esteja legalmente habilitado;

IV — Planejar e executar pesquisas científicas em instituições públicas e privadas, na área de sua especialidade profissional.

Parágrafo único. O exercício das atividades referidas nos incisos I a IV deste artigo fica condicionado ao currículo efetivamente realizado que definirá a especialidade profissional».

Como se vê, a Lei nº 6.686, autorizando os biomédicos formados até julho de 1983 a realizarem análises clínico-laboratoriais e assinarem os respectivos laudos, veio complementar o artigo 5º da Lei nº 6.684, que não previa tais atribuições. E para tanto, impôs uma condição: que os biomédicos comprovem a realização de disciplinas indispensáveis ao exercício da atividade de análise clínico-laboratorial. Se necessária a complementação curricular para esse fim, a lei assegurou, no artigo 2º, a matrícula dos portadores de diploma de Ciências Biológicas, modalidade médica, em qualquer curso, independentemente de vaga.

Ora, o impetrante é biomédico, especialista em radiologia. Pretende, além das atividades que a lei lhe autoriza (artigo 5º, II, da Lei nº 6.684), realizar interpretação de radiografias. Para isso, quer realizar o curso de medicina.

Mas, para tanto, não lhe socorre a Lei nº 6.686, que só se refere aos biomédicos que realizam análise clínico-laboratoriais. Para a sua especialidade, a nova lei nada acrescentou ao estabelecido no artigo 5º, II, da Lei nº 6.684. Tanto significa que a Lei nº 6.686 não o beneficia, porque a ele não se refere.

E ainda que se referisse, não caberia a matrícula no curso de Medicina, mas, nas disciplinas necessárias à complementação do seu currículo, como especialista em radiologia.

A sentença deu à Lei nº 6.686 um sentido mais amplo do que esta nos seus termos, como se neles se permitisse ao biomédico complementar seu currículo para a formação de médico. Não está dito isso, e nem se poderia admitir que o biomédico pudesse ingressar no curso de Medicina no 5º período, com preterição de matérias básicas que não constam de seu currículo.

Não se trata de favor já previsto na legislação anterior, pois, como reconhece a própria sentença, o ingresso de portadores de diploma de curso superior em outro curso superior, é dependente de vaga.

Tendo a lei objeto específico, não pode o intérprete aplicá-la à hipótese nele não prevista, em detrimento de interesse público relevante, como é o ensino superior.

Por tais motivos, conheço da remessa e dou provimento à apelação, para reformar a sentença e cassar o mandado de segurança.

VOTO VOGAL

O Sr. Ministro Adhemar Raymundo: Sr. Presidente, li o memorial com muita atenção e ouvi a exposição do ilustre advogado.

Realmente, na hipótese, inexistindo vaga, o Juiz ao determinar a matrícula no curso de Medicina contrariou frontalmente a lei.

Voto de pleno acordo com o Sr. Ministro-Relator.

VOTO VOGAL

O Sr. Ministro Flaquer Scartezzini: Pelo que depreendi da exposição elaborada pelo ilustre advogado e pelo brilhante voto do eminente Relator, permissão existe tão-somente para a complementação do currículo para o exercício de atividade de análise clínico-laboratorial. Não há, portanto, como ser atendida a pretensão do impetrante, razão por que dou provimento ao apelo para reformar a r. decisão monocrática e cassar a segurança, acompanhando, destarte, o eminente Ministro-Relator.

EXTRATO DA MINUTA

AMS nº 103.205 — PE — Registro nº 5.589.827 — Rel.: O Sr. Ministro Carlos Madeira. Remte.: Juiz Federal da 2ª Vara. Apte.: Universidade Federal de Pernambuco. Apdo.: Natanael Joaquim da Silva. Advs.: Dr. Nilton Wanderley de Siqueira e Vera Lúcia César de Souza.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu da remessa e deu provimento à apelação, para reformar a sentença e cassar a segurança (Em 14-9-84 — 3ª Turma).

Votaram de acordo com o Relator os Srs. Ministros Adhemar Raymundo e Flaquer Scartezzini. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Carlos Madeira.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 104.060 — SC
(Registro nº 5.638.011)

Relator: O Sr. Ministro Américo Luz

Remetente: Juízo Federal em Santa Catarina

Apelante: IAPAS

Apelada: Transportadora Rainha Ltda.

Advogados: Drs. Altair da Silva Cascaes Sobrinho e Jaime João Pasqualini

EMENTA

Previdência Social. Certidão negativa de débito. Parcelamento do débito. Garantia. Decreto-Lei nº 1.958/82.

Se o contribuinte cumpre, regularmente, o parcelamento do débito, não pode a Administração recusar o fornecimento da Certidão Negativa de Débito, a pretexto da inexistência de garantia, posto que, ao deferir o parcelamento, não a exigiu.

Apelação improvida.

Sentença confirmada.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos, em que são partes as acima indicadas.

Decide a 6ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, confirmar a sentença remetida e negar provimento à apelação, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 17 de outubro de 1984 (Data do Julgamento) — Ministro Jarbas Nobre Presidente — Ministro Américo Luz Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Américo Luz: Cuida-se de apelação interposta pelo Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social, inconformado com a r. sentença de fls. 55/57, prolatada pelo MM.

Juiz Federal da Seção Judiciária de Santa Catarina, Dr. Jonas Nunes de Faria, que concedeu mandado de segurança à Transportadora Rainha Ltda., confirmando, assim a liminar que lhe deferira para que pudesse obter a certidão negativa de débito, recusada que lhe fora à mingua de oferecimento de garantia do débito.

Dai o inconformismo do apelante, posto no seu recurso de fls. 61/67, forte na argumentação de que inexistente direito líquido e certo a ser amparado, posto que a apelada, quando do parcelamento do débito, não prestara, consoante exige a legislação pertinente, qualquer garantia que viabilizasse sua pretensão, pelo que pede a reforma do decisum, cassando-se, via de consequência, a segurança concedida.

Sem contra-razões, subiram os autos em obediência ao duplo grau de jurisdição, manifestando-se, nesta ins-

tância, a ilustrada Subprocuradoria-Geral da República à fl. 71.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Américo Luz (Relator): Eis como o MM. Juiz a quo fundamentou o **decisum** (fl. 56):

«Na realidade não se questiona sobre a dívida existente, aliás, objeto de confissão sem a exigência de garantia, cujo parcelamento está sendo cumprido regularmente (fls. 2/7 e 11).

Ora, o reconhecimento expresso do débito em mora, aceito pelo credor, sem qualquer restrição ou oposição, importa **ipso facto** renúncia do mesmo ao oferecimento de garantia, quer real como fidejussória (artigo 154, § 1º do Decreto nº 77.077, de 24-1-76, artigos 132 e 133 do Decreto nº 83.081, de 24-1-79 e artigo 1º e parágrafo 7º da Lei nº 6.944, de 14-9-81).

Dessa maneira não há como considerar-se débito para efeito de **CND** — Certidão Negativa de Débito, obrigação fracionada com dilação de prazo para pagamento sob pena de, se assim o fosse,

esvaziarem-se o próprio conteúdo da confissão em detrimento do confitente, mesmo porque o novel diploma apenas substituiu a nomenclatura do documento, ampliou o prazo de validade e limitou os seus efeitos (artigos 2º, I, a a c, § 6º e 3º, a a d, do Decreto-Lei nº 1.958, 9-9-82)».

Tenho que as razões recursais não abalam os fundamentos supratranscritos, razão pela qual confirmo a sentença remetida.

Nego provimento à apelação.

EXTRATO DA MINUTA

AMS nº 104.060 — SC — Registro nº 5.638.011 — Rel.: O Sr. Ministro Américo Luz. Remetente: Juízo Federal em Santa Catarina. Apelante: IAPAS. Apelada: Transportadora Rainha Ltda. Advogados: Drs. Altair da Silva Cascaes Sobrinho e Jaime João Pasqualini.

Decisão: A Turma, por unanimidade, confirmou a sentença remetida e negou provimento à apelação (Em 17-10-84 — 6ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Jarbas Nobre e Torreão Braz. Presidiu a Sessão o Sr. Ministro Jarbas Nobre.

RECURSO CRIMINAL Nº 1.038 — RJ

(Registro nº 5.606.764)

Relator: O Sr. Ministro José Cândido

Recorrente: Homero de Almeida Guimarães

Recorrida: Justiça Pública

Advogado: Dr. Sérgio do Rego Macedo

EMENTA

Processual Penal. Recurso em sentido estrito. Artigo 581. Inciso V. Relaxamento da prisão em flagrante.

Não merece reparo a decisão judicial que reformou o despacho de relaxamento de prisão em fla-

grante, por não encontrar justificativa na lei processual penal.

Tratando-se de tentativa de homicídio, que não comporta fiança (artigo 323, inciso I, do CPP), o relaxamento da prisão em flagrante só poderia ocorrer por vício de formalidade essencial, não existente no processo.

Ao demais, estando em causa indivíduo de manifesta periculosidade que tentou contra a vida de Delegado da Polícia Federal, com o objetivo de assegurar ocultação, impunidade ou vantagem de outro crime, nenhum motivo justifica o relaxamento de sua prisão em flagrante.

Recurso improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos, em que são partes as acima indicadas.

Decide a 2ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, negar provimento ao recurso, para confirmar a decisão, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 13 de abril de 1984 (Data do julgamento) — Ministro Gueiros Leite, Presidente — Ministro José Cândido, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Cândido: Pelo despacho que veio por cópia, à fl. 10, o Dr. Silvério Luiz Nery Cabral deferiu o pedido de relaxamento de prisão do réu Homero de Almeida Guimarães.

Inconformado, recorreu em sentido estrito o Ministério Público, recurso que foi contra-arrazoado, às fls. 21/23.

Sobreveio o despacho de fls. 35/36, da lavra da Dra. Julieta Lídia Machado Cunha Lutz, revogando o que concedera o relaxamento, à conta da

redação do artigo 313, e 323, I, do CPP. Agora, recorre o réu, no sentido da manutenção do relaxamento, aduzindo, em resumida petição (fl. 44), que o benefício lhe fora dado, não como fiança, exclusivamente, mas à vista de faltarem elementos que autorizem a prisão preventiva.

Nesta Instância, a douta Subprocuradoria-Geral da República, ao argumento de estar o réu sendo processado por infração inafiançável, opina pela manutenção da decisão revocatória do relaxamento.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Cândido (Relator): Não há justificativa para o relaxamento da prisão em flagrante do acusado Homero de Almeida Guimarães. Essa liberação decorre do expresse reconhecimento de vícios ou deformidades processuais que invalidam o flagrante. Isto não foi alegado, nem caberia tal afirmação, diante do regular procedimento da polícia. Tem-se permitido, a título de tolerância com a causa, que se opere o relaxamento em crimes que, embora não permitindo a fiança, mostram-se sem qualquer leiva de perversidade. A gravidade do crime aqui apontado, contra o delegado de polícia, no pleno exercício de seu de-

ver funcional, jamais poderia justificar semelhante favor.

Por outro lado, não se pode cogitar, sequer, da concessão de fiança, em face da proibição contida no artigo 323, inciso I, do Código de Processo Penal.

O despacho do Dr. Silvério Luiz Nery Cabral havia de ser reformado. As razões por ele apontadas: bons antecedentes, profissão e residência certas, não justificam o relaxamento de uma prisão em flagrante em crime de tanta gravidade. Nem tampouco a idade avançada do réu, que não foi suficiente para evitar que procedesse com tamanha violência.

Se precisa de tratamento de saúde, que não pode ser oferecido na prisão onde se encontra, ainda assim não será isso motivo para lhe devolver a liberdade. Seria o caso da Doutora Juíza determinar o seu recolhimento em hospital, às suas expensas, com policial à porta, tendo-se em vista tratar-se de traficante internacional de entorpecentes, de reconhecida periculosidade, tanto que cometeu a tentativa de homicídio em forma qualificada para «assegurar ocultação, impunidade ou vantagem de ou-

tro crime», conforme assinala a denúncia, à fl. 6 dos presentes autos. A sua fuga tem que ser evitada.

Com essas considerações, entendo que a decisão recorrida está certa, e foi proferida com bastante zelo e proficiência pela Dra. Julieta Lídia Machado da Cunha Lunz.

Conseqüentemente, nego provimento ao presente recurso. Confirmo o despacho que manteve a prisão em flagrante.

E o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

RcCr nº 1.038 — RJ — Registro nº 5.606.764 — Rel.: Ministro José Cândido. Recte.: Homero de Almeida Guimarães. Recda.: Justiça Pública. Adv.: Dr. Sérgio do Rego Macedo.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, para confirmar a decisão, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Em 13-4-84 — 2ª Turma.

Os Srs. Ministros Costa Lima e Gueiros Leite votaram com o Sr. Ministro-Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Gueiros Leite.

RECURSO ORDINÁRIO Nº 5.644 — RJ

(Registro nº 2.621.843)

Relator: O Sr. Ministro Carlos Madeira

Recorrente: Banco Central do Brasil

Recorridos: Altino Vilaronga de Pinho e outros

Advogados: Drs. Diógenes Setti Sobreira e outros, Jeremias Marrocos de Moraes

EMENTA

Trabalhista. Vantagem concedida a servidores ativos, extensivas aos inativos do Banco Central do Brasil.

Auferindo os servidores aposentados do Banco Central do Brasil Gratificação de Natal, deve a mesma ser paga acrescida da parcela de um quarto de remuneração de dezembro, correspondente à inte-

gração no seu cálculo, das gratificações semestrais, nos termos da Resolução da Diretoria, a partir do exercício de 1979.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas.

Decide a 3ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 22 de abril de 1982 (Data do julgamento) — Ministro Carlos Madeira, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Carlos Madeira (Relator): Funcionários aposentados do Banco Central do Brasil ajuizaram reclamação postulando o pagamento da complementação do 13º salário, em igualdade de condições do que foi concedido ao pessoal ativo, pela Circular DIRAD nº 72, de 2 de abril de 1979. Essa complementação corresponde a 1/4 da remuneração do mês de dezembro e já vem sendo paga pelo Banco do Brasil, do qual os reclamantes são originários, ao pessoal ativo e inativo, indiscriminadamente.

O Banco Central impugnou o valor da causa, — afinal fixado em Cr\$ 70.000,00 —, e contestou o pedido, arguindo a prescrição do direito de reclamar, a falta de legitimidade do reclamante Américo Camacho e a carência da ação. No mérito, procurou demonstrar que vem pagando o 13º salário de seus servidores aposentados.

Replicaram os reclamantes, juntando documentos.

O Banco voltou a falar, juntando novo documento, sobre o qual falaram os reclamantes.

Por sentença, a Juíza Federal Tânia de Melo Bastos Heine julgou procedente a reclamação, para condenar o Banco Central do Brasil a pagar aos reclamantes o 13º salário integrado da remuneração do mês de dezembro, a partir de 1978, como se apurar em liquidação, com juros e correção monetária do Decreto-Lei nº 75/66.

Rejeitou S. Exa. as preliminares e, no mérito, ressaltou que o próprio Banco reconhece ser devida a integração, já que prevista, expressamente, no § 1º do artigo 407 da CLT e cristalizada na Súmula nº 207 do Supremo Tribunal Federal.

Recorreu o Banco.

Contra-arrazoaram os autores.

A Subprocuradoria-Geral da República opinou pela reforma da sentença.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Madeira (Relator): A Circular DIRAD nº 72, do Diretor de Administração, comunicou aos funcionários do Banco Central que a Diretoria, em Sessão de 28 de março de 1979, autorizou o cômputo das gratificações semestrais no cálculo da gratificação de Natal (13º salário), inclusive com relação ao adiantamento de abril. Em consequência, a partir do exercício de 1979, o pagamento do 13º salário seria acrescido de 1/4 da remuneração do mês de dezembro, consideradas, para esse efeito, as verbas computáveis no cálculo das gratificações semestrais (fl. 68).

O que pedem os reclamantes é que essa vantagem se estenda aos aposentados.

Dos recibos de pagamento dos reclamantes, referentes a dezembro de 1979, verifica-se que lhes é paga a gratificação de Natal de aposentados, pelo PGP — Programa Geral de Previdência do Banco Central —, a qual, obviamente, deve ser calculada com a integração das gratificações semestrais. Tanto significa que o benefício concedido aos servidores ativos é devido aos inativos.

As preliminares suscitadas na contestação e reiteradas no recurso não são acolhíveis. Em primeiro lugar porque, se a vantagem foi concedida a partir do exercício de 1979, e a reclamação foi ajuizada em outubro de 1980, não há que cogitar de prescrição bienal. Em segundo lugar porque, como registrou a ilustre Juíza, o reclamante Américo Camacho comprovou sua participação no Plano. E por último porque se não foi integrada a vantagem do 13º salário dos autores, o Banco responde pela omissão, pois é mantenedor do plano.

Correta a sentença no reconhecimento do direito dos autores, dela

me afasto, data venia, na parte em que fixa o termo inicial da fruição da vantagem em 1978. É que, na realidade, ela foi concedida a partir de 1979, não podendo os aposentados auferir mais que os servidores ativos. Assim, a integração de 1/4 da remuneração de dezembro no 13º salário dos reclamantes deve ter lugar a partir de dezembro de 1979.

Para tal efeito, dou parcial provimento ao recurso.

EXTRATO DA MINUTA

RO nº 5.644 — RJ — Registro nº 2.621.843) — Rel.: O Sr. Ministro Carlos Madeira. Recte.: Banco Central do Brasil. Recdos.: Altino Vilaronga de Pinho e outros — Advogados: Dr. Diógenes Setti Sobreira e outros — Dr. Jeremias Marrocos de Moraes.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso (Em 22-4-83 — 3ª Turma).

Os Srs. Ministros Adhemar Raymundo e Flaquer Scartezini votaram de acordo com o Sr. Ministro-Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Carlos Madeira.

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ORDINÁRIO

Nº 5.644 — RJ

(Registro nº 2.621.843)

Relator: O Sr. Ministro Costa Lima

Embargante: Banco Central do Brasil

Embargados: Américo Camacho e outros

Advogados: Ronaldo Lins Alves da Cunha e Jeremias Marrocos de Moraes e outro

EMENTA

Banco Central do Brasil. Programa Geral de Previdência. Complementação de proventos. Prescrição. 13º salário. Gratificação semestral.

1. A relação jurídica entre o empregado ou seus dependentes e o Banco, através do Programa

Geral de Previdência (Portaria nº 64, de 18-2-75), é acessória ou depende, para sua formação, da relação de emprego, mas não a integra. Até porque visa a efeitos de fatos posteriores à extinção desta.

2. Por conseguinte, as ações respectivas não se regem pela CLT, não estando sujeitas à prescrição bial. bial.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados este autos, em que são partes as acima indicadas.

Decide a Primeira Seção do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, rejeitar os embargos, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 20 de junho de 1984 (Data do julgamento) — Ministro **Lauro Leitão**, Presidente — Ministro **Costa Lima**, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Costa Lima: Pelo v. Acórdão de fl. 215, a Egrégia 3ª Turma deu provimento apenas em parte ao recurso do Banco Central do Brasil contra sentença que reconheceu a funcionários seus, aposentados, o direito de incorporação, à parcela de proventos inerente à Gratificação Natalina (13º salário), das gratificações semestrais, na base de 1/4.

O voto condutor do Acórdão, da lavra do eminente Ministro Carlos Madeira, é o seguinte:

«A Circular DIRAD nº 72, do Diretor de Administração, comunicou aos funcionários do Banco Central que a Diretoria, em sessão de 28 de março de 1979, autorizou o cômputo das gratificações semestrais no cálculo da Gratificação de Natal (13º salário), inclusive com relação ao adiantamento de abril. Em consequência, a partir do exercício de 1979, o pagamento do 13º salário

seria acrescido de 1/4 da remuneração do mês de dezembro, consideradas, para esse efeito, as verbas computáveis no cálculo das gratificações semestrais (fl. 68).

O que pedem os reclamantes é que essa vantagem se estenda aos aposentados.

Dos recibos de pagamento dos reclamantes, referentes a dezembro de 1979, verifica-se que lhes é paga a Gratificação de Natal de aposentados, pelo PGP — Programa Geral de Previdência do Banco Central —, a qual, obviamente, deve ser calculada com a integração das gratificações semestrais. Tanto significa que o benefício concedido aos servidores ativos é devido aos inativos.

As preliminares suscitadas na contestação e reiteradas no recurso não são acolhíveis. Em primeiro lugar porque, se a vantagem foi concedida a partir do exercício de 1979, e a reclamação foi ajuizada em outubro de 1980, não há que cogitar de prescrição bial. Em segundo lugar, porque, como registrou a ilustre Juíza, o reclamante Américo Camacho comprovou sua participação no Plano. E por último porque se não foi integrada a vantagem no 13º salário dos autores, o Banco responde pela omissão, pois é mantenedor do Plano.

Correta a sentença no reconhecimento do direito dos autores, dela me afasto, **data venia**, na parte em que fixa o termo inicial da fruição da vantagem em 1978. É que, na realidade, ela foi concedida a partir de 1979, não podendo os aposen-

tados auferir mais que os servidores ativos. Assim, a integração de 1/4 da remuneração de dezembro no 13º salário dos reclamantes deve ter lugar a partir de dezembro de 1979.

Para tal efeito, dou parcial provimento ao recurso». (fls. 210/211).

2. Inconformado, o Banco opôs embargos de divergência no tocante à matéria prescricional (fls. 219/224). Começa argumentando que o Acórdão se desviou da tese da sentença de 1º grau, ao estabelecer que a vantagem só foi concedida a partir de 1979, quando a sentença a embasara no artigo 457, § 1º, da CLT, a dizer que o prazo prescricional não teria seu termo a quo em 1979. E aponta, para configurar a divergência, Acórdão proferido pela Egrégia 2ª Turma no RO nº 5.149-RJ.

Conclui pedindo seja decretada a prescrição do direito de ação dos reclamantes arrolados à fl. 222, cujas aposentadorias datam de 1977 até princípio de 1978.

3. Admitidos pelo despacho de fl. 247, os embargos foram impugnados à fl. 260. Preliminarmente sustentam os embargados que o recurso estaria obstando pela alçada da Lei nº 6.825/80, porque o valor da causa, fixado em Cr\$ 70.000,00, estaria muito aquém de 50 ORTN's de outubro de 1980, se dividido pelos 20 reclamantes. No mérito, dizem que os argumentos do embargante estão superados, de vez que, segundo decisão deste Tribunal no RO nº 4.692-PE, publicada no DJ de 3-9-80 a prescrição atingiria apenas as prestações.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Costa Lima (Relator): A preliminar suscitada pelos embargados não procede. A alçada da Lei nº 6.825/80 tem que ver com os recursos das decisões de 1º grau para este Tribunal. Se já foi conheci-

do e julgado o recurso ordinário, estando a causa em grau de embargos, o óbice está superado. A menos que, através de recurso próprio, quisessem os embargantes desconstituir o Acórdão embargado.

2. No mérito, a argumentação do embargante baseia-se, como se viu de sua exposição no relatório, na tese fundamental de que o jus à integralização dos proventos dos embargados, pela repercussão da gratificação semestral na gratificação natalina (13º salário), seria uma decorrência da relação empregatícia. Assim que, para configurar a divergência que abriria a porta aos embargos, começa o embargante por discordar do v. Acórdão embargado no assentar a origem do direito em debate. Entendeu o Acórdão que o direito nasceu da Circular DIRAD nº 72/79, pelo que a prescrição biennial não teria atingido a reclamação ajuizada em 1980, ao passo que o Banco apegava-se à sentença de 1º grau, pela qual o direito já existiria por força do artigo 457, § 1º da CLT, isto é — dessume o embargante — direito anterior à aposentadoria dos embargados, tendo por termo inicial do prazo essa aposentadoria. Como os embargados se aposentaram em data anterior a 1978, prescrita a ação ao ser ajuizada em 1980 (fls. 221/222).

Com espeque nesse entendimento, traz o embargante, para prova da divergência e, ao mesmo tempo, como lastro da procedência dos embargos, o v. Acórdão proferido pela Egrégia 2ª Turma no RO nº 5.149-RJ, cujo completo teor está às fls. 226/242, e em que se haveria reconhecido que em se tratando de direito inerente à relação empregatícia (no caso, horas extras), a prescrição começaria da cessação do vínculo. Eis, ao propósito, o trecho do voto do Relator do Acórdão trazido para confronto (eminente Ministro Gueiros Leite), transcrito pelos embargantes:

«Pouco importa o que diz a Circular DIRAD nº 79, de 21 de junho de 1979, isto é, que o Banco concede a seus funcionários em exercício efetivo o pagamento do repouso remunerado a partir de 1º de julho de 1979, pois é como disse. Se os reclamantes se aposentaram sob a égide da Portaria 13/66, no período de 1976 a 1977, têm eles direito ao que pedem, com a restrição apenas dos biênios prescritos». (fl. 241).

3. Estou que, rigorosamente, não está configurada a divergência, porque o Acórdão trazido para confronto refere-se ao cômputo de horas extras relativas a repouso remunerado sobre vencimentos, 13º salário, gratificações semestrais, férias etc. (ver relatório à fl. 228), horas efetivamente trabalhadas durante longo período de atividade, ao passo que no v. Acórdão embargado se cuida da incidência de gratificações semestrais sobre 13º incorporado a proventos de inatividade, fenômeno que, por definição, não se pode, ao senso médio, considerar efeito da relação empregatícia. A meu ver, a hipótese dos autos refere-se a direito que, ao menos para se tornar explícito, dependia da referida Circular nº 72/79 e, pois, somente a partir dela, como asseverou o eminente Ministro Carlos Madeira no voto condutor do julgado, se poderia cogitar do termo inicial da prescrição, segundo o princípio da *actio nata*.

4. Quando assim não fosse, tenho para mim que, a rigor, o fato nem se liga ao direito laboral. O Programa Geral de Previdência, instituído pelo Banco Central do Brasil através da Portaria nº 64, de 18-2-75 (fl. 140) é, na verdade, a fonte dessa complementação ou integração de proventos. É, como se lê nos artigos 1º a 6º do respectivo Regulamento (fls. 141/142), um fundo mantido mediante recursos do Banco e contribuições

dos próprios empregados, com a finalidade de assegurar a estes, na aposentadoria, e a seus dependentes, por sua morte, os meios indispensáveis à manutenção de seu padrão sócio-econômico.

Suplementa a aposentadoria dada pela Previdência, de tal modo que o próprio Banco reconhece a natureza híbrida dos proventos dos reclamantes (fl. 79).

5. A participação do empregado se faz mediante contrato de adesão (art. 9º do Regulamento, fl. 143). Trata-se, portanto, de relação de natureza securitária, acessória ou dependente, para sua formação, da relação empregatícia, mas sem integrá-la. Até porque visa a efeitos de fatos posteriores à extinção desta, como a aposentadoria ou a morte.

Logo, não há falar em prescrição bienal. Ante o exposto, rejeito os embargos.

EXTRATO DA MINUTA

EDRO nº 5.644 — RJ — Registro nº 2.621.843. Relator: O Sr. Ministro Costa Lima. Embargante: Banco Central do Brasil. Embargados: Américo Camacho e outros. Advogados: Ronaldo Lins Alves da Cunha e outros e Jeremias Marrocos de Moraes e outro.

Decisão: A Seção, à unanimidade, rejeitou os embargos (Em 20-6-84 — Primeira Seção).

Os Srs. Ministros Carlos Thibau, Carlos Madeira, Gueiros Leite, Washington Bolívar, William Patterson, José Cândido e Flaquer Scartezini votaram de acordo com o Sr. Ministro-Relator. Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Jarbas Nobre, Adhemar Raymundo, Leitão Krieger e Hélio Pinheiro. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Lauro Leitão.

RECURSO ORDINÁRIO Nº 5.775 — PR
(Registro nº 3.303.195)

Relator: O Sr. Ministro William Patterson

Recorrente: Liene Voigt Resende

Recorrida: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos — ECT

Advogados: Drs. Edésio Franco Passos, Sérgio Roberto Alonso, Sid H. Riedel de Figueiredo e outros e Jaci Alves da Silva e outros

EMENTA

Trabalhista. Despedida. Justa causa. Caracterização.

Há de ser considerada falta grave, motivadora da dispensa, a omissão de Chefe de Agência da EBCT em não tomar as providências necessárias para apurar possível arrombamento na sede da repartição onde se constatou o desfalque de certa quantia. Demais disso, a possível participação do servidor na ocorrência não está descartada, havendo processo criminal a esse respeito.

Sentença confirmada.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos, em que são partes as acima indicadas.

Decide a 2ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, negar provimento ao recurso da reclamante, para confirmar a sentença de primeira instância, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 8 de fevereiro de 1983 (Data do julgamento) — Ministro Gueiros Leite, Presidente — Ministro William Patterson, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro William Patterson: Por ter sido dispensada, segundo afirma, sem justa causa, Liene Voigt Resende ajuizou reclamação trabalhista, em que alega, resumidamente:

Admitida, em 1-3-74, na Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, como Executante Postal Júnior, após vários acessos, atingiu, em 1-5-77, o cargo de Monitor Postal.

Em 4-10-77, quando exercia as funções de Gerente e Encarregada de Valores da APF de Cambé, no Estado do Paraná, foi alertada por outros servidores da empresa de que a Agência parecia ter sofrido um arrombamento, o que a levou a efetuar um levantamento dos valores sob sua responsabilidade, constatando a falta de Cr\$35.000,00. Cientificado o superior hierárquico, determinou se procedesse a novo levantamento, elevando aquele valor para Cr\$38.677,70, quantia essa que foi intimada a repor nos cofres da ECT, no prazo de 48 horas.

Abalada com a ocorrência (achava-se em início de período de gestação), entrou em licença médica de 28-10 a 11-11-77, quando, ao retornar ao serviço, foi afastada de suas funções, recusando-se, no entanto a

firmar termo de rescisão contratual por entender não haver cometido a falta grave alegada pela empregadora.

Por isso, pede:

a) Seja determinada a sua reintegração no emprego nas mesmas funções que vinha exercendo, assegurados todos os direitos e vantagens ocorridos no período de afastamento;

b) alternativamente, na impossibilidade de sua reintegração, reclama o pagamento dos salários correspondentes ao período de gestação mais seis semanas pós-parto, inclusive computando-se no cálculo desses salários o reajustamento anualmente concedido em 1º de março, aviso prévio, férias vencidas e proporcionais, 13º salário referente ao ano de 1977 e proporcional de 1978, além do fornecimento de guias para o saque do saldo de FGTS com multa de 10% e anotação de sua saída na carteira de trabalho;

c) se deferida sua reintegração, seja ainda assim condenada a reclamar a pagar à reclamante as verbas relativas aos salários do período de afastamento, inclusive dos salários do período de gestação e licença pós-parto, férias vencidas e proporcionais, 13º salários de 1977 e 1978 (este proporcional), observando-se o reajustamento salarial anualmente concedido em 1º de março;

d) a condenação da reclamada a devolver à reclamante a importância de Cr\$ 38.677,70, acrescida de juros e correção monetária, em razão da ilicitude do recolhimento a que foi forçada a fazer em decorrência da relação empregatícia».

Defendeu-se a reclamada (fls. 24/27) refutando todas as afirmações da reclamante, assegurando ter havido simulação de arrombamento

para encobrir o desaparecimento da importância em falta, o que caracterizaria a falta grave a justificar a rescisão. Diante disso, descabida a pretensão ajuizada. Em abono do que disse, juntou os documentos de fls. 28/52.

Ambas as partes apresentaram suas razões finais às fls. 122/127 e 129/133.

Pelo r. despacho de fl. 137, foi suspenso o processo por 180 dias, aguardando a decisão no processo criminal em tramitação na Segunda Vara da mesma Seção Judiciária, tendo por objeto os mesmos fatos relatados nesta reclamação.

Tendo em vista a improbabilidade de solução no feito criminal a curto prazo, em homenagem à celeridade que deve presidir os casos que envolvam direitos do trabalho, o eminente Dr. Lício Bley Vieira, Juiz Federal da Terceira Vara da Seção Judiciária do Paraná, sentenciou (fls. 147/151) julgando improcedente a reclamatória e condenando a reclamante no pagamento das custas.

Recorreu a servidora com as razões de fls. 156/162, em críticas à decisão, especialmente no que se refere à apreciação das provas trazidas aos autos.

Contra-razões da ECT às fls. 165/173.

Nesta instância, a douta Subprocuradoria-Geral da República pede a confirmação da sentença de primeiro grau.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro William Patterson: A controvérsia foi resolvida com a seguinte fundamentação:

«Tudo bem visto e examinado, não poderiam os membros da Comissão de Sindicância observar a gravidez da reclamante, uma vez

que pelo Atestado Médico de fl. 15, a última menstruação da reclamante ocorrera a 24-9-77;

assim, a gravidez só poderia ter-se iniciado já em outubro, e o relatório da comissão é do dia 26-10-77;

a testemunha arrolada pela reclamante (fl. 86) refere a aborto que a reclamante sofreu após a despedida, o parto ocorreu a 2-7-80;

embora não seja atribuído à reclamante o alcance, recolheu ela a quantia exigida e não há prova de que tivesse feito sob pressão ou coação o recolhimento;

tinha ela, como gerente, a posse e guarda de valores dos quais se descurou, tanto que só no dia seguinte ao do dito arrombamento é que entrou na sala da gerência onde se guardavam os valores;

só ela tinha a chave da porta e do cofre;

notou pequeno amassamento na fechadura e chamou a atenção das testemunhas, carteiros (fl. 56);

foi inerte na apuração do arrombamento, nem sequer apresentou queixa à polícia;

a maneira como agiu evidencia a falta grave e justifica sua demissão».

A tese da impossibilidade da demissão em virtude da gravidez da reclamante foi afastada por força dos elementos fáticos trazidos a conhecimento. O atestado médico de fl. 15 registra em 9-1-78 a 15ª semana de gravidez o que significa dizer que inexistia conhecimento à data da ocorrência, bem assim da apuração dos fatos e até mesmo na ocasião da dispensa.

Demais disso, trata-se de uma garantia provisória do emprego, que não resiste, porém, à ocorrência de circunstância caracterizada da falta grave (cfr. João Régis Fassbender Teixeira e Zeno Simm, in «Teoria

Prática do Direito do Trabalho», Editora Revista dos Tribunais, pág. 161). Advirta-se, ainda, que a jurisprudência especializada admite o princípio à luz de pressupostos básicos, os quais não estariam presentes neste caso. A propósito leio o seguinte trecho do voto do Senhor Ministro Raymundo de Souza Moura, ao julgar o Recurso de Revista TST-RR 4.919/78 in Jurisprudência Trabalhista, vol. VIII-1981, pág. 146):

«Verifica-se que a reclamante não chegou a gozar do benefício do auxílio-maternidade, pois foi despedida ao 4º mês de gestação. A garantia do emprego depende de dois fatores: 1º que haja uma sentença normativa concedendo o direito, pois não há lei que assegure tal pretensão; 2º, que tenha a empregada chegado ao fim da gestação, isto é, gozado o benefício. Do término deste benefício é que se conta a chamada estabilidade, que poderá ser convertida em dinheiro pelos 60 dias. Não é dessa hipótese que se trata nos autos».

Sobre os motivos que determinaram a dispensa estão eles amplamente justificados. Não se cuida de imputar à suplicante atos de improbidade, dentro do conceito restrito de desfalque do patrimônio público em proveito próprio ou de terceiro, mas sob o alcance amplo que Russo-mano denomina de improbidade funcional que ocorre quando «o empregado, em matéria de serviço, engana a seus próprios superiores hierárquicos, falseia o resultado do seu trabalho apresentando informações não condizentes com a verdade, revela segredos da empresa, etc.» (apud Amauri Mascaro Nascimento, in «Compêndio de Direito do Trabalho», pág. 679).

Nessa linha de concepção há de se incluir atitudes de desinteresse pela coisa pública ou omissão quanto a providências para preservação do

patrimônio que tem sob a sua guarda, principalmente quando se trata de titular de chefia.

In casu, a passividade da reclamante, ainda que não se lhe possa atribuir, direta ou indiretamente, participação no desfalque, é motivo de rescisão contratual. Não se pode conceber que o gerente de uma agência dos Correios negligencie quanto a medidas que visem a apurar possível arrombamento da sede. Como se sabe, estão sob a sua guarda valores e documentos de particulares que confiam na empresa sem falar no patrimônio da mesma. A chefia tem a responsabilidade da custódia e o encargo de atentar para todos os detalhes que visem lhes dar segurança. A circunstância de ter havido reposição da quantia não exime o servidor das sanções decorrentes da falta de cumprimento de seus deveres.

Advirta-se, ainda, que a incúria, se se quiser assim rotular o comportamento da recorrente, constitui, igualmente, justa causa para a demissão eis que classificada como «desídia no desempenho das respectivas funções» (artigo 482, letra e, da CLT).

De qualquer sorte, houve motivação para a despedida, considerando

o fato ocorrido e a qualificação do funcionário. A EBCT tem o direito de exigir dos chefes de suas agências procedimentos mais eficazes e condizentes com as responsabilidades conferidas ao cargo, inclusive para manter o elevado grau de confiança que lhe dedica o usuário.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso, para confirmar a sentença.

EXTRATO DA MINUTA

RO nº 5.775 — PR — Registro nº 3.303.195 — Rel.: O Sr. Ministro William Patterson. Recte.: Liene Voigt Resende. Recda.: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos-EBCT. Advs. Drs. Edésio Franco Passos, Sérgio Roberto Alonso, Sid H. Riedel de Figueiredo e outros e Jarci Alves da Silva e outros.

Decisão: a Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso da reclamante, para confirmar a sentença de primeira instância (Em 8-2-83 — 2ª Turma).

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro José Cândido. Os Srs. Ministros Costa Lima e Gueiros Leite votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Gueiros Leite.

RECURSO ORDINÁRIO Nº 5.843 — DF

(Registro nº 3.314.421)

Relator: O Sr. Ministro Lauro Leitão

Recorrente: Instituto Brasileiro de Desenvolvimento Florestal — IBDF

Recorridos: José Aparecido Gomes e outros

Advogados: Dra. Izabel Gouvêa (Recte.) e Dr. Ivan Chaves da Silva (Recdos.).

EMENTA

Trabalhista. Instituto Brasileiro de Desenvolvimento Florestal. Servidores. Plano de classificação de cargos. Enquadramento. Reposicionamento.

Nos termos da escala de vencimentos criada pelo Decreto-Lei nº 1.445/76, a classe C, nível 4, dos

agentes administrativos deveriam ter sido atribuídas as referências de 32 a 36, e as do nível 5, referências de 37 a 39, e aos datilógrafos enquadrados na classe B, nível 4, referências 28 a 30.

Assim, o Decreto nº 77.974/76, baixado pelo Exmo. Sr. Presidente da República, não poderia ser alterado pelo IBDF, e nem por outro decreto baixado anteriormente.

Aplica-se, in casu, o artigo 468 da CLT.

Sentença que se confirma. Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas.

Decide a 1ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, negar provimento ao recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 10 de junho de 1983 (Data do julgamento) — Ministro **Lauro Leitão**, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Lauro Leitão: José Aparecido Gomes e outros, qualificados na inicial, propuseram reclamação trabalhista, perante o MM. Dr. Juiz Federal da 1ª Vara, Seção Judiciária do Distrito Federal, contra o Instituto Brasileiro de Desenvolvimento Florestal — IBDF, pleiteando:

«I — O reposicionamento, com efeitos financeiros a partir da data do enquadramento efetuado pelo Decreto nº 77.974/76, e considerados os reajustes subsequentes ao Decreto-Lei nº 1.445/76, até final decisão da presente, nas seguintes referências:

- a) 1º Grupo-LT-SA-802.5 — referência 37.
- b) 2º Grupo-LT-SA-802.4 — referência 30.

II — Incidência sobre esse reposicionamento, dos aumentos por mérito e das progressões funcionais concedidos, bem como o pagamento da decorrente diferença de retribuição e do 13º salário, da data do enquadramento, ou seja, de julho de 1976, até final decisão da presente.

III — Recolhimento da diferença do FGTS calculado sobre esse reposicionamento, no período referido no item anterior.

Requereram também a condenação do reclamado nas custas e nos honorários de advogado».

Alegaram, pois, os reclamantes, em resumo:

«Os reclamantes foram enquadrados pelo Decreto nº 77.974/76, com efeito a partir de 1º de novembro de 1974, já na vigência do Decreto nº 77.104/76, com o seguinte posicionamento:

1º Grupo — Qualificação de 001 a 084.

No nível 5 — Agente Administrativo D-LT-SA-801.5;

2º Grupo — Qualificação de 085 a 103. No nível 4-Datilógrafo B-LT-SA-802.4; mas, na aplicação da escala de vencimentos do Anexo III do Decreto-Lei nº 1.445/76, aos reclamantes foram atribuídas referências correspondentes a classes inferiores às determinadas pelo decreto de enquadramento, ou seja,

1º Grupo, referência 29, e 2º Grupo, referência 24;

pelo imperativo da nova estrutura de vencimentos criada pelo Decreto-Lei nº 1.445/76, as referências de 32 a 36 seriam atribuídas aos agentes administrativos enquadrados na classe C, nível 4, e jamais aos incluídos no nível 5, aos quais deveriam ser atribuídas referências acima da 36, já que esse nível foi extinto dando lugar à classe Especial a que correspondem as referências de 37 a 39, assim também ocorrendo com os datilógrafos enquadrados na classe B, nível 4, aos quais deveria ser atribuída referência correspondente à classe Especial da categoria, a que correspondem as referências de 28 a 30, uma vez que os mesmos foram enquadrados em nível que, suprimido, deu lugar à classe Especial;

o pedido administrativo feito por alguns reclamantes foi indeferido pelo DASP;

o principal ponto da questão prende-se em saber se, respeitada a hierarquia das leis, um decreto baixado pelo Presidente da República em 6 de julho de 1976, Decreto nº 77.974/76, que incluiu os reclamantes, respectivamente, nos níveis 5 e 4, poderia ser ajustado pelo Instituto Brasileiro de Desenvolvimento Florestal — IBDF, a outro decreto de caráter regulamentar, baixado anteriormente, atribuindo-lhes referências correspondentes a níveis inferiores aos que foram incluídos, quais sejam 3 e 2;

invocam os reclamantes o precedente do RO nº 3.751-PR, Relator o Ministro Armando Rollemberg;

entendem os reclamantes que só o Presidente da República poderia alterar a situação criada pelo Decreto nº 77.974/76 e nunca o IBDF ou o DASP;

sendo os reclamantes regidos pela CLT, a modificação das condições do decreto de enquadramento alteraria unilateralmente o contrato de trabalho;

lembram os reclamantes o EM nº 110, de 28 de agosto de 1980, do Sr. Ministro do Exército, que solicitou autorização para o reposicionamento dos agentes administrativos daquele Ministério e também o EM-012, de 14 de julho de 1981, do Ministério da Aeronáutica, no mesmo sentido».

O 1º reclamante juntou procurações, representando os demais.

Notificadas as partes, realizou-se a audiência de conciliação e julgamento, ocasião em que o reclamado ofereceu contestação, arguindo a prescrição bienal, de conformidade com o artigo 11 da CLT e sustentando a improcedência da reclamação.

Proposta conciliação, ela não foi aceita.

As partes apresentaram razões finais.

O MM. Dr. Juiz, finalmente, decidindo a espécie, rejeitou a arguição de prescrição e julgou procedente a ação, conforme a r. sentença de fls., que tem a seguinte conclusão:

«Julgo procedente a presente reclamação trabalhista e condeno o reclamado a proceder o reposicionamento dos reclamantes, colocando-os na referência 37, os do 1º Grupo e na referência 30, os do 2º Grupo, e a lhes pagar todos os reajustes posteriores ao Decreto-Lei nº 1.445/76, levando-se em conta os aumentos por mérito e das progressões funcionais pagando-lhes todos os atrasados, inclusive as diferenças de 13º salário, respeitada a prescrição quinquenal, a fazer o recolhimento do FGTS a ser calculado sobre o reposicionamento e a pagar as custas e honorários de advogado de 10%

(dez por cento) sobre o valor dado à causa, tudo com correção monetária e juros».

O reclamado, todavia, não se conformando com a r. sentença, dela interpôs recurso ordinário, para este Egrégio Tribunal, juntando, desde logo, suas razões.

O recorrido ofereceu contra-razões.

Nesta Instância, a douta Subprocuradoria-Geral da República, oficiando no feito, opina pelo provimento do recurso.

Ê o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Lauro Leitão: A r. sentença de 1º grau, em sua parte decisória, assentou:

«Não ocorreu a prescrição porque no caso *sub judice* não se discute ato infringente da Consolidação das Leis do Trabalho e sim a aplicação do novo Plano de Classificação de Cargos, instituído pela Lei nº 5.645/70. O prazo de prescrição é de cinco anos, somente sendo atingidas as prestações anteriores a este prazo.

Quanto ao mérito, a nosso ver, a ação é procedente.

Os reclamantes foram enquadrados pelo Decreto nº 77.974, de 6 de julho de 1974, baixado pelo Exmo. Sr. Presidente da República (docs. de fls. 82/105), e Portaria nº 598, de 27 de abril de 1978 (docs. de fls. 105/113), a partir de 1º de novembro de 1974, quando já se encontrava em vigor o Decreto nº 77.104/76, no nível 5, os do 1º Grupo, Agente Administrativo, e os do 2º Grupo, no nível 4, Datilógrafo B. Acontece que, na aplicação da escala de vencimentos do Anexo III do Decreto-Lei nº 1.445/76, foram atribuídas aos reclamantes do 1º Grupo a referência 29 e aos do 2º Grupo a re-

ferência 24. Ora, nos termos da escala de vencimentos criada por este decreto-lei, à classe «C», nível 4, dos agentes administrativos, deveriam ter sido atribuídas as referências de 32 a 36 e às do nível 5, referências de 37 a 39. Com referência aos datilógrafos ocorreu a mesma coisa. Aos enquadrados na classe B, nível 4, deveriam ter sido atribuídas as referências de 28 a 30, correspondentes à Classe Especial, porque o nível para o qual foram os datilógrafos enquadrados, foi extinto e substituído pela classe Especial.

Cinge-se a questão em se saber se um decreto baixado pelo Exmo. Sr. Presidente da República, o de nº 77.974/76 (doc. de fl. 82) que atribuiu aos reclamantes os níveis 5 e 4, podia ou não ser alterado pelo IBDF, levando-se em conta o disposto no Decreto Regulamentar nº 77.104/76. É evidente que não. O Decreto nº 77.974 é de 6 de julho de 1976 (fl. 82) e o Decreto nº 77.104 é de 3-2-76. Aquele, sendo posterior a este, deve prevalecer o disposto no Decreto nº 77.974 e qualquer ajustamento deste com o Decreto nº 77.104 só poderia ser feito pelo Presidente da República e não pelo IBDF ou pelo DASP, conforme já decidiu o Egrégio Tribunal Federal de Recursos, em decisão proferida no RO nº 3.751, do Paraná, Relator o eminente Ministro Armando Rollemberg, Acórdão juntado pelos reclamantes (docs. de fls. 114/123).

Administrativamente, a própria Administração já vem reconhecendo o direito pleiteado pelos reclamantes. Assim aconteceu com o Ministério do Exército, ao ser solicitada a autorização para ser corrigido o posicionamento dos agentes administrativos daquele Ministério, na Exposição de Motivos nº 110, de 28 de agosto de 1980 (docs. de fl. 133), autorização esta concedida (doc. de fl. 188). O próprio

DASP, ao examinar o pedido de revisão de enquadramento do Grupo Serviços Auxiliares, do Quadro Permanente do Ministério da Aeronáutica, objetivando o reposicionamento dos agentes administrativos, reconheceu ter havido «um verdadeiro nivelamento por baixo», ter havido prejuízo para os agentes administrativos, ocasionando «justas e cabíveis reclamações», concluindo que «realmente se justifica a retificação ora proposta» e opinou pela «correção pretendida» (doc. de fls. 186/187).

Isto posto,

Julgo procedente a presente reclamação trabalhista e condeno o reclamado a proceder o reposicionamento dos reclamantes, colocando-os na referência 37, os do 1º Grupo e na referência 30, os do 2º Grupo, e a lhes pagar todos os reajustes posteriores ao Decreto-Lei nº 1.445/76, levando-se em conta os aumentos por mérito e das progressões funcionais, pagando-lhes todos os atrasados, inclusive as diferenças de 13º salário, respeitada a prescrição quinquenal, a fazer o recolhimento do FGTS a ser calculado sobre o reposicionamento e a pagar as custas e honorários de advogado de 10% (dez por cento) sobre o valor dado à causa, tudo com correção monetária e juros.»

A r. sentença de 1º grau, a meu ver, bem apreciou e decidiu a espécie dos autos, não merecendo, por isso, qualquer censura.

Com efeito, os ora recorridos foram enquadrados pelo Decreto nº 77.974/76, com efeito a partir de 1º de novembro de 1974, já na vigência do Decreto nº 77.104/76, com o seguinte posicionamento:

1º Grupo — qualificações de 001 a 084 no nível 5 — Agente Administrativo D-LT-SA-801.5.

2º Grupo — qualificações de 085 a 103 no nível 4 — Datilógrafo B-LT-SA-802.4.

Mas, ocorre que na aplicação da escala de vencimentos do Anexo III do Decreto-Lei nº 1.445/76, aos reclamantes, ora recorridos, foram atribuídas referências correspondentes a classes inferiores às determinadas pelo decreto de enquadramento, ou seja, 1º Grupo, referência 29, e 2º Grupo, referência 24.

Ora, nos termos da escala de vencimentos criada pelo Decreto-Lei nº 1.445/76, à classe C, nível 4, dos agentes administrativos deveriam ter sido atribuídas as referências de 32 a 36 e às do nível 5, referências de 37 a 39, e aos datilógrafos enquadrados na classe B, nível 4, referências de 28 a 30.

Convém frisar, ainda, que o Decreto nº 77.974/76, baixado pelo Exmo. Sr. Presidente da República, não poderia ser alterado pelo IBDF, e nem por outro decreto baixado anteriormente.

Ademais, a CLT, em seu artigo 468, **caput**, preceitua:

«Art. 468. Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim, desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia».

Em face do exposto, nego provimento ao recurso do IBDF, para confirmar a r. sentença de 1º grau.

É o meu voto.

VOTO VISTA

O Sr. Ministro Otto Rocha: Sr. Presidente, preliminarmente tenho como interposto o recurso ordinário ex officio, segundo autoriza o Decreto-Lei nº 779, de 21 de agosto de 1969,

em seu inciso V, e que dispôs sobre a aplicação de normas processuais trabalhistas à União Federal, aos Estados, Municípios, Distrito Federal e autarquias ou fundações de direito público que não explorem atividade econômica.

No que respeita ao mérito, bem explicitou a sentença, *in verbis*:

«Os reclamantes foram enquadrados pelo Decreto nº 77.974, de 6 de julho de 1976, baixado pelo Exmo. Sr. Presidente da República (docs. de fls. 82/105) e Portaria nº 598, de 27 de abril de 1978 (docs. de fls. 105/113), a partir de 1º de novembro de 1974, quando já se encontrava em vigor o Decreto nº 77.104/76, no nível 5, os do 1º Grupo, Agente Administrativo, e os do 2º Grupo, no nível 4, Datilógrafo B. Acontece que, na aplicação da escala de vencimentos do Anexo III do Decreto-Lei nº 1.445/76, foram atribuídas aos reclamantes do 1º Grupo a referência 29, e aos do 2º Grupo a referência 24. Ora, nos termos da escala de vencimentos criada por este decreto-lei, à classe C, nível 4, dos agentes administrativos, deveriam ter sido atribuídas as referências 32 a 36 e às do nível 5, referências de 37 a 39. Com referência aos datilógrafos ocorreu a mesma coisa. Aos enquadrados na classe B, nível 4, deveriam ter sido atribuídas as referências de 28 a 30, correspondente à classe Especial porque o nível para o qual foram os datilógrafos enquadrados, foi extinto e substituído pela classe Especial.

Cinge-se a questão em se saber se um decreto baixado pelo Exmo. Sr. Presidente da República, o de nº 77.974/76 (doc. de fl. 82), que atribuiu aos reclamantes os níveis 5 e 4, podia ou não ser alterado pelo IBDF, levando-se em conta o disposto no Decreto Regulamentar nº 77.104/76. É evidente que não. O Decreto nº 77.974 é de 6 de julho de

1976 (fl. 82) e o Decreto nº 77.104 é de 3-2-76. Aquele, sendo posterior a este, deve prevalecer o disposto no Decreto nº 77.974 e qualquer ajustamento deste com o Decreto nº 77.104 só poderia ser feito pelo Presidente da República e não pelo IBDF ou pelo DASP, conforme já decidiu o Egrégio Tribunal Federal de Recursos, em decisão proferida no RO nº 3.751, do Paraná, Relator o eminente Ministro Armando Rollemberg, Acórdão juntado pelos reclamantes (docs. de fls. 114/123).

Administrativamente, a própria Administração já vem reconhecendo o direito pleiteado pelos reclamantes. Assim aconteceu com o Ministério do Exército, ao ser solicitada a autorização para ser corrigido o posicionamento dos agentes administrativos daquele Ministério, na Exposição de Motivos nº 110, de 28 de agosto de 1980 (docs. de fl. 133), autorização esta concedida (doc. de fl. 188). O próprio DASP, ao examinar o pedido de revisão de enquadramento do Grupo Serviços Auxiliares, do Quadro Permanente do Ministério da Aeronáutica, objetivando o reposicionamento dos agentes administrativos, reconheceu ter havido «um verdadeiro nivelamento por baixo», ter havido prejuízo para os agentes administrativos, ocasionando «justas e cabíveis reclamações», concluindo que «realmente se justifica a retificação ora proposta» e, opinou pela «correção pretendida» (doc. de fls. 186/187).

Recentemente, nesta Turma, decidiu, na mesma linha de entendimento, o RO nº 5.483-PR.

Ali saliente que a E. 3ª Turma, ao julgar o RO nº 5.834-MG, sendo Relator o eminente Ministro Adhemar Raymundo, decidiu:

«Trabalhista.

Servidores celetistas. Agentes Administrativos do IAPAS, classe

D, símbolo 801-5 (Decreto-Lei nº 76.766/75). Constitui alteração unilateral do pacto laboral, o posterior enquadramento em nível inferior, com decesso salarial» (RO nº 5.834-MG, ac. pub. no DJ de 31-5-82).

Ainda na mesma esteira, e do mesmo Relator, proclama o seguinte Acórdão:

«Agentes Administrativos. Se, em decorrência de transposição de cargos, a alteração posterior ocasionou rebaixamento salarial, presente a violação do disposto no artigo 468 da CLT» (RO nº 6.108-MG, 3ª Turma).

De outra feita decidi:

«Reclamação Trabalhista — Plano de Classificação de Cargos — Funcionários Celetistas do Ministério da Agricultura.

Se o Decreto-Lei nº 1.445/76, no seu Anexo IV, deferiu aos agentes administrativos na situação dos reclamantes, as retribuições mensais situadas nas faixas de referência que vão de 32 a 36, não pode a reclamada ajustá-las à situação prevista no Decreto nº 77.104/76, passando a pagar-lhe salário da referência 24 a 31, porque nula de pleno direito a alteração de contrato que resulte em prejuízo para o trabalhador, nos termos do artigo 468 da CLT.

Recurso de ofício improvido» (RO nº 5.836-PI, julgado em 30-3-82).

A seu turno, a E. 3ª Turma tem decidido, reiteradamente, no mesmo diapasão, como faz certo a decisão unânime proferida nos autos do RO nº 6.044-RS, Relator Ministro Carlos Madeira, em Acórdão assim ementado:

«Trabalhista. Agentes Administrativos. Reestruturação da Categoria Funcional. Alteração Unilateral. No regime contratual, o que prevalece é a situação pessoal do empregado, tal como se estabeleceu o vínculo. Se lei superveniente altera essa situação, nem por isso poderá alterar aquela situação, sem o consentimento do empregado. A potestade administrativa sofre derrogação em face do regime contratual.

O rebaixamento dos agentes administrativos admitidos no nível 4, letra C, a que vieram corresponder as referências iniciais de categoria funcional, viola a garantia do artigo 468 da CLT».

Coerente com meus pronunciamentos anteriores, todos na mesma linha do voto do eminente Relator, Ministro Lauro Leitão, também nego provimento ao recurso do IBDF.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

RO nº 5.843 — DF — Registro nº 3.314.421 — Rel.: O Sr. Ministro Lauro Leitão. Recorrente.: Instituto Brasileiro de Desenvolvimento Floresta-IBDF. Recorridos: José Aparecido Gomes e outros. Advogados: Dra. Izabel Gouvêa (Recte.), Dr. Ivan Chaves da Silva (Recdos.).

Decisão: A Turma, à unanimidade, negou provimento ao recurso, com ressalva do voto do Sr. Ministro Leitão Krieger (Em 10-6-83 — 1ª Turma).

Os Srs. Ministros Otto Rocha e Leitão Krieger votaram com o Relator, com ressalva do voto do Sr. Ministro Leitão Krieger. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Lauro Leitão.

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ORDINÁRIO
Nº 5.843 — DF

(Registro nº 3.314.421)

Relator: O Sr. Ministro Hélio Pinheiro

Embargante: Instituto Brasileiro de Desenvolvimento Florestal

Embargados: José Aparecido Gomes e outros

Advogados: Dra. Izabel Gouvêa e Dr. Ivan Chaves da Silva

EMENTA

Trabalhista. Processo. Embargos de divergência em recurso ordinário. Acórdão de objeto diferenciado. Imprestabilidade.

Não é adequado a instruir discrepância de julgamento, para efeito de embargos de divergência em recurso ordinário, Acórdão cujo objeto se diversifica, por relevante circunstância peculiar a um dos casos confrontados, máxime quando o aresto divergente provém de outra modalidade de recurso, ou seja, apelação cível.

Embargos de Divergência não conhecidos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas.

Decide a Primeira Seção do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, não conhecer dos embargos, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 30 de maio de 1984 (Data do julgamento) — Ministro **Lauro Leitão**, Presidente — Ministro **Hélio Pinheiro**, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hélio Pinheiro: O Instituto Brasileiro de Desenvolvimento Florestal — IBDF, diante da decisão da Egrégia Turma no recurso ordinário que confirmou a sentença favorável a José Aparecido Gomes e outros postulantes, interpôs os presentes embargos de divergência, cujo obje-

to é a questionada alteração contratual na situação de agentes administrativos e datilógrafos, colocados em classes e níveis a que correspondem as seqüências de referências criadas pelo Decreto-Lei nº 1.445, de 1976.

2. Alega o Instituto que pelo Decreto nº 77.104, de 3-2-76, os agentes administrativos passaram a ser agrupados em três classes e níveis, aos quais, pelo Decreto-Lei nº 1.445, de 13-2-76, passaram a corresponder as seguintes referências:

Agente Administrativo:

— classe **A**, nível 2: referências de 24 a 27;

— classe **B**, nível 3: referências de 28 a 31;

— classe **C**, nível 4: referências de 32 a 36;

— classe **Especial**: referências de 37 a 39.

Datilógrafo:

— classe **A**, nível 1: referências de 16 a 23;

— classe B, nível 2: referências de 24 a 27;

— classe Especial: referências de 28 a 30.

3. Aduz que os embargados, supondo que lhes tenham sido atribuídas referências inferiores às autorizadas pelo Decreto nº 77.974, de 1976, pretendem posicionar-se na classe Especial. Assinala então o embargante que essa pretensão é descabida porque à classe Especial, criada pelo Decreto-Lei nº 1.445, de 1976, correspondem as referências acima da classe final, sendo certo que

«O Decreto-Lei nº 1.445, de 1976, ao instituir a classe Especial, e as referências de vencimentos ou salários, consoante se infere dos seus artigos 6º e 7º, manteve a reestruturação do Decreto nº 77.104/76, respeitando os níveis salariais e de classificação então em vigor» (fl. 386).

4. Instruindo a divergência, invocando o embargante, com anexação das respectivas cópias, o julgamento da Apelação Cível nº 73.275/DF, da qual foi Relator o eminente Ministro Peçanha Martins, e da de nº 76.017/PR, sendo Relator o insigne Ministro José Cândido, nas quais fora a matéria decidida em sentido contrário ao do Acórdão ora embargado, isto é, afirmando-se a inocorrência de prejuízo aos servidores em virtude das alterações operadas, pelos diversos diplomas legais e regulamentares, nas categorias funcionais de Agente Administrativo e Datilógrafo.

Acrescenta o embargante que as decisões divergentes não dizem respeito a funcionário público.

Lembra ainda que, sendo a embargante autarquia, não está incluída na previsão do artigo 170, § 2º, da Constituição Federal, segundo a qual

«Na exploração, pelo Estado, da atividade econômica, as empresas

públicas e as sociedades de economia mista reger-se-ão pelas normas aplicáveis às empresas privadas, inclusive quanto ao direito do trabalho e ao das obrigações.»

Assim sendo, e considerando que o Plano de Classificação de Cargos vincula a todos os servidores indistintamente, conclui a embargante que «a Egrégia Turma não só decidiu em desconformidade com a realidade dos fatos, pois não houve redução salarial dos embargados, e, via de consequência, nenhuma alteração contratual, unilateral, a teor do artigo 468, da CLT, mas também contra a Jurisprudência dominante do Egrégio Tribunal Federal de Recursos, no particular» (fl. 392).

Insistindo no exame das peculiaridades do contrato de trabalho com o Estado, inclusive com referência à integração do embargante no SIPEC — Sistema de Pessoal Civil da Administração Federal, tendo como órgão central o DASP, frisa que o combatido Acórdão infelizmente não atendeu a essa realidade.

Argui julgamento extra petita e ultra petita relativamente a honorários advocatícios, que diz indevidos, fora dos termos da Lei nº 5.584, de 1970.

Finalmente, assinala, só para argumentar, que, ainda que não houvesse alteração contratual, as particularidades do contrato de trabalho com o poder público o diferenciam dos contratos firmados com particulares, conforme tem sido decidido, inclusive no MS nº 83.593/DF, sendo, pois, de aplicar-se também aos empregados da autarquia o entendimento consagrado na Súmula nº 135 deste Egrégio Tribunal.

Os embargados ofereceram impugnação (fls. 421 a 431), preliminarmente sustentando que os embargos não devem ser conhecidos, por se tratar, **in casu**, de recurso ordinário e haver-se manifestado a indicada di-

vergência entre apelações cíveis, tendo nesse sentido feito transcrições relativas aos Embargos de Divergência em Recurso Ordinário n.ºs 4.239-MG (3159710) e 2.875-RJ (3157032).

Ferindo o mérito, dizem os embargados ser infundada a alegação de que o entendimento predominante seja o oposto ao consagrado no Acórdão em foco, citando cinco julgamentos, proferidos em recursos ordinários, coincidentes com o aresto ora embargado. Anotam que tratamento desigual de situação igual está sendo praticado pelo DASP, ao autorizar o reposicionamento para alguns órgãos e negar a outros. Aduzem que a Súmula n.º 135 deste Egrégio Tribunal distingue apenas servidores celetistas e estatutários, enquanto assegura as reparações aos primeiros, negando aos últimos. Acusam o embargante de usar dois pesos e duas medidas, às vezes se atribuindo as vantagens de um regime e outras vezes do outro.

Citando os eminentes Ministros Carlos Madeira e Armando Rollemberg, respectivamente nos Recursos Ordinários n.ºs 6.027-RS e 3.751-PR, sustentam os embargados que o poder público se limita no regime contratual, concluindo ter havido alteração contratual danosa, ofensiva ao artigo 468 da CLT, na situação de que cuidam estes autos, porque o Decreto n.º 77.974, de 1976 atribuiu concretamente aos embargados uma classificação que não podia ser desfeita com base em outro decreto anterior, de caráter geral e abstrato.

Finalmente, manifestam a expectativa de não-provimento dos embargos de divergência, com manutenção do Acórdão da Egrégia 1.ª Turma.

Ê o relatório.

VOTO PRELIMINAR

O Sr. Ministro Hélio Pinheiro (Relator): Demonstrada a diversidade de soluções a respeito das alterações havidas nos dados classificatórios das categorias funcionais dos agentes administrativos e datilógrafos, os embargados arguem a impropriedade dos Acórdãos com que se pretende instruir embargos de divergência em recurso ordinário, por provirem de apelações cíveis.

Sustentam que os presentes embargos não podem, por isso, ser conhecidos, buscando para tanto arrimo em decisões proferidas nos Embargos de Divergência em Recurso Ordinário n.º 4.239-MG e no Recurso Ordinário n.º 2.875-RJ, dos quais foi Relator o insigne Ministro José Cândido.

Tratando, entretanto, o Regimento Interno deste Egrégio Tribunal, no artigo 275, de embargos de divergência em RO, não ficou textualizado que a dissidência não se possa manifestar através de julgamentos proferidos em outra modalidade de recurso, notadamente apelação cível.

O silêncio do Regimento Interno, nesse particular, se explica principalmente com a circunstância de que, ordinariamente, não se dispõe de mais de um procedimento para determinada lide.

Entretanto, não se pode deixar de reconhecer a existência de alguns julgados no sentido de poderem, ou mesmo, deverem certos interesses empregatícios ser discutidos mediante procedimento ordinário cível. Isso se pode verificar no julgamento da Apelação Cível n.º 81.705-RN (3460444), Relator o eminente Ministro Carlos Madeira, e Recurso Ordinário n.º 6.035-MG (registro 3340147), Relator o eminente Ministro Ademar Raymundo, relativamente a enquadramento.

Contudo, no caso em exame, não chega a ser necessário ater-se a essa fundamentação alusiva à diversidade de recurso.

Com efeito, importa principalmente considerar que o objeto deste processo se distingue daquele relativo aos dois Acórdãos supostamente demonstrativos da divergência, pois nenhum desses, apesar de também se referirem aos servidores do IBDF, cuida da particularidade da existência do Decreto nº 77.974, de 6 de junho de 1976 (fl. 82), que dispôs sobre a transposição e transformação de empregos, relativamente ao pessoal da mesma Autarquia, com a peculiaridade de se basear em designações de classe e nível já então revogados com o advento do Decreto nº 77.104, de 3 de fevereiro de 1976.

É o que se observa da ementa do Acórdão embargado, *verbis*:

«Trabalhista. Instituto Brasileiro de Desenvolvimento Florestal. Servidores. Plano de Classificação de Cargos. Enquadramento. Reposicionamento.

Nos termos da escala de vencimentos criada pelo Decreto-Lei nº 1.445/76, à classe C, nível 4, dos agentes administrativos deveriam ter sido atribuídas as referências de 32 a 36, e às do nível 5, referências de 37 a 39, e aos datilógrafos enquadrados na classe B, nível 4, referências de 28 a 30. Assim, o Decreto nº 77.974/76, baixado pelo Exmo. Sr. Presidente da República, não poderia ser alterado pelo IBDF, e nem por outro decreto baixado anteriormente. Aplica-se, *in casu*, o artigo 468 da CLT. Sentença que se confirma. Recurso desprovido» (fl. 380).

Com relação ao pessoal do IBDF, foi baixado o referido Decreto nº 77.974/76, que enquadrou os reclamantes do primeiro grupo, no nível 5, e os do 2º grupo, no nível 4, embora já em vigor o Decreto nº

77.104/76, que havia reduzido os citados níveis.

Daí a r. sentença, transcrita no voto condutor do Acórdão embargado, posicionar a controvérsia nestes termos:

«Cinge-se a questão em se saber se um decreto baixado pelo Exmo. Sr. Presidente da República, o de nº 77.974/76 (doc. de fl. 82), que atribuiu aos reclamantes os níveis 5 e 4, podia ou não ser alterado pelo IBDF, levando-se em conta o disposto no Decreto Regulamentar nº 77.104/76. É evidente que não. O Decreto nº 77.974 é de 6 de julho de 1976 (fl. 82) e o Decreto nº 77.104 é de 3-2-76. Aquele, sendo posterior a este, deve prevalecer o disposto no Decreto nº 77.974, e qualquer ajustamento deste com o Decreto nº 77.104 só poderia ser feito pelo Presidente da República e não pelo IBDF ou pelo DASP, conforme já decidiu o Egrégio Tribunal Federal de Recursos, em decisão proferida no R/O nº 3.751, do Paraná, Relator o eminente Ministro Armando Rollemberg, Acórdão juntado pelos reclamantes (docs. de fls. 114/123)» (fl. 328).

Como se vê, cuida-se de circunstância especial ocorrente no objeto do Acórdão embargado, não cogitada nos Acórdãos paradigmas, juntados às fls. 399/417, referentes às Apelações Cíveis nºs 76.017-PR e 73.275-DF, respectivamente ementados:

«Administrativo. Plano de Classificação de Cargos. Agente Administrativo enquadrado pelo Decreto nº 77.259/76. IBDF. Classe Especial criada pelo Decreto-Lei nº 1.445/76.

O Decreto-Lei nº 1.445/76, ao dispor sobre a categoria funcional de Agente Administrativo, Datilógrafo e Oficial de Chancelaria, do Grupo Serviços Auxiliares, de que trata o Decreto nº 71.236/76, criou a classe Especial, sem que disso resultasse qualquer prejuízo para os servido-

res anteriormente enquadrados. Também nenhum direito lhes assiste quando buscam ascensão à nova classe através de progressão funcional normal.

Recurso improvido» (fl. 399).

«Administrativo — Servidor.

Enquadramento de agente administrativo e datilógrafo.

Alterações que se efetuaram de acordo com a lei, sem causar prejuízo pecuniário aos autores.» (fl. 416).

A peculiaridade anotada no Acórdão embargado, referente à existência e discussão de um decreto não cogitado nos Acórdãos paradigmas, vem impedir o conhecimento dos embargos de divergência, conforme decidido no ERO nº 91.658-MG, sendo Relator o eminente Ministro José Nêri da Silveira, com a seguinte ementa:

«Embargos de divergência. Deles não se toma conhecimento por não estarem presentes, nos Acórdãos paradigmas, as circunstâncias especiais que justificaram a decisão adotada pelo aresto recorrido».

Em suma, não restou propriamente provada a divergência. Ante o exposto, não conheço dos embargos.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

EDRO nº 5.843 — DF — Registro nº 3.314.421 — Rel.: O Sr. Ministro Hélio Pinheiro. Embte.: IBDF. Embdos.: José Aparecido Gomes e outros. Advs.: Dra. Izabel Gouvêa e Dr. Ivan Chaves da Silva.

Decisão: A Seção, por unanimidade, não conheceu dos embargos. Sustentou oralmente, pelos embargados, o Dr. Ivan Chaves da Silva (Em 30-5-84 — Primeira Seção).

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Carlos Madeira, Gueiros Leite, Washington Bolívar, William Patterson, Adhemar Raymundo, José Cândido e Costa Lima.

Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Jarbas Nobre, Flaque Scartezini, Leitão Krieger e Carlos Thibau.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Lauro Leitão.

RECURSO ORDINÁRIO Nº 5.895 — PB

(Registro nº 3.319.482)

Relator: O Sr. Ministro William Patterson

Recorrente: Fernando Amaral Marinho

Recorrida: PORTOBRAS

Advogados: Drs. Ubirajara de Melo e Walter Vieira Toledo e outros

EMENTA

«Trabalhista. Vínculo empregatício. Porto de Cabedelo. Encampação.

Resultando dos atos que dispuseram e complementaram a encampação do Porto de Cabedelo, no Estado da Paraíba, a convicção de que o reclamante não passou a integrar o acervo absorvido, permanecendo vinculado à Administração Estadual, descabe reconhecer sucessão, in casu, bem assim qualquer responsabilidade da União Federal.

Sentença confirmada.»

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos, em que são partes as acima indicadas.

Decide a 2ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, à unanimidade, conhecer do recurso *ex officio*, como se declarado fora, e lhe dar provimento, para reformar a sentença e julgar o reclamante carecedor de ação, enquanto negou provimento ao recurso do mesmo, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes do autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 8 de fevereiro de 1983 (Data do julgamento) — Ministro **Gueiros Leite**, Presidente — Ministro **William Patterson**, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro **William Patterson**: O Dr. **Ridalvo Costa**, eminente Juiz Federal da Seção Judiciária do Estado da Paraíba, assim relatou a espécie:

«Fernando Amaral Marinho, brasileiro, casado, Engenheiro Civil, residente e domiciliado nesta Capital, através de advogado, reclamou contra a Empresa de Portos do Brasil S/A — PORTOBRÁS, e contra a União Federal, em litis-consórcio, alegando, em síntese, o seguinte:

1. haver sido admitido em 27-6-52 nos serviços da «Administração do Porto de Cabedelo», autarquia estadual, como engenheiro civil;

2. tendo ocorrido a encampação do aludido Porto pela União, através do Decreto nº 82.958, de 28-12-78, passou a PORTOBRÁS a administrar os bens e serviços encampados, consumando-se, outrossim, a sucessão para efeitos trabalhistas;

3. todavia, a sucessora, unilateralmente, devolveu o reclamante à Secretaria de Administração do Estado da Paraíba, com base nos Decretos Estaduais nºs 7.914 e 7.987, de 18-1-79 e 13-3-79, respectivamente.

Pede o reclamante para ser decretada a rescisão do seu contrato de trabalho, desde a data em que fora afastado dos serviços da reclamada, 30-3-79, e, em consequência, o pagamento dos títulos relacionados na inicial.

Na audiência, sem possibilidade de conciliação, a PORTOBRÁS apresentou defesa escrita, alegando preliminar de carência de ação, e, quanto ao mérito, disse não poder contestar o pedido, porquanto os assentamentos funcionais do reclamante não se encontram em poder da reclamada.

Por sua vez, a União Federal negou a caracterização de sucessão trabalhista, por não poder assumir a responsabilidade trabalhista, de natureza contratual, em face de uma encampação».

Sentenciando, julgou a Reclamação improcedente quanto às indenizações requeridas (fl. 59).

Inconformado, recorreu o reclamante, com as razões de fls. 62/65, em críticas ao v. decisório, insistindo nos argumentos já oferecidos.

Sem contra-razões, vieram os autos a esta superior instância, onde a douta Subprocuradoria-Geral da República opinou no sentido da confirmação da sentença (fl. 72).

E o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro **William Patterson**: O MM. Juiz a quo resolveu a controvérsia com a seguinte fundamentação:

«O reclamante era empregado estável da Administração do Porto de Cabedelo, autarquia estadual, cujos serviços foram encampados pela União através do Decreto nº 82.958, de 28-12-78, passando os bens, instalações e serviços da autarquia extinta à «guarda e gestão» da PORTOBRÁS (artigo 2º, parágrafo único, do mencionado decreto).

A PORTOBRÁS, atualmente, é mera «gestora» do Porto de Cabedelo, agindo em nome da União Federal. Não pode, por isso, ser acionada diretamente desde que não é parte em sentido material. Ao defender em nome próprio direito alheio, o faz como «substituto processual», entendimento, aliás, já expandido por ocasião do julgamento da reclamação trabalhista nº 107 — Cls. XI, em 4-10-79, citada à fl. 37.

Na presente reclamação, a posição da PORTOBRÁS é de assistente simples, não podendo, por isso, sofrer qualquer condenação.

O ato de encampação do Porto de Cabedelo pela União caracteriza, sem dúvida, sucessão nos negócios e, em consequência, a responsabilidade do poder concedente pelas obrigações trabalhistas do concessionário para com os seus empregados.

Sucessora é, pois, a União Federal.

A situação do reclamante é de empregado do Porto de Cabedelo (encampado pela União e gerido pela PORTOBRÁS), à disposição da Secretaria de Administração do Estado da Paraíba — Decreto Estadual nº 7.987, de 13-3-79 — fls. 28/29.

Houve, indubitavelmente, alteração do contrato de trabalho do reclamante quanto ao lugar da prestação do serviço.

Todavia não ocorreu dispensa, a ensejar a reparação mediante pagamento de indenização. É que o reclamante, empregado estável da União, por conta da sucessão, continua à disposição e em exercício na Secretaria de Administração do Estado da Paraíba — fls. 28/29.

Ora, em se tratando de empregado estável, caberia o pagamento da indenização, se ocorresse a hipótese do artigo 496, da CLT.

Por outro, o reclamante não pediu para retornar às suas funções no Porto de Cabedelo, pelo que a sentença não pode determinar o que não foi requerido».

Como visto, a decisão reconheceu o vínculo empregatício do recorrente com a União Federal, ao admitir a sucessividade decorrente da encampação do Porto de Cabedelo.

A dúvida que persiste diz respeito à alegada dispensa indireta, resultante de violação do pacto laboral, caracterizada esta pela mudança do lugar de prestação de serviço. Embora reconhecendo a circunstância, o ilustre sentenciante concluiu inexistir dispensa a ensejar indenização. Invoca o artigo 496, da CLT, como reforço da impossibilidade do pedido, pois não se configurou a hipótese prevista na regra, ou seja, obstáculo à reintegração, nem mesmo sendo esta cogitada.

Sobre a sucessão, entendo que não se há de aplicar, em casos dessa natureza, os princípios que a regulam, para fins trabalhistas. Com efeito, a encampação decorre de ato administrativo que lhe baliza os encargos e responsabilidades, principalmente em termos de relação trabalhista.

O Decreto nº 82.958, de 28-12-78, que dispôs sobre a discutida encampação do Porto de Cabedelo, determinou a imediata imissão na posse dos bens, instalações e serviços vinculados ao Porto, passando-os à

guarda e gestão da PORTOBRÁS, até que fosse criada a sociedade de economia mista encarregada de administrar e explorar os portos do Estado da Paraíba. Nada especificou acerca do pessoal.

Acontece, porém, que o assunto foi objeto de expressa disciplina no Decreto Estadual nº 7.914, de 15-1-79, nestes termos:

«Art. 1º Ficam colocados à disposição da Empresa de Portos do Brasil S.A. — PORTOBRÁS, a partir de 7 de janeiro de 1979, mantido o respectivo regime jurídico, os servidores pertencentes ao Quadro de Pessoal de Administração do Porto de Cabedelo, para prestarem serviços no citado Porto.

Art. 2º A medida prevista no artigo anterior tem caráter transitório e vigorará até que seja estabelecida a disciplina relativa ao aproveitamento dos citados servidores».

Logo a seguir, foi expedido o Decreto Estadual nº 7.987, de 13-3-79, prescrevendo:

«Art. 1º Ficam postos à disposição da Secretaria de Administração, até sua posterior redistribuição, os servidores constantes do Anexo a este Decreto, que vinham prestando serviço à autarquia Administração do Porto de Cabedelo e não foram absorvidos pela Empresa de Portos do Brasil — PORTOBRÁS.

Parágrafo único. Os servidores de que trata este artigo conservarão o regime jurídico a que estavam sujeitos enquanto em exercício na entidade portuária».

Na relação que acompanhou o citado decreto consta o nome do ora recorrente (fl. 29).

Assim, nem mesmo a vinculação empregatícia está definida, em termos de responsabilidade da União,

considerando os elementos trazidos a estes autos, já que não se dá notícia de providências posteriores. Pela regra do *caput* desse último ato depreende-se que os servidores ali indicados não foram integrados no acervo encampado, permanecendo a vinculação com o Governo Estadual.

Assim, nem mesmo assegurada está a sucessão reconhecida na sentença, consoante se extrai dos atos postos em destaque, desmotivando, destarte, qualquer pleito com base nesse pressuposto.

É verdade que a União Federal não manifestou recurso voluntário, mas o dispositivo do decisório, ao atribuir encargos ao Governo Central autoriza, *ex vi legis*, o recurso de ofício, motivo pelo qual o tenho como declarado.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso de ofício para, reformando a sentença de primeiro grau, julgar o reclamante carecedor de ação, negando provimento ao recurso.

EXTRATO DA MINUTA

RO nº 5.895 — PB — Registro nº 3.319.482 — Rel.: O Sr. Ministro William Patterson. Recte.: Fernando Amaral Marinho. Recda.: PORTOBRÁS. Advs.: Drs. Ubirajara de Melo e Walter Vieira Toledo e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso *ex officio*, como se declarado fora, e lhe deu provimento, para reformar a sentença e julgar o reclamante carecedor de ação, enquanto negou provimento ao recurso do mesmo, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (Em 8-2-83 — 2ª Turma).

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro José Cândido. Os Srs. Ministros Costa Lima e Gueiros Leite votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Gueiros Leite.

RECURSO ORDINARIO Nº 6.895 — SE
(Registro nº 3.472.884)

Relator: O Sr. Ministro Costa Leite

Recorrente: Caixa Econômica Federal — CEF

Recorrido: Vivaldo Morais Almeida

Advogados: Dr. Abílio Minucci Teixeira (Recdo.) e Dr. Ícaro Braille França e outros (Recte.)

EMENTA

Processo Trabalhista. Reclassificação. Prescrição Bienal.

Empregado da extinta «A Equitativa dos Estados Unidos do Brasil», aproveitado pela Caixa Econômica Federal, por força do Decreto nº 58.859, de 15-7-66, tem direito a ter o tempo de serviço prestado àquela empresa integralmente computado para fins da reclassificação operada no quadro de pessoal da recorrente, pela NS nº 240, de 1º de outubro de 1974.

Respeitada a prescrição bienal, tem o recorrido direito a todas as parcelas que deixou de perceber, em virtude de sua não reclassificação.

Sentença que se confirma integralmente.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas.

Decide a 1ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, à unanimidade, negar provimento ao recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 23 de outubro de 1984 (Data do julgamento) — Ministro **Washington Bolívar**, Presidente — Ministro **Costa Leite**, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Costa Leite: Por bem resumir a controvérsia, adoto como relatório o parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República, da lavra do Dr. Aristides Jun-

queira Alvarenga, do seguinte teor (fls. 135/136):

«Trata-se de recurso ordinário interposto pela Caixa Econômica Federal da r. decisão, de fls. 104/111, que julgou procedente reclamação trabalhista que lhe move Vivaldo Morais Almeida, objetivando sua reclassificação no quadro de pessoal da reclamada, a partir de 1974, bem como as diferenças salariais e demais vantagens vencidas e vincendas, levando-se em conta o tempo em que prestou serviços à A Equitativa dos Estados Unidos do Brasil S.A. de Seguros Gerais (liquidada extrajudicialmente).

Sustenta a recorrente que o reclamante ora recorrido é carecedor de ação, vez que, aproveitado em julho de 1966, somente agora pleiteia corrigir a sua classificação no quadro de pessoal organizado em carreira.

2. Verifica-se nos autos que o recorrido ex-empregado da mencionada empresa foi admitido pela reclamada por força do Decreto nº 58.859/66, que lhe assegurava a vantagem do tempo de serviço prestado, para os efeitos legais, sem nenhuma restrição.

Todavia, foi-lhe negado o direito ao aumento geral dos salários concedido aos demais servidores, bem como a contagem do tempo de serviço. Inconformado, recorreu à Justiça. Fato idêntico ocorreu por ocasião da reclassificação determinada pelo Decreto nº 266/67, razão pela qual viu-se o reclamante novamente obrigado a acionar a reclamada para ver reconhecido seu direito.

Como se observa, insiste a recorrente em desconsiderar o tempo de serviço anteriormente prestado pelo recorrido, em flagrante desrespeito às normas legais disciplinadoras da matéria e de decisões já transitadas em julgado.

À toda evidência, impõe-se a manutenção do r. decisório recorrido, pois questão semelhante já foi examinada por essa Egrégia Corte no RO nº 3.148-RJ, de que foi Relator o eminente Ministro Jarbas Nobre, conforme assinalado pelo MM. Juiz a quo às fls. 109/111.

3. Pelo não provimento do recurso».

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Costa Leite (Relator): Como se observa, a pretensão do ex-empregado da «A Equitativa», aproveitado pela Caixa Econômica Federal, em obediência aos termos do Decreto nº 58.859, de 15 de julho de 1966, foi acolhida, em sua integridade, pela respeitável decisão de fls. 104/111.

A empresa pública aponta, em preliminar, a ocorrência da prescrição, vez que só agora o recorrido insurge-se contra a reclassificação operada em 1974, em função da NS nº 240, de 1.º de outubro do mesmo ano.

Improcede, contudo, a objeção em tela. A sentença de 1.º grau bem enfrentou a questão, não carecendo de qualquer reparo. Colacionando julgados da Justiça do Trabalho e desta Egrégia Corte, assim rechaçou a preliminar, à fl. 107:

«O reclamante demonstrou que a Jurisprudência já se pacificou no sentido de que, em se tratando de prestações periódicas, a contagem do prazo tem como termo a quo cada uma das prestações.

Essa orientação de há muito estava sufragada pelo Egrégio Tribunal Superior do Trabalho, consoante os diversos exemplos transcritos na inicial.

Por todas, transcrevo a seguinte ementa:

«Bial. Enquadramento funcional. A prestação salarial é sempre precária, quer decorra demora, promoção, enquadramento, equiparação, porque em qualquer hipótese o empregado visa o salário e a lesão se repete, mês a mês, no quanto não pago devidamente. A prescrição bial extintiva atinge apenas as parcelas salariais decorrentes de enquadramento funcional e não os níveis salariais. Acórdão do Tribunal Superior do Trabalho em Sessão Plenária (Processo nº ERR 991/74) — Relator Ministro Coqueijo Costa».

Em geral a Jurisprudência do Egrégio Tribunal Federal de Recursos em matéria trabalhista não discrepa da que norteia a Justiça especializada.

No que tange à matéria sub oculo, decidiu aquela Egrégia Corte:

«Recurso Ordinário nº 4.682-PE.
Relator: Ministro Adhemar Raymundo — 3ª Turma.

Ementa: Prescrição.

Prestações periódicas. Conta-se do nascimento de cada uma delas, e não do direito que se originem (Diário da Justiça de 27-11-80).

Descabida a distinção pleiteada pela reclamada, eis que o direito trabalhista procura amparar o economicamente fraco, garantindo-o contra as lesões de natureza patrimonial que se repetem a cada prestação.

Em conseqüência, afasta a preliiminar de prescrição para considerar não atingidas as parcelas pleiteadas até dois anos antes do dia 26 de novembro de 1982, quando o reclamante deu entrada de Reclamatória no Protocolo desta Seção Judiciária».

No mérito, diz a recorrente que «todos os direitos emanados do Decreto nº 58.859, de 15-7-1966, foram atribuídos ao recorrido, não tendo a NS-240/74, que cuidou da reclassificação por tempo de serviço, fugido aos princípios basilares daquele diploma legal, porquanto estabeleceu vantagens de natureza jurídica, inclusive alheias ao crivo da CLT, que, além de não serem assegurados como direitos do recorrido na sua empregadora, não lhe foram conferidos pelo decreto supramencionado.»

Equivocados os argumentos expendidos pela recorrente, valendo, para repeli-los, trazer à colação voto do Ministro Jarbas Nobre, em matéria análoga, ao confirmar sentença do MM. Juiz Federal da 8ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro, e transcrito na decisão ora recorrida, fls. 109/111, **verbis**:

«Os recorridos, antigos empregados da «A Equitativa», regidos pela CLT, aproveitados que foram pela Caixa Econômica, passaram a integrar o quadro do seu pessoal, sob o mesmo regime.

Foi a conclusão do Acórdão de 4-9-72, da 1ª Turma, no RO nº 218, à fl. 25, Relator Ministro Jorge Lafayette Guimarães:

«Os empregados da «A Equitativa dos Estados Unidos do Brasil», aproveitados na autarquia Caixa Econômica Federal, de acordo com o Decreto nº 58.859/66, sob regime da CLT, devem ser incluídos nos quadros organizados pela Caixa Econômica Federal — Empresa Pública, na forma do Decreto-Lei nº 943/69, juntamente com os demais servidores que, por efeito de opção, estão sujeitos à legislação trabalhista».

Assim equiparados e a eles tendo ficado garantido o tempo de serviço que prestaram à «A Equitativa», «para os efeitos legais», explicita o artigo 5º do Decreto nº 58.859, de 1966 — segue-se que na aplicação do enquadramento disciplinado pela Resolução nº 240/74, não podiam ter tratamento diferenciado, como tiveram, do dado aos demais empregados da Caixa, não oriundos da sociedade liquidada.

O entendimento emprestado ao item 2 dessa resolução — no ponto em que dispõe que a reclassificação se fará pelo tempo de serviço na carreira, na Caixa, até 31-7-74 — afronta a norma do Decreto nº 58.859 que — como ficou observado — manda aproveitar o tempo de serviço cumprido na «A Equitativa» de modo amplo e sem qualquer restrição.

Quando do advento da resolução, esta já encontrou os recorridos como escrivães da Caixa, com o

tempo de serviço já prestado à sociedade de onde vieram.

Não podia a recorrente, desse modo, ao classificar os seus empregados, desprezar esse tempo de serviço em detrimento dos direitos dos recorridos.

Por tais razões, confirmo a sentença.

Nego provimento ao recurso».

Por ter dado exata aplicação aos mandamentos legais que disciplinam a espécie e louvado-se em precedentes jurisprudenciais deste próprio Tribunal, entendo que a sentença da lavra do MM. Juiz Federal José de Castro Meira bem apreciou e dirimiu a controvérsia, razão pela qual a mantenho em todos os seus termos, com o que nego provimento ao

recurso ordinário interposto pela Caixa Econômica Federal.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

RO nº 6.895 — SE — Registro nº 3.472.884 — Rel.: O Sr. Ministro Costa Leite. Recte.: Caixa Econômica Federal — CEF. Recdo.: Vivaldo Moraes Almeida. Advs.: Dr. Abílio Minucci Teixeira (Recdo.) e Drs. Icaro Braille França e outros.

Decisão: A Turma, à unanimidade, negou provimento ao recurso (Em 23-10-84 — 1ª Turma).

Os Srs. Ministros Washington Bolívar e Leitão Krieger votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro **Washington Bolívar**.