
JURISPRUDÊNCIA

ACÇÃO RESCISÓRIA Nº 952 — PR

Relator: O Sr. Ministro Antônio Torreão Braz

Autor: Joaquim Gomes Caetano

Ré: União Federal.

EMENTA

Tributário. Pessoa Jurídica. Omissão de Receita e Distribuição disfarçada de lucros.

Ação rescisória.

Documento novo. O artigo 485, VII, do Código de Processo Civil não incide quando o documento é constituído após a decisão rescindenda.

Só é causa de rescindibilidade, prevista no artigo 485, IX, do mesmo diploma legal o erro de fato emergente de atos e documentos existentes nos autos, sobre os quais hajam silenciado as partes e o órgão judicante.

Imposto de renda. O lançamento reflexo contra o sócio não possui existência autônoma, pois está umbilicalmente ligado à sorte do lançamento principal contra a pessoa jurídica. Declarada a inexistência da obrigação tributária principal, em decisão transitada em julgado, idêntico pronunciamento se impõe quanto à obrigação tributária reflexa.

Violação do artigo 43 do CTN e disposições do Decreto nº 58.400/66, regentes da matéria.

Ação rescisória julgada procedente.

ACÓRDÃO

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

Decide a Segunda Seção do Tribunal Federal de Recursos, à unanimidade, julgar procedente a ação, 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 maio de 1984 (Data do julgamento) — Ministro Otto

Rocha, Presidente — Ministro Antonio Torreão Braz, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Antonio Torreão Braz: Joaquim Gomes Caetano, qualificado na inicial, quer desconstituir a sentença do Dr. Juiz de Direito da Comarca de Maringá, Estado do Paraná, transitada em julgado, que julgou improcedentes embargos por ele opostos à execução fiscal ajuizada pela Fazenda Nacional.

A pretensão rescisória tem assento no artigo 485, incisos V, VII e IX, do Código de Processo Civil. Na Conformidade do primeiro, a sentença teria decidido contra expressas disposições literais de lei (Constituição Federal, artigo 21, IV; CTN, artigos 43 e seguintes; Decreto nº 58.400/66, artigos 1º, 34, 70, 79, 95 e § 1º e 97). No respeitante ao segundo, ocorrera a produção do documento novo, capaz, por si só, de assegurar pronunciamento favorável ao promovente, qual seja o Acórdão deste Egrégio TFR na Apelação Cível nº 57.961, que declarou inexistente a obrigação tributária em relação à pessoa jurídica. No concernente ao terceiro, o decisório fundara-se em erro de fato, pois afirmou haver o autor percebido renda em razão de distribuição disfarçada de lucros por sociedade da qual participava e esse fato foi negado pelo Acórdão acima referido.

Aduz que a ação de cobrança se baseou em lançamento reflexivo, resultante de procedimento fiscal contra «Frigorífico Luso Central Ltda.», na qual tinha participação societária, por omissão de receita e distribuição disfarçada de lucros, conforme assinalado na sentença rescindenda e no julgado do 1º Conselho de Contribuintes. E argumenta:

«Na presente hipótese ocorre que, embora vencido o suplicante na ação «reflexa» (os embargos retercitados), a exigência fiscal con-

tra a pessoa jurídica — cujo questionamento centrou-se na ação «principal» — acabou sendo considerada improcedente (é que a sentença proferida pelo Exmo. Sr. Juiz de Direito da 3ª Vara Cível da Comarca de Maringá — noticiada à fl. 110 da sentença rescindenda — foi reformada pelo E. Tribunal Federal de Recursos, por sua Colenda 5ª Turma (Doc. nº 5 anexo) no julgamento da Apelação Cível nº 57.961 — 3080943).

Restou, pois, que, por vicissitudes processuais, implicadas pela tramitação autônoma das duas ações, configurou-se a ilegalidade da sentença produzida nos embargos movidos pelo suplicante: se judicialmente declarou-se a inexistência de lucros distribuídos pela pessoa jurídica, ilegal é a decisão que considerou esses (inexistentes) lucros distribuídos, como tributáveis em poder dos sócios. Se lucro ou renda não houve, é evidente a inexigibilidade de imposto de renda».

Daí a violação literal das disposições legais já referidas, porque, na ausência de renda auferida, incorreu o fato gerador. Ademais, acresça-se o documento novo, corporificado no aresto proferido na Apelação Cível nº 57.961, que retirou a base jurídica do lançamento reflexivo. Por fim, o erro de fato em que incidu a sentença rescindenda, ao afirmar como certo fato inexistente, qual seja o rendimento supostamente auferido pelo autor.

Na contestação, a União Federal diz inexistir violação aos preceitos de lei citados pelo autor, redarguindo quanto ao fundamento do artigo 485, inciso VII, do CPC:

«O Acórdão é, com efeito, posterior à sentença rescindenda, mas, por obviedade, não se presta a ser documento novo, com as características exigidas no citado dispo-

sitivo, que, aliás, se fez transcrito à fl. 10, por isso que não se trata, para o autor, de documento «...cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso...» O autor não só não podia deixar ignorar como nem dele fazer uso, ao simples fato de sua inexistência. E a previsão legal condiciona o requisito da preexistência do documento. A preexistência do Acórdão paradigma ao tempo da sentença é conotação que falta ao «documento» apresentado como «novo».

No atinente ao erro de fato, acen-tua:

«A assertiva merece, **data venia**, sérios reparos. O r. Acórdão (fls. 46/70) não negou «completa e totalmente», a «distribuição disfarçada de rendimentos». Antes, afirmou que tal fato não restou provado pelo Fisco e os indícios apresentados não o configuram. Isto se pode ver na ementa, que assim diz:

«2. A presunção **juris tantum** de certeza e liquidez da certidão de dívida resulta de norma pré-processual (artigo 204 do CTN) e não livra a Fazenda do ônus de, no âmbito do processo judicial, provar os fatos em que assenta seu direito. Ação em sentido formal, os embargos do devedor não perdem, todavia, o caráter substancial de defesa. Por outro lado o fato de neles o réu da execução se fazer autor não elide a necessária igualdade das partes no duplo processo que leva o juiz a decidir na mesma sentença execução e embargos, correndo a cada uma o ônus de provar suas alegações (artigo 333 do CPC).

3. Imposto de renda. Distribuição disfarçada de lucros. Não na configura o fato de dirigentes da empresa se apropriarem indebitamente de receitas a ela destinadas (AC nº 31.397, julgado em 9-3-81 (fl. 46)).

Tampouco a sentença rescinden-da afirmou a ocorrência de renda do suplicante em razão da distribuição disfarçada de rendimentos. Vejam-se, a propósito as razões de decidir do douto juiz **a quo**, intencionalmente retrotranscritas.

Nelas se pode ver, facilmente, que o decisório tem duplo fundamento: a distribuição disfarçada de lucros, ou o fato assim cognominado, e o lucro ou acréscimo patrimonial auferido pelos sócios, entre eles o autor.

Admitido, **ad argumentandum tantum**, que fosse afastado o fato, que se denominou «distribuição disfarçada de lucros»; admitido, até, que não houve tal distribuição, sobrevistirá o outro fundamento, qual seja, o comprovado acréscimo patrimonial do sócio-autor, auferido em decorrência de operação angulada, na expressão do **decisum**.

Por isto, embora conexas, as matérias deduzidas e julgadas na AC nº 57.961/PR como na sentença rescindenda, o foram, no primeiro, sob o prisma da pessoa jurídica, concluindo que as situações apontadas pelo Fisco não configuram «distribuição disfarçada de lucros»; no segundo, que houve renda ou aumento patrimonial dos sócios.

São fundamentos ou fatos inter-relacionados mas não necessariamente dependentes. Tanto que são autônomos e suficientes, é que a renda auferida pelo sócio não se explica só em função de distribuição disfarçada de lucro.

Neste particular, aliás, bem andou a peça anexa da douta Procuradoria da Fazenda Nacional, quando assevera que a decisão do E. TFR em nenhum instante beneficia o autor; ao contrário, «contra ele depõe, e de forma bastante grave» (v. item IV do documento anexo)».

Decidindo impugnação oferecida pela ré (autos em apenso), fixei o valor da causa em Cr\$2.979.339,00 (dois milhões, novecentos e setenta e nove mil, trezentos e trinta e nove cruzeiros), idêntico ao da execução fiscal.

Por determinação minha, a Secretaria informou que o Acórdão na Apelação Cível nº 57.961 transitou em julgado em 29-6-1982 (fl. 126).

As partes ofereceram razões finais (fls. 128/130).

Sem revisão (RI, artigo 33, IX).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Antônio Torreão Braz (Relator): A causa de rescindibilidade a que alude o artigo 485, inciso VII, do Código de Processo Civil pressupõe a existência do «documento novo» à data da decisão rescindenda.

Entenda-se por «documento novo» — Leciona Ada Pelegrini Grinover, in «Direito Processual Civil», 2ª ed., pág. 169 — o documento que só após a sentença rescindenda poder ser utilizado: não o documento posteriormente constituído».

A doutrina, aliás, não discrepa ao comentar o preceito (Pontes de Miranda, «Comentários ao Código de Processo Civil», Forense, Tomo VI/327; J.C. Barbosa Moreira, «Comentários ao Código de Processo Civil», Forense, 1974, pág. 119; Luis Eulálio de Bueno Vidigal, «Comentários ao Código de Processo Civil», RT, pág. 143).

No caso concreto, à data da sentença que se pretende rescindir (26-9-80), ainda não existia o Acórdão do Tribunal Federal de Recursos, proferido quase dois anos depois, ou seja em 19-4-82.

Não aproveita ao autor, por igual, o fundamento do inciso IX do mesmo

artigo 485 da lei processual, eis que o decisório atacado não se fundou em erro de fato emergente de atos e documentos da causa. O erro teria ocorrido se, presentes as circunstâncias mencionadas no parágrafo 2º, o Acórdão da instância superior estivesse nos autos. Sobre a inteligência da norma em discussão, vale transcrever a observação sempre lúcida de Barbosa Moreira (obr. cit., pág. 134): «Em outras palavras: a hipótese não é a de que o órgão judicial tenha chegado à conclusão a que chegou através de raciocínio em cujas premissas figure expressamente a afirmação do fato não ocorrido ou a negação do fato ocorrido. O que precisa haver é incompatibilidade lógica entre a conclusão enunciada no dispositivo da sentença e a existência ou a inexistência do fato, uma ou outra provada nos autos mas não colhida pela percepção do Juiz, que, ao decidir, pura e simplesmente saltou por sobre o ponto, sem feri-lo. Se, ao contrário, o órgão judicial, errando na apreciação da prova, disse que decidia como decidiu porque o fato ocorrera (apesar de provada nos autos a não ocorrência), ou porque o fato não ocorrera (apesar de provada a ocorrência), não se configura o caso do inciso IX. A sentença, embora injusta, não será rescindível».

Entretanto, sob o ponto de vista de violação à literal disposição de lei, creio que procede a pretensão do autor.

Está dito na sentença rescindenda (fl. 19):

«Segundo resultou evidenciado no processo administrativo fiscal em apenso, a atuação formalizada resultou do levantamento das transações efetuadas pelo Frigorífico Luso Brasileiro Central Ltda., do qual o embargante é sócio.

A confusão econômica verificada entre as áreas de atuação (pessoa

física dos sócios e pessoa jurídica) resultou na incidência de desvio de operações, não tributadas, perante a pessoa jurídica, como resultado econômico canalizado para as contas bancárias dos sócios.

O próprio embargante reconhece em sua petição exordial o depósito de cheques (produto de operações da empresa) em sua conta bancária pessoal.

Os depósitos bancários, em conta pessoal, além de ensejar a omissão de receitas, no tocante à pessoa jurídica, resultou no acréscimo patrimonial, a favor da pessoa física, sem correspondência de renda declarada».

E o Acórdão do 1º Conselho de Contribuintes está encimado pela seguinte ementa (fl. 24):

«Tratando-se de lançamento estritamente decorrencial, aplica-se a mesma decisão proferida no processo principal, cujo mérito passa a ser matéria vencida, constituindo seu desfecho prejulgado em relação à exigência formalizada como reflexo».

Coerentemente com o pensamento aí externado, deu provimento parcial ao recurso do ora autor, enfatizando:

«Nestas condições, como no processo principal e que deu azo a este, a parcela indicada como «distribuição disfarçada de lucros» no valor de Cr\$256.086,59, no exercício de 1973, ano-base de 1972, foi excluída da tributação, igual sorte é reservada ao sócio da empresa atuada no que tange às implicações do lançamento por decorrências, observada a proporcionalidade da pessoa física na participação do capital da pessoa jurídica».

As afirmações contidas nos dois julgados induzem concluir que a obrigação tributária do autor está umbilicalmente ligada à obrigação tributária da pessoa jurídica, da qual é mera conseqüência.

O Acórdão na Apelação Cível nº 57.961, transitado em julgado, declarou inexistente a obrigação tributária do «Frigorífico Luso Brasileiro Central Ltda.», ao prover o seu recurso e dar pela procedência dos seus embargos, consoante se infere do seguinte tópico da respectiva ementa, verbis:

«Imposto de renda. Distribuição disfarçada de lucros. Não na configuração o fato de dirigentes da empresa se apropriarem indebitamente de receitas a ela destinadas (AC nº 31.397, julg. em 9-3-81). Caso, além do mais, em que a presunção do Fisco se inspira na simples ocorrência de depósitos bancários de certo vulto em nome dos aludidos dirigentes, presunção à qual se opõe o fato de estes comprovarem o exercício de atividades e negócios próprios de rentabilidade muito superior a tais depósitos».

Se o *decisum* proferido no processo principal — o da pessoa jurídica — constitui «prejulgado em relação à exigência formalizada como reflexo», nos dizeres do 1º Conselho de Contribuintes, segue-se que, na espécie *sub judice*, não houve a aquisição pelo autor da apontada disponibilidade econômica ou jurídica de renda ou de proventos, isto é, incorreu o fato gerador do imposto cobrado.

É imperioso reconhecer, como conseqüência lógica, que a sentença rescindenda violou a literal disposição do artigo 43 do Código Tributário Nacional, que define o fato gerador do imposto de renda, bem assim a do artigo 51, letra a, do Decreto nº 58.400, de 1966, em que se baseou a imposição fiscal.

À vista do exposto, julgo procedente a ação para rescindir a sentença do Dr. Juiz de Direito da Comarca de Maringá, Estado do Paraná, referida na inicial, e julgar procedentes os embargos opostos pelo autor à execução fiscal, condenada a ré nos

honorários de advogado de 10% (dez por cento) sobre o valor atribuído à causa e restituído ao promovente o depósito efetuado.

EXTRATO DA MINUTA

AR nº 952 — PR — Rel.: O Sr. Ministro Antônio Torreão Braz. Autor: Joaquim Gomes Caetano. Ré: União Federal.

Decisão: A Seção, por unanimidade, julgou procedente a ação, nos

termos do voto do Relator (Em 8-5-84 — 2ª Seção).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Carlos Mário Velloso, Wilson Gonçalves, Bueno de Souza, Sebastião Reis, Miguel Ferrante, Antônio de Pádua Ribeiro, Geraldo Sobral e Armando Rollemberg. Ausentes, por motivo justificado, os Srs. Ministros Moacir Catunda e Américo Luz. Licenciado o Sr. Ministro Pedro Acioli. Presidiu o julgamento O Sr. Ministro Otto Rocha.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 42.245 — MT

Relator: O Sr. Ministro Armando Rollemberg

Agravante: Empresa Gráfica Correio da Imprensa Ltda.

Agravada: União Federal

EMENTA

Processo civil. No processo de execução fiscal a nao apresentação de embargos não caracteriza revelia, e sim reconhecimento da dívida pelo executado, que não perde, por isso, o direito ao conhecimento dos atos supervenientes da execução.

Tempestiva é, assim, impugnação à avaliação feita por executado que não fora intimado para tal ato, embora improcedente por ser ele atribuição do Oficial de Justiça (Provimento nº 175 do Conselho de Justiça Federal e artigo 13 da Lei nº 6.380/80).

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 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, 17 de outubro de 1983 (Data do julgamento) — Ministro Armando Rollemberg, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Armando Rollemberg: Ajuizada execução fiscal pela Fazenda Nacional contra Empresa Gráfica Correio da Imprensa Ltda., em 8-2-80 o Oficial de Justiça lavrou auto de penhora, e, em 13 do mesmo mês e ano certificou que deixara de proceder à avaliação do bem penhorado por já haver sido avaliado em outra execução fiscal proposta contra a mesma executada, pelo valor de Cr\$ 750.000,00.

Mantido tal valor pelo Dr. Juiz Federal no Estado de Mato Grosso, por despacho datado de 18 de maio tam-

bém de 1980, em 10 de abril de 1981 a executada peticionou alegando que a avaliação deveria ser feita por Avaliador Oficial e não pelo Oficial de Justiça, e, assim, padecia de nulidade. Acrescentou, a seguir, que não fora intimada da avaliação, sendo o processo, assim, nulo de pleno direito.

Concluiu, requerendo fossem anulados todos os atos posteriores à avaliação. Sua petição recebeu o despacho seguinte:

«J. Não há o que corrigir. O Oficial de Justiça encarregado da diligência impugnada é, por lei, o Avaliador do Juízo. Podia e devia executá-la como fez. Por outro lado, sabe-se que a parte citada que deixar correr, à sua revelia, o feito não se fazendo, pelo menos, representar por procurador não merece ser procurado mais para ciência de quaisquer atos processuais posteriores. Muito menos agora, para tentar inquiná-lo de vícios.

A arrematação. Editais de praxe».

Desse despacho interpôs a executada agravo de instrumento.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Armando Rollemberg (Relator): Conforme se verifica de certidão por cópia à fl. 10 dos autos, em 8 de fevereiro de 1980 procedeu o Oficial de Justiça à citação do agravante e à penhora de máquina impressora a ele pertencente, máquina da qual ficou como depositário.

No mesmo ato certificou o Oficial de Justiça que deixara de proceder à avaliação por estar o bem avaliado em outro processo, o que levou o MM. Juiz a proferir despacho do teor seguinte.

«Mantenho, para os efeitos legais, o valor atribuído ao bem penhorado em outro processo.

A arrematação. Editais de praxe».

Desse despacho, não foi o recorrente intimado, e deveria ter sido, pois poderia impugnar o valor atribuído ao bem, tanto mais quanto, no caso concreto, fora adotado o de avaliação anterior, podendo, portanto, o preço se encontrar defasado, e arguir a nulidade da arrematação, como veio a fazer posteriormente.

Entendeu o MM. Juiz, no despacho recorrido, que não tendo sido apresentados embargos à penhora caracterizara-se revelia que afastava a necessidade de intimação à executada dos atos supervenientes à constrição, orientação inaceitável porque no processo de execução fiscal a não apresentação de embargos não importa em revelia e sim em reconhecimento da dívida pelo executado, que, entretanto, não perde, por tal fato, o direito ao conhecimento de todos os atos da execução, pois deles lhe poderá advir prejuízos, e, entre tais atos, a avaliação do bem penhorado.

Assistia, assim, ao agravante, o direito de impugnar a avaliação quando o fez, desde que dela não fora intimado antes.

Não lhe assiste razão, contudo, ao sustentar a nulidade do ato referido porque praticado pelo Oficial de Justiça, desde que tal atribuição foi deferida ao mesmo pelo Provimento nº 175, do Conselho da Justiça Federal, orientação que foi seguida depois pela Lei nº 6.830/80, no seu artigo 13.

Restrita que foi a impugnação da avaliação à circunstância de haver

sido efetuada pelo Oficial de Justiça, nego provimento ao agravo.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo. (Em 17-10-83 — 4ª Turma).

EXTRATO DA MINUTA

Ag nº 42.245 — MT — Rel.: O Sr. Ministro Armando Rollemberg. Agrte.: Empresa Gráfica Correio da Imprensa Ltda. Agrda.: União Federal.

Os Srs. Ministros Carlos Mário Velloso e Bueno de Souza votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Armando Rollemberg.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 43.139 — MG

Relator: O Sr. Ministro Bueno de Souza

Agravante: Fayal S/A

Agravado: Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária.

EMENTA

Desapropriação.

Alteração do objeto do pedido.

Reflexos sobre o valor a ofertar.

Depósito já realizado, da oferta inicial.

Pedido do levantamento de 80%.

Indeferimento, por motivo de dúvida de parte do expropriante.

Recursos.

Agravo de instrumento.

Provimento.

O expropriado não pode ser impedido de levantar 80% da oferta inicial, só por motivo de dúvida do expropriante quanto à área atingida pela desapropriação.

Cumpra ao expropriante eximir-se do ônus de individualizar o pedido.

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 ao agravo, nos termos do voto do 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, 5 de setembro de 1983
(Data do julgamento) — Ministro Armando Rollemberg, Presidente — Ministro Bueno de Souza, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Bueno de Souza: Em ação de desapropriação por interesse social proposta pelo INCRA — Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária perante a 3ª Vara de Minas Gerais, foi feito o depó-

sito inicial da oferta, que é de Cr\$ 2.686.177,00, em dezembro de 1973.

Fayal S.A., que figura como um dos expropriados, requereu o levantamento da parte do depósito que lhe corresponde; simultaneamente, outros expropriados também, por sua vez, requereram o levantamento da parcela que a cada qual lhes compete.

Ouvido, o INCRA se opôs por duas razões: a primeira é que, no tocante a determinados expropriados (que não vem ao caso individual), alimenta fortes dúvidas quanto aos respectivos títulos de propriedade; e, no tocante a Fayal S.A., houve subseqüente modificação da inicial para reduzir a área afetada pela expropriação. A segunda é que, portanto, haverá redução do valor da oferta, com repercussão sobre o valor do depósito e sobre o das parcelas que poderão, somente então, ser levantadas.

Depois de sucessivas manifestações das partes, finalmente, o ilustre Juiz proferiu a decisão agravada, que é do seguinte teor (fl. 43v.):

«À vista do alegado às fls. 1839/40 e 1843, indefiro os pedidos de levantamento.

Aguarde-se pelo julgamento do agravo».

Contra esta decisão foi interposto este agravo de instrumento por Fayal Sociedade Anônima, reclamando, precisamente, o seguinte (fl. 4):

«Este agravo, portanto, merece provimento — para que, feita a operação relacionada com as coisas devolvidas à agravante e com isso postas fora do feito, seja concedido o levantamento dos 80%, isto é, dos 80% do valor da oferta —

quanto à parte não devolvida e por isso mesmo mantida como objeto da ação de desapropriação, liberada, em conseqüência, a favor do expropriante, a fração da oferta na parte devolvida».

A empresa agravante sustenta que tal providência vem até mesmo ao encontro do interesse do INCRA, pois o dinheiro em depósito poderia estar em mãos do expropriante, desde que não há razão para ali permanecer.

Bem processado o recurso e mantida a decisão, subiram os autos.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Bueno de Souza (Relator): Meu voto, Senhor Presidente, é para dar provimento, nos termos do pedido.

Realmente, não vejo por onde admitir que o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária — INCRA — possa constranger alguém a permanecer sub judice, em ação expropriatória, sem poder levantar (seja pouco, seja muito), por causa, precisamente, de suas próprias vacilações (a que, estranhamente, se acha com direito) aquilo que a lei assegura, ou seja, 80% da oferta.

Não vejo este privilégio do INCRA, de se reservar para explicitar seu pedido e individual o objeto da demanda quando lhe convenha (não há na lei rito expropriatório especializado, a ser observado nas causas postuladas pelo INCRA).

De resto, tudo se resume a mera operação aritmética, suficiente para esclarecer o valor a que a agravante tem direito, de imediato.

Nestes termos, dou provimento ao agravo.

EXTRATO DA MINUTA

AG nº 43.139 — MG — Rel.: O Sr. Ministro Bueno de Souza. Agravante: Fayal S.A. Agravado: INCRA.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao agravo, nos

termos do voto do Sr. Ministro-Relator (Em 5-9-83 — 4ª Turma).

Os Srs. Ministros Antônio de Pádua Ribeiro e Armando Rollemberg participaram do julgamento. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Armando Rollemberg.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 44.625 — SP

Relator: O Sr. Ministro Washington Bolívar de Brito

Agravante: Instituto Nacional de Previdência Social — INPS

Agravado: Gustavo Trotta

EMENTA

Constitucional. Processual Civil e Previdenciário. Foro do domicílio do segurado ou beneficiário. Reconhecimento da contagem recíproca do tempo de serviço.

1. O reconhecimento da contagem recíproca do tempo de serviço está relacionado na CLPS (Tit. III, Cap. XX), que cuida das prestações em geral, sendo evidente que essa contagem não pode incluir-se entre os serviços da entidade autárquica previdenciária, mas entre os benefícios, pois se destina à obtenção da aposentadoria.

2. Competência da Justiça Estadual do foro do domicílio do segurado ou beneficiário, para processar e julgar o pedido de declaração do tempo de serviço, cujo efeito futuro e destinação legal é a aposentadoria, benefício pecuniário.

3. Agravo a que se nega provimento.

ACÓRDÃO**RELATÓRIO**

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 agravo, 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 de Brito, Presidente e Relator.

O Sr. Ministro Washington Bolívar de Brito: O Instituto Nacional de Previdência Social — INPS, agravou de instrumento contra decisão que rejeitou exceção de incompetência (fl. 10) argüida em pedido de certidão de tempo de serviço, ajuizada na 1ª Vara da Comarca de Araraquara — SP por Gustavo Trotta, sob o rito sumaríssimo (fl. 13), entendendo que o objeto da ação não é de natureza pecuniária.

A decisão agravada é do seguinte teor (fl. 7):

«Quanto à exceção declinatória *fori*, é de ser rejeitada. O artigo 125, § 3º da Constituição Federal dá competência à Justiça Estadual do foro do domicílio do segurado ou beneficiário para processar as causas em que for parte instituição de previdência social e cujo objeto seja benefício de natureza pecuniária. Ora, se pode o segurado ou beneficiário cumular pedido declaratório quanto ao tempo de serviço, seguido de pedido condenatório, é evidente que também pode pedir o menos, ou seja, simplesmente a declaração do tempo de serviço, cujo efeito futuro é exatamente obter o benefício pecuniário. Assim, fica rejeitada a exceção oposta em apenso, trasladando-se cópia desta decisão para aqueles autos».

O agrdo. manifestou-se à fl. 17 e verso pela improcedência do recurso, eis que seu pedido se encontra entre os benefícios relacionados no artigo 80 e seguintes do Decreto nº 77.077/76, pelo que a medida adotada pelo instituto é meramente protelatória.

Mantida a decisão agravada subiram os autos a esta Corte (fl. 17 verso).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Washington Bolívar de Brito (Relator): Como bem salientou o agravado, o reconhecimento

da contagem recíproca do tempo de serviço encontra-se relacionado na CLPS, no Capítulo XX, do Título III, que cuida das prestações em geral, a cargo da Previdência Social.

Tais prestações consistem em benefícios e serviços. Tal contagem, é evidente, não pode incluir-se entre os serviços da entidade autárquica, mas entre os benefícios, pois se endereça à obtenção da aposentadoria.

Assim, bem andou o MM. Juiz Estadual em se dar por competente para o processo em que se pretende obter a certidão pertinente à contagem recíproca do tempo de serviço, indiscutível benefício previdenciário, por sua natureza e destinação.

Ante o exposto, forte no artigo 125, § 3º, da Constituição, nego provimento ao agravo.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

Ag nº 44.625 — SP — Rel.: O Sr. Ministro Washington Bolívar de Brito. Agrte.: INPS — Agrdo.: Gustavo Trotta.

Decisão: A 1ª Turma do TFR, por unanimidade, negou provimento ao agravo. (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 de Brito.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 44.874 — RS

Relator: O Sr. Ministro Américo Luz

Agravante: Fredolino Ceriaco Trolle

Agravada: União Federal.

EMENTA

Execução fiscal. Embargos de devedor. Perícia. Quesitos indeferidos pelo Juiz. Agravo do embargante.

A leitura dos quesitos indeferidos revela, realmente, a sua impertinência, por não caber ao perito confirmar ou não o conteúdo de textos legais; presumir a intenção de subscritores de documentos; prestar depoimento sobre algo que não presenciou e nem tem como deduzir; dar informação do teor de documentos juntados aos autos. Acresce, ainda, a circunstância de que alguns quesitos pretendem do «expert» que emita juízo sobre questões pertinentes ao mérito da causa, de competência exclusiva do Magistrado que dirige o processo. Agravo improvido.

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 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, 25 de abril de 1984 (Data do julgamento) — Ministro **Antônio Torreão Braz**, Presidente — Ministro **Américo Luz**, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Américo Luz: Agrava Fredolino Ceriaco Trolle de despacho que indeferiu determinado número de quesitos que formulou nos autos dos embargos opostos à execução fiscal movida pela Fazenda Nacional contra Fredolino Trolle e Cia., alegando que sem eles a perícia não poderá indicar, «em matéria de fato, o fato gerador do tributo definido em lei (artigo 114 do CTN)», e que através deles se fará a «conferência do fato gerador e da respectiva obrigação fiscal».

Alega, ainda, que não solicitou a opinião ou parecer do perito, como manifestação do seu pensamento, mas sim de fatos expostos, para verificar de sua veracidade, conforme os meios de controle ao seu alcance.

Portanto, não há que considerar tais quesitos como impertinentes.

Contraminutou a agravada às fls. 44/46, para dizer que a inconformidade do agravante visa, apenas, a retardar o andamento do feito, já que suas alegações são desprovidas de embasamento legal.

Mantida a decisão agravada (fl. 50), subiram os autos.

Em seu parecer (fls. 52/54), a Subprocuradoria-Geral da República pede o improvemento do agravo.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Américo Luz (Relator): Eis a íntegra do despacho agravado (fl. 41):

«Defiro os quesitos propostos pelo embargante, com exceção daqueles sob n.ºs 12, 14, 16, 19, 20, 22, 28, 29, 30 e 31, na forma como propostos, eis que não cabe ao sr. perito confirmar ou não o conteúdo de textos legais (14º, 16º, 19º e 22º), interpretá-los (20º e 30º), presumir a intenção de autores de escrita (29º), ou prestar depoimento sobre algo que não presenciou e nem tem como deduzir (28º). Desnecessária, outrossim, é a informação do «expert» quanto ao teor de documentos juntados aos autos (12º e 31º).

Intime-se e dê-se ciência ao sr. perito».

Embora se rebele o agravante contra a decisão supratranscrita, a sim-

ples leitura dos quesitos indeferidos revela, realmente, que todos eles são impertinentes, pelos motivos ressaltados pelo MM. Juiz a quo e, também, porque alguns têm o objetivo de obter do perito, respostas que implicam em julgamento de situações ligadas ao próprio mérito da causa, função que ao «expert» é defesa, e que só pode ser exercida pelo Magistrado dirigente do processo.

O parecer da ilustrada Subprocuradoria-Geral da República (fls. 52/54), transcreve da contraminuta estes tópicos (lê).

Estou de acordo com esse raciocínio, que bem reflete a realidade dos fatos ora examinados.

Nego provimento ao agravo.

EXTRATO DA MÍNUTA

Ag nº 44.874 — RS — Relator: O Sr. Ministro Américo Luz. Agravante: Fredolino Ceriaco Trolle. Agravada: União Federal.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo (Em 25-4-84 — 6ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Torreão Braz e Wilson Gonçalves. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Antônio Torreão Braz.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 44.882 — SP

Relator: O Sr. Ministro Pedro da Rocha Acioli

Agravante: União Federal

Agravada: Paulinox Ind. Paulista de Artefatos de Aço Inox Ltda.

EMENTA

Processual Civil. Citação Postal. Despesas Postais.

As despesas postais, necessárias à prática de ato judicial do interesse da Fazenda Pública, são realizadas como expediente do Juízo, independentemente de prévio depósito.

Provimento do agravo.

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 agravo, 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 Moacir

Catunda, Presidente — Ministro Pedro da Rocha Acioli, Relator.

RELATORIO

O Sr. Ministro Pedro da Rocha Acioli: Nos autos da execução fiscal ajuizada contra Paulinox — Indústria Paulista de Artefatos de Aço Inox Ltda., agravou a União Federal de despacho que determinou à exequente-agravante a postalização de carta de citação do executado para pagamento de débito fiscal.

A União, agravante, invoca o disposto nos artigos 39 da Lei nº 6.830/80 e 27 do CPC, segundo os quais a Fazenda Pública está dispensada do pagamento de custas e emolumentos.

Processado o agravo sem contraminuta do agravado, foi mantido o despacho atacado.

Parecer da SGR, pelo provimento do agravo, para que a citação postal seja feita como expediente do Juízo, independentemente do prévio depósito das respectivas despesas pela União Federal.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Pedro da Rocha Acioli (Relator): A doutra SGR, em seu parecer de fls. 12/13, afirma que as despesas postais, realizadas com a citação por carta, são custas, na linha de decisões do TFR. Afirma, também, aquele órgão, que a citação postal é ato judicial e sendo a sua prática do interesse da Fazenda Pública, no caso da União, incide a regra do artigo 39, da Lei nº 6.830, verbis:

«Art. 39. A Fazenda Pública não está sujeita ao pagamento de custas e emolumentos. A prática dos atos judiciais de seu interesse independe de preparo ou prévio depósito».

Assim, conclui a SGR:

«Merece, pois, reformada a decisão agravada que determinou a União Federal arcar com as des-

pesas postais da citação postal, postando ela mesma a correspondência.

A citação postal deve ser postada como **expediente judiciário**, arcando o Juízo com as despesas postais, como ocorre na Justiça Federal. (Cf. Provimento nº 205, de 18-12-80 e Provimento nº 260, de 6-10-83, in DJ de 13-10-83, pág. 15753)» (fl. 13).

Creio que a interpretação acima oferecida é razoável; parece-me acertada.

Com efeito, a Lei nº 6.830, de 1980, como Lei Nacional, vincula Estados e União. Pela conclusão supra, a Justiça da União e a Justiça do Estado devem dispor de dotação própria para fazer face a despesas com a prática de atos judiciais, do interesse da Fazenda Pública.

Com essas considerações, dou provimento ao agravo.

É o voto.

EXTRATO DA MINUTA

Ag nº 44.882 — SP — Relator: O Sr. Ministro Pedro da Rocha Acioli. Agravante: União Federal. Agravada: Paulinox Ind. Paulista de Artefatos e Aço Inox Ltda.

Decisão: Por unanimidade, deu-se provimento ao agravo. (Em 30-5-84 — 5ª Turma).

Os Srs. Ministros Moacir Catunda e Sebastião Reis votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Moacir Catunda.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 44.899 — RS

Relator: O Sr. Ministro Wilson Gonçalves

Agravante: União Federal

Agravada: Sid Plast — Beneficiadora de Plásticos Ltda.

EMENTA

1. Agravo de Instrumento. Requisitos. Falha da petição. Compreensão e alcance da matéria do agravo. Inocorrência de prejuízo.

2. Execução. Sociedade. Responsabilidade de Sócio.

Nada articulado pelo agravado sobre os defeitos da petição do recurso, e tendo sido, inclusive, desenvolvida tese de defesa, é razoável entender-se que a forma, na espécie vertente, pela sua singularidade, não deve prejudicar a essência do direito. O tema em exame comporta uma exegese mais racional e justa, principalmente por se tratar de interesse público em jogo. Conhecimento, por isto, do agravo. A tese debatida no mérito é pacífica na jurisprudência desta Corte e do Colendo Supremo Tribunal Federal. A responsabilidade do sócio gerente, no caso, é inequívoca e, em consequência, contra ele deve prosseguir a execução.

Provimento do agravo.

ACÓRDÃO

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

Decide a 6ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, dar 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, 2 de abril de 1984 (Data do julgamento) — Ministro Antônio Torreão Braz, Presidente — Ministro Wilson Gonçalves, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Wilson Gonçalves: Dizendo-se inconformada com o r. despacho que indeferiu a citação e a penhora de bens particulares de Hardi Hahn, gerente da firma Sid Plast — Beneficiadora de Plásticos Ltda., contra a qual foi proposta execução fiscal, requereu a União Federal o traslado das peças necessárias ao ajuizamento de agravo de instrumento, sem, contudo, apresentar as razões da sua insatisfação.

Deferida a formação do agravo, o processo seguiu os trâmites regulares, sendo, a final, mantida a decisão recorrida.

Nesta instância, a douta Subprocuradoria-Geral da República opinou pelo provimento do agravo, com base na jurisprudência que colaciona.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Wilson Gonçalves:

O Artigo 523 do Código de Processo Civil dispõe que o agravo de instrumento contera:

I — a exposição do fato e do direito;

II — as razões do pedido de reforma da decisão;

III — a indicação das peças do processo que devam ser trasladadas.

J. C. Barbosa Moreira, comentando o preceito, acentua:

«Deve (a petição de agravo) conter a fundamentação do recurso (a exposição do fato e do direito: inciso I; as razões do pedido de reforma da decisão: inciso II), tão indispensável aqui como na apelação (cf., «supra», o Comentário nº 238 ao artigo 514), e mais, se o agravante quer que o recurso suba imediatamente, a indicação das peças dos autos que não de ser trasladadas» (Comentários ao Código de

Processo Civil, vol. V, 3ª edição, revista e atualizada, Forense, 1978, nº 277, pág. 564).

Sérgio Bermudes, após referir-se aos aludidos requisitos, afirma, incisivo:

«Não arrazoado o agravo, dele não se pode conhecer. Era esse o entendimento jurisprudencial, na vigência do Código anterior, que não vejo razão para ser modificado, sob a égide do atual» (Comentários ao Código de Processo Civil, RT, São Paulo, 1975, pág. 160).

Não discrepa Alexandre de Paula, quando escreve:

«5. O recurso de agravo exige petição fundamentada, com exposição do fato e do direito nas razões do pedido de reforma da decisão recorrida, sob pena de seu não conhecimento (TJMG, Jurisp. Min., 31/94) (Código de Processo Civil Anotado, RT, São Paulo, 1976, pág. 558)».

No caso em foco, a petição do agravo, à evidência, não contém os requisitos dos incisos I e II.

Eis o seu texto:

«A União Federal, por seu representante legal, abaixo firmado, não se conformando com o v. despacho que indeferiu a citação e penhora de bens particulares de Hardi Hahn, gerente da firma devedora, Sid Plast — Beneficiadora de Plásticos Ltda. respeitosamente requer sejam extraídas cópias fotostáticas das peças que indicará abaixo para ajuizamento de agravo de instrumento, conforme artigos 522 e segs. do Código de Processo Civil, e remansosa jurisprudência.» (Fl. 2).

A exigência dos mencionados requisitos é claramente compreensível. Resulta ela da necessidade de que o recorrido e o próprio órgão ad quem fiquem sabendo quais as razões efetivamente postas pelo a-

gravante como base de sua pretensão a novo julgamento, mais favorável (J. C. Barbosa Moreira, obr. e vol. cits., nº 238, pág. 482).

A espécie dos autos oferece aspecto singular, talvez a comportar uma exegese mais racional e justa, principalmente por se tratar de interesse público em jogo. Com efeito, enquanto a petição é defeituosa e omissa em ponto essencial, as peças trasladadas demonstram, com precisão, o fato, o direito e as razões do inconformismo da Fazenda Nacional.

A matéria é a seguinte: promovida execução contra a empresa Sid Plast — Beneficiadora de Plásticos Ltda., o Oficial de Justiça devolveu o mandado de citação, penhora e avaliação por não ter encontrado o estabelecimento comercial da firma. Obtido, por intermédio do Juiz, da Junta Comercial o contrato social da executada e respectiva alteração subsequente, ficou comprovada que Hardi Hahn, além de majoritário, era o sócio-gerente da mesma (fls. 9/10). Requerida, pela exequente, a citação deste último para responder, individualmente, pela dívida ajuizada, o MM. Juiz a quo indeferiu o pedido, alegando que devedora era a empresa e que os sócios, que integralizaram suas quotas, não responderiam pelas obrigações da sociedade limitada (fl. 11 e verso). Daí o presente agravo.

A empresa agravada, por seu sócio-gerente, após requerer traslado de documentos do processo de execução, nada articulou sobre os defeitos da petição do recurso, e desenvolveu tese jurídica no sentido de que «os bens do sócio-gerente, de sociedade por cotas de responsabilidade limitada, cujo capital social já foi integralizado, não respondem pelas dívidas assumidas pela sociedade» (sic).

Como se vê, o próprio agravado compreendeu o alcance e as razões

implícitas do recurso e, por isto mesmo, não teve cerceado o seu direito de defesa.

Entendo, em arremate, que a forma, na espécie vertente, pela sua singularidade, não deve prejudicar a essência do direito. Por isto, conheço do agravo.

A tese debatida no mérito é pacífica na jurisprudência desta Corte e do Colendo Supremo Tribunal Federal. A responsabilidade do sócio-gerente, no caso, é inequívoca e, em consequência, contra ela deve prosseguir a execução ajuizada (AC nº 63.274-AL., 6ª Turma, DJ de 12-12-80).

A vista do exposto, dou provimento ao agravo para, reformando o despa-

cho recorrido, determinar que a execução prossiga contra a pessoa do referido sócio-gerente.

EXTRATO DA MINUTA

Ag. nº 44.899 — RS — Rel.: O Sr. Ministro Wilson Gonçalves. Agrte.: União Federal. Agrda.: Sid Plast — Beneficiadora de Plásticos Ltda.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao agravo, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. (Em 2-4-84 6ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Miguel Ferrante e Antônio Torreão Braz. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Américo Luz. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Antônio Torreão Braz.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 52.342 — MG

Relator: O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro

Apelante: Instituto Nacional de Previdência Social — INPS

Apelada: Viação Santa Inês Ltda.

EMENTA

Previdência social. Contribuições previdenciárias. Arbitramento. Quando é cabível. Aplicação do artigo 81 e parágrafos da Lei nº 3.780/60 (redação alterada pelo Decreto-Lei nº 66/66 e pela Lei nº 5.890/73).

I — O arbitramento do valor das contribuições não constitui regra, mas exceção, só tendo cabimento no caso de o contribuinte não possuir escrita regular e formalizada e recusar-se a prestar esclarecimentos e informações que lhe forem solicitados pela fiscalização. No caso, como o autor atendeu às exigências legais, incabível era o arbitramento a que se procedeu.

II — Apelação desprovida.

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 ao apelo, na for-

ma do relatório e notas taquigráficas anexas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 15 de agosto de 1983 (Data do julgamento) — Ministro Carlos Mário Velloso, Presidente — Minis-

tro Antônio de Pádua Ribeiro, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro: Viação Santa Inês Ltda. opôs embargos à execução que lhe move o Instituto Nacional da Previdência Social, objetivando a cobrança da quantia de Cr\$ 115.147,78, relativa a contribuições e acessórios, resultante de lançamento suplementar por aferição indireta.

A sentença, de lavra do Dr. Newton Miranda de Oliveira, MM. Juiz Federal em Minas Gerais, julgou procedentes os embargos e condenou o embargado no pagamento das custas, por devolução, à embargante, e em honorários do seu advogado e dos peritos, que arbitrou, aqueles, em 20% (vinte por cento) do valor exequendo, e os últimos em Cr\$ 3.000,00 (três mil cruzeiros), para o experto oficial, e em Cr\$ 2.000,00 (dois mil cruzeiros), para cada qual dos assistentes, ressalva a dispensa da autarquia, quanto ao seu, se pertencente aos seus quadros funcionais.

Para assim decidir, após transcrever os principais trechos da petição inicial, argumentou, referindo-se à embargante (fls. 176/183):

«Entende ilegal e arbitrário o procedimento do órgão fiscalizador do embargado, pois «o fiscal da embargada no relatório da fiscalização, fez constar o número de empregados que julgava suficiente para que a linha pudesse ser movimentada, incluindo também os pretensos empregados destinados aos carros reservas. Cotejando-se esse número, como o número real de empregados da embargante, contribuintes normais do INPS, verifica-se que a embargante sempre recolheu suas contribuições para o INPS com base em número de

empregados superior ao constante do levantamento fiscal, o que mostra, ainda mais, a ilegitimidade do procedimento.

As dobras de serviços, o déficit de motoristas ou de trocadores, base e fulcro da apuração fiscal, objeto da presente cobrança, inexistem na realidade e só se concretizam na fértil imaginação do fiscal autuante, ávido de obter pontos preciosos para o incremento salarial, face ao regime adotado pelo INPS.

Que, demais disso, o relatório fiscal, muito de indústria, não declina os nomes dos supostos empregados da embargante. É que tais empregados só existem mesmo na fértil imaginação da fiscalização da embargada, não tendo qualquer realidade concreta. Tal circunstância, por si só, está a demonstrar a inviabilidade da pretensão fiscal, sendo a respeito definitiva a jurisprudência:

«Improcedência do Executivo Fiscal por não poder o segurador exequente individualizar quais os segurados, a que se prende a certidão da dívida». (Rec. Revista do RGS nº 1.022, Tribunal Federal de Recursos, Rel.: Min. Godoy Ilha, in «Diário da Justiça da União, de 17 de agosto de 1971».

Como prova de suas alegações, a embargante culmina por pedir prova pericial em sua escrita, com o fim de provar sua regularidade, bem assim indica perito para o mister documento (fl. 10) no qual comprova a inexistência pelo SMT de exigências tais as deduzidas pela fiscalização, para o fim do levantamento por aferição indireta, a forrar sua pretensão.

Contestando os embargos opostos, o INPS, às fls. 13/14, apenas afirma a correção do débito levantado, entendendo-o obediente aos mandamentos legais regentes da

espécie, ou seja artigo 178, item IV, do Regulamento aprovado pelo Decreto nº 60.507/67 «uma vez que na escrita da executada não foram encontrados elementos bastantes para um levantamento perfeito». (fl. 13) e pede a rejeição dos embargos.

A perícia realizada com aprovação de ambas as partes, constatou, todavia, que tem a embargante escrita regular, com dados precisos, devidamente formalizados, na conformidade da lei, não tendo sido, inclusive desclassificada por agente fiscal do INPS.

Certo e líquido se tornou que, todos os descontos previdenciários foram regularmente efetuados e recolhidos, sem qualquer objeção de parte do embargante (resposta ao quesito 9º) esclarecendo o Sr. Perito, ao responder o quesito nº 10, o **punctun saliens** da demanda, ou seja «que partindo do pressuposto de que a empresa deveria ter registrado 2 motoristas e 2 trocadores para cada carro matriculado, procurou o agente fiscalizador a correspondência desses números nas folhas de pagamento e, como não a encontrou, arbitrou pela diferença, em cada mês estimando, para tanto, o salário da classe».

No comportamento da embargante não foi aferida qualquer referência à sonegação ou à fraude, a dar ensejo ao arbitramento indireto, o que competia ao embargado provar, consoante a exigência do artigo 149 do Código Tributário Nacional também aplicável ao caso.

Apurou a perícia que «a embargante não foi atuada pela fiscalização do INPS por falta ou deficiência na apresentação dos elementos necessários à fiscalização ou por sonegação ou fraude e, no próprio relatório do fiscal autuante, fala em falta de livro de ponto, papeleta de serviço externo, escala

de revezamento, livro de matrícula indistinta de motoristas que considerou sanáveis, conforme item 1º» (quesito 15º).

Ao perito pareceu que tais faltas não serviram de fundamento para o levantamento fiscal que deu origem à NRDV.

Em resposta ao quesito nº 16, incisivamente respondeu o dr. perito: «A perícia não conseguiu apurar sobre a existência de empregados não registrados.»

As respostas aos quesitos 17º e seguintes e mais as dadas aos do embargado, deixam claro e pacificamente aceitável que «nenhuma falha das ali apontadas são bastantes para desclassificar uma escrita, consoante as exigências da legislação comercial, à qual se subordinam as empresas de transportes e porque razoável e suficiente o número de empregados (motoristas, trocadores e pessoal de escritório) da empresa para o seu regular e bom funcionamento, conforme pactuado com o SMT — rui por terra a presunção de que deveria ter a empresa maior número de empregados, — base de toda a imposição fiscal.

Aceitamos pois como concludente a resposta ao quesito 7º do embargado (fl. 42), para o desate da **quaestio**. «Do exame da escrita, não encontrou a perícia irregularidades pertinentes à matéria focada nos autos: o relatório fiscal, cuja cópia anexamos, diz em seu item 2 de duas irregularidades: 1) — inexistência da transcrição da conta de lucros e perdas de 1971; 2) — saldo credor de Caixa, de agosto a novembro de 1972. Fixando-se a perícia nesses dois pontos, podemos informar: a) houve equívoco do agente fiscal quanto à falta de transcrição da conta de lucros e perdas, pois dita transcrição foi feita nas folhas 379/80 do «Diário»

nº 2; b) fizemos um levantamento de todos os recebimentos e pagamentos lançados na Caixa, em 1972, e não encontramos saldo credor naquela conta, em qualquer mês, conforme demonstrativo que anexamos.»

De notar-se que o laudo vem assinado em conjunto pelo Sr. Perito Oficial e senhores assistentes, unânime o consenso portanto, e os documentos trazidos aos autos (fls. 51/52) — destróem a assertiva-fiscal, no Relatório. Os dados coligidos pelo ilustre perito-assistente do embargado (fl. 53) não se refere ao período do levantamento notificado, sendo elemento estranho ao versado na ação.

Vindo ao processo a documentação de fls. 54 a 119, por ela se constata, iniludivelmente, a regularidade das contribuições havidas, quanto ao pessoal empregado da empresa. Daí, confirmar, por suas próprias palavras, o embargado, que a ação fiscal resultou de preensão do agente que, naquela oportunidade, visitava a empresa (fl. 120v)

Dentro desse espírito presuntivo, é que este efetuou o arbitramento do que entendeu devido, por aferição indireta.

Tudo ficou no **subjetum** do agente do fisco- previdenciário. Como extrair-se, em tal procedimento, a certeza e liquidez do débito, pressupostos indispensáveis ao procedimento de constrição judicial que se pretende impor à embargante?

Feriria em cheio a lei de regência (CPC — artigo 586) tornando-a execução nula (idem, artigo 618, I).

Se ilíquido o título, incerta a dívida, inexigível, de ação carece o exequente, nula a execução intencada (artigo 618, I).

É o entendimento do embargante (fl. 121 e vº), ratificado no memorial de fls. 134/137 excelentemente fundamentado, à vista de todo o comprovado nos autos, inclusive diante dos testemunhos colhidos às fls. 132/133.

Demais disso, o método da aferição indireta é medida de verificação extrema, devendo sua utilização ser cercada de cuidados especiais, de molde a apresentar requisitos de convicção, segurança e objetividade, de conformidade com a Resolução Normativa do Conselho Diretor do Departamento Nacional da Previdência Social, publicada, no Diário Oficial da União de 23-8-71, à pág. 6275, (Proc. MTPS 319.282/70).

Se a embargante apresentou à fiscalização todos os documentos a que estava obrigada, se tem contabilidade regular e regularmente escriturada, o levantamento teria que se ater a esses elementos. O contrato de concessão ou o número de ônibus, jamais poderiam justificar o levantamento «por aferição indireta» que foi levado a efeito.

As peculiaridades de uma empresa de transporte coletivo não embasam a ilação fiscal, por fugir à realidade da empresa.

É claro que, não sendo obrigada a manter todos os seus ônibus em movimento no correr de todo o dia, a empresa pode revezar seu pessoal já que lhes paga o salário normal previsto na legislação trabalhista e mais as «horas extras» que se fizerem necessárias, desobrigada de contratar pessoal além das suas reais necessidades. É a boa política empresarial que isso aconselha.

O mesmo acontece no próprio serviço público. Ainda que sobrecarregando determinados funcionários, para atendimento de certa faixa de serviços, a repartição não

contrata ou admite maior número de servidores, ora deixando que o serviço se preste deficientemente, ora pagando horas extras ou, ainda, sobrecarregando com revezamento de horários, os demais funcionários.

É uma técnica de administração ou medida político-administrativa por demais usada no Brasil.

Por isso que argüi a embargante «a notificação não leva, ainda, em consideração, a existência, em Belo Horizonte, dos chamados horários de pique, que são reduzidos. «Após o «pique», cerca de 40% da frota de ônibus é recolhida. Será que a embargante teria de manter um número de empregados sem serviço, durante a maior parte do dia? Ou poderia ela contratar empregados com jornada reduzida?» (fl. 136).

E, por oportuno, frise-se que, «nem o relatório fiscal de fls. 43/44, nem em qualquer das peças que constituem as NRDV's há qualquer referência aos nomes dos supostos empregados a que se referem as contribuições suplementares, o que além de constituir-se em evidente cerceamento de defesa hostiliza, também, a jurisprudência do Egrégio Tribunal Federal de Recursos (RR nº 1.022, do Rio Grande do Sul, Rel.: Min. Godoy Ilha, DJU de 17-8-71).

Assim a ementa

«Improcedência do executivo fiscal por não poder o segurador exequente individualizar quais os segurados, a que se prende a certidão da dívida». (RR citado).

Inócua, pois, a pretensão fiscal. Este o espírito do Acórdão proferido na AC número 39.687-MG — (fl. 138) — cuja ementa se transcreve:

«Previdência Social — Ação Anulatória de Débito — Remessa Ex Officio.

Não se conhece da remessa ex officio — CPC artigo 475, II se a sentença é desfavorável a uma autarquia. A faculdade de arbitrar o INPS as contribuições que reputa devidas (artigo 178, IV, Decreto nº 60.501/67), pressupõe recusa de apresentação ou sonegação dos elementos solicitados pela fiscalização. Procedência da ação, por não configurada a hipótese desse arbitramento. (Rel.: o Sr. Min. Jorge Lafayette Guimarães)»

O cristalino voto do eminente Ministro (fls. 142/146) bem ilustra e define a espécie ali enfocada que outra não é a dos autos, razão de tomarmos por base ao julgamento desta questão, o lógico e douto entendimento ali esposado, coincidente com o do não menos eminente Ministro Oscar Corrêa Pina (fls. 147/148).

Ainda, por consentâneo com a espécie aqui versada e porque na mesma esteira, ousou transcrever o trecho da lúcida e brilhante decisão de outro eminente colega desta Seção Judiciária, o Dr. Antônio Fernando Pinheiro, à fl. 154, verbis:

«Por outro lado, a falta do Quadro de Horário Individual assinada pela fiscalização, envolveria, antes uma multa administrativa pelos serviços fiscais do próprio Ministério do Trabalho, sem repercussões previdenciárias — e só — além de não encontrar capitulada nos incisos II e III do artigo 178, do Decreto nº 60.501, citado, a que se refere expressamente o inciso IV desse mesmo artigo do diploma legal referido, pertinente ao lançamento ex officio do débito previdenciário, o que tudo são razões excludentes da legitimidade do procedimento fiscal aqui impugnado, que mais não exprime senão desmesurado abuso de poder, sem outra consequência que não a desmoraliza-

ção da previdência social perante seus contribuintes, assim escarmentados».

Estas, pois, as doudas razões constantes das sentenças que vieram por colação às fls. 155 a 166, dos eminentes colegas desta Seção Judiciária, escudo da defesa a cujo entendimento me filio.

Por isso mesmo, a pertinência fiscalista — expendida às fls. 168/170), é de todo improsperável.

Nenhuma fraude ficou constatada no âmbito da empresa e, menos ainda, qualquer sonegação que justifique a ação de execução ora embargada e em julgamento.

É o que me restou ao convencimento, após a tertúlia travada nestes autos. Improcedente é pois a ação, diante do que consta do processo e depois de joiados os autos».

Apelou a autarquia previdenciária (fls. 185/191). Repete a argumentação, antes expendida, procurando convencer do cabimento da aferição indireta, que afirma ser, no caso, legal, regular e correta. Pede a reforma da sentença, a fim de serem julgados improcedentes os embargos, com as cominações de direito.

Contra-arrazoado o recurso (fl. 192v), subiram os autos e, neste Tribunal, manifestou-se a douda Subprocuradoria-Geral da República pelo seu provimento (fl. 195).

Dispensada a revisão.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro (Relator): Consoante se depreende do trecho transcrito no relatório, a sentença está apoiada na prova pericial e embasada no princípio segundo o qual a aferição indireta constitui medida extrema. Dai acentuar, com acerto, que «se a

embargante apresentou à fiscalização todos os elementos a que estava obrigada, se tem contabilidade regular e regularmente escriturada, o levantamento teria que se ater a esses elementos.»

Tal orientação está em perfeita harmonia com precedentes desta Egrégia 4ª Turma, de que fui Relator. É o que se depreende das ementas que encimam os Acórdãos proferidos nas ACs nº 42.247-SP e 67.360-MG, assim redigidas:

«Previdência social. Contribuições previdenciárias. Arbitramento. Quando é cabível. Aplicação do artigo 82 e parágrafos da Lei nº 3.780/60 (redação alterada pelo Decreto-Lei nº 66/66 e pela Lei nº 5.890/73).

I — O arbitramento do valor das contribuições não constitui regra, mas exceção, só tendo cabimento no caso de o contribuinte não possuir escrita regular e formalizada e recusar-se a prestar esclarecimentos e informações que lhe forem solicitados pela fiscalização. No caso, como o autor atendeu às exigências legais, incabível via o arbitramento a que se procedeu.

II — Apelação desprovida».

Na transcrita ementa, impõe-se apenas correção de erro material: o pertinente dispositivo da Lei nº 3.780/60 é o artigo 81 e parágrafos e não, como consta o artigo 82 e parágrafos.

Nessas condições, à vista dos citados precedentes, nego provimento à apelação.

VOTO VISTA

O Sr. Ministro Carlos Mário Velloso: O eminente Ministro Pádua Ribeiro assim relatou a espécie:

«Viação Santa Inês Ltda, opôs embargos à execução que lhe move o Instituto Nacional da Previ-

dência Social, objetivando a cobrança da quantia de Cr\$ 115.147,78, relativa a contribuições e acessórios, resultantes de lançamento suplementar por aferição indireta.

A sentença, de lavra do Dr. Newton Miranda de Oliveira, MM. Juiz Federal em Minas Gerais, julgou procedentes os embargos e condenou o embargado no pagamento das custas, por devolução, à embargante, e em honorários do seu advogado e dos peritos, que arbitrou, aqueles, em 20% (vinte por cento) do valor exequendo, e os últimos em Cr\$ 3.000,00 (três mil cruzeiros), para o experto oficial, e em Cr\$ 2.000,00 (dois mil cruzeiros), para cada qual dos assistentes, ressalva a dispensa da autarquia, quanto ao seu, se pertencente aos seus quadros funcionais.

Para assim decidir, após transcrever os principais trechos da petição inicial, argumentou, referindo-se à embargante (fls. 178/183):

«Entende ilegal e arbitrário o procedimento do órgão fiscalizador do embargado, pois «o fiscal da embargada no relatório da fiscalização, fez constar o número de empregados que julgava suficiente para que a linha pudesse ser movimentada, incluindo também os pretensos empregados destinados aos carros reservas. Cotejando-se esse número, como o número real de empregados da embargante, contribuintes normais do INPS, verifica-se que a embargante sempre recolheu suas contribuições para o INPS com base em número de empregados superior ao constante do levantamento fiscal, o que mostra, ainda mais, a ilegitimidade do procedimento.

As dobras de serviços, o déficit de motoristas ou de trocadores, base e fulcro da apuração fiscal, ob-

jeto da presente cobrança, inexistem na realidade e só se concretizam na fértil imaginação do fiscal autuante, ávido de obter pontos preciosos para o incremento salarial, face ao regime adotado pelo INPS.

Que, demais disso, o relatório fiscal, muito de indústria, não declina os nomes dos supostos empregados da embargante. E que tais empregados só existem mesmo na fértil imaginação da fiscalização da embargada, não tendo qualquer realidade concreta. Tal circunstância, por si só, está a demonstrar a inviabilidade da pretensão fiscal, sendo a respeito definitiva a jurisprudência:

«Improcedência do Executivo Fiscal por não poder o segurador exequente individualizar quais os segurados, a que se prende a certidão da dívida.» (Rec. Revista do RGS nº 1.022, Tribunal Federal de Recursos, Rel.: Min. Godoy Ilha, in *Diário da Justiça da União*, de 17 de agosto de 1971).

Como prova de suas alegações, a embargante culmina por pedir prova pericial em sua escrita, com o fim de provar sua regularidade, bem assim indica perito para o mister documento (fl. 10) no qual comprova a inexistência pelo SMT de exigências tais as deduzidas pela fiscalização, para o fim do levantamento por aferição indireta, a forrar sua pretensão.

Contestando os embargos opostos, o INPS, às fls. 13/14, apenas afirma a correção do débito levantado, entendendo-o obediente aos mandamentos legais regentes da espécie, ou seja artigo 178, item IV, do Regulamento aprovado pelo Decreto nº 60.507/67 «uma vez que na escrita da executada não foram encontrados elementos bastantes para um levantamento perfeito (fl. 13) e pede a rejeição dos embargos.

A perícia realizada com aprovação de ambas as partes, constatou, todavia, que tem a embargante escrita regular, com dados precisos, devidamente formalizados, na conformidade da lei, não tendo sido, inclusive, desclassificada por agente fiscal do INPS.

Certo e líquido se tornou que, todos os descontos previdenciários foram regularmente efetuados e recolhidos, sem qualquer objeção de parte do embargante (resposta ao quesito 9º) esclarecendo o Sr. Perito, ao responder o quesito nº 10, o **punctum saliens** da demanda, ou seja «que partindo do pressuposto de que a empresa deveria ter registrados 2 motoristas e 2 trocadores para cada carro matriculado, procurou o agente fiscalizador a correspondência desses números nas folhas de pagamento e, como não a encontrou, arbitrou pela diferença, em cada mês, estimando, para tanto, o salário da classe.»

No comportamento da embargante não foi aferida qualquer referência à sonegação ou à fraude, a dar ensejo ao arbitramento indireto, o que competia ao embargado provar, consoante a exigência do artigo 149 do Código Tributário Nacional, também aplicável ao caso.

Apurou a perícia que «A embargante não foi autuada pela fiscalização do INPS por falta ou deficiência na apresentação dos elementos necessários à fiscalização ou por sonegação ou fraude, no próprio relatório do fiscal autuante, fala em falta de livro de ponto, papelleta de serviço externo, escala de revezamento, livro de matrícula indistinta de motoristas, que considerou sanáveis, conforme item 1º (quesito 15º).

Ao perito pareceu que tais faltas não serviram de fundamento para o levantamento fiscal que deu origem à NRDV.

Em resposta ao quesito nº 16, incisivamente respondeu o Dr. Perito: «A perícia não conseguiu apurar sobre a existência de empregados não registrados.»

As respostas aos quesitos 17º e seguintes e mais as dadas aos do embargado, deixam claro e pacificamente aceitável que «nenhuma falha das ali apontadas são bastantes para desclassificar uma escrita, consoante as exigências da legislação comercial, à qual se subordinam as empresas de transportes e, porque razoável e suficiente o número de empregados (motoristas, trocadores e pessoal de escritório) da empresa para o seu regular e bom funcionamento, conforme pactuado com o SMT — rui por terra a presunção de que deveria ter a empresa maior número de empregados, — base de toda a imposição fiscal.

Aceitamos pois como concludente a resposta ao quesito 7º do embargado (fl. 42), para o desate da **questio**: «Do exame da escrita, não encontrou a perícia irregularidades pertinentes à matéria focada nos autos: o relatório fiscal, cuja cópia anexamos, diz em seu item 2 de duas irregularidades: 1) inexistência da transcrição da conta de lucros e perdas de 1971; 2) saldo credor de Caixa, de agosto a novembro de 1972. Fixando-se a perícia nesses dois pontos, podemos informar: a — houve equívoco do agente fiscal quanto à falta de transcrição da conta de lucros e perdas, pois dita transcrição foi feita nas folhas 379/80 do «Diário» nº 2; b) — fizemos um levantamento de todos os recebimentos e pagamentos lançados no Caixa, em 1972, e não encontramos saldo credor naquela conta, em qualquer mês, conforme demonstrativo que anexamos.»

De notar-se que o laudo vem assinado em conjunto pelo Sr. Perito

Oficial e senhores assistentes, unânime o consenso portanto, e os documentos trazidos aos autos (fls. 51/52) — destroem a assertiva-fiscal, no Relatório. Os dados coligidos pelo ilustre perito-assistente do embargado (fl. 53) não se refere ao período do levantamento notificado, sendo elemento estranho ao versado na ação.

Vindo ao processo a documentação de fls. 54 a 119, por ela se constata, iniludivelmente, a regularidade das contribuições havidas, quanto ao pessoal empregado da empresa. Daí, confirmar, por suas próprias palavras, o embargado, que a ação fiscal resultou de presunção do agente que, naquela oportunidade, visitava a empresa (fl. 120v).

Dentro desse espírito presuntivo, é que este efetuou o arbitramento do que entendeu devido, por aferição indireta.

Tudo ficou no *subjetum* do agente do fisco-previdenciário. Como extrair-se, em tal procedimento, a certeza e liquidez do débito, pressupostos indispensáveis ao procedimento de constrição judicial que se pretende impor à embargante?

Feriria em cheio a lei de regência (CPC artigo 586) — tornando-a execução nula (*idem*, artigo 618, I).

Se ilíquido o título, incerta a dívida, inexigível, de ação carece o exequente, nula a execução tentada (artigo 618, I).

É o entendimento do embargante (fl. 121 e v^o), ratificado no memorial de fls. 134/137 excelentemente fundamentado, à vista de todo o comprovado nos autos, inclusive diante dos testemunhos colhidos às fls. 132/133).

Demais disso, o método da aferição indireta é medida de verificação extrema, devendo sua utiliza-

ção ser cercada de cuidados especiais, de molde a apresentar requisitos de convicção, segurança e objetividade, de conformidade com a Resolução Normativa do Conselho Diretor do Departamento Nacional da Previdência Social, publicada, no Diário Oficial da União de 23-8-71, à pág. 6275, (Proc. MTPS 319.282/70).

Se a embargante apresentou à fiscalização todos os documentos a que estava obrigada, se tem contabilidade regular e regularmente escriturada, o levantamento teria que se ater a esses elementos. O contrato de concessão ou o número de ônibus, jamais poderiam justificar o levantamento «por aferição indireta» que foi levado a efeito.

As peculiaridades de uma empresa de transporte coletivo, não embasam a ilação fiscal, por fugir à realidade da empresa.

É claro, que não sendo obrigada a manter todos os seus ônibus em movimento no correr de todo o dia, a empresa pode revezar seu pessoal já que lhes paga o salário normal previsto na legislação trabalhista e mais as «horas extras» que se fizerem necessárias, desobrigada de contratar pessoal além das suas reais necessidades. É a boa política empresarial que isso aconselha.

O mesmo acontece no próprio serviço público. Ainda que sobrecarregando determinados funcionários, para atendimento de certa faixa de serviços, a repartição não contrata ou admite maior número de servidores, ora deixando que o serviço se preste deficientemente, ora pagando horas extras ou, ainda, sobrecarregando com revezamento de horários, os demais funcionários.

É uma técnica de administração ou medida político-administrativa por demais usada no Brasil.

Por isso que argúi a embargante «a notificação não leva, ainda, em consideração, a existência, em Belo Horizonte, dos chamados horários de pique, que são reduzidos. «Após o «pique», cerca de 40% da frota de ônibus é recolhida. Será que a embargante teria de manter um número de empregados sem serviço, durante a maior parte do dia? ou poderia ela contratar empregados com jornada reduzida? (fl. 136).

E, por oportuno, frise-se que, «nem o relatório fiscal de fls. 43/44, nem em qualquer das peças que constituem as NRDV's há qualquer referência aos nomes dos supostos empregados a que se referem as contribuições suplementares, o que além de constituir-se em evidente cerceamento de defesa hostiliza, também, a jurisprudência do Egrégio Tribunal Federal de Recursos (RR nº 1.022, do Rio Grande do Sul, Rel.: Min. Godoy Iha, DJ de 17-8-71).

Assim a ementa:

«Improcedência do Executivo Fiscal por não poder o segurador exequente individualizar quais os segurados, a que se prende a certidão da dívida». (RR. citado).

Inócua, pois, a pretensão fiscal. Este o espírito do Acórdão proferido na AC nº 39.687-MG — (fl. 138) — cuja ementa se transcreve:

«Previdência Social — Ação Anulatória de Débito — Remessa **ex officio**.

Não se conhece da remessa **ex officio** CPC artigo 475, II — se a sentença é desfavorável a uma autarquia. A faculdade de arbitrar o INPS as contribuições que reputa devidas (artigo 178, IV, Decreto nº 60.501/67), pressupõe recusa de apresentação ou sonegação dos elementos solicitados pela fiscalização. Procedência da ação, por não configurada a hipótese desse arbi-

tramento. (Rel. o Sr. Min. Jorge Lafayette Guimarães)».

O cristalino voto do eminente Ministro (fls. 142/146) bem ilustra e define a espécie ali enfocada que outra não é a dos autos, razão de tomarmos por base ao julgamento desta questão, o lógico e douto entendimento ali esposado, coincidente com o do não menos eminente Ministro Oscar Corrêa Pina (fls. 147/148).

Ainda, por consentâneo com a espécie aqui versada e porque na mesma esteira, ousou, transcrever o trecho da lúcida e brilhante decisão de outro eminente colega desta Seção Judiciária, o Dr. Antônio Fernando Pinheiro, à fl. 154, **verbis**:

«Por outro lado, a falta do Quadro de Horário Individual assinada pela fiscalização, envolveria, antes, uma multa administrativa pelos serviços fiscais do próprio Ministério do Trabalho sem repercussões previdenciárias — e só — além de não encontrar capitulada nos incisos II e III do artigo 178, do Decreto nº 60.501, citado, a que se refere expressamente o inciso IV desse mesmo artigo do diploma legal referido, pertinente ao lançamento **ex officio** do débito previdenciário, o que tudo são razões excludentes da legitimidade do procedimento fiscal aqui impugnado, que mais não exprime senão desmesurado abuso de poder, sem outra consequência que não a desmoralização da previdência social perante seus contribuintes, assim escarmentados».

Estas, pois, as doughtas razões constantes das sentenças que vieram por colação às fls. 155/166, dos eminentes colegas desta Seção Judiciária, escudo da defesa a cujo entendimento me filio.

Por isso mesmo, a pertinência fiscalista, expendida às fls. 168/170, é de todo improsperável.

Nenhuma fraude ficou constatada no âmbito de empresa e, menos ainda, qualquer sonegação que justifique a ação de execução ora embargada e em julgamento.

É o que me restou ao convencimento, após a tertúlia travada nestes autos. Improcedente é pois a ação, diante do que consta do processo e depois de joeirados os autos.

Apelou a autarquia previdenciária (fls. 185/191). Repete a argumentação, antes expendida, procurando convencer do cabimento da aferição indireta, que afirma ser, no caso, legal, regular e correta. Pede a reforma da sentença, a fim de serem julgados improcedentes os embargos, com as cominações de direito.

Contra-arrazoado o recurso (fl. 192v), subiram os autos e, neste Tribunal, manifestou-se a douta Subprocuradoria-Geral da República pelo seu provimento (fl. 195).»

Proferiu S. Exa., em seguida, o seguinte voto:

«Consoante se depreende do trecho transcrito no relatório, a sentença está apoiada na prova pericial e embasada no princípio segundo o qual a aferição indireta constitui medida extrema. Daí acentuar, com acerto, que «se a embargante apresentou à fiscalização todos os elementos a que estava obrigada, se tem contabilidade regular e regularmente escriturada, o levantamento teria que se ater a esses elementos.»

Tal orientação está em perfeita com precedentes desta Egrégia 4ª Turma, de que fui Relator. É o que se depreende das ementas que encimam os Acórdãos proferidos nas ACs nºs 42.247-SP e 67.360-MG, assim redigidas:

«Previdência social. Contribuições Previdenciárias. Arbitramento. Quando é cabível. Aplicação do artigo 82 e parágrafos da Lei nº 3.780/60 (redação alterada pelo Decreto-Lei nº 66/66 e pela Lei nº 5.890/73).

O arbitramento do valor das contribuições não constitui regra, mas exceção, só tendo cabimento no caso de o contribuinte não possuir escrita regular e formalizada a recusar-se a prestar esclarecimentos e informações que lhe forem solicitados pela fiscalização. No caso, como o autor atendeu às exigências legais, incabível via o arbitramento a que se procedeu.

II — Apelação desprovida.»

Na transcrita ementa, impõe-se apenas correção de erro material: o pertinente dispositivo da Lei nº 3.780/60 é o artigo 81 e parágrafos e não, como consta o artigo 82 e parágrafos.

Nessas condições, à vista dos citados precedentes, nego provimento à apelação.»

Pedi vista dos autos e os trago, a fim de retomarmos o julgamento do recurso.

O Sr. Ministro Pádua Ribeiro nega provimento ao apelo da autarquia-previdenciária, ao argumento, em resumo, de que o lançamento por arbitramento só se justifica no caso de o contribuinte não possuir escrita regular e formalizada, ou recusar-se a prestar esclarecimentos e informações que lhe forem solicitados pela fiscalização, o que não acontece, no caso, em que o contribuinte atendeu às exigências legais. A sentença, aliás, que deu pela procedência dos embargos, ora sob apreciação, assenta-se na prova pericial.

Concordo com o voto do Sr. Ministro Relator.

Em consequência, nego provimento ao apelo.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 52.342-MG — Rel.: O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Apelante: Instituto Nacional de Previdência Social — INPS. Apelada: Viação Santa Inês Ltda.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao apelo. (Em 15-8-83 — 4ª Turma).

Os Srs. Ministros Carlos Mário Velloso e Bueno de Souza votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Carlos Mário Velloso.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 59.853 — RJ

Relator: O Sr. Ministro Leitão Krieger
Remetente: Juiz Federal da 2ª Vara
Apelante: União Federal
Apelado: Sylvio Pinto Damião.

EMENTA

Administrativo. Readaptação. Funcionário. Desvio Funcional comprovado.

O TFR já pacificou sua jurisprudência no sentido de que não é exigível a prova de suficiência do artigo 5º do Decreto-Lei nº 625/69, nas readaptações de que tratam as Leis nºs 3.780/60 e 4.242/63 (Súmula nº 11).

Comprovado o desvio funcional por longos anos, mediante a prática de atos típicos de Contador, é de se reconhecer o direito à readaptação.

Proveu-se, parcialmente, à apelação, para que os efeitos patrimoniais da readaptação sejam contados a partir da citação.

ACÓRDÃO

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

Decide a 1ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, preliminarmente, por unanimidade, não tomar conhecimento da remessa de ofício, tendo em vista a alçada, e dar provimento parcial à apelação, nos termos do voto do Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 26 de agosto de 1983 (Data do julgamento) — Ministro Washing-

ton Bolívar, Presidente — Ministro Leitão Krieger, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Leitão Krieger: Trata-se de ação ordinária proposta por Sylvio Pinto Damião contra a União Federal, objetivando readaptação no cargo de Contador, com fundamento no artigo 153, § 3º da Constituição Federal, c/c o artigo 6º §§ 1º e 2º do Decreto-Lei nº 4.657/42, e Lei nº 3.780/60, artigos 43 e 44, c/c a Lei nº 4.242/63.

Alega que foi nomeado para exercer o cargo de Guarda-livros, classe «E», interino, do Quadro Provisório

do Ministério da Fazenda. Em 1953, por absoluta necessidade do serviço, passou a exercer as funções típicas de Contador. Com o advento da Lei nº 57.460/65 requereu, administrativamente, readaptação para o cargo de Contador, pedido que mereceu pareceres favoráveis, tendo o DASP, através da Divisão de Classificação de Cargos e considerando a amostragem do processo administrativo, opinado pela readaptação no cargo de Técnico de Contabilidade, com exigência de prova de suficiência, que foi realizada, sem êxito (doc. de fls. 16/221). Inconformado, requereu ao Excelentíssimo Sr. Presidente da República reconsideração, para que a readaptação fosse feita no cargo de Contador e não no cargo indicado pelo DASP. Apesar do parecer favorável ao encaminhamento do processo à Presidência da República, foi o mesmo arquivado sem o seu conhecimento. Juntando comprovantes de que vem a longos anos exercendo com eficiência o cargo pretendido, e sendo Contador diplomado, argumenta ter direito à readaptação, sem a exigência de prova, segundo jurisprudência pacífica deste Tribunal e de julgados que aponta e transcreve. Pede a procedência da ação para que seja readaptado no cargo de Contador, a partir da vigência da Lei nº 3.780, ou seja, 12 de julho de 1960, alterando-se, assim, o ato de sua aposentadoria, condenada a União Federal ao pagamento das custas, juros, atrasados e honorários de advogado.

Citada, constestou a União às fls. 227/239, alegando não encontrar, a pretensão do autor, respaldo na Lei nº 3.780/60, pois que, considerado inabilitado para o cargo de Técnico de Contabilidade, foi incluído no Novo Plano de Classificação de Cargos, na categoria de Agente de Mecanização de Apoio e neste cargo aposentado.

Réplica do autor às fls. 241/246, com a juntada dos documentos de fls. 247/265, manifestando-se a União Federal à fl. 266.

Sentenciando, às fls. 271 e seguintes, o ilustre Juiz Federal Dr. Elmar Wilson de Aguiar Campos julgou procedente a ação, condenando a União Federal a readaptar o autor no cargo de contador, na conformidade do pedido (no item 19, à fl. 15), arbitrando os honorários na base de 20% do apurado de prestações vencidas. E ordenou a remessa dos autos a este Egrégio Tribunal.

Inconformada, apelou a ré com as razões de fls. 280/281, argumentando ter o autor se conformado com a readaptação no cargo de Técnico de Contabilidade (fl. 124). E não logrando êxito na prova de suficiência realizada em 15-3-69, interpôs recurso, solicitando nova oportunidade, sob a alegação de tensão emocional. Entretanto, o recurso encontrou óbice nos §§ 5º e 6º do artigo 5º do Decreto-Lei nº 625/69, então vigente, para aplicação aos casos de readaptação. Aduzindo, ainda, que as funções exercidas pelo apelado eram as de apoio aos serviços gerais de contabilidade e não de Contador, como foi reconhecido pelo DASP; pede a reforma da r. sentença.

Contra-razões às fls. 284/286.

Nesta Instância a douta Subprocuradoria-Geral da República, em seu parecer de fls. 289/291, arguiu já não ser mais possível a pretendida readaptação, por se encontrar o suplicante aposentado. Citando julgados desta Corte neste sentido, opina pela improcedência da ação.

É o relatório. Sem revisão.

VOTO

O Sr. Ministro Leitão Krieger (Relator): Preliminarmente, não conhecido da remessa de ofício. À causa foi

dado, sem impugnação, o valor de Cr\$ 35.000,00, inferior, portanto, a cem ORTNs, calculado o valor destas à data da entrada em vigência da Lei nº 6.825, de 21 de setembro de 1980. Mas conheço do recurso voluntário porque aquele valor era superior a 50 ORTNs, à data daquela lei.

Quanto ao mérito, confirmo, em parte, a respeitável sentença apelada.

O apelado detinha o diploma de Contador e, durante largos anos, exerceu, por desvio, tais funções, nada tendo sido argüido em seu desfavor, no que diz com sua atividade, sendo farta a amostragem das tarefas desempenhadas naquele desvio de funções.

Contra o apelado é levantado o óbice de que, submetido a exame de suficiência, nele malogrou. Entretanto, certo é que, detendo ele os pressupostos legais para readaptação anteriormente à entrada em vigência do Decreto-Lei nº 625, de 11 de junho de 1969, dispensável era tal exame, segundo reiteradas decisões deste Tribunal, que culminaram na Súmula nº 11. A par disso, vezes sem conta, em determinadas pessoas, a emotividade compromete a exata aferição de conhecimentos. Mais alto de que aquele exame, que não lhe podia ser exigido, fala o desempenho das funções durante largos anos, contra o qual nada foi levantado.

Nesta Instância, a douta Subprocuradoria-Geral opõe à pretensão do apelado a circunstância de estar ele aposentado, o que impediria a readaptação, segundo expressa vedação legal.

Sem dúvida, tal proibição existe e foi ela proclamada em várias decisões deste Egrégio Tribunal, entre outras, na Apelação Cível nº 22.941, Agravo em Mandado de Segurança nº 51.543 e Apelação Cível nº 22.729, respectivamente, Relatores os eminentes Ministros Moacir Catunda, o

saudoso Oscar Saraiva e Henoch Reis.

Mas tais casos, a meu juízo, não podem ser trazidos à colação, para deslinde do presente. É que lá pretendiam os inativos a readaptação, para fins de majoração de proventos. Aqui não. Aqui, deu ingresso, em Juízo, o apelado para lograr a readaptação, o que somente não ocorreu devido à mora administrativa e posterior indeferimento do pedido. Em tempo hábil, quando ainda em atividade, pleiteou ele a almejada readaptação, não logrando sucesso junto ao DASP, muito embora tivesse obtido aprovação da Seção de Classificação de Cargos e do Grupo de Trabalho do Ministério da Fazenda, para o cargo de Contador.

Certo é, e a prova é abundante, que o apelado reunia as condições postas em lei para obter a readaptação buscada, o que lhe foi reconhecido pela respeitável sentença apelada, que neste passo reparo algum merece. Dou, entretanto, provimento parcial ao apelo, para o único fim de determinar que os efeitos patrimoniais da readaptação sejam contados a partir da citação.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 59.853 — RJ — Rel.: O Sr. Ministro Leitão Krieger. Remte.: Juiz Federal da 2ª Vara. Apte.: União Federal. Apdo.: Sylvio Pinto Damião.

Decisão: A Turma, preliminarmente, não tomou conhecimento da remessa de ofício, tendo em vista a alçada, e deu provimento parcial à apelação, nos termos do voto do Relator. Decisão unânime (Em 26-8-83 — 1ª Turma).

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

APELAÇÃO CÍVEL Nº 60.977 — SP

Relator: O Sr. Ministro Sebastião Reis

Remetente **Ex Officio**: Juiz Federal da 1ª Vara

Apelante: União Federal

Apelado: Tyrso Fernandes Guimarães.

EMENTA

Tributário. Imposto de Renda. Omissão de Receita. Depósitos Bancários.

No particular do debate, a jurisprudência deste Tribunal se mostra casuística, dominando o princípio geral de que os cheques bancários, enquanto tais, em si e por si mesmos, não configuram renda, embora possam construir suporte válido para inferência de rendimentos omitidos, quando a prova for concludente nesse sentido.

No caso concreto, ao que se recolhe da prova dos autos e das premissas e conclusões da douda sentença recorrida, o critério de base de cálculo adotado pelo órgão lançador se mostra precário e distorsivo, não podendo, assim, ser erigido em método válido para fins de tributação.

Negou-se provimento à remessa oficial.

ACORDÃO

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 e à remessa oficial, 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 maio de 1983 (Data do julgamento) — Ministro **Moacir Catunda**, Presidente — Ministro **Sebastião Alves dos Reis**, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. **Ministro Sebastião Alves dos Reis**: Tyrso Fernandes Guimarães ajuíza a presente ação contra a União Federal, pretendendo descons-

tituir crédito tributário a ela referido, pertinente aos exercícios de 1974/1975, nos valores, respectivamente, de Cr\$ 56.358,00 (cinquenta e seis mil, trezentos e cinquenta e oito cruzeiros) e Cr\$ 53.322,00 (cinquenta e três mil, trezentos e vinte e dois cruzeiros), à conta de imposto de renda, acrescidos de multa de 50% (cinquenta por cento) juros e correção monetária.

Sustenta basicamente a inicial que os lançamentos impugnados não podem prevalecer, porque se alicerçam em meros indícios e presunções, decorrentes, apenas, do exame das contas bancárias dos sócios, considerada a soma dos valores correspondentes, desprezadas as retiradas ocorridas, suportes precários e inconsistentes para tipificação do fato gerador pertinente ou para daí fixar-se renda tributável.

Respondeu a ré, opondo, em substância, a legalidade dos lançamentos

atacados e que **in casu** o arbitramento processado resulta do fato de o autor praticar reiteradamente a venda de automóveis, o que o assimila a pessoa jurídica, para fins de imposto de renda.

Não tendo sido requeridas outras provas, o MM. Juiz Federal a quo, o culto magistrado Luiz Rondon Teixeira Magalhães, às fls. 38/9, julgou procedente a ação, condenada a ré na honorária de 3% (três por cento) sobre o valor da causa, submetendo o julgado ao duplo grau necessário.

Apela a União e com a resposta da apelada, neste Tribunal, a ilustrada Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pelo provimento do recurso e da remessa.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Sebastião Alves dos Reis: (Relator) A r. sentença de primeiro grau ao julgar procedente o pedido, esteiou-se na argumentação seguinte, depois de referir-se a precedente desta Corte, em que funcionou como Revisor (AC nº 32.329):

«O simples depósito de dinheiro não configura sinal exterior de riqueza, nem evidência de renda auferida ou consumida, como explicito no RIR, artigo 55, letra e e Lei nº 4.729, artigo 9º.

Sinais exteriores de riqueza, eloqüências de renda auferida ou consumida, representativas de aumento de patrimônio superior à renda líquida declarada, são os constituídos, em conjunto ou separadamente, por gastos de viagem, automóveis, iates, cavalos de corrida, casas de campo, apostas, festas, banquetes, vida social despendiosa, aviões particulares de turismo, doações expressivas.

José Luiz Bulhões Pedreira, «Imposto de Renda», págs. 6/19, acentua que a jurisprudência tradicio-

nal não aceita a tese de que o simples fato da existência de depósito nas contas bancárias seja suficiente para provar a sonegação de rendimentos tributados na pessoa física se não há outros elementos circunstanciais de prova, que estabeleçam a conexão entre os depósitos e as receitas.

Nenhum rendimento pode derivar de simples presunção desacompanhada de provas concludentes. Aliás, neste passo, é preciso relembrar o Acórdão nº 59.956, do 1º CC, no sentido de que a ausência de elementos de prova veementes de que os depósitos bancários feitos em conta particular constitui receita, desautoriza a consideração de seu valor para a incidência do imposto de renda.

No julgamento do Agravo nº 28.991, de São Paulo, o Eg. Tribunal Federal de Recursos deixou explícito que o lançamento **ex officio** é processo de arbitramento, que não pode limitar-se a tomar como rendimentos a soma dos depósitos bancários efetuados pelo contribuinte.

Do contexto dos autos, verifica-se que o lançamento fiscal decorreu de simples presunção e, sendo assim, em face das considerações expostas nesta decisão, julgo procedente a presente ação, para os fins e efeitos pedidos na inicial, condenada a ré nas custas a que deu causa e na honorária de 3% sobre o valor da causa, em face do disposto no § 4º do artigo 20 do CPC.»

A orientação deste Tribunal, no particular do debate, vem-se mostrando casuística, admitindo, em princípio, que os depósitos bancários, enquanto tais, em si e por si mesmos, não configuram renda, embora possam construir suporte válido para apuração de rendimentos

omitidos, quando a prova for concludente nesse sentido.

No caso concreto, ao que se colhe dos autos e emergência da sentença apelada, o critério da base de cálculo adotado pelo órgão lançador apresenta-se precário e distorsivo, não podendo ser erigido em método válido para fins de tributação.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso voluntário e à remessa oficial.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 60.977-SP — Rel.: O Sr. Ministro Sebastião Alves dos Reis.

Remte. **Ex Officio**: Juiz Federal da 1ª Vara. Apte.: União Federal. Apdo.: Tyrso Fernandes Guimarães.

Decisão: A 5ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, negou provimento ao recurso voluntário e à remessa oficial. (Em 2-5-83 — 5ª Turma).

Os Srs. Ministros Pedro da Rocha Acioli e Geraldo Sobral votaram de acordo com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Moacir Catunda.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 61.378 — RS

Relator: O Sr. Ministro Carlos Mário Velloso

Apelantes: Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social — IAPAS e S/A Frigorífico Anglo

Apelados: Os mesmos.

EMENTA

Processual Civil. Embargos do devedor. Execução por quantia certa. Prazo para o seu oferecimento. CPC, art. 738, I.

I — Conta-se o prazo de 10 (dez) dias da intimação da penhora (CPC, art. 738, I).

II — Embargos oferecidos, no caso, a destempero.

III — Provimento do agravo retido. Apelações prejudicadas.

ACÓRDÃO

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

Decide a 4ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por maioria, vencido o Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, dar provimento ao agravo retido para julgar intempestivos os embargos e ter como prejudicadas 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, 29 de outubro de 1980 (Data do julgamento) — Ministro Armando Rollemberg, Presidente — Ministro Carlos Mário Velloso, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Carlos Mário Velloso: A sentença recorrida, às fls. 65/69, assim relata a espécie:

«1. O Instituto Nacional de Previdência Social ajuizou ação de

execução contra S.A. Frigorífico Anglo, para cobrar a quantia de Cr\$ 53.393,74, consoante especificação de dívida de fl. 2 dos autos da execução. A devedora embargou (autos 151/76). Esclarece que o débito seria concernente a contribuições previdenciárias relativas a auxílio-doença de julho de 1971 a junho de 1973, juros, correção monetária, taxa de seguros de acidente, custas e honorários de advogado. No entanto, nada deve. Nos primeiros quinze dias de doença, o empregado recebe do empregador auxílio igual ao salário que receberia se tivesse trabalhado. O artigo 69, § 1º, da Lei Orgânica da Previdência Social, ao conceituar o salário de contribuição, alude ao «pagamento de serviços prestados». Ora, durante o auxílio-doença, o empregado não está prestando qualquer serviço; auferir a um auxílio previdencial que a lei impôs ao empregador. Quando o artigo 25 da LOPS fala em «salário», o faz em sentido impróprio, mesmo porque não lhe seria possível alterar a natureza das coisas. Reporta-se à manifestação do STF, favorável a sua tese. Não sendo devida a contribuição previdenciária sobre o auxílio-doença pago pelo empregador, não é devida também a taxa de seguro de acidentes do trabalho.

2. O credor impugnou os embargos (fls. 7/9 dos autos 151/76). O acórdão do STF, em que se embasou a devedora, foi prolatado sob a égide de diversa legislação. O artigo 69 da LOPS refere-se a importâncias recebidas «a qualquer título» expressando um sentido bastante amplo. O artigo 25 da LOPS é categórico ao contemplar o pagamento de salário pelo empregador, nos primeiros quinze dias, e não um auxílio previdencial. Considera-se como se estivesse ocorrendo prestação de serviços,

em uma ficção jurídica. A prevalecer o argumento da embargante, não haveria contribuição quanto aos períodos de descanso remunerado e férias. O auxílio-doença somente surge a partir do 16º dia, inclusive.

Antes de abordar o mérito, o INPS afirmou a intempestividade dos embargos (fl. 7).

3. Houve réplica (fls. 37/42). Sucedeu a necessária intervenção do Ministério Público. As fls. 55 v. e 56 dos autos dos embargos, resolveu a respeito da tempestividade, rejeitando a posição do embargado. Foi interposto agravo retido contra este decisório (fls. 59/61 dos autos 151/76).

A sentença, ao cabo, julgou improcedentes os embargos, ao seguinte dispositivo:

«7. Isto posto, julgo improcedentes os embargos. A embargante, portanto, além das verbas pleiteadas na inicial da ação de execução, pagará honorários de advogado, estabelecidos em Cr\$ 6.000,00 (seis mil cruzeiros), despesas processuais e juros moratórios legais, estes a partir da citação».

O IAPAS ofereceu embargos de declaração, que o Dr. Juiz não conheceu, porque apresentados a des tempo (fl. 72).

Apelou o IAPAS, referentemente aos juros moratórios (data inicial da incidência), correção monetária e verba honorária, que deseja seja elevada (fls. 73/75 — lê).

Apelou, também, a embargante (fls. 77/83 — lê).

Respondeu o IAPAS, apelado, às fls. 85/88.

O parecer da ilustrada Subprocuradoria-Geral da República, à fl. 97, prestigia as razões de recurso da autarquia-apelante.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Mário Velloso (Relator): Conheço do agravo retido de fls. 59/61, por isso que o IAPAS, agravante, na resposta de fls. 85/88, pediu, expressamente, que o Tribunal o apreciasse.

Dou-lhe provimento.

Os embargos estão datados de 28-12-1975 (fl. 4).

Deles consta, expressamente, que foram recebidos, pelo Escrivão, em 28-12-75. Foram despachados em 12-2-1976.

Realizada a penhora em 20-11-1975, feita a intimação na mesma data, uma quinta-feira, fluíu o prazo de 10 (dez) dias (CPC, artigo 738, I; RE nº 85.249-SP; Relator Ministro Leitão de Abreu, RTJ 89/936) no dia 1-12-75, segunda-feira.

O Sr. Escrivão, todavia, inobstante ter registrado que os embargos foram apresentados em 28-12-75 (fl. 4), convindo esclarecer que estão datados de 28-12-75, informa que a sua apresentação foi feita em 28-11-75, com as seguintes justificativas:

.....

«1. Porque as custas dos embargos foram pagas em 3 de dezembro de 1975, conforme recibo nº 670, devidamente lançado no livro-caixa (visado pelo Dr. Diretor do Foro);

2. porque não era possível que as custas fossem pagas antes da apresentação dos embargos, pois é público que seria um fato inédito, ou seja, receber custas antes da apresentação da ação ou contestação;

3. porque o Dr. procurador do embargado, nunca requereu o andamento da execução, pois sabia ou melhor, tinha conhecimento dos embargos, e somente alegou a intempestividade dos mesmos, em

virtude do recebimento na petição dos embargos pelo signatário;

4. que, a data de 28-12-75, foi colocada já como costume de receber no momento em que está sendo entregue qualquer petição, entretanto, nem o procurador do embargante, nem o signatário notaram que o mês era novembro e não como constou, ou seja dezembro, porém, dias após, o Dr. procurador do embargante notou o lapso que havia cometido e corrigiu, na sua cópia, aquela data, colhendo o recibo da funcionária ainda dentro do mês de dezembro, não conseguindo fazer o mesmo nos originais, em face de se encontrarem conclusos para o Dr. Juiz de Direito (Flávio Pâncaro da Silva), que somente despachou em data de 16 de fevereiro de 1976, em virtude de grande acúmulo de serviço naquela data, ou seja, cerca de mais ou menos 400 processos para despacho.»

.....

Acontece, todavia, que quando as custas foram pagas, 3-12-75 (fl. 46), já o prazo para apresentação dos embargos havia terminado.

E se as custas foram pagas em 3-12-75, como poderia o Sr. Escrivão, com base nisso, contrariando o que deixara expresso, à fl. 4, contrariando o próprio embargante, que datara os seus embargos de 28-12-75, afirmar que tais embargos teriam sido apresentados em 28-11-75?

Embasou-se o Sr. Escrivão, pois, para negar validade a um ato seu, anterior, em um dado que prova demais.

De outro lado, como comprovou o IAPAS, à fl. 54, há diversas execuções ajuizadas contra o Frigorífico Anglo S.A. O recibo de pagamento de custas, de fl. 46, não contém identificação do feito. Seria ele, em realidade, referente aos embargos oferecidos nesta execução?

O Escrivão tem fé pública, é certo.

Seus atos, pois, presumem-se verdadeiros, até prova em contrário.

Nos autos encontra-se um registro do Sr. Escrivão, atestando que recebeu os embargos em 28-12-75. Não basta que esse serventuário venha aos autos, ao depois, negar a validade a esse registro, para que o mesmo não fosse aceito. Seria necessário que apresentasse explicações comprovadas, embasada em dados objetivos. Isto, no caso, não ocorreu.

Diante do exposto, com a vênua devida à ilustrada advogada Cristina Paixão Cortes, que, como é costumeiro, produziu excelente sustentação oral, dou provimento ao agravo retido.

Por tal razão, tenho como prejudicadas as apelações.

VOTO

O Sr. Ministro Armando Rollemberg: Com a vênua devida ao Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, voto acompanhando o Sr. Ministro-Relator.

Assim faço porque, se na inicial foi aposta, pelo procurador da embargante, a data de 28 de dezembro de 1975, data que também foi colocada por quem recebeu a petição, e se, após isso, há duas certidões do Oficial de Justiça, uma dando como recebidos os embargos em 28 de dezembro e outra como apresentados em 28 de novembro, há de prevalecer o dia que consta da inicial.

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro: Sr. Presidente, vou pedir vênua ao eminente Relator para concluir pela tempestividade dos embargos. Faço-o pelos próprios fundamentos consubstanciados na decisão

monocrática (fl. 66), nestes termos (fl. 56):

«O Oficial Judicial, em sua informação de fl. 48 dos autos dos embargos, confessa se ter equivocado na colocação da data na petição de embargos (fl. 4 dos autos dos embargos). A declaração do titular cartório merece fé pública. Se assim não fosse, outros elementos há que evidenciam a verdade. É absolutamente inverossímil viesse a embargante, se pretendesse impingir embargos seródios, a datá-los com data muito posterior. Outrossim, em prol da embargante, aí estão os documentos de fls. 43/46. À fl. 43 um recibo de entrega dos embargos em 28 de novembro de 1975. À fl. 46 um recibo de custas, correspondentes aos embargos, datado de 3 de dezembro do mesmo ano. Na realidade o único dado positivo contra o Anglo é constituído pelo recibo de fl. 4 dos autos 151/76; ora, foi ele tornado sem efeito por informes de seu próprio signatário».

O meu entendimento é o de que o Juiz de primeiro grau acha-se mais próximo dos fatos, tanto quanto porque a regra é a de que a declaração do Oficial de Justiça tem fé pública e, no caso concreto, não me convenci do fato ter sido afastada essa declaração.

Por isso, com a devida vênua do eminente Relator, afasto a preliminar de intempestividade dos embargos.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 61.378 — RS — Rel.: O Sr. Min. Carlos Mário Velloso. Aptes.: IAPAS e S.A. Frigorífico Anglo. Apdos.: Os mesmos.

Decisão: A 4ª Turma, por maioria, vencido o Sr. Ministro Antônio de

Pádua Ribeiro, deu provimento ao agravo retido para julgar intempestivos os embargos e teve como prejudicadas as apelações (29-10-80 — 4ª Turma).

O Sr. Ministro Armando Rollemberg, votou de acordo com o Sr. Ministro-Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Armando Rollemberg.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 61.620 — PA

Relator: O Sr. Ministro Armando Rollemberg

Apelante: Imaço S/A — Indústria, Comércio e Representações de Móveis de Aço

Apelada: União Federal

EMENTA

Processual Civil. Execução fiscal. Não apresentados embargos do devedor, a execução prossegue, competindo ao Juiz verificar a regularidade dos atos processuais próprios, sem entretanto, proferir sentença, sendo incabível, conseqüentemente, apelação de despacho pelo qual o Juiz da causa declarou procedente dita execução e determinou que se procedesse à avaliação.

Não conhecimento de tal recurso.

ACÓRDÃO

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

Decide a 4ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, não conhecer da apelação, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Sustentação oral: Dr. Clóvis Ferro Costa, pelo apelante.

Custas como de lei.

Brasília, 26 de outubro de 1983 (Data do julgamento) — Ministro Armando Rollemberg, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Armando Rollemberg: A Fazenda Nacional ajuizou execução fiscal contra Imaço S.A. — Indústria, Comércio e Representações de Móveis de Aço, com se-

de em Belém, Pará, que, citada, não ofereceu bens à penhora, e, efetuada esta pelo Oficial de Justiça em imóveis de sua propriedade, não apresentou embargos, sendo então proferida pelo MM. Juiz a decisão seguinte:

«Na ausência de embargos da devedora e diante da prova produzida pela credora,

julgo procedente a presente execução, válida e subsistente a penhora de fl., para que a mesma produza os seus devidos e legais efeitos. Em conseqüência, condeno a executada Imaço S.A. — Indústria, Comércio e Representações, com endereço nesta cidade, a pagar a quantia de cento e quatro mil, duzentos e cinquenta e três cruzeiros (Cr\$ 104.253,00), reclamada na inicial pela exeqüente, a Fazenda Nacional, acrescida das penalidades legais, inclusive custas do processo. A avaliação.

Custas na forma da lei».

A executada apresentou apelação alegando:

a) nulidade do lançamento de que resultou a inscrição do débito, porque efetuado com invocação do Decreto nº 76.186/75, quando o fato gerador teria ocorrido no ano base de 1969, e, portanto, com ofensa ao princípio de irretroatividade da lei;

b) ainda nulidade do lançamento, e conseqüentemente do título dele resultante, porque efetuado por via da imposição de multa, com invocação do artigo 16 do Decreto-Lei nº 401/68, por infração de regra contida no Decreto nº 76.186/75;

c) prescrição da ação porque proposta a execução em 1978 para cobrar débito do exercício de 1970;

d) não ocorrência do fato que a fiscalização apontou como infração, tal seja dedução indevida a título de **pro labore**.

A União apresentou contra-razões sustentando o descabimento do recurso, cujo teor foi repetido no parecer da Subprocuradoria da República nesta Instância.

E o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Armando Rollemberg (Relator): Sustentou o Procurador da República, Almerindo Augusto de Vasconcellos Trindade, ao contra-arrazoar a apelação:

«A apelação não merece conhecimento, por absolutamente incabível na espécie.

Com efeito, e como já afirmado, a apelação foi interposta de despacho com aparência de sentença. O digno Juízo recorrido julgou procedente a execução, válida e subsistente a penhora, condenou a devedora ao pagamento do principal e acessórios; e determinou a avaliação. Na realidade, somente essa

parte final teria cabimento a esta altura, pois que a credora jamais buscou no processo de execução uma sentença que condenasse a devedora ao pagamento daquelas parcelas. Seu crédito está representado por título legalmente equiparado à sentença.

Ao despachar a inicial, e verificando a natureza executória do título que a instruiu, o digno Juízo de Primeira Instância já determinara que a devedora pagasse tudo o que fora pedido na inicial, o que só poderia ser modificado através de sentença a ser proferida nos autos de embargos, se estes viessem a ser apresentados.

Sem ignorar entendimentos no sentido da necessidade de condenação, através de sentença proferida no processo de execução, para a exigibilidade de juros, custas e honorários advocatícios, temos que a melhor doutrina está com E. D. Moniz de Aragão, quando afirma:

«De fato, se a parte pede a execução, em processo de execução, como concluir com uma sentença de condenação? Se o pedido, no todo ou em parte, ainda depende de sentença condenatória, capaz de gerar título executivo, falta à execução iniciada um dos seus pressupostos e não pode ela, portanto, sequer ter início com relação a essa parte, pois «toda execução tem por base título executivo» (artigo 583), não sendo admissível que, por meio da própria execução busque a parte obter, em Juízo, o título de que deveria estar munida anteriormente». (in Revista de Direito Processual, Uberaba, vol. 8, pág. 35, 4º trimestre de 1976).

Não é demais lembrar que na presente execução fiscal nem ao menos há arbitramento de honorários, eis que estes correspondem ao percentual estabelecido no

Decreto-Lei nº 1.025/69, que é, sempre, de vinte por cento.

Esse foi, também, o entendimento do Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, no Agravo de Instrumento nº 209.749:

«Execução contra devedor solvente — Embargos — Falta de apresentação — Prosseguimento da execução independentemente de sentença ou nova citação.

Na atual execução por quantia certa contra devedor solvente, não impugnada a execução pela via dos embargos dispensa-se a sentença declaratória da procedência, prosseguindo-se imediatamente e consoante disposto no artigo 680 do Código de Processo Civil» (in Revista Forense, vol. 254, pág. 266).

No mérito, **data venia**, a apelação dispensa resposta, pois no recurso não se atacou um só ato do processo de execução, mas o próprio título executivo e sua causa, numa demonstração, aliás não dissimulada, de que a devedora pretendeu substituir os embargos pela apelação. Assim, se por absurdo viesse o recurso a ser conhecido e provido, o que por certo não ocorrerá, pois equivaleria a convalidar o prazo para embargos, a matéria teria que ser julgada pelo Juízo recorrido, pois impossível suprimir uma Instância».

A tese defendida no texto lido é de todo correta, pois na execução por título extrajudicial, que goza de liquidez e certeza presumidas, esta equivale à sentença na execução judicial, com o que, se a execução não é impugnada por via de embargos, prosseguirá nos diversos trâmites previstos na Lei nº 6.830/80, independentemente de prolação de sentença, cabendo ao MM. Juiz apreciar tão-somente a regularidade do processamento dos diversos atos que inte-

gram a execução proferindo, se for o caso, decisões interlocutórias.

Assim, incabível que era a sentença, inadmissível era também a apelação, tanto mais quanto nela se ataca o título executório o que mostra haver sido utilizado como sucedâneo dos embargos de devedor não apresentados oportunamente.

Não conheço do recurso.

VOTO

O Senhor Ministro Bueno de Souza: Senhor Presidente, o artigo 513 do CPC estabelece que da sentença caberá apelação. Cumpre, portanto, para que o Tribunal possa conhecer de apelação, reconhecer a existência de sentença.

Por outro lado, o artigo 162, § 1º define sentença como ato pelo qual o Juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa.

Ora, em se tratando de execução fiscal intentada já na vigência do Código de 1973, o processo que se instaurou se caracteriza, nitidamente, como processo de execução, o qual não dá ensejo a sentença em sentido próprio, que é precisamente aquele resumido no texto legal, a não ser no caso em que o Juiz encerre liminarmente o processo, por falta de algum de seus pressupostos ou de condição de ação; ou, ainda, quando delibera sobre a expropriação ou julgue a liquidação.

A hipótese dos autos, no entanto, não configura qualquer destas situações, em que o próprio processo de execução reclama sentença.

Se, para admitir apelação, nos contentássemos com qualquer sorte de ato judicial, mercê de simples aparência de sentença, consentiríamos ao Juiz dirigir o processo a seu modo, em declarado conflito com o artigo 125 do CPC, segundo o qual o Juiz deve dirigir o processo de conformidade com a lei.

Assim, estou de acordo com V. Exa., ao reconhecer a propriedade das ponderações deduzidas nas contra-razões subscritas pelo ilustre Procurador da República.

É certo que, em algumas hipóteses, temos admitido apelações interpostas no próprio processo de execução; tal não é, porém, o caso presente.

É bem verdade que o ilustre patrono da apelante, ao sustentar suas razões na Tribuna, insistiu na decadência.

Para se pronunciar sobre a decadência, porém, esta 4ª Turma se depara com dois obstáculos intransponíveis: o primeiro é o de que, para fazê-lo, teria de, primeiramente, conhecer da apelação; o segundo, que não poderia incorrer em elisão de Instância.

Acresce que, pela natureza da decadência, ela pode e deve ser alegada perante o Juiz da causa, de modo que o pronunciamento do Juiz sobre sua ocorrência possa submeter-se ao crivo do recurso.

Com estas considerações, adiro aos demais fundamentos contidos no douto voto de V. Exa., que subscrevo, concluindo por não conhecer do recurso.

VOTO

O Senhor Ministro Antônio de Pádua Ribeiro: Acompanho o Sr. Ministro Armando Rollemberg, com os acréscimos do eminente Ministro Bueno de Souza.

Com relação à decadência, acredito que só poderia ser suscitada através de embargos. Como não houve embargos, não há como examiná-la no ensejo, não apenas porque não conhecemos do recurso apelatório, mas porque, se assim se fizesse, estaríamos a suprimir uma Instância.

Acompanho, portanto, o Sr. Ministro-Relator.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 61.620 — PA — Rel.: O Sr. Ministro Armando Rollemberg. Apte.: Imaço — S.A. — Indústria, Comércio e Representações de Móveis de Aço. Apda.: União Federal.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu da apelação. (Em 26-10-83 — 4ª Turma).

Os Srs. Ministros Bueno de Souza e Antônio de Pádua Ribeiro votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Armando Rollemberg.

EMBARGOS NA APELAÇÃO CÍVEL Nº 63.474 — RJ

Relator: O Sr. Ministro Bueno de Souza

Embargante: Instituto Nacional da Propriedade Industrial

Embargada: Magnesita S.A.

EMENTA

Administrativo.

Propriedade Industrial.

Marca impiedente.

A circunstância de a marca impiedente haver caducado após findo o processo administrativo não importa em obstáculo a que o MM. Juiz considere esse aspecto, pois, nos termos dos artigos nºs 303, III

e 462 do CPC, se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento, caberá ao Juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença, e, se assim o é, quando o fato novo sucede ao ajuizamento, a fortiori deverá sê-lo se o evento antecede à propositura, tendo sido alegado na inicial, irrelevante a sua ocorrência após o desfecho simplesmente administrativo.

Negou-se provimento ao recurso voluntário.

Embargos rejeitados.

ACÓRDÃO

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

Decide a Segunda 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 setembro de 1983 (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 ordinária que Magnesita S.A. move contra o Instituto Nacional da Propriedade Industrial — INPI, objetivando a anulação da decisão que indeferiu o pedido do registro da marca CIMAG, apelou o Instituto.

Na assentada da apelação, na Colenda 6ª Turma, o Senhor Ministro Justino Ribeiro, Relator originário, deu provimento ao recurso, resumindo assim a fundamentação de seu voto (fls. 117/118):

«Inicialmente, cumpre esclarecer o alcance de decisão proferida pela antiga 2ª Turma na REO nº 81.329 — RJ, sendo eu Relator. O INPI juntou cópia do Acórdão à fl.

89 e dele extrai o entendimento de que o interessado em processo administrativo teria o ônus de fazer prova inclusive de dados constantes, ou que deveriam constar, do próprio cadastro do órgão.

Data venia, a decisão em apreço não chega a tanto. O que ali se decidiu foi que havendo a empresa então requerente alterado sua denominação social durante a tramitação do processo, devia ter comunicado ao INPI essa nova situação. Como se vê, não é o caso dos registros e controles que o próprio INPI deve possuir e com os quais, em princípio, ele mesmo deve instruir seus processos, tendo mais em conta sua função de proteger o interesse público global e, não, como acontece no processo judicial, a de resolver litígio entre partes.

2. Feito este esclarecimento, no mais estou de inteiro acordo com o parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República e, adotando seus fundamentos, dou provimento ao apelo para julgar a ação improcedente, invertidos contra a autora os ônus da sucumbência».

Discrepou, no entanto, o Senhor Ministro Sebastião Alves do Reis, após vista dos autos, com o seguinte pronunciamento (fls. 121/123):

«Nos presentes autos de desconstituição de ato indeferitório do INPI de registro da marca CIMAG.

em que é autora a Magnesita S.A., julgada procedente em primeiro grau, objeto da presente apelação, o Relator, nosso eminente colega Ministro Justino Ribeiro, dá provimento ao recurso voluntário da autarquia-ré, para julgar improcedente a ação, nos termos do parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República da lavra do culto Subprocurador-Geral da República, Dr. Paulo Sollberger.

Pedi vista dos autos e agora os ponho em mesa para prosseguir no julgamento.

Para melhor encaminhamento do debate leio a r. sentença de primeiro grau, em sua parte precípua, conforme consta do relatório.

Paralelamente, destaco, ainda, do mesmo relatório, a argumentação central do parecer da Subprocuradoria-Geral da República a que se reporta o eminente Relator, o que, também, leio.

Tomando posição em face da divergência, recolho os dados ora lidos e da prova dos autos que a decisão administrativa de Primeira Instância negou registro da marca CIMAG, para a apelada, ao pressuposto de anterioridade impeditiva das marcas CIMAF (fl. 16), registro nº 337.371, e marca CIMAC (fl. 17), registro nº 387.670; outrossim, antes de ser decidido o recurso administrativo, o registro nº 337.670 já se havia expirado, em virtude de caducidade (fl. 25), e o registro nº 387.371 veio a expirar-se depois.

No referente ao registro nº 387.670, a alegação do INPI de que tocava ao interessado comunicar à repartição o seu pedido, em separado, de caducidade, não pode ser acolhida, por tratar-se de medida requerida perante o réu e mencionada nas razões do recurso então interposto, e qualquer omissão ocorrida deve ser imputada ao su-

plicado, como está na sentença e o reconhece o parecer da Subprocuradoria-Geral da República.

No atinente ao outro obstáculo, realmente a expiração do registro só se deu após o desfecho do recurso, peço licença ao insigne Relator, para reportar-me a voto que proferi nesta Egrégia Turma, na AC nº 73.202, sessão de 18 de agosto último, prestigiado pela adesão do nosso Presidente, Ministro Moacir Catunda e Ministro Pedro Acioli, que transcrevo:

«Nesse particular, data venia, entendo que a circunstância de a marca impiediente haver caducado após findo o processo administrativo não importa em obstáculo a que o MM. Juiz considere esse aspecto, pois, nos termos dos artigos n.ºs 303, III e 462 do CPC, se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento caberá ao Juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença, e, se assim o é, quando o fato novo suceder ao ajuizamento, a *fortiori* deverá sê-lo se o evento antecede à propositura, tendo sido alegado na inicial, irrelevante a sua ocorrência após o desfecho simplesmente administrativo».

Com o apoio nesse precedente, juridicamente idêntico à hipótese, com o maior acatamento e respeito que sempre recebo os pronunciamentos do Ministro Justino Ribeiro, voto no sentido de confirmar o julgado recorrido».

Afinal, o Senhor Ministro Pedro Acioli perfilhou, no substancial, o voto do Senhor Ministro Sebastião Alves dos Reis.

Publicado o v. Acórdão em 21-10-82 (fl. 128), o Instituto interpôs embar-

gos infringentes em 05-11-82 (fls. 129/133), porfiando pelo prevailecimento do douto voto vencido.

Os embargos tiveram andamento regular; o embargado respondeu (fls. 138/141).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Bueno de Souza (Relator): Senhor Presidente, no tocante a uma das marcas, certo é que já não subsistia, quando a decisão administrativa adversa à pretendente do registro novo veio a se concretizar.

Relativamente à outra, subseqüentemente, teve a mesma sorte.

Assim, quando a demanda veio a ser proposta, já não mais existia qualquer das mencionadas anterioridades.

Sendo assim, resultam irrelevantes considerações outras, como as condizentes à semelhança porventura existente entre marcas, cuja caducidade fora já, esta sim, patenteada.

Com a vênia devida, na consonância do voto líder, da lavra do Senhor Ministro Sebastião Reis, rejeito os embargos.

EXTRATO DA MINUTA

EAC nº 63.474 — RJ — Rel.: O Sr. Ministro Bueno de Souza. Embargante: INPI. Embargada: Magnesita S.A..

Decisão: A Seção, por unanimidade, rejeitou os embargos. (Em 20-9-83 — Segunda Seção).

Os Srs. Ministros Sebastião Reis, Miguel Jerônimo Ferrante, Pedro Acioli, Américo Luz, Antônio de Pádua Ribeiro, Geraldo Sobral, Armando Rollemberg, Moacir Catunda, Torreão Braz e Wilson Gonçalves participaram do julgamento.

Ausente, por motivo justificado, o Senhor Ministro Carlos Mário Velloso.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Otto Rocha.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 65.793 — MG

Relator: O Sr. Ministro Jesus Costa Lima

Remetente: Juízo Federal da 2ª Vara — MG

Apelantes: Maria Geralda Miranda e União Federal

Apelados: Os mesmos, Maria da Penha Alves de Oliveira e Marilda Costa Dias

EMENTA

Administrativo e Previdenciário. Militar. Companhia. Pensão.

1. A restrição contida na parte final do § 3º, do art. 5º, da Lei nº 4.069, de 1962 deve ser entendida em favor da instituição da família e com o seu objetivo fundamental de amparar a companheira com quem o servidor vive more uxorio, por mais de cinco anos. Designação possível.

2. Benefício de natureza de assistência social, dever do Estado.

3. Precedentes.

4. Sentença confirmada, parcialmente.

ACÓRDÃO

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

Decide a 2ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, negar provimento ao recurso da autora e acolher, parcialmente, o da União Federal; prejudicada a 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, 25 de maio de 1984 (Data do julgamento) — Ministro **Evandro Gueiros Leite**, Presidente — Ministro **Jesus Costa Lima**, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Jesus Costa Lima: Ação promovida à União por companheira de militar falecido, vindicando pensão, foi contestada com as alegações de que o Estatuto dos Militares não assegura o benefício à companheira se não houver impedimento legal ao matrimônio e de que o militar deixara herdeiros legítimos (duas filhas), com precedência e já em gozo do favor.

2. Citadas, as filhas não contestaram. Então, o Dr. Vicente Porto de Menezes, MM. Juiz da 2ª Vara Federal de Minas Gerais, deu pela procedência, atribuindo à autora 1/3 (um terço) da pensão, a ser paga a partir da sentença.

Para tanto, assim se fundamentou, no tocante ao alegado óbice legal:

«Cabe à Justiça buscar na lei o seu espírito e aplicá-lo. E é graças a este modo de proceder da Justiça que o nosso direito vem evoluindo, principalmente, no que tange à nossa realidade social. O texto estrito da Lei chamada Estatuto dos Militares parece não amparar a pretendente, porque fala em não

haver impedimento para o casamento. Neste caso o que ocorre é que a não existência de impedimento somado à não realização de casamento implica em vontade de não se casar. No caso presente, porém, a convivência afirmada, não contestada e comprovada por dez anos, assegura uma realidade que evidentemente é casamento de fato, embora não existente o casamento-formalidade legal. Não podemos prender vidas humanas a atos formais se o principal houve, que é a vida a dois e por dez longos anos. Houve casamento. E é neste sentido que a jurisprudência caminha, fartamente citada pela autora. As testemunhas asseguram o amor de esposa, a fidelidade, o carinho da autora, principalmente no final de vida do **de cujus**. Asseguram a vontade do **de cujus** de casar legalmente, ato não consumado pela superveniência repentina da doença. Até a aliança, que é símbolo, chegou a ser adquirida. O espírito da lei de pensão é assegurar o amparo àquela pessoa que o **de cujus** amparou em vida. Ele amparou por dez anos a autora. Por que não fazê-lo agora? As filhas regularmente citadas silenciaram e seu silêncio face a seu legítimo interesse na causa, que atinge seu patrimônio, deve ser interpretado como consentimento, ou melhor, reconhecimento do direito da autora». (fls. 130/131)

A respeito do direito das filhas, o ilustre magistrado, após lembrar a decisão do Tribunal de Contas da União, no sentido de nesses casos dividir a meio a pensão entre a companheira e os filhos, asseverou:

«Não será justo, porém, conceder-se a metade à companheira, reduzindo assim a pensão das herdeiras a um quarto para cada uma. Mas colocando todas em igual situação, reconheço à companheira o direito a um terço

da pensão do **de cujus**. As herdeiras foram regularmente citadas, pelo que a decisão as pode alcançar» (fl. 132).

3. Inconformada, apelou a autora, pedindo a prevalência do entendimento do Tribunal de Contas (metade da pensão), para tanto invocando o artigo 72, § 8º, da Constituição Federal. Pede, também, retroação dos efeitos da sentença à data do requerimento na esfera administrativa, igualmente invocando precedente do Tribunal de Contas (fls. 134/135).

4. A União também apelou (fls. 137/139), pedindo a improcedência ou, em última análise, a exclusão de honorários, dada a sucumbência recíproca. E respondeu ao apelo da autora (fl. 141).

As outras rés continuaram em silêncio.

5. A douta Subprocuradoria-Geral da República citou precedentes deste Egrégio Tribunal em favor da autora e pediu justiça (fls. 150/152).

E o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Jesus Costa Lima (Relator): Estou de inteiro acordo com a sentença apelada no tocante às questões básicas. A restrição do Estatuto é a mesma da Lei nº 4.069/62 e, sobre o assunto, tive a honra de ser acompanhado pela Egrégia Turma, ao votar, como Relator, na AMS nº 88.890-RJ (DJ de 20-10-83, pág. 16184), e em que asseverei:

«Estou de pleno acordo com o duto julgado recorrido. Realmente a restrição imposta pelo § 3º do artigo 5º da Lei nº 4.069/62 e repetida, em relação aos militares pelo artigo 78 da Lei nº 5.774/71 assenta-se mais no interesse do Fisco em se locupletar com a contribuição dos solteiros, sem a contrapartida da obrigação de pensionar sua companheira. Isto resulta

bem claro quando se consulta a copiosa jurisprudência deste Tribunal determinando a divisão da pensão militar ou civil entre a viúva do militar ou do servidor civil e a companheira, que com ele conviveu após o desquite ou a simples separação de fato. Quando a pensão tem de ser paga de qualquer modo, isto é, quando o Fisco não se pode locupletar com ela porque o funcionário deixou viúva, pouco se lhe dá que seja dividida. Bem por isto uma das primeiras medidas do movimento revolucionário de 64 foi estender, pelo Decreto-Lei nº 66/66, os benefícios da Previdência Social geral à «companheira» do trabalhador, sem qualquer restrição. Diante desse quadro social que o direito previdenciário passou a refletir e de que exemplos incontáveis se registram na jurisprudência deste Egrégio Tribunal (veja-se E/37, págs. 179 e segs.), e que na realidade é o complemento lógico do artigo 165, inciso XVI, da Constituição, a restrição do § 3º do artigo 5º da Lei nº 4.069/62 soa com excrescência desumana, superada pela evolução social e jurídica do País.»

2. No tocante à divisão do benefício em três partes iguais entre as duas filhas do militar e a autora, também entendo justa, no caso. Não se trata de menores vivendo sob o mesmo teto com a companheira, quando a divisão do benefício pela metade tem caráter meramente formal.

3. Também não vejo como conceder retroação pretendida pela autora. Fazer as filhas devolver parte do que receberam não seria justo e feriria o caráter alimentar do benefício. Obrigar a União a pagar de novo, não encontraria fundamento legal. A própria autora é que caberia, cautelarmente, ter pedido o seqüestro de parte do benefício.

4. Ante o exposto, nego provimento ao apelo da autora e acolho em parte o da União, para reduzir a 10% a verba de honorários. Rigorosamente, a União nem seria parte em causas do tipo, se excepcionasse a tempo e modo. Fica prejudicada a remessa.

EXTRATO DA MINUTA

AC n.º 65.793 — MG — Rel.: O Sr. Ministro Jesus Costa Lima. Remetente: Juízo Federal da 2ª Vara-MG. Apelantes: Maria Geralda Miranda e União Federal. Apelados: Os mes-

mos, Maria da Penha Alves de Oliveira e Marilda Costa Dias.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso da autora e acolheu, parcialmente, o da União Federal; prejudicada a remessa de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator (Em 25-5-84) — 2ª Turma).

Os Srs. Ministros Evandro Gueiros Leite e William Patterson votaram com o Sr. Ministro-Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro **Evandro Gueiros Leite**.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 67.497 — DF

Relator: O Sr. Ministro Miguel Jerônimo Ferrante

Apelante: Anna Barboza Paiva e outros

Apelado: Banco Central do Brasil.

EMENTA

Execução Hipotecária. Transferência do bem gravado. Artigo 816, §§ 2º, 3º e 4º do Código Civil — Ilegitimidade Passiva ad causam.

Pode o credor hipotecário promover a execução contra o devedor originário quando a alienação do bem gravado se fez à sua revelia. A hipoteca não se extingue com essa alienação, por isso que o credor hipotecário não compareceu para receber o que lhe era devido, no ato da escritura de venda, nem foi notificado, na forma da lei, pelo terceiro adquirente, interessado em remir a hipoteca. Em tal conjuntura legitima-se a execução contra o devedor hipotecário originário, obrigando-se o terceiro adquirente e que não propôs a remição, pelos ônus preconizados nos §§ 2º e 3º do artigo 816 do Código Civil, com ressalva, apenas, de seu direito de ação regressiva contra o vendedor do bem gravado, assegurado no § 4º do dispositivo legal citado.

Ilegitimidade passiva ad causam que se repele.

Apelação improvida.

ACORDÃO

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, 4 de abril de 1983 (Data do julgamento) — Ministro **Antonio Torreão Braz**, Presidente — Ministro **Miguel Jerônimo Ferrante**, Relator.

RELATÓRIO

O Senhor Ministro Miguel Jerônimo Ferrante: O MM. Juiz Federal da 3ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, na sentença de fls. 108/114, assim expõe a espécie:

«Anna Barbosa Paiva e seu marido, Cyrillo Alves de França, Otaviano Pereira de Andrade e sua mulher, Antonia Alves de Andrade, Josino Antonio Juvenal e sua mulher, Geralda Ribeiro Juvenal e Antonio Carvalho Filho e sua mulher, Altina Pereira de Carvalho, brasileiros, casados, lavradores, domiciliados e residentes no Município e Comarca de Gentio do Ouro, Estado da Bahia, na Vila Itajubara, embargam a execução hipotecária que lhes move o Banco Central do Brasil.

Preliminares

O Banco Central do Brasil firmou com a FIVAP S.A. — Crédito, Financiamento e Investimento, um contrato de abertura de crédito e os embargantes figuravam como intervenientes — garantes, oferecendo imóveis em hipoteca.

Não têm legitimidade passiva, porque alienaram os bens.

De outra parte, a execução repete a ação ordinária que tem curso na 6ª Vara Cível da Comarca de São Paulo, onde o embargado promove a cobrança de diversos créditos. Carece, pois, a execução.

Também carece a execução por falta de execução prévia dos bens dos devedores originários.

Devem ser chamados ao processo os coobrigados, inclusive os cambiais.

Mérito

A FIVAP S.A. — Crédito, Financiamento e Investimento, teve liquidação extrajudicial decretada em 25 de janeiro de 1977. Concluídos os trabalhos, a Comissão Especial de Inquérito encaminhou os autos à autoridade competente, sendo, preliminarmente, requerido e deferido o arresto dos bens dos ex-administradores.

A seguir, foi intentada ação ordinária contra Antonio Barrio Junior, Vicente José Messias, Ruy Armando de Souza, Wellington Onofre Lo Giudice, Antonio Laspro, José Carlos Hamilton Pirath, Benedito Pinto Pestana Junior e Luiz Garré.

De tal modo, o BCB pretende ressarcir-se duplamente do empréstimo e, pelos fatos expostos, o título em que se funda a execução é inexigível, daí a procedência dos embargos.

Dos autos não consta «prova concreta dos créditos efetivamente transferidos pelo embargado à FIVAP S.A. — Crédito, Financiamento e Investimento.»

Pede prova pericial e protesta por todos os meios de prova admitidos em direito.

Defesa

O Banco Central do Brasil, em preliminar, arguiu a irregularidade na representação processual, porque o procurador que os embargantes constituíram tinha poderes para alienar imóveis e não constituir advogado.

Sustenta, ao depois, que a ilegitimidade passiva é absurda, desde que sujeitaria a excussão da garantia a uma investigação prévia sobre a existência de adquirentes do imóvel. Isso contraria o direito de preferência e seqüela.

A ação ordinária visa a apurar a «responsabilidade dos ex-

administradores da empresa liquidanda», o que tem suporte nos artigos 46/48 da Lei nº 6.024/74. O Ministério Público promoveu ação «objetivando indenização pelos prejuízos causados, independentemente de culpa, dada a responsabilidade objetiva e solidária.»

O chamamento ao processo descabe, tendo em vista o disposto no artigo 18 da Lei nº 6.024/74. A FIVAP S.A. estando em regime de liquidação extrajudicial, tem, formalmente, caracterizada a sua insolvência.

No mérito, o objeto da ação ordinária é a «indenização pelos prejuízos que os ex-administradores causaram à empresa em liquidação». Nada impede que o crédito do embargado conste do quadro de credores.

A liquidez e certeza da dívida está comprovada com o recebimento da importância executada.

Requer o julgamento antecipado.

Mandei que os embargantes fizessem, apenas, sobre a preliminar, do que aproveitaram-se para espriarem-se em argumentos e citações contidos, por outros termos, na inaugural.

Juntaram procuração pública, (fl. 97), que o embargado pediu para ser regularizada (fl. 102).

Os embargantes responderam fls. 103/6.

A exceção de incompetência foi resolvida, porém houve agravo. Autos em apenso.

Aplicável aos autos o disposto no parágrafo único do artigo 740 do CPC.»

A seguir, decidindo, julgou improcedentes os embargos, condenando os embargantes ao pagamento das custas e na verba advocatícia de 10% sobre o valor da execução.

Irresignados, apelaram os sucumbentes, com as razões de fls. 125/142 (lê).

Razões do apelado, às fls. 145/149.

Parecer da ilustrada Subprocuradoria-Geral da República, às fls. 154/156, pelo conhecimento e improvemento do recurso.

Pauta sem revisão.

E o relatório.

VOTO

O Senhor Ministro Miguel Jerônimo Ferrante: Nos embargos, argüiram os apelantes, em preliminar:

a) ilegitimidade passiva ad causam, em razão de terem transferido a terceiros os imóveis hipotecários;

b) carência da execução, por se constituir a cobrança do crédito exequente um *bis in idem* irrito a direito, de vez que preexiste à execução embargada ação ordinária em curso perante o Juiz da 6ª Vara Cível da Comarca de São Paulo, «através da qual o Ministério Público Estadual, a requerimento do próprio embargado, promove a cobrança de diversos «créditos» (sic) contra ex-administradores da instituição financeira em regime de liquidação extrajudicial denominada FIVAP S.A. — Crédito, Financiamento e Investimentos, dentre os quais está justamente o crédito pleiteado através desta execução (docs. js. — nºs /)» (fl. 4).

c) Carência da execução «porquanto os embargantes, em razão do contrato constante dos autos principais ofertaram garantia subsidiária ao débito contratado por FIVAP S.A. — Crédito Financiamento e Investimento, em razão do que inexistindo solidariedade e não tendo havido renúncia expressa ao benefício de ordem estabelecido na lei civil, constitui pressuposto da

execução a prévia execução dos bens dos devedores originários para só após, na falta ou insuficiência destes, cobrar-se dos intervenientes-garantes o *quantum debendi*. (fls. 5/6).

d) A necessidade do chamamento ao processo dos demais coobrigados «inclusive os cambiais, na forma do que preceitua o artigo 77, nº III, da lei instrumental civil (fl. 10).

No mérito, sustentaram, em suma, a improcedência da execução, porque ilíquido e incerto seria o crédito cobrado.

Nas razões de recurso, alegam que, das preliminares suscitadas, duas apenas teriam merecido motivação na sentença recorrida: o pedido de chamamento ao processo dos demais coobrigados cambiais e contratantes, e a arguição de ilegitimidade passiva *ad causam*. «As demais» para usar suas próprias palavras — teriam sido «relegadas ao esquecimento».

Voltam a insistir, também, que são partes ilegítimas *ad causam*, que se verificou a carência da execução «pela preexistência de procedimento judicial tendo por fim o mesmo objeto» e «por falta dos pressupostos processuais». Mais ainda que se impõe o chamamento ao processo «dos demais coobrigados cambiais e contratantes», bem como, quanto ao mérito que a dívida é ilíquida e incerta e que o julgamento antecipado da causa, sob a errônea presunção de se cuidar de dívida provada, ter-lhes-ia acarretado cerceamento de defesa.

Inobstante, ao exame dos autos, tenho que esse inconformismo não procede.

Deveras a sentença monocrática a meu ver abordou todos os aspectos da demanda, assim as prejudiciais como o mérito, dando-lhes adequada

solução, conforme as provas colhidas e o direito aplicável.

Assim, repele a arguição de ilegitimidade passiva *ad causam*, pondo em relevo a desvalia da alegação de que terceiros adquirentes dos imóveis gravados foram sub-rogados em todas as obrigações oriundas da garantia hipotecária. Vale, o destaque da seguinte asseveração sentencial:

«De acentuar-se que, além do direito de preferência, o de seqüela é uma das garantias que acompanham a hipoteca. Os bens gravados foram transmitidos, mas continuam afetados ao cumprimento da obrigação. Se não estavam os embargantes impedidos de aliená-los, porque não tinham perdido o *ius disponendi*, a hipoteca permaneceu.»

Por outro lado, afasta com propriedade o pedido de chamamento ao processo, já porque não ocorrera a substituição do sujeito passivo, já por ser inadmissível tal providência no processo de execução, respaldando-se, neste passo, no magistério de Celso Agrícola Barbi e Arruda Alvim e no idêntico entendimento da jurisprudência.

Também, inadmite a carência da ação por qualquer dos motivos invocados na inaugural dos embargos e nas razões de recurso.

A ação ordinária a que se reportam os apelantes objetiva apurar a responsabilidade dos ex-administradores da empresa liquidanda, com base nos artigos 46 a 48 da Lei nº 6.024, de 1974, e obter o ressarcimento de prejuízos, enquanto, no caso vertente, o credor quer se pagar de débitos garantido com hipoteca.

Cuida-se, na realidade, da dívida líquida e certa, vencida, encontrando-se a execução, como registra a respeitável decisão monocrática, «instruída com a certidão do

instrumento de abertura do crédito, de que participaram os embargantes como garantidores do débito (fls. 15/21), oferecendo em hipoteca bens imóveis de que se declararam legítimos proprietários e possuidores, além das promissórias respectivas, no original (fls. 26/32)..»

A essa constatação, despiciendo o argumento de que constitui pressuposto da execução a prévia execução dos bens dos devedores originários.

Desnecessário lembrar o direito do credor hipotecário de executar a hipoteca, sem considerações de outra ordem, quando a dívida não for paga no seu vencimento.

O fato de o bem gravado ter sido transferido a terceiro não impede, como registra o *decisum*, o persiga o credor em poder do adquirente «e sem ressalva especial, porque constituída a hipoteca, ela adere ao imóvel. Acompanha-o nas mutações até que seja extinta».

Não há, ademais, no caso, que falar em sub-rogação, porquanto os adquirentes do imóvel não pagaram o débito. Nem se configuram cessão ou remição como bem se vê dos elementos trazidos à colação.

Na verdade, na abordagem dessas questões, como nas demais suscitadas pelas apelantes, permaneceu o decisório fiel às diretrizes legais e à orientação doutrinária dominante, dando-lhes tratamento adequado.

Registre-se, ao cabo, que bem andou o apelado em promover a execução contra os apelantes, porquanto a enfatizada alienação do imóvel hipotecado a terceiro se fez à sua revelia.

A hipoteca — é óbvio — não se extinguiu com essa alienação, por isso que o credor hipotecário não compareceu para receber o que lhe era devido, no ato da escritura de venda, nem foi notificado, na forma da lei,

pelo terceiro adquirente, interessado em remir a hipoteca.

Em tal conjuntura, legitimava-se a execução contra o devedor hipotecário originário, obrigando-se o terceiro adquirente e que não propôs a remição, pelos ônus preconizados nos §§ 2º e 3º do artigo 816 do Código Civil, com ressalva, apenas, de seu direito de ação regressiva contra os vendedores do bem gravado, assegurado no § 4º do dispositivo legal citado.

Em abono desse entendimento, valho-me do escólio de Washington de Barros Monteiro:

«Ao adquirente do imóvel hipotecado cabe igualmente o direito de remi-lo (artigo 815). Se o adquirente quiser ferrar-se aos efeitos da execução de hipoteca, notificará judicialmente, dentro de trinta dias, o seu contrato aos credores hipotecários, propondo, para a remição, no mínimo, o preço porque adquiriu o imóvel.

A notificação executar-se-á no domicílio inscrito (artigo 846, parágrafo único), ou por editais, se ali não estiver o credor (artigo 815, § 1º). Se o terceiro adquirente não efetua a remição, ou não paga a dívida hipotecária, sujeitar-se-á à excussão do imóvel: um dos característicos da hipoteca é precisamente a seqüela, por via da qual pode o credor executar o imóvel onde quer que se encontre. O direito é exercitável *ad versus quem cumque possessorem*. O credor ajuizará, pois, a execução contra o devedor, fazendo recair a penhora, ou seqüestro, sobre o imóvel hipotecado e transmitido a terceiro.

Quando vendido o bem gravado, comparece geralmente o credor hipotecário à escritura para receber o que lhe é devido, dar quitação e autorizar o cancelamento do ônus. Não atendido no ato de alienação, pode ele executar o imóvel, quando

vencida a dívida. Dirigirá então a cobrança contra o primitivo devedor, fazendo penhorar, ou sequestrar, o bem alienado. Nesse caso, citar-se-ão para os termos da ação o devedor e o adquirente. Se o produto da excussão não bastar para integrar satisfação do exequente, voltar-se-á este contra o devedor, novamente, a fim de assegurar o direito conferido pelo artigo 767 da lei civil. Mas o terceiro adquirente não tem qualquer responsabilidade pela liquidação do restante da dívida.

Com mais razão, assegura-se também ao credor o direito de excussão, quando feita a alienação do imóvel hipotecado, a sua revelia. Em qualquer hipótese, a venda é válida; porém, a hipoteca não se extingue, continuando a produzir

seus efeitos jurídicos; apenas se garante ao adquirente, como se viu o direito de remir o imóvel gravado». (Washington de Barros Monteiro, Curso de Direito Civil, Vol. III Saraiva, 16ª ed. págs. 407/408).

Face ao exposto, nego provimento à apelação.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 67.497 — DF — Rel.: O Sr. Ministro Miguel Jerônimo Ferrante — Apte.: Anna Barboza Paiva e outros — Apdo.: Banco Central do Brasil.

Decisão: A turma, por unanimidade, negou provimento à apelação. 6ª Turma — (Em 4-4-83)

Participaram do julgamento os Srs. Ministros: Américo Luz e Torreão Braz. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro: Antonio Torreão Braz.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 72.356 — PR

Relator: O Sr. Ministro Sebastião Reis

Apelantes: Construtora Hidroelétrica e Rodoviária S.A. — CIROL — Massa Falida e outros

Apelado: Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social — IAPAS.

EMENTA

Previdenciário. Contribuições. Sucessão. Falência. Prescrição e Decadência.

Reconhecida a decadência do direito de constituição do crédito previdenciário, quanto aos meses de competência apontados (Súmula nº 108 do TFR). Afastada a alegação de prescrição da ação, mesmo à luz da sua configuração quinquenal.

Admitida a cobrança das parcelas remanescentes, quanto ao principal, no relativo à massa falida.

Excluída a responsabilidade concorrente ou por substituição das adquirentes, em Juízo, do ativo da massa falida.

Juros vencidos até a data da decretação da falência são devidos, no tocante às parcelas admitidas como cobráveis, os vencidos após aquela data sujeitam-se às regras do artigo 26 da lei falimentar.

Quanto à correção monetária, a aplicação do artigo 1º e seu § 1º do Decreto-Lei nº 958/69 depende de habilitação oportuna, e, nas circunstâncias especiais do caso concreto, é devida sobre a diferença entre o valor do depósito e o quantum que for apurado, se for o caso.

Devida a verba honorária, pela primeira embargante, visto como o § 2º do artigo 208 da lei de falências concerne a despesas relativas à habilitação do credor, enquanto os autos cuidam de execução fiscal, com resistência da massa falida, através dos embargos.

Deu-se provimento parcial ao apelo da massa falida, nos termos enunciados, verba honorária recíproca, em função dos valores de sucumbência, e proveu-se integralmente o apelo da segunda embargante, invertidos aqui os ônus da derrota.

ACÓRDÃO

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

Decide a 5ª Turma do Tribunal Federal de Recurso, por unanimidade, preliminarmente, repelir a alegação de prescrição e decretar a decadência dos créditos referentes aos períodos de janeiro de 1973 a novembro de 1974 e de *meritis*, dar parcial provimento ao apelo da primeira embargante e, total, ao recurso dos segundos embargantes, inverter quanto a estes, os ônus da sucumbência. Unânime nas preliminares e no mérito, 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 março de 1983 (Data de julgamento) — Ministro **Moacir Catunda**, Presidente — Ministro **Sebastião Alves dos Reis**, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro **Sebastião Reis**: Massa Falida da Construtora Hidroelétrica e Rodoviária S.A. — CIROL, Banco Bamerindus de Inves-

timentos S.A. e BRASPAP — Companhia Brasileira de Papel oferecem os presentes embargos de devedor às execuções por título extrajudicial que à primeira move o IAPAS (autos juntos, tombados sob os nºs 962 e 963), tendentes à cobrança de contribuições previdenciárias, concernentes aos períodos de 1/73 a 5/75, no principal, respectivamente, de Cr\$ 99.521,97 e Cr\$ 240.214,03 (fls. 39/41), inclusive seguro de acidente do trabalho, mais acessórios vencidos e vincendos, figurando aquela como sujeito passivo originário, o débito e as duas outras, invocando a sua condição de depositantes complementares, para garantia da dívida, com vista à obtenção de certificado de quitação.

Consoante a peça vestibular, preliminarmente, ocorre *in casu* a prescrição da ação, nos termos do artigo 174 do Código Tributário Nacional, aplicável à espécie, visto como o despacho que ordenou a citação, datado de 13-3-80, é despido de eficácia interruptiva, pois competia ao embargado promovê-la, no prazo dos parágrafos 2º e 3º do artigo 219 do Código Processual Civil, o que não ocorreu; outrossim, a dívida é inexigível, pois, como se vê do histórico respectivo, ora feito, no Juízo com-

petente, a primeira embargante foi declarada falida em 14-5-75 (doc. 14) cientificado o INPS, e, no curso do processo, nas consultas formuladas em 1976, 1978 e fevereiro de 1979, o embargado, em reiteradas declarações, sempre se manifestou sobre a existência de apenas dois débitos (autos da 2ª Vara Cível de Ponta Grossa e da 3ª Vara Federal de Curitiba, resgatados no processo falimentar, e, só depois de tudo isso, foi lavrada notificação relativa aos débitos ora cobrados, resultantes de nova fiscalização, numa altura em que, já liquidado o acervo falimentar, pagos encargos de dívidas da massa falida, inclusive os até então habilitados pelo embargado; remanesce o saldo de Cr\$ 515.000,00, em espécie, à disposição do Juízo da Falência (doc. 29); nessas circunstâncias, a primeira embargante não pôde responder pela omissão do embargado, muito menos as duas outras, eis que, como adquirentes do acervo, estão equiparados à figura do arrematante, e, esse, decidiu o Pretório Excelso, não está obrigado a pagar os tributos devidos pelo executado, (doc. 3v); de outra parte, nos termos do artigo 26 da lei de quebra, não há falar-se *in casu* na fluência de juros; por igual, descabe a exigência de correção monetária, visto como o depósito integral já referido, efetuado menos de um ano da exigibilidade do crédito cobrado, sendo de invocar-se o artigo 1º do Decreto-Lei nº 858/69; da mesma sorte, não há cogitar-se da verba honorária, e custas, na forma do § 1º do artigo 208 do Decreto-Lei nº 7.661/45 e jurisprudência deste Tribunal.

Respondeu o embargado às fls. 86/9, contrapondo a prescrição trintenária do artigo 144 da LOPS e § 9º do artigo 2º da Lei nº 6.830/80, bem como impugnando a qualidade de arrematantes dos segundos embargantes, pois, nos termos do artigo 123, §§ 3º e 4º da lei de falências são verda-

deiros sucessores, porquanto se dispuseram a renunciar as garantias de que eram titulares, suportar os totais que lhe eram devidos, cessar o litígio e a instância adquirir os bens móveis e imóveis pelo real valor atribuído ao patrimônio; invocando, ainda, o artigo 2º do Decreto-Lei nº 858/69, conclui que se a falência não impede as execuções fiscais do crédito previdenciário, com mais razão não o seria a mera liquidação do ativo; de outra parte, sustenta a fluência dos juros de mora, nos termos da lei aplicável, correção monetária e honorários de advogado.

O MM Juiz Federal a quo Lício Bley Vieira, à fl. 90, julgou improcedente os embargos, condenando os embargantes na honorária de 10% e custas.

Apelam os vencidos, renovando a argumentação da inicial, e com a resposta do apelado, neste Tribunal, dispensei parecer e revisão.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Sebastião Reis (Relator): A r. decisão de primeiro grau, ao rejeitar os embargos, elegeu a tese da prescrição trintenária do crédito previdenciário, fixou que a falência não impede a propositura da execução fiscal (artigo 2º do Decreto-Lei nº 858/69) e que os segundos embargantes são sucessores, responsáveis pelos débitos, *ex vi* do artigo 123, §§ 3º e 4º da lei falimentar; outrossim, determinou que os juros são limitados à data da falência, assinalou a correção remonta à data da dívida, independentemente de intimação da executada, tendo constado da certidão de inscrição, e que os honorários de advogado decorrem do princípio da sucumbência, conforme Súmula nº 519.

Os apelantes, em síntese, pedem declarar extinto o crédito previden-

ciário, pela prescrição (artigo 156, V e 174 do CTN), bem como a inexigibilidade da conta em face da total omissão do apelado, e, se exigível da massa falida, excluí-la, quanto aos dois outros embargantes porque o arrematante não se obriga pelos tributos do executado; ainda, a incidência dos juros, mas, se devidos, só até a decretação da falência (14-5-75), e, por igual, quanto à correção monetária, ou, no máximo até 14-5-75, e, por fim, a inexigibilidade de honorários advocatícios.

No tocante à prescrição argüida, extrai-se da prova dos autos que as notificações — lançamentos que embasam as execuções reunidas se referem ao período de 1-73 a 5-75 (fls. 39/42), datadas de 29-11-79 (fl. 10), os despachos que ordenaram a citação são de 13-3-80 (apensos) efetuando-se essa em 15-9-80 (fl. 45v); não tendo os embargantes requerido a requisição dos processos correspondentes, ignora-se se ocorreu, na esfera administrativa, intimação do síndico e se houve interposição de impugnação ou recurso.

Nesse contexto temporal, cotejando-se o período abrangido pelo levantamento fiscal (1/73 a 5/75) e a data das notificações respectivas (29-11-79), conclui-se que entre um e outro momento, no relativo aos meses de competência de 1-73 a 11-74, medeia entretanto superior a 5 anos, configurando-se, assim, nesse espaço, a decadência quinquenal do direito de constituir o crédito previdenciário, proclamada no enunciado da Súmula nº 108, deste Tribunal, construída com assento no artigo 80, parágrafo único da Lei nº 3.807/60, verbis:

«A constituição do crédito previdenciário está sujeito ao prazo de decadência de cinco anos».

Em face dessas premissas e considerando que a decadência em apreço, por ser matéria de direito públi-

co, deve ser reconhecida de ofício, declaro-a ocorrente *in casu*, nos termos enunciados, quanto às execuções reunidas.

De outro lado, afasto a alegação de prescrição da ação, porque, mesmo à luz da tese da sua configuração quinquenal, datando as notificações-lançamentos de 29-11-79 e a citação em Juízo, de 15-9-80, não ocorre o intervalo próprio de 5 anos, entre um e outros dados, atento ao critério que a jurisprudência valoriosa desta Corte e no Alto Pretório vem afirmando, no relativo aos marcos que extremam a decadência e a prescrição, quanto ao crédito tributário, em geral. (RE nº 91.019 — 2ª Turma; RE nº 91.812 — 1ª Turma; AC nº 48.503 — 5ª Turma, de que fui Relator).

No que concerne à inexigibilidade dos créditos cobrados em face da primeira embargante — massa falida — vê-se dos autos que desde a decretação falimentar em 1975, com ciência do INPS, no mesmo ano, até a liquidação do ativo em 1979 (docs. 15/27), após consultas repetidas em 1976, 1978 e 1979, o INPS manifestou-se sobre a existência apenas de dois débitos previdenciários; representados por execuções na Comarca de Ponta Grossa e Justiça Federal de Curitiba, resgatados com o produto da realização do ativo, e só depois veio a levantar dívida suplementar, lançada em novembro de 1979, ora objeto de execução, em autos reunidos, quando remanesceu da liquidação falencial um saldo de Cr\$ 515.000,00, enquanto o total exequendo, em dezembro de 1980 (contas do apenso), é de Cr\$ 811.228,87.

Paralelamente, infere-se de fl. 72 que o saldo residual foi reservado em favor do IAPAS pelo Juízo falencial, estando em depósito judicial aguardando providências do credor.

Por outro lado, o artigo 2º do Decreto-Lei nº 858/69 é explícito em dispor que a falência não suspenderá

os executivos fiscais em andamento nem impedirá o ajuizamento de novos processos para cobrança de créditos fiscais apurados posteriormente, o que autoriza concluir-se pela propriedade da presente execução por título extrajudicial, proposta antes do encerramento do processo falencial, embora após a liquidação do ativo.

Fixados tais aspectos, nessa altura já se induz que o levantamento previdenciário, nas suas parcelas e fundamentação, não é impugnado pelos embargantes, e assim, ressalvada a decadência nos limites reconhecida, é de ser mantida a cobrança no principal, observado, ainda, se for o caso, a execução do saldo cogitada no artigo 133 do Decreto-Lei nº 7.661/45; de outra parte, não há prova da extinção das obrigações da falida, prevista no artigo 135 do mesmo diploma legal.

No pertinente à responsabilidade concorrente ou por substituição das duas outras embargantes, ressei de fl. 47 que as mesmas, representando 92% dos créditos habilitados, propuseram, na forma do § 3º do artigo 123 da lei de quebra a liquidação do ativo da falida mediante, a oferta de Cr\$ 4.600.000,00, pedido homologado judicialmente, aos fundamentos de que a fórmula alvitrada resgatava a totalidade dos créditos privilegiados e trabalhistas, e assegurava um percentual aos quirografários, e, outrossim, representava o real valor atribuído ao acervo patrimonial da falida, representado por um imóvel e bens transformados em sucata.

Nesse particular, a tese das segundas embargantes é a de que a liquidação do ativo se operou através de expediente equiparável à arrematação em Juízo, e, assim, conforme decidiu o Alto Pretório, no RE nº 87.550 (2ª Turma, Rel. Ministro Cordeiro Guerra, RTJ 89/272, fl. 74), descabe exigir-se do arrematante o pagamen-

to de tributos devidos pelo executado, «uma vez que o preço depositado responde pelos tributos por ele devidos», ao que opõe o embargado o argumento de que *in casu* a liquidação não se deu por leilão público (artigo 117 da lei de regência), mas pela via específica do artigo 123, independentemente de arrematação.

Desacolho a objeção do embargado, pois a via eleita é prevista na lei específica ao lado do leilão público, insere-se no processo de execução forçada, traduz alienação judicial representando, apenas, uma forma simplificada daquele, sendo assim, incurial negar-lhe o mesmo tratamento reservado à arrematação, para os fins do debate; acentuo, ainda, que o expediente adotado resultou de deliberação da assembléia de credores (artigo 123, § 3º e sua remissão) com convocação dos credores, sob a previdência do Juiz da falência, incidindo a liquidação, apenas, sobre o ativo (artigo 122 e parágrafos remediados).

Assinalo que a tese da Corte Maior, ao propósito da arrematação, já foi secundada por esta Egrégia Turma no AC nº 49.598, de que fui Relator (DJ 15-10-81), da mesma sorte, na AC nº 71.849-MG também por mim relatada, foi afastada a responsabilidade tributária do adquirente, mediante proposta homologada judicialmente, admitido, o tratamento dispensado ao arrematante.

Dessarte, nesse ponto, afasto a responsabilidade tributária dos segundos embargantes, aliás, não há qualquer prova de continuação do negócio pelas segundas embargantes, excluindo-os da condição de sucessores, pretendida pelo embargado.

Relativamente à cobrança dos juros de mora, deferidos na sentença, até a data da falência invocam razões de embargo o artigo 26 da lei falencial, no sentido de que contra a

massa falida não correm juros, se o ativo apurado não bastar para o pagamento do principal.

Nesse tópico, entendo que os juros vencidos até a data da declaração de falência (14-5-75) são devidos, no tocante às parcelas admitidas como cobráveis; quanto aos vencidos, após aquela data, aplico a regra do artigo 26 invocado (Dir. Falimentar — Walter F. Álvares I/279, nota 381; TFR AC nº 46.105 — Relator designado Márcio Ribeiro — DJ 27-6-79; AC nº 61.146 — Rel.: Ministro Carlos Velloso — DJ 16-4-80; AC nº 41.641 — Rel.: Ministro Carlos Velloso — DJ 26-4-80).

No tangente à correção monetária, concedida *in totum*, na sentença, estatuiu o Decreto-Lei nº 958/69:

«Art. 1º A correção monetária dos débitos fiscais do falido será feita até a data da sentença declaratória da falência, ficando suspensa por um ano, a partir dessa data.

§ 1º Se esses débitos não forem liquidados até 30 dias após o término do prazo previsto neste artigo, a correção monetária será calculada até a data do pagamento, incluindo o período em que esteve suspensa».

Deduz-se do texto transcrito que se as dívidas fiscais não forem pagas até um ano após a decretação da falência, a correção monetária será devida *in integrum*, inclusive a vencida antes daquela declaratória.

Tenho, no entanto, que a regra geral pressupõe habilitação oportuna do crédito respectivo, sua exigibilidade, pois só assim poderá ser ele pago no processo falimentar, ou cobrado executivamente.

No caso concreto, a denúncia do crédito ao Juízo falencial (fl. 72) ocorreu após a realização do ativo, ao que sugere a decisão trasladada à fl. 72 em 1980, estando à disposição do credor o saldo já indicado desde dezembro de 1980; o lançamento é de

novembro de 1979, a citação na execução é de setembro de 1980 e o depósito do saldo remanescente como garantia, é de dezembro seguinte (autos principais).

Estabelece essa particularidade de hipótese, conto o prazo de um ano referido no artigo 1º transcrito não a partir da data da decretação da falência, mas sim, da denúncia do crédito ao Juízo falimentar, ou da citação, na execução fiscal, e como entre esse marco e o depósito posto à disposição do INPS não medeia tempo superior a um ano, concluo que *in casu* a correção monetária só é devida sobre a diferença entre o valor do depósito e o *quantum* que for apurado como devido, se for o caso.

Não levo em conta os depósitos oferecidos pelos segundos embargantes, porque as importâncias correspondentes, afastada a responsabilidade tributária dos mesmos, como atrás admitida, ser-lhe-ão devolvidas, na forma da lei. Por fim, no tangente à verba advocatícia, mantenho a sua concessão, quanto à primeira embargante, por entender que o disposto no § 2º do artigo 208 da lei de quebra concerne às despesas relativas à habilitação do credor, o que não é o caso dos autos, que cuida de execução fiscal, com resistência pela falida, através de embargos; nesse sentido, é a jurisprudência deste Tribunal (AC nº 46.105 — DJ 27-6-79; AC nº 41.641 — DJ 20-4-80; AC nº 61.146 — DJ 16-4-80).

Tal interpretação restritiva tem por si, em situações análogas, precedentes do Alto Pretório, em pedidos de restituição (RTJ 54/186, 53/300, 84/693, 85/838, 97/437) bem como de doutrina autorizada (Sampaio de Lacerda, Manual de Direito Falimentar pág. 159; Miranda Valverde, Com. 1/163).

Por tudo quanto foi debatido e concluído, provejo, parcialmente, o apelo da primeira embargante, nos ter-

mos enunciados, verba honorária recíproca, em função dos valores de sucumbência, e dou provimento ao recurso dos segundos embargantes, para afastar-lhes a responsabilidade tributária por sucessão, invertidos, aqui, os ônus da sucumbência.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 72.356 — PR — Rel.: O Sr. Ministro Sebastião Reis — Aptes.: Construtora Hidroelétrica e Rodoviária S.A. — Cirol — Massa Falida e outros — Apdo.: IAPAS.

Decisão: A Turma, por unanimidade, preliminarmente, repeliu a alegação de prescrição e decretou a decadência dos créditos referentes aos períodos de janeiro de 1973 a novembro de 1974 e, de *meritis*, deu parcial provimento ao apelo da primeira embargante e, total, ao recurso dos segundos embargantes, inverteu quanto a estes, os ônus da sucumbência. Unânime nas preliminares e no mérito. (Em 14-3-83 — 5ª Turma).

Os Srs. Ministros Pedro Acioli e Geraldo Sobral, votaram de acordo com o Relator. Presidiu o Julgamento o Sr. Ministro Moacir Catunda.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 73.072 — PB

Relator: O Sr. Ministro Moacir Catunda

Apelante: Severino do Ramo de Araújo

Apelado: Instituto Brasileiro do Café — IBC.

EMENTA

Processual e Comercial. Recurso. Inépcia. Embargos de terceiro. Ilegitimidade. Agravo retido. Renúncia.

1. Postas as razões do recurso em ordem a possibilitar ao julgador a operação de fixar os pontos do inconformismo da parte, com a sentença, é de se rejeitar a alegação de inépcia do recurso.

2. A falta de pedido de deferimento do agravo, nas razões da apelação, como preliminar desta, implica em renúncia do mesmo — CPC, artigo 522, § 1º.

Sociedade anônima. Acionista controlador.

A lei das sociedades anônimas confere direito de ação a qualquer acionista contra o «controlador», por ato praticado com abuso de poder, mas não o legítima a embargar, como terceiro, constrição judicial dos bens pertencentes à sociedade.

Apelação a que 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, por unanimidade, rejeitar a preliminar de inépcia da

petição de apelação; ainda preliminarmente, julgar o agravo retido renunciado, de *meritis*, 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, 29 de fevereiro de 1984 (Data do julgamento) — Ministro Moacir Catunda, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Moacir Catunda: Assim a sentença relatou e decidiu a questão (fls. 63/67):

«Embargos de terceiro. Arrematação de bens de uma sociedade anônima, oferecidos em garantia, mediante hipoteca, de débito contraído por outra empresa. Ato devidamente aprovado por «Assembléia Geral Extraordinária», da qual participou e assentiu o acionista, ora, embargante. A Lei das Sociedades Anônimas confere direito de ação a qualquer acionista contra o «controlador», por ato praticado com abuso de poder, mas não o legitima a embargar, como terceiro, constrição judicial dos bens pertencentes à sociedade.

Vistos, etc.

Severino do Ramo de Araújo, brasileiro, solteiro, comerciante, residente e domiciliado nesta Capital, através de advogado, opôs «embargos de terceiro», na qualidade de acionista da empresa «Agro-Indústria Rio do Brás S.A. ARBRASA», para excluir os bens dessa sociedade, oferecidos em garantia ao Instituto Brasileiro do Café, em favor da «Indústria e Comércio Divaldo Nóbrega S.A.» ora em execução promovida por aquela autarquia contra essa empresa.

Diz o embargante que a «Indústria e Comércio Divaldo Nóbrega S.A.», contraiu empréstimo ao IBC, mediante escritura pública de confissão de dívida, oferecendo, entretanto, garantia hipotecária de bens pertencentes à «ARBRASA», negócio, totalmente estranho aos

seus objetivos sociais, o que constitui nulidade irreparável, ensejando a exclusão dos bens do processo de execução levada a efeito — fls. 2/8.

A liminar de suspensão da praça não foi deferida — fl. 29.

O IBC, citado na forma requerida, apresentou contestação, alinhando os seguintes fundamentos: que o embargante, como acionista da «Agro-Indústria Rio do Brás S.A. — ARBRASA», com direito a voto, participou da AGE e consentiu no oferecimento dos bens da sociedade em garantia hipotecária ao IBC, não sendo, pois, terceiro, ante o que dispõe o artigo 1.046, do CPC; quanto ao mérito, diz a embargada em sua bem elaborada contestação que os embargos não encontram amparo em qualquer legislação.

Saneador, irrecorrido — fl. 59.

A impugnação ao valor da causa foi decidida nos autos apensos.

A audiência de instrução e julgamento realizou-se na conformidade do termo de fl. 61.

É o relatório.

Decido.

Promoveu o IBC processo de execução contra a «Indústria e Comércio Divaldo Nóbrega S.A.» da importância de Cr\$ 2.838.360,00 (dois milhões, oitocentos e trinta e oito mil e trezentos e sessenta cruzeiros), recaindo a penhora nos bens hipotecados, oferecidos pela «Agro-Indústria Rio do Brás», ingressando esta com «embargos do devedor», julgados improcedentes e com sentença transitada em julgado — autos apensos.

A executada «Indústria e Comércio Divaldo Nóbrega S.A.», igualmente, embargou a execução, obtendo a exclusão das parcelas de correção monetária e honorários advocatícios, por sentença que,

igualmente, transitou em julgado — (segundo apenso).

Para obstacular a realização da praça, a executada agravou, alegando defeito no edital, mas o recurso foi julgado deserto — (terceiro apenso).

Vieram, então, os «embargos de terceiro», opostos pelo acionista da empresa que oferecera a garantia hipotecária, os quais são objeto do presente julgamento.

Tem entendido a jurisprudência que a «sociedade civil ou comercial é legitimada a embargar se sofre medida judicial por dívida do sócio (3ª Câmara Cível do Tribunal do Distrito Federal, 16 de setembro de 1941, RF nº 89, 159), e vice-versa». (Pontes de Miranda — Coment. — tomo XV — pag. 21).

Não é, no entanto, a hipótese dos autos.

A constrição judicial existe sobre o patrimônio social e não sobre bens do embargante; isto é, os bens levados à praça pertencem à sociedade, não ao sócio embargante.

Mas, ainda que assim não fosse, o embargante, ao comparecer à Assembléia Geral Extraordinária, que, por unanimidade de votos autorizou a realização de hipoteca dos bens de ARBRASA para garantir débito de terceiro, assentiu, também, no negócio, não podendo, agora, invocar nulidade daquele ato.

Parece, no meu entendimento, irrespondíveis os fundamentos da contestação, que adoto com razões de decidir:

«.....»

2.1. O embargante, segundo faz prova com um documento assinado pelo Diretor Divaldo Nóbrega, é acionista da Agro-Indústria Rio do Brás S.A., portador, como afirma o referido do-

cumento de 34.000 ações ordinárias com direito a voto.

2.2. Convocado através de editais publicados nos dias 16, 17 e 18 de março de 1977, em que constava os assuntos que seriam debatidos na Assembléia Geral Extraordinária, entre eles a modificação dos estatutos, tudo de acordo com o artigo 122 nº I, da Lei nº 6.404, de 15-12-76, compareceu à Assembléia, votou consentindo na modificação e permitiu que a empresa oferecesse os seus bens a fim de que fosse, também realizada a composição de dívida, o que evidencia-se da ata, documento de fls. 11/13, dos autos.

2.3. Está claro o que dispõe o artigo 12 dos estatutos. No entanto a Assembléia Geral Extraordinária convocada, modificou o teor do mesmo, ficando dessa forma com a seguinte redação:

«Art. 12. Compete ao Diretor-Presidente e ao Diretor-Gerente, em conjunto, usar o nome da sociedade em quaisquer transações ou negócios que não sejam do interesse imediato e exclusivo da sociedade, tais como: fiança, avais ou quaisquer outras obrigações de favor ou de mera liberalidade, bem assim, a aplicação de fundos sociais em operações ou negócios alheios aos objetivos sociais, desde que sejam devidamente autorizados pela Assembléia Geral».

2.4. Então, os atos praticados, o foram dentro do que preceitua o artigo 12 dos Estatutos, já modificados. E ainda, é realmente porque tomou conhecimento da pauta constante dos Editais de 16, 17 e 18-3-77. Compareceu à Assembléia e votou pela modificação dos estatutos e, consentindo composição de dívida junto ao

IBC, na qualidade de interveniente garante.

Se os bens oferecidos como garantia de uma obrigação e esta não foi liquidada, sendo como é o caso, uma garantia real, fica esta sujeita, por vínculo real, ao cumprimento da obrigação — exegese do artigo 755 do C. Civil».

A Lei das Sociedades Anônimas confere direito de ação a qualquer acionista contra o acionista controlador, por ato praticado com abuso de poder mas não o legitima a embargar, como terceiro, execução movida contra a S.A., na qual foram penhorados apenas bens da sociedade.

Isto posto:

Julgo o embargante carecedor da ação e o condeno nas custas e em honorários advocatícios na base de 10% — artigo 20, do CPC, calculados sobre o valor arbitrado na impugnação.

Apelou o embargante reportando-se às razões dos embargos (fl. 70).

Contra-razões às fls. 73/75.

É o relatório.

VOTO 1ª PRELIMINAR

O Sr. Ministro Moacir Catunda: Rejeito a preliminar de não conhecimento da apelação, deduzida ao argumento de inépcia da petição do recurso, porque esta expõe, posto que de modo sucinto, as razões do pedido de reforma da sentença apelada, com remissões a várias peças dos autos, em ordem a possibilitar ao julgador a operação de fixar os pontos do seu inconformismo com a sentença recorrida.

VOTO 2ª PRELIMINAR

O Sr. Ministro Moacir Catunda: Ainda preliminarmente, julgo o

agravo retido renunciado pelo apelante porque este não pediu o deferimento do agravo, nas razões da apelação, como preliminar do julgamento desta, como quer o CPC, de modo indubitoso — artigo 522, § 1º.

VOTO MÉRITO

O Sr. Ministro Moacir Catunda: No mérito, entendo que a sentença bem decidiu, quando julgou o autor, apelante, que é acionista controlador da empresa de capital autorizado, «Agro-Indústria Rio do Brás S.A. — ARBRASA», parte ilegítima para propor a ação de embargos de terceiro, em seu interesse pessoal, com vistas a liberar imóveis da pessoa jurídica, hipotecados em garantia de dívida de outra empresa do mesmo grupo, com a anuência do embargante, dada em assembléia geral, e que, posteriormente, foi penhorado, e levado a leilão. A propriedade e posse dos imóveis são da pessoa jurídica, e não do acionista controlador, de modo que compete àquela, por seus diretores, ou pessoas indicadas nos estatutos, defender a posse do bem, que se alega turbada CPC — artigo 12, VI e LSA — artigos 138/144, e não ao acionista controlador, que não tem a posse ou a propriedade dos mesmos bens, e cujo patrimônio não se confunde com o da pessoa jurídica.

Confirma a sentença, por seus fundamentos.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 73.072 — PB — Rel.: O Sr. Ministro Moacir Catunda. Apte.: Severino do Ramo de Araújo. Apdo.: Inst. Brasileiro do Café — IBC.

Decisão: Por unanimidade, rejeitou-se a preliminar de inépcia da petição de apelação; ainda preliminarmente, julgou-se o agravo retido renunciado. **De meritis** negou-se provimento ao recurso» (Em 29-2-84 — 5ª Turma).

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

APELAÇÃO CÍVEL Nº 73.539 — RN

Relator: O Sr. Ministro Leitão Krieger

Apelante: IAPAS

Apelado: Manoel Lúcio de Góis.

EMENTA

Processual. Ação penal e Ação civil. Competência judicial. Aplicação do artigo 1.525 do Código Civil. Prescrição quinquenal.

Juiz que detém competência cumulativa, tendo julgado a ação penal, também pode julgar a ação civil arrimada nos mesmos fatos. Inaplicabilidade do artigo 252, inc. III, do CPP. O julgamento tardio da ação penal não impede ajuizamento da ação civil, para obter a reintegração, a fim de obstar a prescrição.

Sentença que se reforma, para declarar extinto o processo.

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 provimento à apelação para modificar a sentença e julgar a ação improcedente, 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 novembro de 1982 (Data do julgamento) — Ministro Lauro Leitão, Presidente — Ministro Leitão Krieger, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Leitão Krieger (Relator): Manoel Lúcio de Góis, brasileiro, casado, do comércio, residente em Natal, na Rua Professor Fontes Galvão, nº 757, ajuizou ação ordinária contra o Instituto Nacional da Previdência Social, na qual busca

anulação do ato administrativo que o demitiu dos quadros da autarquia.

Segundo a peça inicial, era Escriurário daquele Instituto e exercia, em comissão, as funções de Delegado no Estado do Rio Grande do Norte, quando foi submetido a inquérito administrativo por suspeita de irregularidades, inquérito de que resultou sua demissão, por Portaria nº 316, de 23 de março de 1966, quando contava vinte e dois anos de serviço.

Pelos mesmos fatos do inquérito foi denunciado pela prática de apropriação indébita, estelionato, falsificação de papéis públicos, peculato e peculato por erro de outrem.

Foi julgado por sentença, datada de 10 de fevereiro de 1978, em que foi decretada a prescrição relativa aos delitos de apropriação indébita e peculato, com decorrente extinção da punibilidade, tendo sido absolvido no que diz com as demais infrações por falta de provas.

Sustenta que, em face da absolvição, impõe-se sua readmissão, mesmo porque o inquérito administrativo de que resultou seu afastamento está eivado de vícios, que o invalidam.

Requer, assim, readmissão, com promoções a que tem direito e pagamento dos vencimentos em atraso. Juntou documentos.

Contestou a autarquia (fls. 43/50), argüindo, em preliminar, a prescrição quinquenal, pois decorridos muito mais de cinco anos desde a demissão até a propositura da presente ação. Quanto ao mérito, argumenta que as instâncias administrativas e penal são independentes e que a absolvição, nas condições dadas, extinção da punibilidade pela prescrição e falta de provas, não afetam o ato administrativo, praticado com todas as formalidades estatutárias. Por tais razões, deve a ação ser julgada improcedente.

Replica o autor, reiterando o já sustentado, e citando doutrina que entende lhe seja favorável (fls. 52/57).

Saneador irrecorrido às fls. 66/67. Realiza-se a audiência (fl. 68 e v.), que se limitou aos debates, nas quais as partes reiteram os pontos de vista que vinham sustentando.

É prolatada sentença (fls. 70/84), na qual o ilustrado Juiz Federal, após alongar-se em considerações de ordem doutrinária, conclui que «não deve correr prescrição beneficiando o Poder Público, em caso de demissão de funcionário sob a acusação única de haver praticado delitos contra a Administração Pública, sem concurso com faltas disciplinares, enquanto não transitar em julgado a sentença penal». Conclui, a respeitável decisão, que cumpria à entidade-ré a prova dos fatos impeditivos do pedido do autor, já que este provou suas alegações.

Deu pela procedência da ação, para o fim de decretar a anulação do ato que demitiu o autor, determinando sua reintegração no cargo, com as promoções a que tiver direito e com pagamento dos atrasados, além de condenação nas custas e honorários advocatícios.

Apelou a autarquia, argüindo, preliminarmente, impedimento do prolator da sentença (artigo 252, III, do Código de Processo Penal), aduzindo longas razões e juntando documentos (fls. 86 e seguintes). Contra-arrazou o autor, ora apelado (fls. 118/120). Ambos porfiam no que vinham sustentando. Subiram os autos ao Tribunal.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Leitão Krieger (Relator): Improcedente a argüição, posta pelo apelante, de impedimento do ilustrado Juiz prolator da decisão, com pretendido assento no inc. III do artigo 252 do Código de Processo Penal. A hipótese ali prevista é outra, inaplicável à espécie.

Aqui, o ilustrado Juiz, exercendo competência cumulativa, julgou a ação penal e não só podia, como devia julgar também a ação cível.

A autarquia recorrente, já desde a contestação, vem invocando a prescrição quinquenal, pois que decorrido lapso de tempo muito maior entre o ato demissório e a propositura desta ação.

Ao propósito, a respeitável sentença apelada lembra os seguintes óbices: «d) durante os quase 14 (quatorze) anos de tramitação da ação penal, o autor ficou impedido de vir a Juízo discutir a sua demissão, isto é, discutir o ato administrativo, em face de não ter havido um pronunciamento judicial sobre os delitos que lhe eram apontados e que se vincula-

ram à sua demissão» (fls. 75, *in fine*, e 76).

E mais adiante, acrescenta ainda a respeitável decisão: «Na situação descrita, que é a dos autos, o jurisdicionado que foi demitido do cargo público sob a acusação de ter cometido ilícitos penais, permanecerá, enquanto não houver julgamento definitivo da ação criminal, dependente de tal solução. Não poderá intentar ação de anulação do ato administrativo, nem reivindicar a sua reintegração, por mais insustentável que tenham sido os motivos do ato de demissão. A prescrição, em tal caso, deve correr normalmente?...» (fls. 77, *in fine* e 78).

Em que pese à erudição do prolator da respeitável sentença, mister é que se diga: não estava o autor obrigado a deixar que se consumasse a prescrição. Podia e devia, para obviar a extinção de seu eventual direito, ingressar, antes de decorridos cinco anos do ato demissório, com a ação civil. E isso, em decorrência do disposto no artigo 1.525 do Código Civil, o qual estabelece que a responsabilidade civil é independente da criminal. O fato de estar o autor sendo processado criminalmente não o impedia de dar ingresso, no Juízo Cível, com a ação, que somente sero-diamente intentou.

Poder-se-ia cogitar, em tal caso, para evitar decisões contraditórias, de aplicação analógica ou por extensão (artigo 3º do CPP) do parágrafo único do artigo 64, também do diploma processual, suspendendo o Juiz da ação civil o seu curso até o julgamento da ação penal.

E isto porque, se nesta última a sentença negasse categoricamente a existência do fato ou negasse ser o réu o seu autor, qualquer dessas circunstâncias já não poderia ser discutida na ação civil, nos precisos termos do já mencionado artigo 1.525 do Código Civil.

Mesmo quando o deslinde da lide civil depende necessariamente, e não é o caso, de apuração de infração penal, mesmo aí não está vedado o ajuizamento da ação civil. É o que se depreende dos termos do artigo 110 do Código de Processo Civil: «Se o conhecimento da lide depender necessariamente da verificação da existência de fato delituoso, pode o Juiz mandar sobrestar no andamento do processo até que se pronuncie a Justiça criminal».

Se assim é, o que impedia o ora apelado de tempestivamente ingressar com a ação, que somente agora intentou, quando o decurso de tempo fez desaparecer ou esmaeceu as provas?

Razão assiste, assim, ao apelante. Consumou-se, inexoravelmente, a prescrição quinquenal, não sendo mais lícito ao funcionário demitido reclamar eventuais direitos decorrentes do ato demissório, quando é certo que deixou decorrer largo tempo sem postular, quer a nulidade do inquérito, quer a declaração de demissão injusta.

Aliás, a respeitável sentença absolutória, nos termos em que foi prolatada, não impediria que a autoridade administrativa aplicasse sanções, inclusive a de demissão, pela prática de graves faltas administrativas, apuradas em inquérito.

De outro lado, se examinado fosse o mérito, tal exame não favoreceria tampouco o ora apelado. Na ação não logrou comprovar vício que inquinasse de nulidade o inquérito administrativo que deu causa à sua demissão.

Os Acórdãos invocados pelo apelado, constantes da RDA nº 97/113 e idem nº 34/225, não confortam sua pretensão, pois o primeiro julgou não provadas a materialidade e a autoria e, no segundo, tratava-se de absolvição por insanidade mental,

tendo sido o autor reintegrado para fins de aposentadoria.

Além disso, alegou o apelante que, com arrimo nas conclusões do inquérito, a autarquia promoveu contra o apelado execução fiscal, correspondente ao alcance praticado, processo que foi julgado procedente em Primeira Instância, posteriormente confirmada a decisão por este Egrégio Tribunal.

Essa alegação (fl. 87), não foi reafirmada pelo apelado.

Em face do acolhimento da preliminar, dispensa o mérito maior exame, o que já se fez por demasia.

Pelas razões apontadas, dou provimento à apelação, para cassar a decisão apelada, julgando extinto o

processo (artigo 269, IV do CPC), com inversão dos ônus da sucumbência.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 73.539 — RN — Rel.: O Sr. Ministro Leitão Krieger. Apte.: IAPAS. Apdo.: Manoel Lúcio de Góis.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento à apelação para modificar a sentença e julgar a ação improcedente. (Em 19-11-82 — 1ª Turma).

Os Srs. Ministros Lauro Leitão e Otto Rocha votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Lauro Leitão.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 76.363 — AL

Relator: O Sr. Ministro Carlos Mário Velloso

Apelante: Usina Alegria S.A.

Apelado: IAPAS.

EMENTA

Tributário. FUNRURAL. ICM. Cana-de-açúcar. Base de Cálculo. FUNRURAL. Contribuição.

I — Incorporação do ICM ao preço de cana-de-açúcar no campo, por isso que esse imposto é devido desde a saída desta para as usinas. Assim incorporado ao valor comercial, passa a integrar a base de cálculo das contribuições para o FUNRURAL.

II — A contribuição do FUNRURAL, que não é imposto, mas contribuição especial, ou contribuição parafiscal, assim um tertium genus tributário, não obstante submetida ao regime tributário, não está sujeita às regras do artigo 18, § 5º, e artigo 21, § 1º, da Constituição Federal.

III — Recurso 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, negar provimento ao recurso, nos

termos do relatório e notas taquigráficas anexas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 17 de maio de 1982 (Data do julgamento) — Ministro Carlos Mário Velloso, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Carlos Mário Velloso: Usina Alegria S.A., empresa agroindustrial, ajuizou ação anulatória de débito fiscal contra o Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social — IAPAS, INPS e FUNRURAL, para o fim de anular débito referente a contribuições para o FUNRURAL, no montante de Cr\$ 1.293.438,23.

Alegou a autora, em síntese, que os réus pretendem cobrar-lhe a contribuição do FUNRURAL incidindo sobre a parcela do ICM calculada sobre o preço da cana, o que considera inconstitucional, por constituir cobrança de tributo sobre tributo. Diz que vem recolhendo as contribuições devidas ao FUNRURAL tomando como base o valor da cana no campo, em obediência às determinações constantes de Atos do IAA e às instruções da própria Assessoria Regional de Arrecadação e Fiscalização do FUNRURAL.

Os réus contestaram a ação, através do IAPAS (fls. 33/45), alegando, preliminarmente, a ilegitimidade processual passiva do INPS e do FUNRURAL. No mérito, sustentaram a legitimidade da cobrança, pois o valor comercial da cana sobre o qual incide a contribuição para o FUNRURAL inclui o ICM. Com efeito, as normas insertas na legislação instituidora do Programa de Assistência ao Trabalhador (Lei Complementar nº 11, de 25 de maio de 1971), estabeleceram que a contribuição para o custeio do PRORURAL será calculada sobre o «valor comercial do produto rural» e não mais sobre o «produto agrário in natura», como era previsto pelo Decreto nº 704, de 24-7-69.

O INPS e o FUNRURAL foram excluídos da lide, através da decisão de fls. 85/86.

Sobreveio, ao cabo, a sentença de fls. 116/133, que julgou improcedente a ação, condenada a autora nas custas, honorários periciais e advocatícios, estes arbitrados em 10% do valor da causa, aplicando-se, quando cabível, a Lei nº 6.899/81.

Argumentou:

«11. Trata-se de Ação Ordinária Anulatória de Débito Fiscal, ao fundamento de que não procede a inclusão do ICM no preço da cana-de-açúcar para efeito de calcular-se o valor da contribuição do FUNRURAL.

12. A ação, data venia, desprocede.

13. Conquanto a autora tenha exposto, com inegável brilho, argumentos que, à primeira vista, parecem irrespondíveis, na verdade não há como excluir o ICM do «valor comercial» da cana-de-açúcar, pois o contribuinte de direito do ICM é o plantador embora o de fato seja a usina.

14. Com efeito, a teor dos artigos 1º, I, e 6º, do Decreto-Lei nº 406/68, o fato gerador do ICM é a saída da mercadoria do estabelecimento e contribuinte é, exatamente, o produtor, comerciante ou industrial que promove a saída da mercadoria.

15. Dessa forma, não é o adquirente da cana (a usina, no caso) o contribuinte de direito do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias, e, sim, o fornecedor, desde a saída da cana-de-açúcar de sua propriedade.

16. O fato de a lei estadual, com fulcro no artigo 128, do CTN, delegar às usinas a obrigação do recolhimento do imposto, não altera nem modifica a estrutura do tributo, seu fato gerador e seu contribuinte de direito.

17. Decidindo hipótese semelhante, na Apelação em Mandado

de Segurança nº 82.009-SP, teve o Colendo Tribunal Federal de Recursos o ensejo de deixar assentado que «incidindo o ICM sobre o preço relativo à operação mercantil de que resultou a saída do gado do estabelecimento produtor, fica incorporado ao valor comercial dessa operação e, consequentemente, integra a base do cálculo das contribuições para o FUNRURAL». (Revista do Tribunal Federal de Recursos, nº 71, março de 1981, pág. 178).

18. O Egrégio TFR reformou, à unanimidade, decisão de primeiro grau que havia concedido a segurança impetrada pelo Frigorífico Kaiowa S.A., exatamente pelo mesmo argumento em que se arrima a presente ação, ou seja, o de que, sendo o ICM encargo do comprador, não pode onerar a contribuição devida ao produtor, por estranha ao real preço de venda.

19. Ao proferir seu voto, no julgamento da Colenda 1ª Turma do TFR, o eminente Relator, Ministro Otto Rocha, teve a oportunidade de asseverar:

«Sr. Presidente, a Egrégia 3ª Turma, ao julgar a AMS nº 78.306, de São Paulo, Relator o eminente Ministro Aldir Guimarães Passarinho, reformou sentença concessiva da segurança, em Acórdão com a seguinte ementa:

.....
 «Procuração: sua falta

Mandado de Segurança

FUNRURAL: Contribuições: ICM. Não há como considerar idênticas as bases de cálculo daquelas e desta. Lei estadual, transferindo o momento do recolhimento do ICM para o dia seguinte ao daquele em que se veri-

ficar o abate do gado adquirido não pode implicar a exclusão da contribuição do FUNRURAL.

ICM: Sua integração no valor comercial. Incidência sobre ele da contribuição do FUNRURAL.

Contribuinte de direito do ICM: o comerciante (artigo 6º do Decreto-Lei nº 406/618).

Multa:
 (Ac pub. no DJ de 17-11-77).

Naquela assentada de julgamento reformou-se sentença do então Juiz Federal, Dr. José Américo de Souza, sentença invocada nestes autos, para também conceder a segurança.

Eis a fundamentação do douto voto do eminente Ministro Aldir Guimarães Passarinho.

«De logo é de dizer-se que não tenho como relevante definir-se a natureza jurídica da contribuição para o FUNRURAL se imposto ou não, matéria examinada com cuidado pela inicial. Decisão a respeito se faria precisa apenas em face do argumento da impetrante, ora apelada, de que o ICM integrasse a base de cálculo, para efeito da contribuição para o FUNRURAL, também deveria ela incidir sobre o valor pago pelo transporte de animais, seguro, etc., e implicaria tal procedimento em transformá-la em imposto também sobre o valor acrescido e com base de cálculo em tudo semelhante ao próprio ICM, o que seria inconstitucional, à vista do disposto no artigo 21, § 1º da Carta Magna.

Ora, não colhe o argumento, não só por ser o fato gerador diverso e isto, aliás, não é posto em dúvida como a base do cálculo das contribuições para o FUNRURAL seria diferente daquela que serve para o cálculo do ICM, pois segundo pretende a Administração daquele fundo dita

contribuição se faz também sobre o valor daquele imposto.»

20. O aresto citado pelo eminente Ministro-Relator, da lavra do insigne Ministro Aldir Guimarães Passarinho, examina, em seguida, o problema específico da legislação paulista que transfere o recolhimento do ICM para o dia seguinte àquele em que se verificar o abate do gado adquirido e que merece igualmente ser transcrito, por ocorrer, na espécie dos autos, hipótese análoga, eis que, neste Estado, não cabe ao fornecedor da cana-de-açúcar, como foi frisado, o recolhimento do ICM devido pela saída da cana-de-açúcar, vendida às usinas, mas a estas e, atualmente, até o 20º dia do mês subsequente àquele em que ocorreram as saídas dos produtos finais, conforme legislação estadual específica. (Ver laudo pericial).

21. Afirma o douto voto em tela:

«Outro argumento que de pronto é de ser afastado é o que diz respeito à legislação paulista referente ao ICM transferir o recolhimento de tal imposto para o dia seguinte àquele em que se verificar o abate do gado adquirido. Parece óbvio que qualquer dispositivo regulamentar do Estado que, para sua melhor fiscalização, ou por qualquer outro motivo, transfira o momento do recolhimento do imposto não pode significar a exclusão da contribuição do FUNRURAL, posto que, assim não fosse, estar-se-ia deixando que a legislação estadual implicasse em eliminação da contribuição federal em apreço sobre determinada parcela, no caso, a referente à contribuição para o fundo em foco. Por isso, data venia, sem maior valia, se-

gundo a mim parece, o argumento de que a base de cálculo da contribuição não poderia ser alentada por um valor futuro, correspondente ao ICM, já que este somente é devido pelo adquirente do gado bovino, quando de seu abate.»

«Não será, deste modo, por este argumento que se excluirá a incidência da contribuição sobre o ICM.»

«Na verdade, a meu ver, o ICM integra o «valor comercial» a que aludia o artigo 158 da Lei nº 4.214/63, alterado pelo Decreto-Lei nº 276/67, como por igual ocorre também após o advento da Lei Complementar nº 11, de 1971 dispondo, respectivamente, os dispositivos legais referidos:

«Art. 158. Fica criado o Fundo de Assistência e Previdência ao Trabalhador Rural (FUNRURAL), destinado ao custeio da prestação de assistência médico-social ao trabalhador rural e seus dependentes e que será constituído:

I — da contribuição de 1% (um por cento); devida pelo produtor sobre o valor comercial dos seus produtos e recolhida»...

(Art. 158 da Lei nº 4.214/63, com a alteração do Decreto-Lei nº 276/67).

«Art. 15. Os recursos para custeio do Programa de Assistência ao Trabalhador Rural provirão das seguintes fontes:

I — da contribuição de 2% (dois por cento) devida pelo produtor, sobre o valor comercial dos produtos rurais e recolhida;

- a)
- b)

Ora, certo é que no valor comercial de um produto se integram os impostos que o oneram, no momento em que é posto em comércio. E, no caso, as dúvidas são espancadas em face do disposto no artigo 2º, item I, do Decreto-Lei nº 406, de 31-12-1968, que fixou normas gerais de direito financeiro, aplicáveis ao imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e, no § 7º do mesmo artigo estabelecendo este, *in verbis*:

«O montante do imposto de circulação de mercadoria integra a base de cálculo a que se refere este artigo, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle.»

Embora, a meu ver, a redação do dispositivo em foco não seja das mais felizes, pois o valor do ICM não pode integrar a própria base de cálculo sobre o qual ele incide, não subsistem dúvidas de que integra ele o «valor comercial» pela explicitação formulada na parte final do artigo, segundo o qual constitui o seu destaque mera indicação para fins de controle. E é óbvio que assim seja em face do que expressamente dispõe o artigo 6º do mesmo decreto-lei, segundo o qual

«Contribuinte do imposto é o comerciante, industrial ou produtor que promove a saída da mercadoria». Deste modo, de fato, não é o adquirente o contribuinte de direito, tendo sido eliminado, no tocante ao ICM, o problema que tantas vezes surgia no referente ao antigo imposto de consumo (hoje sobre produtos industrializados), quando havia isenção a beneficiar o adquirente. E não tem significação maior, como já ficou dito, que a legislação complementar paulista tenha fi-

xado momento outro, qual, no caso, o do abate, para o recolhimento do ICM sobre o gado. É claro que tal circunstância não pode afetar a contribuição para o FUNRURAL, como pretende o ora apelado.»

Pediu vista dos autos o eminente Ministro Armando Rollemberg, concordando com o Relator, em voto assim fundamentado:

«Pedi vista e trago agora o meu voto.

De acordo com o Decreto-Lei nº 406/68, o imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias, quanto ao produtor, seu contribuinte (artigo 6º), tem como fato gerador a saída da mercadoria do respectivo estabelecimento (artigo 1º, inciso I) e é calculado sobre o valor da operação de que decorrer dita saída (artigo 2º, I).

Ao alienar gado bovino, portanto, o pecuarista se torna devedor do ICM, cujo pagamento, no Estado de São Paulo, é cometido ao abatador na forma prevista no Decreto nº 5.410/74, mas nem por isso, deixa dito quantitativo de ser acrescido ao preço do produto propriamente.

Ora, se assim é, não há por que deixar de considerar o montante respectivo como integrando o valor comercial da mercadoria, e, conseqüentemente, a base de cálculo da contribuição para o FUNRURAL, tal como definida nos diversos diplomas legais que regularam a matéria, e, mais recentemente, na Lei Complementar nº 11/71.

De outro lado, assentada ser essa base de cálculo sobre a qual

a impetrante deveria haver recolhido as contribuições para o FUNRURAL, não há como ter-se por ilegal procedimento adotado pela fiscalização do mesmo, considerando-a devedora de diferenças de contribuições e aplicando-lhe a penalidade cabível.»

Também entendo que o montante do ICM incide sobre o preço relativo à operação comercial de que resultou a saída do gado do estabelecimento produtor e, por esta razão, e em virtude de lei, integra a base do cálculo, incorporando-se ao valor comercial dessa operação.

A sentença recorrida, como se vê, não se afina com o precedente citado, da E. 3ª Turma, o que me leva a dar provimento à apelação, para o fim de reformar a sentença e cassar a segurança.

É o meu voto.» (Revista do TFR nº 71, págs. 178/181).

22. Como se verifica, os argumentos da inicial, e os constantes do memorial da autora, embora brilhantemente expendidos por seu nobre patrono, não podem prosperar, face aos precedentes do Egrégio TFR, que acabam de ser citados.

23. O voto do eminente Ministro José Dantas transcrito pela autora, em seu memorial, conquanto mereça o maior respeito pela autoridade e brilho da inteligência de seu prolator, *data venia*, dissente da jurisprudência dominante no TFR e não se sabe mesmo se restou vitorioso.

24. Do preço da cana-de-açúcar no campo não se pode excluir o ICM, já devido desde sua saída para as usinas, devendo ser acolhido o parecer acostado à fls..., por seus jurídicos e irretorquíveis fundamentos.

25. A alegação de que a autora vem seguindo orientação do IAA e da própria Assessoria Regional de Arrecadação e Fiscalização do FUNRURAL não pode prevalecer em face do que a lei e o regulamento respectivo determinam.

26. Como ensina Baleeiro, citando pela autora, os atos das autoridades administrativas se revestem de caráter normativo, na medida em que se conformam com as leis e regulamentos.

27. E, no caso *sub judice*, isso incore, pois a suposta orientação do IAA, bem como a da Assessoria Regional de Arrecadação e Fiscalização do FUNRURAL (sic) não estão conforme a lei e os regulamentos próprios.

28. Acresce que o Manual de Orientação do Contribuinte do FUNRURAL, citado na letra c do decisório da Junta de Recursos da Previdência Social de Alagoas (fls. e fls.), refere-se tão-somente ao valor da cana-de-açúcar no campo. E, é este conceito que deve ser interpretado: a autora e a Junta de Recursos da Previdência Social entendem que, nesta expressão, não se inclui o valor do ICM.

29. Já o Conselho de Recursos da Previdência Social e outros abalizados julgados têm posição oposta, considerando o ICM integrativo do valor comercial do produto rural. A este entendimento, emprestamos nossa desvalorosa adesão.

30. No que tange à consulta dirigida por S.A. Leão Irmãos Açúcar e Alcool, somente esta empresa poderia arguir, em seu prol, a diretriz recebida e que a autora julga favorável à sua tese.

31. Todavia, sobreleva observar que a resposta à consulta aludida não diz, em momento algum, que do valor da cana-de-açúcar no campo está excluído o ICM. A interpretação da autora é que é nes-

te sentido, da qual, porém, dissentes, **maxima venia**.

32. Nem se alegue que haja, no caso, bitributação, embora a autora, equivocadamente, se refira ao artigo 19, III, letra a, da Constituição Federal. O dispositivo citado concerne à imunidade tributária, e não à bitributação, esta vedada pelo artigo 21, § 1º, da Carta Magna. Não há falar em bitributação, no caso vertente, eis que não só o fato gerador do ICM é diverso ao do FUNRURAL, como já demonstrado no voto suso transcrito, mas, também, porque a base de cálculo das contribuições do FUNRURAL é diferente daquela que serve para o cálculo do ICM.

34. O só fato de o tributo incidir sobre parcela incorporada de outro tributo não vulnera o mandamento constitucional, pois é até normal que isso aconteça, dada a impossibilidade de separarem-se tais valores, sendo até curial que o preço do produto, nos impostos indiretos, com sua peculiar repercussão, englobe os impostos sobre ele incidentes.

35. Assim ocorre com o ICM, com o IPI, com os impostos de importação e exportação, e até com o imposto direto de renda sobre proventos de qualquer natureza, pois incide sobre salários que já sofreram a incidência da contribuição previdenciária.

36. Somente o imposto único sobre combustíveis, lubrificantes, energia elétrica e minerais do País não está sujeito a tais incidências. Mesmo assim, existe a ressalva expressa do artigo 217, do CTN, que dispõe sobre a não exclusão da incidência das contribuições para-fiscais, mencionando, especificamente, as devidas ao FUNRURAL (item III), mesmo quando já sejam devidos impostos e taxas.»

(fls. 120/132).

Apelou a autora (fls. 138/151), analisando os fundamentos da r. sentença e repisando os argumentos da inicial.

Resposta da apelada às fls. 155/162.

Sem parecer da ilustrada Subprocuradoria-Geral da República (RI, artigo 63, § 2º), vieram-me os autos conclusos.

Ê o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Mário Velloso (Relator): Afaste-se, primeiro que tudo, a alegação de inconstitucionalidade do Decreto-Lei nº 406, de 31-12-68, tendo em vista o disposto no artigo 181, III, da Constituição, com a redação da EC nº 1, de 1969.

1

A r. sentença está calcada em precedentes deste Egrégio Tribunal.

Na AMS nº 82.009-SP, Relator o Sr. Ministro Otto Rocha, decidiu a Egrégia 1ª Turma:

«FUNRURAL. Incidência sobre o ICM — Frigorífico.

Incidindo o ICM sobre o preço relativo à operação mercantil de que resultou a saída do gado do estabelecimento produtor, fica incorporado ao valor comercial dessa operação e, conseqüentemente, integra a base de cálculo das contribuições para o FUNRURAL.

Precedente deste Tribunal.

Apelo provido para cassar a segurança.» (RTFR, 71/178).

O Acórdão da AMS nº 82.009-SP, acima mencionado, embasa-se na decisão tomada pela Eg. 3ª Turma, na AMS nº 78.306-SP, Relator o eminente Ministro Aldir Passarinho, em que a questão foi proficientemente

analisada. Decidiu, então, a Eg. 3ª Turma:

«Procuração:

Mandado de segurança:

FUNRURAL: Contribuições. ICM. Não há como considerar idênticas as bases de cálculo daquelas e deste. Lei estadual transferindo o momento do recolhimento do ICM para o dia seguinte ao daquele em que se verificar o abate do gado adquirido, não pode implicar em exclusão da contribuição do FUNRURAL. ICM. Sua integração no valor comercial. Incidência sobre ele da contribuição do FUNRURAL.

Contribuinte de direito do ICM: o comerciante (artigo 6º do Decreto-Lei nº 406/68).

Multa:.... (RTFR, 57/133).

III

No caso, escreveu a sentença, com acerto:

«13. Conquanto a autora tenha exposto, com inegável brilho, argumentos que, à primeira vista, parecem irresponsáveis, na verdade, não há como excluir o ICM do «valor comercial» da cana-de-açúcar, pois o contribuinte de direito do ICM é o plantador embora o de fato seja a usina.

14. Com efeito, a teor dos artigos 1º, I, e 6º, do Decreto-Lei nº 406/68, o fato gerador do ICM é a saída da mercadoria do estabelecimento e contribuinte é, exatamente, o produtor, comerciante ou industrial que promove a saída da mercadoria.

15. Dessa forma, não é o adquirente da cana (a usina, no caso) o contribuinte de direito do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias, e, sim, o

fornecedor, desde a saída da cana-de-açúcar de sua propriedade.

16. O fato de a lei estadual, com fulcro no artigo 128, do CTN, delegar às usinas a obrigação do recolhimento do imposto, não altera nem modifica a estrutura do tributo, seu fato gerador e seu contribuinte de direito.»

IV

O fato do Estado de Alagoas ter estabelecido que o ICM incidente sobre as saídas de canas próprias e de fornecedores destinadas à industrialização será recolhido pelas empresas industriais ou pela Cooperativa Regional dos Produtores de Açúcar do Estado, na condição de contribuintes substitutos, não muda a questão.

Tem-se, em tal caso, que a legislação estadual cometeu a terceiro, diretamente ligado ao fato gerador da respectiva obrigação, a responsabilidade pelo pagamento do tributo.

Essa transferência, inspirada na comodidade da arrecadação, é assim explicada por Baleeiro («Dir. Trib. Brasileiro», Forense, 8ª ed., pág. 234).

«IV — Responsabilidade de Terceiro — No § 2º do revogado artigo 58, o CTN estabelecia expressamente casos especiais da responsabilidade de terceiro, previstos de modo genérico no artigo 128, em substituição ao contribuinte do ICM. O legislador inspirou-se na comodidade administrativa da arrecadação e do controle do tributo, ficando implícito que o terceiro se ressarcirá do ônus por meio da repercussão para trás, isto é, descontando do preço a pagar pela mercadoria ao respectivo dono, que «promoveu» a saída desta ou transferiu o domínio sobre ela.

Ou porque se trate de pequenos produtores disseminados em lugares ermos do sertão, como arraiais e zonas agrícolas, ou porque tais produtores não tenham habilitações literárias, ou econômicas para manter contabilidade, o legislador ordinário poderá preferir a inversão de papéis, exigindo o tributo de quem recebe e não de quem expediu a mercadoria e deu-lhe saída. Não o obsta, pensamos, o silêncio do Decreto-Lei nº 406, desde que continua a vigorar o artigo 128 do CTN.

É muito mais cômodo e expedito, por exemplo, exigir o ICM da fábrica de charutos ou cigarros, da charqueada, ou da usina de beneficiamento de leite, localizados em lugar mais acessível e com estrutura contábil presumivelmente organizada, do que de centenas de roceiros de fumo ou de criadores de gado em sítios de acesso mais distante e mais penoso.»

.....
V

Correta a sentença, pois quando escreve:

«24. Do preço da cana-de-açúcar no campo não se pode excluir o ICM, já devido desde sua saída para as usinas, devendo ser acolhido o parecer acostado às fls. por seus jurídicos e irretorquíveis fundamentos.

25. A alegação de que a autora vem seguindo orientação do IAA e da própria Assessoria Regional de Arrecadação e Fiscalização do FUNRURAL não pode prevalecer em face do que a lei e o regulamento respectivo determinam.

26. Como ensina Baleeiro, citado pela autora, os atos das autoridades administrativas se revestem de caráter normativo, na medida em que se conformam com as leis e regulamentos.

27. E, no caso sub judice isso incoorre, pois a suposta orientação do IAA, bem como a da Assessoria Regional de Arrecadação e Fiscalização do FUNRURAL (sic) não estão conforme a lei e os regulamentos próprios.

28. Acresce que o Manual de Orientação do Contribuinte do FUNRURAL, citado na letra c do decisório da Junta de Recursos da Previdência Social de Alagoas (fls. e fls.), refere-se tão-somente ao valor da cana-de-açúcar no campo. E, é este conceito que deve ser interpretado: a autora e a Junta de Recursos da Previdência Social entendem que, nesta expressão, não se inclui o valor do ICM.

29. Já o Conselho de Recursos da Previdência Social e outros abalizados julgados têm posição oposta, considerando o ICM integrativo do valor comercial do produto rural. A este entendimento, emprestamos nossa desvalorosa adesão.

30. No que tange à consulta dirígida por S. A. Leão Irmãos Açúcar e Alcool, somente esta empresa poderia arguir, em seu prol, a diretiz recebida e que a autora julga favorável à sua tese.

31. Todavia, sobreleva observar que a resposta à consulta aludida não diz, em momento algum, que do valor da cana-de-açúcar no campo está excluído o ICM. A interpretação da autora é que é neste sentido, da qual porém, dissentimos, **maxima venia**».

.....
(fls. 130/131).

VI

A apelante parece que argumenta existir, no caso, bitributação (CF, artigo 18, § 5º, e artigo 21, § 1º, da Constituição); não obstante, menciona, talvez equivocadamente, o artigo 19, III, a, da Constituição, que nada

tem que ver, *data venia*, com a questão, por isso que este último dispositivo constitucional diz respeito à imunidade recíproca, limitada a impostos, certo que, no caso, não se está impondo imposto a qualquer dos entes públicos — União, Estado, Município, ou autarquias (CF, artigo 19, § 1º).

Se a apelante deseja discutir a questão sob o ponto de vista da base de cálculo da contribuição do FUNRURAL e do ICM (Lei Complementar nº 11/71, artigo 15, I, 2ª parte; Decreto-Lei nº 406/68, artigo 2º, I), por entender que não poderiam tais bases de cálculo ser coincidentes (CF, artigo 18, § 5º, e artigo 21, § 1º), nem assim teria razão.

É que a contribuição do FUNRURAL não é imposto, mas contribuição, *tertium genus* tributário.

Com efeito.

VII

Sustento, na linha do entendimento do saudoso Rubens Gomes de Sousa que «a contribuição é um gênero de tributo suscetível de subdivisão em várias espécies. E isso em face do que dispõem (genericamente) a Constituição Federal no artigo 21, § 2º, I, e (especificamente) a mesma Constituição Federal nos artigos 163, parágrafo único, 165, XVI e 166, § 1º, e o CTN no artigo 217, nºs 1 a 5.» Rubens Gomes de Souza, «Natureza Tributária da Contribuição do FGTS», RDA, 112/27; RDP, 17/305). Assim, as contribuições não são somente as de melhoria. Estas, as contribuições de melhoria, são uma espécie do gênero contribuição; ou uma subespécie da espécie contribuição.

É certo que, relativamente às contribuições sociais, a contribuição previdenciária, *v.g.*, alguns autores, como Geraldo Ataliba, classificam-na ou como imposto (a contribuição do empregador), ou como taxa (a contribuição do empregado), presen-

te a divisão dos tributos em vinculados e não vinculados (Geraldo Ataliba «Hipótese de Incidência Tributária», RT, 1973, pág. 193; «Sistema Constit. Trib. Brasileiro», 1968, págs. 184 e segs.; Marco Aurélio Greco, «A chamada contribuição previdenciária, caráter tributário. ...», RDP, 19/385).

Esses autores não estão errados e a sentença sob exame está nessa linha. A conclusão a que chegam está embasada em dados científicos. Entretanto, acho que, diante do direito brasileiro, as contribuições, que são tributos, podem e devem ser classificadas ou como contribuição, ou como contribuições especiais ou para-fiscais, observada, todavia, a lição do preclaro Geraldo Ataliba.

«A designação contribuição para-fiscal não retira a um tributo seu caráter tributário. Qualquer que seja o nome com que se batize, «toda obrigação pecuniária *ex lege* em benefício de pessoa pública ou com finalidade de utilidade pública», é tributo e se submete ao chamado regime tributário...» («Hipótese de Incid. Trib.» cit., p. 201).

É que, como escreveu o saudoso Ministro Rodrigues Alckmin, «assim, critério classificatório sem dúvida jurídico, embasado na hipótese de incidência ou fato gerador, conducente à dicotomia — taxa. imposto — pode ser afastado pelas normas legais, que adotem classificação outra, com preponderante influência na aplicação do direito». Rodrigues Alckmin «Os Tributos e sua Classificação», Co-edição Instituto Brasileiro de Direito Tributário, Edit. Resenha Tributária, São Paulo, 1975). No julgamento do RE nº 75.972, em que uma empresa liberada constitucionalmente do pagamento de impostos queria forrar-se ao recolhimento da chamada Taxa de Renovação da Marinha Mercante, a Corte Suprema considerou esse adicional ao frete como uma contribuição decorrente

da intervenção da União no domínio econômico e não como imposto, pelo que a empresa teria que pagá-la, porque somente de imposto se achava livre. Esclarece o Ministro Rodrigues Alckmin a respeito desse julgamento:

«Ponderou um dos votos — o do Ministro Baleeiro — que «à primeira vista, isso esdruxulamente chamado de «adicional ao frete» é imposto federal sobre transportes intermunicipais, previsto no artigo 21, VII, da Emenda nº 1/69. Nesse caso, a União pode exigi-lo de todos, exceto dos que gozam de imunidade, como os editores de jornais e livros, os Estados e Municípios, enfim os beneficiados pelo artigo 19, III, da CF. Teria razão a recorrida.

Mas, desde a CF de 1967, ficou expresso que a União pode decretar contribuições especiais ou parafiscais, princípio hoje consagrado pelos artigos 21, § 2º, I; 163, parágrafo único; 165, XVI; e 166, § 1º, da Emenda 1/69. É isso que nos coloca em posição absolutamente diversa daquela dos RMS nº 18.742 e 18.224, RTJ 46/64 e 57/742, quando diferente se apresentava nosso Direito Constitucional na espécie».

E concluiu por admitir que o tributo reclamado era de classificar-se, constitucionalmente, como contribuição, pelo que fugia, a sua exigência, à vedação consuticional.» (Rodrigues Alckmin, ob. cit., págs. 50/51).

VIII

No EAC nº 40.694 — SP, de que fui Relator, a Egrégia Segunda Seção não admitiu, em tema de contribuição previdenciária, a distinção entre a contribuição do empregador e do empregado de forma a fazer prevalecer quanto a esta última, o artigo 144 da LOPS, com base no artigo 168, IV, do Código Civil.

IX

Destarte, pelo que vimos de expor, não estaria a contribuição do FUNRURAL, que não é imposto, mas contribuição, assim um *tertium genus* tributário, sujeita às regras do artigo 18, § 5º, e artigo 21, § 1º, da Constituição Federal.

X

Há mais.

Este Egrégio Tribunal, na AMS nº 78.306-SP, Relator o Sr. Ministro Aldir Passarinho enfrentou a questão e rejeitou a tese do contribuinte («Rev. do TFR», 57/133).

Na AMS nº 78.562-PR, Relator o Sr. Ministro Pádua Ribeiro esta Egrégia Turma decidiu que «a contribuição para o FUNRURAL está prevista no § 2º do artigo 21 da Constituição, não se incluindo, pois, na redação do § 1º, daquele preceito, que se refere a impostos». (4ª Turma, em 2-9-81).

O recurso, está-se a ver, também sob esse aspecto, não merece provimento.

XI

Diante do exposto, confirmo a sentença.

Nego, em consequência, provimento ao recurso.

VOTO

O Sr. Ministro Bueno de Souza (Revisor): Senhor Presidente, sem assumir compromisso, com a devida vênia, com a qualificação da contribuição devida ao FUNRURAL como qualquer espécie do gênero tributo, certo é que já votei, nesta Colenda Turma, como Relator, e na conformidade de nossos precedentes (aliás, invocados por V. Exa.), no sentido de que não há confundir valor comercial da mercadoria (valor-base

para incidência da alíquota de 2% da contribuição) com o preço de aquisição.

Assim, na conclusão, fico de inteiro acordo com o voto de V. Exa.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 76.363 — AL — Rel.: Sr. Ministro Carlos Mário Velloso. Apte.:

Usina Alegria S.A. Apdo.: IAPAS.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso (Em 17-5-82 — 4ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Bueno de Souza e Antônio de Pádua Ribeiro. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Carlos Mário Velloso.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 77.713 — SP

Relator: O Sr. Ministro Sebastião Reis

Apelante: EMBRAFUNGE — Empresa Brasileira de Fundições Gerais Ltda.

Apelada: União Federal

EMENTA

Processual Civil e Tributário. Embargos de Devedor. Prazo. Lei nº 6.830/80.

Nos termos dos artigos 8º, 12 e 16 da Lei nº 6.830/80, a intimação da penhora, por publicação no órgão oficial, concerne, apenas, às Capitais; para as Comarcas do interior do Estado, criou-se a alternativa da intimação, por via postal, ao lado do sistema do CPC vigente (artigos 378, I e 669) representado pela intimação respectiva, mediante mandato, cumprido pelo Oficial de Justiça.

In casu, em se tratando de execução ajuizada em Comarca fora da Capital, é regular a intimação, no particular, por mandado judicial, observada a regra geral do estatuto processual vigente.

Negou-se provimento ao recurso voluntário.

ACORDÃO

RELATÓRIO

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, 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 1983 (Data do julgamento) — Ministro Sebastião Reis, Relator — Ministro Moacir Catunda, Presidente.

O Sr. Ministro Sebastião Reis: EMBRAFUNGE — Empresa Brasileira de Fundições Gerais Ltda. oferece os presentes embargos de devedor à execução que lhe move a Fazenda Nacional, no tocante à cobrança da quantia de Cr\$ 227.641,00 referente a IPI, acrescida da multa de 30%, mais acessórios legais, opondo, em resumo, que a correção monetária e os juros de mora devem ser limitados a 30% do valor originário do débito, ao lado de a atualização monetária incidir apenas sobre o líquido do imposto, excluídas de sua base de

cálculo a multa e os juros de mora, impugnando, ainda, a cobrança dos encargos do Decreto-Lei nº 1.025/69.

Certificado à fl. 11 pelo Cartório que os embargos tinham sido apresentados a destempo, o MM. Juiz de Direito da Comarca de Guarulhos, em São Paulo, os rejeitou liminarmente, por intempestivos, mandando prosseguir na execução.

Apela a executada e com a resposta da credora, neste Tribunal, a douta Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pela confirmação da decisão recorrida.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Sebastião Reis (Relator): A controvérsia ora posta gira exclusivamente em torno da oportunidade dos embargos de devedor apresentados, negada na decisão apelada e afirmada pela recorrente.

Vê-se dos autos de execução apenas que a intimação pessoal da penhora ocorreu a 21-9-81, tendo sido a ação incidental ajuizada em 13-11-81, mediando entre um e outro momento entretempo superior a 30 dias, sustentando a apelante a tempestividade dos seus embargos, porquanto o seu termo inicial se contaria a partir da intimação da penhora, por publicação no órgão oficial.

Transcrevamos a Lei nº 6.830/80, no particular:

«Art. 12. Na execução fiscal, far-se-á a intimação da penhora ao executado mediante publicação no órgão oficial, do ato de juntada do termo ou do auto de penhora.

§ 1º Nas comarcas do interior dos Estados, a intimação poderá ser feita pela remessa de cópia do termo ou do auto de penhora, pelo correio, na forma estabelecida no artigo 8º, incisos I e II, para a citação.

.....
 § 3º Far-se-á a intimação da penhora pessoalmente ao executado, se, na citação feita pelo correio, o aviso de recepção não contiver a assinatura do próprio executado, ou do seu representante legal.»

.....
 «Art. 16. O executado oferecerá embargos, no prazo de 30 (trinta) dias, contados:

I — do depósito;

II — da juntada da prova da fiança bancária.

III — da intimação da penhora.»

No caso concreto, extrai-se dos autos da execução em apenso, que, não se dispondo a Fazenda Nacional a pagar as despesas da intimação por via postal (fls. 5/6), a comunicação se operou por mandado judicial cumprido pelo Oficial de Justiça, não se havendo, antes ou depois, cogitado de intimação por publicação no órgão oficial, mesmo porque se tratava de atos processados em comarca do interior.

Ao propósito, ensina o conceituado processualista Humberto Teodoro Jr., em seus comentários à «A Nova Lei de Execução Fiscal», à fl. 42:

«A sistemática da intimação da penhora pela imprensa é forma de comunicação de ato processual não cogitada pelo Código de Processo Civil. É inovação da Lei nº 6.830.

No procedimento codificado a penhora é intimada pessoalmente ao executado pelo Oficial de Justiça.

A intimação por publicação, instituída pela nova Lei de Execuções Fiscais, foi destinada apenas às Capitais, porque pressupõe divulgação no órgão oficial — (artigo 12)

Para as comarcas do interior, o § 1º do citado artigo, apenas criou uma faculdade: ou seja, a intima-

ção por via postal. Isto quer dizer que, continuou em vigor a sistemática do Código, com a alternativa de intimação pelo Correio.

Assim, a novidade implantada foi a intimação pela imprensa oficial, como regra, nas Capitais. E a manutenção do sistema ordinário do Código, para as comarcas do interior, com a faculdade de substituir-se a intimação por mandado — por intimação postal.

Portanto, como nem a Lei Nova, nem o Código, regula a intimação de penhora, nas comarcas do interior, por publicação em órgão não oficial, impõe-se concluir que a sistemática do artigo 12, caput, da Lei nº 6.830 não tem possibilidade de ser aplicada a não ser nas capitais.

Prevalece, por isso, a intimação da penhora nos executivos fiscais ajuizados nas comarcas do interior.»

Mais adiante, às fls. 49/50, completa o seu pensamento:

«No interior, a intimação tanto pode ser por via postal como por mandado...»

«Quando a intimação realizar-se por mandado, na capital ou no interior, a data do início do prazo de embargos será o da intimação constante de certidão do Oficial de Justiça.»

À luz desses ensinamentos autorizados e considerando que, na espécie, a cobrança se processa em comarca do interior do Estado, realmente, não há reclamar-se intimação da penhora, mediante publicação em órgão oficial.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso voluntário.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 77.713 — SP — Rel.: O Sr. Ministro Sebastião Alves dos Reis. Apte.: EMBRAFUNGE — Empresa Brasileira de Fundições Gerais Ltda. Apda.: União Federal.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso voluntário. (Em 20-6-83 — 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 CÍVEL Nº 78.428 — RJ

Relator: Sr. Ministro Miguel Jerônimo Ferrante

Apelantes: COLACE — Cia. de Lançamentos, Construções e Engenharia e outro e União Federal

Apelados: Os mesmos

EMENTA

Desapropriação. Indenização. Terreno de Marinha. Verba advocatícia.

A simples ocupação de terreno da marinha não confere direito adquirido indenizável, apenas reserva ao ocupante preferência ao aforamento, caso comprove sua inscrição até o ano de 1940 e quitação com o pagamento das taxas devidas nos termos do Decreto-Lei nº 9.760/46, artigo 105, item IV, e de conformidade com a ressalva do artigo 131, in fine, do mesmo diploma legal.

A conferência dos autos não se chega à conclusão de terem os autores direito adquirido ao aforamento do terreno, em causa. Não ficou elucidado se houve inscrição da ocupação até a data a que se refere a lei e se as taxas correspondentes foram pagas.

Verba advocatícia, razoavelmente arbitrada.

Apelações improvidas.

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 a ambas as apelações, na forma do relatório e notas taquigráficas retro que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 26 de março de 1984 (Data do julgamento — Ministro Antônio Torreão Braz, Presidente — Ministro Miguel Jerônimo Ferrante, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Miguel Jerônimo Ferrante: COLACE — Companhia de Lançamentos, Construções e Engenharia e Camillo Altílio Filho e sua mulher, Elza da Cruz Choupina Altílio, qualificados nos autos, propõem, perante o Juízo Federal da 2ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro, ação ordinária de indenização contra a União Federal, alegando, em síntese: que a empresa autora, por escritura que especifica, prometeu comprar a Camillo Altílio Filho, imóvel que descreve; que Camillo Altílio Filho houve por dação em pagamento da Cia. Territorial de Guaratiba S.A. o imóvel no caminho do Portinho a 1.260,00m da Estrada da Matriz; que, tendo em vista desapropriação em favor do Departamento Nacional de Estradas de Rodagem — DNER, o remanescente do imóvel ficou dividido em

duas áreas (sendo que da área 2, em face da promessa de venda em favor de Isaias Stiner Rejtman, acima mencionada, desmembrou-se os 200.080,00m²); que, a Cia. Territorial de Guaratiba S.A. houve ditas áreas a Amandio Nunes Martins que, por sua vez, houve as mesmas conforme Carta de Sentença de Formal de Partilha extraída dos inventários de Maria Macedo Sodré de Mello e outros; que, conforme o determinado pelo artigo 9º do Decreto-Lei nº 9.760/46 e pela Portaria Ministerial nº 230/73, o Serviço de Patrimônio da União, pela Delegacia no atual Estado do Rio de Janeiro, demarcou a posição da linha do preamar médio atingindo o imóvel de propriedade de Camillo Altílio Filho, acima descrito; que, decidida a aplicação do regime enfiteutico aos terrenos situados na citada planta da linha do preamar médio, o Serviço de Patrimônio da União fez publicar edital para que os interessados requeressem aforamento no prazo de 90 dias, atendido prontamente por Camillo Altílio Filho; que o Serviço de Patrimônio da União reconheceu a preferência ao aforamento em razão de o título apresentado ter sido devidamente transcrito há mais de 40 anos; que, entretanto, não foi aplicado o regime enfiteutico às áreas de propriedade deste autor, posto ter o Ministério do Exército demonstrado interesse em utilizar tais áreas em serviço público, o que ocorreu, definitivamente, em 12-12-1978, quando foi lavrado o Termo de entrega àquele Ministério da área de terrenos da marinha e acrescidos, onde se en-

contra o imóvel de propriedade dos autores; que, quanto ao direito, é límpido e cristalino o título de Camillo Altílio Filho que detinha o domínio pleno do imóvel por mais de 40 anos, tendo sido despojado, única e exclusivamente, do domínio direto sendo que a maneira pela qual o Ministério do Exército poderia haver a área seria por desapropriação; que por ter ocorrido desapropriação indireta os autores pretendem ser indenizados.

A União Federal contesta a ação, às fls. 61/76, aduzindo, preliminarmente, a ilegitimidade ativa ad causam e, no mérito, que o título originário de domínio inexistente já que todo o inventário foi realizado sem a apresentação do título de propriedade, apenas com base em simples alegações.

A seguir, sobreveio a sentença, de fls. 401/420, que julgou improcedente a ação, condenando os autores no pagamento das custas e da verba advocatícia.

Inconformados, os sucumbentes apelam, com as razões de fls. 424/437, e a União Federal, no tocante à fixação dos honorários, à fl. 441 (lê):

Contra-razões, às fls. 444/453 e 461/462, respectivamente.

Nesta Instância, a Subprocuradoria-Geral da República opina, às fls. 466/469, pela improcedência do recurso de COLACE — Cia. de Lançamentos, Construções e Engenharia e outros e pelo provimento da apelação da União Federal.

Pauta sem revisão.

E o relatório.

VOTO

O Senhor Ministro Miguel Jerônimo Ferrante: Os autores apelantes postulam indenização pelo desapos-

samento do terreno de marinha a que se referem na inicial.

Exibem, em respaldo dessa pretensão, títulos de propriedade que datam de mais de trinta anos, com transcrição no Registro de Imóveis.

Contudo, há a considerar, *prima facie*, que nos termos da legislação vigente, são insubsistentes e nulas quaisquer pretensões sobre o domínio pleno de terrenos de marinha e seus acrescidos, salvo quando originados em títulos outorgados pela União Federal (artigo 198 do Decreto-Lei nº 9.760/46).

E no caso tal não ocorre. De conseqüente, os títulos trazidos à colação não asseguram direitos sobre bens próprios da União Federal, porquanto são em si, inoperantes e ineficazes as transcrições no Registro de Imóveis. Não podem prevalecer, portanto, como prova de domínio.

É verdade que o Decreto-Lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946 (dispõe sobre bens imóveis da União e dá outras providências) reconhece ao detentor de «título de propriedade devidamente transcrito no Registro de Imóveis, preferência de aforamento» (artigo 105, item I). Mas, essa preferência, parece óbvio, é apenas um privilégio que se concede a quem exiba título dessa natureza, sem efeito jurídico. Reconhece-se, diante da situação anômala, preferência ao aforamento do terreno que é da União e só ela dele poderá dispor nos termos da legislação pertinente, sem que implique esse reconhecimento em direito à indenização caso o aforamento não for concedido.

Na realidade, equipara-se a situação dos apelantes à do ocupante e sob esse enfoque é que deve ser visualizada.

Ora, não há direito à indenização pela simples ocupação do terreno de marinha, em caso de desapropriação, ou retomada, salvo se o ocupan-

te tiver preferência ao aforamento porque inscrito até o ano de 1940 e quites com o pagamento das taxas devidas, nos termos do artigo 105, item IV, com a ressalva do artigo 131, *in fine*, todos do prefalado Decreto-Lei nº 9.760.

Vejamos os textos legais citados:

«Art. 105. Têm preferência ao aforamento:

.....
 «IV — os ocupantes inscritos até o ano de 1940 e que estejam quites com o pagamento das devidas taxas, quanto aos terrenos de marinha e seus acrescidos.»

.....
 «Art. 131. A inscrição e o pagamento da taxa de ocupação não importam, em absoluto, em reconhecimento, pela União, de qualquer direito de propriedade do ocupante sobre o terreno ou seu aforamento, salvo o caso previsto no item IV do artigo 105.»

Portanto, em suma, quanto aos terrenos de marinha e seus acrescidos, só há direito ao aforamento quando a ocupação tiver sido inscrita até 1940 e o ocupante vier pagando regularmente as taxas devidas. Nesse caso, iguala-se o ocupante ao enfiteuta, havendo, então, direito adquirido ao aforamento, indenizável em caso de não ser concretizado. Nesse sentido, tem-se orientado a jurisprudência desta Corte como dão exemplo os Acórdãos proferidos na Apelação Cível nº 39.048-SP, relatado pelo Ministro Armando Rollemberg, e na Apelação Cível nº 80.305-PE, de meu relato, assim ementados:

«Desapropriação de imóvel necessário à ampliação do Porto de Santos — Inclusão, no preço da indenização, de valor relativo à ocupação, pelos expropriados, de terreno de marinha. Satisfeitos os requisitos do item IV do art. 105 do Decreto-Lei nº 9.760/46 — ocupan-

tes inscritos até o ano de 1940, que estejam quites com o pagamento das taxas devidas — há, de acordo com a ressalva do artigo 131 do mesmo diploma legal, direito preferencial ao aforamento, cujo afastamento, pela via expropriatória é indenizável, devendo, entretanto, ser deduzido, do respectivo valor, a importância de 20 foros e um laudêmio, porque aplicável à hipótese o artigo 103, § 3º, do aludido Decreto-Lei nº 9.760.

Se o laudo do perito oficial observou esse entendimento e justificou plenamente o preço da indenização, é incensurável a sentença que o adotou, a qual merece reforma parcial apenas para estabelecer que os juros compensatórios serão calculados sobre o valor simples da indenização até a data do mesmo laudo e, a partir de então, sobre tal valor corrigido monetariamente, e que os honorários de advogado incidirão sobre a diferença entre a oferta e o valor da indenização, corrigidos ambos os valores.»

«Desapropriação indireta — Indenização — Terreno de Marinha.

A simples ocupação de terreno de marinha não confere direito adquirido indenizável, apenas resguarda ao ocupante preferência ao aforamento, caso comprove sua inscrição até o ano de 1940 e quitação com o pagamento das taxas devidas nos termos do Decreto-Lei nº 9.760/46, artigo 105, item IV, e de conformidade com a ressalva do artigo 131, *in fine*, do mesmo diploma legal.

A ocupação dos autores, mesmo somada à do seu antecessor, não se enquadra na prescrição legal, porque, além de ter sido a título precário, é muito posterior ao ano de 1940, de que cuida o item IV do artigo 105, do Decreto-Lei nº 9.760/46.

Apelação improvida.»

Destarte, considerando os pressupostos que informam o direito ao aforamento do terreno de marinha cabe indagar se os autores os atendem.

Ora, a questão não encontra resposta na prova produzida.

Com efeito, à conferência dos autos não se chega à conclusão de terem os autores direito adquirido ao aforamento do terreno em causa. Não ficou elucidado se houve inscrição da ocupação até a data a que se refere a lei, e se as taxas correspondentes foram pagas. Nada há a respeito do assunto, resultando daí a impossibilidade de se conceder qualquer indenização a esse título.

Na emergência, indenizáveis seriam as benfeitorias que porventura se encontrassem no terreno. Mas, igualmente, neste particular os autos nada informam. Inexiste qualquer prova de que os apelantes as tenham realizado, ou até mesmo que existam. A prova pericial, que poderia ter lançado luz sobre os variados aspectos da questão, não foi promovida, e isso sem qualquer protesto dos autores-apelantes. Sequer as razões de recurso aludem a esse fato.

Não há, portanto, como prosperar a irresignação apelatória.

Em remate, desacolhe-se a pretensão da ré-apelante de ver elevada a verba advocatícia, posto que se tem, como razoável, nas circunstâncias, o percentual instituído a esse título.

Em face do exposto, nego provimento a ambas as apelações.

VOTO VISTA

O Sr. Ministro Américo Luz: O douto prolator da sentença apelada, depois de tecer comentários críticos aos pareceres de fls. 289/290 e 295/297, do Diretor do Serviço do Patrimônio da União, especificamente

quanto à interpretação dada por S. Sa. a disposições do Decreto-Lei nº 9.760/46, asseverou (fls. 417/420):

«Embora tenha partido de uma premissa certa, afirmando que «os terrenos de marinha e acrescidos, neles compreendidos os mangues e alagados da costa, pertencem à União Federal por força de legislação centenária», as conclusões do referido parecer divorciaram-se daquele entendimento quase axiomático, desviando-se através de sofismas e equívocos, para limitar aquela propriedade ao domínio direto, ficando o domínio útil fora da restrição e conseqüentemente, suscetível de apropriação particular, na forma e dentro dos limites prefixados em legislação específica. Assim é que, ao ter como insubistentes e nulas quaisquer pretensões sobre o domínio pleno de terrenos de marinha e seus acrescidos, a União Federal, implicitamente, teria admitido a apropriação do domínio útil, «pois em relação a este inexistente a eiva de nulidade conseqüente a uma inalienabilidade não prescrita em lei».

Tal argumento não passa de um grosseiro sofisma, sem qualquer consistência jurídica. Na realidade, se o citado artigo 198 do Decreto-Lei nº 9.760, de 1946, pretendesse limitar à propriedade da União Federal ao domínio direto, a este teria se referido expressamente, e não ao domínio pleno, como o fez, afastando a pretensão do particular também com relação ao domínio útil. De fato, a cláusula final daquele dispositivo legal, que somente reconhece como legítimos os títulos outorgados pela própria União Federal, na forma do citado decreto-lei, exclui a aquisição, pelo particular, do domínio útil de terrenos de marinha e seus acrescidos, por qualquer outra forma, além da prescrita como condição para validade do ato. Assim, no re-

gime do Decreto-Lei nº 9.760, de 1946, o domínio útil dos terrenos de marinha e seus acrescidos somente se adquire mediante aforamento, ficando a sua transferência condicionada à prévia autorização da União Federal (artigo 102).

Outro equívoco indisculpável do referido parecer, porque resultante de evidente contradição, está no reconhecimento da existência de títulos regulares sobre os terrenos de marinha, preexistentes à demarcação da posição da linha da preamar média do ano de 1831, quando já se anunciara, como incontestada, a premissa de que aqueles terrenos, «neles compreendidos os mangues e alagados da costa, pertencem à União Federal por força de legislação centenária». Sendo a demarcação apenas declaratória, e não constitutiva do direito da propriedade, qualquer título de transferência do domínio útil de terrenos de marinha, que não tenha sido outorgado, originariamente, pela própria União Federal, deve ser considerado como alienação a non domino, inoponível, portanto, à sua legítima proprietária.

Já em outro parecer (fls. 289/290), o ilustre Diretor-Geral do Serviço do Patrimônio da União, ainda equivocadamente, deu a preferência ao aforamento foros de direito real, ao concluir que «a transferência das áreas para a jurisdição do Ministério do Exército e sua subsequente entrega, na forma da lei, deverá ser precedida da consolidação pela União da propriedade plena, já que o domínio útil permanece vinculado às transcrições imobiliárias existentes».

Ora, se a União Federal, como legítima titular do domínio pleno, no qual se compreende, como desdobramento, o domínio útil, não alienou este, reservando-se apenas o domínio direto dos terrenos de

marinha, o título dos autores, originário de uma aquisição a non domino somente lhes confere preferência ao aforamento, nos termos do artigo 105, inciso I, do Decreto-Lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946. Essa preferência não se confunde com o domínio útil, nem com qualquer outro direito real, conceituando-se como simples direito pessoal, subordinado a uma condição suspensiva, ou seja, à aplicação do regime enfiteutico à área abrangida pelo título de propriedade. Interessante notar que a lei (artigos 110 e 111 do Decreto-Lei nº 9.760, de 1946) não cogita da alienação do domínio útil, mas do direito ao aforamento.

Não há, por outro lado, qualquer impropriedade em conceder-se preferência ao aforamento aos que tiverem título de domínio devidamente transcrito no Registro de Imóveis, porque o título, embora imprestável para a transferência da própria coisa, cria uma presunção de posse, que se sobrepõe às demais situações, especialmente a dos ocupantes do imóvel, na ordem estabelecida no artigo 105 do Decreto-Lei nº 9.760, de 1946. A preferência outorgada ao proprietário putativo, ao adquirente a non domino, para obter o aforamento do terreno, como direito subordinado a uma condição suspensiva, não se concretiza, permanecendo em estado potencial, enquanto o evento não se realiza. E poderá frustrar-se totalmente, se a União Federal deixar de criar a condição para a sua concretização, ou seja para o exercício da preferência, que somente poderia ocorrer após a aplicação do regime enfiteutico ao terreno.

Foi o que aconteceu, no caso concreto. A União Federal, pretendendo dar outra destinação ao terreno, resolveu excluí-lo do regime enfiteutico. E o fez, com observância

da legislação aplicável, como informa o Sr. Diretor-Geral do Serviço do Patrimônio da União (fl. 212):

«A manifestação do Ministério do Exército, traduzida nos expedientes de V. Exa. constituem oposição à aplicação do regime de aforamento nas áreas em questão, conforme preceitua o artigo 100, letra a, do já citado Decreto-Lei nº 9.760, de 1946, razão pela qual, nos despachos proferidos nos diversos recursos apresentados, embora reconhecendo a existência dos pressupostos para a preferência ao aforamento, determinei a não aplicação do regime enfiteutico, solicitando, ao mesmo tempo, da Procuradoria da Fazenda Nacional no Estado do Rio de Janeiro o acompanhamento das ações judiciais em curso para manifestação do eventual interesse da União.»

Evidentemente, a preferência dos autores, que não pôde ser exercitada pela falta da realização da condição a que esteve subordinada, não se sobrepõe ao interesse da União Federal na destinação do terreno ao seu próprio serviço, que é prioritária. A consulta aos órgãos e entidades públicas, a que se refere o artigo 100 do Decreto-Lei nº 9.760, de 1946, precede à notificação dos demais interessados, de modo que aqueles têm prioridade sobre estes. Se houver impugnação e esta for julgada procedente, não se aplicará o regime enfiteutico à zona caracterizada na consulta. Desse fato, não se originará qualquer direito para os demais interessados, detentores de simples preferência ao aforamento, porque a União Federal, como titular do domínio pleno do terreno, tem, com relação a este, por nulas e insubsistentes quaisquer pretensões (artigo 198 do Decreto-Lei nº 9.760, de 1946). Não se poderia compelir

à União Federal a aplicar o regime enfiteutico a seus terrenos de marinha, nem muito menos obrigá-la a indenizar aquilo que, por força de legislação centenária, lhe pertence.

A não aplicação do regime enfiteutico a terrenos de marinha, como ato decorrente do poder discricionário da Administração, é insuscetível de revisão pelo Poder Judiciário, quanto à apreciação de seu mérito. Da prática desse ato, não resulta para a União Federal qualquer obrigação com relação a eventuais terceiros interessados, com preferência ao aforamento, porque, enquanto não se realizar aquele evento, pendente de condição suspensiva, tal preferência não se concretiza em direito, permanecendo este em estado potencial».

Os apelantes, louvando-se em trabalho do saudoso jurista Pontes de Miranda, pertinente à preferência para exploração de jazida mineral que, uma vez reconhecida pela Administração Pública teria a natureza de direito real, pretendem convencer de que, na espécie, o mesmo raciocínio se torna aplicável. Todavia, aquele notável jurisconsulto ensinou:

«O momento em que se constitui a enfiteuse é o em que o Estado e outorgado assinam o contrato enfiteutico, se o bem é das classes do artigo 66, I e II, do Código Civil. Se se trata de bem dominical (Código Civil, artigo 66, III), salvo *lex specialis*, tem de ser levado ao registro de imóveis o contrato enfiteutico. O vínculo de direito administrativo forma-se com a conclusão do contrato enfiteutico, mas é preciso que se registre, salvo *lex specialis*, para que o direito real limitado se constitua» (Tratado de Direito Privado, edição de 1957, vol. 18, págs. 82/83).

Não há falar-se em direito adquirido dos postulantes à concessão do

aforamento, senão em mera expectativa de direito, se a respectiva carta não chegou a ser expedida.

Conclui-se, destarte, pelo acerto do voto do eminente Ministro-Relator, cujos trechos principais relembro (lê):

Tal como rematou S. Exa., o Sr. Ministro Miguel Ferrante, também eu, por confirmar a sentença, nego provimento a ambas as apelações.

VOTO

O Sr. Ministro Antônio Torreão Braz (Vogal): Eu também confirmo a sentença apelada. Entendo que só haveria direito a perdas e danos na hipótese de posse anterior ou da existência do contrato de enfiteuse, devidamente formalizado. A situação aqui retratada, conforme se infere do relatório, era de simples expectativa de direito.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 78.428 — RJ — Rel.: O Sr. Ministro Miguel Jerônimo Ferrante. Aptes.: COLACE — Cia. de Lançamentos, Construções e Engenharia e outro e União Federal. Apdos.: Os mesmos.

Decisão: Após o voto do Relator, negando provimento a ambas as apelações, pediu vista o Sr. Ministro Américo Luz. Aguarda o Sr. Ministro Torreão Braz — Sessão de 15-2-84.

Prosseguindo-se no julgamento, a Turma, por unanimidade, negou provimento a ambas as apelações (Em 26-3-84 — 6ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Américo Luz, Torreão Braz. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Torreão Braz.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 79.096 — SP

Relator: O Sr. Ministro Carlos Mário Velloso

Apelante: Irmãos Borin

Apelado: IAPAS

EMENTA

Tributário. FUNRURAL. Empresas Agroindustriais e Agrocomerciais. Decreto-Lei nº 276, de 28-2-67; Decreto-Lei nº 704, de 24-7-69; Lei Complementar nº 11, de 1971; Lei Complementar nº 16, de 1973.

I — a partir da vigência do Decreto-Lei nº 276, de 28-2-67, as empresas agroindustriais ficaram obrigadas ao recolhimento de contribuições ao IAPI referentemente aos seus trabalhadores da área rural; estavam obrigadas, outrossim, ao recolhimento para o FUNRURAL da contribuição de 1% sobre o valor da matéria-prima própria utilizada na indústria; b) vindo a lume o Decreto-Lei nº 704, de 24-7-69, com vigência a partir de 1-8-69 (artigo 7º), as empresas agroindustriais ficaram dispensadas da contribuição ao FUNRURAL quanto ao seu setor rural; c) na vigência da Lei Complementar nº 11, de 1971, as empresas agroindustriais anteriormente vinculadas, inclusive quanto ao seu setor agrário, ao sistema geral

da previdência social, nele continuariam integradas, ex vi do seu artigo 29, assim dispensadas do recolhimento de contribuições para o FUNRURAL; d) com a Lei Complementar nº 16, de 1973, vigente a partir de 1-1-74, a situação ficou assim: mantiveram-se filiados ao INPS os empregados rurais de empresas agroindustriais e agrocomerciais que vinham descontando para a referida autarquia pelo menos a partir da Lei Complementar nº 11/71 (Lei Compl. 16/73, artigo 4º, parágrafo único). Destarte, a empresa ficou obrigada a contribuir para o INPS referentemente aos empregados do seu setor industrial e relativamente aos trabalhadores rurais que, pelo menos desde a data da Lei Compl. nº 11/71, descontavam para o INPS; e ficou obrigada a contribuir para o FUNRURAL, como produtora rural.

II — Recurso desprovido.

ACORDÃO

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

Decide a 4ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, prosseguindo no julgamento, por maioria, negar provimento ao recurso, vencido em parte, o Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, nos termos do relatório e notas taquigráficas anexas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei,

Brasília, 13 de dezembro de 1982 (Data do julgamento) — Ministro Carlos Mário Velloso, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Carlos Mário Velloso: A empresa Irmãos Borin opôs embargos à execução fiscal que lhe move o Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social — IAPAS, para receber a importância de Cr\$ 942.068,09, com os acréscimos legais, correspondente a contribuições do período de novembro de 1972 a julho de 1975.

Alegou a embargante, preliminarmente: a) que a penhora deve ser

declarada insubsistente porque recaiu em bens particulares de Hélio Borin e de sua mulher, adquiridos antes da constituição da sociedade; b) que falta elemento essencial à certidão de dívida ativa inscrita, uma vez que dela não consta o dispositivo legal em que se funda o crédito; c) que houve a decadência do direito de exigir o pagamento do crédito, por que os fatos geradores ocorreram antes de agosto de 1973. No mérito, disse que, desde a constituição da sociedade, efetuou o pagamento das contribuições ao órgão previdenciário, mas como este não deu assistência aos seus empregados, dirigiu-se ao INPS e ao FUNRURAL, onde foi informado de que sua matrícula naquele Instituto não tinha razão de ser e de que seus empregados continuariam sem assistência previdenciária. Solicitou, formalmente, ao INPS, na ocasião a solução do problema e a devolução das parcelas pagas indevidamente. Sem solução, resolveu a embargante encerrar suas atividades em 31-3-76, solicitando o cancelamento de sua matrícula. A autarquia que, até então, não considerara a condição de segurados aos empregados da embargante, por entender que não se tratava de empresa agroindustrial e nem agrocomercial, decidiu fazer-se

credora de parcelas não recolhidas. Realmente, a embargante, como empreiteira de corte de lenha, não poderia ser considerada empresa agroindustrial ou agrocomercial.

Impugnou o IAPAS (fls. 14/16), sustentando a legalidade da cobrança e dizendo que a embargante, como empresa de prestação de serviços, através da locação de mão-de-obra, é segurada obrigatória da Previdência Social.

Sobreveio, ao cabo, a sentença, (fls. 216/222), que rejeitou as preliminares argüidas pela embargante e, com arrimo no disposto no Decreto nº 77.077, de 24-1-76, artigo 3º, parágrafo único, julgou improcedente os embargos, por entender que a empresa embargante tem similitude com empresa agroindustrial, porque prestadora de serviços subsidiários à indústria e que ela chegou a recolher contribuições para o INPS no período compreendido entre outubro de 1970 a outubro de 1972. Condenou a embargante no pagamento das custas e de honorários advocatícios de 15% sobre o valor do débito.

Apelou, então, a embargante (fls. 228/234), insistindo nos mesmos argumentos expendidos na inicial e pedindo a reforma da r. sentença, «tendo em vista que se trata de empresa rural com trabalhadores rurais que não vinham sofrendo descontos para o INPS...»

Respondeu o apelado (fls. 236/239).

Sem parecer da ilustrada Subprocuradoria-Geral da República (RI, artigo 63, § 2º), vieram-me os autos conclusos.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Mário Veloso (Relator): As contribuições são do período novembro de 1972 a julho de 1975 e o levantamento do débito deu-se com a NRDV 30333, de

28-7-1978 (execução fiscal em apenso, fls. 2/4).

Diante disso, não há que se falar em decadência.

É que, por se tratar de tributo sujeito a lançamento por homologação, a contribuição mais remota, novembro de 1972, poderia ser levantada até 31-12-1982. No EAC nº 43.272-MG, de que fui Relator, examinei a questão em pormenor.

Disse eu, então:

«As contribuições previdenciárias estão sujeitas ao lançamento por homologação (CTN, artigo 150).

É preciso distinguir, primeiro que tudo, o lançamento por homologação das demais modalidades de lançamento, à luz do CTN. O ato privativo da autoridade administrativa, vinculado e obrigatório, que constitui o crédito tributário, que é o lançamento, «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 e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível» (CTN, artigo 142, e parágrafo único), resulta ou ocorre via de declaração (CTN, artigo 147), de ofício (CTN, artigo 149), ou por homologação (CTN, artigo 150).

Este último, por homologação, tem lugar no momento em que a autoridade administrativa homologa a atividade exercida pelo sujeito passivo, consistente no pagamento do tributo, ou no cumprimento do dever imposto ao contribuinte «de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa» (CTN, artigo 150). Assim, se a homologação atinge o cumprimento do dever de antecipar o pagamento, inexistente essa

condição — antecipação do pagamento — não há lançamento por homologação. Esta, com magnífica clareza, a lição de Luciano da Silva Amaro:

«O que se homologa, diz o dispositivo, é «a atividade assim exercida». Portanto, na falta dessa atividade (antecipação do pagamento) não há o que homologar. Se o sujeito passivo não antecipa o pagamento, é logicamente inconcebível o lançamento por homologação, porque este carecerá precisamente do objeto a homologar: o pagamento antecipado.» («Lançamento por Homologação e Decadência», «Resenha Tributária», 1975, 1.3, 25-75, pág. 335).»

Asseverou, com precisão, o Ministro Lafayette Guimarães, forte em Aliomar Baleeiro, no AgPt nº 37.239 (DJ de 13-2-75, pág. 784, «Fisco e Contribuinte», São Paulo, junho/75, págs. 468/470), que «exige, pois, o lançamento por homologação, o pagamento antecipado do imposto pelo contribuinte, sem prévio exame da autoridade (Aliomar Baleeiro, «Dir. Trib. Brasileiro, 2ª ed., pág. 462)».

Essa modalidade de lançamento é chamada, impropriamente, de autolancamento. Impropriamente, porque o lançamento é ato privativo da autoridade administrativa (CTN, artigo 142). Leciona, a propósito, José Souto Maior Borges, que «o conceito doutrinário de autolancamento não encontra correspondência com o direito positivo brasileiro, e é passível de críticas...» («Tratado de Dir. Trib. Bras.» Forense, IV, «Lançamento Tributário», 1981, pág. 427). Afastando-nos do significado técnico-jurídico do termo, até que encontraríamos justificativa para o uso da terminologia autolancamento. Porque, em realidade, para

antecipar o pagamento, deverá o contribuinte efetuar operações que caracterizam o lançamento, para o fim de determinar, v.g., quanto pagar (cálculo do montante devido); verificação da ocorrência do fato gerador; identificação do sujeito passivo, ou identificar-se o lançador como sujeito passivo.

Mas a verdade é que, à luz do CTN, mesmo efetivado, por antecipação, o pagamento, não há que se falar, ainda, em lançamento, por isso que, não custa repetir, o lançamento é ato privativo da autoridade (CTN, artigo 142). Com rigor técnico-jurídico-tributário, de conseqüente, lançamento só haverá, em caso tal no momento em que a autoridade administrativa, tomando conhecimento da atividade do contribuinte, expressamente a homologa, ou no caso da homologação ficta (CTN, artigo 150, caput, e § 4º).

Isto posto, temos: a) pagando o contribuinte, antecipadamente, o tributo, cumpriu ele a obrigação que lhe impôs a lei (CTN, artigo 150); b) cumprida a obrigação, extingue-se, sob condição resolutória (ulterior homologação), o crédito (CTN, artigo 150, § 1º); c) atendida a condição — homologação por pagamento antecipado — extinto estará o crédito (CTN, artigo 156, VII).

Surge, então, a indagação: em que prazo deve o Fisco proceder à homologação? A resposta está no § 4º, do artigo 150, CTN. No prazo, pois, de regra, de 5 (cinco) anos, que é de decadência, contado a partir da ocorrência do fato gerador, ocorrerá a homologação: (a) expressa, ou, na falta desta (b) ficta.

Na primeira hipótese haverá a manifestação expressa do Fisco; na segunda, por um motivo ou por outro, o Fisco deixa de manifestar-se no prazo mencionado. Expirado

este, sem manifestação da Fazenda, «considera-se homologado o lançamento». Num caso e no outro, extinto estará o crédito. Mas, acrescenta o citado § 4º, do artigo 150, que tal «homologação ficta» não ocorrerá, «se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.»

Então, mesmo esgotado o prazo de cinco anos, contado da ocorrência do fato gerador, e não tendo se manifestado a Fazenda, comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, não há que se falar em extinção do crédito, podendo o Fisco, depois de findo o prazo em apreço, proceder ao lançamento de ofício.

Indaga-se: essa regra seria cabível no caso, de feita a homologação expressa, assim efetivado o lançamento, vir o Fisco, ao depois, descobrir e comprovar a ocorrência de dolo, fraude ou simulação?

Ocorrendo a hipótese da homologação expressa, com esta o lançamento terá havido. Comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, o caso será de revisão de lançamento, na forma do disposto no artigo 145, III, c/c o artigo 149, VII, CTN. Essa revisão só poderá ocorrer ou somente «pode ser iniciada enquanto não extinto o direito da Fazenda Pública» (CTN, artigo 149, parágrafo único), ou seja, no prazo de cinco anos, com observância da regra inscrita no artigo 173, parágrafo único. Vale dizer, o prazo seria contado a partir da homologação expressa, por isso que, se a mera «medida preparatória indispensável ao lançamento» tem o condão jurídico de deslocar o dies a quo do prazo de caducidade para a data da notificação dessa medida, seria ilógico que a notificação do próprio lançamento (notificação decorrente da homologação) não tivesse força idêntica.

Imaginemos, agora, a hipótese de deixar o contribuinte de efetuar a antecipação do pagamento do tributo, deixando, assim de cumprir a obrigação que lhe foi imposta pela lei. Como deverá o Fisco proceder? Simplesmente fazendo instaurar o lançamento de ofício (CTN, artigo 149, V). O prazo de decadência, nesse caso, não será o do artigo 150, § 4º, CTN, por isso que, ali, está-se tratando de hipótese em que houve a antecipação do pagamento. Não tendo havido, então, a antecipação do pagamento, a regra a ser seguida é a do artigo 173, CTN, observando-se, em princípio, a regra do inciso I do artigo 173.

O mesmo deve ser dito, aliás, no caso da ocorrência da ressalva contida no § 4º do artigo 150, CTN, *in fine*: dolo, fraude ou simulação, tratando-se de «homologação ficta».

Contar-se-á o prazo, então, a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o Lançamento poderia ter sido efetuado, entendendo-se dita cláusula como significando não o exercício em que o sujeito passivo cometeu a inexactidão, ou a falta do pagamento, ou o cometimento dos vícios mencionados (dolo, fraude ou simulação), nem aquele em que o Fisco tomasse conhecimento da existência da inexactidão ou da existência do vício, mas, sim, o exercício seguinte àquele em que a homologação, assim lançamento, poderia efetivar-se, de modo ficto, ou seja, no exercício seguinte ao término dos cinco anos contados a partir do fato gerador. Exemplo: efetivou-se a antecipação do IPI relativo a um fato gerador ocorrido em maio de 1970. O Fisco não se manifestou no prazo de cinco anos, isto é, até maio de 1975. Ocorreria, nesta última data, a «homologação ficta». Descobriu-se, entretanto, em 1979, a ocorrência de dolo. Contar-se-ia o prazo, então, a par-

tir de 1º de janeiro de 1976 (CTN, 173, I). Até 31-12-80, poderia o Fisco constituir o seu crédito. Outro exemplo: Pêrsio, empregador, deixou de recolher contribuições previdenciárias em 1971, referentes a empregados seus, cujos fatos geradores ocorreram em 1971; até o ano de 1976, a instituição previdenciária poderia se manifestar, porque, por cumprir ao contribuinte antecipar o pagamento, tem-se, em princípio, lançamento por homologação. Mas a instituição previdenciária não se manifesta e vem a descobrir, em 1980, o fato. O prazo seria contado com observância do disposto no artigo 173, I, vale dizer, a partir de 1º de janeiro de 1977. Até 31-12-81, deverá o lançamento estar concluído (CTN, artigo 173, caput).

Esta interpretação parece-me razoável, por isso que de um certo modo benéfica ao interesse público, o que se justifica dadas as peculiaridades da situação, em que o contribuinte cometeu falta séria, deixando de cumprir obrigação decorrente de lei, assim fraudando a lei (não antecipação do pagamento, com apropriação de contribuições descontadas do salário do empregado, fraude à lei, fraude em sentido lato), ou procedendo com dolo, fraude (fraude em sentido estrito) ou simulação. De outro lado, ajusta-se ao sistema do CTN, que adota o princípio consagrado na Teoria Geral do Direito, da ocorrência de prazos de caducidade e de prescrição, como regras necessárias à garantia e segurança das relações jurídicas».

Desprovejo o apelo, no ponto.

II

No voto que proferi por ocasião do julgamento da AC nº 54.572-RJ, disse eu, forte no decidido na AMS nº

75.844-PR, Relator o Sr. Ministro Armando Rollemberg:

«a) a partir da vigência do Decreto-Lei nº 276, de 28-2-67, as empresas agroindustriais ficaram obrigadas ao recolhimento de contribuições ao IAPI referentemente aos trabalhadores da área rural; ao mesmo tempo, estavam obrigadas ao recolhimento para o FUNRURAL da contribuição de 1% sobre o valor da matéria-prima própria utilizada na indústria;

b) vindo a lume o Decreto-Lei nº 704, de 24-7-69, com vigência a partir de 1-8-69 (artigo 7º), as empresas agroindustriais ficaram dispensadas da contribuição para o FUNRURAL quanto ao seu setor rural;

c) na vigência da Lei Complementar nº 11, de 1971, as empresas agroindustriais anteriormente vinculadas, inclusive quanto ao seu setor agrário, ao sistema geral da Prev. Social, nele continuariam integradas, ex vi do artigo 29 da mencionada Lei Complementar nº 11, de 1971, assim dispensadas do recolhimento de contribuições para o FUNRURAL;

d) essa situação perdurou até que foi editada a Lei Complementar nº 16, de 1973, com vigência a partir de 1º de janeiro de 1974;

e) na vigência da Lei Complementar nº 16, de 1973, mantiveram-se filiados ao INPS os empregados rurais de empresas agroindustriais e agrocomerciais que vinham descontando para a referida autarquia previdenciária pelo menos a partir da Lei Complementar nº 11/71 (Lei Complementar nº 16/73, artigo 4º, parágrafo único). Destarte, a empresa ficou obrigada a contribuir para o INPS referentemente aos empregados do seu setor industrial e relativamente aos trabalhadores rurais que, pelo menos desde a data da Lei Complementar nº 11, descontavam para o INPS; e ficou

obrigada a contribuir para o FUNRURAL, como produtora rural, ainda que todos os seus trabalhadores rurais estivessem na condição de segurados do INPS, na forma do artigo 4º, parágrafo único, da Lei Complementar nº 16/73.

As contribuições, no caso, são para o INPS e dizem respeito ao período novembro de 1972 a julho de 1975.

III

Quanto às contribuições de novembro de 1972 a dezembro de 1973 (vigência da Lei Complementar nº 11/71), não há a menor dúvida de que são devidas. As contribuições de janeiro de 1974 até julho de 1975 não seriam devidas, se a embargante, ora apelante, tivesse provado que elas se referem a empregados rurais que não vinham descontando para o INPS pelo menos a partir da Lei Complementar nº 11/71. Porque, não custa repetir, a partir da vigência da Lei Complementar nº 16, de 1973, mantiveram-se filiados ao INPS apenas os empregados rurais de empresas agroindustriais e agrocomerciais que vinham descontando para a referida autarquia previdenciária pelo menos a partir da Lei Complementar nº 11/71 (Lei Complementar nº 16/73, artigo 4º, parágrafo único).

IV

Diante do exposto, nego provimento ao apelo.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 79.096 — SP — Rel.: O Sr. Ministro Carlos Mário Velloso. Apte.: Irmãos Borin. Apdo.: IAPAS.

Decisão: Após o voto do Sr. Ministro-Relator, negando provimento ao recurso, no que foi acompanhado pelo Sr. Ministro Bueno de Souza, pediu vista o Sr. Ministro Antônio de

Pádua Ribeiro. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Carlos Mário Velloso.

VOTO VISTA

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro: Sr. Presidente, pedi vista destes autos para melhor exame da controvérsia, especialmente tendo em conta as diversas questões de direito intertemporal decorrentes da legislação de regência.

Do estudo a que procedi, quanto à matéria de fundo, cheguei à mesma conclusão do ilustre Relator, cujo voto está apoiado em precedentes desta Corte, inclusive na AMS nº 75.844-PR — julgado este, de que foi Relator o eminente Ministro Armando Rollemberg — que mereceu o endosso do Excelso Pretório (RE nº 90.564-PR, RTJ 98/306, Relator o insigne Ministro Moreira Alves).

Divirjo, porém, no que concerne à contagem do prazo de decadência, do critério seguido pelo ilustre Relator na consonância das reflexões, em anexo, que fiz sobre a matéria relativa à contagem do prazo de decadência no caso de lançamento por homologação, em que se tenha verificado a ocorrência de dolo, fraude ou simulação (CTN, artigo 150; § 4º, parte final).

Ademais, para aplicar o critério preconizado pelo Sr. Ministro-Relator, é imperioso que se comprove a ocorrência daquelas situações defraudadoras, segundo se depreende dos expressos termos do citado preceito do Código Tributário Nacional, não se podendo presumir, conforme pretendido, a configuração de dolo, fraude ou simulação.

Além de ser imperiosa a comprovação das situações defraudadoras do Direito, constitui regra conhecida de hermenêutica que, até mesmo em caso de dúvida, há de preferir-se a exegese que as exclui.

Nesse sentido, preleciona Carlos Maximiliano (Hermenêutica e Aplicação do Direito, 5ª edição, Freitas Bastos, 1965, pág. 275):

«Todas as presunções militam a favor de uma conduta honesta e justa; só em face de indícios decisivos, bem fundadas conjecturas, se admite alguém ter agido com propósitos cavilosos, intuítos contrários ao Direito, ou à moral».

De ter-se em conta que a falta de recolhimento, na época própria, dos tributos sujeitos a lançamento por homologação (contribuições previdenciárias, IPI, ICM, imposto de renda na fonte) nem sempre resulta de dolo, fraude ou simulação.

Com efeito, em tal hipótese, são as seguintes as atitudes que podem assumir o sujeito passivo dentro do quinquênio Souto Maior Borges, opus cit., pág. 476):

- a) efetuar o pagamento do tributo tal como devido e na medida do seu débito;
- b) efetuá-lo com insuficiência;
- c) não efetuá-lo.

Neste último caso, o não pagamento pode decorrer:

- a) da verificação de crédito maior do que o débito apurado efetivamente no período fiscal;
- b) de erro na apreciação fática pelo sujeito passivo;
- c) de dolo, fraude ou simulação.

Portanto, conforme se depreende, a falta do pagamento de tributos, sujeitos a lançamento por homologação, acentue-se, nem sempre resulta da prática de dolo, fraude ou simulação. Tal aspecto, a meu ver, é decisivo para afastar a possibilidade de se admitir, no caso, que se presumam aquelas situações defraudadoras.

Assim votei nesta Corte, dentre outros casos, no EAC nº 43.272-MG e na AC nº 47.985-SP, cujos votos farei

a este anexar, a fim de que integrem a sua fundamentação.

Na espécie, as contribuições executadas referem-se ao período compreendido entre novembro de 1972 e julho de 1975, tendo sido feita a notificação de lançamento em 28-7-78 (a-penso, fls. 3/4).

Contando-se o prazo decadencial a partir da ocorrência dos respectivos fatos geradores (CTN, artigo 150, § 4º, 1ª parte), é de ver-se que estão cobertas pelo mencionado prazo extintivo as parcelas cujos fatos geradores se verificam anteriormente a 28-7-73.

Por tais fundamentos, dou parcial provimento à apelação para excluir da execução a cobrança das contribuições abrangidas pela decadência, nos termos retromencionados.

ANEXO

EAC 43.272-MG

I

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro: Perfilho a orientação no sentido de que as contribuições previdenciárias consubstanciam tributos, prescrevendo a ação para cobrá-las, bem como decaindo o direito de constituir o crédito a elas relativo, em cinco anos, por se achar revogado o artigo 144 da Lei nº 3.807/60 (Lei Orgânica da Previdência Social) pelos artigos 173 e 174 da Lei nº 5.172/66 (Código Tributário Nacional), entendimento esse que vem prevalecendo nesta Corte (REO nº 63.572-PR, EAC nº 64.478-MG, EAC nº 56.939-SP, EAC nº 62.733-SP, EAC nº 67.761-MT).

No caso, o débito cobrado refere-se a contribuições de janeiro de 1949 a maio de 1973, abrangendo, portanto, período anterior à vigência do CTN, que entrou em vigor em 1-1-67.

Daí ter pertinência a aplicação à espécie da doutrina no sentido de que a lei que reduz prazo é aplicá-

vel, a partir da sua vigência, desde que o prazo nela estipulado seja inferior ao saldo a fluir pela lei antiga.

II

No entanto, embora nessa linha de idéias, o ilustre Relator, em seu douto voto, para rejeitar os embargos, por não identificar, na espécie, a existência de contribuições cobertas pelo quinquênio prescricional, precisou de sustentar tese, ainda não sufragada pela jurisprudência desta Corte, sobre a contagem do prazo de decadência, nas hipóteses de lançamento por homologação, se ocorridas as ressalvas previstas na parte final do § 4º do artigo 150 do CTN (dolo, fraude ou simulação). Preconiza a adoção do seguinte critério:

«Contar-se-á o prazo, então, a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, entendendo-se dita cláusula como significando não o exercício em que o sujeito passivo cometeu a inexatidão, ou a falta do pagamento, ou o cometimento dos vícios mencionados (dolo, fraude ou simulação), nem aquele em que o Fisco tomasse conhecimento da existência da inexatidão ou da existência do vício, mas, sim, o exercício seguinte àquele em que a homologação, assim lançamento, poderia efetivar-se, de modo ficto, ou seja, no exercício seguinte ao término dos cinco anos contados a partir do fato gerador. Exemplo: efetivou-se a antecipação do IPI relativo a um fato gerador ocorrido em maio de 1970. O Fisco não se manifestou no prazo de cinco anos, isto é, até maio de 1975. Ocorreria, nesta última data, a «homologação ficta». Descobriu-se, entretanto, em 1979, a ocorrência de dolo. Contar-se-ia o prazo, então, a partir de 1º de janeiro de 1976 (CTN, 173, I). Até 31-12-80, poderia o fis-

co constituir o seu crédito. Outro exemplo: Pérsio, empregador, deixou de recolher contribuições previdenciárias em 1971, referentes a empregados seus, cujos fatos geradores ocorreram em 1971; até o ano de 1976, a instituição previdenciária poderia se manifestar, porque, por cumprir ao contribuinte antecipar o pagamento, tem-se, em princípio, lançamento por homologação. Mas a instituição previdenciária não se manifesta e vem a descobrir, em 1980, o fato. O prazo seria contado com observância do disposto no artigo 173, I, vale dizer, a partir de 1º de janeiro de 1977. Até 31-12-81, deverá o lançamento estar concluído (CTN, artigo 173, caput)».

III

José Souto Maior Borges, após assinalar que o artigo 150, § 4º, não dispõe sobre o prazo que, em substituição, deve ser computado nos casos de dolo, fraude ou simulação, enumera as seguintes alternativas com que se defronta o intérprete (Tratado de Direito Tributário, vol. IV, Forense, 1ª ed. 1981, pág. 477):

a) considerar que, na imprevisão específica do prazo, o lançamento poderá ser efetuado a qualquer tempo, não fluindo então nenhum prazo decadencial;

b) aplicar subsidiariamente o prazo decadencial previsto no Direito Privado;

c) aplicar o prazo estabelecido no artigo 173 do CTN, contando-se como termo inicial o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o tributo poderia ter sido lançado *ex officio*;

d) aplicando ainda o artigo 173, contar-se o termo inicial a partir do exercício seguinte àquele em que o Fisco tomasse conhecimento da ocorrência das apontadas cir-

constâncias agravantes da ilicitude tributária.

IV

Consoante se depreende, o ilustre Relator optou pela terceira hipótese, o que se me afigura razoável. No entanto, não vejo como adotá-la em concreto, se a configuração de dolo, fraude ou simulação sequer foi alegada nestes autos. Com efeito, aquelas situações defraudadoras do Direito não se presumem, devendo resultar provadas, e, em caso de dúvida, há de preferir-se exegese que as exclui.

Nesse sentido, preleciona Carlos Maximiliano (Hermenêutica e Aplicação do Direito, 5ª edição, Freitas Bastos, 1965, pág. 275):

«Todas as presunções militam a favor de uma conduta honesta e justa; só em face de indícios decisivos, bem fundadas conjecturas, se admite alguém ter agido com propósitos cavilosos, intuítos contrários ao Direito, ou à moral».

V

De ter-se em conta que a falta de recolhimento, na época própria, dos tributos sujeitos a lançamento por homologação (contribuições previdenciárias, IPI, ICM, imposto de renda na fonte) nem sempre resulta de dolo, fraude ou simulação.

Com efeito, em tal situação, são as seguintes as atitudes que pode assumir o sujeito passivo dentro do quinquênio (Souto Maior Borges, opus cit., pág. 476):

- a) efetuar o pagamento do tributo tal como devido e na medida do seu débito;
- b) efetuá-lo com insuficiência;
- c) não efetuá-lo.

Neste último caso, o não pagamento pode decorrer:

a) da verificação de crédito maior do que o débito apurado efetivamente no período fiscal;

b) de erro na apreciação da situação fáctica pelo sujeito passivo;

c) de dolo, fraude ou simulação.

Portanto, conforme se vê, nem sempre a falta do pagamento de tributos, sujeitos a lançamento por homologação, resulta da prática de dolo, fraude ou simulação.

VI

Em resumo, afastado, em concreto, o critério de contagem do prazo de decadência preconizado pelo ilustre Relator, porque, na espécie:

a) sequer foi alegada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação;

b) aquelas situações defraudadoras não se presumem, mas devem ser provadas nos autos;

c) a falta de pagamento de tributos, sujeitos ao lançamento por homologação, nem sempre decorre da prática daqueles atos contrários ao direito.

VII

Ao assim proceder, sou levado a concluir que, na espécie, não há, em verdade, contribuições cobertas pela prescrição quinquenal, razão por que, nesse ponto, peço vênias para retificar o meu voto vencido em apelação. O que há são contribuições abrangidas pela decadência. Senão vejamos.

A dívida executada diz respeito a contribuições compreendidas no período de janeiro de 1949 a maio de 1973. Em vigor o CTN, a partir de 1-1-67, desta data há de contar-se o prazo para homologação ficta, que venceu em 1-1-72, no tocante às contribuições derivadas de fatos geradores ocorridos no quinquênio anterior. Como o lançamento de ofício, decorrente de levantamento, só se fez em

31-5-74 (fls. 36/38), é de admitir-se que estão abrangidas pela decadência todas contribuições anteriores a maio de 1969.

VIII

Ocorre que a questão relativa à decadência não foi abordada no Acórdão recorrido e, por isso, nos embargos *sub examen*. Diante disso, o Sr. Ministro-Relator só apreciou como pressuposto que considerou necessário a verificação da ocorrência, ou não, de prescrição da ação.

Nessas condições, adstringindo o *thema decidendum* à questão da prescrição, não vejo como proclamá-la na espécie. De fato, se se tiver como *dies a quo* do prazo prescricional a data da homologação ficta (1-1-72) ou do lançamento de ofício (31-5-74), é de ver-se que, quando esta ação anulatória foi ajuizada, em janeiro de 1975, não havia, ainda, transcorrido o prazo prescricional da ação de cobrança das questionadas contribuições.

IX

Por tais razões, embora diversas das que em que se baseou o Sr. Ministro-Relator, alternativa não me resta senão rejeitar os embargos.

ANEXO
AC 47.985-SP
VOTO VISTA

I

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro: Perfilho a orientação preconizada no voto do Sr. Ministro-Relator no sentido de que as contribuições previdenciárias consubstanciavam tributo, aplicando-se-lhes as regras relativas à prescrição e decadência do crédito fiscal, previstas no Código Tributário Nacional. Nessa linha de raciocínio, entendo que o artigo 144 da Lei nº 3.807/60 (Lei Orgânica da Previdência Social) foi revogado pelos artigos 173 e 174 da Lei nº

5.172/66 (Código Tributário Nacional), entendimento esse que vem prevalecendo nesta Corte (REO nº 63.572-PR, EAC nº 64.478-MG, EAC nº 56.939-SP, EAC nº 62.733-SP, EAC nº 67.761-MT).

II

Divirjo, porém, do seu douto voto no tocante à contagem do prazo de decadência, nas hipóteses de lançamento por homologação, através de aplicação da ressalva da parte final do § 4º do artigo 150 do CTN, que se refere à ocorrência de dolo, fraude ou simulação. As razões da minha discordância constam do voto que proferi no EAC nº 43.272-MG, em que argumentei:

II

«No entanto, embora nessa linha de idéias, o ilustre Relator, em seu douto voto, para rejeitar os embargos, por não identificar, na espécie, a existência de contribuições cobertas pelo quinquênio prescricional, precisou de sustentar tese, ainda não sufragada pela jurisprudência desta Corte, sobre a contagem do prazo de decadência, nas hipóteses de lançamento por homologação se ocorridas as ressalvas previstas na parte final do § 4º do artigo 150 do CTN (dolo, fraude ou simulação). Preconiza a adoção do seguinte critério:

«Contar-se-á o prazo, então, a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, entendendo-se dita cláusula como significando não o exercício em que o sujeito passivo cometeu a inexactidão, ou a falta do pagamento, ou o cometimento dos vícios mencionados (dolo, fraude ou simulação), nem aquele em que o Fisco tomasse conhecimento da existência da

inexatidão ou da existência do vício, mas, sim, o exercício seguinte àquele em que a homologação, assim lançamento, poderia efetivar-se, de modo ficto, ou seja, no exercício seguinte ao término dos cinco anos contados a partir do fato gerador. Exemplo: efetivou-se a antecipação do IPI relativo a um fato gerador ocorrido em maio de 1970. O Fisco não se manifestou no prazo de cinco anos, isto é, até maio de 1975. Ocorreria, nesta última data, a «homologação ficta». Descobriu-se, entretanto, em 1979, a ocorrência de dolo. Contar-se-ia o prazo, então a partir de 1º de janeiro de 1976 (CTN, 173, I). Até 31-12-80, poderia o Fisco constituir o seu crédito. Outro exemplo: Pêrsio, empregador, deixou de recolher contribuições previdenciárias em 1971, referentes a empregados seus, cujos fatos geradores ocorreram em 1971; até o ano de 1976, a instituição previdenciária poderia se manifestar, porque, por cumprir ao contribuinte antecipar o pagamento, tem-se, em princípio, lançamento por homologação. Mas a instituição previdenciária não se manifesta e vem a descobrir, em 1980, o fato. O prazo seria contado com observância do disposto no artigo 173, I, vale dizer, a partir de 1º de janeiro de 1977. Até 31-12-81, deverá o lançamento estar concluído (CTN, artigo 173, caput)».

III

José Souto Maior Borges, após assinalar que o artigo 150, § 4º, não dispõe sobre o prazo que, em substituição, deve ser computado nos casos de dolo, fraude ou simulação, enumera as seguintes alternativas com que se defronta o intérprete (Tratado de Direito Tributá-

rio, vol. IV, Forense, 1ª ed. 1981, pág. 477):

a) considerar que, na imprevisão específica do prazo, o lançamento poderá ser efetuado a qualquer tempo, não fluindo então nenhum prazo decadencial;

b) aplicar subsidiariamente o prazo decadencial previsto no Direito Privado;

c) aplicar o prazo estabelecido no artigo 173 do CTN., contendo-se como termo inicial o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o tributo poderia ter sido lançado *ex officio*;

d) aplicando ainda o artigo 173, contar-se o termo inicial a partir do exercício seguinte àquele em que o fisco tomasse conhecimento da ocorrência das apontadas circunstâncias agravantes da ilicitude tributária.

IV

Consoante se depreende, o ilustre Relator optou pela terceira hipótese, o que se me afigura razoável. No entanto, não vejo como adotá-la em concreto, se a configuração de dolo, fraude ou simulação sequer foi alegada nestes autos. Com efeito, aquelas situações defraudadoras do Direito não se presumem, devendo resultar provadas, e, em caso de dúvida, há de preferir-se exegese que as exclui.

Nesse sentido, preleciona Carlos Maximiliano (Hermenêutica e Aplicação do Direito, 5ª edição, Freitas Bastos, 1965, pág. 275):

«Todas as presunções militam a favor de uma conduta honesta e justa; só em face de indícios decisivos, bem fundadas conjecturas, se admite haver alguém agido com propósitos cavilosos, intuídos contrários ao Direito, ou à Moral».

V

De ter-se em conta que a falta de recolhimento, na época própria, dos tributos sujeitos a lançamento por homologação (contribuições previdenciárias, IPI, ICM, Imposto de Renda na fonte) nem sempre resulta de dolo, fraude ou simulação.

Com efeito, em tal situação, são as seguintes as atitudes que pode assumir o sujeito passivo dentro do quinquênio (Souto Maior Borges, opus cit, pag. 476):

- a) efetuar o pagamento do tributo tal como devido e na medida do seu débito;
- b) efetuá-lo com insuficiência;
- c) não efetuá-lo.

Neste último caso, o não pagamento pode decorrer:

- a) da verificação de crédito maior do que o débito apurado efetivamente no período fiscal;
- b) de erro na apreciação da situação fáctica pelo sujeito passivo;
- c) de dolo, fraude ou simulação.

Portanto, conforme se vê, nem sempre a falta do pagamento de tributos, sujeitos a lançamento por homologação, resulta da prática de dolo, fraude ou simulação.

VI

Em resumo, afasto, em concreto, o critério de contagem do prazo de decadência preconizado pelo ilustre Relator, porque, na espécie:

- a) sequer foi alegada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação;
- b) aquelas situações defraudadoras não se presumem, mas devem ser provadas nos autos;
- c) a falta de pagamento de tributos, sujeitos ao lançamento por homologação, nem sempre decorre da prática daqueles atos contrários ao direito».

III

Na espécie, o período da dívida vai de 1-69 a 8-74, tendo ocorrido o lançamento em 10-10-74, conforme se despreende das SRSP 611.853 a 611.864 (processo administrativo em apenso, fls. 1/13). Daí ter decidido corretamente a sentença ao acolher a preliminar de decadência do crédito quanto ao período compreendido entre janeiro de 1969 e setembro de 1969, contando aquele prazo de caducidade a partir da ocorrência do fato gerador, como determinado na primeira parte do § 4º do artigo 150 do CTN e não na ressalva constante da sua parte final, no concernente aos casos de dolo, fraude ou simulação.

IV

Em conclusão: nego provimento à apelação e julgo prejudicada a remessa oficial.

Decadência: Contagem do prazo no caso de lançamento por homologação.

Antônio de Pádua Ribeiro Ministro do Tribunal Federal de Recursos.

I — Introdução

O tema que trago à meditação deste ilustrado auditório concerne em saber quais os termos, inicial e final, do prazo de decadência do direito de constituir o crédito tributário, na hipótese de lançamento por homologação, em que se comprova a ocorrência de dolo, fraude ou simulação. Em outras palavras, o meu objetivo consiste em interpretar o § 4º, parte final, do artigo 150 do Código Tributário Nacional, que assim dispõe:

«Se a lei não fixar prazo à homologação será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gera-

dor; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação».

Desde já, podem os Senhores notar que a matéria, a ser abordada, é rica de altas indagações doutrinárias e jurisprudenciais e, por isso mesmo, torna-se impossível que, neste ensejo, a desenvolva, em profundidade, não apenas por me faltar, para tanto, «engenho e arte», mas, ainda, em face do curto espaço de tempo de que disponho para versá-la.

Um fato todos podem testemunhar: o assunto não tem merecido estudo específico da maior parte dos especialistas, que se limitam em citá-lo, de passagem, nos seus trabalhos. Poucos, também, são os escólios pretorianos a ele concernentes. Outro não é, pois, o meu propósito senão o de suscitar debate sobre o tema.

II — Alguns conceitos e princípios

Permitam-me que, de início, teça breves considerações sobre alguns conceitos e princípios, já do conhecimento de todos, mas necessários à presente exposição.

O Código Tributário Nacional adotou, entre nós, tradicional e consagrada distinção entre dois institutos extintivos de direitos: a decadência e a prescrição. O primeiro ligado ao direito de constituir o crédito tributário; o outro à ação para cobrá-lo.

«A decadência supõe um direito que, embora nascido, não se tornou

efetivo pela falta de exercício; ao passo que a prescrição supõe um direito nascido e efetivo, mas que pereceu pela falta de proteção pela ação, contra a violação sofrida», ensina Câmara Leal, para, em seguida, assim definir a decadência (1)

«é a extinção do direito pela inércia do seu titular, quando sua eficácia foi, de origem, subordinada à condição de seu exercício dentro de um prazo prefixado, e este se esgotou sem que esse exercício se tivesse verificado.»

O Professor Agnelo Amorim Filho mostrou, com excepcional clarividência, a íntima relação existente entre o instituto da decadência e a categoria dos denominados «direitos potestativos», a que se referiu Chiovenda.

Os direitos potestativos compreendem «aqueles poderes que a lei confere a determinadas pessoas de influírem, com uma declaração de vontade, sobre situações jurídicas de outras, sem o concurso da vontade destas» (2). Tal declaração de vontade tende à «produção de um efeito jurídico a favor de um sujeito e a cargo de outro, o qual nada deve fazer, mas nem por isso pode esquivar-se àquele efeito, permanecendo sujeito à sua produção. A sujeição é um estado jurídico que dispensa o concurso da vontade do sujeito, ou qualquer atitude dele» (3)

O exercício dos direitos potestativos, segundo se depreende, «afeta a esfera jurídica de terceiros, criando para esses um estado de sujeição, sem qualquer contribuição da sua vontade, ou mesmo contra a sua

(1) Da Prescrição e Decadência, Saraiva, 1939, página 123/

(2) Critério Científico para Distinguir a Prescrição da Decadência, Prof. Agnelo Amorim Filho, Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Ceará, Vol. XIV, 1960, pág. 307.

(3) Instituições de Direito Processual Civil, 1º vol., Giuseppe Chiovenda, 3ª ed., Saraiva, São Paulo, pág. 15.

vontade» (4). Portanto, a simples possibilidade do exercício de tais direitos pode gerar, em muitos casos, intransigibilidade, de intensidade variável, para esses terceiros, concorrendo a falta do seu exercício, de forma acentuada, para perturbar a paz social.

Diante desse contexto, ou seja, tendo em conta a inquietação, menor ou maior, que a possibilidade de exercício dos direitos potestativos pode ensejar, o legislador, às vezes, estipula prazo para o seu exercício; em outras ocasiões, por considerar desnecessária a fixação de prazo, deixa que prevaleça o princípio geral da inesgotabilidade ou da perpetuidade («os direitos não se extinguem pelo não uso»: investigatória de paternidade, por exemplo).

Quando a lei fixa prazo para o exercício dos direitos potestativos, tem em vista, em primeiro lugar, a extinção do direito e não a extinção da ação. «Esta também se extingue, mas por via indireta, como consequência da extinção do direito» (5).

Decorre da exposição, que o direito de lançar apresenta índole potestativa, ou seja, é exercitado e atua, em princípio, «mediante simples declarações de vontade do seu titular, independentemente de apelo às vias judiciais e, em qualquer hipótese, sem o concurso da vontade daquele que sofre a sujeição» (6). De salientar que, no caso da Administração Pública, a manifestação de vontade é exteriorizada através dos seus órgãos, pois é através deles que «pen-sa, conhece e quer», na expressão de Marcello Caetano (7).

Apresentando o direito de lançar índole potestativa e sendo óbvia a inquietação que a possibilidade do seu exercício acarreta para os contribuintes, o legislador houve por bem em fixar o prazo para o seu exercício, que, em regra, é quinquenal.

A dificuldade de contagem do prazo está justamente naqueles casos de lançamento por homologação, em que há comprovação de dolo, simulação ou fraude, pelo fato mesmo de a lei não prever o seu *dies a quo* nem o seu *dies ad quem*.

No entanto, uma coisa é certa: tal prazo é inerente ao sistema do vigente Código Tributário Nacional e, por isso, há de ter a sua contagem determinada, através da via interpretativa, tendo em conta que o artigo 156 daquele diploma legal, ao enumerar as modalidades de extinção de crédito tributário, prevê expressamente a decadência (inciso V). Se todo crédito tributário extingue-se pela decadência, de tal regra não se pode afastar o decorrente de lançamento por homologação, nos casos em que se comprove a prática daqueles atos fraudulentos. Aliás, a rigor, a decadência não extingue o crédito tributário; apenas impede, em definitivo, a sua constituição. Contudo, em termos práticos, o impedimento definitivo na constituição do crédito tributário e a extinção deste consubstanciam o mesmo resultado. O certo, pois, é que não pode o exegeta deixar de encontrar solução acerca da contagem do prazo decadencial no caso de lançamento por homologação, apesar de não existir texto expresso regulando a matéria.

(4) Prof. Agnelo Amorim Filho, *opus cit.*, pág. 324.

(5) Prof. Agnelo Amorim Filho, *opus cit.*, pág. 327.

(6) Prof. Agnelo Amorim Filho, *opus cit.*, pág. 313; cumpre observar que, ao referir-se aos direitos potestativos, o citado autor não menciona o direito de lançar.

(7) Manual de Direito Administrativo, Forense, 1ª edição brasileira, tomo I, pág. 197.

III — Prescrição e decadência na jurisprudência do TFR e do STF

Sobre o tema prescrição e decadência, com reflexo na contagem dos respectivos prazos, a jurisprudência do TFR e do STF pacificou-se, consagrando as seguintes regras, que, ainda são muito controvertidas na doutrina:

a) Caracteriza-se a constituição definitiva do crédito tributário com a efetivação do lançamento, regularmente notificado ao sujeito passivo (CTN, artigos 142 e 145).

b) Não procede a distinção entre lançamento provisório e lançamento definitivo.

c) O crédito tributário constituído pelo lançamento é sempre definitivo.

d) A exigibilidade do crédito tributário não é elemento concernente à sua constituição.

Diante de tais postulados pretorianos e tendo em conta que o lançamento funciona como divisa entre a decadência e a prescrição, infere-se a inexorável conclusão de que a interposição de reclamações e recurso, na via administrativa, suspende a exigibilidade do crédito tributário, mas não tem o condão de postergar a sua constituição. Por isso mesmo, durante aquela suspensão não corre decadência, porque já consubstanciado o lançamento definitivo, nem prescrição, desde que a suspensão retira da Fazenda a possibilidade de utilizar-se da ação executiva — remédio processual que a lei elegeu para cobrá-lo. Com efeito, aquela ação pressupõe título líquido, certo e exigível (CPC, artigo 586, *caput*). Ora, enquanto não nasce a ação, não pode ela prescrever (*actione non nata non praescribitur*).

Em síntese, a orientação da jurisprudência daquelas altas Cortes de Justiça sobre o tema, acha-se resumida na ementa que encima o RE nº

95.365-MG, de que foi Relator o eminente Ministro Décio Miranda (RTJ 100/945):

«Tributário: Crédito Tributário. Extinção. Decadência e Prescrição. O Código Tributário Nacional estabelece três fases inconfundíveis: a que vai até a notificação do lançamento ao sujeito passivo, em que corre prazo de decadência (artigo 173, I e II); a que se estende da notificação do lançamento até a solução do processo administrativo, em que não correm nem prazo de decadência, nem de prescrição, por estar suspensa a exigibilidade do crédito (artigo 151, III); a que começa na data da solução final do processo administrativo, quando corre prazo de prescrição da ação judicial da Fazenda (artigo 174)».

Fiz essas observações porque o Professor Ruy Barbosa Nogueira, mestre dos mais eminentes, publicou opúsculo intitulado «A Decadência no Direito Tributário Brasileiro», em que reproduz brilhante parecer que proferiu para instruir o julgamento dos Embargos opostos ao RE nº 94.462-SP, submetidos à apreciação do Plenário da Colenda Suprema Corte, onde sustenta a tese no sentido de que o prazo de decadência do direito de lançar corre mesmo durante o período de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, decorrente da manifestação de reclamação ou recurso na via administrativa.

Ocorre que os citados embargos foram julgados e recebidos pelo Pleno da Colenda Suprema Corte, em sessão de 6 de outubro de 1982, que, ao assim decidir, afastou a orientação preconizada pelo insigne mestre paulista. Aliás, o Acórdão embargado, proferido por maioria, pela Primeira Turma daquele Tribunal, constituía caso isolado. Os próprios prolatadores dos votos, ocasionalmente

vencedores, inclusive o ilustre Relator do acórdão, no ensejo proferido, Ministro Soares Muñoz, antes mesmo do citado julgamento plenário, mudaram de ponto de vista, segundo se depreende do posterior aresto, proferido no RE nº 93.749-RJ, Relator o Sr. Ministro Nery da Silveira, assim ementado (RTJ 101/345):

«IPI. Lançamento. Decadência. Prescrição. CTN, artigos 173, parágrafo único, 174 e 151, III. A teor do artigo 151, III, do CTN, as reclamações e os recursos, no âmbito administrativo, são formas de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, pressupondo, assim, lançamento já efetuado. Com a lavratura do auto de infração consuma-se o lançamento do crédito tributário (CTN, artigo 142). A decadência só é admissível no período anterior a essa lavratura. Depois, entre a lavratura do auto de infração e a decisão do recurso administrativo de que se tenha valido o contribuinte, não mais corre prazo para decadência e ainda não iniciou a fluência do prazo de prescrição, em face do disposto no artigo 151, III, do CTN. Decorrido o prazo para o recurso administrativo, sem que haja ocorrido sua interposição, ou decidido o recurso administrativo interposto pelo contribuinte, dá-se a constituição definitiva do crédito tributário, a que alude o artigo 174 do CTN, começando a fluir o prazo de prescrição da pretensão do Fisco, da data da ciência da decisão definitiva ao contribuinte. Recurso extraordinário conhecido pelo fundamento da letra d, do permissivo constitucional, mas desprovido».

De tudo isso — repito — verifica-se que, na verdade, o lançamento figura «como baliza entre a decadência e a prescrição»(8).

Impõe-se, por isso, restringindo-se, já, o exame da matéria à contagem do prazo decadencial relativamente às exceções previstas na parte final do § 4º do artigo 150 do CTN, que se proceda ao relacionamento existente entre o lançamento e a decadência.

Sobre a decadência dispõe, em termos genéricos, o artigo 173 do CTN:

«O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I — do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

II — da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Parágrafo único. O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento».

Desse preceito e do já referido § 4º do artigo 150 do CTN, verifica-se que o prazo quinquenal decadencial é de cinco anos, variando, porém, o termo inicial da sua contagem. No caso específico do lançamento por homologação aquele prazo é de cinco anos, se a lei ordinária outro não fixar, a contar da ocorrência do fato gerador, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Examinando a ressalva contida na parte final do citado parágrafo, o arguto tratadista, professor José Souto Maior Borges, após alinhar e refutar as propostas de interpretação daque-

(8) A decadência no Direito Tributário Brasileiro, Ruy Barbosa Nogueira, Resenha Tributária, São Paulo, 1982, pág. 11.

le texto legal, ofertadas pela doutrina tradicional, assinala que o caminho a ser seguido pelo exegeta há de ser aquele que se mostre mais consentâneo com a disciplina da matéria pelo CTN. A seguir, alinha as seguintes observações (9):

a) o § 4º do artigo 150 do CTN prevê o termo inicial e o termo final para a decadência do direito lançar quanto às hipóteses não ressalvadas; quanto a estas, porém, é omissis no tocante à determinação daqueles termos;

b) se esse prazo não está contemplado no CTN pode achar-se previsto em outras sedes normativas, mesmo porque as normas gerais contempladas naquele código não esgotam todos os aspectos ligados ao modo de extinção da relação jurídica tributária. Tais normas integrativas, contudo, sejam da União, Estado, DF e Municípios, não podem estipular, sem agravo ao CTN, prazo menor do que o quinquênio previsto para as hipóteses normais de homologação;

c) se a lei ordinária não dispuser a respeito, não poderá a doutrina, atribuindo-se o exercício de uma função que só incumbe aos órgãos de produção normativas, preencher essa lacuna. A solução de uma pendência entre o Fisco e o contribuinte, no caso, somente poderá ser encontrada pelo Poder Judiciário, único competente para criar norma individual, visando a solucionar o caso concreto de conflito de interesses.

Tais ponderações são válidas. Cabe, porém, salientar que, para a solução da controversia, de grande importância é a contribuição da doutrina. As soluções doutrinárias não possuem força normativa, mas inspiram não só o legislador, como também o aplicador das leis. De assina-

lar, ainda, que, no caso de lacuna na lei, o juiz, para decidir a lide, não legisla, apenas revela norma individual, imanente ao ordenamento jurídico, recorrendo à analogia, aos costumes e aos princípios gerais do Direito (LICC, artigo 4º; CPC, artigo 126). O juiz não legisla porque legislar implica em criar leis que são normas gerais, e não individuais, de imposição coercitiva a todos os cidadãos. As decisões judiciais, ainda que reiteradas, não têm força normativa, sob pena de infringir o artigo 6º da Constituição.

IV — Contagem do prazo de decadência quanto aos casos ressalvados na parte final do § 4º do artigo 150 do CTN

Passemos ao exame das várias soluções apontadas pela doutrina e pela jurisprudência para a contagem do prazo de decadência, na hipótese de lançamento por homologação, em que haja comprovação de dolo, fraude ou simulação:

a) não flui prazo decadencial, podendo o lançamento ser efetivado a qualquer tempo.

Essa solução harmoniza-se com o princípio de direito, segundo o qual «ninguém pode tirar proveito da sua própria torpeza». Na verdade, o decurso do prazo decadencial em tal caso, antes de o Fisco ter ciência daqueles atos defraudadores do Direito, constitui estímulo no sentido de que o contribuinte, deles beneficiário, tudo faça para evitar que venham à tona em seu desfavor. Praticam um ato contra o Direito para dele se beneficiar, o que não se justifica.

No entanto, tal entender entra em testilha com outros princípios importantes, que, a meu ver, devem prevalecer. Nesse sentido, argumenta Souto Maior Borges (10):

(9) Tratado de Direito Tributário Brasileiro, volume IV, páginas 479/480, Forense, 1981.

(10) Opus cit., pág. 477.

«A aceitar-se a tese de que não decai o direito de lançar, nas hipóteses de dolo, fraude ou simulação, estar-se-iam desconsiderando valores fundamentais nas relações entre Fisco e Contribuinte — a segurança, certeza e estabilidade, valores afinal consagrados pelo próprio CTN, que expressamente e até com impropriedade inclui a decadência entre as hipóteses de extinção do crédito tributário (artigo 156, V)».

Tal interpretação esquece, outrossim, que a decadência fixada pelo legislador quanto aos direitos potestativos dentre os quais se inclui o direito de lançar, se funda, em especial, na perturbação da paz social que a possibilidade do exercício daqueles direitos acarreta. Por isso, em qualquer caso, o prazo de decadência há de correr, a fim de produzir os correspondentes efeitos extintivos. Tanto mais que o decurso do prazo, em assunto de muito maior gravidade, como acontece em matéria criminal, dá ensejo a extinção da punibilidade, seja assumindo a forma de decadência, seja de prescrição (Código Penal, artigo 102, inciso IV).

b) aplicar o artigo 173, contando-se o termo inicial a partir do exercício seguinte àquele em que o Fisco tomasse conhecimento da ocorrência das apontadas circunstâncias agravantes da ilicitude tributária.

Essa alternativa, como a anterior, não pode ser aceita, pois importa em procrastinar indefinidamente o prazo de decadência. Deixa ao alvedrio do Fisco alegar, a todo tempo, sem qualquer controle, a superveniência do conhecimento daqueles vícios. Assim o direito de lançar não ficaria sujeito a qualquer limitação temporal, permanecendo indeterminado o respectivo prazo.

c) aplicar subsidiariamente prazo decadencial previsto no Direito Privado.

Quanto a essa alternativa, Souto Maior Borges, a título exemplificativo menciona o artigo 177 do Código Civil, aduzindo «imprevisto o prazo no Direito Tributário, aplicar-se-ia então subsidiariamente o prazo estabelecido na lei civil». É ele mesmo que afasta essa solução, com menção de Luciano da Silva Amaro (11):

«Essa posição contudo, segundo pretende autorizada doutrina, esbarra diante da objeção de que o CTN, enquanto lei de normas gerais, regulou toda a matéria relativa à decadência e portanto os prazos extintivos do direito de a Fazenda Pública lançar o tributo».

d) aplicar o prazo estabelecido no artigo 173, do CTN, computando-se como termo inicial o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o tributo poderia ter sido lançado de ofício.

Essa alternativa foi também afastada por Borges, argumentando:

«Mas, ainda aqui, dever-se-á considerar que o âmbito material de validade da norma sobre decadência, contemplada no artigo 150, § 4º, em análise, não constitui um conteúdo específico, nessa qualidade um componente do artigo 173 do CTN, *in verbis*:

«O Direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I — do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado».

«Nada que contenha uma indicação segura ao intérprete, para a aplicação desse dispositivo à res-

(11) Opus cit., pág. 478.

salva contemplada no artigo 150, § 4º, *in fine* (12).

Essa crítica, a meu ver, peca por excesso. Se o seu próprio auto admite que, no caso examinado, corre decadência, cujo prazo há de ser fixado na consonância dos princípios norteadores do CTN quanto à matéria, não há desprezar, visando ao deslinde da questão, preceito daquele diploma legal, que, dentre outros, é dos mais específicos sobre o tema.

Essa solução, contudo, apresenta falhas. Equipara os casos em que a homologação é negada em razão de erro do contribuinte com as outras hipóteses muito mais graves, quais sejam aquelas em que haja comprovação de dolo, fraude ou simulação. Ademais, apresenta um grave inconveniente apontado pelo ilustre professor Ruy Barbosa Nogueira, ao referir-se à matéria: «toda vez que a Fazenda Pública iniciasse um lançamento dentro dos cinco (5) anos contados do primeiro dia seguinte ao do exercício financeiro, mas faltando dias para esse término, a faculdade de efetuar o lançamento não seria exercício regular de direito para a Fazenda, mas direito impossível de ser exercido» (13).

e) aplicar o prazo estabelecido no artigo 173 do CTN, considerando-se como termo inicial o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido homologado.

Essa interpretação é sustentada, no Tribunal Federal de Recursos, pelo ilustre Ministro Carlos Mário Velloso, segundo se depreende do voto que proferiu no EAC n.º 43.272-MG, onde disse:

«Contar-se-á o prazo, então, a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado,

entendendo-se dita cláusula como significando não o exercício em que o sujeito passivo cometeu a inexactidão, com a falta do pagamento, ou o cometimento dos vícios mencionados (dolo, fraude ou simulação) nem aquele em que o Fisco tomasse conhecimento da existência da inexactidão ou da existência do vício, mas, sim, o exercício seguinte àquele em que a homologação, assim lançamento, poderia efetivar-se de modo ficto, ou seja, no exercício seguinte ao término dos 5 anos contados a partir do fato gerador. Exemplo: efetivou-se antecipação do IPI relativo a um fato gerador ocorrido em maio de 1970. O Fisco não se manifestou no prazo de 5 anos, isto é, até maio de 1975. Ocorreria, nesta última data, a «homologação ficta». Descobriu-se, entretanto, em 1979, a ocorrência de dolo. Contar-se-ia o prazo, então, a partir de 1º de janeiro de 1976 (CTN, 173, I). Até 31-12-80, poderia o Fisco constituir o seu crédito. Outro exemplo: Pérsio, empregador, deixou de recolher contribuições previdenciárias em 1971, referentes a empregados seus, cujos fatos geradores ocorreram em 1971; até o ano de 1976, a instituição previdenciária poderia se manifestar, porque, por cumprir ao contribuinte antecipar o pagamento, tem-se, em princípio, lançamento por homologação, mas a instituição previdenciária não se manifesta e vem a descobrir, em 1980, o fato. O prazo seria contado com observância do disposto no artigo 173, I, vale dizer, a partir de 1º de janeiro de 1977. Até 31-12-81, deverá o lançamento estar concluído (CTN, artigo 173, *caput*).»

Tal alternativa é, no meu entender, muito superior às anteriores.

(12) Opus cit., págs. 478/479.

(13) Opus cit., pág. 24.

Soluciona importante questão para o deslinde do difícil problema legal, ou seja: opta por prazo decadencial significativamente maior do que o previsto na primeira parte do questionado parágrafo 4º do artigo 150 do CTN, para os casos de comprovação de dolo, fraude ou simulação.

Todavia, incorre na mesma insuficiência da regra antes sugerida (letra d), isto é: se a Fazenda iniciar o lançamento nos últimos dias do prazo estipulado, a sua efetivação tornar-se-ia direito impossível de ser exercido.

f) A partir da data da notificação prevista no parágrafo único do artigo 173 do CTN, se, antes do término do prazo de decadência *ut universi*, prevista no item I daquele artigo, tenha sido iniciado o lançamento ou revisão de ofício de que trata o item V do artigo 149 daquele Código.

Esse critério é proposto pelo eminente Professor Ruy Barbosa Nogueira, que argumenta:

«A homologação expressa ou presumida não terá efeito se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação desde que, não tendo terminado o prazo de 5 anos da decadência *ut universi* do item I do artigo 173, tenha sido iniciado o lançamento ou revisão de ofício de que trata o item V do artigo 149 pela «notificação, ao sujeito passivo de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento», prevista no parágrafo único do artigo 173. Neste caso, o *dies a quo* do prazo decadencial de 5 anos não mais será o da «data da ocorrência do fato gerador» referido no § 4º do artigo 150, mas sim o da data da notificação do parágrafo único do artigo 173, porque tendo saído do regime do lançamento por homologação do artigo 150, passou para o regime do lançamento de ofício do

item V do artigo 149, cujo *dies a quo* é o estatuído no parágrafo único do artigo 173» (14).

Tal deslinde da questão apresenta, a meu ver, sério inconveniente, qual seja o de dar tratamento igual a todos os casos em que o lançamento passe para o regime de ofício, equiparando, assim, as hipóteses de dolo, fraude e simulação, de muito maior gravidade, às que tenha ocorrido simples erro do contribuinte.

V — Solução proposta

A meu ver, a melhor alternativa para o desate da questão está em conciliar os critérios propostos pelo ilustre Ministro Carlos Mário Velloso e pelo eminente Professor Ruy Barbosa Nogueira.

A solução preconizada pelo Ministro Velloso apresenta a grande vantagem de ampliar, sensivelmente, através de critério lógico, fundado em preceito do próprio CTN, o prazo de decadência, no caso de comprovação das ocorrências já, muitas vezes, mencionadas. Apresenta, porém, falha, ao suprimir, na prática, o direito de a Fazenda efetivar o lançamento, no caso de só tomar conhecimento daqueles atos viciados nos últimos dias do prazo sugerido. A deficiência que, a meu ver, envolve a regra proposta pelo ilustrado professor paulista está em tratar igualmente, como disse, os casos graves, mencionados na parte final do § 4º do artigo 150, com os de simples erro do contribuinte.

Diante desse contendo, harmonizando as duas correntes interpretativas, penso ser esta a melhor solução da controvérsia: o termo inicial do quinquênio decadencial se dará, não na data da ocorrência do fato gerador, mas no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido homolo-

(14) *Opus cit.*, pág. 17.

gado; se, nesse prazo, o Fisco notifica o sujeito passivo de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento, a partir da data de tal notificação correrá o quinquênio. Ou, em outras palavras, adaptando-se o exemplo do Ministro Velloso:

«Efetivou-se antecipação do IPI relativo a um fato gerador ocorrido em maio de 1970. O Fisco não se manifestou no prazo de 5 anos, isto é, até maio de 1975. Ocorrência, nesta última data, a «homologação ficta». Descobriu-se entretanto, em 1979, a ocorrência de dolo. Passar-se-ia a contar, então, o prazo para a homologação ficta, a partir de 1º de janeiro de 1976 (CTN, artigo 173, I), que se encerraria em 31 de dezembro de 1980. Notificado o contribuinte em outubro de 1979 (ano em que o dolo foi descoberto) de qualquer medida indispensável ao lançamento, até outubro de 1984, poderá a Fazenda constituir o seu crédito».

No tocante a hipótese concernente à verificação de ter o contribuinte incidido apenas em erro, afigura-se-me correta a solução adotada pelo ilustre Professor Ruy Barbosa Nogueira.

VI — Impossibilidade de presumir-se a ocorrência de dolo, fraude ou simulação

Finalmente quero relatar um tema em que tenho divergido com frequência, do caríssimo Ministro Velloso, ensejando tal dissidência a oposição de vários embargos, ainda não decididos pela Segunda Seção do Egrégio Tribunal Federal de Recursos (15).

Trata-se do seguinte: nos casos dos tributos instantâneos, ensejadores de lançamento por homologação, vem o

Senhor Ministro Velloso presumindo a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, para fins de aplicar o seu critério. Sustenta em síntese, S. Exa. que a falta de recolhimento daqueles tributos implica na prática de atos violadores da lei, por esta caracterizados como crime de apropriação indebita (IPI, Decreto-Lei nº 326, de 8-5-67, artigo 2º; Contribuições Previdenciárias, Lei nº 3.807/60, artigos 86 e 155, II; IR/fonte, Lei nº 4.357, de 14-7-64, artigo 11). Daí concluir que, nesses casos, se impõe que se presuma sempre a configuração daquelas situações defraudadoras.

A meu ver, não procede tal argumentação. De fato, não tem amparo no Direito presumir-se a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, tanto mais que o § 4º do artigo 150 do CTN, fala em comprovação daquelas ocorrências conspurcadoras do Direito.

Ademais, é de ter-se em conta que a falta de recolhimento, na época própria, dos tributos sujeitos a lançamento por homologação (contribuições previdenciárias, IPI, ICM, IR na fonte) nem sempre resulta de dolo, fraude ou simulação, podendo resultar de erro.

Com efeito, em tal situação, são as seguintes as atitudes que pode assumir o sujeito passivo dentro do quinquênio (16).

- a) efetuar o pagamento do tributo tal como devido e na medida do seu débito;
- b) efetuá-lo com insuficiência;
- c) não efetuá-lo.

Neste último caso, o não pagamento pode decorrer:

- a) da verificação de crédito maior do que o débito apurado efetivamente no período fiscal;

(15) Ver, dentre outros casos, AC nº 52.906-SP, AC nº 12.738-SP, AC nº 63.729-MG.

(16) Souto Maior Borges, Opus cit., pág. 476.

b) de erro na apreciação da situação fáctica pelo sujeito passivo;

c) de dolo, fraude ou simulação.

Recorde-se de que, para a caracterização do crime de apropriação indébita, é necessário que o seu agente tenha praticado atividade dolosa, não bastando que tenha incidido em simples erro (17).

VII — Palavras finais

Ilustrado auditório: estes são alguns subsídios que trouxe ao estudo dos Senhores sobre o palpitante assunto que motivou a minha vinda a esta acolhedora e progressista cidade e me proporcionou instantes de agradável convívio, com tão legítimos representantes da cultura jurídica nacional.

A todos, sou muito agradecido pelo honroso comparecimento.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 79.096 — SP — Rel.: Sr. Ministro Carlos Mário Velloso. Apte.: Irmãos Borin. Apdo.: IAPAS.

Decisão: A Turma, prossequindo no julgamento, por maioria, negou provimento ao recurso, vencido em parte o Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro (Em 13-12-82 — 4ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Bueno de Souza e Antônio de Pádua Ribeiro. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Carlos Mário Velloso.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 81.041 — MG

Relator: O Sr. Ministro Bueno de Souza

Apelante: Enio Linhares Cabral

Apelada: Telecomunicações de Minas Gerais S/A — TELEMIG

EMENTA

Processual Civil.

Desapropriação.

Liquidação do valor da indenização.

Impugnação do cálculo pelo expropriado: pretendida, incidência de juros compensatórios sobre o valor da indenização, corrigido desde a imissão do expropriante na posse; alegação de inaplicabilidade, na espécie, da Súmula nº 74, da jurisprudência do TFR, sobre o argumento de enunciada posteriormente à sentença.

Honorários advocatícios: pretendida desconsideração da correção monetária da oferta, para o confronto de valores e determinação da diferença sobre a qual recairá o percentual destes.

Pretensões inatendíveis: a) irrelevância do primeiro argumento, sob o aspecto do direito intertemporal; b) inoportunidade de reformatio in pejus no acórdão da primeira apelação; c) impossibilidade,

(17) Heleno Cláudio Fragoso, Lições de Direito Penal, vol. 2, pág. 331, José Bushatsky, Editor, 2ª Edição, 1962.

además, de verificação do vício, em face da coisa julgada.

1. As súmulas de jurisprudência não criam direitos; seus enunciados traduzem apenas critérios de julgamento. Se pudessem assemelhar-se à lei, aproximar-se-iam da lei meramente interpretativa, que, por sinal, compreende fatos já ocorridos antes de sua edição.

2. Ao se determinar a correção dos valores a computar para efeito de se fixar o valor dos honorários advocatícios, não se evidencia *reformatio in pejus*, se a sentença reformada não mandava corrigir, nem mesmo, a indenização devida: *ubi eadem ratio, ibi eadem dispositio*.

3. Se houvesse *reformatio in pejus* no Acórdão exequendo, de qualquer sorte não poderia ser reconhecida, mercê de simples petição de impugnação de cálculo.

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, 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 1983 (Data do julgamento) — Ministro Armando Rollemberg, Presidente — Ministro Bueno de Souza, Relator.

RELATÓRIO

O Senhor Ministro Bueno de Souza: A sentença desta ação expropriatória movida por Telecomunicações de Minas Gerais S.A. — TELEMIG, com a assistência da União Federal, depois de fixar o valor principal da indenização devida a cada um dos expropriados, determinou a incidência de juros compensatórios de 1% ao mês pela perda da posse, a contar da imissão da expropriante na posse; da correção monetária e dos juros moratórios a contar da liquidação,

«além dos honorários advocatícios de 10% sobre a diferença entre a oferta e a condenação» (fl. 331).

Esta 4ª Turma, ao decidir a AC nº 55.470-MG, deu provimento ao recurso dos expropriados para mandar observar o valor apontado pelo laudo de seu assistente; ao mesmo tempo, julgou prejudicado o recurso da expropriante (fls. 380/381).

Ao se proceder ao cálculo, computaram-se os juros compensatórios a partir da imissão na posse, consoante o valor constante do laudo adotado; e, a partir de então, segundo o valor corrigido. Además, o percentual dos honorários advocatícios recaiu sobre a diferença entre a oferta e a indenização, depois de corrigidos esses valores (fls. 395/397).

Os expropriados impugnaram, reclamando a incidência dos juros compensatórios sobre o valor corrigido, desde a imissão na posse, uma vez que a Súmula nº 74 desta Corte «somente nasceu para o mundo jurídico em 1981»; e, assim também, a correção monetária da oferta para o fim de abater o valor dos honorários, porquanto a determinação dessa providência pelo Acórdão configuraria *reformatio in pejus*.

Prestados os esclarecimentos, atualizados e homologado o cálculo (fls. 409/416), apelou o expropriado Enio Linhares Cabral (fl. 417).

Contra-arrazoado o recurso, subiram os autos.

Dispensei revisão.

É o relatório.

VOTO

O Senhor Ministro Bueno de Souza (Relator): Senhor Presidente, o apelante não tem razão, ao pretender que a Súmula nº 74 seja inaplicável a casos julgados por sentença anterior a sua edição.

Na verdade, o apelante confunde súmula de jurisprudência com lei, quando é certo que é próprio desta criar direitos subjetivos, pelo que se reveste de caráter constitutivo desses mesmos direitos (sob a condição de que ocorram os fatos concretos que realizem as hipóteses típicas); e, por isso, considerada fonte formal do direito.

A súmula, no entanto, a isso não se destina, pois se limita, tão-só e unicamente, a enunciar o critério reiteradamente observado pelo Tribunal na interpretação da lei. Neste sentido, se reveste de eficácia precipuamente declaratória própria, aliás, das decisões judiciais.

Poder-se-ia (admita-se) vislumbrar certa semelhança entre a súmula e a lei, a saber, no ponto em que aquela vincula o Tribunal que a formulou, quanto à orientação a seguir nos julgamentos futuros: esta, aliás, sua utilidade e razão de ser. Neste caso, porém a analogia (se, de fato, existisse) aproximaria as súmulas às leis de interpretação e não, às leis em geral.

A propósito das leis de interpretação, escreveu Limongi França, em valiosa monografia:

«A retroatividade das leis interpretativas é ensinada pelos autores

de nossa mais antiga tradição». (Dir. Intertemporal em Matéria Civil, SP, 1967, pág. 407).

O ilustre autor reproduz, entre muitos outros, o escólio do clássico Manuel Gonçalves da Silva:

«Lex declaratori casus antiquos comprehendit... Declaratio enim retrahitur ad tempus conditae legis». (Op. cit., loc. cit.).

Na verdade, a súmula se recomenda aos casos futuros precisamente porque traduz o modo como a mesma lei foi aplicada em casos semelhantes, já decididos pela Corte.

E no caso da Súmula nº 74 desta Corte, não há dúvida de que se cuida de aplicação do artigo 26, § 2º do Decreto-Lei nº 3.365, de 21-6-41, com a redação proveniente da Lei nº 4.686, de 21-6-65: diplomas legais estes, como se vê, ambos anteriores aos fatos versados na causa e expressamente reportados a título de referência no enunciado jurisprudencial cuja observância o expropriado impugna, sem qualquer razão.

Esclareça-se, então, que a jurisprudência segundo a qual os juros moratórios incidem, até a data da avaliação, sobre o valor por esta apontado é perfeitamente aplicável a todo e qualquer litígio que este Tribunal seja chamado a decidir, de tal modo que a interpretação e aplicação dos preceitos legais se faça consoante nossos antecedentes, assim preservada a coerência dos julgados futuros.

Logo se vê que a sentença procedeu com acerto, ao fazer observar a Súmula nº 74, na espécie dos autos; eis que não se acha em causa aspecto concernente a direito intertemporal.

II

Relativamente aos honorários advocatícios, centue-se desde logo que a sentença determinou incidisse o

percentual respectivo sobre a diferença entre a oferta e a indenização, nada dizendo, a propósito, sobre correção monetária.

Desta não cogitou, portanto, nem relativamente à oferta, nem quanto ao depósito inicial.

Portanto, a ser correta a proposição do apelante quando reclama contra a atualização de um dos valores, pela mesma razão não poderia prevalecer a atualização do outro: cuida-se, enfim, de interpretar o imperativo da sentença.

Logo se vê que o Acórdão da apelação apenas explicitou o que já se achava contido e pressuposto na sentença, quando recomendou, consoante o voto do Relator, que a diferença sobre a qual haverá de recair o cálculo dos honorários seja extraída de valores atualizados; por isso, mandou atualizar ambos os valores a confrontar.

E mesmo que assim não fosse; ainda que o Acórdão não se tenha limitado a explicitar a sentença, neste

ponto, certo é que não foi alvo de impugnação alguma. Assim, transitou em julgado e não há de ser por meio de simples impugnação a cálculo de liquidação que se deixará de cumprilo, a pretexto da propalada ofensa à regra que veda a reformatio in pejus, na qual teria incorrido.

Ante o exposto, nego provimento à apelação.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 81.041 — MG — Rel.: O Sr. Ministro Bueno de Souza. Apte.: Enio Linhares Cabral. Apda.: Telecomunicações de Minas Gerais S.A. — TELEMIG.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação. (Em 5-9-83 — 4ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Antônio de Pádua Ribeiro e Armando Rollemberg. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Armando Rollemberg.

REMESSA EX OFFICIO Nº 81.485 — AL

Relator: O Sr. Ministro Moacir Catunda

Remetente: Juízo Federal de Alagoas

Partes: Estado de Alagoas e Instituto do Açúcar e do Alcool — IAA

EMENTA

IAA. Transferência de Produtos de uma unidade da Federação para outra. ICM. Imunidade. Constituição, artigo 19, § 1º.

1. As transferências de produtos, operadas pelo IAA, de uma unidade da Federação para outra, não estão sujeitas ao ICM, pois demoram sob o pálio da imunidade capitulada no § 1º, do artigo 19, da CF. Atua a autarquia, como órgão do poder público, por delegação da União Federal, e não no exercício do comércio ordinário, em busca do lucro, subsumindo-se ditas atividades, no conceito de serviço público. Por outro lado, o fomento à instalação de destilarias centrais, assim como a produção do álcool, em destilarias do IAA, se inserem entre os objetivos essen-

ciais da autarquia — Decreto nº 22.789/33, artigo 4º, «b», constituindo os resultados líquidos das operações industriais e comerciais da mesma, receitas suas — Lei nº 4.870/65, artigo 20, V.

2. Remessa improvida.

ACORDÃO

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, 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 abril de 1984 (Data do julgamento) — Ministro **Moacir Catunda**, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro **Moacir Catunda**: Assim a sentença relatou e decidiu a questão (fls. 69/75):

«1. Ainda sob a égide do Decreto-Lei nº 960, de 17-12-1938, a Fazenda Pública do Estado de Alagoas ajuizou ação executiva fiscal, distribuída como ação ordinária de cobrança, contra a Destilaria Central de Alagoas, do Instituto do Açúcar e do Alcool, objetivando a cobrança do débito originário de Cr\$ 207.791,76, correspondente a ICM e multa pela remessa de seus produtos para o Estado de Pernambuco.

2. Citado, o executado ofereceu contestação (fls. 7/8), suscitando preliminar de incompetência do Juízo Estadual, e, no mérito, já ter sido a questão decidida, em ações de mandado de segurança e ordinária para declaração de certeza jurídica, pela Justiça Federal desta Seção Judiciária.

3. Acolhida a preliminar de incompetência (fl. 14 dos autos da execução), foram os autos remetidos

a esta Justiça Federal, tendo meu douto antecessor, hoje eminente Ministro do Eg. Tribunal Federal de Recursos, Pedro da Rocha Acioli, determinado nova citação, na pessoa do Delegado Regional do IAA em Alagoas (fl. 15 dos autos da execução).

4. Ofereceu o executado outra contestação (fls. 2/4 dos autos de embargos), suscitando nova preliminar de incompetência, por entender competir originariamente ao Colendo Supremo Tribunal Federal processar e julgar o feito, e, no mérito, após insistir em que a questão fora anteriormente decidida pela Justiça Federal, faz tímida alusão à imunidade tributária de que gozam as autarquias, sob a errônea denominação de «isenção».

Ainda em preliminar, argüiu vício da citação, que seria nula, tendo instruído a contestação com os documentos de fl. 5/8 (dos autos de embargos).

5. Reconhecida a incompetência da Justiça Federal (despacho de fl. 9, verso, dos autos de embargos), foram os autos remetidos ao Colendo Supremo Tribunal Federal, tendo aquela Excelsa Corte, através de Acórdão fl. 22, decidido que,

«Não cabe na competência originária do STF o processo e o julgamento de executivo fiscal, movido pelo Estado-membro contra Autarquia Federal».

6. Devolvidos os autos a esta Seção Judiciária, decidiu o meu eminente antecessor, provocado pelo executado (fls. 30/31 e 24, todas dos autos de embargos), pela incompetência do Poder Judiciário para dirimir a controvérsia, nos

termos do artigo 205 da Constituição Federal, introduzido pela Emenda nº 07/77, julgando, em consequência, extinto o processo.

O Egrégio Tribunal Federal de Recursos, entretanto, por sua 5ª Turma, reformou essa decisão, conforme retratado na ementa do v. Acórdão de fl. 53, *in verbis*:

«Constitucional — Litígio fiscal entre Estado-membro e Autarquia Federal. Constituição — artigo 205. — Depende de regulamentação, para ser executado. Antecedentes do STF e Súmula nº 102, do TFR — Remessa de ofício provida, para que a ação tenha prosseguimento».

7. Baixados os autos, falaram as partes (fls. 56, v. e 59), e, em seguida, em cumprimento ao v. Acórdão, prolatei o despacho de fls. 60/61, pelo qual, dando aplicação imediata à Lei nº 6.830, de 22-9-80, recebi como embargos à execução a contestação de fls. 2/4 (dos embargos), determinando sua atuação, juntamente com as demais peças processuais a ela pertinentes, e a intimação do exequente para impugná-los, o que foi feito à fl. 64, insistindo na procedência da execução, sob o entendimento de que o executado, ao produzir álcool, atua na esfera privada, despi-do de suas funções públicas específicas.

8. As partes, intimadas, não requereram a produção de outras provas (fl. 65, verso, e 66), tendo o Dr. Procurador da República se manifestado no sentido da procedência dos embargos, à vista da imunidade tributária de que goza o embargante (fl. 67 e verso).

É o relatório.

II — Decisão.

1. As preliminares suscitadas na petição de embargos, apresentadas na época, à vista da legisla-

ção processual então vigente, como contestação, estão superadas, vez que tanto o Colendo Supremo Tribunal Federal quanto o Egrégio Tribunal Federal de Recursos decidiram definitivamente as questões em causa, conforme se vê dos Acórdãos de fls. 22/53.

É certo que não houve decisão explícita sobre a prejudicial pertinente a vício da citação, sob o fundamento de que teria sido ela efetivada em pessoa incompetente para o ato.

Não é menos verdadeiro, entretanto, que essa preliminar, sobre já ter sido rejeitada em ações análogas nesta Seção Judiciária, como, por exemplo, no Processo nº 922/70, não encontra amparo na lei.

De fato, o embargante dispõe de uma Delegacia Regional neste Estado, com sede nesta cidade de Maceió, dirigida por Delegado e integrada por Procurador.

Assim, possui seu órgão regional capacidade para representar a entidade em Juízo, ativa ou passivamente.

É o que dispunha o artigo 87 do CPC de 1939 (cf. Carvalho Santos, «Código de Processo Civil Interpretado», vol. I, pág. 321, 6ª ed.) e hoje está estipulado no artigo 12, I, do CPC de 1973, vez que as autarquias federais nada mais são do que a própria União agindo de forma descentralizada na defesa de interesses públicos específicos.

Reconhecendo como válida a citação rejeito a preliminar.

2. No mérito, cinge-se a questão em saber se a remessa, pelo Instituto do Açúcar e do Alcool — IAA, ora embargante para outro Estado-membro, dos produtos industriais produzidos por suas destilarias, está sujeita ou não à incidência do Imposto sobre Circulação de Mercadorias — ICM.

3. O Colendo Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, no julgamento do RE nº 88.625-PR (RTJ nº 89.614/20, Relator o eminente Ministro Cordeiro Guerra), ao examinar questão análoga — incidência ou não do ICM nas vendas de café pelo IBC — restabeleceu incomparável voto vencido do eminente Ministro Néri da Silveira, à época no Egrégio Tribunal Federal de Recursos, assentando, por unanimidade, que: a) — o artigo 6º, § 1º, III, do Decreto-Lei nº 406/68, só pode ser aplicado se harmonizado com o princípio da imunidade constitucional (artigo 19, III, a e § 1º da EC nº 1/69); e, b) — a imunidade tributária prevista na Constituição abrange também o ICM.

Assim, com relação a estas indagações de alta relevância reportome, com a devida vênia, ao voto do eminente Ministro Néri da Silveira, inserto na Rev. do TFR, vol. 82 (fevereiro de 1982), págs. 148-65, cujos fundamentos, seja pela autoridade de quem os externou, quer pela segurança e precisão com que sua Excelência esgotou o assunto, dissipam as dúvidas e respondem, com irretorquível vantagem, aos argumentos dos contrários.

4. Assentadas, pois, estas premissas, resta examinar, tão-somente, se a remessa dos produtos das destilarias do IAA para outros Estados-membros da Federação — ou mesmo sua venda a terceiros — diz respeito às suas finalidades essenciais, estando, conseqüentemente, abrangida pela imunidade tributária do artigo 19, III, a, e § 1º, da Constituição Federal (EC nº 1/69).

5. Anote-se, de início, que a execução fiscal objeto dos presentes embargos objetiva a cobrança do imposto e multa inscritos no exercício fiscal do ano de 1970 (fl. 4, verso dos autos da execução).

6. A Emenda Constitucional nº 1, de 1969, estabelece, no que interessa ao presente litígio:

«Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I — omissis;

II — omissis;

III — instituir imposto sobre:

a) o patrimônio, a renda ou os serviços uns dos outros»; acrescentando no seu § 1º, verbis:

«§ 1º. O disposto na alínea a do item III é extensivo às autarquias, no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços vinculados às suas finalidades essenciais ou delas decorrentes»;

O Decreto nº 22.789, de 1º de junho de 1933, que criou o Instituto do Açúcar e do Alcool, incluiu, entre os serviços essenciais delegados à autarquia, o de

«fomentar a fabricação do álcool anidro, mediante a instalação de destilarias centrais nos pontos mais aconselháveis ou auxiliando, nas condições previstas neste decreto e no regulamento a ser expedido, as cooperativas e sindicatos de usineiros que, para tal fim, se organizaram, ou os usineiros individualmente, a instalar destilarias ou melhorar suas instalações atuais»; (artigo 4º letra b).

A Lei nº 4.870, de 1º de dezembro de 1965, que dispõe «sobre a produção açucareira, a receita do Instituto do Açúcar e Alcool e sua aplicação, e dá outras providências», estabelece, por sua vez, em seu artigo 20 e inciso V:

«Art. 20. A receita do IAA será constituída pelos seguintes recursos:

V — dos resultados líquidos das operações industriais e comerciais a cargo do IAA».

Verifica-se, pois, que a cobrança, pelo Estado de Alagoas, de ICM e respectiva multa, incidentes sobre a remessa, pelo IAA, dos produtos de sua destilaria central de Alagoas, fere duplamente o dispositivo constitucional sob estudo, pois atinge tanto serviços quanto renda vinculados às finalidades essenciais da autarquia em apreço, vez que lhe compete, por força da legislação específica, o controle absoluto da indústria agroaçucareira alcooleira do País, desde a produção da matéria-prima até a colocação final dos produtos já industrializados nos mercados interno e externo.

É este, alias, o entendimento predominante, atualmente, no Egrégio Tribunal Federal de Recursos, conforme se vê dos julgamentos proferidos no Ag. MS nº 65.002-AL e AC nº 35.293-AL; bem como desta Seção Judiciária, como salientou o embargante.

7. Por estes fundamentos, julgo procedentes os embargos e improcedente a execução fiscal que os ensejou (Proc. nº 925/70, distribuído originariamente como ação ordinária de cobrança), pelo que condeno a embargada em honorários advocatícios, à base de 15% (quinze por cento) sobre o valor da causa (Cr\$ 207.791,76 — fl. 3 dos autos da execução e fl. 4 destes autos de embargos).

8. Passada esta sentença em julgado, expeça-se o ofício de comunicação a que se refere o artigo 33 da lei nº 6.830, de 22-9-1980.

9. Isento de custas.

10. Sentença sujeita ao duplo grau de jurisdição (artigo 475, II, do CPC), vez que inaplicáveis à espécie as disposições da Lei nº 6.825, de 22-9-1980, remetam-se os autos ao Colendo Tribunal Federal de Recursos tão logo decorrido o prazo para apelo voluntário, ou o

seu regular processamento, se for o caso».

Sem apelação voluntária subiram os autos.

Opinou a Subprocuradoria-Geral da República pelo não provimento da remessa de ofício.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Moacir Catunda: Conheço da remessa oficial, e nego-lhe provimento, confirmando a douda sentença transcrita no relatório, por seus seguros fundamentos e de acordo com o jurídico parecer da douda Subprocuradoria-Geral da República, que fica incorporado a este voto, com licença do seu ilustre signatário.

É que entendo, de acordo com a jurisprudência predominante, que o fomento à instalação de destilarias centrais, assim como a destilação do álcool, em destilarias do IAA, se inserem entre os objetivos essenciais da autarquia, a teor da legislação ordinária que o criou (Decreto nº 22.789, de 1-6-1933, artigo 4º, b), e da legislação subsequente (Lei nº 4.870, de 1-12-1965, artigo 20, V, que diz constituirão os resultados líquidos das operações industriais e comerciais do IAA, receitas suas. Quando a autarquia transfere álcool, de suas destilarias, em Alagoas, para outros Estados, atua como órgão do poder público, por delegação da União Federal, e não no exercício do comércio ordinário, em busca do lucro.

Presta um serviço público. Não exercita atividade comercial.

As transferências de produtos, operadas pela autarquia embargante, de uma unidade federativa, para outra, subsumem-se no conceito de serviço público cuja realização a legislação ordinária atribui a ela. E demoram sob o pálio da imunidade

capitulada no § 1º, do artigo 19, da Constituição.

Nego provimento.

EXTRATO DA MINUTA

REO nº 81.485 — AL — Rel.: O Sr. Ministro Moacir Catunda. Remte.: Juízo Federal de Alagoas. Partes: Estado de Alagoas e Instituto do Açúcar e do Alcool — IAA.

Decisão: Por unanimidade, negou-se provimento à remessa de ofício. (Em 2-4-84) — 5ª Turma.

Votaram com o Relator, os Srs. Ministros Sebastião Reis e Geraldo Sobral. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Moacir Catunda. Não compareceu, por motivo justificado, o Sr. Ministro Pedro Acioli.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 83.107 — RJ

Relator: O Sr. Ministro José Cândido

Remetente: Juízo Federal da 9ª Vara-RJ

Apelante: Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social

Apelados: Newton Castilho e outros e União Federal.

EMENTA

Administrativo. Ferroviários. Complementação de Proventos. Descabimento.

Ferroviários regidos pela CLT, servidores da Rede Ferroviária Federal, aposentados em 1980 e 1981.

Inexistência de direito à complementação de proventos.

Recurso da autarquia provido.

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 ao recurso do IAPAS, para reformar a sentença e julgar improcedente a ação; sem causa para a 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, 17 de abril de 1984 (Data do julgamento) — Ministro **Evandro Gueiros Leite**, Presidente — Ministro **José Cândido**, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Cândido: Demanda que versa sobre dupla aposentadoria de servidores públicos, regidos pela CLT, inativos da «Rede Ferroviária Federal S.A.».

Ação movida por Newton Castilho e outros contra a União Federal, Instituto Nacional de Previdência Social e Rede Ferroviária Federal S.A.

Servidores aposentados em 1980 e 1981, após a vigência do Decreto-Lei nº 956, de 13 de outubro de 1969, que dispõe sobre aposentadoria dos servidores públicos e autárquicos cedidos à Rede Ferroviária Federal S.A.

Em resumo, pretendem os autores remuneração de proventos integrais.

em igualdade com os vencimentos dos que se encontram em atividade.

O INPS e a Rede Ferroviária ao contestarem a ação levantaram a preliminar de ilegitimidade de parte, por não lhes caber a responsabilidade do pagamento.

O MM. Juiz Federal assim decidiu:

«Como se vê, a matéria preliminar suscitada pelos réus não tem procedência. Todos têm sua parcela de responsabilidade na solução da matéria em discussão: A Rede organiza as folhas e as envia ao INPS. Este providencia de imediato o numerário e satisfaz o pagamento à conta do Tesouro Nacional».

E, no mérito, com base em brilhante voto do eminente Ministro Aldir Passarinho, quando ainda honrava com sua presença esta Alta Corte, julgou «procedente a ação na forma pedida na inicial, salvo quanto aos honorários que arbitro em 10% sobre o valor da causa».

O douto voto do Ministro Aldir Passarinho exarado na Apelação Cível nº 70.784, julgamento de julho de 1981, comprovado às fls. 126/133, concede a complementação de proventos aos ferroviários amparados pelo Decreto-Lei nº 956/69. Não há, contudo, nem no relatório, nem no voto, menção à data da concessão da aposentadoria.

Os autores recorrem a este Tribunal, no sentido de majorar a verba honorária para 20% (vinte por cento), deserta por falta de preparo (fl. 199).

O INPS, renovando a preliminar de ilegitimidade *ad causam*, pede o provimento para tornar improcedente a ação:

«... uma vez que todos se aposentaram após a vigência do Decreto-Lei nº 956/69, tendo portanto a complementação, ora reclamada, integrado o salário de contribui-

ção, por ocasião do cálculo de suas aposentadorias» (fl. 188).

Os autores em contra-razões apresentam diversos julgados deste Tribunal favoráveis à tese de dupla aposentadoria.

Nesta superior instância, em longo e fundamentado parecer, a douta Subprocuradoria-Geral da República pede o provimento do recurso do INPS e da remessa de ofício.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Cândido (Relator): Improcede a preliminar argüida. Tanto o INPS quanto a Rede Ferroviária, participando da elaboração do pagamento da complementação, legitimam sua qualidade litisconsorcial passiva. Este Tribunal vem reiteradamente julgando nesse sentido.

No mérito, também não merece ser acolhido o pedido dos autores.

São todos eles servidores públicos, ferroviários regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho, aposentados após a vigência do Decreto-Lei nº 956, de 1969.

Com o advento deste diploma legal, foi modificado todo o critério da complementação de proventos dos ferroviários. Diz sua ementa:

«Dispõe sobre aposentadoria dos servidores públicos e autárquicos cedidos à Rede Ferroviária Federal S.A.»

O seu artigo 1º, reza

«As diferenças ou complementações de proventos, gratificações adicionais ou quinquênios e outras vantagens, excetuado o salário-família, de responsabilidade da União, presentemente auferidas pelos ferroviários servidores públicos e autárquicos federais ou em regime especial aposentados da Previdência Social, serão mantidas e pagas pelo Instituto Nacional de

Previdência Social, por conta do Tesouro Nacional, como parcela complementar da aposentadoria, a qual será com esta reajustada na forma da Lei Orgânica da Previdência Social».

De início, «como parcela complementar de aposentadoria a qual será por esta reajustada na forma da Lei Orgânica da Previdência Social» verifica-se que não pode ser deferida a remuneração de proventos em igualdade com os vencimentos dos servidores em atividade. Por lei o reajuste é sempre na forma da Lei Orgânica da Previdência Social (hoje consolidada pelo Decreto-Lei nº 77.077, de 1976).

No caso, há que distinguir triplíce hipótese: a) ferroviários, servidores públicos, regidos pela CLT; b) ferroviários, funcionários públicos sujeitos ao regime estatutário; c) e os que se aposentaram após a vigência do Decreto-Lei nº 956, de 1969.

Com a promulgação deste diploma legal mudou todo o regime de arrecadação e de contribuição. A complementação e demais gratificações e quinquênios passaram a integrar os salários de contribuição dos ferroviários e, conseqüentemente, os benefícios, a partir de 1º de novembro de 1969 (artigo 1º, c/c o artigo 3º).

Os servidores, empregados da Rede Ferroviária, regidos pela CLT, sem qualquer vantagem estatutária, não fazem jus à complementação. Esse é o entendimento desta Egrégia Turma, em Acórdão recente de minha lavra, na Apelação em Mandado de Segurança nº 100.143, cuja ementa é a seguinte:

«Administrativo. Ferroviário. Dupla Aposentadoria. Servidor Autár-

quico. Aposentadoria pelo Tesouro Nacional.

Tendo o autor ingressado na EFCEB já sob o regime autárquico, não tem direito à aposentadoria estatutária.

Precedente do Tribunal.

Sentença confirmada».

No mesmo sentido, outros processos de que fui Relator: AC nº 75.555; AMS nº 99.156; AC nº 79.495.

Ante o exposto, deixo de tomar conhecimento dos recursos dos autores, por deserção. Dou provimento ao recurso da autarquia, para reformar a sentença e julgar improcedente a ação.

Custas ex lege pela parte sucumbente, inclusive verba honorária no percentual da sentença de primeira instância.

Sem causa para a remessa.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 83.107 — RJ — Rel.: Ministro José Cândido. Remte.: Juízo Federal da 9ª Vara-RJ. Apte.: IAPAS. Apdos.: Newton Castilho e outros e União Federal.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso do IAPAS, para reformar a sentença e julgar improcedente a ação; sem causa para a remessa de ofício (Em 17-4-1984 — 2ª Turma).

Os Srs. Ministros Costa Lima e Gueiros Leite votaram com o Sr. Ministro-Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Evandro Gueiros Leite.

APELAÇÃO CIVEL Nº 83.793 — BA

Relator: O Sr. Ministro Evandro Gueiros Leite

Apelante: Banco Itaú S.A.

Apelada: TEPAC — Terraplenagem, Pavimentação e Construções Ltda.

EMENTA

Assistência. Descabimento, à míngua de interesse jurídico (CPC, artigo 50). Conseqüências.

1. Quando se qualifica a assistência por interesse de índole puramente econômica, não é cabível (CPC, artigo 50, caput).

2. No litígio formado entre particulares e cujo deslinde possa ter repercussão sobre o passivo da sociedade financeira sob «administração controlada» pelo Banco Central e cuja incorporação foi provocada pelo mesmo Banco, este detém apenas interesse de fato na lide, tanto mais se o seu desfecho não influirá na incorporação já ultimada. 3. Tendo sido a assistência do Banco Central autorizada por decisão de Tribunal de Justiça Estadual, o TFR, aonde vieram os autos, não tem competência para desconstituí-la, mas somente o STF (CF, artigo 119, I, e).

ACÓRDÃO

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

Decide a 2ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, prosseguindo no julgamento, por unanimidade, reconhecer a incompetência do Tribunal e determinar a ida dos autos ao Supremo Tribunal Federal, na forma do voto e notas taquigráficas precedentes que integram o presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 6 de abril de 1984 (Data do julgamento) — Ministro Evandro Gueiros Leite, Presidente-Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Evandro Gueiros Leite (Relator): apreciando ação ordinária proposta por TEPAC — Terraplenagem, Pavimentação e Construções Ltda. contra o Banco Itaú

S.A. e em que postula a recomposição do seu patrimônio, desfalcado por ato ilícito do réu, o Juiz de Direito da Comarca de Salvador julgou a ação procedente e condenou o Banco Itaú S.A. nas quantias indicadas nos laudos do perito oficial e do assistente-técnico do autor (fls. 404/463), assim:

«...laudo em que me firmo à vista dos seus fundamentos alicerçados em pesquisas prudentemente levadas a efeito e em sistemas adotados por entidades públicas, quer da administração federal (Departamento Nacional de Estradas de Rodagem) e estadual (Departamento de Estradas de Rodagem do Estado da Bahia), quer em firmas comerciais respeitáveis, da praça. Tendo em vista que as duas parcelas que constituem o «resumo» desse laudo, a primeira traz o cálculo até outubro de 1978 (mil novecentos e setenta e oito) e, a segunda, até maio do mesmo ano,

determino sua atualização até o momento final para a execução do julgado. E, por se tratar de reparação de dano, devem ser calculados os juros legais de 6% (seis por cento). Condene o r. nas custas e honorários de 20% (vinte por cento) do advogado da a., não me sendo possível reduzi-los por dever ser, a indenização, a mais completa possível» (fls. 676/677).

O Banco Itaú S.A. apelou, em críticas à sentença e com pedido de nova decisão (fls. 684/765). Recurso substancial, manifestado em oitenta e uma laudas datilografadas, esmiúça, em pequeninos, a decisão a quo e os seus principais fundamentos (lê). A autora apresentou as suas contrarrazões, também alentadas (fls. 767/780), em louvores à sentença.

Os autos subiram ao Tribunal de Justiça do Estado, quando, após novas e extensas manifestações das partes, com a juntada de pareceres e memoriais, foi noticiado pedido de assistência formulado pelo Banco Central do Brasil, ao lado do Banco Itaú S.A. O requerente justificava a interveniência devido a sua responsabilidade pelo passivo desconhecido do Banco União Comercial, em vias de incorporação pelo Banco Itaú. Tratava-se desta ação ordinária e de outra, anterior, de depósito, já decidida na primeira instância em favor da TEPAC (fls. 890/897).

Contra a opinião da TEPAC, que não considerou possível qualquer repercussão, no Banco Central, dos resultados da lide (fls. 918/925), o Desembargador-Relator admitiu a assistência e determinou a baixa dos autos à instância inferior, em diligência (fl. 1004), que foi cumprida.

Voltando os autos ao Tribunal, a TEPAC manifestou agravo regimental da decisão retro (fls. 1008/1011), que veio a ser desprovido (fls. 1012/1014). Em seguida, o Banco Central do Brasil requereu o desafo-

ramento do processo para o Tribunal Federal de Recursos, no que foi atendido (fls. 1016/1017). A TEPAC pediu reconsideração e agravou sem êxito (fls. 1022/1023).

Após embargos declaratórios da TEPAC, também rejeitados, os autos vieram, por declinatória, a este Tribunal Federal de Recursos, onde a douta Subprocuradoria-Geral da República, em longo e substancial parecer do Dr. Arnaldo Andrade Fonteles, opinou pelo provimento da apelação e reforma da sentença. Quanto ao ingresso nos autos do Banco Central e sua vinda a esta Corte, achou revestirem-se ditas providências de inquestionável legalidade (fl. 1035).

O processo havia sido distribuído à Segunda Seção, que o recusou, aplicando ao caso o disposto no artigo 10, § 1º, item X, do nosso Regimento Interno.

É o relatório.

VOTO PRELIMINAR

O Sr. Ministro Evandro Gueiros Leite (Relator): Após sentença do Juiz de Direito da 7ª Vara Cível, de Salvador, já em grau de apelação no Tribunal de Justiça do Estado, o Banco Central do Brasil requereu o ingresso no processo como assistente ao lado do réu, Banco Itaú S.A., por ter interesse jurídico na causa (CPC, artigo 50). Conforme pretendido justificar à fl. 890, esse interesse residiria em que, tendo o Banco Itaú S.A. incorporado o Banco União Comercial S.A., por iniciativa do Banco Central e posterior aprovação da proposta de incorporação, estaria a autarquia vinculada, solidariamente, às dívidas passivas do banco incorporado, por força daquela proposta e do seu esquema de execução (fls. 899/916).

Eis o histórico dos fatos, narrado pelo Banco Central, às fls. 890/892, verbis:

«No ano de 1974, o grupo de intuições financeiras lideradas pelo ex-Banco União Comercial S.A., apresentava sérios problemas de desequilíbrio econômico-financeiros que, dado ao seu grande porte, colocavam em risco a normalidade dos mercados financeiros e de capitais, e os legítimos interesses dos seus depositantes, investidores, acionistas minoritários e demais credores, enfim, a própria poupança popular. Diante deste quadro, que se descortinava como de graves conseqüências, este Banco Central solicitou ao Banco Itaú S.A. que apresentasse proposta para aquisição do controle das empresas do Grupo, principalmente do ex-Banco União Comercial S.A., de vez que o outro remédio legal para a situação, a liquidação extrajudicial, seria altamente prejudicial para os mercados financeiros e de capitais, para os seus credores e acionistas minoritários e para a poupança popular. Em resposta, este Banco Central recebeu carta-proposta do Banco Itaú, acompanhada de um «Esquema de Execução» (doc. 2), na qual foram apresentadas as condições para a realização do negócio. Submetido o assunto à apreciação e decisão do Egrégio Conselho Monetário Nacional, este, com amparo na Lei nº 5.143, de 20-10-66, aprovou o referido «Esquema de Execução», bem como a incorporação pelo Banco Itaú das empresas do Grupo União Comercial. De acordo com o item «5.10-d» do mencionado «Esquema de Execução», as responsabilidades do Banco União Comercial, desconhecidas até a data da incorporação, seriam ressarcidas pelo Banco Central, na ocasião que se tornassem conhecidas. Diante disso, o Banco Itaú comunicou a este Banco Central que é réu da referida Ação Ordinária de Perdas e Danos, tendo sido condenado, em primeira instância a pagar

quase duzentos milhões de cruzeiros, em decorrência de fatos acontecidos antes da incorporação, que tiveram início com uma Ação de Depósito no valor de Cr\$ 13.660,00, tendo apelado da sentença, para o E. Tribunal de Justiça da Bahia. À vista do que foi exposto até agora e diante das falhas e lacunas observadas na injusta sentença condenatória, que serão comentadas oportunamente, só restou a este Banco Central solicitar o seu ingresso no feito, a fim de melhor defender o dinheiro público que lamentavelmente está em jogo. Efetivamente, diz o Código de Processo Civil: «Artigo 50 —Pendendo uma causa entre duas ou mais pessoas, o terceiro que tiver interesse jurídico em que a sentença seja favorável a uma delas, poderá intervir no processo para assisti-la. Parágrafo único — A assistência tem lugar em qualquer dos tipos de procedimento e em todos os graus da jurisdição, mas o assistente recebe o processo no estado em que se encontra». Ficou, como visto acima, patenteadado o interesse jurídico que tem o Banco Central em uma sentença favorável ao réu Banco Itaú. O insucesso deste na demanda, será o insucesso do próprio Banco Central de vez que, pelo «Esquema de Execução» atrás falado, cabe a este Banco ressarcir ao Banco Itaú das importâncias dispendidas por este, em decorrência de fatos acontecidos antes da incorporação do ex-Banco União Comercial».

Como se vê, de acordo com o item 5.10-d, do esquema de execução referido, as responsabilidades do Banco União Comercial, desconhecidas até a data da incorporação, seriam ressarcidas pelo Banco Central, na ocasião em que fossem conhecidas. Para o Banco Central, segundo afirma à fl. 891, o conhecimento desta demanda e de suas conseqüências pa-

trimoniais teria ocorrido através de comunicação do Banco Itaú S.A. e somente após a condenação de primeira instância, sendo decorrência de fatos anteriores à incorporação entre os quais se conta, também, a existência de uma ação de depósito já com sentença transitada em julgado (fl. 891).

O item 5.10-d, do esquema de execução, tem o seguinte teor:

«Até a data da incorporação do Banco União Comercial pelo Banco Itaú, este último estudará criteriosamente todos os créditos «em ser» e as responsabilidades conhecidas das Instituições UC.

(Omissis).

d) A inscrição de responsabilidades desconhecidas até a data da incorporação será efetuada na ocasião em que se tornarem conhecidas (fl. 915)».

Ao exame da assistência, tal como pedida e obtida pelo Banco Central, acho que, processualmente, é incabível, pois se qualifica, na hipótese, por interesse de natureza puramente econômica, insuficiente para justificá-la em face do artigo 50, do CPC. O Banco Central tem interesse em que o Banco Itaú S.A. saia vitorioso nesta ação, porque, do contrário, os ônus patrimoniais resultantes de uma derrota iriam engordar o passivo da incorporação do Banco União Comercial S.A., passivo pelo qual seria co-responsável dentro de certas e determinadas condições. A autora, TEPAC — Terraplenagem, Pavimentação e Construções Ltda. está acionando o Banco Itaú S.A. na qualidade de sucessor do Banco União Comercial S.A., antigo Banco Comercial do Estado de São Paulo S.A., e para haver do mesmo indenização por ato ilícito alheio às causas da incorporação.

Ora, vitorioso ou derrotado o Banco Itaú S.A., o negócio da incorporação não será afetado, isto é, perma-

necerá de pé, porquanto juridicamente consumado, tanto mais porque estranho à lide. Quanto ao Banco Central, apenas terá de arcar com uma maior ou menor parcela do passivo do Banco União Comercial S.A., conforme se obrigou no esquema de execução da incorporação, mas ainda aí — repita-se — depois de implementadas certas condições. Diz-se que, no caso, o interesse é apenas de fato, porque o aumento do passivo não afetaria a incorporação, do ponto de vista jurídico, mas apenas economicamente. Barbi, ao exemplificar o que seja interesse jurídico, identifica-o da seguinte maneira:

«...quando entre o direito em litígio e o direito que o credor quer proteger com a vitória daquele, houver uma relação de conexão ou de dependência, de modo que a solução do litígio possa influir, favorável ou desfavoravelmente, sobre a posição jurídica de terceiro».

(Comentários, I vol. Tomo I, Forense, 1ª ed., 1975, pág. 292).

Exemplificando, acrescenta o comentarista a hipótese do segurador que ingressa na causa do segurado contra outrem, porque se aquele vencer desaparecerá juridicamente a obrigação do segurado de pagar o seguro; também o fiador que ingressar para assistir o afiançado na demanda deste com o credor, porque se não existir a obrigação principal deixará de existir a fiança como acessória que é daquela (*idem*, *ibidem*).

Não é, pois, caso de assistência, mesmo que se pretenda simples ou adesiva, porquanto não há interesse jurídico por não dispôr o Banco Central de uma relação jurídica conexa com o direito em litígio ou dele dependente (CPC, artigo 50).

Mesmo que se admita, pelo simples amor ao argumento, o cabimento da assistência, restaria apreciá-la

em razão de sua capacidade para deslocar a competência do Juízo ordinário estadual para o Juízo privilegiado federal, em face do disposto no artigo 125, inciso I, da Constituição, sabendo-se, por primeiro, que a mera assistência *ad adjuvandum* não chega a tanto, se não comprovado, verazmente, o interesse jurídico exigido no artigo 50.

A jurisprudência do STF firmou-se no sentido de que o artigo 2º, do Decreto-Lei nº 685 foi revogado pela Constituição Federal de 1969. Nesse sentido os Conflitos de Jurisdição nºs 6.062, 5.839, 5.860 (RTJ 65/632) e 6.122 (RTJ 86/773), e nos RREE nºs 69.775 (RTJ 63/111) e 72.437 (RTJ 68/101). Igualmente, a Lei nº 6.024/74, que dispõe sobre a intervenção e liquidação extrajudiciais de instituições financeiras, revogou o Decreto-Lei nº 685. Também esta Corte assim tem decidido (AI nº 41.651/RN, DJ 26-8-82; RCr nº 675/RS), com destaque para a ementa do primeiro Acórdão, pois o caso mais se identifica com a hipótese destes autos.

É ler-se:

«Competência.

Causa entre o Banco do Brasil, como Banco financiador e empresa financiada, quanto à execução de contrato celebrado entre estes, sem qualquer interferência do Banco Central, que apenas autorizou a contratação de empréstimo. Competência da Justiça Estadual. A cláusula eletiva de foro só é relevante, do ponto de vista jurídico, quando se trata de competência territorial ou em razão do valor. Inderrogabilidade da competência em razão da matéria». (AI nº 41.651-RN/RIP nº 3262892).

De qualquer modo, é indubitável que o Banco Central apenas mencionou a existência de interesse jurídico, sem prová-lo, ao referir-se, tão-só, à sua co-responsabilidade pelo

excesso de passivo oriundo de responsabilidades desconhecidas até a data da incorporação (Esquema de Execução, item 5.10-d, fl. 915). Ora, a incorporação sequer está instrumentada nos autos, para saber-se o momento em que se ultimou. Consta, à fl. 899, a resposta do Banco Itaú S.A. ao Banco Central, concordando na aquisição do controle acionário das Instituições Financeiras lideradas pelo Banco União Comercial S.A. Isso ocorreu em 2 de outubro de 1974 (fl. 899), quando já era conhecida a existência de notificação judicial ajuizada pela mesma TEPAC, em 7 de janeiro de 1970, contra o Banco Comercial do Estado de São Paulo, em Salvador, com a seguinte finalidade:

«para que imediatamente sejam depositados em conta corrente da ora requerente os cheques adiante especificados. (Omissis). Protesta, ainda, a notificante, por se fazer ressarcida de todos os prejuízos que decorreram da falta de anotação de tais créditos, nas datas respectivas: são perdas, danos e lucros cessantes, que perturbaram notavelmente, a vida da notificante, inclusive dando lugar a protestos. (Omissis)». (Fls. 22/23).

Tudo isso deveria constar dos arquivos do antigo Banco Comercial, não podendo ser ignorado no levantamento do passivo. Se a proposta do Banco Itaú S.A. é de 1974, tampouco seria plausível que, até o levantamento do passivo, já agora do Banco União Comercial, fosse ignorada uma decisão transitada em julgado da Justiça local em favor da TEPAC, na seguinte conclusão:

«... dá-se provimento, em parte, ao apelo do Banco, para que ele pague o total dos depósitos feitos, exclusivamente, por agora, mais juros legais, custas e honorários à base de 20%, (omissis), ficando a correção monetária para ser pleiteada e discutida, querendo, na

ação que se venha a propor (Salvador, 21-5-75)». (Fl. 18).

Refere-se o Acórdão a esta ação indenizatória, já proposta contra o Banco Itaú S.A., o qual, à época (setembro de 1976, fl. 13), ainda se encontrava levantando o passivo, segundo o prefalado esquema de execução da incorporação, sendo difícil (ou mesmo impossível) afirmar-se excesso de passivo em face do resultado desta ação e antes do encerramento das chamadas contas-liquidação UC/1 e AF, respectivamente, do Banco União Comercial e de tudo que fosse pertinente às Assistências Financeiras e redescontos de liquidez que o Banco Central vinha prestando às Instituições UC. Somente quando o saldo credor da Conta AF equalizasse com o saldo devedor da Conta UC/1, ambas seriam encerradas através da compensação dos respectivos saldos. Então, o saldo devedor da Conta UC/1 seria amortizado através de cessões em pagamento de créditos das Instituições UC (fl. 910).

E mais:

«Até a data da incorporação do Banco União Comercial pelo Banco Itaú, este último estudará criteriosamente todos os créditos «em ser» e as responsabilidades conhecidas das Instituições UC.

a) Os créditos de liquidação duvidosa e as responsabilidades que possam gerar prejuízos serão inscritas até a mesma data, sob uma rubrica contábil denominada «Carteira UC», da qual será dado, subsequentemente, conhecimento ao Banco Central». (Fl. 915).

Finalmente, o ingresso do Banco Central no feito estaria ocorrendo devido a uma incorporação provocada pela autarquia, de instituição financeira em estado de insolvência e cuja liquidação extrajudicial o Governo desejava evitar como solução estatizante, além de mais onerosa e

contrária à política de fortalecimento do sistema bancário privado, danosa ao público e às minorias acionárias (fl. 899). A chamada incorporação, porque diversa da comum, consensual, prevista na Lei nº 6.404/76 (artigos 224 e seguintes), não mais seria do que modalidade de operação interventiva de menor extensão, levada a efeito pelo Banco Central nas instituições financeiras lideradas pelo Banco União Comercial S.A. e na forma da Lei nº 4.595/64 (artigo 45). Essa lei dispõe sobre a política das instituições monetárias, bancárias e creditícias e, especificamente, a Lei nº 6.024/74, que dispõe sobre a intervenção e liquidação extrajudicial das instituições financeiras. A intervenção ocorrerá quando foram constatadas anormalidades nos negócios sociais, havendo possibilidade de evitar-se a liquidação extrajudicial (artigos 2º e seguintes até 14).

Nesses casos, quando cabe ao Banco Central autorizar a adoção de qualquer forma especial ou qualificada de realização do ativo e liquidação do passivo, como ocorreu na hipótese dos autos, não há falar-se em interesse jurídico qualificado, capaz de deslocar a competência do Juízo nas ações daí oriundas, porque tal não dá à autarquia a qualidade de parte, no sentido daquele que integra diretamente qualquer relação de direito material, que, por conflito das partes, foi levada a deslinde judicial. Dir-se-á que na hipótese dos autos não ocorreu intervenção propriamente dita. Mas é certo que tal providência tem as suas próprias medidas, podendo equiparar-se a uma «administração controlada» ou «administração-gestão», no campo administrativo da empresa e não no seu núcleo constitutivo, onde são preservados os direitos e as relações entre os detentores do poder e da própria existência da pessoa jurídica, que são os acionistas e a assem-

bléia (Cf. Gian Maria Tosetti, da Intervenção nas Instituições Financeiras sob a Egide da Lei nº 6.024/74, em Revista de Direito Mercantil, Ind., Econ. e Financeiro, RT nº 41/1981, págs. 74/77). Assim, a intervenção, em qualquer de suas nuances — mais fortes ou mais fracas — posto que federalmente motivada, atua dentro dos limites do direito privado e sujeita, portanto, à jurisdição local pelos atos da pessoa física encarregada de levá-la a bom termo (Cf. Alcino Pinto Falcão, Da Intervenção Administrativa nas Entidades Financeiras, Parecer, na Rev. Jurisp. Arquivos do TA/RJ nº 17/1978, págs. 39/52; sem razão, Hely Lopes Meirelles, Incorporação de Banco, Consultas e Pareceres, RT nº 577/33-42).

Ante o exposto, rejeito a competência atribuída a este Tribunal para o julgamento do presente recurso de apelação. E porque não posso determinar a volta dos autos ao Egrégio Tribunal de Justiça da Bahia, faço a remessa dos mesmos ao Supremo Tribunal Federal, nos termos do artigo 119, inciso I, alínea e, da Constituição Federal.

É como voto.

VOTO VISTA

O Sr. Ministro William Patterson: Colocada em destaque preliminar de incompetência desta Corte para o exame da questão e considerando as conclusões do voto do eminente Relator, Ministro Gueiros Leite, nessa parte, entendendo inexistir motivo para a assistência litisconsorcial do Banco Central, inobstante os fortes e convincentes argumentos de S. Exa., resolvi pedir vista dos autos em razão de pronunciamento meu anterior, onde examinei hipótese que me pareceu idêntica à destes autos.

Na verdade, ao relatar a AMS nº 98.060-RS, concluí pela necessidade de chamamento do Banco Central ao

feito, ao vislumbrar seu efetivo interesse jurídico na demanda, pois se cuidava de anular a operação de venda de ações ordinárias de emissão do Banco Mineiro S.A., decorrente da aquisição do controle acionário deste pelo UNIBANCO — União de Bancos Brasileiros. Entre os argumentos que aduzi na ocasião merece destaque o seguinte:

«Lembre-se, por oportuno, que há razoáveis ponderações a respeito da necessidade da presença do Banco Central, tendo em vista a natureza da operação e o intrincoado esquema de posições e comportamentos que compõem o ordenamento jurídico pertinente.

Veja-se, por exemplo, que o conceito de acionista minoritário, base de toda a discussão neste processo, está incrustado na Resolução nº 401, de 1976, expedida pelo Banco Central, sem esquecer que a operação foi aprovada por este. Outros aspectos alinhados nas razões de apelação, sobre esse ponto, levam-me a considerar a imprescindibilidade da presença do Banco.

Significativo é, igualmente, o pedido alternativo da inicial, quando solicita que a CVM torne sem efeito a aprovação da oferta pública, encaminhando o assunto à apreciação do Banco Central do Brasil se entendesse o Juiz que a Comissão invadiu funções cometidas ao mesmo. O fato de a decisão não haver acolhido essa proposta, e sim a primeira, não significa que a matéria esteja preclusa, porquanto se cuida de nulidade, reclamada no momento oportuno, salientando, ainda que o primeiro item pode, perfeitamente, abrigar a providência».

Fixando-me nos efeitos e consequências da anulação da impugnada operação convenci-me de que isso afetaria não só os princípios que regem o sistema financeiro como, igualmente, significaria negar vali-

dade a um ato normativo expedido pelo Banco Central, circunstância que conduzia ao reconhecimento do seu lítimo interesse jurídico na causa.

A hipótese destes autos é bem diferente, consoante demonstrado no substancioso voto do Ministro Gueiros Leite, onde ficou suficientemente esclarecido inoocorrerem os pressupostos exigidos pelo artigo 50, do CPC. Peço vênha para reproduzir o seguinte lance:

«Ao exame da assistência, tal como pedida e obtida pelo Banco Central, acho que, processualmente, é incabível, pois se qualifica, na hipótese, por interesse de natureza puramente econômica, insuficiente para justificá-la em face do artigo 50, do CPC. O Banco Central tem interesse em que o Banco Itaú S.A., saia vitorioso nesta ação, porque, do contrário, os ônus patrimoniais resultantes de uma derrota iriam engordar o passivo da incorporação do Banco União Comercial S.A., passivo pelo qual seria corresponsável dentro de certas e determinadas condições. A autora, TEPAC-Terraplanagem, Pavimentação e Construções Ltda. está acionando o Banco Itaú S.A., na qualidade de sucessor do Banco União Comercial S.A., antigo Banco Comercial do Estado de São Paulo S.A., e para haver do mesmo indenização por ato ilícito alheio às causas da incorporação.

Ora, vitorioso ou derrotado o Banco Itaú S.A., o negócio da incorporação não será afetado, isto é, permanecerá de pé, porquanto juridicamente consumado, tanto mais porque estranho à lide. Quanto ao Banco Central, apenas terá de arcar com uma maior ou menor parcela do passivo do Banco União Comercial S.A., conforme se obrigou no esquema de execução da incorporação, mas ainda aí — repita-

se depois de implementadas certas condições. Diz-se que, no caso, o interesse é apenas de fato, porque o aumento do passivo não afetaria a incorporação, do ponto de vista jurídico, mas apenas economicamente. Barbi, ao exemplificar o que seja interesse jurídico, identifica-o da seguinte maneira:

«... quando entre o direito em litígio e o direito que o credor quer proteger com a vitória daquele houver uma relação de conexão ou de dependência, de modo que a solução do litígio possa influir, favorável ou desfavoravelmente, sobre a posição jurídica de terceiro». (Comentários, I vol. Tomo I, Forense, 1ª Ed. 1975, pág. 292).

Exemplificando, acrescenta o comentarista a hipótese do segurador que ingressa na causa do segurado contra outrem, porque se aquele vencer desaparecerá juridicamente a obrigação do segurado de pagar o seguro; também o fiador que ingressar para assistir o afiançado na demanda deste com o credor, porque se não existir a obrigação principal deixará de existir a fiança como acessória que é daquela (idem, ibidem).

Não é, pois, caso de assistência, mesmo que se pretenda simples ou adesiva, porquanto não há interesse jurídico por não dispor o Banco Central de uma relação jurídica conexa com o direito em litígio ou dele dependente (CPC, artigo 50).

Ponho-me de inteiro acordo com a manifestação referenciada.

Ante o exposto, acompanho o Sr. Ministro-Relator.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 83.793 — BA — Rel.: O Sr. Ministro Evandro Gueiros Leite. Apte.: Banco Itaú S.A. Apda.: TEPAC

— Terraplanagem, Pavimentação e Construções Ltda.

Supremo Tribunal Federal. (Em 6-4-84 — 2ª Turma).

Decisão: A Turma, prosseguindo no julgamento, por unanimidade, reconheceu a incompetência do Tribunal e determinou a ida dos autos ao

Os Srs. Ministros William Patterson e José Cândido votaram com o Sr. Ministro-Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Evandro Gueiros Leite.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 84.909 — MG

Relator: O Sr. Ministro Pedro da Rocha Acioli

Apelantes: Economia Crédito Imobiliário S.A. — Economisa e BNH

Apelado: Robert Erse.

EMENTA

Processual Civil. Competência. BNH. Assistência.

Ação declaratória movida contra agente financeiro (Economisa-Crédito Imobiliário S.A.), entidade privada, envolvendo contrato de mútuo submetido às regras do SFH. O fato de o BNH, que não participou do negócio, haver repassado recursos à entidade-agente não firma a competência da Justiça Federal. Ainda que houvesse interesse daquela empresa pública, tal somente poderia ensejar a assistência simples, ad adjuvandum. Ademais, a admissão, ex officio e à revelia de parte interessada, da assistência é imposição do julgador que contraria os artigos 50 e 51 do CPC.

Apelação do BNH que se provê para, em preliminar, declarar a ilegitimidade passiva do referido órgão, com as conseqüências de direito. Prejudicada a apelação da segunda apelante.

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, acolher a prejudicial de legitimidade passiva do BNH, para excluí-lo da lide, anulando-se, conseqüentemente, o processo a partir da sentença, bem como a conseqüente e conexa ação executiva fiscal, encaminhando os processos à Justiça Estadual, prejudicado o recurso da segunda apelante, Econo-

misa, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custa como de lei.

Brasília, 14 de dezembro de 1983 (Data do julgamento) — Ministro Moacir Catunda, Presidente — Ministro Pedro da Rocha Acioli, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Pedro da Rocha Acioli: Trata-se de apelação de sen-

tença que julgou improcedente ação declaratória. A sentença assim expõe a espécie:

«Robert Erse, devidamente qualificado e representado, propõe ação para declaração de inexistência de débito contra o Banco Nacional de Habitação — BNH, e contra seu agente financeiro Economisa Crédito Imobiliário S.A., pelos seguintes fundamentos: Por força de instrumento particular, com validade de escritura pública, o suplicante adquiriu o apartamento nº 504, do Ed. Lisboa, sito na rua da Bahia, nº 603, e sua respectiva fração ideal, conforme contrato anexo, assinado em 13 de novembro de 1969. Do preço total de Cr\$ 37.631,66, o requerente financiou, pelo sistema do BNH, a importância de Cr\$ 24.460,58. A cláusula 6ª do contrato diz que a dívida seria paga em 144 meses, com prestações mensais e sucessivas, vencendo-se a primeira em 30 de novembro de 1969, estabelecendo um prazo fixo para liquidação do débito. O autor cumpriu fielmente o contrato, pagando todas as prestações durante 12 (doze) longos anos. Em 13 de setembro de 1981 pagou sua última prestação, dando por encerrado o débito estabelecido na cláusula 6ª, que estabelecia um prazo fixo de 144 meses para o pagamento total da dívida. Munido do comprovante de quitação da última parcela, o autor pediu o documento de autorização de baixa de hipoteca junto ao Cartório competente. Perplexo, recebeu do agente financeiro a resposta de que mesmo tendo pago as 144 prestações nestes intermináveis longos anos, ainda teria que pagar mais a importância de Cr\$ 159.845,86, até o dia 30-11-81. Se ultrapassada essa data, haveria correção monetária. Pagou prestações num total de Cr\$ 197.534,84, e quando chegou ao término da caminhada, o agente fi-

nanceiro lhe apresenta ainda um débito de Cr\$ 159.845,86. Baseia-se o agente financeiro — para mais este abuso — em que o contrato anexo foi feito de acordo com o plano denominado «A», já extinto pelo próprio BNH. O Plano «A» foi extinto pela RC nº 36/68, de 11 de novembro de 1969. E o contrato de financiamento do suplicante foi assinado em 13 de novembro de 1969, isto é, dois dias após a Resolução que extinguiu o Plano «A». No entendimento do requerente, os contratos a partir de 11 de novembro de 1969 já teriam que obedecer o novo Plano (PES). Como celebrar um contrato no dia 13 de novembro de 1969, em um plano que, dois dias antes, através de uma resolução, já estava extinto? Pelo que requer seja julgada procedente a ação, declarando-se inexistente o débito.

Procuração e documentos às fls. 6/14.

Devidamente citada, Economia, Crédito Imobiliário S.A. ECONOMISA —, contesta o pedido:

O requerente, mediante financiamento concedido pela ré, adquiriu o apartamento constante do contrato, assinado em 13 de novembro de 1969, de acordo com o Plano de Reajustamento denominado «Plano A», subordinado à Instrução nº 5, de 29-1-66, alterada pela Resolução do Conselho Administrativo — RC nº 25/67, de 13-6-67, do Banco Nacional da Habitação, do seguinte teor:

As alíneas a e b do artigo 4º da Instrução nº 5 passam a ter a seguinte redação:

a) para as operações incluídas nos Planos «A» e «C»: findo o prazo previsto neste contrato será apurado o saldo, devedor ou credor, porventura existente e resultante da correção trimestral dos saldos devedores com base nas Unidades Padrão de Capital

do Banco Nacional da Habitação e do reajustamento das prestações com base nas variações salariais;

I —

II — Se o saldo for devedor prosseguirá seu pagamento do mesmo modo em que vinha sendo feito, limitado o número de prestações adicionais a 50% inicialmente previsto no contrato, por força da utilização do Fundo de Compensação das Variações Salariais.

O requerente comprometeu-se a acatar as normas da RC nº 25/67.

Em 18 de novembro de 1969, o BNH expediu a RC nº 36/69, criando o Plano de Equivalência Salarial — Plano PES. Os antigos mutuários tinham oportunidade de optar pelo novo sistema. Mas o requerente não optou por transferir de plano ficando, portanto, no Plano A. O saldo devedor pretendido pela requerida é o resultante da correção trimestral dos saldos devedores com base nas Unidades Padrão do Capital do BNH, do reajustamento das prestações com base nas variações salariais, tudo de acordo com o item 19 da Resolução nº 25/67. O Plano «A» não foi extinto. Pelo que é improcedente a ação.

Procuração e documentos às fls. 34/46.

O Banco Nacional da Habitação contesta o feito, pedindo sua exclusão na lide por ilegitimidade passiva *ad causam*, já que de nenhuma forma participou da transação. O contestante limita-se a expedir normas que regem a matéria, e a fornecer o numerário ao agente financeiro.

No mérito, a argumentação do autor revela desleixo da parte de quem assinou um contrato, sem se inteirar das condições estabeleci-

das no Plano a que está subordinado. Invoca a cláusula décima quarta do contrato (fls. 7/9 dos autos). A RC nº 36, de 11 de novembro de 1969, somente entrou em vigor em 1º de janeiro de 1970. Pelo disposto no artigo 8º dessa RC nº 36, os contratantes dos Plano «A, B» ou «C» poderiam optar, desde que reque-ressem, até 30 de junho de 1970, pelo seu ingresso no PES. O autor não optou, pelo que deverá ater-se unicamente às condições do Plano «A». Faz a demonstração da sistemática da RC nº 25. Requer a im-procedência da ação.

Procuração e subestabelecimen-tos às fls. 55/57.

O autor impugna as contestações às fls. 59/64, requerendo, ao final, o julgamento do processo nos ter-mos do artigo 330, I, CPC.

O agente financeiro Economia, Crédito Imobiliário S.A. — ECO-NOMISA — moveu ação para exe-cução do débito, distribuído à 10ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte. Processo em anexo.

Feita a citação, o executado opôs embargos à execução com base nos mesmos argumentos acima condensados.

A embargada impugnou os em-bargos, alegando em preliminar a inexistência de depósito das prestações reclamadas. No mérito, os argumentos são os mesmos da con-testação supra.

O embargante afasta a alegação de ausência de depósito, invocando o disposto no artigo 5º, II, da Lei nº 5.741, de 1-12-71.

Pela decisão de fls. 49/50, o MM. Juiz da 10ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte declarou-se in-competente e determinou a remes-sa dos autos a esta 2ª Vara Fede-ral da Seção Judiciária do Estado de Minas Gerais, tendo em vista que idêntica matéria estava sendo

discutida em ação proposta pelo autor contra Economia, Crédito Imobiliário S.A. e contra o Banco Nacional da Habitação». (Fls. 96/99).

O Dr. Juiz entendeu haver interesse jurídico do BNH, cuja posição no feito é de assistente, nos termos do artigo 50 do CPC, aduzindo: «Evidentemente, não participou o Banco Nacional da Habitação da transação, pois que esta se realizou entre o autor e o então Banco Mineiro do Oeste. Mas o BNH repassou recurso àquele Banco, e, por outro lado, consta do parágrafo único da cláusula sexta que a prestação mensal da dívida será paga ao agente cobrador designado pelo BNH» (fl. 100). Firmada, assim, a competência da Justiça Federal, S. Exa. entendeu também, ainda em preliminar, pela reunião das duas ações — de declaração e de execução hipotecária —, por conterem um único objeto. No mérito, concluiu o Dr. Juiz que o autor nada mais deve à entidade-ré. Assim entendeu porque as instruções e resoluções do BNH, em que se apóia a cláusula décima quarta do contrato, têm eficácia *interna corporis*, não vinculando terceiros, argumento que tem em seu prol o princípio da segurança jurídica, inerente à sistematização do direito positivo. Na mesma sentença, julgou improcedente a execução, condenando a empresa ECONOMISA na sucumbência.

Apelaram o BNH e a empresa ECONOMISA: aquele insiste, preliminarmente, na sua ilegitimidade passiva *ad causam*, no mérito, ambos os apelantes, a par das razões oferecidas na contestação, sustentam que as estipulações contratuais são claras, nada opondo à segurança jurídica, mesmo porque ao autor, na qualidade de mutuário, cumpria procurar tomar conhecimento das normas regulamentares que disciplinavam o Plano «A» adotado no contra-

Preparados e contraditados os recursos, subiram os autos, que me foram conclusos independentemente de vista da SGR.

É o relatório.

VOTO PRELIMINAR

O Sr. Ministro Pedro da Rocha Acioli (Relator): Senhor Presidente, eu conheço da preliminar do BNH para, provendo a apelação da mesma autarquia, excluí-la da lide. É que o Dr. Juiz admitiu a assistência daquele órgão sem que ele o requeresse, pelo contrário: desde o início o BNH sustenta que é parte ilegítima.

A admissão, *ex officio* e à revelia de parte interessada, da assistência é uma imposição do julgador que contraria os artigos 50 e 51 do CPC.

No caso, se admissível, a assistência não seria qualificada de litisconsorcial — única possibilidade de firmar-se a competência da Justiça Federal.

Em situação jurídica análoga, tem-se afastado a legitimidade passiva do BNH, a exemplo do que decidiu esta Eg. Turma, na AC nº 79.076-RJ (Reg. nº 4154509), de que fui Relator, tendo eu afirmado que «O BNH não é parte legítima para responder ação anulatória de débito levantado pelo INPS, que emitiu as respectivas notificações» (Acórdão publicado no DJ de 25-2-83). Do mesmo modo decidi esta Eg. 5ª Turma no Ag nº 42.459-BA (3331962) em que fui Relator, onde afirmei:

«Processual Civil. Competência. BNH.

1. A delegação feita pelo BNH para que a sociedade de crédito imobiliário possa presidir a execução hipotecária, na forma do Decreto-Lei nº 70/66, não acarreta a responsabilidade do primeiro pelos atos da mesma sociedade, praticados na presidência do procedimento executório.

2. O pronunciamento da ausência de interesse jurídico do BNH, em relação à causa, implica a exclusão da autarquia bancária da relação processual, de modo a afastar a competência da Justiça Federal.

3. Agravo de instrumento improvido». (DJ 9-9-82).

No Conflito de Competência nº 5.139-MG (Reg. 3401553), Relator Ministro Carlos Madeira, na mesma linha, decidiu a Eg. Primeira Seção:

«Competência. Responsabilidade por evicção de direito nos contratos de compra e venda de casas pelo Sistema Financeiro da Habitação.

Responsável pela evicção de direito é quem aliena o imóvel, não o que apenas refinancia a operação de compra e venda. O Banco Nacional da Habitação não se obriga pelo que for pactuado entre a sociedade de crédito imobiliário e os adquirentes de imóveis.

Na ação para haver indenização por evicção, prevista nos contratos de compra e venda de imóveis pelo Sistema Financeiro da Habitação, o Banco Nacional da Habitação não é parte legítima, sendo competente para julgá-la a Justiça Estadual». (DJ de 3-11-83).

Isto posto, dou provimento ao apelo do BNH para, em preliminar, declarar a ilegitimidade passiva do referido órgão e, de consequência, anular a sentença, devendo os autos da ação declaratória e da execução serem encaminhados à Justiça Estadual. Prejudicado o recurso da segunda apelante, ECONOMISA.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 84.909 — MG — Rel.: O Sr. Ministro Pedro da Rocha Acioli — Apelantes: Economia Crédito Imobiliário S.A. — ECONOMISA e BNH. Apelado: Robert Erse.

Decisão: Por unanimidade, preliminarmente, acolheu-se a prejudicial de legitimidade passiva do BNH, para excluí-lo da lide, anulando-se consequentemente, o processo a partir da sentença, bem como a consequente e conexa ação executiva fiscal, encaminhando-se os processos à Justiça Estadual, prejudicado o recurso da segunda apelante — ECONOMISA. (Em 14-12-83 — 5ª Turma).

Os Srs. Ministros Geraldo Sobral e Moacir Catunda votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Moacir Catunda.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 85.544 — MINAS GERAIS (Matéria Constitucional)

Relator Originário: O Sr. Ministro Carlos Mário Velloso

Relator p/Acórdão: O Sr. Ministro Otto Rocha

Apelante: INPS

Apelados: Altis José de Sá e outros.

EMENTA

«Previdência Social. Custeio da Assistência Médica. Contribuição. Aposentados.

I — A contribuição previdenciária imposta aos aposentados e pensionistas pelo artigo 2º, do Decreto-Lei nº 1.910, de 29-12-1981, não altera as con-

dições em que lhes fora concedido o benefício, incorrendo, desta sorte, ofensa a direito adquirido.

II — A participação exigida de tais beneficiários, no processo de custeio da assistência médica, cuja pretensão gratuidade a Constituição não proclamou, está prevista no § 2º, do artigo 6º, da Lei nº 6.439/77, que autoriza a instituição, pelo Poder Executivo, de um «esquema de participação direta dos beneficiários, em função de seu nível de renda, no custeio dos serviços médicos de que se utilizarem», sem causar qualquer ofensa à Lei Maior, que assegura, em seu artigo 165, direitos «nos termos da lei», a todos os trabalhadores, sem distinguir entre contribuintes empregado, desempregado e aposentado.

III — Precedentes do Egrégio Supremo Tribunal Federal (MS nº 20.332; MS nº 20.351 e MS nº 20.350).

IV — Arguição de inconstitucionalidade que se repele.

ACORDÃO

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

Decide o Plenário do Tribunal Federal de Recursos, por maioria, rejeitar a arguição de inconstitucionalidade do artigo 2º do Decreto-Lei nº 1.910/81, 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 junho de 1984 (Data do julgamento) — Ministro **José Fernandes Dantas**, Presidente — Ministro **Otto Rocha**, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro **Carlos Mário Velloso**: Na Egrégia 4ª Turma, assim relatei a espécie (fls. 301/306):

«Altis José de Sá, Amaro Zamagno, Pedro Domingues Chaves, Antônio Américo de Campos, Antônio Geraldo Jorge, Ary de Barros Coutinho, Aroldo Faria, Arthur Theophilus Pacheco Ribeiro, Bolivar Carvalho, Carvalho José Rodrigues, Celso Carneiro Pinto, Domin-

gos Eusfrásio Almeida, Ewerton Pinto Teixeira, Fernando Pedrosa, Floriano Mendes dos Santos, Francisco de Paula Gontijo Netto, Francisco de Paula e Silva, Gaspar Ferreira Lamounier, Geraldo Macedo, Getúlio Bezerra do Valle, Hélio Francischette, José Augusto Ribeiro Magalhães, José Cruvinel Sobrinho, Theodoro Zavagli, Heloisa Helena Félix Antunes, Herme-negildo de Araújo Cunha, Iberê Teixeira Lessa, Idelfonso Leão Filho, Ildefonso Camilo dos Santos, Isaura Motta Machado, Ismar Bortone Dias, Jayme Gonçalves Serra, João Batista Swets Carvalho, João Freitas Soares da Silva, João Silvério de Almeida, Jonas Antônio de Menezes, José Alves de Oliveira, José Anchieta de Carvalho, José Caldas, José do Carmo Silva, José de Carvalho Dias, Edgar Serrio, Nelson Borges, Altamiro Mesquita, José de Castro, José Guidi Duarte, José Luiz Damiano, José Mauricio Borges, José Moreira da Silva, José Parreira de Souza, Marcelo Gonçalves Braga, José Reis Ribeiro, João de Lemos Prado, Evilásio Máximo, José Pinheiro, Júlio Loche, Jurandy de Souza

Gonçalves, Lauro Tassara de Gouvêa, Lidehy Aguiar, Maria Aparecida Rossi Alves Faria, Mauro de Araújo Moreira, Abdhernan José de Farias, Miguel Jorge Abdlla, Moacyr Guimarães, Osmar da Silva, Rolando Lemes, Rubem Mercadante Buscácio, Ruy Barbosa Horta, Sócrates Martins Pereira, Wilson Pinto de Souza e Geraldo Russi ajuizaram contra o Instituto Nacional da Previdência Social, ação anulatória, cumulada com pedido de repetição de indébito, alegando, em síntese, que, antes da vigência do Decreto-Lei nº 1.910, de 29-12-81, requereram e obtiveram aposentadoria previdenciária. De conformidade com a legislação da época, faziam jus, além dos proventos da inatividade, a todos os demais benefícios ou serviços prestados pela Previdência Social, independentemente de qualquer contribuição extra. A autarquia-ré, todavia, com base no citado Decreto-Lei nº 1.910/81, passou a descontar dos autores, mensalmente, a partir de janeiro de 1982, para fins de custeio da assistência médica, os percentuais referidos nas letras a, b, c, d e e, inciso I, do artigo 2º, do mencionado decreto-lei, de acordo com o valor dos proventos de cada, com o que não concordam. Dizem que a regra contida no artigo 2º do Decreto-Lei nº 1.910/81, é inconstitucional, pois afronta o artigo 165, XVI, da Constituição Federal. Salientam, ainda, que o desconto que está sendo feito em seus proventos alterou a aposentadoria dos autores, diminuindo seu valor, o que atenta contra o princípio do direito adquirido (Constituição, artigo 153, § 3º). Transcrevem parte de sentença que proferi, como Juiz Federal em Minas. Requerem, ao cabo, seja decretada a nulidade do ato que mandou fazer os aludidos descontos, condenada a autarquia-ré a restituir as contribuições exigidas,

com o acréscimo de juros e correção monetária.

O Instituto Nacional da Previdência Social — INPS, representado pelo IAPAS, contestou a ação (fls. 263/267). Sustenta que os autores devem ser julgados carecedores de ação, tendo em vista que a alegada inconstitucionalidade do Decreto-Lei nº 1.910/81 não encontra apoio nas razões deduzidas nos autos. No mérito, acentua que a alegada violação do direito adquirido não encontra amparo na doutrina e nem na legislação vigente. Os empregados, quando se aposentam, não perdem sua qualidade de segurados da Previdência Social. Afirma que não há diferença entre aposentados e pensionistas das demais classes de beneficiários da previdência e faz alusão ao artigo 8º, XVIII, c, da Constituição Federal, segundo o qual compete à União legislar sobre seguro e previdência social.

Sobreveio, a sentença, lavrada pelo Juiz Federal Vicente Porto de Menezes (fls. 278/283), que julgou procedente a ação «para determinar ao Instituto Nacional de Previdência Social — INPS cesse imediatamente o desconto de contribuições previdenciárias no pagamento de proventos de aposentadoria dos autores e lhes reponha todo o ilegalmente descontado com base no Decreto-Lei nº 1.910, de acordo com este decisório, com juros e correção monetária, na forma da lei». Condenou, ainda, a autarquia-ré, no pagamento de honorários advocatícios de 20% do valor de final liquidação. Argumentou que os autores obtiveram sua aposentadoria antes da promulgação do Decreto-Lei nº 1.910/81, pelo que o desconto determinado por esse diploma legal veio reduzir-lhes os proventos de aposentadoria. Enfatiza a sentença que o fato de contribuírem ou não para a Previdên-

cia Social, durante o gozo da aposentadoria, não torna ou deixa de tornar os aposentados segurados da Previdência Social. Têm razão os autores quando inquiram de inconstitucionalidade o Decreto-Lei nº 1.910/81, da mesma maneira como decisões do Poder Judiciário consideram inconstitucional a Lei nº 5.890/73, que, em seu artigo 69, VI, pretendeu estabelecer o mesmo desconto para os aposentados da Previdência Social. Não é possível, assinala o r. decisório, pretender o INPS buscar contribuições daqueles que não são mais nem empregados, nem empregadores, porque o próprio INPS exige, para a concessão do benefício, o afastamento da atividade empregatícia. A Constituição, em seu artigo 165, XVI, consagra a triplíce contribuição: empregado, empregador e União. O Decreto-Lei nº 1.910/81 feriu de cheio, também, o direito adquirido consagrado no artigo 153, § 3º, tendo em vista que os autores já haviam tido seus proventos fixados, quando da concessão da aposentadoria e qualquer desconto a ser feito agora representa uma redução em seus proventos. Além de se considerar o aspecto do valor da prestação pecuniária, há ainda o direito, para eles já consagrado, de continuarem tendo toda a assistência da Previdência Social, independente de qualquer parcela de contribuição. Para os que se aposentaram a partir da vigência do Decreto-Lei nº 1.910/81, a situação é bem diversa. Devem ser lembrados os Acórdãos citados pelos autores, e em especial o referente ao MS nº 76.343-MG. Não se pretende, continua a sentença, declarar aqui a inconstitucionalidade do Decreto-Lei nº 1.910/81 neste particular, mas, tão-somente, no caso dos já aposentados quando de sua edição, admitir que ele fere direito adquirido, razão por que a eles não pode ser aplicado. Deve a autarquia-ré,

além de fazer cessar qualquer desconto a título de contribuição previdenciária, repor aos autores o que indevidamente descontou, com juros e correção monetária. Conclui o r. decisório que a aplicação da correção monetária em caso de repetição de indébito é matéria pacífica, a teor da Lei nº 6.899, de 8-4-81, valendo ser citados os Acórdãos proferidos nos RREE nºs 89.831-SP, 83.165-SP e 85.432-SP.

Apelou, então, o Instituto Nacional da Previdência Social — INPS (fls. 285/291), pugnando pela reforma da r. sentença, por entender que:

a) falece competência ao magistrado a quo para mandar sustar a execução de lei ou decreto, posto que esta competência é privativa do Senado Federal, como se infere do artigo 42, VII, da Constituição Federal;

b) os apelados partem do falso pressuposto de que, havendo obtido aposentadoria ao tempo em que a assistência médica era gratuita, teriam direito adquirido de se utilizar daquele serviço, por todo o tempo, nas mesmas condições. Acontece, todavia, que o artigo 165, XVI, e seu parágrafo único, da Constituição Federal, assegura a prestação de serviços de assistência ou de benefício compreendidos na Previdência Social, mas não fala em gratuidade. Estabelece, ao contrário, que deverá ser criada fonte de custeio para a sua majoração ou extensão. Esse é, aliás, o entendimento manifestado pelo então Presidente do Egrégio TFR ao proferir o despacho que suspendeu a medida liminar concedida pelo Dr. Juiz Federal da 7ª Vara do Rio de Janeiro no mandado de segurança impetrado por Mário Antônio Raimundo contra o IAPAS;

c) é mister reconhecer que a Carta Magna atribui competência

à União para legislar sobre previdência social (artigo 8º, XVI, c) e para instituir contribuições de interesse da Previdência Social (artigo 21, § 2º, I, e artigo 165, XVI);

d) o artigo 165, XVI, da Constituição, assegura ao trabalhador a assistência previdenciária mediante contribuição da União, do empregador e do empregado. Deve-se entender que a palavra «empregado» não é usada no sentido estritamente técnico de pessoa sujeita a vínculo empregatício, mas da pessoa abrangida pelo sistema previdenciário, ou seja, o «segurado» da Previdência Social;

e) nos termos da Lei nº 3.807/60, artigo 46, a assistência médica da Previdência Social só poderá ser prestada dentro dos recursos financeiros disponíveis e foi exatamente à procura destes recursos que o Poder Executivo baixou o questionado diploma legal, exigindo, tanto dos segurados em atividade, como dos já aposentados, as contribuições nele fixadas;

f) tanto os apelados como o r. decisório invocam a sentença proferida no processo movido por João Monteiro e outros, que julgou indevido o desconto sobre os proventos de aposentados feito com base no artigo 69, da LOPS, pela redação que lhe foi dada pela Lei nº 5.890/73, e que teve seus itens VI e VIII revogados, posteriormente, pela Lei nº 6.210, de 4-6-75. A Lei nº 5.890/73 difere do Decreto-Lei nº 1.910/81, porquanto a primeira se destinava a custeio da Previdência enquanto este último tem por finalidade o custeio de assistência médica;

g) é destituído de relevância o argumento da inconstitucionalidade, baseado no fato de que o aposentado não pode contribuir para a Previdência Social, porque não estaria na condição de empregado,

condição que determinaria a obrigatoriedade de contribuição pelo artigo 165, XVI, da Constituição, esse dispositivo, que cria o direito aos benefícios previdenciários, apoiado na contribuição triplíce, não faz referência à assistência médica. A Previdência Social, nem por isso, deixou de criar a assistência médica para os trabalhadores. E a criou autorizada pelo mesmo artigo 165, parágrafo único, c/c o inciso XV do mesmo artigo;

h) a correção monetária, se cabível, seria devida a contar do ajuizamento da ação.

Com a resposta de fls. 293/296, subiram os autos.

Sem parecer da ilustrada Subprocuradoria-Geral da República (RI, artigo 63, § 2º), vieram-me os autos conclusos.»

.....
(fls. 301/306).

Votei, em seguida, propondo a remessa dos autos a este Egrégio Tribunal Pleno, para o exame da constitucionalidade do artigo 2º do Decreto-Lei nº 1.910, de 1981, que estabeleceu contribuições dos aposentados e dos pensionistas para custeio da assistência médica. É que sustentei, em síntese, no meu voto, a Constituição instituiu o sistema de contribuições triplíce, da União, do empregador e do empregado, esta última categoria entendida como trabalhador e não como empregado no seu sentido técnico-jurídico-trabalhista (CF, artigo 165, XVI). Sendo assim, não é possível, acrescentei, incidir a contribuição sobre os proventos do aposentado, que já não mais trabalha.

A Egrégia 4ª Turma deliberou, por unanimidade, submeter ao Egrégio Tribunal Pleno a arguição de inconstitucionalidade do artigo 2º do Decreto-Lei nº 1.910, de 1981 (fl. 300).

Mandei ouvir, em seguida, a ilustrada Subprocuradoria-Geral da República, que se manifestou às fls. 314/20, em parecer da lavra do Procurador Roberto Monteiro Gurgel Santos, com aprovação do Subprocurador-Geral Geraldo Andrade Fonteles, opinando pela inconstitucionalidade do artigo 2º do Decreto-Lei nº 1.910/81, por violador da norma do artigo 165, XVI, da Constituição.

Assim o parecer:

«1. Altis José de Sá e outros ajuizaram contra o Instituto Nacional da Previdência Social — INPS, ação anulatória de ato administrativo, cumulada com pedido de repetição de indébito.

«alegando, em síntese, que, antes da vigência do Decreto-Lei nº 1.910, de 29-12-81, requereram e obtiveram aposentadoria previdenciária. De conformidade com a legislação da época, faziam jus, além dos proventos da inatividade, a todos os demais benefícios ou serviços prestados pela Previdência Social, independentemente de qualquer contribuição extra. A autarquia-ré, todavia, com base no citado Decreto-Lei nº 1.910/81, passou a descontar dos autores, mensalmente, a partir de janeiro de 1982, para fins de custeio da assistência médica, os percentuais referidos nas letras a, b, c, d e e, inciso I, do artigo 2º, do mencionado decreto-lei, de acordo com o valor dos proventos de cada, com o que não concordam. Dizem que a regra contida no artigo 2º, do Decreto-Lei nº 1.910/81, é inconstitucional, pois afronta o artigo 165, XVI, da Constituição Federal. Salientam, ainda, que o desconto que está sendo feito em seus proventos alterou a aposentadoria dos autores, diminuindo seu valor, o que atenta contra o princípio do direito adquirido

(Constituição, artigo 153, § 3º)».
(do Relatório, fl. 302).

Após transcreverem parte de sentença proferida pelo eminente Relator do feito quando Juiz Federal em Minas Gerais, requerem seja decretada a nulidade do ato que mandou fazer os aludidos descontos, condenada a autarquia previdenciária a restituir as contribuições indevidamente exigidas, com o acréscimo de juros e correção monetária.

2. O pedido foi julgado procedente pelo MM. Juiz Federal Vicente Porto de Menezes, na sentença de fls. 278/283,

«Para determinar ao Instituto Nacional de Previdência Social — INPS, cesse imediatamente o desconto de contribuições previdenciárias no pagamento de proventos de aposentadoria dos autores e lhes reponha todo o ilegalmente descontado com base no Decreto-Lei nº 1.910, de acordo com este decisório, com juros e correção monetária, na forma da lei. Pagará, ainda, o INPS os honorários de advogado dos autores, na base de 20% (vinte por cento) do valor de final liquidação. Custas pelo INPS, isento na forma da lei».

3. Sobreindo apelação da autarquia previdenciária, subiram os autos a essa Egrégia Corte, onde a Colenda 4ª Turma, acolhendo o voto do eminente Ministro Carlos Mário Velloso, Relator, deliberou, por unanimidade, submeter ao Tribunal Pleno a arguição de inconstitucionalidade do artigo 2º do Decreto-Lei nº 1.910/81....».

4. Vieram os autos, em seguida, a esta Subprocuradoria-Geral da República, para o pronunciamento de que cuida o artigo 176, § 1º, do Regimento Interno desse Colendo Tribunal.

II

5. Compete ao Ministério Público Federal nesta oportunidade, nos termos da norma regimental referida, opinar quanto à constitucionalidade do artigo 2º do Decreto-Lei nº 1.910, de 29 de dezembro de 1981, que estabeleceu contribuições dos aposentados em geral e dos pensionistas, para custeio da assistência médica.

6. Como observou o Sr. Ministro-Relator à fl. 308, a questão «não tem sabor de novidade». Em 1973, a Lei nº 5.890, de 8 de junho daquele ano, dando nova redação ao artigo 69 da Lei nº 3.807, de 26-8-60, instituiu contribuição dos aposentados para o custeio da Previdência Social (inciso VI do prefalado artigo 69, com a redação dada pela Lei nº 5.890/73).

7. Enquanto vigorou tal dispositivo, depois revogado pela Lei nº 6.210, de 4-6-75, a Justiça Federal de primeiro grau e essa Egrégia Corte tiveram oportunidade de se pronunciar contrariamente ao descontorno instituído, especialmente porque violador de ato jurídico perfeito, não obstante, também se tenha cogitado da inconstitucionalidade da norma instituidora diante do artigo 165, XVI, da Constituição da República.

8. Agora, através do Decreto-Lei nº 1.910/81, o Poder Executivo reedita aquela contribuição, apenas limitando a sua finalidade ao custeio da assistência médica. Tirante esta, a hipótese não apresenta qualquer peculiaridade que a distinga da anterior.

9. Novamente, há dois aspectos primordiais a serem considerados: a ofensa ao ato jurídico perfeito (e ao direito adquirido) e a inconstitucionalidade da norma que estabeleceu a contribuição, por não se harmonizar com o texto constitucio-

nal. Neste momento, porém, cabe ao Ministério Público Federal, como já ficou dito, examinar tão-somente o segundo aspecto.

III

10. O artigo 165, XVI, da Constituição da República dispõe:

«A Constituição assegura aos trabalhadores os seguintes direitos, além de outros que, nos termos da lei, visem à melhoria da sua condição social:

.....
XVI — previdência social nos casos de doença, velhice, invalidez e morte, seguro-desemprego, seguro contra acidentes do trabalho, mediante contribuição da União, do empregador e do empregado;

.....
Assim, a Constituição prevê um sistema tripartite de contribuições, da União, do empregador e do empregado, como leciona, enfaticamente, Pontes de Miranda:

«A Previdência em favor da maternidade, da velhice, ou em consequência da doença, da invalidez ou da morte, e, hoje, como seguro contra acidente do trabalho, tem de ser pela contribuição tripartida (União, empregador, empregados)».

(«Comentários à Constituição de 1967», com a Emenda nº 1, de 1969, 2ª ed., rev. S. Paulo, RT, 1974. Tomo VI, pág 226).

Sustenta a autarquia previdenciária que na categoria empregado estão compreendidos os aposentados e os pensionistas. O argumento é, data venia, inconsistente.

11. O empregado é conceituado na legislação previdenciária (CLPS, artigo 4º, II) como a pessoa física assim definida na Conso-

lidação das Leis do Trabalho. Esta, no seu artigo 3º, caput, define como empregado

«toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário».

A condição de empregado pressupõe, pois, a atividade, não sendo compatível com a qualidade de aposentado.

12. Caso o conceito de empregado seja tomado não no sentido técnico-jurídico-trabalhista, mas sim como correspondente a trabalhador, postura mais adequada à inteligência do dispositivo constitucional em causa, aí é que nele não caberá de vez o aposentado.

13. É certo, portanto, que, em qualquer dos dois sentidos acima, empregado é a categoria insuscetível de abranger aquele que não mais exerce atividade, o inativo, o aposentado (e, com muito mais razão, o pensionista).

IV

14. Sendo assim, ao instituir as contribuições dos aposentados e dos pensionistas, o Decreto-Lei nº 1.910/81 criou fontes de custeio não cogitadas no dispositivo constitucional, malferindo-o.

15. Não procede o argumento de que a contribuição instituída o foi com apoio no parágrafo único do artigo 165 da Constituição, eis que não foi criada, majorada ou estendida qualquer prestação de serviço de assistência ou de benefício. Do mesmo modo, improcede a invocação do artigo 21, § 2º, I, da Constituição, o qual há de ser entendido em consonância com o prefalado artigo 165, XVI.

V

16. Ante todo o exposto, o parecer do Ministério Público Federal

é pela inconstitucionalidade do artigo 2º do Decreto-Lei nº 1.910/81, de 29 de dezembro de 1981, por violador da norma do artigo 165, XVI, da Constituição da República».

.....
(fls. 314/320).

É o relatório, devendo a Secretaria observar o disposto no § 1º do artigo 175, do Regimento Interno.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Mário Velloso (Relator): Na Egrégia 4ª Turma, ao sustentar a inconstitucionalidade do artigo 2º, do Decreto-Lei nº 1.910, de 1981, porque contrário ao artigo 165, XVI, da Lex Major, disse eu, no meu voto:

«O Decreto-Lei nº 1.910, de 29-12-81, estabeleceu contribuições dos aposentados em geral e dos pensionistas, para custeio da assistência médica (Decreto-Lei nº 1.910, de 1981, artigo 2º).

Os autores, aposentados anteriormente à vigência do citado Decreto-Lei nº 1.910, de 1981, sustentam que a instituição dessa contribuição sobre os seus proventos é inconstitucional, porque violadora do artigo 165, XVI, e 153, § 3º, da Constituição Federal.

Examinemos a questão.

II

A Lei nº 5.890; de 8-6-73, dando nova redação ao artigo 69, da Lei nº 3.807, de 1960, instituiu contribuição dos aposentados para o custeio da Previdência Social. (Lei nº 3.807/60, artigo 69, VI, com a redação dada pela Lei nº 5.890/73). Posteriormente, a Lei nº 6.210, de 4-6-75, revogou mencionada disposição.

A questão, pois, não tem sabor de novidade.

Enquanto teve vigência o artigo 69, VI, da Lei nº 3.807/60 — disposição que instituiu contribuição dos aposentados da Previdência Social — ao Poder Judiciário foram levadas diversas questões de aposentados que não se conformavam em pagar a mencionada contribuição.

Como Juiz Federal em Minas Gerais, examinei e decidi, em abril de 1975, uma dessas questões — MS nº 204/75-C, Melchior Carneiro de Abreu Neto vs. INPS. Deferi, então, a segurança, sobre dois fundamentos: a) inconstitucionalidade da norma instituidora da contribuição; b) a lei nova, instituidora da contribuição, seria violadora de ato jurídico perfeito.

Escrevi:

«13. É que, estabelecendo a Constituição, no artigo 165, XVI, o sistema de contribuições triplices, da União, do empregador e do empregado, esta última categoria entendida como **trabalhador** e não como empregado no seu sentido técnico-jurídico-trabalhista, não seria possível, ao que penso, fazer incidir a contribuição diretamente nos proventos de quem já não é **mais trabalhador**, porque aposentado, de quem, enquanto trabalhador contribuiu, como um dos pólos da relação constitucional tripartite, justamente para obter o benefício que a Constituição instituiu sob a condição de pagamento da contribuição. Volto a repetir: o artigo 21, § 2º, I, pois, da CF, há de ser entendido, no caso, em consonância com o artigo 165, XVI, da mesma Carta Política.

14. De outro lado, também estou em que a lei nova, instituidora da contribuição sobre os proventos do aposentado, malferiu o direito civil consagrado no artigo 153, § 3º, da CF, tal como exposto na inicial. Aposentado o autor com proventos

integrais, pelo fato de ter trabalhado mais de 35 anos, isto em 16-10-1970 vem a lei nova, posterior ao ato aposentatório, simplesmente tornar irreal a integridade dos proventos, por isso que faz operar, sobre o mesmo, uma redução de 5% (cinco por cento). E o direito de perceber proventos integrais, na aposentadoria, sem qualquer redução, adquiriu-o o impetrante no momento em que completou 35 (trinta e cinco) anos de serviço.

III

Apreciando a remessa oficial e o recurso do INPS, a Egrégia 3ª Turma, na AMS nº 76.343-MG, Relator o Sr. Ministro Aldir Passarinho, que hoje ilustra a Corte Suprema, decidiu:

«Previdência Social. Aposentadoria.

Desconto de 5% do benefício, em aposentadoria anterior à Lei nº 5.890/73.

Se a aposentadoria foi concedida antes da vigência da lei que instituiu o desconto de 5% do valor do benefício, não pode este ser atingido pelo referido desconto. Aliás, no particular, a Lei nº 6.210/75 — artigo 1º — revogou a incidência do desconto». (3ª Turma, em 24-11-75, DJ de 2-9-76).

No seu voto, o Sr. Ministro Passarinho disse que deixava de propor a remessa dos autos ao Tribunal Pleno, para exame da constitucionalidade do dispositivo legal instituidor da contribuição dos aposentados, porque, no caso concreto, a lei nova seria violadora de ato jurídico perfeito: tendo o apelado sido aposentado com 100% do salário de benefício, anteriormente à lei nova, os 5% nos seus proventos implicariam em redução dos proventos integrais. O Sr. Ministro Armando Rollemberg, todavia, ficou

vencido na preliminar, porque entendia que a matéria deveria «ser levada à apreciação do Tribunal Pleno para exame da inconstitucionalidade argüida e acolhida na sentença recorrida».

IV

No caso, estou em que a questão deve ser levada à apreciação do Tribunal Pleno, para que se decida a respeito da constitucionalidade do artigo 2º, do Decreto-Lei nº 1.910, de 1981, que estabeleceu contribuições dos aposentados e dos pensionistas para custeio da assistência médica.

É que continuo sustentando que a Constituição instituiu o sistema de contribuições tripliques da União, do empregador e do empregado, esta última categoria entendida como trabalhador e não como empregado no seu sentido técnico-jurídico-trabalhista (CF, artigo 165, XVI), sendo assim, não é possível fazer incidir a contribuição sobre os proventos do aposentado, que já não mais trabalha.

V

Destarte, na forma do preceituado no artigo 176 do Regimento Interno, proponho a remessa do feito ao Plenário, dispensando-se a lavratura do Acórdão (RI, artigo 176, § 1º).

É como voto.»

Continuo convencido da inconstitucionalidade do artigo 2º, do Decreto-Lei nº 1.910/81, convencimento que se reforça, diante do parecer lavrado pelo Procurador Gurgel Santos, transcrito no relatório. Reitero, pois, o voto que proferi na Turma, pelo que dou pela inconstitucionalidade do citado artigo 2º, do Decreto-Lei nº 1.910, de 1981, porque incompatível com a norma inscrita no artigo 185, XVI, da Constituição Federal.

Publicado o Acórdão, os autos voltarão à Turma para julgamento do recurso.

VOTO VISTA

O Sr. Ministro Otto Rocha: Sr. Presidente: Na sessão anterior, o eminente Ministro Carlos Mário Velloso, em brihante voto, como sói acontecer, principalmente quando se cuida de matéria constitucional, entendeu que a contribuição pelo aposentado, instituída pelo artigo 2º, do Decreto-Lei nº 1.910, de 1981, é inconstitucional, porque afronta o disposto no artigo 165, item XVI, da nossa Carta Magna.

Esta matéria, ou seja, a contribuição pelo aposentado da Previdência Social, criada pelo artigo 2º do mencionado Decreto-Lei nº 1.910, de 1981, já sofreu, por mais de uma vez, o crivo do E. Supremo Tribunal Federal.

Em verdade, o Excelso Pretório, ao jugar os MMSS nºs 20.332 e 20.351, entendera que a contribuição previdenciária dos aposentados em geral, determinada pelo artigo 2º, do Decreto-Lei nº 1.910/81, destina-se ao custeio da assistência médica, constituindo-se a sua cobrança em mera política governamental de ordem econômico-social, e, conseqüentemente, não fere o direito adquirido ou, ainda, o ato jurídico perfeito.

Mais recentemente, a Suprema Corte, em sua sessão plenária de 1º de dezembro próximo passado, indeferiu o MS nº 20.350, Relator, o Exmo. Sr. Ministro Rafael Mayer, ocasião em que destacou, do voto do Exmo. Sr. Ministro Djaci Falcão, Relator do mandado de segurança anteriormente julgado (MS nº 20.351), a seguinte fundamentação:

«Improcede, a meu juízo, a alegação de que os aposentados anteriormente ao Decreto-Lei nº 1.910/81 não estão sujeitos à sua in-

cidência à vista da existência de um direito adquirido (§ 3º do artigo 153 da Lei Maior).

Na espécie, a lei nova alcança uma situação em curso, relativa à contribuição previdenciária para fins de assistência médica. O que não se confunde com proventos de inatividade regulados pela lei vigente ao tempo em que o servidor reuniu os requisitos necessários à obtenção da aposentadoria (Súmula nº 359). No caso da súmula resguarda-se no momento da aposentadoria, o direito adquirido, subordinado a uma condição inalterável. Ora, proventos nada têm em comum com a contribuição previdenciária para fins de assistência médica».

O respectivo Acórdão, publicado no DJ de 10 de fevereiro próximo passado, tem a seguinte ementa:

«**Ementa:** Contribuição previdenciária. Contribuição dos aposentados. Assistência médica. Direito adquirido. Decreto-Lei nº 1.910/81, artigo 2º, I, d. — A contribuição previdenciária, de que trata o artigo 2º, I, d, do Decreto-Lei nº 1.910/81, é devida pelos aposentados e pensionistas para o custeio de assistência médica. Não tem qualquer similitude com os proventos de aposentadoria, que permanecem inalterados, pois correspondem à contraprestação financeira de pessoa assistida, podendo ser instituída, ou retirada pelo Estado, sem que isso constitua ofensa a direito adquirido.

Mandado de segurança indeferido».

Devo acrescentar, em atenção ao prisma abordado em seu douto voto, pelo eminente Relator, Ministro Carlos Mário Velloso, que no MS nº 20.351, relatado pelo Exmo. Sr. Ministro Djaci Falcão, destacou ele, verbis:

«A circunstância do serviço de assistência médica ter sido gratuito para o aposentado, durante certo período, não impede que lei nova venha a admitir (no caso, readmitir) contribuições a cargo dos aposentados em geral. Como é sabido, entre nós não há a gratuidade da assistência médica. A Constituição, ao tratar da previdência social, deixou claro obrigatoriedade da contribuição do empregado, para tal fim (artigo 165, inc. XVI).

As leis especiais cabe estabelecer as condições de organização e funcionamento dos serviços de assistência ao servidor público, em atividade, ou inativo, estabelecendo descontos em seus vencimentos ou proventos (artigos 157 e 163 do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União).

Pondera, com propriedade, o parecer do Dr. Mauro Leite Soares:

«A assistência médica não é vantagem ou prerrogativa do servidor público em geral; mas, sim, obrigação do Estado e se este necessita de correspondente contraprestação financeira da pessoa assistida, a questão se resume em simples política de governo. Assim, como, anteriormente, foi instituída e após retirada, pode ser novamente instituída, sem ferimento de qualquer direito em relação a qualquer tipo de segurado» (fl. 55).

Ademais, não se pode perder de vista que a relação jurídica entre o Poder Público e o funcionário, ativo ou inativo, é de natureza legal ou estatutária, tornando-se suscetível de modificação pelo legislador, de acordo com o interesse público. Ressalva-se, é claro, a modificação que venha a afetar uma situação jurídica definitivamente constituída, incorporada ao patrimônio do seu titular, a configurar direito adquirido. Isso, contudo,

não ocorre no caso, consoante já ficou demonstrado».

Como se viu, acatou o Egrégio Supremo Tribunal Federal, o Parecer da Procuradoria-Geral da República, da lavra do ilustre Subprocurador-Geral, Dr. Mauro Leite Soares, do qual são destacáveis os seguintes lances:

«A gratuidade da assistência médica não está prevista na Constituição que, ao contrário, prevê a contribuição por parte de todos os interessados, segurados, genericamente, conforme seu artigo 165, XVI, e mesmo que estivesse inscrita na legislação ordinária, de maneira expressa, não consubstanciaria qualquer direito adquirido. Aliás, o eminente Presidente do Tribunal Federal de Recursos, Ministro Jarbas Nobre, em seu despacho referido à fl. 25 pela autoridade coatora assinala a respeito:

«Na verdade, a admitir-se a exclusão do desconto da contribuição previdenciária no pagamento do benefício aos aposentados, isto terá como consequência natural o reconhecimento e a proclamação da gratuidade da assistência médica, o que não está previsto na legislação.

Realmente, de acordo com o disposto no artigo 46 da Lei nº 3.807/60, na redação da Lei nº 5.890/73, essa assistência é suportada pelos próprios segurados.

É com sua contribuição que é possível formar os recursos financeiros a que alude o texto».

É evidente que a contribuição previdenciária para fins de assistência médica não enfrenta, no particular, o entendimento jurisprudencial da Súmula nº 359, pois não se trata de revisão dos proventos. Estes, continuam imutáveis e o desconto sofrido pelo servidor aposentado possui origem e destinação, diversas».

Com estas considerações, Sr. Presidente, o meu voto, data venia do duto entendimento do eminente Ministro-Relator, é no sentido de repelir a arguição de inconstitucionalidade do artigo 2º, item I, letra d, do Decreto-Lei nº 1.910, de 1981.

PELA ORDEM

O Sr. Ministro Carlos Mário Velloso (Relator): Sr. Presidente, ouvi, com o encantamento de sempre, o brilhantíssimo voto do Sr. Ministro Otto Rocha. Gostaria, Sr. Presidente, de, com a devida vênua, fazer, no ponto, algumas observações. S. Exa., o Sr. Ministro Otto Rocha, julgou o recurso, não a arguição de inconstitucionalidade. No meu voto, apreciei a inconstitucionalidade, finalidade de o processo estar aqui neste Egrégio Plenário. S. Exa., o Sr. Ministro Otto Rocha, invoca os mandados de segurança, decididos pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal, de nºs 20.350 e 20.351, relatados pelos Srs. Ministros R. Mayer e D. Falcão, em que o Egrégio Supremo Tribunal Federal negou esses mandados de segurança, ao argumento de que não há direito adquirido, no caso.

O Sr. Ministro Otto Rocha: Não. Abordou também o artigo 165, item XVI. O parecer foi transcrito completamente.

O Sr. Ministro Carlos Mário Velloso (Relator): A inconstitucionalidade não foi discutida, ali, Sr. Ministro Otto Rocha. No meu voto, faço a distinção entre as matérias. V. Exa. colocou a questão sobre o prisma do direito adquirido. Na Turma, essa questão será examinada, não aqui. A ilustrada Subprocuradoria-Geral da República, aliás, fez também a distinção, distinção que se impõe.

Gostaria, justamente, de chamar a atenção dos eminentes Ministros pa-

ra este dado. O parecer da ilustrada Subprocuradoria-Geral da República, que fiz distribuir, pois está transcrito no relatório, da lavra do Procurador Roberto Monteiro Gurgel Santos e aprovado pelo ilustre Subprocurador-Geral Geraldo Andrade Fontelles, expressamente faz a distinção assim (lê parecer).

Neste momento — está no parecer da Subprocuradoria-Geral — cabe ao Ministério Público Federal, como já ficou dito, examinar tão-somente o segundo aspecto. Que segundo aspecto é este? Volto ao parecer: a inconstitucionalidade da norma que estabeleceu a contribuição, porque incompatível com o artigo 165, XVI, da Constituição.

Agora, vou ler o meu voto, somente nesta parte, quando cuida do sistema das contribuições tripliques entre a União, empregador e empregado (artigo 165, item XVI, da Constituição).

Digo no meu voto: (lê).

A questão do direito adquirido, ou do ato jurídico perfeito deverá ser examinada no recurso. Aqui, neste Plenário, nós apreciamos tão-só a inconstitucionalidade, diante do confronto da norma ordinária com a norma constitucional, artigo 165, XVI, da Lei Maior, matéria que não foi discutida, no Egrégio Supremo Tribunal, quando do julgamento dos Mandados de Segurança n.ºs 20.350 e 20.351, em que a questão foi posta tão-somente sob o ponto de vista do direito adquirido ou do ato jurídico perfeito.

O Sr. Ministro Otto Rocha: Mas, data venia, o parecer da Procuradoria-Geral aborda esta parte do artigo 165. No voto do Ministro Djacy Falcão, ele transcreve inteiramente o parecer — e isso quer dizer que ele aprovou aquele parecer, e o Supremo diz que é devida a contribuição, inclusive citando o artigo 165, inciso XVI.

O Sr. Ministro Carlos Mário Velloso: A Corte Suprema certamente que discutirá essa questão da inconstitucionalidade mais tarde. Não há, eminente Ministro, nos Acórdãos referências à inconstitucionalidade, tendo em vista o artigo 165, item XVI, da Constituição Federal. A matéria constitucional, portanto, não foi discutida, ainda, no Excelso Pretório.

Sr. Presidente, são estas as considerações que quis fazer, com os meus agradecimentos.

VOTO VISTA

O Sr. Ministro William Patterson: Discute-se nestes autos a inconstitucionalidade do artigo 2º, do Decreto-Lei n.º 1.910, de 29-12-81, que estabeleceu contribuições aos aposentados e pensionistas, para custeio de assistência médica.

O eminente Relator, Ministro Carlos Mário Velloso, concluiu pela inconstitucionalidade do citado dispositivo, ao vislumbrar violação expressa ao artigo 165, XVI, da Constituição Federal. Em sentido contrário votou o ilustre Ministro Otto Rocha, apoiando-se em precedentes do Egrégio Supremo Tribunal Federal que entendeu aplicáveis à espécie.

A regra da Lei Maior, cuja infringência é debatida, dispõe, verbis:

«Art. 165. A Constituição assegura aos trabalhadores os seguintes direitos, além de outros que, nos termos da lei, visem à melhoria de sua condição social:

.....

XVI — Previdência social nos casos de doença, velhice, invalidez e morte, seguro desemprego, seguro contra acidente do trabalho e proteção da maternidade, mediante contribuição da União, do empregador e do empregado»;

A argumentação que fundamenta o acolhimento do vício está baseada na circunstância de que o aposentado não pode ser considerado «empregado» na conceituação ampla de «trabalhador», pois não mais exerce qualquer atividade laboral.

A inteligência das razões oferecidas, nessa linha, está em que, admitida a definição técnico-jurídico-trabalhista do termo «empregado», se encontrariam dificuldades para compatibilizar o texto superior com o próprio sistema previdenciário, onde se estende o alcance a pessoas que não estão abrangidas pela definição consolidada, como, por exemplo, os autônomos e os facultativos. Demais disso, seria inconsistente pretender excluir do regime os aposentados, porquanto mesmo afastados do exercício profissional continuam eles vinculados ao sistema, não apenas em razão do recebimento de proventos, mas, sobretudo, pelo direito reconhecido a determinados benefícios (salário-família, pecúlio, abono anual, assistência reeducativa, readaptação profissional etc).

Acrescente-se, ainda, que a motivação eleita conduz, também, a um entendimento contrário, porquanto o caput do artigo 165, da Constituição assegura os direitos ali inscritos a quem seja «trabalhador». Não seria fácil, assim, justificar a isenção do aposentado, por não considerá-lo nessa categoria, e ao mesmo tempo garantir-lhe os benefícios a ela endereçados.

O grande argumento a afastar a argüida inconstitucionalidade concentra-se, porém, no fato gerador da contribuição. Com efeito, ao determinar o Decreto-Lei nº 1.910, de 1981, que as contribuições se destinam ao custeio de assistência médica, afastou a possibilidade de invocação ao questionado vício, porquanto a norma constitucional (artigo 165, XVI) trata, exclusivamente, de

previdência social, hipótese diversa, como parece evidenciado pelo próprio ordenamento, ao cuidar de outra espécie, no item precedente (XV) — assistência sanitária, hospitalar e médica preventiva — sem os limites de custeio que estão expressos no inciso XVI.

A corroborar a distinção temos a literatura jurídica especializada, principalmente aquela que busca, nas origens da previdência social, suas razões e o verdadeiro sentido. Em momento algum se descortina a inclusão da assistência médica como componente essencial do conceito previdenciário. Pode integrar o universo deste, sem, contudo, sujeitar-se aos seus princípios rígidos, principalmente no que diz respeito ao custeio.

«A previdência social restringe-se ao seguro social destinado a proteger os ganhos do trabalhador, quando afetados por doença, invalidez, velhice ou morte», na lição de Elcio Castello Branco (in Enciclopédia Saraiva de Direito, vol. II, pág. 3) ao demonstrar a distinção entre os «benefícios» e os «serviços» previdenciários, nestes incluídos os atendimentos médicos, hospitalares e outros (cfr. Cássio de Mesquita Barros Jr. in «Previdência Social, pág. 34). Este último é mais explícito ainda, quando adverte: «Toda a assistência médica fica condicionada aos recursos financeiros disponíveis e em conformidade com as condições locais...» (ob. cit. pág. 42).

Resta indubitado, portanto, que a contribuição do artigo 165, item XVI, refere-se à previdência propriamente dita, ou seja, o seguro social, alcançando os benefícios. Na disposição não se pode agregar os serviços, entre os quais a assistência médica, posto que previsto no inciso XV, do mesmo preceito, sem a cláusula que agora se invoca como impeditiva da contribuição do aposentado.

É certo que o Poder Público pode, inclusive, suportar, ele próprio, os custos da assistência médica, tornando-a gratuita para os trabalhadores, pois a Constituição, nesse aspecto, não estabelece a obrigação do beneficiário, como acontece em relação à previdência *stricto sensu*. Todavia, se por deficiência de recursos resolve custear parte dos encargos com a contribuição do trabalhador, nada impede que ato de natureza legislativa o determine. A isso não se opõe a Lei Fundamental, como visto.

Ante o exposto, rejeito a arguição.

EXPLICAÇÃO DE VOTO

O Sr. Ministro Carlos Mário Veloso (Relator): Senhor Presidente, antes do pedido de vista do Senhor Ministro Adhemar Raymundo da Silva, gostaria de dar uma explicação à Casa.

Recebi do eminente Subprocurador-Geral, Dr. Geraldo Andrade Fontelles, um memorial, em que S. Exa. dá conta de que a Subprocuradoria-Geral se manifestou, no parecer, pela inconstitucionalidade, mas que S. Exa. desconhecia a jurisprudência que se formava no Supremo Tribunal Federal e, talvez por isso, é que formulou este parecer.

E menciona os Mandados de Segurança nºs 20.351 e 20.350.

Na sessão anterior, quando votou o eminente Senhor Ministro Otto Rocha, invocando esses mesmos Acórdãos, tive oportunidade de declarar ao Egrégio Tribunal que essas decisões não cuidaram do tema que ora se debate, vale dizer, não examinaram a constitucionalidade do diploma legal em apreço, o Decreto-Lei nº 1.910, de 1981. A matéria foi examinada, na Corte Suprema, sob o prisma do direito adquirido. Sob tal aspecto, também iremos examinar a

matéria, na Turma, em relação àqueles que se aposentaram anteriormente ao diploma legal cuja constitucionalidade ora estamos a decidir.

São estas, Senhor Presidente, as observações que queria fazer.

QUESTÃO DE ORDEM

O Sr. Ministro Otto Rocha: Sr. Presidente, o eminente Relator, Ministro Carlos Mário Veloso, diz que os Acórdãos do Supremo não abrangem aquele prisma abrangido em seu douto voto, que é o que cuida o artigo 165, XVI, da Constituição Federal.

Mas quero lembrar que, em meu voto, destaquei claramente o seguinte:

«Devo acrescentar, em atenção ao prisma abordado em seu douto voto, pelo eminente Relator, Ministro Carlos Mário Veloso, que no MS nº 20.351, relatado pelo Exmo. Sr. Ministro Djacil Falcão, destacou ele *verbis*:

«A circunstância do serviço de assistência médica ter sido gratuito para o aposentado, durante certo período, não impede que lei nova venha a admitir (no caso, readmitir) contribuições a cargo dos aposentados em geral. Como é sabido, entre nós não há a gratuidade da assistência médica. A Constituição, ao tratar da Previdência Social, deixou claro a obrigatoriedade da contribuição do empregado, para tal fim (artigo 165, inc. XVI)».

O voto do eminente Ministro Djacil Falcão refere-se, justamente, a esse prisma:

«As leis especiais cabe estabelecer as condições de organização e funcionamento dos serviços de assistência ao servidor público, em atividade, ou inativo, estabelecen-

do descontos em seus vencimentos ou proventos (artigos 157 e 163 do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União)».

Eu li isso em meu voto, mostrando que dessa matéria tomou conhecimento a decisão do Supremo Tribunal.

VOTO VISTA

O Sr. Ministro Ademar Raymundo: A Constituição Federal, no artigo 165, inciso XVI, assim se expressa:

«A Constituição assegura aos trabalhadores os seguintes direitos, além de outros que, nos termos da lei, visem à melhoria de sua condição social... previdência social nos casos de doença, velhice, invalidez e morte, seguro-desemprego, seguro contra acidentes do trabalho e proteção da maternidade, mediante contribuição da União, do empregador e do empregado».

Assinalamos passos da norma, com o objetivo de examiná-los, à luz de princípios gerais que governam a Previdência Social. Numa restrição compreensiva, porque a preceituação constitucional está encimada pelo Título «Da Ordem Econômica e Social», o legislador referiu-se única e exclusivamente aos trabalhadores, justamente os destinatários prioritários dos benefícios ali consignados, porque, em verdade, por serem hipossuficientes, deveriam ter prioridade no recebimento deles. Mas, como observa, acertadamente, Russomano, a fase atual da Previdência Social, que teve início a partir da 2ª Guerra, tem como sinal específico a sua transformação em um regime de Seguridade Social, pela melhoria das condições de concessão dos benefícios e serviços, pela tendência de transferir ao Estado a responsabilidade global do custeio de tão grande

programa, que se alarga pela extensão dessas prestações à generalidade do povo (Curso — pág. 13 — ed. 1983 — Forense).

Tudo, em nome do alto objetivo a que visa a Previdência Social, para que aos trabalhadores e outros destinatários, como os aposentados, obtenham melhoria de suas condições de vida, como dito no *caput* do artigo 165 da Lei Maior.

Nesse contexto, a preceituação indicada inclui-se dentre as chamadas normas programáticas. Estas, no ensinamento dos mestres, «enunciam princípios fundamentais e valores que informam a estrutura e a dinâmica do regime político». Há, na observação de José Afonso da Silva (Aplicabilidade das Normas Constitucionais — pág. 130 — ed. 1982 — São Paulo), um compromisso entre as forças políticas liberais e tradicionais e as reivindicações populares de justiça social. Se assim se inclui a norma do artigo 165, dentre as normas programáticas da nossa Constituição Federal, a sua interpretação há de fixar, acima de tudo, uma orientação axiológica, para que se tenha uma exata compreensão do sistema jurídico. Em outras palavras, a interpretação «resulta numa compreensão valorativa, que decorre, não de um fragmento da norma, mas das tendências sócio-culturais da comunidade», numa investigação dos critérios hierárquicos de valor, «sobre os quais está a norma fundada e pelas quais está inspirada a ordem jurídica».

Mercê dessas normas, ditas programáticas, têm-se uma exata revelação das tendências sócio-culturais da comunidade, como se expressou, magistralmente, José Afonso, apoiado na lição do grande Recaséns Siches (v. pág. 140 da ob. citada). Ao intérprete a grande missão de examinar, acima de tudo, os altos objetivos da norma constitucional, se-

gundo os ditames configurados no artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, quando o legislador afirma que, na interpretação da lei, o Juiz obedecerá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum. Registre-se, pois, que, como orientação axiológica para a compreensão do nosso sistema jurídico, é altamente meritória a missão do Juiz brasileiro, ante a norma do superdireito indicada, que manda que o intérprete busque os objetivos da lei a ser interpretada, porque ela, na sua essência, dado o seu caráter programático, tem uma alta destinação, pois é «reveladora das tendências sócio-culturais da comunidade». E a ampliação dos fins da Previdência Social buscou, primordialmente, «estender as suas prestações à generalidade do povo», como legítima aspiração deste, para que se alcance o objetivo supremo de melhoria das condições de vida dos trabalhadores e de todos, em suma.

Qual o dever do legislador ordinário ante essas normas programáticas? Responde Balladore Pallieri, com este ensinamento:

«Prescrevem à legislação ordinária uma via a seguir, não conseguem constranger juridicamente o legislador a seguir aquela via, mas o compelem, quando nada, a não seguir outra diversa. Seria inconstitucional a lei que dispusesse de modo contrário à quanto a Constituição comanda» (in José Afonso ob. cit. pág. 141).

Evidentemente, o mestre citado quis referir-se ao comando jurisdicional interligado aos fins da norma, que visa a atender, de certo, «às exigências do bem comum. Os ditames ali explicitados definem reivindicações sociais, erigidas a condição de verdadeiros princípios, diante dos quais o legislador não poderá ter outro «programa», para repetir o vocabulo excêntrico de Pontes de Miran-

da (Com. à Constituição Federal Tomo 1º — pág. 127). Ou, em outras palavras, que sintetizam o pensamento dos mestres citados: é dever do legislador ordinário seguir as diretrizes traçadas pela Constituição, no concernente aos fins da Estatuição Maior, que se ajustam às exigências do bem comum, como dito no artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil. Nessa linha de pensamento, endosso a opinião de José Afonso, quando assevera, *in verbis*:

«Qualquer lei específica ou geral, que contravenha a esse fim (melhoria da condição social do trabalhador), é inválida... O Juiz a isso poderá chegar, mediante interpretação da pauta de valor que lhe oferecem a ordem jurídica e, especialmente, os demais princípios programáticos e fundamentais inscritos na vigente Carta Magna» (ob. cit. pág. 142).

In casu, ainda que o legislador constitucional tenha omitido o dever de o aposentado contribuir para os cofres da Previdência, timbrou por registrar, no inciso XVI do artigo 165, que a Constituição assegura aos trabalhadores previdência social, nos casos de doença, velhice, invalidez e morte. Ao referir-se à invalidez, visou também dar ao inativo (pense-se na aposentadoria por invalidez, tão comum entre nós) a especial proteção, estendendo-lhe as suas prestações, via benefícios vários, com o objetivo de preencher a finalidade da instituição, num regime de seguridade social. Os fins perseguidos pela Lei Maior hão de se ajustar à dinâmica do regime político, que revela os fins do Estado, buscando a justiça social, que é, como já se disse, «uma aspiração do nosso tempo», sob a influência da Constituição de Weimar, de 1919.

Partindo-se do princípio acima enunciado de que a lei há de ser interpretada, tendo-se em vista os seus

fins e as exigências da vida em comum (artigo 5º), não possui a eiva de inconstitucionalidade o Decreto-Lei nº 1.919/81, no seu artigo 2º. O eminente e culto Ministro Carlos Mário, Relator, deu especial ênfase ao fato de o aposentado não possuir vínculo empregatício, e, como tal, não está obrigado a contribuir, mesmo porque o texto da Lei Maior a ele não se refere. Mas, data venia, o cerne do problema, no meu sentir, não reside nessa parte do texto constitucional, indicativa, no pensar do eminente Relator, de uma proibição ao legislador ordinário, quanto à determinação para contribuir. Superestima-se um dado accidental, sem que a imperatividade da Lei Maior resida na parte que elenca contribuintes. Referiu-se, de certo, aos que comumente contribuem, sem que a enumeração seja taxativa, pois não são aquelas pessoas as únicas que têm essa obrigação. Admito, data venia, que essa accidentalidade — menção do empregador, do empregado e da União — não retira do legislador ordinário o poder de incluir os inativos, porque, coerente com a tese que defendo a imperatividade das normas programáticas cinge-se à estatuição de um programa, de natureza eminentemente social vinculante no que respeita às leis ordinárias, que têm, necessariamente, de acolhê-las, a fim de que esses princípios não sejam desvirtuados.

Onde, pergunto eu, a desvinculação do legislador ordinário desse princípio programático, insito no artigo 165, inciso XVI da Constituição? Os seus fins não foram sequer eliminados. Buscam-se, pela norma apontada de inconstitucionalidade, outros objetivos? Absolutamente, tanto mais quanto, alcançados são pela norma da Lei Maior, os aposentados, dentro do salutar princípio de que ao Estado, pela sua ordem política e social, cabe-lhe amparar também a in-

validez, como expresso está na Constituição Federal. Destarte, a invalidez dos aposentados é meta da Previdência Social, que, em boa hora, como assinala Russomano, dilata seus horizontes. Amparar os aposentados é missão grandiosa da Instituição, para que se cumpra o preceito da norma programática, que visa, acima de tudo, à melhoria das condições dos trabalhadores.

A assertiva de desvinculação dos aposentados, como dito no voto do eminente Ministro-Relator, há de ser examinada, neste pronunciamento. A inatividade, de certo, retira do trabalhador ou do servidor a obrigação de trabalhar. Desvincula-se do labor, ou pelo decurso de tempo, ou pela invalidez. Mas, forçoso reconhecer-se que, em decorrência desse afastamento laborativo, não perde inteiramente o trabalhador ou o servidor a sua vinculação com o empregador. Considerem-se, por exemplo, os benefícios que a eles são dispensados, se a invalidez bate às suas portas. Como esquecê-los, se o próprio texto constitucional invocado, do artigo 165, é preciso e justo em dizer que esse estado de empobrecimento físico está a merecer proteção do Estado? Dimensiona-se a estatuição, no que se reporta aos que devem contribuir. Substima-se o dever do Estado, que programou para o inválido a sua proteção, estendendo-lhe todos os benefícios, como resultado de uma justa aspiração social. Há «uma realização do valor-fim do direito», nessa estatuição altamente meritória. Destarte, todos os aposentados devem ser beneficiários desse programa de justiça social. E não haverá injustiça na exigência de eles contribuírem. A lei persegue esses fins sociais, editados pela Constituição. Atende-os, com a força da sua imperatividade, ao proclamar que eles, os aposentados, são também segurados da Previdência Social (ver o ar-

tigo 27 do Decreto nº 83.081/79), que diz:

«Mantém a qualidade de seguido: ... IV — o funcionário aposentado».

Segurados são os beneficiários desta Instituição, que é a Previdência Social. Dela recebem, pois, as contraprestações, porque integram o sistema. Do ponto de vista político, eles, os aposentados, têm de participar dos benefícios, sob a forma de assistência social, incluída, hoje, na área da Seguridade Social, que é muito maior do que a área da previdência propriamente dita. Com esse objetivo, o legislador ordinário, ao instituir a obrigação para os aposentados de contribuírem, não infirmou o texto constitucional, porque não desatendeu aos princípios que governam as normas programáticas, traduzidos «na atribuição de fins sociais, na proteção dos valores da justiça social e na revelação dos componentes do bem comum». Bem ao contrário, estende aos aposentados a sua proteção, mormente, porque visa a cumprir a determinação constitucional de amparo à invalidez, como preceituado no inciso XVI do artigo 165.

Por fim, eminentes Ministros, o registro da renomada opinião sobre o assunto do mestre **Russomano**, quando preleciona, com a sua autoridade:

«Contra essa orientação foram tomadas medidas judiciais pelos interessados. Não escondemos nossa opinião da viabilidade jurídica dessa pretensão, diretamente proporcional, porém, à inviabilidade política de sua aceitação». (Curso — pág. 147 — 1983).

A ordem econômica e social, pela Constituição do Brasil, está estruturada por normas programáticas, que «informam a concepção do Estado e da sociedade, e que também inspiram a sua ordenação jurídica», sem que o decreto-lei apontado como in-

constitucional tenha quebrado esse «compromisso entre as forças liberais e as reivindicações da justiça social», princípio político a ser realizado pelo Estado, através de leis. Se vulnerada não fora essa estrutura política, criada pela norma programática, não se há de falar em inconstitucionalidade. Daí a afirmativa certa do mestre **Russomano**, quando inviabiliza a pretensão, do ponto de vista político.

Declaro a constitucionalidade do artigo 2º do Decreto-Lei nº 1.910/81.

E como voto.

EXPLICAÇÃO

O Sr. Ministro **Carlos Mário Veloso** (Relator): Senhor Presidente, ouvi com o maior encantamento o voto do Sr. Ministro **Adhemar Raymundo**, que é um juiz do melhor quilate. Gostaria, entretanto, de dizer duas palavras a respeito. Estou inteiramente de acordo com a colocação doutrinária feita pelo Sr. Ministro **Adhemar**. **Divirjo**, entretanto, num ponto, com a vênia devida. Sustento que o aposentado está abrangido pelos benefícios da Previdência Social. Ele, todavia, não precisa contribuir para gozar de tais benefícios, porque, quando trabalhava, ele assim já o fez. Estamos, no momento, a discutir a respeito do custeio da previdência social, não do gozo de seus benefícios. E, deixando claro o meu pensamento, o que sustento é que o aposentado não participa desse custeio, porque ele assim já participou, enquanto trabalhava, na condição de um dos pólos da relação tripartite inscrita no artigo 165, XVI, da Constituição. Agradeço aos eminentes Colegas a paciência que tiveram em ouvir-me, mais uma vez.

VOTO

O Sr. Ministro **Bueno de Souza**: Senhor Presidente, a fundamentação

de meu voto não segue pontualmente o itinerário do douto voto do Sr. Ministro-Relator, Carlos Mário Veloso.

Assim é, por exemplo, que S. Exa. põe em causa e contesta «seja o aposentado trabalhador». Já tive ocasião de dizer, em meu voto sobre matéria diversa, que o trabalhador, ao se aposentar, não passa a empregado nem a funcionário público; continua trabalhador, embora inativo.

Por isso, o itinerário dos meus argumentos é algo diverso.

A Constituição, artigo 165, assegura aos trabalhadores, além de outros direitos, nos termos da lei, os que dizem à melhoria de sua condição social. Notadamente, no inciso XVI, que acaba de ser lido pelo Senhor Ministro Adhemar Raymundo: «previdência social, nos casos de doença, velhice... (que, na Constituição, não deixa de ser uma espécie de doença)»; ... invalidez, morte, etc.).

Observo, a seguir, que a legislação ordinária, por sua vez, confere ao trabalhador, entre os demais benefícios de natureza social, o da aposentadoria e o da assistência médica, consoante o artigo 165 da Constituição, os quais, tradicionalmente, vêm constando entre os benefícios da previdência social.

Em seguida, penso que convém acentuar, a bem da verdade histórica, que aquele benefício do artigo 165, XVI, da Constituição, assegurado ao trabalhador mediante contribuição triplíce (da União, do empregador e do empregado) vem sofrendo amargas vicissitudes ao longo das décadas. E a principal razão de ser verdadeiramente notável, dessas amargas vicissitudes é muito simples e convém seja logo referida, a saber: enquanto a contribuição dos empregadores é cada vez mais onerosa, não só para os empregados como para toda economia nacional; enquanto é também cada vez mais pe-

sada a contribuição a cargo dos empregados, dos trabalhadores, no entanto, a contribuição que a Constituição exige da União vem, reiteradamente, reincidentemente, sendo omitida.

Esta é a principal razão pela qual a previdência social é forçada a reduzir, limitar e deteriorar os serviços que, pela Constituição, deve prestar, fazendo aumentar as filas dos carentes destes serviços nas portas das repartições e ao longo das vias públicas; filas de pessoas doentes, expostas às intempéries, porque a contribuição da União, prevista, embora na Constituição, não ingressa nos cofres da previdência social.

Então, penso que é pelo menos necessário revigorar o preceito constitucional, naquilo em que tutela o aposentado. Para tutelar o aposentado, ponho ao lado do artigo 165, XVI, o artigo 153, § 3º, da Constituição, que manda respeitar os direitos adquiridos e a situação jurídica definitivamente constituída.

O aposentado, trabalhador inativo, ao conquistar os direitos da aposentadoria, não pode ter sua situação jurídica alterada, **maxime** por uma norma que (agora, explicitamente) não somente descumpra, como desafia a Constituição, que determina que a Previdência Social e os serviços de saúde hão de ser mantidos por contribuições de empregadores, de empregados e da União quando é certo que esta, sabidamente, vem denegando suas contribuições para, agora, criar nova forma de onerar o aposentado, cuja situação jurídica se acha já definida e não pode, por conseguinte, sofrer tão drástica alteração.

È por isso que, a meu ver, com a devida vênia, a inconstitucionalidade da norma é patentíssima.

Na conclusão, fico de acordo com o Senhor Ministro Carlos Mário Veloso.

VOTO

O Sr. Ministro Sebastião Alves dos Reis: Controverte-se em torno da constitucionalidade do nº 1 e incisos do artigo 2º do Decreto-Lei nº 1.910, de 29-12-81, havendo até esta altura da votação, formado duas correntes, a que se inclina pela decretação do vício máximo, dado como resultante do confronto daquela norma com o artigo 165 da Constituição Federal, aos argumentos de que o aposentado não se identifica com o «trabalhador» de que fala o seu *caput* e que o custeio ali previsto reclama suporte triplice, na forma do seu item XVI, tese lançada pelo Relator, Ministro Carlos Mário Velloso, e a que sustenta a legitimidade constitucional pertinente, seja por não importar a contribuição instituída em violação de direito adquirido, consoante assinala o Ministro Otto Rocha, louvando-se em precedentes do Alto Pretório (MS nº 20.332 MS nº 20.350), seja por encontrar-se a sua sede constitucional no item XV do artigo 165 mencionado, e não, no item XVI.

Transcrevamos os textos trazidos à colação:

«Art. 165. A Constituição assegura aos trabalhadores os seguintes direitos, além de outro que, nos termos da lei, visem à melhoria de sua condição social:

.....
XV — assistência sanitária, hospitalar e médico-preventiva.

XVI — previdência social, nos casos de doença, velhice, invalidez e morte, seguro-desemprego, seguro contra acidente do trabalho e proteção da maternidade, mediante contribuição da União, do empregador e do empregado (Constituição Federal vigente);

Art. 2º Ficam estabelecidas contribuições dos aposentados em geral, e dos pensionistas, para cus-

teio da assistência médica, na forma seguinte:

I — aposentados:

a) 3% (três por cento) do valor dos respectivos benefícios, até o equivalente a 3 (três) vezes o salário mínimo regional;

b) 3,5% (três e meio por cento) do valor dos respectivos benefícios superior a 3 (três) e inferior ou igual a 5 (cinco) vezes o salário mínimo regional;

c) 4% (quatro por cento) do valor dos respectivos benefícios superior a 5 (cinco) e inferior ou igual a 10 (dez) vezes o salário mínimo regional;

d) 4,5% (quatro e meio por cento) do valor dos respectivos benefícios superior a 10 (dez) e inferior ou igual a 15 (quinze) vezes o salário mínimo regional;

e) 5% (cinco por cento) do valor dos respectivos benefícios superior a 15 (quinze) vezes o salário mínimo regional».

Tomando posição no debate, de início, peço vênha para assinalar o meu entendimento de que o aposentado não se insere na categoria de «trabalhadores» a que alude o *caput* do artigo 165 referido, embora a dicção do legislador maior ultrapasse o simples conceito de empregado modelado na CLT, para abranger outros, sempre prestadores de trabalho; outrossim, ressalvo que tal colocação do tema não envolve impedimento constitucional a que o Estado se obrigue a prestar assistência médica ao inativo, situando-se a controvérsia na estruturação jurídica do custeio respectivo.

Centrado o debate no campo da estruturação jurídica do custeio pertinente, se se admitir a inclusão do inativo na compreensão da cláusula «trabalhadores» inserta na cabeça do artigo 165, estou *data vênha* que a nova contribuição — criada se filiará

antes ao item XV e não, ao XVI, se considerarmos que o Decreto-Lei nº 1.910/81 cogita de exação para custeio de assistência médica, traduzida em prestação material de serviço profissional, e não de benefícios pecuniários, sendo certo que o direito constitucional positivo, no Brasil, sempre destacou, a partir da Constituição Federal, de 1934, as duas modalidades uma, de prestação material de serviço, outra, de prestação pecuniária, aquela, representada, no plano da doença, pela assistência médica, profissional, em geral, e esse, pelo auxílio-doença.

Detendo-me, agora, na modelação jurídica respectiva, entendo *concessa venia* que, ao estruturar a exação questionada no contexto de uma contribuição social, o legislador ordinário viola o item X do artigo 43 da Constituição Federal, exaustiva na enumeração correspondente.

Não se objete, no particular, com a catalogação meramente exemplificativa, tese que *data venia* questiono, pois se o legislador constituinte foi ali casuístico, e, no especial do artigo 165, mencionou os itens II, V, XIII e XVI, a omissão quanto ao item XV só pode ser compreendida como vedatória de contribuição social construída sobre esse item.

Nesse contexto, *concessa venia* concluo pela inconstitucionalidade da norma enfocada, seja porque o inativo não se identifica com o trabalhador, seja por entender que a exação em causa não pode ser legitimamente estruturada sob modelo de contribuição social, sob pena de afrontar a enumeração taxativa do item X do artigo 43 da Constituição Federal.

VOTO VOGAL

O Senhor Ministro Miguel Jerônimo Ferrante: Particularmente, entendendo que o artigo 2º do Decreto-Lei

nº 1.910, de 29 de dezembro de 1981, padece de inconstitucionalidade ao estabelecer contribuições de aposentados em geral e pensionistas para custeio da assistência médica.

De fato, a mim me parece emergir em descompasso com a garantia do direito adquirido, a exigência de contribuições dos que já se encontravam inativados à época da edição do referido diploma legal. O efeito retroativo emprestado ao preceito já em si afronta a norma do § 3º do artigo 153 da Lei Maior. Convém lembrar, neste passo, que na tradição do nosso direito, a aposentadoria se rege pela lei vigente ao tempo de sua concessão, não se admitindo que norma posterior venha alterar situação subjetiva pré-constituída. Aliás, esta Corte, em hipóteses análogas à presente, já teve oportunidade de convalidar esse princípio. Quando da aplicação da Lei nº 5.890, de 8 de junho de 1973, que instituiu regime de desconto nos proventos da aposentadoria previdenciária, proclamou-se que as inativações anteriores a esse diploma legal estavam imunes à sua eficácia. Nesse sentido, registro os Acórdãos nas Apelações Cíveis nºs 54.542-MG, 59.860-RS e na AMS nº 76.343. Este último, da antiga 3ª Turma e relatado pelo Ministro Aldir Passarinho, está assim ementado:

«Previdência Social — Aposentadoria. — Desconto de 5% no benefício, em aposentadoria anterior à Lei nº 5.890/73. — Se a aposentadoria foi concedida antes da vigência da lei que instituiu o desconto de 5% do valor do benefício, não pode esta ser atingida pelo referido desconto. Aliás, no particular, a Lei nº 6.210/75 — artigo 1º — revogou a incidência do desconto» (DJ de 2-9-76).

Mas, não apenas sob esse aspecto considero sem validade constitucional o referido dispositivo legal.

Já neste passo, não seria demasia impugnar a regulação de tal matéria por via de decreto-lei.

Afigura-se-me em si inconstitucional o próprio preceito, na medida em que se revela incompatível com o disposto no item XVI, do artigo 165, do estatuto político, que prevê para custeio da previdência social, a «contribuição da União, do empregador e do empregado».

Com efeito, a previdência social, direito que a Constituição assegura aos trabalhadores, traduz-se em prestações de benefícios e serviços, incluídos entre estes últimos a assistência médica. Os recursos para a realização desse objetivo vêm da contribuição tripartida por ela prevista.

Ora, com a aposentação desaparece o vínculo empregatício. Empregado que passa à inatividade perde a condição de empregado. Não tem mais emprego, não recebe salário. Percebe proventos. E proventos refogem à previsão constitucional como fonte de custeio da previdência social. Deveras, exigir contribuição de aposentado é subverter o apontado sistema de contribuições triplíces, como faz a malsinada norma em exame. Na realidade, o legislador originário, para acrescer a fontes de custeio da previdência, aventurou-se, no meu entender, a emprestar significado extensivo ao vocábulo «empregado» que não encontra suporte nem na letra nem no espírito do texto constitucional. Vale dizer, excedeu, com sua iniciativa, indevidamente, os parâmetros constitucionais.

A par, releva notar que aqui não se cuida da hipótese do parágrafo único do artigo 165 da Constituição Federal: não se cogita de definir fonte de custeio para prestação de serviços de assistência ou benefício a

ser criada, majorada ou estendida. Ao invés, cuida-se do estabelecimento de nova fonte de custeio da previdência social fora da previsão constitucional.

Ao cabo, seria de acrescentar que a imposição não encontraria respaldo no item I, do § 2º, do artigo 21 da Lei Maior, porquanto a faculdade que ali se concede à União para instituir contribuições no interesse de categorias profissionais e para atender diretamente à sua parte no custeio dos encargos da previdência social, não pode, parece óbvio, transbordar os limites traçados, com vistas aos mesmos objetivos, no prefalado artigo 165, item XVI, do nosso diploma constitucional.

Esta é minha modesta opinião sobre a matéria.

Inobstante, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vem sendo construída de modo diverso.

Deveras, já em duas oportunidades, nos julgamentos dos Mandados de Segurança nºs 20.350-1-DF e 20.351-0-RJ — aquela Alta Corte definiu-se, à unanimidade, no sentido de que a cobrança da questionada contribuição não ofende direito adquirido.

Essas decisões, a meu sentir, pacificam a controvérsia, no campo jurisprudencial. A circunstância de não versarem diretamente o aspecto constitucional da regra, não me parece afetar essa conclusão. E isso porque, ao considerar que a exigência genérica da contribuição não ofende direito adquirido, implicitamente está a Suprema Corte a proclamar a constitucionalidade da norma. É o que penso, data venia.

Em assim sendo, afigura-se-me razoável, até mesmo por economia processual, que, desde logo, se afaste a argüida inconstitucionalidade.

É como voto, com ressalva de meu ponto de vista acima expandido.

VOTO

O Sr. Ministro Jesus Costa Lima: Argumenta o eminente Ministro Carlos Mario Velloso «que não é possível fazer incidir contribuição diretamente nos proventos de quem já não é mais trabalhador, porque aposentado, de quem, enquanto trabalhador, contribuiu como um dos pólos da relação constitucional tripartite, justamente para obter o benefício, que a Constituição institui sob a condição de pagamento da contribuição».

Já o não menos eminente Ministro William Patterson argumenta que a contribuição tem apoio no inciso XI do artigo 165 da Constituição que trata da assistência sanitária, hospitalar e médica preventiva.

Ouso, modestamente, trazer minha contribuição ao estudo de tão significativo tema ligado à previdência e assistência social.

Peço licença para, em largos traços, relembrar que, no Brasil, o sistema previdenciário teve início, como ocorreu na Europa e na América, empiricamente, com as isoladas manifestações de cunho mutualístico, de caráter privado, com meios contributivos e, em alguns casos, facultativos. Mas, a pouco e pouco, a sociedade foi tomando consciência das exigências do bem-estar social.

Pode-se dizer que a Lei Eloy de Miranda Chaves, de 24 de janeiro de 1923, iniciou a previdência social, começando com o Decreto Legislativo nº 4.682 o seguro social de forma obrigatória, tendo o Conselho Nacional do Trabalho a qualidade de coordenar e superintender os órgãos existentes e os que fossem criados.

Em 1926 surgiu o Instituto de Previdência dos Funcionários Públicos Civis da União, passando depois a Instituto Nacional de Previdência até ser denominado Instituto de Previdência e Assistência dos Servidores do Estado — IPASE por força do

Decreto-lei nº 288, de 23-3-38. Entre 1940 e 1950 foi consolidado e revisado o sistema implantado e, em 1960, a Lei nº 3.807, de 26 de agosto, regulamentada a 19 de setembro do mesmo ano. O sistema expandiu-se com a integração do seguro de acidentes do trabalho, a extensão aos trabalhadores rurais e a instituição Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social.

Desse modo, está superada a idéia de trabalhador como participante, dada a abrangência dos profissionais liberais, dos autônomos e dos ruralistas. Hoje, cuida-se de segurado do SINPAS.

A propósito, numa excelente síntese, conta Moacyr Velloso Cardoso de Oliveira em «Previdência Social do Advogado»:

«Os Sistemas de Previdência Social, buscando a cobertura dos grandes «eventos», também chamados «riscos sociais» — a doença, a invalidez, a morte, a velhice, a maternidade — baseavam-se numa forma de «seguro social», oriundo do «seguro privado» e fortemente influenciado pelos seus princípios técnicos, custeado e administrado, em maior ou menor escala, segundo as peculiaridades de cada país, pelo Estado, pelas empresas e pelos próprios segurados.

A partir da quarta década do século, o agigantamento dos problemas sociais e sua paulatina expansão, dos assalariados para todas as camadas da população, multiplicou as «necessidades vitais», individuais e coletivas, decorrentes de novos e específicos «eventos» tais como: a solidão e outras condições próprias dos idosos, cada vez mais numerosos; o trabalho da mulher fora do lar; a especialização e o alto custo dos serviços médicos; os desajustes familiares e sociais; os problemas em torno da habitação, da alimentação, do lazer.

Em face dessas condições, a ação estatal foi necessariamente conduzida para uma proteção social mais ampla, abrangente dessas novas camadas sociais e das necessidades novas que, pelo seu vulto e elevado custeio, fugiam às possibilidades únicas da iniciativa privada, levando-a, inicialmente, a ampliar o campo do Seguro Social, e, não abrangendo isto a todos os aspectos, a complementá-lo por meio de formas assistenciais, que se constituíram nos chamados «Serviços Sociais».

A essa atuação conjunta do Seguro Social e dos Serviços Sociais, inicialmente ainda em termos mais ou menos indefinidos, mais recentemente de forma mais precisa, vem sendo dado o nome de «Seguridade Social».

Não como algo diferente, mas como uma verdadeira evolução do sentido da Previdência Social, foi o termo usado, pela primeira vez, talvez com pouca propriedade ainda, na lei norte-americana denominada «Social Security Act», de 1935.

Com lido pioneirismo e plena propriedade, foi utilizado para caracterizar o novo sistema adotado pela Nova Zelândia, em 1938, que ampliou a toda a população a cobertura dos grandes «eventos sociais», notadamente os «serviços médicos» e outras modalidades de «serviços sociais».

A essência dessa nova idéia está muito bem contida nas palavras com que o então Subdiretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho, Sr. Rao, abriu, em Wellington, capital daquele país, a reunião do Comitê de Especialistas, ali realizada, em 1950, da qual tivemos a oportunidade de participar.

«O esquema da Nova-Zelândia não é uma forma de «seguro social» simplesmente: — a cada

qual de acordo com sua contribuição. É uma organização de «seguridade social» baseada no princípio seguinte: — a cada um de acordo com sua necessidade; de cada um conforme suas possibilidades. Nele, reconhece-se, como nunca, o indistigável fato de que o velho, o doente e os órfãos devem ser sustentados por aqueles que têm, ainda, capacidade para o trabalho. É ele, ainda, um dos muitos poucos esquemas nacionais, no qual os benefícios são praticamente ajustados, à elevação do custo de vida e, ainda mais, há uma tentativa definida de aumentar a participação das vítimas do infortúnio riqueza nacional à proporção que essa riqueza cresce».

O novo esquema difundiu-se com extrema rapidez, embora poucas nações estivessem em condições de adotá-lo de pronto.

O famoso «Plano Beveridge», na Inglaterra, em 1942, que levava a extremos maiores a idéia da «Seguridade Social», e a «Declaração de Santiago», do mesmo ano, resultante da Conferência Interamericana de Seguros Sociais, que a indicava como o rumo a ser seguido pelos países das Américas no concernente ao amparo às necessidades sociais, seguiram-se, de perto, à iniciativa neozelandesa.

Já, em 1944, era a vez da afirmação solene da Organização Internacional do Trabalho, com a marcação «Carta de Filadélfia», ao declarar expressamente que «a pobreza em qualquer parte constitui um perigo à prosperidade em toda a parte» e traçar os princípios da «Seguridade Social», assinalando-os, de modo especial, dentre as seguintes formas de ação:

«ampliação das medidas de seguro social para provimento de uma renda básica a todos os ne-

cessitados de tal proteção e cuidados médicos;

«adequada proteção para a vida e a saúde dos trabalhadores em todas as ocupações;

«medidas para proteção à infância e à maternidade»;

«garantias de adequada nutrição, moradia e facilidades para recreação e cultura».

O primeiro país a adotar esses princípios, em sua legislação, depois da Nova-Zelândia, foi a França, em 1945, embora ressentindo-se da unidade na Administração. Seguiu-se a Austrália em 1947.

A Inglaterra, em 1948, com base no Plano Beveridge, começou a implantação, sem dúvida, da mais avançada experiência social nesse setor, em razão da extensão de seu âmbito e da amplitude de seu alcance.

Diversos países socialistas ampliaram seus sistemas, no mesmo rumo.

Mais recentemente, em 1963, a Espanha, com sua «Ley de Bases de la Seguridad Social», formulou um ambicioso plano nesse campo, ora em paulatina execução.

É de assinalar-se que o Brasil, em 1945, com a sua «Lei Orgânica dos Serviços Sociais», que visava a unificar a execução dos planos de previdência e de assistência social em uma só instituição nacional — o «Instituto dos Serviços Sociais do Brasil» (SSB) — lançara-se dentre os pioneiros, no mesmo rumo, numa experiência que seria certamente mais avançada que a da Grã-Bretanha e à desta se antecipava. A idéia não estava, contudo, bem amadurecida na consciência nacional e, por isto, embora iniciada a execução frustraram-na a mudança das condições políticas, que então se verificou.

Os princípios gerais, não obstante, estavam lançados e começaram a influenciar a legislação. Deles remanesceu, como regra geral, e de muita importância no novo rumo, a imperiosidade do reajuste do valor dos «benefícios» da Previdência Social às variações do custo de vida e a constituição do «Fundo Único da Previdência Social», germe inicial de sua unificação administrativa (Decreto-Lei nº 7.835, de 6 de agosto de 1945).

Foram precisos cerca de trinta anos para que em fases sucessivas, iniciadas com a uniformização administrativa e dos planos de prestações, em 1960, pela «Lei Orgânica da Previdência Social»; prosseguidas com a instituição do «salário-família do trabalhador», em 1963; o Plano de «Reformulação da Previdência Social», em 1965, começado a aplicar pela unificação administrativa do Sistema Geral, do «Instituto Nacional de Previdência Social», em 1966; a integração dos «acidentes de trabalho» no INPS, em 1967, com a nova formulação de 1976; a Previdência Social Rural, em 1968, com as reformulações posteriores, em 1971 e 1975; a extensão da previdência social aos empregados domésticos, em 1972; a instituição do amparo generalizado aos maiores de 70 anos ou inválidos, independente da condição de segurado, em 1974; a incorporação do «salário-maternidade» às prestações do INPS, também em 1974; a criação do Ministério da Previdência e Assistência Social, no mesmo ano de 1974, e, por último, a instituição do novo «Sistema Nacional da Previdência e Assistência Social» (SINPAS), em 1977; foram precisos cerca de trinta anos para que o Brasil viesse a dispor, já agora, de um verdadeiro e amplo sistema de «Seguridade Social».

Resulta, então, que a previdência e assistência concebidas nos incisos XI, XVI, e parágrafo único do artigo 165 da Constituição devem ser entendidas como versando sobre previdência social e serviços sociais, isto é, seguridade social.

Aí tem-se: assistência sanitária, hospitalar e médica preventiva, colônias de férias e clínicas de repouso, recuperação e convalescença, como serviços sociais e previdência social nos casos de doença, velhice, invalidez e morte, seguro-desemprego, seguro contra acidentes do trabalho e proteção da maternidade.

De notar-se, outro tanto, que a matéria constava do artigo 157, incisos XIV, XV, XVI, XVII e parágrafo único do artigo 158 da Constituição de 1946.

Pontes de Miranda — «Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1, de 1969», 2ª ed. Tomo VI pág. 257/8 — adverte:

«Serviços de Assistência, Previdência Social e Fontes de Custeio. A previdência social, ou de benefício, a que se refere o artigo 165, parágrafo único, é aquele para que há contribuição da União, concernente a seguro-desemprego, seguro contra acidente do trabalho, proteção da maternidade, doença, velhice, invalidez e morte (artigo 165, XVI), bem como a que consiste em colônia de férias e clínicas de repouso, recuperação e convalescença, que sejam mantidas pela União (artigo nº 165, XVIII). Não é válido, qualquer ato do Poder Executivo, ou (administrativo), do Poder Judiciário, ou mesmo do Poder Legislativo, que crie, aumente, ou estenda o serviço assistencial ou de benefício, sem que haja o fundo para o custeio total. O fundo pode ser de despesa da União, ou da União e de outra entidade estatal, paraestatal ou privada. Cumpre, porém, advertir-se que a regra

jurídica constitucional do artigo 165, parágrafo único, não só se refere à União: atinge os Estados-membros, o Distrito Federal, os Territórios e os Municípios.

Contribuição da União à Previdência Social para Seguro de Desemprego, Seguro Contra Acidentes, Proteção da Maternidade e casos de doença, velhice, invalidez e morte. As leis podem estabelecer deveres de contribuição para fins de previdência. Com isso, a União satisfaz a exigência do artigo 165, XVI. Ou, com a lei que haja fixado a despesa e essa se insira no orçamento, a contribuição parcial consiste em doação. Numa e noutra espécie, a lei há de determinar quanto, como e quando se há de prestar».

É tempo, então, de se esclarecer o que compreende a seguridade social e o respectivo significado.

O seguro social que teve início, na Inglaterra, com caráter voluntário, tornou-se obrigatório na Alemanha, passando a ser adotado pelos povos modernos.

O regime do seguro social no Brasil, atualmente, passou a ter como princípio essencial a inscrição obrigatória, de sorte que são segurados os que exercem atividade remunerada, sem relevância a existência de vínculo empregatício.

O seguro social tem alcance limitado no tempo e prestações padronizadas, como soe acontecer com a aposentadoria, o auxílio-doença, etc. Já os serviços sociais compreendem as mais diversas formas de assistência e que, a cada dia, podem ser ampliadas e melhoradas, segundo os recursos disponíveis, tanto financeiros quanto humanos.

Especialistas da Divisão de Assuntos Sociais da ONU propuseram e a Associação Internacional da Seguridade Social adotou o seguinte conceito de Serviço Social:

«Uma atividade organizada que tem como finalidade favorecer uma melhor adaptação recíproca dos indivíduos e do meio social em que vivem, mediante a utilização de técnicas e métodos destinados a permitir aos indivíduos, aos grupos e às coletividades fazer frente a suas necessidades, a resolver problemas suscitados pela sua adaptação em vias de evolução e a melhorar as condições econômicas e sociais mediante uma ação cooperativa».

Assim, as prestações do Serviço Social têm caráter dinâmico e personalizado. Podem ser preventivas e (por exemplo, a assistência médica) ou quando do aparecimento do risco que procura cobrir.

Donde, enquanto a Previdência Social baseava-se na concepção da justiça comutativa, a seguridade tem por fundamento a justiça distributiva, pois as suas fontes de custeio decorrem da contribuição do participante e da sociedade como um todo através da participação da União Federal para cobrir possíveis «deficits» como previsto no artigo 17, § 2º da Lei nº 6.439, de 1-9-77.

Em conclusão, ao lado das prestações clássicas da previdência aparecem as destinadas aos serviços.

Assim, uma parte da contribuição pode destinar-se à previdência e atingir o segurado ativo e outra tendo por fim cobrir os serviços sociais e que acompanham o segurado inclusive na inatividade.

Quer dizer, se o aposentado e o pensionista não têm mais o dever de contribuir para o benefício respectivo e em cujo gozo se encontram, o mesmo não ocorre com os serviços sociais (aí compreendida a assistência médica), porquanto a estes tem ele acesso mesmo na inatividade e, como explicado, tais serviços passam por constantes melhorias, ampliação e elevação de custos. Assim,

para manter o seu direito de acesso a esses serviços, por autorização constitucional encartada no parágrafo único do artigo 165 da Carta Magna, a contribuição do segurado e beneficiário pode ser aumentada.

É preciso não esquecer que se trata de serviços de cunho permanente que a todos cumpre manter e ampliar.

O seguro social para a aposentadoria e a pensão se aperfeiçoa com os atos respectivos, enquanto os serviços sociais, por sua ação dinâmica, prosseguem e não teriam como sobreviver se para mantê-los ou melhorá-los, inclusive os aposentados que deles se beneficiam, não concorressem.

A verdade é que se tem de prosseguir na caminhada de modo que, em breve, os serviços sociais no Brasil, como seguro para o qual todos devem contribuir, se torne em direito subjetivo de cada cidadão integrante do sistema, tal como Oswal Stein citado por Arnaldo Sussekind («Previdência Social» — Forense — 1955 — pág. 35):

«Se os acontecimentos presentes se interpretam corretamente, a assistência social (serviços sociais, hoje) e o seguro social se aproximam cada vez mais. Como resultado de um e largo processo podem encontrar-se e unir-se. Essa unificação constitui o objetivo da seguridade social, que torna o seguro nacional e concede a cada cidadão o direito subjetivo aos serviços sociais integrantes do correspondente sistema».

Dissertando sobre «Temas Atuais de Trabalho e Previdência», Evaristo de Moraes Filho (LTr — SP — 1976, págs. 242/246), após acentuar o dever de solidariedade em que repousa como fundamento último a seguridade social, acentua como duplica as tendências dominantes na evolução moderna da seguridade social,

que marcham para uma perfeita convergência.

Resulta, em consequência, que o artigo 2º, I, d, do Decreto-Lei nº 1.910, de 29-12-81 não ofende texto constitucional, ao contrário, adequa-se ao estabelecido no parágrafo único do artigo 165 que contempla a previdência e assistência social ou, caso se queira, a seguridade social.

Rejeito a arguição.

VOTO VISTA

O Sr. Ministro Hélio Pinheiro: Objeto de controvérsia é no caso em exame o artigo 2º do Decreto-Lei nº 1.910, de 29 de dezembro de 1981, que estabelece contribuições dos aposentados e dos pensionistas para o custeio da assistência médica.

Fraciona-se o Plenário desta Egrégia Corte em duas discrepantes correntes; uma delas, em oposição à outra, sustentando que o acima citado preceito apresenta-se eivado do vício de inconstitucionalidade, por contrariar disposição inscrita no artigo 165, inciso XVI, da Lei Fundamental, que instituiu o sistema de contribuições tripliques da União, do empregador e do empregado, sendo impossível incidir tal contribuição sobre proventos do aposentado, que, em face dessa situação, já não mais detém a condição de trabalhador.

Não vejo, contudo, como dar pela inconstitucionalidade do artigo 2º do Decreto-Lei nº 1.910/81 por ofensivo ao disposto no inciso XVI do artigo 165 da Lei Maior, pois o simples fato de haver estabelecido contribuições cobráveis dos aposentados e dos pensionistas, para o custeio da assistência médica não implica em restrição ou negação a esse direito que a Constituição Federal em nenhum momento dispõe seja gratuito enquanto em atividade o contribuinte da previdência, ou quando se inativa, antes dizendo que os direitos de

que cogita o seu artigo 165 são assegurados «nos termos da lei», a esta, portanto, cabendo discipliná-los no que tange à sua usufruição.

Fê-lo o legislador constituinte inserir na Lei Maior, de modo a que, como mostra o sempre citado Pontes de Miranda, não possa ser extinto, por força de lei ordinária.

De ressaltar que, no concernente aos previstos no inciso XVI, nem sempre se pode ter como presente a figura do empregador, pois beneficiário da previdência social urbana e dela sendo segurado obrigatório, encontra-se o trabalhador autônomo, na definição da lei aquele que:

exerce habitualmente e por conta própria atividade profissional remunerada;

presta, sem relação de emprego, serviço de caráter eventual a uma ou mais empresas;

presta serviços remunerados mediante recibo, em caráter eventual, seja qual for a duração da tarefa.

Ora, em relação a essa categoria de trabalhadores impossível se torna falar na exigência de triplice contribuição para o asseguramento dos direitos de que cogita o inciso XVI do artigo 165 da Constituição Federal, muito embora as que por ele devidas se apresentem agravadas pelo peso de um maior ônus, o que também sucede relativamente às pessoas de que cuida o artigo 11 da Consolidação das Leis da Previdência Social.

Pode-se ponderar, sim, que a assistência médica deveria ser assegurada ao que contribuiu, enquanto em atividade para, na aposentadoria, a ela ter direito sem qualquer ônus a incidir em seus proventos, que se vão minguando com o passar do tempo.

Com esse entendimento me ponho de pleno acordo. Tenho por iniqua a lei que faz incidir nos proventos do aposentado contribuição que ele con-

vencido está de não ser devida, persuadido de que as contribuições que no curso de sua vida produtiva religiosamente entregou à Previdência Social a tanto foram também destinadas.

Mas a iniquidade de que se possa ressentir uma lei não é fato que por si só se apresente bastante para viciá-la de inconstitucionalidade. Na hipótese em exame, a exigência que vem de ser feita no artigo 2º do Decreto-Lei nº 1.910, de 1981, nem mesmo, como realçado pelo insigne Ministro-Relator, tem o sabor de novidade, já se fez presente na Lei nº 5.890, de 8 de junho de 1973, que dando nova redação ao artigo 69 da Lei nº 3.807, de 28 de agosto de 1960, instituiu contribuição dos aposentados para o custeio da Previdência Social, dispositivo que prevaleceu até o advento da Lei nº 6.210, de 4 de junho de 1971, que o revogou.

Reproduz-se a exigência no artigo 2º do Decreto-Lei nº 1.910, de 29 de dezembro de 1981, relativamente ao custeio da assistência médica e ainda que contra essa imposição possamos tecer severas e justas críticas, não vemos, *data máxima venia* dos que se colocam em campo oposto, como surpreender no malsinado preceito a mácula que se lhe pretende atribuir.

Com esses fundamentos rejeito a presente arguição de inconstitucionalidade.

É como voto.

VOTO VISTA

O Sr. Ministro Carlos Augusto Thi-bau Guimarães: Questiona-se neste caso sobre a constitucionalidade do artigo 2º do Decreto-Lei nº 1.910/81, que instituiu contribuição previdenciária para os aposentados e pensionistas da Previdência Social.

Entendeu o eminente Relator que esse dispositivo padeceria do vício,

porque o artigo 165, inciso XVI, da Emenda Constitucional nº 1/69, ao estabelecer o sistema de contribuições triplices, da União, do empregador e do empregado, considerou esse último termo como sinônimo de trabalhador, situação em que, evidentemente, não poderiam ser incluídos os aposentados e pensionistas.

Outros eminentes Ministros concluíram que seria constitucional a norma, porque o texto maior haveria de ser considerado programaticamente, de tal sorte que a conquista ali representada não poderia sujeitar-se a um preciosismo de linguagem técnico-jurídica que esvaziaria o seu verdadeiro alcance social.

Outros entenderam que, para custeio da assistência médica, que seria serviço e não benefício, estaria o legislador ordinário autorizado pelo inciso XV do artigo 165 a instituir contribuição de aposentados e pensionistas, sob pena de inviabilizar a prestação desse serviço.

E ilustres Ministros consideraram que a norma em exame estaria contamada do vício da inobservância do princípio constitucional da estrita legalidade, por haver instituído contribuição parafiscal, que pertence ao gênero tributo, sem que o Poder Legislativo fosse chamado a participar de sua elaboração. Assim sendo, a inobservância do princípio «No Taxation Without Representation» fulminaria a norma do decreto-lei.

Entendeu-se, também, que o problema da inconstitucionalidade do dispositivo poderia ser contornado se ele fosse aplicado somente às situações jurídicas de aposentados e pensionistas que ainda não estivessem definitivamente constituídas até a data de sua entrada em vigor. Assim, desde que fosse respeitado o direito adquirido, a norma incidiria so-

bre as demais situações ali previstas.

No entanto, ocorre-me raciocínio paralelo ao do eminente Ministro-Relator, que conduz a conclusão semelhante à sua se se reexaminar o texto constitucional sob ótica diferente. É o que tentarei fazer.

O Professor Alfredo Buzaid, hoje eminente Ministro do Supremo Tribunal Federal, em seu trabalho intitulado «Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro» ensina que

«O antagonismo que pode surgir entre as leis se afere não tanto pela hierarquia quanto pelo abuso de poder. A lei fundamental é a Constituição, que emana da vontade do povo. Ela estrutura o Estado, discrimina as competências, confere direitos e impõe obrigações». (Ob. cit., Edição Saraiva, 1958, página 46).

Com efeito, a vontade do povo é a fonte mediata do Poder constituinte originário, que é a emanação direta da própria soberania, funcionando como poder político do Estado na fase anterior a qualquer organização constitucional.

José Pedro Galvão de Souza em sua obra «Da Representação Política», ao mencionar o confronto histórico, feito por Georges Burdeou, dos governos representativos da Inglaterra e da França, endossou sua afirmativa de que:

«Ao contrário da idéia inglesa de representação, empírica e progressivamente enriquecida, à medida que os deputados ganharam sobre o poder real as prerrogativas de sua função, a concepção francesa apareceu de um jacto, quando os Estados Gerais se transformaram em Assembléia Nacional, atingindo de chofre sua plenitude lógica e trazendo um poder de irradiação

tal que, durante mais de um século, ele pôde servir de fundamento à organização constitucional da maioria dos Estados democráticos que não se situavam na órbita anglo-saxônica». («Traité de Science Politique», IV, pág. 243, apud da Representação Política», Editora Saraiva, 1971, página 42).

Observou Galvão de Souza que

«O ponto de partida de concepção estava na tese assim proclamada na Declaração dos Direitos do Homem:

«O princípio de toda Soberania reside essencialmente na Nação.

Nenhum corpo, nenhum indivíduo pode exercer qualquer autoridade que não emane dela expressamente». (ob. cit., página 42).

Ao examinar as conseqüências jurídico-políticas desse verdadeiro contrato social, cujo produto seria a reunião de indivíduos sob uma lei comum, como «resultado das vontades individuais», na expressão de Sieyes, Galvão de Souza invoca, ainda, Burdeau, para quem

«.....
As vontades dos representantes devem ser entendidas não como sua vontade própria, mas como expressão da vontade nacional» (ob. cit., página 46).

Também segundo Burdeau,

«Para apreender o sentido exato desta representação, é preciso compreender que a função dos representantes não é a de formular uma vontade que seria preexistente no corpo nacional. É a de querer pela Nação, o que significa que a vontade nacional não existe senão a partir do momento em que um ato dos representantes lhe tenha expressado a substância». (ob. cit. página 46).

Para o Professor Afonso Arinos de Melo Franco,

«Tal como a de 1967, a Constituição de 1969 é de tipo instrumental. Visa somente a dar fisionomia jurídica a um regime de poder de fato». («Direito Constitucional — Teoria das Constituições — As Constituições do Brasil — Forense, 1976, página 179»).

Partindo, assim, da premissa de que a Emenda Constitucional nº 1/69 não decorreu de compromisso firmado entre a sociedade e o Estado, tendo sido, ao contrário, outorgada por efêmero Poder Constituinte de questionável legitimidade, tenho que a palavra «empregado», constante do inciso XVI do artigo 165 da Constituição outorgada, há de ser interpretada de maneira restritiva, sob pena de agravar a penosa situação dos aposentados e pensionistas da Previdência Social, cujos representantes no Congresso Nacional não participaram da elaboração da mencionada norma.

Devo esclarecer que não pretendo negar aplicação a texto constitucional, senão dar-lhe razoável interpretação para chegar ao exame da constitucionalidade, ou não, do dispositivo mencionado do Decreto-Lei nº 1.910.

O certo é que não me passou pela cabeça, com efeito, discutir a constitucionalidade da própria Emenda à Constituição, o que seria até possível ao Poder Judiciário, no entender do Ministro Alfredo Buzaid, quando diverge de Ghigliani por entender que

«A Constituição prescreve as regras que devem ser observadas no processo de emenda ou revisão (artigo 217). Se o poder legislativo, convertido em poder constituinte, se afasta das regras, não reforma a Constituição vigente; violenta-a». (ob. cit., página 58).

E nem me acudiu ao pensamento, também, o critério hermenêutico sugerido pelo Professor Nelson de Souza Sampaio e em seu trabalho «In-

constitucionalidade de Emenda Constitucional», segundo o qual

«Outra diretriz interpretativa é que o Judiciário, no caso de obscuridade das normas e, sobretudo, de conflito entre elas adote a decisão que mais o prestigie como Poder do Estado». (ob. cit. in «Revista de Direito Público», nº 67, página 11).

Se os demais Poderes do Estado reconhecem, como me parece, a autoridade do Judiciário na solução de quaisquer conflitos, torna-se desnecessário o uso da força que emana desse Poder, que é a própria garantia de todo o ordenamento político-jurídico existente.

Mas, voltando à questão da Constitucionalidade do artigo 2º do Decreto-Lei nº 1.910/81, deparo-me com a menção feita pelo Professor José Luiz de Anhaia Mello aos critérios de interpretação da Constituição elaborados por Themistocles Brandão Cavalcanti em seu «Do Controle da Constitucionalidade», segundo o qual

«Deve-se observar na interpretação da Constituição os seguintes preceitos a serem observados na apreciação da Constitucionalidade:

a) as palavras devem ser tomadas em seu sentido usual, considerando-se como tal o seu sentido técnico, quando utilizadas com esse objetivo.

b) omissis

c) omissis

d) a garantia dos direitos individuais deve ser interpretada de maneira a ampliar, em benefício da liberdade, os preceitos de entendimento duvidosos». (Anhaia Mello, «Da Separação de Poderes à Guarda da Constituição», 1968, São Paulo, pág. 106).

Já se viu que a interpretação do texto constitucional deve ser feita restritivamente.

O professor então advogado Oscar Dias Corrêa, em palestra proferida no Instituto dos Advogados do Brasil, intitulada «Direito Constitucional (Sobre a Reforma Política)», publicada na Revista Forense, aborda o assunto da seguinte maneira:

«3 — A outorga da Emenda Constitucional de 1969 equivaleu, assim, a outra revolução, e muito mais grave e muito mais inexplicável, na medida em que manteve, ao lado da ordem constitucional, e acima dela, uma ordem paraconstitucional, metaconstitucional, ordem institucional, com os Atos Institucionais que permitiu, e que, ainda depois, continuaram vigendo». (ob. cit. volume 267, pág. 102).

O ilustre jurista mineiro, hoje eminente Ministro do Supremo Tribunal Federal, ao examinar diversas inovações contidas na Carta de 1969, assim se expressou sobre o artigo 160, inicial do Título que se refere à ordem econômica e social e a que pertence o artigo 165:

«.....»

quando fui convocado pelo Instituto dos Advogados do Brasil a participar da redação do texto do anteprojeto da nova Constituição, sob a redação geral de Clovis Ramalheite, tive oportunidade de propor nova redação para o artigo 160 da Constituição, tendo em vista que o texto de 67 é muito superior ao de 69. Dizia a Constituição de 67, artigo 157: «A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios: I — liberdade de iniciativa; II — valorização do trabalho como condição da dignidade humana; III — função social da propriedade; IV — harmonia e solidariedade entre os fatores de produção; V — desenvolvimento econômico; VI — repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concor-

rência e o aumento arbitrário dos lucros».

Vem a Constituição de 69 e diz (artigo 160): «A ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, com base nos seguintes princípios...».

Ora, Sr. Presidente e prezados colegas, é inadmissível: a redação é defeituosa, porque o objetivo é a justiça social. O desenvolvimento econômico não é objetivo em si, não é fim em si mesmo, mas meio de atingir a justiça social, como instrumento. Portanto, a Constituição de 1967 tinha razão, e não na tem a de 1969. (ob. cit. pág. 103).

Diante disso, é evidente que a palavra «empregado», contida no artigo 165, inciso XVI, da Emenda nº 1/69, tem de ser interpretada sob reserva, pois a chave para sua exegese está no caput do artigo 160, tão criticado pelo Ministro Oscar Dias Corrêa, em que o legislador constituinte de 69 erigiu como primeira prioridade o desenvolvimento nacional, que deveria ser apenas um meio, relegando a segundo plano a justiça social.

Se há comando legal expresso determinando que,

«na aplicação da lei, o Juiz atenderá aos fins sociais a que ela se destina e às exigências do bem comum»,

não me parece que seja lícito ao Juiz interpretar norma social de tamanha importância com a extensão que se lhe quer emprestar, mormente quando essa norma deva ser também interpretada com a restrição que lhe impõe a origem de sua elaboração.

Assim, parece-me que a Nação não entende como a justiça social deva ser considerada abaixo do primado do desenvolvimento econômico, quando o contrário é que deveria ocorrer, tanto mais que, como ad-

verte Mozart Victor Russomano, a carência dos recursos previdenciários foi causada pelo atraso e mesmo pela falta de pagamento da contribuição estatal, circunstância que

«... até hoje, faz sentir os seus efeitos em normas de Direito Transitório, ainda em vigor, que visam a permitir que a União use expedientes de eficiência relativa para saldar um dia — quando, não se sabe os assombrosos débitos em que incorreu, nas suas relações com a Previdência Social, e que foram consolidados em 1960». (in «Curso de Previdência Social», 2ª edição, 1983, Forense, pág. 1940).

Somente se se considerar que o desenvolvimento econômico está acima da justiça social, segundo a ótica profligada pelo Ministro Oscar Dias Corrêa, é que se poderia entender que empregado é sinônimo de aposentado e de pensionista.

Realmente, a situação de caixa da Previdência Social deve estar periclitante, para que o Executivo faça tábula rasa das definições que ele próprio estabeleceu, de trabalhador, empregado, segurado e pensionista, no Regulamento dos Benefícios da Previdência Social (Decreto nº 83.080/79) e no Regulamento do Custeio da Previdência Social (Decreto nº 83.081/79).

Mas, no que depender de mim, esse desenvolvimento econômico da Previdência Social não ocorrerá em detrimento da justiça social.

Assim, pois, acompanho o eminente Relator e declaro a inconstitucionalidade do artigo 2º do Decreto-Lei nº 1.910/81.

É o meu voto.

VOTO

O Sr. Ministro Armando Rollemberg: Sr. Presidente, a Constituição, no artigo 165, assegura aos trabalhadores, em geral, os direitos que enumera e, entre eles, Previdên-

cia Social nos casos de doença, auxílio-invalidez e morte, seguro-desemprego, seguro contra acidente do trabalho, e proteção da maternidade. Prevê, porém, que dita previdência, extensiva aos trabalhadores em geral, repito, será mantida por contribuições da União, do empregador e do empregado, isto é, do trabalhador em atividade.

Ora, o aposentado já não é empregado, pois com a aposentadoria se desfaz a relação de emprego. Assim, não é possível atribuir-lhe ônus no financiamento da Previdência, sem ofensa ao citado artigo 165, em seu inciso XVI.

Por assim considerar, Sr. Presidente, o meu voto é acompanhando o eminente Ministro-Relator.

VOTO VISTA

O Sr. Ministro Moacir Catunda: Reporto-me ao relatório e aos votos já proferidos, sejam no sentido da inconstitucionalidade do Decreto-Lei nº 1.910/81, — artigo 2º — sejam no sentido de sua conformidade com a Constituição.

Após meditar sobre o assunto, notadamente sobre o disposto no artigo 43, inciso X, da Constituição, que não relaciona, como contribuição social, a matéria objeto do item XV, do artigo 165, concernente à assistência sanitária, hospitalar e médico-preventiva, fixei-me no entendimento de que o diploma legal questionado, em dispor como nele se lê, afronta o preceito constitucional, até porque a enumeração constante do texto maior é exauriente, e não meramente enumerativa, data venia.

Tendo o constituinte omitido, do elenco das matérias previdenciárias, a assistência médica, tenho para mim que ao legislador ordinário não é permitido instituir contribuição, no interesse do custeio da mesma, em ônus a beneficiário de aposentadoria previdenciária.

Por este sucinto motivo, que me parece prevalecer sobre os demais acolho a arguição de inconstitucionalidade.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Madeira: O benefício da aposentadoria se constitui de uma renda mensal, tecnicamente concebida como a principal contraprestação das contribuições pagas pelo segurado.

A contribuição imposta ao segurado aposentado é uma taxa à renda mensal do benefício, reincluindo-o no corpo dos que têm «capacidade contributiva». O legislador deu, portanto, na instituição da nova contribuição, pelo Decreto-Lei nº 1.910/81, a aplicação *utilitatis causa* dessa idéia força de todos os tributos, considerando a renda mensal como índice daquela capacidade, de modo a torná-la fonte de custeio da assistência médica.

Os aposentados se incluiriam, desse modo, na massa ativa dos que devem pagar uma das modalidades de risco social, que é o risco-doença.

Mas esse risco já é previsto na cobertura da previdência social, mediante a contribuição da União, do empregador e do empregado, este último denominado segurado, na legislação comum.

Assistência médica, convém ressaltar, não é assistência social, mas prestação decorrente do seguro social.

A previdência social nunca prestou assistência médica gratuita, pois por ela pagam os segurados.

Moacyr Velloso, em monografia de inestimável utilidade para a compreensão do sistema de previdência social no nosso País, depois de aludir aos diferentes riscos sociais verificados estatisticamente, esclarece que:

«A aplicação dos estudos matemáticos a estas verificações, por

meio da «ciência atuarial», permitiu o estabelecimento de um sistema de cobertura dos diferentes «riscos sociais», por tal forma que, a cada «necessidade vital», gerada por um desses «eventos previsíveis», correspondesse uma forma de suprimento da «capacidade de ganho», capaz de assegurar ao atingido a possibilidade de prover a própria subsistência, pelo menos em um padrão médio relativo ao salário percebido, ou a atender ao acréscimo momentâneo de despesas determinado pelo evento, e em caso de morte, possibilitar ao grupo de dependentes a manutenção total ou parcial dos meios de subsistência que lhes eram fornecidos pelo morto». (A Previdência Social Brasileira e a sua Nova Lei Orgânica, 1961, pág. 16).

Para custear tais riscos, há dois regimes financeiros: o de repartição, em que as contribuições são calculadas a curto período, mediante a estimativa das despesas com as prestações e a administração, e o de capitalização, calculado a longo prazo, compensando-se os riscos de modo a se estabelecer um custo médio do sistema. No Brasil, informa ainda Moacyr Velloso, adota-se o sistema unitário de capitalização para os benefícios de longo prazo (aposentadorias e pensões) e o de repartição, para os benefícios de curto prazo e serviços assistenciais, custeados pela triplíce contribuição estabelecida constitucionalmente (ob. cit. pág. 68).

Tem-se, assim, que os aposentados da previdência social auferem o que capitalizaram. Daí porque a Constituição não os incluiu entre os contribuintes da previdência: o que contribuíram na atividade cobre não só o benefício de longo prazo, como o de curto prazo, que é a assistência médica.

A eles, portanto, não cabe mais contribuir, não só porque na realida-

de não têm capacidade contributiva, como seria um indevido pagamento em dobro da cobertura a que têm direito.

Cabe ainda dizer que o segurado aposentado não mais exerce atividade remunerada, que dá a qualidade de contribuinte ao empregado, ao autônomo ou ao empregador, na fórmula abrangente das leis da previdência social. Sua renda mensal já é resultado do que contribuiu, não se prestando a custear a prestação a que já tem direito.

O artigo 165 da Constituição contém todo um programa visando à melhoria da condição social dos trabalhadores. A sua compreensão, porém, deve abranger não só o conteúdo dos valores em circulação na sociedade em mudança, mas, também, os limites das normas programáticas, em face de outras garantias que a própria Constituição agasalha.

«Programáticas — leciona Crissafulli —, se dizem aquelas normas jurídicas com que o legislador, ao invés de regular imediatamente um certo objeto, preestabelece a si mesmo um programa de ação, com respeito ao próprio objeto, obrigando-se a dele não se afastar sem um justificado motivo. Com referência àquelas, postas não numa lei qualquer, mas numa Constituição do tipo rígido, qual a vigente entre nós, pode e deve dar-se um passo adiante, definindo como programáticas as normas constitucionais, mediante as quais um programa de ação é adotado pelo Estado e cometido aos seus órgãos legislativos, de direção política e administrativa, precisamente como um programa que obrigatoriamente lhes incumbe realizar nos modos e formas da respectiva atividade». (La Costituzione e le sue disposizioni di principi, Milão, 1952, pág. 103, apud Paulo Bonavides, Direito Constitucional, 1980, pág. 211).

Por isso mesmo, tem a doutrina sustentado que uma das características da norma constitucional programática é a sua elasticidade. Há que atentar, porém, que essa elasticidade se presta à adequação do seu conteúdo às exigências concretas da sociedade, mas não a de conferir a esse conteúdo nova significação, com a tutela de novos interesses ou, ao revés, com a preterição dos interesses por ela protegidos. Uma coisa é dizer que a elasticidade da norma programática consiste no fato do seu conteúdo ser suscetível de adaptação à realidade concreta — observa Pietro Chierchia —, outra é considerá-la como simples fórmula, na qual se incluem sempre novo conteúdo, diferente e mutável, em virtude de exigências e valores contingentes, que não encontram espaço no ordenamento jurídico. (L'interpretazione sistematica della Costituzione, Padova, 1978, págs. 143/144).

Ora, no item XVI do artigo 165 da Constituição, tal como no artigo 157, XVI das Cartas de 1946 e 1967, consta um programa de previdência social nos casos de doença, velhice, invalidez e morte, seguro-desemprego, seguro contra acidentes e proteção da maternidade. Prevê, também, o custeio desse programa, mediante a contribuição da União, do empregador e do empregado.

Há, assim, duas normas, no dispositivo constitucional: uma de natureza programática, outra de natureza preceptiva. Pode o legislador constituinte reunir construções conceituais diversas, mas ao intérprete cumpre distingui-las, segundo os princípios gerais que as regem, de modo que sejam aplicadas sem ofensa ao Direito. Se, além de um programa, o dispositivo contém uma previsão de encargos financeiros, repartidos entre a União, o empregador e o empregado, ressalta a diferença entre tais construções, não sendo admissível que o legislador ordinário

possa alargar o universo dos contribuintes, incluindo, além do empregado, o segurado, que já não o é, por se achar aposentado.

A parte programática pode ser adaptada às exigências concretas da sociedade. E, na verdade, assim tem ocorrido, pois à previdência social acrescentou-se a assistência social, que independe do rigor atuarial quanto às fontes de custeio.

Mas no que se refere ao custeio, a norma não tem a mesma elasticidade, pois o que tem relevo é a estrita observância do limite ao poder do Estado de haver contribuições do empregador e empregado.

A norma constitucional, ao referir a empregado como participe da triplíce contribuição para a previdência social, prende-se à razão histórica: aproveitou-se a redação da Carta de 1946, quando só os empregados, os empregadores e a União eram obrigados ao custeio da previdência social. Mas é certo que desde a Lei nº 3.807, de 1960, substituiu-se o empregado pelo segurado, dando margem à ampliação da base de solidariedade ante os riscos sociais, incluindo todos os que exerçam atividade remunerada no território nacional.

O aposentado, obviamente, não exerce atividade remunerada, não podendo ser incluído entre os contribuintes.

O artigo 2º do Decreto-Lei nº 1.910, de 29 de dezembro de 1981, portanto, não conflita com o princípio do direito adquirido ou do ato jurídico perfeito, mas com a norma do artigo 165, XVI da Constituição, que prevê a triplíce contribuição para a previdência social, não incluindo os aposentados, que não exercem atividade remunerada.

O dispositivo malsinado tem objetivo inverso do da Lei nº 6.179, de 1979: nesta, incluíram-se como bene-

ficiários, a título de amparo, os que jamais contribuíram para a previdência, ou o fizeram apenas simbólica ou transitoriamente, aproveitando o passageiro superávit decorrente da minimização do salário-de-benefício em relação ao salário-de-contribuição, feita pela Lei nº 5.890, de 1973; no Decreto-Lei nº 1.910, incluíram-se, entre os contribuintes, os que já não o são, porque cumpriram com a sua participação no custeio da previdência, não lhes cabendo o ônus indevido.

A afronta à Constituição é clara e insofismável.

Acompanho o Ministro-Relator.

VOTO

O Senhor Ministro Evandro Gueiros Leite: Sob o aspecto formal, o Decreto-Lei nº 1.910/81, editado com base no artigo 55, II, da CF, não padece de vício (Cf. Voto no MS nº 97.775/DF). Nunca seguiu a orientação fiscalista pura de que a higidez da norma seria decorrente da natureza tributária das contribuições previdenciárias, incluídas entre as chamadas contribuições parafiscais como espécies do gênero tributo. Assim é, que, ao decidir sobre o prazo prescricional de exigibilidade das contribuições, firmei ponto de vista no sentido de que, em sua natureza e destinação, seriam elas modalidades de obrigações pecuniárias *ex lege* (Cf. Voto na AC nº 40.183/RJ, 4ª Turma, 3-10-79).

A partir, então, das decisões do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que as contribuições previdenciárias teriam sido consideradas como tributo apenas até o advento da Emenda Constitucional nº 3/77, firmei pé na antiga convicção, tanto mais por levar em conta a última palavra do mesmo Tribunal sobre a matéria a nível constitucional. Em julgamento do Pleno, no RE nº

86.595/BA, aquela Corte, em voto vista do Ministro Moreira Alves, encaminhou a questão para o seguinte deslinde:

«Por isso mesmo, e para retirar delas (as contribuições previdenciárias) o caráter de tributo, a Emenda Constitucional nº 8/77 alterou a redação desse inciso (I, § 2º, artigo 21), substituindo a expressão «e o interesse da previdência social» por «e para atender diretamente a parte da União no custeio dos encargos da previdência social», tendo, a par disso, e com o mesmo objetivo, acrescentado um inciso — o X — ao artigo 43, da Emenda nº 1/69 (artigo 43). Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente: (omissis): X — contribuições sociais para custear os encargos previstos nos artigos 165, itens II, V, XIII, XVI e XIX, 166, § 1º, 175, § 4º, e 178), o que indica, sem qualquer dúvida, que essas contribuições não se enquadram entre os tributos, aos quais já aludia, e continua aludindo, o inciso I desse mesmo artigo 43. Portanto, de 1966 a 1977 (do Decreto-Lei à Emenda Constitucional nº 8), contribuições como a devida ao FUNRURAL tinham natureza tributária. Deixaram de tê-la, a partir da Emenda nº 8. (Omissis).»

(RE nº 86.595/BA, RTJ 87/271, Pleno, em 7-6-1978).

Essa orientação firmou-se a partir de outras decisões, das quais destaco a proferida no RE nº 99.662-1/MG, com realce para o voto do Ministro Djaci Falcão, verbis:

«De qualquer sorte ao caso não se aplica o artigo 144 da Lei Orgânica da Previdência Social, uma vez que o débito era anterior à EC nº 8/77, que acrescentou o inc. X ao artigo 43 da C. Federal, retirando

do o caráter tributário das contribuições previdenciárias. Antes da referida ementa, tinham estas natureza tributária, aplicando-se quanto à decadência e à prescrição o CTN. Aliás, nesse sentido decidiu o Plenário da Corte ao apreciar o RE nº 86.595, relatado pelo eminente Ministro Xavier de Albuquerque (RTJ 87/271)». (fl. 613).

Dir-se-á que, despida a contribuição previdenciária da sua natureza tributária, o Decreto-Lei nº 1.910/81 ficaria sem suporte constitucional (artigo 55, II, 2ª parte), se raciocinarmos em torno do artigo 43, caput, da Constituição, onde está dito caber ao Congresso Nacional dispor (inciso X) sobre «contribuições sociais para custear os encargos previstos nos artigos 165, itens I, X, XIII, XVI e XIX, 166, § 1º, 175, § 4º, e 178».

Essa competência legislativa de acordo com o citado artigo 165, incisos XV e XVI, concerne com a edição de leis sobre previdência social emanadas do Congresso, incluindo assistência sanitária, hospitalar e médica preventiva (XV), bem como os casos de doença, velhice, invalidez ou morte, seguro-desemprego, seguro contra acidente do trabalho e proteção da maternidade. Desse modo, obrigatória a lei (embora o artigo 43 não disponha sobre uma competência exclusiva do Congresso), inidôneo seria o decreto-lei, pois o artigo 55, II, 2ª parte, só permite a sua expedição no pertinente a normas tributárias. Não é assim, porém. Esse artigo 55, II, trata, na 1ª parte, também de finanças públicas, cláusula abrangente dos recursos previdenciários.

Otto de Andrade Gil, quando escreve sobre o conceito amplo e compreensivo da expressão finanças públicas, ensina que engloba não só as normas de direito financeiro (CF, artigo 8º, XVII, c), mas todos os institutos que as leis e a doutrina admi-

tem como integrantes das Finanças do Estado. Trata-se da obtenção e dispêndio dos dinheiros necessários ao funcionamento dos serviços a cargo do Estado, ou de outras pessoas de direito público (os decretos-leis na Constituição de 1967, arquivos do Ministério da Justiça, nº 107, setembro de 1968, pág. 6; Baleeiro, *Uma Introdução à Ciência das Finanças*).

Alberto Deodato é mais incisivo. Para ele a ciência das finanças, hoje, ensina a procura e utilização, pelo Estado, dos recursos necessários à cobertura das despesas públicas, pela repartição, entre os indivíduos, dos encargos resultantes. Mas também é a utilização dos meios com fins intervencionistas em matéria econômica, social e política. Ele relaciona, sistematicamente, finanças com impostos, mas dentro do entendimento clássico: moeda neutra, equilíbrio orçamentário e finança fiscal — acrescentando, porém, a novidade do Estado com as roupagens intervencionistas. Persiste, contudo, em mencionar o tributo como instrumento de dirigismo econômico, a saber: impostos sobre celibatários, com fins familiares; sobre sucessão, em caráter confiscatório para assegurar a igualdade social (Cf. *Manual de Ciência das Finanças*, 10ª ed., 1967, págs. 11/12).

Não creio, porém, que esse fundamentalismo tributário exclua outras achegas, também de ordem financeira, mas que não são tributos, porém recursos diversos (Veiga Filho) formadores da riqueza pública. Essa riqueza gasta-se ordinariamente ou rotineiramente, porque permanente e prevista em orçamento. Mas há também despesas extraordinárias, não orçamentárias, surgidas de fatos imprevisíveis, como epidemias e flagelos; ou especiais, quando há compromissos inadiáveis a liquidar. Podemos situar as despesas com a Previdência Social, no plano financeiro, como despesas de transferência. As

rendas públicas seriam transferidas para beneficiários que não mais produzem serviços. São tais despesas, no orçamento moderno, as pensões familiares, entre outras, tendo-se como exemplo a assistência social (aut. e obra cts. pág. 24). Esse será um instrumento extrafiscal do Estado intervencionista (Laufenburger), inaplicável ao Estado liberal, em que a despesa é neutra. Quando o regime capitalista está em perigo, Keynes vê nas despesas públicas o meio de transformar a depressão em prosperidade. É também a fórmula de Kahn. E o trabalho de Roosevelt no «New Deal». A economia dirigida cria, na opinião de alguns e entre eles Nitti, a pesada burocracia dos Institutos. Seligman, analisando o crescimento das despesas públicas, mostrou a sua evolução até a organização e direção de coisas que antes não existiam, apontando, entre elas, a assistência social.

Sob o ponto de vista do que venha a ser receita, temos a definição de Flora: o complexo de capital social necessário à execução dos diferentes serviços públicos. É o capital arrecadado, coercitivamente, do povo, tomado por empréstimo ou produzido pela venda de bens ou pela atividade do Estado, de que dispõe para fazer frente às despesas públicas. Assim, a renda proveniente dos impostos é receita ordinária; mas a resultante de fontes acidentais é extraordinária e nem sempre tributária. O dinheiro dos empréstimos ou da venda de lotes, por exemplo. Para alguns não seria receita, mas não deixaria de ser finança, embora extraordinária.

As receitas evoluíram através de estágios diversos, desde a fase paraisal, passando pelos períodos regaliano, dominial e tributário, até o período social. Este último tipo de receita caracteriza-se pela sua finalidade específica. Na maioria das vezes não é exigido diretamente pelo

Estado, mas por intermédio de entidades por ele criadas e que prestam serviços sociais. Luiz Celso de Barros ressalta, apropriadamente, que a Constituição, em seu artigo 165, ao tratar da ordem econômica e social, mantém serviços destinados à pessoa humana, instituindo arrecadação por meio de Contribuições. Aqui — diz ele — houve realmente evolução, pois as receitas não integram os cofres do Estado, mas sim os cofres das entidades envolvidas. Há, portanto, uma desvinculação orçamentária, mas que não retira dessa arrecadação o caráter financeiro (Ciência das Finanças, Direito Financeiro, Bauru, Editora Jalovi, págs. 60/61). No mesmo sentido, Cláudio Martins (Compêndio de Finanças Públicas, 2ª ed., 1976), Enciclopédia Saraiva do Direito, nº 37; Cesare Cosciani, Principii di Scienza delle Finanze, Turim; Novissimo Digesto Italiano, Prof. Lionello Rossi, Scienza delle Finanze, VII, pág. 361).

Essa introdução ao exame da matéria dos autos teve a finalidade de alimpar o campo de atuação do intérprete e aplicador do Direito. Fazia-se necessária, devido à tradicional existência de legislação congressual instituidora, distribuidora e extintiva desse tipo de receita. De fato, a Lei nº 3.807/60 — com a nova redação dada ao seu artigo 69, pela Lei nº 5.890/73, que lhe acrescentou um inciso VI — tratando do custeio da Previdência Social, menciona a contribuição dos aposentados, a saber:

«Art. 69. VI — dos aposentados, na base de 5% (cinco por cento) do valor dos respectivos benefícios.»

Pela Lei nº 6.210/75 (artigo 1º), essas contribuições foram extintas, verbis:

«Art.1º Ficam extintas as contribuições sobre aposentadorias, pensões e auxílios-doença mantidos pelo Instituto Nacional de Previdência Social.»

A Lei nº 6.439/77, que instituiu o Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social, restaurou, no seu artigo 6º, incisos I/IV, §§ 1º/5º, o regime anterior à Lei nº 6.210/75. E, simultaneamente, o Poder Executivo resolveu dispor, no Decreto-Lei nº 1.910/81, sobre a obrigatoriedade das contribuições dos aposentados em geral e dos pensionistas para custeio da assistência médica (artigo 2º). Foi revogado o artigo 1º, da Lei nº 6.210/75, mas mantido o artigo 6º, incisos e parágrafos, da Lei nº 6.439/77, com prazo para sua regulamentação (artigo 3º).

Desse modo, é dado ao Executivo, com apoio nos poderes especiais de que o Estado pode lançar mão (Coerção), obter a cobertura de suas necessidades, quando reclamada em função do benefício social daí resultante. E o princípio de que a receita da entidade pública moderna é compulsória, ex lege e não contratual, ex voluntate (Cf. Hugh Dalton, apud Cláudio Martins, obr. cit., pág. 41). Com base nesse elemento de natureza política e de tanta relevância é que advém o poder impositivo ou poder de império do Estado, que o Supremo Tribunal Federal reconheceu, ao decidir inexistir ofensa a direito adquirido do servidor aposentado no artigo 2º, do Decreto-Lei nº 1.910/81 (Cf. MS nº 20.351-0/RJ, Pleno, em 10.11.1983; MS nº 20.350-1/DF, em 12-12-1983, Pleno, MS nº 20.332-3/DF, em 24-8-1983).

Além dessa argumentação favorável à incidência de contribuições previdenciárias sobre os proventos dos inativos ou sobre as pensões de seus dependentes, mesmo autorizadas ex lege, é bom que se diga não ocorrer, realmente, qualquer afronta a direitos adquiridos pro labore facto, argumento fulcral utilizado pelos que afirmam a inconstitucionalidade do Decreto-Lei nº 1.910/81. Sobre a matéria o TFR decidiu, nas Turmas, ao exame da Lei nº

5.890/73, que se a inativação previdenciária foi concedida antes da sua vigência, não poderia o benefício ser atingido pelo desconto (Cf. AC nº 59.337/MG, 5ª Turma, 30-3-1981; AC nº 57.542/MG, 5ª Turma, em 25-5-1981; AC nº 60.947/MG, 5ª Turma, 30-3-1981; AMS nº 76.343/MG, antiga 3ª Turma, em 24-11-75; AC nº 43.967/MG, em 15-3-1976). Sustentaram essa orientação, à época, os senhores Ministros Pedro Acioli, Moacir Catunda, Sebastião Reis, Armando Rollemberg, Otto Rocha, Washington Bolívar e Aldir G. Passarinho.

Parece-me mais do que razoável essa orientação da Corte. No contexto, estar-se-ia diante de situações subjetivas preconstituídas e imunes à eficácia da lei nova, isso a teor do artigo 153, § 3º, da CF. Acontece, porém, que, primeiramente, as decisões alinhadas referem-se ao artigo 69, inciso VI, da Lei nº 3.807/60, com a redação que lhe deu a Lei nº 5.890/73, mas diz respeito à contribuição dos inativos sobre a totalidade do custeio da previdência social, isto é, 5% do valor dos respectivos benefícios. Tal determinação seria realmente confiscatória, por atingir uma contraprestação ou benefício de natureza continuada e alimentar, o que não ocorre com o Decreto-Lei nº 1.910/81, artigo 2º. Aqui, os proventos e pensões continuam imutáveis em seus percentuais, mesmo como a incidência da lei nova. A redução ocorrida, na prática, seria em atenção a uma contraprestação de cada prestação de assistência médica, cuja gratuidade não está prevista na Constituição. A assistência médica não é vantagem ou prerrogativa do servidor público em geral, mas obrigação do Estado, que pode necessitar, todavia, da contraprestação do usuário em épocas difíceis (Cf. Parecer do Dr. Mauro Leite Soares, Subprocurador-Geral da República junto ao STF, no MS nº 20.351-0/RJ).

O Decreto-Lei nº 1.910/81 alcançou situações em curso. Assim como anteriormente foram instituídas e retiradas as contribuições, poderiam ser novamente instituídas, sem que tais oscilações viessem a influir nos proventos da inatividade, que são regulados pela lei vigente à época em que o servidor reuniu os requisitos necessários à sua obtenção, sendo nesse sentido estrito a Súmula STF nº 359. Resguarda-se nela, no momento da aposentadoria, o direito adquirido, subordinado à condição inalterável. A contribuição do aposentado, nos termos do Decreto-Lei nº 1.910/81, artigo 2º, certamente se justifica como receita originária, pela arrecadação de verdadeiro preço financeiro, forma utilizada pelo Estado dentro da noção de potestade e sujeição, para arrecadar do particular, do patrimônio dele, essas somas, como receitas derivadas, destinadas ao pagamento dos serviços de assistência médica previdenciária, com desvinculação orçamentária e como custeio de novas formas evoluídas, daquilo que está previsto no artigo 43, X, da CF (Cf. Luiz Celso Barros, obr. cit., págs. 61 e seguintes). Não se trata — a prestação do serviço de assistência médica — do exercício de um direito prefixado e imutável, mas sim de um direito válido até o momento de sua revogação pela lei nova, que opera *ex tunc*. Assim, a circunstância do serviço de assistência médica haver sido gratuito para o aposentado durante certo período, não impede que lei posterior readmita contribuições a cargo dos aposentados em geral (Cf. MS nº 20.351-0, voto do Ministro Djaci Falcão).

Como é sabido, não há entre nós a gratuidade da assistência médica para aposentados. A Constituição, ao tratar da previdência social, deixou clara a obrigatoriedade do seu custeio também pelo empregado (artigo 165, XVI), particularidade que bastaria para justificar a imposição pre-

vista no artigo 2º, do Decreto-Lei nº 1.910/81, exatamente ao contrário da tese do voto do eminente Ministro Carlos Mário Velloso, quando inverte a finalidade do texto constitucional e diz que o aposentado, por isso que não tem emprego, não se assemelha ao trabalhador para fins de contribuição. Ora, a interpretação se fez em extrapolação ao texto maior, cuja finalidade é assegurar aos trabalhadores, indistintamente, os direitos indicados no artigo 165. Basta ler-se, a respeito, artigo 69, V, da Lei nº 3.807/60, com a redação da Lei nº 5.890/73, que se refere aos contribuintes na situação do artigo 9º, verbis:

«Artigo 9º Ao segurado que deixar de exercer emprego ou atividade de que o submeta ao regime desta lei é facultado manter a qualidade de segurado desde que passe a efetuar em dobro o pagamento mensal da contribuição.»

Como se vê, não só o empregado, mas também o trabalhador, em geral, têm direito aos serviços prodigalizados pela Previdência Social, mediante contribuição. O *caput* do artigo 165 da Constituição Federal deve entender-se combinadamente com o seu parágrafo único, especialmente no tocante aos serviços de assistência médica. Essas normas não conflitam, de maneira alguma, com o disposto no inciso XVI, que cogita do custeio previdenciário em termos normais.

O Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União, que é a lei geral do funcionalismo, garante, no artigo 157, que o vencimento, a remuneração e o provento não sofrerão descontos além dos previstos em lei. Sobre a assistência, que a União prestará ao funcionário e à sua família, distingue (artigo 161) entre assistência médica e previdência, para acrescentar no artigo 163.

«Art. 163. Leis especiais estabelecerão os planos, bem como as condições de organização e funcionamento dos serviços assistenciais referidos no capítulo.»

O TFR já teve oportunidade de enfrentar problemas semelhantes nas turmas da 1ª Seção. A 2ª Turma, no julgamento da AC nº 82.476/SP, em 16-8-83, decidiu que «as disposições contidas no artigo 9º, § 3º, da Lei nº 5.890, de 1973, com a redação da Lei nº 6.643, de 1979, alcançam as situações fáticas constituídas na vigência do ordenamento anterior, pelo respeito ao princípio da incidência imediata». Assim também na AC nº 71.999/SP, 3º Turma, em 30-6-81. No Agravº Regimental na Suspensão de Segurança nº 5.435/RJ, a Presidência deste Tribunal houve por bem negar pedido suspensivo, com a seguinte argumentação:

Ademais, a admitir-se a exclusão do desconto da contribuição previdenciária no pagamento do benefício ao aposentado, estar-se-ia reconhecendo e proclamando a gratuidade da assistência médica, o que, por seu turno, configura grave lesão à economia pública.»

(Agravº não conhecido por intempestivo, DJ de 11-6-82, pág. 5.692).

Se há opiniões contrárias ao desconto previsto no artigo 2º, do Decreto-Lei nº 1.910/81, deveriam dirigir-se, igualmente, contra o artigo 6º, da Lei nº 6.439/77, onde está dito, por primeiro, que ao INAMPS compete prestar assistência médica aos trabalhadores e seus dependentes. O mesmo tratamento é dispensado aos servidores do Estado e aos trabalhadores rurais. A assistência médica será prestada a cada categoria de beneficiários, na forma das respectivas legislações e com a amplitude que as condições locais e os recursos próprios permitirem (arti-

go 6º, § 1º). Todavia, o Poder Executivo instituirá «um esquema de participação direta dos beneficiários, em função do seu nível de renda, custeio dos serviços médicos de que se utilizarem e dos medicamentos que lhes forem fornecidos em ambulatórios» (§ 2º). Poderá, ainda, considerar outros fatores, além do nível de renda, tais como a natureza da doença, o vulto das despesas gerais e o porte do custeio (artigo 6º, § 3º).

Somente serão excluídos desse esquema de participação os acidentados do trabalho, que não estão sujeitos às limitações, nem ao referido esquema (artigo 6º, § 4º). Quanto à participação a que se referem os §§ 2º e 3º, do artigo 6º, tampouco será exigida dos beneficiários que perceberem remuneração ou benefícios até cinco (5) valores de referência (artigo 6º § 5º).

Essa norma permanece em vigor simultaneamente com o Decreto-Lei nº 1.910/81, pois nele está referida e mantida, verbis:

«Art. 3º O poder Executivo regulamentará no prazo de 60 (sessenta) dias, a contar da data da publicação deste decreto-lei, o disposto no artigo 6º, da Lei nº 6.439, de 1-9-77.»

Reportando-se a esses textos, Russomano disse o seguinte:

«Dá-se, pois, largo passo no sentido de reduzir os encargos pecuniários da Previdência Social na distribuição da assistência médica (em sentido lato), a ponto de se admitir a responsabilidade direta do beneficiário no custeio do tratamento e dos remédios por ele utilizados.»

(Comentários à CLPS, 2ª ed., RT, 1981, pág. 231).

O problema gravíssimo criado pela amplitude da assistência médica e da insuficiência dos recursos disponíveis para enfrentá-lo, tem criado

sério impasse de que advêm as profundas e justificadas insatisfações populares quanto a esse gênero de serviço, mais do que a imposição sub censura. A partir de certo tempo a esta data, o legislador tem tido especial cuidado quanto à arrecadação e à destinação da receita da previdência social. Essas verbas sofreram, ao correr do tempo, embora fartas, a erosão, algumas vezes calamitosa, de utilização e de aplicação indiscriminadas e indevidas. Daí o «apertar dos cintos» com que se deparam os programas assistenciais (CLPS, artigo 156, parágrafo único), pois a filosofia previdenciária, nesse ponto, aqui como noutros países, sempre foi a de que essa assistência não deveria constituir prestação a cargo da Previdência. E porque assim não se tem feito no Brasil, continua esse serviço a constituir um sorvedouro dos recursos orçamentários do INPS (Cf. Russomano, obr. cit., pág. 374).

A tese da existência de direitos públicos colidentes com a prevalência dos interesses individuais, que também são considerados públicos, é razoável e de certo modo lógica, se sustentarmos que não há, em princípio, oposição entre fins e interesses individuais e públicos, mas sim coordenação. Ora, a coordenação no Estado intervencionista é feita por ele mesmo e através dos seus superpoderes, toda ocasião em que os fins públicos se devem sobrepor aos fins privados. É certa, sem dúvida, a teoria de Alf Ross, ao apregoar que o «interesse coletivo» designaria uma constelação de interesses individuais, no nosso caso estratificado na prestação dos serviços sociais, de um modo geral, e não no respeito a interesses individuais experimentados sob certos pressupostos emotivos. Jamais atribuiríamos, contudo, um interesse indiscriminado e ditatorialiforme a um todo supra-individual, como expressão metafórica, mas

sim ao Estado, como coordenador desses interesses largamente conexos e interdependentes. O interesse individual pela propriedade, por exemplo, corresponde ao interesse social a um ordenamento geral da propriedade. É esse ordenamento que defendemos, para evitar uma esfera de vida dominada somente por interesses individuais e outra dominada por interesses gerais (Diritto e Giustizia, Trad. Giacomo Gavazzi, 3ª ed., Turim, Giulio Einaudi, 1965, págs. 341/342 e 344). Na minha opinião o interesse público não significa o interesse de uma maioria eventual, mas se confunde, sim, com o interesse do Estado. Há interesse público e finalidade pública, conceitos jurídicos sólidos, cabendo estabelecer a sua existência real e em que consistem. São, realmente, normas elásticas, conforme estudo feito por Ferrara e Heinrich Dernburg.

O interesse público, o fim público, das normas jurídicas previdenciárias é assegurar, realmente, aos aposentados meios indispensáveis à vida. Difícilmente esses interesses e fins seriam atendidos pela redução na renda deles. Tudo isso é verdade. Mas não menos certo é que o interesse público mais decisivo está na proteção dos programas, que incluem todos os indivíduos, aposentados ou não. Fora daí, estar-se-ia utilizando indiscutível espécie de positivismo material, tornando concreto o conteúdo não-jurídico de um conceito jurídico.

Finalmente, longe de reputar inconstitucional o artigo 2º, do Decreto-Lei nº 1.910/81 — tanto mais por não ser ele norma isolada é bastante em si — tenho-o como decorrência incontornável das disposições contidas no artigo 165, XVI, parágrafo único, da CF. Haverá ilegalidade, contudo (mas apenas ilegalidade!), se a sua execução afrontar as limitações constantes do artigo 6º, §§ 4º e 5º da Lei nº 6.439/77, quanto à situa-

ção dos acidentados do trabalho e dos beneficiários que perceberem remuneração ou benefícios até cinco (5) valores de referência.

Ante o exposto, rejeito a arguição de inconstitucionalidade do artigo 2º, do Decreto-Lei nº 1.910/81.

É como voto.

VOTO VISTA

O Sr. Ministro Washington Bolívar de Brito: Sr. Presidente, trata-se de arguição de inconstitucionalidade do artigo 2º do Decreto-Lei nº 1.910/81, de que é Relator o eminente Ministro Carlos Mário Velloso. O julgamento ficara sobrestado, a certa altura, para que se aguardasse a tomada do meu voto, entre outros. Os demais já foram tomados; aguardava-se o meu, em razão de ausência, por motivo justificado — doença em pessoa da família.

Li, até madrugada velha, os votos e as considerações dos eminentes Colegas, que tanto ilustraram este julgamento. Sem nenhuma dúvida trouxeram S. Exas. notáveis contribuições ao Direito Constitucional e ao Direito Previdenciário brasileiros. E por ter lido e meditado as diversas correntes que se formaram, pareceu-me que não deveria — uma vez convencido do acerto de uma delas — retardar a conclusão do julgamento, tão-só para a feitura de voto escrito.

As ponderações feitas nos autos, nas diversas etapas do julgamento, são de todos conhecidas. Tomei algumas notas, mas pretendo poupar a todos de rememorar o tema. Dos votos proferidos, recordo-me de que me impressionou muito a argumentação do eminente Ministro Sebastião Reis quanto à inconstitucionalidade, em razão de infringência ao inciso X do artigo 43 da Constituição, mais do que a seu ver, a violação do inciso 16, do artigo 165, da Constitui-

ção. Todavia, lendo e meditando sobre o voto do eminente Ministro Gueiros Leite, sob o enfoque das finanças públicas, analisadas com o seu costumeiro brilho e com notável erudição, além da pesquisa feita, quer na jurisprudência deste Tribunal, quer na que já fora lembrada, do egrégio Supremo Tribunal Federal, inclino-me a acompanhar a corrente daqueles que rejeitam a arguição de inconstitucionalidade. E o faço, muito especialmente, com base no voto do Sr. Ministro Gueiros Leite, que, certamente, foi ouvido nesta Casa com a merecida atenção. Por isso, não há porque repetir os conceitos que ele tão brilhantemente expôs, inclusive respondendo, a meu ver com acerto, às objeções feitas, quer quanto à alegada infringência do inciso XVI, do artigo 165, quer à enunciada pelo eminente Ministro Sebastião Alves dos Reis — de descumprimento do inciso X, do artigo 43 da Constituição.

Não vejo porque debater mais o assunto que já foi amplamente discutido. E, para que se conclua o julgamento, dou integral adesão, como razão de decidir ao voto do Sr. Ministro Gueiros Leite, rejeitando a arguição de inconstitucionalidade, data venia do eminente Relator, a quem me acostumei a admirar e cujos votos tanto tenho respeitado e, na maioria das vezes, seguido.

VOTO

O Senhor Ministro Américo Luz: Sr. Presidente, além dos votos dos eminentes Ministros Carlos Mário Velloso, Relator, e Otto Rocha, de cujos termos bem me recordo, ali com a máxima atenção os proferidos pelos ilustres Ministros Carlos Augusto Thibau Guimarães e Evandro Gueiros Leite.

Não desejando, a esta altura do julgamento de tão importante questão jurídica, estender-me em conside-

rações que já foram brilhantemente expendidas em anteriores sessões deste Egrégio Plenário, cumpre-me, todavia, recolher da controvérsia estabelecida nos aludidos pronunciamentos o que me parece substancial a formar minha convicção sobre o tema debatido.

Disse S. Exa., o Senhor Ministro Carlos Thibau, depois de citar tópicos da palestra que o então Advogado e Professor Oscar Dias Corrêa, hoje Ministro do Colendo Supremo Tribunal Federal, fez no «Instituto dos Advogados do Brasil».

«Diante disso, é evidente que a palavra «empregado», contida no artigo 165, inciso XVI, da Emenda nº 1/69, tem de ser interpretada sob reserva, pois a chave para sua exegese está no *caput* do artigo 160, tão criticado pelo Ministro Oscar Dias Corrêa, em que o legislador constituinte de 69 erigiu como primeira prioridade o desenvolvimento nacional, que deveria ser apenas um meio, relegando a segundo plano a justiça social.

Se há comando legal expresso determinando que,

«na aplicação da lei, o Juiz atenderá aos fins sociais a que ela se destina e às exigências do bem comum»,

não me parece que seja lícito ao Juiz interpretar norma social de tamanha importância com a extensão que se lhe quer emprestar, mormente quanto essa norma deva ser também interpretada com a restrição que lhe impõe a origem de sua elaboração.

Assim, parece-me que a Nação não entende como a justiça social deva ser considerada abaixo do primado do desenvolvimento econômico, quando o contrário é que deveria ocorrer, tanto mais que, como adverte Mozart Victor Rus-somano, a carência dos recursos previdenciários foi causada pelo

atraso e mesmo pela falta de pagamento da contribuição estatal, circunstância que

«... até hoje, faz sentir os seus efeitos em normas de Direito Transitório, ainda em vigor, que visam a permitir que a União use expedientes de eficiência relativa para saldar um dia — quando, não se sabe os assombrosos débitos em que incorreu, nas suas relações com a Previdência Social, e que foram consolidados em 1960». (in «Curso de Previdência Social», 2ª edição, 1983, Forense, pg. 1940).

Somente se se considerar que o desenvolvimento econômico está acima da justiça social, segundo a ótica profligada pelo Ministro Oscar Dias Corrêa, é que se poderia entender que empregado é sinônimo de aposentado e de pensionista.

Realmente, a situação de caixa da Previdência Social deve estar periclitante, para que o Executivo faça tábula rasa das definições que ele próprio estabeleceu, de trabalhador, empregado, segurado e pensionista, no Regulamento dos Benefícios da Previdência Social (Decreto nº 83.080/79) e no Regulamento do Custeio da Previdência Social (Decreto nº 83.081/79).

Mas, no que depender de mim, esse desenvolvimento econômico da Previdência Social não ocorrerá em detrimento da justiça social».

A seu turno, o Senhor Ministro Gueiros Leite, obtemperou, in verbis:

«... De fato, a Lei nº 3.807/60 — com a nova redação dada ao seu artigo 69, pela Lei nº 5.890/73, que lhe acrescentou um inciso VI — tratando do custeio da Previdência Social, menciona a contribuição dos aposentados, a saber:

«Art. 69, VI — dos aposentados, na base de 5% (cinco por

cento) do valor dos respectivos benefícios».

Pela Lei nº 6.210/75 (artigo 1º), essas contribuições foram extintas, verbis:

«Art. 1º. Ficam extintas as contribuições sobre aposentadorias, pensões e auxílios-doença mantidos pelo Instituto Nacional de Previdência Social».

A Lei nº 6.439/77, que instituiu o Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social, restaurou, no seu artigo 6º, incisos I/IV, §§ 1º/5º, o regime anterior à Lei nº 6.210/75. E, simultaneamente, o Poder Executivo resolveu dispor, no Decreto-Lei nº 1.910/81, sobre a obrigatoriedade das contribuições dos aposentados em geral e dos pensionistas para custeio da assistência médica (artigo 2º). Foi revogado o artigo 1º, da Lei nº 6.210/75, mas mantido o artigo 6º, incisos e parágrafos, da Lei nº 6.439/77, com prazo para sua regulamentação (artigo 3º).

Desse modo, é dado ao Executivo, com apoio nos poderes especiais de que o Estado pode lançar mão (COERÇÃO), obter a cobertura de suas necessidades, quando reclamada em função do benefício social daí resultante. É o princípio de que a receita da entidade pública moderna é compulsória, *ex lege* e não contratual, *ex voluntate* (Cf. Hugh Dalton, *apud* Cláudio Martins, *ob. cit.*, pág. 41). Com base nesse elemento de natureza política e de tanta relevância e que advém o poder impositivo ou poder de império do Estado, que o Supremo Tribunal Federal reconheceu, ao decidir inexistir ofensa a direito adquirido do servidor aposentado no artigo 2º, do Decreto-Lei nº 1.910/81 (Cf. MS nº 20.351-0/RJ, Pleno, em 10-11-1983; MS nº 20.350/1/DF, em 1-12-83, Pleno; MS nº 20.332-3/DF, em 24-8-83).

Além dessa argumentação favorável à incidência de contribuições previdenciárias sobre os proventos dos inativos ou sobre as pensões de seus dependentes, mesmo autorizadas ex lege, é bom que se diga não ocorrer, realmente, qualquer afronta a direitos adquiridos **pro labore facto**, argumento fulcral utilizado pelos que afirmam a inconstitucionalidade do Decreto-Lei nº 1.910/81. Sobre a matéria o TFR decidiu, nas Turmas, ao exame da Lei nº 5.890/73, que se a inativação previdenciária foi concedida antes da sua vigência, não poderia o benefício ser atingido pelo desconto (Cf. AC nº 59.337/MG, 5ª Turma, 30-3-81; AC nº 57.542/MG, 5ª Turma, em 25-5-81; AC nº 60.947/MG, 5ª Turma, em 30-3-81; AMS nº 76.343/MG, antiga 3ª Turma, em 24-11-75; AC nº 43.967/MG, em 15-3-76). Sustentaram essa orientação, à época, os senhores Ministros Pedro Acioli, Moacir Catunda, Sebastião Reis, Armando Rollemberg, Otto Rocha, Washington Bolívar e Aldir G. Passarinho.»

É mais adiante, em seguida ao estabelecimento de diversos conceitos doutrinários apropriados à espécie ressalta:

«A tese da existência de direitos públicos colidentes com a prevalência dos interesses individuais, que também são considerados públicos, é razoável e de certo modo lógica, se sustentarmos que não há, em princípio, oposição entre fins e interesses individuais e públicos, mas sim coordenação. Ora, a coordenação no Estado intervencionista é feita por ele mesmo e através dos seus superpoderes, toda ocasião em que os fins públicos se devem sobrepor aos fins privados. É certa, sem dúvida, a teoria de Alf Ross, ao apregoar que o «interesse coletivo» designaria uma constelação de interesses individuais, no nosso caso estratificado

na prestação dos serviços sociais, de um modo geral, e não no respeito a interesses individuais experimentados sob certos pressupostos emotivos. Jamais atribuiríamos, contudo, um interesse indiscriminado e ditatorialiforme a um todo supra-individual, como expressão metafórica, mas sim ao Estado, como coordenador desses interesses largamente conexos e interdependentes. O interesse individual pela propriedade, por exemplo, corresponde ao interesse social a um ordenamento geral da propriedade. É esse ordenamento que defendemos, para evitar u'a esfera de vida dominada somente por interesses individuais e outra dominada por interesses gerais (Diritto e Giustizia, Trad. Giacomo Gavazzi, 3ª Ed., Turim, Giulio Einaudi, 1965, págs. 341/342 e 344). Na minha opinião o interesse público não significa o interesse de u'a maioria eventual, mas se confunde, sim, com o interesse do Estado. Há interesse público e finalidade pública, conceitos jurídicos sólidos, cabendo estabelecer a sua existência real e em que consistem. São, realmente, normas elásticas, conforme estudo feito por Ferrara e Heinrich Dernburg.

O interesse público, o fim público das normas jurídicas previdenciárias é assegurar, realmente, aos aposentados meios indispensáveis à vida. Dificilmente esses interesses e fins seriam atendidos pela redução na renda deles. Tudo isso é verdade. Mas não menos certo é que o interesse público mais decisivo está na proteção dos programas, que incluem todos os indivíduos, aposentados ou não. Fora daí, estar-se-ia utilizando indiscutível espécie de positivismo material, tornando concreto o conteúdo não-jurídico de um conceito jurídico.

Finalmente, longe de reputar inconstitucional o artigo 2º, do Decreto-Lei nº 1.910/81 — tanto mais por não ser ele norma isolada e bastante em si — tenho-o como decorrência incontornável das disposições contidas no artigo 165, XVI, parágrafo único, da CF. Haverá ilegalidade, contudo (mas apenas ilegalidade!), se a sua execução afrontar as limitações constantes do artigo 6º, §§ 4º e 5º, da Lei nº 6.439/77, quanto à situação dos acidentados do trabalho e dos beneficiários que perceberem remuneração ou benefícios até cinco (5) valores de referência».

Do confronto dessas posições assumidas pelos eminentes Ministros que me antecederam, tenho a dizer que o preceito, cuja inconstitucionalidade foi argüida, afigura-se-me de natureza transitória, visando a implementar recursos destinados não apenas à manutenção como ao aperfeiçoamento dos serviços de assistência médica mantidos pelo INAMPS, no esforço desesperador de impedir a «falência» desse importante ramo do sistema previdenciário brasileiro, cujas imperfeições e suas causas são notórias, mas que cumpre ao governo corrigir ou, pelo menos, tentar fazê-lo.

Pelos motivos alinhados no voto do Sr. Ministro Gueiros Leite e sopesados os judiciosos argumentos constantes dos votos que acompanharam, no todo ou em parte, o que proferiu o Sr. Ministro Carlos Mário Velloso, inclino-me a ficar com a motivação que fundamenta o do Sr. Ministro Ottonio Rocha.

Não considero, assim, inconstitucional a norma do artigo 2º do Decreto-Lei nº 1.910/81.

Destarte, data venia, rejeito a argüição.

VOTO

O Senhor Ministro Antônio de Pádua Ribeiro: Sr. Presidente, ouvi

atentamente os votos anteriormente proferidos, alguns há longo tempo e hoje rememorados e reapreciados criticamente pelos que aqui foram proferidos pelos eminentes Ministros Moacir Catunda, Carlos Madeira e Gueiros Leite. De tudo afigurou-se-me que a questão está em aplicar o texto constitucional na sua literalidade ou, então, em procurar dar-lhe interpretação ampliativa.

Dos debates, convenci-me de que no caso concreto aflora, de maneira indiscutível, a inconstitucionalidade do artigo 2º do Decreto-Lei nº 1.910, de 29 de dezembro de 1981, que instituiu as contribuições dos aposentados e pensionistas para o custeio de serviços de assistência médica. Conforme reconheceu a própria Subprocuradoria-Geral da República, no seu parecer, não procede o argumento de que a contribuição instituída o foi com apoio no parágrafo único do artigo 165 da Constituição, eis que não criou, majorou ou estendeu qualquer prestação de serviço, de assistência ou de benefício.

Do mesmo modo, improcede a invocação do artigo 21, parágrafo 2º, inciso I, da Constituição, o qual há de ser entendido na consonância com o pré-falado artigo 165, inciso XVI.

Na verdade, o citado parágrafo único do artigo 165 da Constituição condiciona a criação de serviço de assistência previdenciária à prévia criação de fonte de receita, isto é, sem fonte de custeio não é possível criar benefício previdenciário. Ocorre que, no tocante ao caso concreto, o inciso XVI do mesmo artigo prevê, expressamente, essa fonte de custeio, que é aquela derivada de contribuições da União, do empregador e do empregado.

Ora, se o próprio texto constitucional é expresso quanto a essa fonte de custeio, não vejo razão para procurar-se, em interpretação am-

pliativa, conjugar o inciso XVI com o parágrafo único citado.

Portanto, com a devida vênia dos que pensam em contrário, acompanho o eminente Sr. Ministro-Relator, concluindo pela inconstitucionalidade do dispositivo questionado.

VOTO VISTA

O Sr. Ministro Flaquer Scar-tezzini: Sr. Presidente, Prosegue-se, mais uma vez examinando a arguição de inconstitucionalidade do artigo 2º do Decreto-Lei nº 1.910, de 29 de dezembro de 1981, que estabelece contribuições dos aposentados e dos pensionistas para o custeio da assistência médica.

A tendência, pelos diversos votos já proferidos, não chegou a um consenso comum, tendo os eminentes Ministros se dividido em duas correntes, uma das quais dá pela inconstitucionalidade do citado decreto, eis «que não é possível fazer incidir contribuição diretamente nos proventos de quem já não é mais trabalhador, porque aposentado», como argumentou o eminente Ministro Carlos Mário Velloso; tendo a outra, se assentado no argumento de que a contribuição de que se fala tem apoio na Carta Magna inciso XV do artigo 165 no mandamento, que trata da assistência sanitária, hospitalar e médica preventiva, como pensa um dos seus seguidores, o eminente Ministro William Patterson.

Os adeptos da inconstitucionalidade do decreto se apegam na norma do inciso XVI do artigo 165 da Lei Maior que assegura ao trabalhador o direito à previdência social nos casos de doença, velhice, invalidez e morte, seguro-desemprego, seguro contra acidentes do trabalho e proteção da maternidade, mediante contribuição da União, do empregador e do empregado; e assim entendendo, somente enquanto mantém a condição de empregado, pois com o ad-

vento da aposentadoria, perde tal condição, logo, deixa de figurar num dos pólos da relação constitucional tripartite.

Com a devida vênia de meus eminentes colegas que esposam tal entendimento, coloco-me ao lado dos que entendem de maneira diversa, não vendo inconstitucionalidade no citado decreto-lei, e digo isto, porque a se entender que os empregados, citados no inciso XVI, do artigo 165, da Constituição, não estariam mais obrigados de contribuir, por não serem mais empregados, o caput do artigo, que assegura aos trabalhadores, os direitos que enumera, não estaria mais protegendo os trabalhadores aposentados, porque também estariam perdendo tal condição.

Por outro lado, a exigência que é feita no artigo 2º do Decreto-Lei nº 1.910/81, não é fato novo, pois inserido, também, na Lei nº 5.890, de 8 de junho de 1973, a qual, dando nova redação ao artigo 69 da Lei nº 3.807, de 28 de agosto de 1960, instituiu contribuição dos aposentados para o custeio da Previdência.

Este dispositivo prevaleceu até o advento da Lei nº 6.210, de 4 de junho de 1971, que o revogou e está, agora, reavivada a exigência no citado Decreto-Lei nº 1.910/81, relativamente ao custeio da assistência médica.

Vê-se, por aí, que a norma do Decreto-Lei nº 1.910/81, estabeleceu critérios e situações já debatidas anteriormente, umas sendo instituídas e outras retiradas, não se ferindo, com isso a Constituição.

Note-se, mais uma vez, que a Constituição assegura, aos trabalhadores, a assistência sanitária, hospitalar e médica preventiva, além da previdência social, nos casos que enumera, nos termos da lei, significando que os proventos da inatividade serão regulados pela lei vigente à época em que o servidor reuniu os

requisitos necessários à sua obtenção.

Vale ressaltar, como já fizeram alguns eminentes colegas, o trecho do voto do eminente Ministro Djaci Falcão, em que Sua Excelência entende que não se trata — a prestação do serviço de assistência médica — do exercício de um direito prefixado e imutável, mas sim de um direito válido até o momento de sua revogação pela lei nova, que opera *ex tunc*. Assim, continua o eminente Ministro, a circunstância do serviço de assistência médica haver sido gratuito para o aposentado durante certo período, não impede que lei posterior readmita contribuições a cargo dos aposentados em geral (Cf. MS nº 20.351-0).

Como já frisado, a Constituição (artigo 165, XVI) ao tratar da previdência social, obrigou também ao empregado, a custeá-la, e este custeio se destina aos serviços de cunho permanente, que a todos cumpre manter e ampliar, diferentemente dos benefícios, em cujo gozo aposentados e pensionistas se encontram e não são obrigados a contribuir. Uma coisa é benefício, outra, serviço. No caso, o pagamento para a aposentadoria, que é um benefício, se extingue quando o segurado atingiu os pressupostos à sua obtenção, já os serviços sociais atingem o segurado mesmo na inatividade, pois tais serviços não que ser constantemente melhorados, exatamente para atender aos que dele se beneficiam.

Como disse Russomano, in Comentários à CLPS, pág. 230:

«O amplo programa de assistência médica, definido no artigo 68, como dissemos anteriormente, sofre, através do artigo 69, visível restrição. Restrição realista, aliás, porque a ambiciosa delimitação dos serviços de assistência médica sempre tem esbarrado, no Brasil, nas dificuldades orçamentárias e na pobreza dos recursos técnicos

de localidades perdidas na imensidão da nossa geografia.»

Prevedendo tais dificuldades, ou esbarrando com elas, a Lei 6.439/77, em seu artigo 6º, § 2º, autorizou o Poder Executivo a criar um esquema de participação direta dos beneficiários (em função de seu nível de renda pessoal) no custeio dos serviços médicos e dos medicamentos fornecidos nos ambulatórios da entidade.

«Dá-se, pois, largo passo no sentido de reduzir os encargos pecuniários da Previdência Social na distribuição da assistência médica (em sentido lato), a ponto de se admitir a responsabilidade direta do beneficiário no custeio do tratamento e dos remédios por ele utilizados».

Desta maneira se expressou Russomano (op. cit., pág. 231), quando tratou dos serviços médicos, em sua obra, entendendo que a permissibilidade de se incluir no rol dos prestacionistas para o custeio da assistência médica, exatamente os que dela se beneficiam.

Deixando-me levar para o lado dos que entendem que o interesse público, o fim primeiro das normas jurídicas de caráter previdenciário, é assegurar uma assistência aos aposentados, mesmo que com sacrifício de alguns, mas em benefício de uma coletividade, meu voto é no sentido da rejeição da arguição de inconstitucionalidade do artigo 2º do Decreto-Lei nº 1.910/81.

É o meu voto.

VOTO

O Sr. Ministro José Fernandes Dantas (Presidente): Repetindo o Sr. Ministro Washington Bolívar, também penso que a matéria, a esta altura do debate, já não comporta maior delonga. Tanto mais porque, neste Tribunal, registrou-se a seu

respeito o mais completo estudo, na consonância da fundamentação expendida por cada um dos Srs. Ministros.

De fato, de um lado ressalta a relevante indagação do caráter securitário da contribuição de que se trata. Haveria grande dificuldade de se compreender porque — em contribuindo a vida toda, em prevenindo o futuro, na época da sua atividade laboral —, não esteja o trabalhador, na sua qualidade de empregado ou de autônomo, garantindo esse futuro, no plano assistencial que o princípio de seguridade e a compulsoriedade da contribuição etam.

Seria difícil compreender (indagou-se bem no debate da matéria) que após quantos ou tantos anos de contribuição, na hora da inativação (por incapacidade física, desgaste por tempo de serviço ou por exaustão etária), venha o beneficiário da previdência ter que continuar financiando o prêmio do seguro. Essa perplexidade, realmente, é de peso importante. A dificuldade de vencê-la se reforçaria, ademais, pela desigualdade que estaria na lei: enquanto na chamada licença para tratamento de saúde assegure a mais cara das assistências da Previdência Social, então dispensado o associado da contribuição periódica correspondente, não o faça quando vitimado definitivamente pela mesma incapacidade!

D.m.v., não parece procedente dizer-se que a assistência à saúde não integra a obrigatoriedade da Previdência; integra, sim, conforme a presta a própria Previdência aos associados temporariamente incapacitados, dispensando-os, no período, de qualquer pagamento pela assistência médica oferecida, a par de dispensá-los da contribuição previdenciária propriamente dita; é bem o caso do associado em gozo de licença para tratamento de saúde.

Apesar desses argumentos, que para mim bastariam para acolher o vício irrogado à examinada regra legal, rendo-me à evidência das circunstâncias. Recordo-me das considerações de ordem preliminar aventadas, dentre outros, em dois votos proferidos, as quais são respeitáveis pelo pragmatismo de que revestem.

Uma, dissertada pelo Sr. Ministro Miguel Ferrante, pôs-se em esclarecer que a lei inquinada de inconstitucional foi especificamente aplicada pelo Supremo Tribunal Federal, em caso mesmo de arguição de direito individual embasado na Constituição. Ora, se a Suprema Corte aplicou essa lei, proclamando-a válida em face de indagações no plano mais subjetivo (*jura novit cura*), como admitir que por amor à tese possa o Tribunal, ou melhor, possa o Juiz fugir ao pragmatismo que deve presidir o exercício estatal da judicatura e contrariar o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal?

De outra parte, impressionou-me o voto do Sr. Ministro Lauro Leitão, em dizendo da presunção de constitucionalidade da lei, tantas vezes se tenha dúvida, tantas vezes não seja patente e tão clara a acusação de inconstitucionalidade. E de que essa dúvida aflora no caso, comprova-o a perfeita divisão dos pronunciamentos ouvidos neste Tribunal, com opiniões e com fundamentos que se anulam, a modo, pois, de impor-se aquela presunção.

Então, deixo até de considerar, de me acostar ou de me reportar a razões doutrinárias tão bem expostas por uma ou por outra das correntes do debate, para orientar-me pela recomendada objetividade do julgamento, e assim me posicionar contra a arguição de inconstitucionalidade do indicado dispositivo do Decreto-Lei nº 1.910, da forma como já o fez a maioria absoluta do Tribunal, sem que meu voto influa no resultado da proclamação.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 85.544 — MG (Mat. Constitucional) — Rel. originário: O Sr. Ministro Carlos Mário Velloso. Rel.: p/Acórdão: O Sr. Ministro Otto Rocha. Apte.: INPS. Apdos.: Altis José de Sá e outros.

Decisão: O Plenário, após o voto do Sr. Ministro Carlos M. Velloso acolhendo a argüição de inconstitucionalidade do artigo 2º do Decreto-Lei nº 1.910/81, pediu vista dos autos o Sr. Ministro Otto Rocha. (Em 23-2-84 — Pleno).

Aguardam os Srs. Ministros Wilson Gonçalves, William Patterson, Adhemar Raymundo, Bueno de Souza, Sebastião Reis, Miguel Jerônimo Ferrante, José Cândido, Pedro Acioli, Américo Luz, Antônio de Pádua Ribeiro, Flaquer Scartezzini, Costa Lima, Leitão Krieger, Geraldo Sobral, Hélio Pinheiro, Carlos Thibau, Armando Rollemberg, Moacir Catunda, Carlos Madeira, Gueiros Leite, Washington Bolívar, Torreão Braz e José Dantas, Presidente. Não participou do julgamento o Sr. Ministro Lauro Leitão. Licenciado o Sr. Ministro Jarbas Nobre. Presidiu o julgamento o Sr. Min. José Fernandes Dantas.

Decisão: o Plenário, prosseguindo no julgamento, após os votos do Sr. Ministro Relator acolhendo a argüição de inconstitucionalidade do artigo 2º do Decreto-Lei nº 1.910/81 e do Sr. Ministro Otto Rocha rejeitando-a, pediu vista dos autos o Sr. Ministro William Patterson (Em 1º-3-84 — Pleno).

Aguardam os Srs. Ministros Adhemar Raymundo, Bueno de Souza, Sebastião Reis, Miguel Jerônimo Ferrante, José Cândido, Américo Luz, Antônio de Pádua Ribeiro, Costa Lima, Leitão Krieger, Geraldo Sobral, Hélio Pinheiro, Carlos Thibau, Ar-

mando Rollemberg, Moacir Catunda, Carlos Madeira, Gueiros Leite, Washington Bolívar, Torreão Braz e José Dantas, Presidente. Não participou do julgamento o Sr. Ministro Lauro Leitão. Licenciado o Sr. Ministro Jarbas Nobre. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro José Fernandes Dantas.

Decisão: O Plenário, prosseguindo no julgamento, após os votos do Sr. Ministro Relator, acolhendo a argüição de inconstitucionalidade do artigo 2º, do Decreto-Lei nº 1.910/81 e dos Srs. Ministros Otto Rocha, William Patterson rejeitando a argüição, pediu vista dos autos o Sr. Ministro Adhemar Raymundo. (Em 15-3-84 — Pleno).

Aguardam os Srs. Ministros Bueno de Souza, Sebastião Reis, Miguel Jerônimo Ferrante, José Cândido, Pedro Acioli, Américo Luz, Antônio de Pádua Ribeiro, Flaquer Scartezzini, Costa Lima, Leitão Krieger, Geraldo Sobral, Hélio Pinheiro, Carlos Thibau, Armando Rollemberg, Moacir Catunda, Carlos Madeira, Gueiros Leite, Washington Bolívar, Torreão Braz e José Dantas. Não participou do julgamento o Sr. Ministro Lauro Leitão. Impedido o Sr. Ministro Wilson Gonçalves. Licenciado o Sr. Ministro Jarbas Nobre. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro José Fernandes Dantas.

Decisão: O Plenário, prosseguindo no julgamento, após os votos dos Srs. Ministros Bueno de Souza, Sebastião Reis, José Cândido e Geraldo Sobral acolhendo a argüição de inconstitucionalidade do artigo 2º do Decreto-Lei nº 1.910/81 para acompanhar o Sr. Ministro Carlos Mário Velloso e dos Srs. Ministros Adhemar Raymundo e Miguel Jerônimo Ferrante, Hélio Pinheiro e Costa Lima rejeitando-a de acordo com os Srs. Ministros Otto Rocha e William Patterson, pediu vista dos autos, o Sr. Ministro Hélio Pinheiro. (Em 5-4-84 — Pleno).

Aguardam os Srs. Ministros Carlos Thibau, Armando Rollemberg, Moacir Catunda, Carlos Madeira, Gueiros Leite, Washington Bolívar, Torreão Braz, Pedro Acioli, Américo Luz, Antônio de Pádua Ribeiro e Flaquer Scartezzini. Não participou do julgamento o Sr. Ministro Lauro Leitão. Impedido o Sr. Ministro Wilson Gonçalves. Licenciados os Srs. Ministros Jarbas e Leitão Krieger. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro José Fernandes Dantas.

Decisão: O Plenário, prosseguindo no julgamento, após os votos dos Srs. Ministros Bueno de Souza, Sebastião Reis, José Cândido, Geraldo Sobral acolhendo a argüição de inconstitucionalidade do artigo 2º do Decreto-Lei nº 1.910/81 para acompanhar o Sr. Ministro Carlos M. Velloso e dos Srs. Ministros Adhemar Raymundo, Miguel Jerônimo Ferrante, Costa Lima e Hélio Pinheiro rejeitando-a de acordo com os Srs. Ministros Otto Rocha e William Patterson, pediu vista dos autos, o Sr. Ministro Carlos Thibau. (Em 26-4-84 — Pleno).

Aguardam os Srs. Ministros Armando Rollemberg, Moacir Catunda, Carlos Madeira, Gueiros Leite, Washington Bolívar, Torreão Braz, Pedro Acioli, Américo Luz, Antônio de P. Ribeiro, Flaquer Scartezzini, Leitão Krieger e José Dantas. Não participou do julgamento o Sr. Ministro Lauro Leitão. Impedido o Sr. Ministro Wilson Gonçalves. Licenciado o Sr. Ministro Jarbas Nobre. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro José Fernandes Dantas.

Decisão: O Plenário, prosseguindo no julgamento, após os votos dos Srs. Ministros Carlos M. Velloso, Bueno de Souza, Sebastião Reis, José Cândido, Geraldo Sobral, Carlos Thibau e Armando Rollemberg acolhendo a argüição de inconstitucionalidade do artigo 2º do Decreto-Lei nº 1.910/81 e os Srs. Ministros Otto Ro-

cha, William Patterson, Adhemar Raymundo, Miguel Jerônimo Ferrante, Costa Lima e Hélio Pinheiro rejeitando-a, pediu vista dos autos o Sr. Ministro Moacir Catunda. (Em 10-5-84 — Pleno)

Aguardam os Srs. Ministros Carlos Madeira, Gueiros Leite, Washington Bolívar, Torreão Braz, Pedro Acioli, Américo Luz, Antônio de P. Ribeiro, Flaquer Scartezzini, Leitão Krieger e José Dantas, Presidente. Não participou do julgamento o Sr. Ministro Lauro Leitão. Impedido o Sr. Ministro Wilson Gonçalves. Licenciado o Sr. Ministro Jarbas Nobre. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro José Fernandes Dantas.

Decisão: O Plenário, após os votos dos Srs. Ministros Carlos M. Velloso, Bueno de Souza, Sebastião Reis, José Cândido, Geraldo Sobral, Carlos Thibau, Armando Rollemberg, Moacir Catunda e Antônio de P. Ribeiro acolhendo a argüição de inconstitucionalidade do artigo 2º do Decreto-Lei nº 1.910/81 e dos Srs. Ministros Otto Rocha, William Patterson, Adhemar Raymundo, Miguel Jerônimo Ferrante, Costa Lima, Hélio Pinheiro, Gueiros Leite, Torreão Braz, Pedro Acioli, Leitão Krieger e Lauro Leitão rejeitando-a, suspendeu-se o julgamento para a oportuna tomada de votos dos Srs. Ministros Washington Bolívar, Américo Luz, Flaquer Scartezzini e José Dantas, Presidente. (Em 7-6-84 — Pleno).

O Sr. Ministro Lauro Leitão votou de acordo com o artigo 151, § 2º do R.I. Licenciado o Sr. Ministro Jarbas Nobre. Impedido o Sr. Ministro Wilson Gonçalves. O Sr. Ministro Carlos Madeira em voto vista julga inconstitucional o dispositivo referido para acompanhar o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro José Fernandes Dantas.

Decisão: O Plenário, prosseguindo no julgamento, após os votos dos Srs. Ministros Carlos M. Velloso.

Bueno de Souza, Sebastião Reis, José Cândido, Geraldo Sobral, Carlos Thibau, Armando Rollemberg, Moacir Catunda, Carlos Madeira e Antônio de P. Ribeiro acolhendo a arguição de inconstitucionalidade do artigo 2º do Decreto-Lei nº 1.910/81 e dos Srs. Ministros Otto Rocha, William Patterson, Adhemar Raymundo, Miguel Jerônimo Ferrante, Costa Lima, Hélio Pinheiro, Gueiros Leite, Torreão Braz, Pedro Acioli, Leitão Krieger, Lauro Leitão e Américo Luz rejeitando-a, pediu vista dos autos o Sr. Ministro Flaquer Scartezzi. (Em 14-6-84 — Pleno).

Aguardam os Srs. Ministros Washington Bolívar e José Dantas, Presidente. Impedido o Sr. Ministro Wilson Gonçalves. Licenciado o Sr. Ministro Jarbas Nobre. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro José Fernandes Dantas.

Decisão: O Plenário, prosseguindo no julgamento, após os votos dos Srs. Ministros Carlos M. Velloso, Bueno de Souza, Sebastião Reis, José Cândido, Geraldo Sobral, Carlos Thibau, Armando Rollemberg, Moacir Catunda, Carlos Madeira e Antônio de Pádua Ribeiro acolhendo a arguição de inconstitucionalidade do artigo 2º do Decreto-Lei nº 1.910/81 e dos Srs. Ministros Otto Rocha, William Patterson, Adhemar Raymundo, Miguel Jerônimo Ferrante, Costa Lima, Hélio Pinheiro, Gueiros Leite, Torreão Braz, Pedro Acioli, Leitão Krieger, Lauro Leitão, Américo Luz

e Flaquer Scartezzi rejeitando-a, pediu vista dos autos o Sr. Ministro Washington Bolívar. (Em 28-6-84 — Pleno).

Aguarda o Sr. Ministro José Dantas, Presidente. Impedido o Sr. Ministro Wilson Gonçalves. Licenciado o Sr. Ministro Jarbas Nobre. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro José Fernandes Dantas.

Decisão: O Plenário, prosseguindo no julgamento, por maioria, rejeitou a arguição de inconstitucionalidade do artigo 2º do Decreto-Lei nº 1.910/81, vencidos os Srs. Ministros Carlos M. Velloso, Bueno de Souza, Sebastião Reis, José Cândido, Geraldo Sobral, Carlos Thibau, Armando Rollemberg, Moacir Catunda, Carlos Madeira e Antônio de Pádua Ribeiro que acolhiam a referida arguição. Lavrará o Acórdão o Sr. Ministro Otto Rocha. Votaram com o Sr. Ministro Otto Rocha os Srs. Ministros William Patterson, Adhemar Raymundo, Miguel Jerônimo Ferrante, Costa Lima, Hélio Pinheiro, Gueiros Leite, Torreão Braz, Pedro Acioli, Leitão Krieger, Lauro Leitão, Américo Luz, Flaquer Scartezzi, Washington Bolívar e José Dantas, Presidente. (Em 29-6-84 — Pleno).

Licenciado o Sr. Ministro Jarbas Nobre. Impedido o Sr. Ministro Wilson Gonçalves. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro José Fernandes Dantas.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 86.567 — DF

Relator: O Sr. Ministro Jesus Costa Lima.

Apelantes: Antônio de Nazareth Pontes Tavernard e Manoel Cardoso Vieira e cônjuge.

Apelado: IAPAS.

EMENTA

Civil. Reintegração de posse. Cessão de direitos de compra e venda de imóvel do governo. Correção Monetária.

1. O contrato-padrão aprovado pelo Decreto nº 56.793/65 não contém exigência de prévia autorização do promitente-vendedor para transferência do contrato ou cessão de direitos.

2. Correção monetária. É tranqüila a jurisprudência no sentido de sua não incidência nos contratos firmados antes do Decreto-Lei nº 19/66.

ACÓRDÃO

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

Decide a 2ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, dar provimento ao recurso, para reformar a sentença na ação reivindicatória, enquanto concede 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, 16 de março de 1984 (Data do julgamento). — **Ministro Evandro Gueiros Leite**, Presidente — **Ministro Jesus Costa Lima**, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Jesus Costa Lima: Ação de reintegração de posse de apartamento em Brasília, proposta pelo INPS (depois substituído pelo IAPAS) contra promitentes-compradores ligados por sucessivas cessões de direito sem sua intervenção, foi reunida a uma ação de mandado de segurança, intentada contra o Sr. Superintendente da autarquia com o objetivo de liquidar antecipadamente o débito sem a incidência de correção monetária, e decididas em conjunto pelo Dr. José Alves de Lima, MM. Juiz Federal da 3ª Vara I, de Brasília, nestes termos:

«A Promessa de compra e venda entre o antigo IAPC, hoje IAPAS, e Manoel Cardoso Vieira foi celebrada em 26-5-66 isto é, antes da vigência do Decreto-Lei nº 19, de

30-8-66, que tornou obrigatória a adoção da cláusula da correção monetária nas operações do Sistema Financeiro da Habitação. O Decreto nº 56.793, de 27-8-65, que consolidou a matéria contida nos Decretos nºs 55.738/65 e 55.955/65 e estabeleceu o processo de venda de imóveis de que trata o artigo 65 da Lei nº 4.380, de 21-8-64, ordena: «Art. 9º — A locação do imóvel, enquanto não liquidada a dívida ou preço, dependerá de autorização prévia e expressa da entidade proprietária e, em Brasília, além dessa autorização, da condição de ser o novo morador servidor público civil ou militar. Art. 10. — Na hipótese de transferência de contrato ou cessão de direitos à aquisição do imóvel em favor de terceiros, o saldo devedor existente na data, com correção monetária, passará, em qualquer caso, a render juros na base uniforme de 10% (dez por cento) ao ano, tabela Price, reduzido o prazo à metade do tempo que faltar para a liquidação do débito». Entre as cláusulas do contrato-padrão adotado para as vendas dos imóveis do IAPAS consta: «Cláusula A — O imóvel, objeto do presente contrato, destinar-se-á à residência do outorgado e sua família, dependendo a sua locação, enquanto não liquidada a dívida, da autorização prévia e expressa do outorgante promitente-vendedor. Cláusula L — Constitui motivo de rescisão do contrato, de pleno direito, independentemente de interpelação ou notificação judicial ou extrajudicial, a ocorrência de qualquer das hipóteses seguintes: a) a

inobservância de qualquer de suas cláusulas; b) a falsidade de quaisquer declarações do outorgado promitente-comprador, tendentes a fraudar os requisitos exigidos para a estipulação ou execução do contrato, ou para obtenção de condições diferentes das que tem direito; c) a locação do imóvel ou sua destinação a uso diverso do convencionado, sem prévio consentimento por escrito, do outorgante promitente-vendedor. Cláusula N — A transferência do contrato de promessa de venda ou cessão de direito a aquisição do imóvel somente será feita mediante a fixação de juros na base de 10% (dez por cento) ao ano sobre o montante da dívida. Se o promitente-comprador devia satisfazer determinados requisitos para aquisição do imóvel pertencente ao Instituto, não menos certo que constitui burla a esse mandamento a transferência ou cessão de direito do imóvel prometido à venda sem a anuência da autarquia previdenciária. O imóvel, que foi objeto da promessa de compra e venda, destina-se à moradia do promitente-comprador (cláusula A do contrato-padrão), constituindo-se destinação diversa do imóvel causa de rescisão contratual (cláusula L, alínea c). A alegação de que o IAPAS devia promover a rescisão da promessa de compra e venda antes da reintegratória não encontra apoio legal. Em notas ao artigo 926, do CPC, diz Teotônio Negrão: «Havendo cláusula resolutoria expressa, onde o promitente-vendedor propor ação de reintegração de posse, independentemente da propositura, prévia ou concomitantemente, da ação de rescisão de contrato (STF-RTJ 72/87, 74/449, 83/401, RT 483/215). Ao impretrante Antônio de Nazareth Pontes Tavernard não assiste o direito de proceder à quitação do saldo devedor e o conseqüente direito de lhe

ser outorgada escritura definitiva do imóvel sem a incidência da correção monetária, porque não obtve a prévia anuência da autarquia proprietária e também porque não ficou demonstrado tenha satisfeito os requisitos para a transferência do contrato de promessa de compra e venda. As sucessivas transferências do imóvel sem a prévia e expressa anuência do IAPAS constituem infração ao Decreto nº 56.793/65. Assim sendo, tem a autarquia promitente-vendedora o direito de reintegrar-se no imóvel. Isto posto, julgo procedente a ação de reintegração de posse e improcedente a segurança. Arbitro a verbã honorária em 10% sobre o valor atribuído à causa na ação de reintegração». (Fls 98/100).

2. Inconformado, apelou o impreterante do mandado de segurança, Antônio de Nazareth Pontes Tavernard (fls. 102/106), alegando, em síntese, que a autarquia estava ciente da cessão de direito (a última) de que é beneficiário, porque feita por instrumento público, e nela aquiesceu pelo recebimento tranqüilo das prestações desde 1969. O IAPAS respondeu com as razões de fls. 109/110, inspiradas nas da sentença.

Apelaram também Manoel Cardoso Vieira e s/mulher, por intermédio da Curadora especial (fls. 117/120).

Alegam que, como primeiros cedentes dos direitos de compra do imóvel, deixaram expresso que «A escritura de cessão de direitos será outorgada tão logo o Instituto proprietário dê sua anuência», pelo que não têm culpa de que os cessionários não tenham observado a exigência; que sem a rescisão da promessa não cabe a ação de reintegração. Impugnam, outrossim, a correção monetária, citando jurisprudência deste Tribunal.

O IAPAS respondeu também a esse recurso (fls. 123/124), no mesmo tom dos anteriores.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Jesus Costa Lima (Relator): Viu-se que, sem oposição de qualquer das partes, reuniram-se ação de reintegração de posse e de mandado de segurança, com a consequente redução desta ao rito daquela (artigo 292, § 2º do CPC). Daí o processamento, neste Tribunal, dos dois recursos na mesma apelação cível.

2. Quanto à admissibilidade da ação de reintegração de posse sem a prévia ou concomitante ação de rescisão do compromisso de compra e venda, os apelantes não enfrentaram a questão de saber se a hipótese dos autos se identifica com aquelas em que se baseia a sentença, contidas em três Acórdãos do colendo Supremo Tribunal Federal, citados por Theotônio Negrão em notas ao artigo 926. Limitaram-se a apontar decisão, em sentido oposto, do mesmo Tribunal (fl. 46). Ora, se não descem à análise da substância, prevalece o maior número de casos julgados em favor da sentença. Rejeito a preliminar.

3. No que se refere ao mérito, porém, não me parece que as cláusulas do contrato-padrão de fls. 8v/9 levem às consequências extraídas pelo douto julgado recorrido. A única coisa que ali se condicionava à autorização da autarquia promitente-vendedora era a locação do imóvel. Diz, com efeito, a cláusula A desse contrato que «O imóvel, objeto do presente contrato, destinar-se-á à residência do outorgado e sua família, dependendo a sua locação, enquanto não liquidada a dívida, de autorização prévia e expressa do outorgante promitente-vendedor».

Ora, os autos não cuidam de locação. Ao contrário, o que o autor da reintegratória alegou foi que houve cessões do direito à compra sem

uma autorização. Mas isto, longe de estar sujeito a qualquer condição pelo referido contrato, estava até por ele previsto e autorizado. É o que se lê na cláusula N:

«A transferência do contrato de promessa de venda ou cessão de direito à aquisição do imóvel somente será feita mediante a fixação de juros na base de 10% (dez por cento) ao ano sobre o montante da dívida.»

Não há, nessa cláusula, nada que faça entender que a transferência dependa de autorização ou anuência do promitente-vendedor. Ela fala em acréscimo de juros, mas estes o IAPAS poderá cobrar a qualquer tempo, se ainda não os receber.

4. Por outro lado, não vejo como a cessão de direito ou transferência do contrato, assim expressamente autorizada, importe destinação do imóvel a uso diverso do convencional, para que os réus incidissem na cominação da letra c da cláusula L.

A verdade é que, o Decreto nº 55.955, de 20-4-65 dispunha:

«Art. 22. A locação ou transferência do imóvel, enquanto não liquidada a dívida ou o preço, dependerá de autorização prévia e expressa da entidade proprietária ou órgão que administrar o respectivo contrato».

Acontece que esse decreto foi consolidado pelo de nº 56.793, de 27-8-65, que suprimiu aquela norma, pura e simplesmente, ditando no artigo 29 que entrava em vigor na data da respectiva publicação, «revogados os Decretos nºs 55.578, de 4 de fevereiro de 1965, e 55.595, de 20 de abril de 1965, e mais disposições em contrário» (fl. 6).

De modo que, a proibição ficou, expressamente excluída do decreto e respectivo «contrato-padrão», voltando a constar do artigo 15 do Decreto nº 75.321, de 29-1-75, que regu-

lamentou o Decreto-Lei nº 1.390, da mesma data e, ainda assim, para restringir as transferências de direitos relativos à promessa de compra e venda a funcionário ou empregado de entidades da Administração Indireta e de fundações. Como é óbvio, este decreto não tem incidência sobre a hipótese dos autos dada a própria ressalva encartada no artigo 39.

5. Finalmente, a respeito da correção monetária, a jurisprudência deste Egrégio Tribunal é tranqüila a favor dos apelantes. Basta mencionar o seguinte Acórdão da AMS nº 85.918-RJ, por eles apontados, tendo como Relator o eminente Ministro William Patterson:

«Administrativo. Imóvel residencial. Correção monetária.

Comprovada a aquisição da unidade em data anterior ao Decreto-Lei nº 19, de 29-8-66, é inaplicável o regime da correção monetária.

Precedentes judiciais».

APELAÇÃO CIVEL Nº 88.898 — MG

Relator: O Sr. Ministro Carlos Madeira

Apelante: INPS

Apelado: Oswaldo Henrique Nogueira

6. Pelo exposto, dou provimento aos apelos para julgar improcedente a ação de reintegração de posse e deferir a segurança. Invertem-se os ônus da sucumbência.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 86.567 — DF — Rel.: Sr. Ministro Jesus Costa Lima. Aptes.: Antônio de Nazareth Pontes Tavernard e Manoel Cardoso Vieira e cônjuge. Apdo.: IAPAS.

Decisão: Por unanimidade, a Turma deu provimento ao recurso, para reformar a sentença na ação reivindicatória, enquanto concedia a segurança, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator (Em 16-3-84 — 2ª Turma).

Os Srs. Ministros Evandro Gueiros Leite e William Patterson votaram com o Sr. Ministro-Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro **Evandro Gueiros Leite**.

EMENTA

Servidores públicos. Ferroviário autárquico não optante pelo regime da CLT. Aposentadoria.

Não tendo direito à dupla aposentadoria, o ferroviário autárquico que não optou pelo regime celetista desvincula-se do regime comum da previdência social, na data em que for redistribuído para órgão da Administração Direta, sob regime estatutário. Sua jubilação só poderá ocorrer nos termos da legislação dos funcionários públicos, não podendo pretender a aposentadoria previdenciária.

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 reformar a sentença e julgar improce-

dente a ação, 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 março de 1984 (Data do julgamento) — Ministro

Carlos Madeira, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Carlos Madeira (Relator): Antigo ferroviário autárquico, contribuinte da previdência social, requereu aposentadoria por tempo de serviço, mas esta lhe foi negada, ao fundamento de não ter ele optado pelo regime da CLT, instituído pela Lei nº 6.184, de 1974, sendo redistribuído para o Quadro Permanente do Ministério do Trabalho.

Inconformado, propôs a presente ação, sob o patrocínio da assistência judiciária, pleiteando a aposentadoria a partir da data da entrada do seu requerimento na agência do INPS em Conselheiro Lafaiete.

Contestou a autarquia, argüindo a incompetência absoluta da Justiça Federal para conhecer do pedido, a teor do § 3º do artigo 125 da Constituição. No mérito, sustentou que o autor só requereu abono de permanência e aposentadoria por tempo de serviço, após ter sido redistribuído para o Ministério do Trabalho. O artigo 188 do RBPS, aprovado pelo Decreto nº 83.080/79, estabelece que o ferroviário servidor público, que não optou pelo regime da CLT, só tem direito aos benefícios da previdência social urbana até a sua redistribuição para outro órgão da administração pública. O autor foi redistribuído em 22 de setembro de 1981, desvinculando-se, desde então, da previdência social.

O autor replicou e, realizada audiência de instrução e julgamento, o Juiz Federal da 1ª Vara de Minas Gerais, por sentença, desprezou a preliminar de incompetência e, no mérito, julgou procedente a ação, para condenar a autarquia a conceder a aposentadoria previdenciária ao autor, a contar do requerimento administrativo (18-1-83), incidindo a correção monetária sobre as prestações em atraso, mais juros. A condenação inclui honorários de 10% sobre

o total dos atrasados e doze prestações vincendas.

Apelou o INPS.

Contra-arrazoou o autor.

É o relatório.

Ementa: Servidores públicos. Ferroviário autárquico não optante pelo regime da CLT. Aposentadoria.

Não tendo direito à dupla aposentadoria, o ferroviário autárquico que não optou pelo regime celetista desvincula-se do regime comum da previdência social, na data em que for redistribuído para órgão da Administração Direta sob regime estatutário. Sua jubilação só poderá ocorrer nos termos da legislação dos funcionários públicos, não podendo pretender a aposentadoria previdenciária.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Madeira (Relator): Não procede a preliminar de incompetência absoluta da Justiça Federal, eis que a competência conferida aos Juizes de Direito, para conhecer de questões previdenciárias que envolvam benefícios pecuniários, na forma do § 3º do artigo 125 da Constituição, não derroga a competência geral dos Juizes Federais, prevista no item I do mesmo artigo.

No mérito, vê-se que o autor ingressou na Estrada de Ferro Central do Brasil como motorista oficial, em 23 de abril de 1954. Como servidor autárquico estatutário, trabalhou até 15 de outubro de 1981, perfazendo 27 anos, um mês e vinte e um dias (Certidão de fls. 39/40). Anteriormente, contribuiu como motorista para o IAPC, a partir de dezembro de 1950 até pelo menos agosto de 1953 (fls. 48/53). Contribuiu, também, para o antigo IAPC em 1950 e em 1952, como se infere dos documentos de fls. 45/47.

É indubitoso, assim, que o autor, ao ser redistribuído, em outubro de 1981, já contava mais de trinta anos de contribuição à previdência.

A contribuição como ferroviário não era, como entende o Juiz «como se o autor fosse celetista». A previdência social no Brasil teve início precisamente com as Caixas de Pensões dos ferroviários funcionários públicos, instituídas pelo Decreto nº 5.109, de 1926. Nesse regime, os ferroviários não eram aposentados pelo Tesouro Nacional, mas pelas Caixas. Em 1941, pelo Decreto-Lei nº 3.769, o Tesouro Nacional passou a complementar os proventos pagos pelas Caixas, o que ainda hoje ocorre, nos termos do Decreto-Lei nº 956, de 1969. A aposentadoria voluntária pelo Tesouro Nacional só foi instituída em 9 de novembro de 1937, pela Lei nº 583, mas os ferroviários só vieram a gozar de tal direito com o advento da Lei nº 1.711/52, que lhes devolveu a plenitude dos direitos dos funcionários públicos.

Os ferroviários funcionários públicos ou autárquicos não contribuíam, portanto, como se fossem celetistas, mas em virtude do regime próprio de previdência de que desfrutavam desde 1926.

Tais considerações são úteis também para a interpretação da regra do artigo 188 do RBPS, aprovado pelo Decreto nº 83.080/79. O que visa a regra é desvincular o servidor do regime pelo qual contribuiu até a data da sua redistribuição, passando desde então ao regime da Previdência Social do funcionário público federal, previsto nos artigos 349 a 374 do Regulamento. Nesse regime, não se inclui a aposentadoria.

No que concerne ao ferroviário autárquico, tenho que é congruente a regra, pois sempre se entendeu que a essa categoria de servidores não cabe a dupla aposentadoria. Quanto aos ferroviários funcionários públicos, não há como admitir-se a limitação do direito à aposentadoria previdenciária até a redistribuição, pois tal direito é amparado por lei não revogada.

O autor, porém, era ferroviário autárquico e não tinha, até a data de sua redistribuição, direito à aposentadoria estatutária. Na realidade, a redistribuição para órgão da Administração Direta, transmutou o seu status de segurado da previdência, como ferroviário autárquico, em funcionário público federal. Deixou de ser ferroviário, para servir a outro Ministério. Não pode pretender que essa mudança lhe dê direito à dupla aposentadoria, inexistente na sua nova categoria funcional.

A sua aposentadoria previdenciária, tal como decretada na sentença, não só está vedada por força da disposição regulamentar, como lhe acarretaria prejuízo, pois a concessão do benefício importaria no seu imediato afastamento do serviço público, sendo certo que a renda mensal a ser auferida seria inferior aos proventos da inatividade, pagos pelo Tesouro Nacional.

Não se trata, portanto, apenas do direito adquirido, mas, sim, do próprio interesse do servidor, manifestado no momento em que preferiu não optar para permanecer como estatutário. Essa recusa da opção, não lhe dá o direito à dupla aposentadoria, que está implícita no pedido do autor.

Com essas considerações, dou provimento à apelação, para reformar a sentença e julgar improcedente a ação.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 88.898 — MG — Rel.: o Sr. Ministro Carlos Madeira. Apte.: INPS. Apdo.: Oswaldo Henrique Nogueira.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento à apelação, para reformar a sentença e julgar improcedente a ação. (Em 23-3-84 — 3ª Turma).

Votaram de acordo com o Relator os Srs. Ministros Adhemar Raymundo e Flaquer Scartezini. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Carlos Madeira.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 89.094 — RJ

Relator: O Sr. Ministro Adhemar Raymundo

Apelante: Laboratório de Análises Clínicas Baronesa Ltda.

Apelado: INAMPS

EMENTA

Previdência Social.

Credenciamento. Ato unilateral da autoridade administrativa, autorizando o particular a prestar determinados serviços, com o direito de receber o preço correspondente. Caráter precário dessa autorização. Pela sua estrutura, distingue-se, fundamentalmente, do contrato de locação.

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, 30 de março de 1984 (Data do julgamento) — Ministro Carlos Madeira, Presidente — Ministro Adhemar Raymundo, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Adhemar Raymundo (Relator): Laboratório de Análises Clínicas Baronesa Ltda. ajuizou ação ordinária contra o INPS, objetivando a rescisão de contrato de credenciamento e ressarcimento por danos.

Alegou o autor haver contratado com o réu, por prazo determinado, serviços de análises clínicas, obrigando-se a realizar «exames» laboratoriais de rotina e de urgência, diariamente, inclusive aos sábados, domingos e feriados, para atender, precipuamente, aos pacientes do

Hospital Cardoso Fontes, hoje Hospital Geral de Jacarepaguá.

Até maio de 1976 a coleta de material para os exames era feita no então Hospital Cardoso Fontes, e as análises do material, na sede social do autor.

Como aumentasse muito o número de requisições de análises, o INAMPS determinou que o autor se instalasse nas dependências do hospital, com equipamentos, material de análise e pessoal do autor, passando os serviços a serem prestados, também, além dos pacientes internos, aos externos, mediante requisição dos médicos do INAMPS.

Para o funcionamento do laboratório, no hospital, o autor realizou obras de adaptação, contratando, para tal, 48 funcionários, dos quais, 41 com vínculo empregatício.

Acontece que em março de 1981, o INAMPS, sem nenhum aviso prévio, e sem justificação, suspendeu a remessa de pacientes ao autor, sem denunciar o contrato, permanecendo os serviços do autor à inteira disposição do réu, que não os usa porque não quer.

Instruindo a inicial vieram os documentos de fls. 2/165.

Contestou o INPS, argüindo, preliminarmente, ser parte ilegítima, por

ser o réu o INAMPS e não o INPS, sustentando ao depois, serem os credenciamentos para os estabelecimentos de assistência médica, sempre de caráter eventual, sem exclusividade, e, no credenciamento dado ao autor, consta expressamente: «prestação de serviço eventual»; sendo a modalidade de ocupação do local no hospital um desmando que teria de ser corrigido, foi o autor cientificado em março de 1980, de que não poderia permanecer nas dependências do hospital.

Quanto ao fato gerador do pedido, seria a culpa contratual, mas esta não está configurada porque o ato do instituto réu, de credenciamento do autor, aponta expressamente a eventualidade da prestação do serviço.

Ademais, saindo o autor do hospital e levando seu equipamento e pessoal, continuará a exercer normalmente suas atividades.

Quanto aos encargos com empregados, honorários e salários, são obrigações do autor, bem como não caracterizar locação a cobrança, por parte do instituto, das despesas com água, luz e telefone.

Replicou o autor.

Oficiou o Ministério Público.

Saneador irrecorrido.

Realizou-se a audiência, sendo ouvidos o autor e três testemunhas, uma comum e uma de cada parte.

Vieram as razões finais (fls. 259/264 e 266/269).

Sentenciando, o Dr. Juiz Federal julgou improcedente o pedido.

Apelou o autor (fls. 279/285).

Contra-arrazoou o INAMPS.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Adhemar Raymundo (Relator): O Dr. Juiz assinalou, com acerto, o caráter do

credenciamento, ao enfatizar, in verbis:

«Com efeito, não ocorre locação, mas sim, simples autorização para que o autor ocupasse parte das dependências do hospital, para nele colocar laboratório de análises clínicas, a fim de atender aos seguros do réu (fl. 276).»

Evidentemente, pela leitura dos documentos indicados pelo apelante, nas suas razões, se verifica que não houve, na realidade, locação, como quer este. A natureza jurídica da locação, no ensinamento unânime dos civilistas, pressupõe contrato, pelo qual «uma das partes se obriga a conceder a outra, por tempo determinado, ou não, o uso e gozo de coisa não fungível, mediante certa retribuição». Ora, no caso dos autos, onde esse contrato celebrado entre o autor e o réu? Basta que se registre que o autor não tinha obrigação de retribuir o réu pelo uso da coisa. Utilizou-a, como provado, a título de liberalidade da autoridade, que, em verdade, outra coisa não fizera senão simples credenciamento. A esta conclusão se chega pelo exame dos seguintes documentos. Na fl. 182 está dito, de modo claro, que, «em 1974, o Laboratório de Análises Clínicas Baronesa, autor da ação, prestará serviços eventuais, na modalidade de credencial, aos beneficiários do instituto». Em consonância com esse documento, o da folha nº 38, onde se diz: «Face ao credenciamento desse Laboratório no INPS, para prestação de serviços, a direção do hospital comunica-lhe que todos os exames de laboratório serão realizados pelo mesmo». Onde, por esses documentos, a configuração de um contrato de locação? Mas, também o documento de fl. 240 se registra, apenas, que, em 1976, o autor foi autorizado, pelo prazo de um ano, como requerido pelo próprio, a instalar-se no Hospital Cardoso Fontes, pois este carecia de serviços de Patologia Clínica.

E isso foi dado «até implantação do laboratório próprio ou enquanto atender aos interesses do hospital». Evidentemente, pelo documento referido, não se alterou a situação jurídica do autor, que permaneceu autorizado a prestar serviços ao réu, como credenciado. Apenas, deu-se autorização para utilizar o Hospital Cardoso Fontes, a fim de atender aos beneficiários do réu. Entre esse fato e a existência de contrato de locação, há uma diferença abissal, tanto mais quanto nenhuma remuneração era devida pelo autor ao réu, relativamente ao uso e gozo da coisa ocupada, característica da locação. Nem se argumente com o documento de fl. 245 dos autos. Nele, há referência à possibilidade de renovação do credenciamento. Se ali se fala em contrato, na realidade, não houve avença entre o autor e o diretor do Hospital Cardoso Fontes. Por se tratar de correspondência do autor, claro que este timbrava em proclamar existir esse contrato de locação, o qual, contudo, não veio para os au-

tos. A partir do momento em que o hospital instalou serviços de Patologia Clínica, tinha o autor de desocupá-lo, nos exatos termos da autorização que o credenciado tinha, para somente utilizá-lo até a instalação do laboratório próprio, como dito no documento de fl. 240 v.

Nego provimento à apelação.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 89.094 — RJ — Relator: Sr. Ministro Adhemar Raymundo. Apelante: Laboratório de Análises Clínicas Baronesa Ltda. Apelado: INAMPS.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação (3ª Turma — 30-3-84).

Votaram de acordo com o Relator os Srs. Ministros Flaquer Scartezzini e Hélio Pinheiro. Presidiu o Julgamento o Sr. Ministro Carlos Madeira.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 89.182 — RJ

Relator: O Sr. Ministro José Cândido.

Apelante: Roosevelt Arueira

Apelados: Caixa Econômica Federal e Instituto de Resseguros do Brasil

EMENTA

Seguro. Sistema Financeiro Habitacional. Contrato. Caixa Econômica Federal. Aposentado por invalidez.

Segurado que, ao firmar o contrato, já padecia de invalidez temporária, com sintomas já bem pronunciados da enfermidade que o levaria à aposentadoria, carece de direito ao seguro.

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, 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 maio de 1984 (Data do julgamento) — Ministro **Evandro Gueiros Leite**, Presidente — Ministro **José Cândido**, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Cândido: O MM. Juiz Federal da 8ª Vara, Dr. Clelio Erthal, expôs a controvérsia nos seguintes termos:

«Trata-se de ação ordinária proposta por Roosevelt Arueira, qualificado nos autos, contra a Caixa Econômica Federal, alegando, em síntese, o seguinte:

1. Que adquiriu de Laureno Pereira dos Santos e sua mulher o imóvel constituído de terreno e casa, na Rua 61, nº 39, lote 16, quadra 59, Itaipu, Niterói, com pacto adjeto de hipoteca em favor da Caixa Econômica Federal, conforme escritura de 25-3-80.

2. Que, para garantir o crédito hipotecário, a ré exigiu fosse feito um seguro para garantir a dívida, em caso de morte ou invalidez permanente do devedor, conforme parágrafo único da cláusula 8ª da referida escritura o que foi feito, através da Apólice de Seguro da Ajax — Companhia Nacional de Seguros.

3. Que a seguradora tem responsabilidade perante a Caixa Econômica Federal, e esta perante o segurado, pela cobertura do risco.

4. Que, posteriormente, acometido de invalidez permanente, aposentou-se como tal, e tentando liquidar o seu débito, proporcionalmente, por intermédio do Seguro do Sistema Financeiro da Habitação, procurou a ré, que denegou-lhe o benefício.

Em conseqüência, espera a procedência da ação para condenar a ré a liquidar o débito, proporcionalmente, na forma do contrato,

através do seguro do SFH e a devolver em dobro todas as parcelas que recebeu indevidamente, além da multa diária de 5 ORTNs a partir da citação.

Com a inicial vieram os documentos de fls. 4/17.

Pagas as custas (fl. 19) e citada a ré, contestou o pedido às fls. 24/27, com os documentos de fls. 28/53, alegando:

1. Preliminarmente, falta de legitimação *ad causam* para figurar como parte na presente relação processual, já que responsável pela quitação pretendida é a seguradora Ajax — Companhia Nacional de Seguros.

2. No mérito, a improcedência do pedido, porque a moléstia que motivou a aposentadoria do autor teve início em 1969, antes portanto de se tornar segurado do Sistema Financeiro da Habitação, que ocorreu em 25-3-80.

Pelo que espera a extinção do feito, por carência do direito de ação do autor, contra ela, ré, ou a improcedência do pedido, se examinado o mérito.

Réplica às fls. 55/56.

Citada a empresa seguradora — Ajax — Companhia Nacional de Seguros para integrar o feito, contestou o pedido às fls. 68/69, requerendo, preliminarmente, a denúncia da lide ao IRB — Instituto de Resseguros do Brasil, como litisconsorte necessário. E no mérito alegou que o autor não faz jus ao que pretende, por ser a enfermidade anterior ao contrato de compra do imóvel.

Citado o IRB, ofereceu a contestação de fls. 81/83, com a procuração de fl. 83, argüindo ilegitimidade de parte, por não responder diretamente perante os segurados, pelo montante assumido em resseguro. E no mérito, reporta-se aos

argumentos expendidos pelas demais rês».

Sentenciando, às fls. 98/101, julgou improcedente a ação, condenando o postulante nas custas e em honorários de advogado, fixados estes em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa.

Inconformado, apelou o autor, com as razões de fls. 104/105, alegando, em resumo, verbis:

«Apesar da aposentadoria do autor tratar-se de ato consumado, vale ressaltar que ocorreu contra a sua vontade, pois relutou e de nada adiantou, sendo coercitivamente aposentado, porém não imaginava que o submundo funcionasse com tanta hipocrisia.

O autor agiu de boa fé, não usou de ardil, não estava incapacitado quando firmou contrato com a apelada, só o ficando posteriormente através do decreto, fato que não admite suposições através de regressus ad infinitum, conforme entendimento na respeitável sentença».

Contra-razões às fls. 111/112 e 128/129.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Cândido (Relator): A sentença de 1º grau reconheceu que, ao assinar o contrato de financiamento de casa própria pelo Sistema Financeiro Habitacional, com a Caixa Econômica Federal, o autor era portador da doença que determinaria a sua invalidez permanente. Na oportunidade, ele ficou ciente das cláusulas constantes da apólice e, dentre essas, a que trata dos riscos excluídos (4ª fl. 50 verso).

A r. sentença está fundamentada na prova documental juntada aos autos, e assim expressa, verbis:

«Outrossim, é indubitável que o autor aposentou-se em 15-4-81, com base nos artigos 101, I e 102, I, letra b da Constituição Federal, c/c os artigos 176, III e 178, I, letra b da Lei nº 1.711/52; vale dizer: por invalidez (fl. 15), em consequência de doença especificada no artigo 104 desse diploma legal (fl. 14/14v), ou mais precisamente, por doença mental (fls. 34/37). E nesse caso, nada mais legítimo, em princípio, do que pleitear a quitação dos seus compromissos para com a credora hipotecária, com a transferência da responsabilidade para o agente segurador.

Ocorre que a cláusula 4.2 das «Condições Particulares para os Riscos de Morte e de Invalidez Permanente,» da qual o autor tem ciência desde a assinatura do contrato, dispõe:

«Estão excluídos do presente seguro

.....
4.2. Os casos de invalidez permanente resultante de invalidez temporária comprovadamente existente à data da caracterização das operações definidas no item 1.1 da Cláusula 1ª destas condições».

E no caso vertente o autor já sofreu do mal que o levou à aposentadoria, antes mesmo de firmar o contrato de financiamento em 25-3-80. Haja vista ao laudo pericial de fls. 34/37, de 12-1-81, segundo o qual já apresentava sintomas da doença desde 1969, quando foi internado em uma clínica psiquiátrica (não sabe dizer o nome da clínica) por um período de 6 meses, no qual fez tratamento com eletroconvulsoterapia e neurolépticos, tendo recebido alta e melhorado (sic). Após esta data voltou ao seu trabalho sem conseguir mais atingir o desempenho anterior».

De conseguinte, embora a invalidez do autor somente tenha torna-

do definitiva depois, o fato é que, ao firmar o contrato já padecia de invalidez temporária, com sintomas já bem pronunciados da enfermidade que o levaria à aposentadoria. E nesse caso, não pode invocar o amparo de um seguro que não chegou a vigorar, face à expressa exclusão acima referida».

Não merece reforma a decisão de primeiro grau. O apelante, em suas razões, nenhum argumento jurídico ofereceu, capaz de modificá-la.

Isto posto, nego provimento à apelação, para confirmar a sentença.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 89.182 — RJ — Rel.: Sr. Ministro José Cândido. Apte.: Roosevelt Arueira. Apdos.: Caixa Econômica Federal e Instituto de Resseguros do Brasil.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação, para confirmar a sentença (Em 8-5-84 — 2ª Turma).

Os Srs. Ministros Costa Lima e Gueiros Leite votaram com o Sr. Ministro-Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Evandro Gueiros Leite.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 89.927 — CE

Relator: O Sr. Ministro Wilson Gonçalves

Remetente: Juízo Federal da 1ª Vara-Ceará

Apelantes: Francisco Pinheiro Landim/INCRA

Apelados: Os mesmos

EMENTA

Desapropriação. Justa indenização. Laudo oficial. Matas e pastagens nativas. Honorários de Assistente Técnico. Críticas desenvolvidas pelo apelo.

A indenização arbitrada pelo perito oficial, que mereceu a acolhida do Juiz sentenciante, deve prevalecer.

A anulação da perícia, como pretendida pelo expropriante, envolve matéria serôdia e encerra uma discriminação inaceitável.

Além da competência e experiência demonstradas pelo perito, o seu laudo está bem elaborado, completo e fundamentado.

No concernente à vegetação menos densa, é entendimento pacífico da Egrégia Turma, que a mata, mesmo de menor porte e as pastagens nativas, devem ser computadas como parcelas autônomas na indenização, pois têm valor específico, distinto da terra nua. No entanto, como o vistor oficial não incluiu essa parte no seu laudo e, por isto, não foi contemplada na decisão recorrida, deverá ser ela avaliada na fase da liquidação da sentença, para complementar a justa indenização.

Incumbe ao **expropriante** pagar o salário do assistente técnico do expropriado (Súmula nº 69-TFR).

O recurso apelatório do INCRA, a despeito de bem elaborado, é um trabalho intelectual eminentemente teórico, distanciado e acima dos elementos probantes.

Provimento parcial do apelo do expropriado para incluir, na condenação, a parcela relativa à vegetação menos densa pelo valor que for fixado em liquidação, bem como para arbitrar em dez (10) salários mínimos o salário devido ao seu assistente técnico; improvimento do recurso do INCRA, confirmada no mais a sentença remetida.

ACÓRDÃO

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

Decide a 6ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, dar parcial provimento à apelação do expropriado e negar provimento à apelação do INCRA, 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 maio de 1984 (Data do julgamento) — Ministro Antônio Torreão Braz, Presidente — Ministro Wilson Gonçalves, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Wilson Gonçalves: O Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária — INCRA propôs a presente ação desapropriatória contra Teodomira Temóteo de Lima, com base no Decreto nº 84.652, de 23-4-1980, que declarou de interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural denominado Fazenda Saco de Belém, situado no município de Santa Quitéria, Estado do Ceará, com área de aproximadamente 20.000 ha, com as subdivisões relativas à Fazendas «Varjota», «Mirador», «Carnaubinha», «Belém», «O-lho d'água» e «Bela Bista».

Como indenização ofereceu a quantia de Cr\$ 6.014.592,00 (seis mi-

lhões, quatorze mil, quinhentos e noventa e dois cruzeiros), representada por 1.988 Títulos da Dívida Agrária, referente à terra nua, e mais Cr\$ 1.002.432,00 (um milhão, dois mil, quatrocentos e trinta e dois cruzeiros), em moeda corrente, com relação às benfeitorias.

A imissão de posse data de 28 de agosto de 1980.

Citada, contestou a expropriada, alegando, entre outras coisas, que a área informada pelo autor não era correta, visto medir o imóvel 28.000 ha. Impugnou, mais, o valor da oferta.

Maria Valnira Pinheiro, na qualidade de inventariante do espólio de Antonio Ugo Pinheiro ou Antonio Hugo Pinheiro, requereu habilitação no processo, o mesmo ocorrendo com Estevam de Alencar Guerra e sua mulher (fls. 135 e 142/146), sob a alegação de serem proprietários de parte da área desapropriada.

Joaquim Miranda Pessoa de Andrade, argumentando haver arrendado 4.000 ha do imóvel «Saco de Belém», e neles introduzido benfeitorias, requereu, fls. 163/166, fosse realizada perícia avaliatória.

Francisco Pinheiro Landim requereu sua habilitação, afirmando ser cessionário dos direitos hereditários de Paulo Alves Teixeira, representados por uma área de 6.858 ha do imóvel desapropriado.

As fls. 245/246 foi determinado procedesse o INCRA ao levantamento topográfico planimétrico de toda a área efetivamente expropriada, com indicação das áreas de posse ou domínio alegadas pelos contestantes, com suas respectivas características, tudo acompanhado de memorial descritivo, cálculos de áreas e poligonais.

Em cumprimento veio o material de fls. 268/328.

Laudo pericial às fls. 379/419.

Laudo do assistente técnico da expropriada às fls. 420/423.

Decidindo, o MM. Juiz a quo julgou procedente a ação, e fixou, com base no laudo do perito oficial, com a ressalva referente à aplicação da correção monetária para as terras de aluvião, o valor da indenização em Cr\$779.133.198,51, assim distribuídos:

«1. Valor da terra nua Cr\$ 437.016.614,80

2. Valor das terras de aluvião Cr\$ 64.031.278,96

3. Valor da cobertura vegetal Cr\$ 249.529.801,95

4. Valor das culturas e capoeiras Cr\$ 4.390.262,80

Valor das terras Cr\$754.967.958,51

5. Valor das benfeitorias Cr\$ 24.165.240,00

Total da indenização Cr\$ 779.133.198,51».

Sobre tal quantia determinou a incidência de juros compensatórios, à razão 12% a.a., a contar da imissão na posse; correção monetária a partir do laudo e segundo a variação das ORTNs, juros de mora, após o trânsito em julgado da sentença e o efetivo pagamento.

Os honorários do perito foram fixados em 20 salários mínimos regionais e os de advogado em 10% sobre

a diferença entre a indenização e o valor da oferta, ambos corrigidos.

As questões relativas ao domínio foram remetidas às vias ordinárias.

A sentença foi exposta ao duplo grau de jurisdição.

Insatisfeita, apelou a expropriada, aduzindo a seguinte fundamentação: lê, fls. 469/471.

Por seu turno, também apelou o INCRA, de acordo com as razões constantes de fls. 474/482.

Contra-razões às fls. 501/501A e 502/518. Lê.

A fl. 529 foi homologada a substituição de parte requerida por Francisco Pinheiro Landim, que passou à condição de desapropriado recebendo o processo no estado em que se encontra.

Vieram, então, os autos a esta Instância revisora.

Dispensada a revisão, nos termos do artigo 33, IX, do RI.

E o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Wilson Gonçalves:
A douta sentença apelada assenta na seguinte fundamentação:

«Na hipótese dos autos, o processo de desapropriação se desenvolveu regularmente, não havendo nenhum vício que o nulifique ou que necessite ser sanado.

Cabe-me, portanto, tão-somente apreciar a contestação no que se refere ao justo preço a ser pago pelo imóvel desapropriado.

Segundo o bem elaborado laudo apresentado pelo perito do Juízo, Engenheiro Fernando Souza Lima, e subscrito por um dos assistentes técnicos, o valor atribuído à terra nua foi de Cr\$ 710.947.239,55 (setecentos e dez milhões, novecentos e quarenta e sete mil, duzentos e trinta e nove cruzeiros e cinqüenta

e cinco centavos) e às benfeitorias Cr\$ 24.165.240,00 (vinte e quatro milhões, cento e sessenta e cinco mil, duzentos e quarenta cruzeiros), totalizando a importância de Cr\$ 735.112.479,55 (setecentos e trinta e cinco milhões, cento e doze mil, quatrocentos e setenta e nove cruzeiros e cinquenta e cinco centavos).

Para chegar a esse resultado, o perito levou em consideração valores fornecidos pelo Banco do Brasil S.A. e transações imobiliárias recentes na região. As benfeitorias foram criteriosamente especificadas e avaliadas, consistentes em cercas de arame e de madeira, 60 casas de taipa, barragens de alvenaria e de terra, cacimbão e cacimba.

O laudo discordante, assinado pelo assistente técnico, Engenheiro Ulysses Almeida, destacou duas falhas existentes na avaliação do «expert» oficial: 1º) quanto ao valor das terras de aluvião, não foi feita a devida correção monetária no valor obtido, deixando de se aplicar o mesmo fator de correção que fora empregado no cálculo do valor da terra nua; 2º) na área de cobertura vegetal foi considerada apenas a área de mata densa, deixando de fora a vegetação menos densa, que tem tanto valor econômico quanto à primeira, por ser constituída de sabiá, mororó, catingueira, jurema, imburama etc., que, além de serem úteis às construções, têm excepcional valor nutritivo para alimentação do gado.

A primeira falha apontada parece-me ter inteira procedência, devendo ter sido fruto de esquecimento por parte do vistor oficial, que deixou de aplicar a correção monetária. Já quanto a segunda, referindo-se a critérios técnicos, prefiro admitir a avaliação procedida pelo perito do Juízo, pela con-

fiança que inspira no julgador e por se colocar em posição de equidistância dos interesses das partes.

Por outro turno, a impugnação da autarquia expropriante, com relação ao laudo, entendendo desprovida de fundamentos razoáveis, quando pretende seja desconsiderado o valor atribuído à cobertura vegetal e terras de aluvião existentes no imóvel expropriado. Evidentemente, tais quesitos devem ser considerados pelo seu valor econômico independente» (fls. 450/451).

A apelação do expropriado abrange dois aspectos: a) a exclusão, no cômputo da indenização, da chamada vegetação menos densa, constituída de sabiás, mororós, catingueiras, juremas, imburamas, cipós bravos, etc., que, além de útil à construção civil e de cercas, têm excepcional valor nutritivo para alimentação do gado; e b) a não fixação do salário do assistente técnico do desapropriado.

Segundo ponto de vista que tenho sustentado, com o honroso apoio desta Egrégia Turma, a mata, mesmo de menor porte e as pastagens nativas, devem ser computadas como parcelas autônomas na indenização, pois têm valor específico, distinto da terra nua, especialmente as pastagens em região de pecuária de corte, como é aquela em que fica situado o imóvel objeto da expropriação (AC nº 52.209-SP, julg. em 13-10-80. AC nº 64.639-SP, julg. em 16-2-81; AC nº 55.259-SP e AC nº 54.361-SP, julg. em 23-2-81; e AC nº 72.230-SP, julg. em 10-5-82; todas desta 6ª Turma).

Não é outro o entendimento da ilustrada 4ª Turma (AC nº 48.805-SP, in DJ de 27-8-80; AC nº 49.099-SP, in DJ de 3-9-81; e AC nº 43.184, in DJ de 20-8-81).

Entretanto, data venia, não me parece justo, nem adequado, que o valor da mata menos densa e das pastagens seja equiparado ao da mata

densa, consoante pretende o primeiro recorrente apoiado no laudo do seu assistente técnico (fl. 422). Como o vistor oficial não incluiu essa parte no seu laudo e, por isto, não foi contemplada na decisão apelada, deverá ser ela avaliada na fase da liquidação da sentença, para complementar a justa indenização.

O segundo ponto do apelo — honorários do seu assistente técnico — constitui matéria pacífica, consubstanciada na Súmula nº 69 deste Tribunal, que tem este enunciado *in verbis*:

«Incumbe ao expropriante pagar o salário do assistente técnico do expropriado».

De outro lado, o recurso apelatório do INCRA, a despeito de bem elaborado, é um trabalho intelectual eminentemente teórico, distanciado e acima dos elementos probantes enfeixados nos autos, assemelhando-se mais a uma dissertação doutrinária de cunho político-sociológico, em que extravasa o subjetivismo dos seus ilustres subscritores, visivelmente inconformados com a preservação, no nosso sistema constitucional vigente, do direito à propriedade privada rural. A tese desenvolvida, pareceria, com respeitosa vênia, mais apropriada se dirigida ao exame ou apreciação de uma Assembléia Nacional Constituinte, que, se não estivesse inclinada a eliminar de todo aquele direito privativista — para alguns uma antiquilha —, pelo menos atribuisse à expropriação para fins da reforma agrária uma estrutura ou conceituação jurídica que se aproximasse do confisco, a ser utilizada em favor do bem comum.

Investindo veementemente contra a serena sentença apelada, amparado em pronunciamentos atribuídos ao saudoso Ministro Carlos Medeiros Silva, critica o Poder Judiciário como defensor intransigente, em assuntos de desapropriação, do indivi-

dualismo econômico, surdo às exigências sociais e à evolução dos institutos jurídicos (fl. 475).

Ilustro a minha assertiva com a leitura dos seguintes tópicos:

«Estupeficante, sob todos os aspectos, a sentença condenatória da autora, vislumbrando aqui, o enfático realismo do pronunciamento do eminente jurista Carlos Medeiros Silva, quando, em conferência pronunciada no Instituto de Direito Público e de Ciências Políticas da Fundação Getúlio Vargas, proclamava que:

«O conceito da propriedade como função social, sujeita às limitações impostas em lei, visando o bem comum, introduzido na Constituição de 1934 e reproduzido nas posteriores, não encontra nos Tribunais em se tratando de desapropriação, qualquer ressonância. A partir de 1943 se vem acentuando a tendência de repudiar todas as restrições legais à indenização, a fim de que ela seja a mais completa possível, contra o Estado». (in: *Doutrina*, 1962, págs. 1 a 15).

Este fenômeno é deveras paradoxal, salienta Carlos Medeiros, lembrando que, quando nos regia uma Constituição de cunho liberal e individualista, os tribunais admitiam restrições ao direito do expropriado, limitando as indenizações. Passando aos regimes constitucionais estruturados a partir de 1934, nos quais a propriedade e os direitos individuais cederam seu domínio ao interesse social, é que as decisões timbram em ampliar os direitos do expropriado. O Poder Judiciário, cita Carlos Medeiros, assume hoje o papel de defensor intransigente do individualismo econômico, inteiramente alheio às doutrinas consagradas na própria Constituição.

Mas o Judiciário é um Poder constitucional, é uma peça do Governo que não deve ficar surda às exigências sociais, e à evolução dos institutos jurídicos.

Referindo-se ao vulto das indenizações, é ainda de Carlos Medeiros, que extraímos o mais límpido e cristalino eufemismo:

«Enquanto a Constituição aponta ao Legislativo e ao Executivo tarefas relevantes que devem concretizar através do sacrifício de interesses individuais, a jurisprudência dos Tribunais tende a criar obstáculos a sua execução propiciando indenizações de vulto imprevisível» (fls. 475/476).

Esquece o apelante, no seu ardor de autodefesa, de que ao Poder Judiciário, no exercício de suas árduas e, às vezes, incompreendidas funções, não compete chancelar simplesmente tendências ideológicas de litigantes que pretendem impor ponto de vista que corresponde ao seu interesse momentâneo, mas aplicar, em cada caso, a legislação vigente, com isenção e serenidade, dentro do conceito de justiça, sob a inspiração da consciência de seus membros e do Direito Positivo.

Ora, como é incontroverso, a desapropriação prevista no art. 161 da Constituição Federal, condicionada à justa indenização, deve ser harmonizada, em um legítimo processo de exegese, com o postulado do § 22 do artigo 153 da mesma Carta, integrante do Capítulo dos Direitos e Garantias Individuais, cujo respeito e observância caracterizam, no mundo inteiro, a verdadeira e real existência do Estado democrático.

Na espécie, constata-se que o órgão expropriante não diligenciou em trazer aos autos outros elementos de prova que pudessem contribuir para que o magistrado de primeira instância examinasse novos aspectos da perícia realizada. Praticamente, o

MM. Juiz a quo dispunha do laudo do perito oficial, o qual, aliás, em tese, tem merecido a aceitação da jurisprudência, por não estar o seu autor vinculado às partes.

Agora, convicto de sua omissão voluntária, o desapropriante pretende, com alegações umas descabidas e outras meramente genéricas, anular a perícia, que, diga-se de passagem, decorreu normalmente, sem nenhum vício.

Para isso, alega:

a) falta de qualificação profissional do perito, que é engenheiro civil e não agrônomo; e b) precariedade da técnica adotada por estimativa da área, do uso atual e do valor da terra nua.

No tocante à nomeação do vistor judicial, a alegação é seródia, envolve matéria preclusa e encerra uma discriminação inaceitável.

Se o expropriante tinha motivo a opor à escolha do perito, cabia-lhe agir, no devido tempo, na conformidade dos artigos 423 e 138, III, e § 1º, do Código de Processo Civil. Demais, a perícia realizada não exigia conhecimentos privativos de agrônomo. Era uma avaliação de terras e benfeitorias, que comumente é feita por engenheiros civis, servindo de exemplo maior o Estado de São Paulo, em várias desapropriações por mim relatadas.

Além da competência e experiência demonstradas na pesquisa realizada e na elaboração do seu laudo, o engenheiro civil Fernando Souza Lima é membro titular do Instituto Brasileiro de Avaliações e Perícias de Engenharia (IBAPE) e membro fundador do Instituto Cearense de Engenharia, Avaliações e Perícias (ICEAP), como se vê do rodapé das folhas de papel usadas na confecção do laudo, o que aumenta a sua autoridade como avaliador, comprovada em muitos outros processos de igual natureza.

O seu laudo está bem elaborado, completo, fundamentado, segundo se infere do seu conteúdo e das respostas aos diversos quesitos formulados pelas partes. Quanto aos valores unitários adotados na avaliação, baseou-se em informações comprovadas do Banco do Brasil S.A. e do Banco do Nordeste do Brasil S.A. (fls. 413/417), bem assim em negócios realizados segundo declarações de particulares que menciona.

A propósito, o desapropriante indicou, como seu assistente técnico, um engenheiro agrônomo (fl. 338), que acompanhou pessoalmente os trabalhos de vistoria (fl. 386). Mas, não ousou ele apresentar nenhuma discrepância ou observação ao trabalho executado pelo perito oficial.

Por fim, assevera que matas não podem ser consideradas benfeitorias (fl. 481). E o próprio Direito Agrário que assim as conceitua.

Em voto na Apelação Cível nº 45.875-RS, julgada por esta douta Turma, acentuei:

«Com efeito, o Decreto nº 56.792, de 26 de agosto de 1965, que regula o capítulo I do título III da Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964 — Estatuto da Terra, no seu artigo 20, *caput*, ao estabelecer os dados considerados para a fixação do tributo, dispõe:

«Art. 20. o valor da terra nua, referido nos artigos 12 e 13, deverá ser declarado, pelo proprietário, ao preço do ano da declaração, e não incluirá o valor das benfeitorias adiante enumeradas:

I — construções, tais como: casas de moradia, galpões, banheiros para gado, cercas, valas ou currais e quaisquer edificações para instalações de beneficiamento e industrialização;

II — máquinas e implementos agrícolas;

III — equipamentos e instalações especiais;

IV — culturas permanentes;

V — animais (pecuária de médio e grande portes);

VI — árvores de florestas naturais ou plantadas».

Tentando refutar essa argumentação, o INCRA, em suas contrarrazões, aduz que a recorrente pinçou um dispositivo isolado, relativo ao aspecto tributário, para torcer o alcance do conceito, sendo óbvio que tal enumeração se tomada em sentido absoluto conduziria a vislumbrar-se impropriedade do legislador (fl. 677). Aqui — cumpre salientar — o legislador é o próprio Poder Executivo, sendo de presumir-se que a elaboração desse decreto tenha se processado no setor competente do órgão expropriante.

Encarado serenamente esse aspecto da questão, que na espécie assume feição importante, é lógico e racional que se o conceito de benfeitorias vale para efeito de tributação visando a definir o conceito de terra nua deverá valer também para os demais efeitos legais. A legislação agrária não poderia conter dois conceitos diferentes de terra nua: um para tributar e outro para indenizar.

Em processos de desapropriação por utilidade pública, tenho-me pronunciado pela indenização das matas nativas ou plantadas, independentemente do valor da terra nua, por entender que, nos nossos dias em que elas se tornam cada vez mais raras, têm valor econômico próprio, apreciável, que deve compor a indenização (AC nº 52.209-SP, 6ª Turma, unânime, julg. em 13-10-80, e AC. nº 54.994-SP, 6ª Turma, unânime, julg. em 18-2-81)».

A vista do exposto, provejo, em parte, a apelação do expropriado para incluir, na condenação, a parcela relativa à vegetação menos densa pelo valor que for fixado em liquidação de sentença, bem como para arbitrar em dez (10) salários mínimos o salário devido ao seu assistente técnico, e nego provimento ao apelo do INCRA, confirmando no mais a respeitável decisão remetida.

Francisco Pinheiro Landim/INCRA. Apdos.: Os mesmos. Advs.: Drs. Geraldo Rangel de Holanda Borges e Oscar Luis Moraes, José Sobral Filho e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu parcial provimento à apelação do expropriado e negou provimento à apelação do INCRA, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. (Em 21-5-84 — 6ª Turma).

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 89.927 — CE — Rel.: Sr. Ministro Wilson Gonçalves. Remte.: Juízo Federal da 1ª Vara-CE. Aptes.:

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Miguel Ferrante e Américo Luz. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Antonio Torreão Braz.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 3.435 — SP

Relator: O Sr. Ministro Carlos Augusto Thibau Guimarães

Apelantes: Roberto Franco e Geraldo da Silva Barreto

Apelada: Justiça Pública

EMENTA

Processual Penal.

Exame de corpo de delito indispensável em correspondência que fora abandonada e destruída por agentes postais (crime previsto no artigo 151, § 1º, I, e § 3º, do Código Penal).

Sentença condenatória reformada na Apelação Criminal nº 3.435-SP, pela E. 3ª Turma deste Tribunal, que absolveu os réus por falta de comprovação da materialidade do delito. Recurso Extraordinário (93.802-8-SP) a que foi dado provimento pela E. 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal para que, anulado o Acórdão, outra decisão se proferisse levando-se em consideração todos os elementos probatórios. Como o exame de corpo de delito no material apreendido implicará no reexame da prova, obviamente nova sentença deverá ser proferida após a realização da diligência determinada pelo E. Supremo Tribunal Federal, até em respeito ao artigo 573, § 2º, do CPP, ensejador do conhecimento do recurso extraordinário. Processo que se anula, a partir da sentença de primeiro grau, inclusive, determinando-se ao MM. Juiz a quo que, depois de realizada a diligência e ouvidas as partes, nova decisão venha a ser proferida.

ACÓRDÃO

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

Decide a 1ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, anular o processo, a partir da sentença de primeiro grau, inclusive, 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 março de 1984 (Data do julgamento). — Ministro Washington Bolívar de Brito, Presidente — Ministro Carlos Augusto Thibau Guimarães, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Carlos Augusto Thibau Guimarães: Em sentença proferida em 9-11-76 pelo então Juiz Federal da Segunda Vara de São Paulo, Dr. Cid Flaquer Scartezzini, hoje eminente Ministro desta Corte, foram condenados os carteiros Roberto Franco e Geraldo da Silva Barreto, da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, à pena de um ano de detenção como incursos no artigo 151, § 1º, I, e § 3º, do Código Penal, por haverem destruído as correspondências que deveriam distribuir, jogando-as fora, em terreno baldio (fls. 110/114).

Aos condenados foi concedida a suspensão condicional da pena.

Eles apelaram da sentença, havendo a antiga 3ª Turma deste Tribunal, à unanimidade, em 18-9-78, dado provimento ao recurso para absolver os apelantes por entender não comprovada a materialidade do delito.

Como Relator e Revisor funcionaram os senhores Ministros Armando Rollemberg e Aldir Passarinho, respectivamente, tendo o Acórdão sido ementado da seguinte maneira:

«Processo — Crime — Abandono e destruição de correspondência. Tratando-se de infração da qual existiam vestígios, e tendo retratação da confissão dos acusados em Juízo, indispensável era, no caso concreto, face ao disposto no artigo 158 do CPP, o exame de corpo de delito direto.

Não comprovada a materialidade do delito, reforma-se a sentença condenatória para absolver os réus» (fl. 156).

Dessa decisão o Ministério Público Federal recorreu extraordinariamente ao argumento de que o Acórdão recorrido negara vigência aos artigos 167, 184, 564, III, e 573, § 2º, todos do Código de Processo Penal.

Em arguição de relevância, a Egrégia 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, à unanimidade, houve por bem conhecer do Recurso Extraordinário Criminal (nº 93.802.8-SP) e dar-lhe provimento parcial em ordem a

«anular o Acórdão recorrido, a fim de que, realizado o exame de corpo de delito no material apreendido, outra decisão se profira levando em consideração todos os elementos probatórios».

Esse é o final do voto do Ministro-Relator, o Sr. Ministro Cordeiro Guerra, que conheceu do recurso por negativa de vigência do artigo 573, § 2º, do CPP,

«já que reconhecida a falta de exame de corpo de delito, este poderia e deveria ser realizado uma vez que houvera a apreensão do corpo de delito, e, assim não se legitimava a apreciação do mérito da causa sem o suprimento da falta proclamada» (fls. 187/188).

A douta Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pela remessa dos autos ao MM. Juiz Federal da 2ª Vara de São Paulo, a fim de, sob sua presidência, ser cumprida a dili-

gência determinada pelo E. STF (fl. 199).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Augusto Thibau Guimarães (Relator): A Egrégia 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal houve por bem de anular o Acórdão da 3ª Turma desta Corte para que, realizado o reclamado exame de corpo de delito outra decisão se profira, à vista dessa diligência.

Pela leitura, quer do venerando Acórdão do STF, quer do voto do Sr. Ministro Cordeiro Guerra, fica-se na dúvida se o que deve ser considerado anulado é somente o Acórdão recorrido ou, também, a sentença de Primeira Instância.

Isso porque a realização de um exame de corpo de delito no material apreendido implicará em reexame da prova e, conseqüente e necessariamente, em prolação de nova sentença, até porque as partes deverão ter ciência dessa prova para poder pronunciar-se novamente, sem embargo de vir o MM. Juiz singular a proferir decisão diversa daquela que já emitira, se o seu convencimento se modificar face à sobrevivência de novos elementos.

Por outro lado, na Instância recursal parece-me que seja defeso

formar-se Juízo sem que esses novos elementos de convicção sejam devidamente avaliados na Instância inferior, onde se produz a prova e se profere a sentença originária.

A melhor solução, a meu ver, será a de interpretar-se a respeitável decisão da Suprema Corte como tendo fulminado, também, a sentença de primeiro grau, até em respeito ao artigo 573, § 2º do CPP, ensejador do conhecimento do recurso extraordinário, e determinar-se ao MM. Juiz Federal a quo que, depois de realizada a diligência e de ouvidas as partes, venha a proferir nova decisão.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

ACr nº 3.435 — SP — Rel.: O Sr. Ministro Carlos Thibau. Aptes.: Roberto Franco e Geraldo da Silva Barreto. Apda.: Justiça Pública.

Decisão: A Turma, por unanimidade, anulou o processo a partir da sentença de primeiro grau, inclusive (jul. em 20-3-84 — 1ª Turma).

Os Srs. Ministros Washington Bolívar e Geraldo Sobral votaram com o Relator. Não compareceram os Srs. Ministros Jarbas Nobre e Leitão Krieger por motivo de licença. Compareceu o Sr. Ministro Geraldo Sobral para compor o quorum. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Washington Bolívar.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 5.517 — SC

Relator: O Sr. Ministro Evandro Gueiros Leite

Revisor: O Sr. Ministro William Patterson

Apelante: Silvio Libio Vieira

Apelada: Justiça Pública.

EMENTA

Criminal. Sentença que aplica pena ao arrepio do artigo 42, do CP. Correção.

Porque a apelação devolve à superior Instância revisora o conhecimento integral da causa, a má

aplicação do artigo 42, do CP, pela sentença, pode ser revista, inclusive quanto à exacerbação indevida da pena, pois o Tribunal pode substituir a decisão apelada, ao invés de fulminá-la de nula, como soe acontecer no julgamento do habeas corpus, muitas vezes em situações fora do alcance de solução ordinária e onde há risco de coação ilegal irreparável.

ACORDÃO

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 ao recurso do acusado Sívio Líbio Vieira, tão-somente para reduzir a pena corporal a 2 (dois) anos de reclusão, na forma do voto e notas taquigráficas precedentes que integram o presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 6 de abril de 1984 (Data do julgamento) — Ministro **Evandro Gueiros Leite**, Presidente-Relator.

RELATÓRIO

O Senhor Ministro **Evandro Gueiros Leite** (Relator). Aloisio Castro e Sívio Líbio Vieira foram denunciados como incurso nas penas dos artigos 334, c/c o artigo 25, do Código Penal, porque, no dia 22 de outubro de 1974, a Polícia Federal encontrou, na residência de Líbio Francisco Vieira, mercadorias de procedência estrangeira desprovidas de documentação legal e pertencentes aos denunciados.

O Dr. Juiz Federal relatou e decidiu o processo da seguinte maneira:

«O Ministério Público Federal, por seu representante em exercício neste Juízo, ofereceu denúncia contra Aloisio Castro, brasileiro, casado, estivador, residente na rua João Pessoa, nº 695, em Itajaí, e Sívio Líbio Vieira, brasileiro, casado, vigilante portuário, residente na rua Cobarg, nº 117, em Itajaí,

neste estado, dando-os como incurso nas sanções do artigo 334 c/c artigo 25 do Código Penal. Na peça vestibular assim foram descritos os fatos delituosos imputados aos denunciados: «No dia 22 de outubro de 1974, funcionários da Delegacia de Polícia Federal em Itajaí, munidos do competente Mandado de Busca e Apreensão e, acompanhados de alguns policiais militares, no interior da residência de Líbio Francisco Vieira, sita na localidade de Volta Grande, Estrada do Machado, município de Navegantes, mais precisamente em um quarto, junto a um depósito de farinha, encontraram vinte e oito garrafas de uísque de marca Dimple; treze garrafas de uísque Laird O'Logan e quinhentos maços, contendo cada um vinte cigarros da marca Pall Mall, tudo de procedência estrangeira. «Os agentes policiais, indagaram da pessoa que lhes permitiu a entrada, Olindina Vieira, se possuía as notas fiscais das referidas mercadorias. A Sra. Olindina respondeu negativamente, alegando que as mencionadas mercadorias haviam sido trazidas e naquele local depositadas pelo seu filho Sívio e por Aloisio Castro, respectivamente 2º e 1º indiciados. «Aduziu mais d. Olindina, dizendo que as mercadorias pertenciam ao 1º denunciado e que tanto este como seu filho Sívio habitualmente costumavam «depositar» este tipo de mercadorias em sua casa, concluindo que, a quantidade de mercadorias era maior, entretanto Sívio e Aloisio, momentos antes haviam estado lá e retirado uma parte delas. «Mais tarde, dona Olindi-

na, naturalmente prevenida pelo filho, negou o que antes havia declarado, dizendo que aquelas mercadorias haviam sido ali deixadas por dois desconhecidos, porém são veementes os indícios de que a primeira versão de dona Olindina é a verdadeira. «Daí porque, requeremos a instauração da competente ação penal, citando-se os denunciados, para que, provada a denúncia, após os «trâmites legais», sejam eles condenados nas penas de lei» A denúncia foi oferecida em 25-2-75 e recebida em 18-3-75. Os réus foram citados, interrogados e apresentaram defesa prévia constante de fls. 69/70 e 73/74, respectivamente, na qual alegaram a improcedência da denúncia, pelo que, esperavam sua absolvição. Foram inqueridas as testemunhas arroladas. As partes não requereram diligências. O Ministério Público apresentou as alegações finais de fls. 134/135, requerendo a condenação dos acusados nas penas do artigo 334, alínea d do Código Penal. O primeiro acusado não apresentou alegações finais no prazo legal. O segundo acusado apresentou as alegações de fls. 191/201 nas quais aduziu que a denúncia não tipificou os fatos imputados aos acusados, pelo que, é nula de pleno direito. Requereu *in fine* sua absolvição. É o relatório. Passo a decidir. Segundo a denúncia, em 22-10-74, funcionários da Delegacia de Polícia Federal em Itajai, encontraram no interior da residência de Libio Francisco Vieira, 28 garrafas de uísque da marca Dimple, 13 garrafas de uísque da marca Laird O'Logan e 500 maços de cigarros da marca Pall Mall, tudo isso de procedência estrangeira. Apuraram os policiais que os denunciados eram os proprietários das referidas mercadorias, segundo informações que lhes foram prestadas pela mãe do segundo denunciado. Pelo exame das provas trazidas

aos autos, cheguei à conclusão de que os fatos descritos na denúncia ficaram provados. Os depoimentos das testemunhas arroladas na denúncia comprovam a autoria dos fatos delituosos. As testemunhas arroladas pelos acusados foram unânimes em declarar «que nada sabiam a respeito dos fatos narrados na denúncia», se atendo apenas a informar sobre os antecedentes ou sobre a conduta dos acusados. Não foi produzida, pelos acusados, nenhuma prova que elidisse as provas apresentadas pelo autor da ação. A mãe do segundo acusado declarou por ocasião da apreensão das mercadorias que estas pertenciam aos réus. Entretanto, por ocasião de seu depoimento prestado perante a autoridade policial, mudou suas informações anteriores, inventando uma versão, não confirmada, de que as mercadorias estrangeiras pertenciam ao dono de um caminhão que furara um dos pneus defronte à sua casa e pediu-lhe que as guardasse. Alegou que o dono do caminhão era desconhecido, bem como desconhecida ou ignorada a data em que foi solicitada pelo mesmo para guardar as mercadorias. Nenhuma testemunha arrolada pelos acusados comprovou a existência do referido caminhão, nem fez qualquer referência a ser o motorista do mesmo verdadeiro proprietário das mercadorias estrangeiras apreendidas. A materialidade restou comprovada pelo Auto de Apresentação e Apreensão de fl. 09 e pelo Laudo de Exame de fl. 39 a 40 e 49 a 50. Quanto a classificação dada aos fatos delituosos pela denúncia, data *venia*, não me parece correta. O próprio Ministério Público nas alegações finais procurou consertar a classificação da denúncia, requerendo a condenação dos acusados na alínea d do § 1º do artigo 334 do Código Penal. Entendo correta a última classificação, tendo em vis-

ta a hipótese descrita na referida alínea d *in verbis*: «§ 1º incorre na mesma pena quem: a) b) e c) omissos. d) adquire, recebe ou oculta, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria de procedência estrangeira, desacompanhada de documentação legal, ou acompanhada de documentos que sabe serem falsos.» O § 2º do mesmo artigo 334 equipara às atividades comerciais, para os efeitos do mesmo artigo, qualquer forma de comércio irregular ou clandestino de mercadorias estrangeiras, inclusive o exercido em residências. Verifico, portanto, a perfeita adequação dos fatos descritos na denúncia ao tipo descrito na alínea d do artigo 334 do Código Penal, notadamente pela elucidação e presunção legal prevista no § 2º, como também porque restou provado, pelas declarações da mãe do segundo acusado aos policiais, que a quantidade das mercadorias era muito maior do que a apreendida, tendo em vista que os mesmos, momentos antes, haviam retirado uma parte do montante, evidenciando-se o comércio irregular e clandestino. Além de tudo isso, os acusados não trouxeram aos autos a documentação legal das mercadorias apreendidas. O certo é que os fatos descritos na denúncia lograram ser comprovados, embora não se subsumam no tipo previsto no artigo 334, *caput*, do Código Penal. Ora, o Juiz não fica vinculado à classificação feita na denúncia, podendo, segundo o disposto no artigo 383 do C.P. Penal dar ao fato definição jurídica diversa da que constar na peça acusatória inaugural, ainda que tenha que aplicar pena mais grave. À luz desse entendimento, considero os acusados incurso nas sanções do artigo 334, § 1º, alínea d do Código Penal, pelo que, passo à fixação da pena-base: os acusados são primá-

rios, mas não têm bons antecedentes, haja vista que em outras oportunidades já foram presos em flagrante e respondem a outros processos como incurso nas sanções do artigo 334 do C. Penal. Considerando as diretrizes previstas no artigo 42 do C. Penal e as circunstâncias em que praticaram os fatos descritos na denúncia, fixo a pena base na média da pena prevista no artigo 334 do Código Penal, ou seja, em dois anos e seis meses de reclusão. Considerando que inexistem circunstâncias agravantes ou atenuantes, nem causa especial de aumento ou diminuição da pena, concretizando-a como definitiva. Isto posto, julgo procedente a ação penal movida contra Aloiso Castro e Silvio Libio Vieira e os considero incurso nas sanções do artigo 334, § 1º, alínea d do Código Penal, pelo que, os condeno à pena de dois anos e seis meses de reclusão. Os condenados não têm bons antecedentes, não fazendo jus às prerrogativas previstas na parte final do artigo 594 do C. P. Penal. Custas, pelos réus. Expeça-se mandado de prisão». (Fl. 203/207)

Após deferido o seu pedido de recolhimento do mandado de prisão (fls. 222/223), o réu Silvio Libio Vieira apelou, alegando, preliminarmente, a nulidade do processo, por violação do princípio da indivisibilidade da ação penal. No mérito pediu a redução da pena e conseqüente extinção da punibilidade pela prescrição (fls. 240/251).

Aqui no Tribunal a douta Subprocuradoria-Geral da República opinou no sentido de negar-se provimento ao recurso (fls. 253/255).

E o relatório.

VOTO

O Senhor Ministro Evandro Gueiros Leite (Relator): Somente o réu Silvio Libio Vieira apelou, gozando

de liberdade concedida mediante fiança, pois não teria condições de beneficiar-se da Lei nº 5.941/73 (fl. 222). Quanto ao réu Aloísio Castro, consta o atestado de seu óbito, às fl. 236, de modo que quanto a ele se extinguiu a punibilidade.

Em suas razões de apelação, Silvio Libio Vieira alega nulidade por violação do artigo 48, do CPP, pois o órgão do Ministério Público não teria incluído na denúncia Olindina Vieira e Libio Francisco Vieira, visto que as mercadorias apreendidas foram encontradas na residência deles, conforme resultou amplamente provado na instrução criminal. A evidência está registrada na denúncia e também consta da sentença (fls. 241/243).

O Dr. Juiz não apreciou, na sentença, essa preliminar da defesa, porquanto já argüida nas alegações finais. Certamente por não considerá-la válida, pois conforme salientou em seu parecer a douta Subprocuradoria-Geral da República, o princípio da indivisibilidade da ação penal tem aplicação apenas nos crimes de ação privada, pelo que é legítima a exclusão de um ou mais indiciados, por parte do Ministério Público que, examinando os fatos, não forme a *opinio delicti* em relação aos excluídos.

Cita-se Acórdão do Supremo Tribunal Federal, no RE nº 93.055-8-PR do seguinte teor:

«**EMENTA:** Inépcia da denúncia, ausência de corpo de delito e desrespeito ao princípio da indivisibilidade da ação penal. Alegações im procedentes. O artigo 48 do CPP diz respeito às queixas em crimes de ação privada, e não aos crimes de ação pública, onde o MP, *dominus litis*, só está sujeito ao controle previsto no artigo 28 do CPP». RE nº 93.055-8-PR. Rel.: Ministro Cordeiro Guerra. DJU. 10-10-80 — pag nº 8023» (Fl. 254)

Final Olindina Vieira e Libio Francisco Vieira são os pais do apelante e simplesmente por ele usados como depositários inocentes das mercadorias, da mesma forma como agora estão sendo trazidos à presença da justiça como possíveis criminosos. Eles prestaram depoimento e procuraram inocular o filho, criando a versão fantasiosa da existência de terceiros, proprietários das mercadorias e que não foram, contudo, localizados e identificados no curso da instrução.

Quanto ao mérito, o acusado continuou sustentando nada ter a ver com as mercadorias encontradas na casa dos seus pais, pois ele reside com a mulher em outro endereço. Ademais Olindina e Libio Francisco negaram, categoricamente, a propriedade das mercadorias, como se fosse do seu filho, mencionando que indivíduos desconhecidos lhes haviam pedido que as guardasse em sua casa. Para o apelante, além da insuficiência da prova, o Dr. Juiz não poderia tê-lo condenado pelos seus antecedentes, pois isso não bastaria a ensejar sentença incriminadora. Além disso, o apelante está apenas indiciado em outros inquéritos ou processos, o que não pode colocar em dúvida a sua inocência.

E fato, porém, que Olindina, a própria mãe do apelante, informou às autoridades policiais que ele era o verdadeiro proprietário das mercadorias. Embora, depois, advertida pelo apelante, tenha variado de versão, a defesa não foi possível comprová-la, de modo a inutilizar o primeiro depoimento. No mais, quanto à autoria e culpabilidade do acusado, resta a prova testemunhal coligida. Os depoimentos judiciais, às fls. 99/101, indicam que a mercadoria apreendida pertencia aos acusados. Somam-se à suficiência dessa prova os antecedentes do acusado, acostumado a esse tipo de infração, juntamente, com o falecido Aloísio

Castro. As quatro (4) testemunhas arroladas pela acusação mencionaram que a mãe do acusado apelante a ele se referiu, bem como ao co-réu falecido, como sendo os proprietários das mercadorias apreendidas.

Leia-se o seguinte trecho das alegações finais, de fl. 135:

«Silvio, segundo se deduz, teve em Aloisio o seu iniciador na senda criminosa: posteriormente ao fato destes autos, por mais 2 vezes foi apanhado em delito de descaminho (certidões dos autos nº 9.375/78 e 9.384/78 com denúncia já formulada e por ser recebida)».

As peças trazidas aos autos pelo Ministério Público, aos fls. 136/178, roboram tal assertiva. Quanto ao mais, no pertinente à materialidade, restou comprovada pelo Auto de Apresentação e Apreensão, de fl. 9, e pelo Laudo de Exame, de fls. 39 a 40 e 49 a 50. A sentença fez restrição apenas à classificação feita aos fatos delituosos pela denúncia, que achou mais consentânea com o disposto no artigo 334, § 1º, alínea d.

O apelante também aborda o tópico pertinente à imposição da pena, que reputou exorbitante, pois deveria ter sido aplicada no mínimo legal. Nula é a decisão condenatória que não contém motivação no tocante à dosagem da pena, com postergação dos preceitos dos artigos 42 e 43, do Código Penal. Acho que nessa parte lhe sobra razão, não para efeito da nulidade pretendida, mas para resguardo, tão-só, do princípio de que não basta citar, a título de fundamento na fixação da pena, o artigo 42, do Código Penal. E preciso dar os motivos justificadores. Não bastariam, no caso, os antecedentes criminais do apelante, que ao tempo da sentença era juridicamente primário. Temos decidido aqui no Tribunal dentro dessa linha de orientação, que é a mesma do Supremo Tribunal (cf. fl. 250). Cabe-nos, como

instância revisora substituir a sentença nessa parte, ao invés de anulá-la, como sói acontecer nos casos de **habeas corpus**, quando a simples afronta ao texto legal consubstancia a coação, que seria irremediável se fora do alcance da apelação, a qual, por isso mesmo que devolve à Superior Instância todo o conhecimento da causa, dá ensejo à correção pedida.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso do acusado Silvio Libio Vieira, para reduzir a pena corporal a dois (2) anos de reclusão, dada a personalidade do sentenciado, os motivos e as circunstâncias do crime, que autorizam a presunção de que tornará a delinquir. Ele é vigilante portuário e já foi apanhado antes, quando tentava receber, por cima do muro do cais do Porto de Itajaí, um aparelho toca-discos e gravador, marca Sony-Vox, de procedência japonesa, tentando subornar o agente policial que o deteve (fl. 136).

E como voto.

VOTO REVISOR

O Sr. Ministro William Patterson: Trata-se de apelação interposta por Silvio Libio Vieira da decisão de primeiro grau que o condenou à pena de dois anos e seis meses de reclusão, pela prática do crime capitulado no artigo 334, § 1º, alínea d, do Código Penal, tendo em vista os fatos narrados na denúncia e apurados no curso da instrução processual, pertinentes à apreensão de mercadorias de procedência estrangeira desacompanhadas de documentação fiscal, encontradas na residência do acusado.

A autoria e a materialidade estão sobejamente comprovadas, quer pelo auto de apresentação e apreensão de fl. 9, quer pelos laudos de exame estampados às fls. 39/40 e 49/50, tudo corroborado pela prova testemunhal

colhida, como, por exemplo, o depoimento de fls. 99/101, infirmando as alegações no sentido de que as mercadorias pertenciam a terceiros.

Sobre as nulidades argüidas em preliminares, a sua improcedência é manifesta, conforme demonstrado pela ilustrada Subprocuradoria-Geral da República, em seu parecer de fls. 253/255, onde se lê:

«Estamos em que não assiste razão ao apelante. O princípio da indivisibilidade da ação penal tem aplicação apenas nos crimes de ação privada, pelo que é legítima a exclusão de um ou mais indiciados por parte do Ministério Público que, examinando a espécie, não forme a **opinio delicti** em relação aos excluídos:

«**EMENTA:** Inépcia da denúncia, ausência de corpo de delito e desrespeito ao princípio da indivisibilidade da ação penal. Alegações improcedentes. O artigo 48, do CPP diz respeito às queixas em crimes de ação privada, e não aos crimes de ação pública, onde o MP, **dominus litis**, só está sujeito ao controle previsto no artigo 28, do CPP». RE nº 93.055-8-PR. Rel. Ministro Cordeiro Guerra. DJU 10-10-80 pág. 8023.

Os princípios orientadores previstos nos artigos 42 e 43 do Código Penal foram observados. A pena-base foi fixada acima do mínimo legal, justificadamente. Com efeito, o ilustre Juízo a quo observou, **verbis**:

«Os acusados são primários, mas não têm bons antecedentes, haja

vista que em outras oportunidades já foram presos em flagrante e respondem a outros processos como incursos nas sanções do artigo 334, do C. Penal. Considerando as diretrizes previstas no artigo 42, do C. Penal e as circunstâncias em que praticaram os fatos descritos na denúncia...».

Por não justificada suficientemente a exasperação da penalidade, entendo que não deve prevalecer no tocante à dosimetria da sanção. Em consequência, atendendo aos antecedentes desabonadores do réu, conforme registrado no processo, bem assim à intensidade do dolo e às circunstâncias que envolveram a prática do delito, dou parcial provimento ao recurso, para reduzir a dois (2) anos de reclusão a pena aplicada. Sem sursis.

EXTRATO DA MINUTA

ACr nº 5.517 — SC — Rel.: Sr. Ministro Evandro Gueiros Leite. Rev.: O Sr. Ministro William Patterson. Apte.: Silvio Libio Vieira. Apda.: Justiça Pública.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso do acusado Silvio Libio Vieira, tão-somente para reduzir a pena corporal a 2 (dois) anos de reclusão. (Em 6-4-84 — 2ª Turma).

Os Srs. Ministros William Patterson e José Cândido votaram com o Sr. Ministro-Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro **Evandro Gueiros Leite**.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 5.848 — RS

Relator: O Sr. Ministro Flaquer Scartezzini

Revisor: O Sr. Ministro Carlos Madeira

Apelantes: Justiça Pública e Dilmair Valls Machado

Apelados: Os mesmos.

EMENTA

Penal. Entorpecentes. Tráfico. Insuficiência de provas. Absolvição.

Não tendo como certa a participação do réu no crime que lhe foi imputado, descabe aplicar qualquer sanção, face à inexistência de elementos fortes capazes de fundamentar decreto condenatório. Meras hipóteses, por si só, não constituem prova judicial segura.

Provido o apelo do réu para absolvê-lo da imputação que lhe foi feita, com fundamento no artigo 386, VI do CPP.

Recurso do Ministério Público não conhecido.

ACORDÃO

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

Decide a 3ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por maioria, dar provimento à apelação do réu, para reformar a sentença e absolvê-lo da imputação que lhe foi feita, a teor do artigo 386, VI do CPP; vencido o Sr. Ministro-Revisor que reformava em parte a sentença, para reduzir a pena de reclusão e multa. Quanto à apelação do Ministério Público, o Relator dela não conhecia, o Revisor lhe negava provimento e o Ministro Adhemar Raymundo a julgava prejudicada, na forma do relatório e notas taquigráficas anexas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 3 de abril de 1984 (Data do julgamento) — Ministro **Carlos Madeira**, Presidente — Ministro **Flaquer Scartezzini**, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro **Flaquer Scartezzini**: O acusado **Dilmair Valls Machado**, advogado, apela da sentença que o condenou a 88 meses de reclusão (7 anos e 4 meses) e 185 dias-multa, à razão de Cr\$ 100,00 cada dia-multa, como incurso nas penas dos artigos

12, 14 e 18-I da Lei nº 6.368/76, c/c artigo 51 do C. Penal, além de perda do veículo, nos termos do artigo 34 da mesma lei e artigo 100 do CP, mais a suspensão dos direitos políticos.

Nesse volumoso processo de 7 volumes, com 1282 páginas, já foram impetrados HCs, MS, Apelação e Revisão Criminal.

Já foram proferidas 5 sentenças, das quais 4 com relação ao ora apelante.

Dessas 4 sentenças, três foram anuladas, através de HCs e Revisão Criminal, sendo a última objeto da presente apelação.

Faremos um breve apanhado do que interessa ao presente julgamento.

A primeira sentença proferida contra o ora apelante em 6-7-79, às fls. 313/333, vol. 2, impôs-lhe a pena de 88 meses de reclusão e 185 dias-multa, à base de Cr\$ 100,00 cada dia-multa, mais a perda do veículo FIAT, além da suspensão dos direitos políticos.

Essa decisão transitou em julgado para a acusação e defesa (fls. 434vº e 637 e vº).

Em decisão proferida na Revisão Criminal nº 387-RS, em 12-11-80, esta C. Corte, pela sua Primeira Seção, houve por bem anular a sentença pa-

ra que outra fosse proferida após a renovação da prova. (Fls. 693, v. 4 e 895, v. 5).

As fls. 794/826 (v. 4) foi prolatada nova decisão em 14-12-80, após a repetição da prova, impondo, desta vez, a pena de 106 meses de reclusão e multa de 185 dias-multa, à base de Cr\$ 200,00 cada dia-multa, mais medida de segurança de 1 ano; interdição para o exercício da advocacia por 6 anos, suspensão dos direitos políticos e perda do veículo já mencionado.

Dessa decisão o MP interpôs apelação (fl. 828).

No julgamento do HC nº 4.973 (Reg. nº 3275728), do qual foi Relator o Eminentíssimo Ministro Carlos Madeira, esta C. Turma, em 5-5-81, houve por bem anular aquela sentença, para que outra fosse proferida, respeitados, na hipótese, o limite e a natureza das penas impostas na sentença anterior. (Fls. 896/969).

Nova sentença foi proferida às fls. 898/934, em 25-5-81, condenando-o a 88 meses de reclusão, 185 dias-multa, à razão de Cr\$ 100,00 cada dia-multa mais medida de segurança por um ano; suspensão dos direitos políticos enquanto durar a condenação, além de perda do veículo, tendo o MP interposto apelação (fl. 952), e o réu à fl. 953, esta não recebida, (fl. 954).

Essa decisão também foi anulada por esta C. Turma, no julgamento do HC nº 5.232, em 9-2-82, sendo Relator o Eminentíssimo Ministro Torreão Braz, com a seguinte ementa:

«Por unanimidade, conceder em parte a ordem, para anular a sentença de 25-5-81, a fim de que outra seja proferida, respeitados estritamente, na hipótese de condenação, o limite e a natureza das penas aplicadas na sentença de 6-6-79, sem qualquer acréscimo que implique agravamento da situação do paciente». (Fls. 990/1023/1034, 5º vol.).

Foi proferida nova e última sentença às fls. 1065/1116, objeto da presente apelação.

Vejamos todo o desenrolar do processo.

Vol. 1

Inicialmente foi oferecida denúncia (fls. 2/6) contra três outros réus por infringência à Lei nº 6.368/76, artigo 12, caput e § 1º, inciso I, 14 e artigos 251 e 253 do CP (Explosivos), c/c artigos 25 e 51 do mesmo Estatuto.

Nessa denúncia o ora apelante Dilmair Machado figurou apenas como testemunha.

As fls. 8/23 consta o flagrante.

Nos autos do inquérito às fls. 26/68 constam: Auto de Apresentação e Apreensão de 19 kg de maconha, um automóvel FIAT, placas AG-4733-RS (fl. 16), mais dois veículos, um Opa-la e um Maverick, e às fls. 18/19 oito bananas de dinamite e 9 metros de pavio, armas e munições.

Em seguida constam laudos, de constatação de fl. 26 e de exame de veículo à fl. 40, com fotos.

O acusado, ora apelante, Dilmair presta seu primeiro depoimento nos autos, às fls. 70/71, na polícia.

As fls. 117/23 os três réus, primeiro denunciados, foram interrogados.

Vol. 2.

As fls. 197/204 colheu-se a prova de acusação, e às fls. 226/8 foi aditada a denúncia, recebida em 18-6-79, para incluir o ora apelante Dilmair Valls Machado como incurso nos artigos 12 e 14 da Lei nº 6.368/76.

Produziu-se a prova de defesa dos co-réus às fls. 265/70, sendo o acusado Dilmair interrogado judicialmente às fls. 271/3, apresentando defesa prévia à fl. 280.

Realizou-se a audiência de instrução e julgamento às fls. 281/285, onde inquiriu-se uma única testemunha

arrolada por Dilmair, travando-se os debates, determinando o MM. Juiz a separação dos processos.

A seguir foram proferidas duas sentenças, uma às fls. 290/310, com relação aos outros có-réus e outra às fls. 312/333, datada de 6-7-79, com relação a Dilmair, condenando-o a 88 meses de reclusão e 185 dias-multa, a razão de Cr\$ 100,00 cada dia-multa, com cumprimento da pena em regime semi-aberto, como incurso nos artigos 12 e 14 da Lei nº 6.368/76, c/c artigos 25 e 51 do CP, além da perda do veículo e dos direitos políticos.

Vol. 3.

As fls. 448/455 foi impetrado HC para trancamento da ação penal e à fl. 472 o E. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, provendo mandado de segurança, impetrado pela firma locadora do veículo apreendido, o FIAT placa AG-4733, determinou sua devolução à impetrante.

As fls. 510/515/524, esta C. Corte, pela sua E. 1ª Turma, julgando a Apelação Criminal nº 4.430-RS, em 9-5-80, em que foi Relator o Eminentíssimo Ministro Washington Bolívar de Brito, conhecendo também da apelação de Dilmair, foragido na época, houve por bem negar provimento, confirmando-se a sentença.

Vol. 4.

Anulado o processo, a partir das alegações preliminares, por força da Revisão Criminal nº 387-RS, em 12-11-80, (fl. 693) repetiu-se a prova da acusação às fls. 766/769, juntando-se noticiários de jornais, às fls. 781/787, realizando-se a audiência de instrução às fls. 772/773, onde as partes debateram, advindo a sentença às fls. 794/826, a qual como já relatado, foi anulada.

O MP interpôs apelação à fl. 847 para exacerbação da pena, tendo a defesa à fl. 869 requerido extração de xerocópias para recurso, o que foi indeferido nos seguintes termos:

«Indefiro. Indique o signatário o endereço do r».

Anulada a decisão pelo HC nº 4.793, como já relatado, o incansável magistrado veio a proferir sua 4ª sentença com relação ao ora apelante, em 9-7-82, às fls. 1065/1116, em 52 laudas.

O MP interpôs apelação à fl. 1134, pugnando pela exacerbação da pena, enquanto o réu, apelando à fl. 1154, bate pela absolvição.

Este E. Tribunal, julgando o HC nº 5.415, em 17-8-82, concedeu a ordem para beneficiar o réu com a prisão domiciliar até julgamento das apelações. (Fls. 1156/1232, v.6).

O MP ofertou suas razões de apelação às fls. 1164/69, enquanto à fl. 1175 foi lavrado termo de entrega de razões de apelação do réu, mandado desentranhar por conter expressões grosseiras e ofensivas ao Juiz.

As fls. 1176/1202 (26 laudas) são recebidas novas razões de apelação do réu, juntando vários documentos, contra-arrazoadas às fls. 1237/44.

A SPGR, às fls. 1252/56, opinou pelo improvimento de ambos os apelos.

À fl. 1258 o apelante ofertou memorial, juntando vários documentos consubstanciados em recortes de jornais da localidade e às fls. 1278/9 requer autorização para se apresentar nesta E. Corte no dia do julgamento, para sustentação oral, opinando a Subprocuradoria pelo deferimento, sob pena de cerceamento de defesa. Concedi a autorização às fls., desde que o apelante seja apresentado escoltado, com telex ao Juiz de origem e ao E. Tribunal da Justiça daquele Estado.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Flaquer Scartezzini:
Sr. Presidente:

O acusado Dilmair Valls Machado, advogado, por r. sentença proferida em 9-7-82 (fls. 1065/1116, vº vol.) foi condenado a pena de 88 meses de reclusão (7 anos e 4 meses) e 185 dias-multa, à razão de Cr\$ 100,00 cada dia-multa, como incurso no artigo 12, c/c 18-I e 14 todos da Lei nº 6.368/76, c/c o artigo 51 do CP, além da perda do veículo FIAT, nos termos do artigo 34 da LT e artigo 100 do CP, mais a suspensão dos direitos políticos.

Apelam o MP, pleiteando a exacerbação da pena, e o réu pugnando pela absolvição, por falta de provas.

No que tange à apelação do órgão fiscalizador da lei há que se salientar a circunstância de haverem sido proferidas outras quatro decisões com referência ao réu, ora apelante.

A primeira data de 6-7-79, às fls. 312/333, 2º vol, transitada em julgado para acusação, (fls. 434 vº/637 e vº).

Essa decisão, como já expus do relatório, foi anulada por esta Corte, pela sua E. Primeira Seção, no julgamento da Revisão Criminal nº 387-RS, realizada em 12-11-80.

Mais duas sentenças foram proferidas e anuladas, por via de **habeas corpus** em virtude de imposição de pena mais grave, constituindo **reformatio in pejus**.

Portanto, tendo o MP se conformado com a pena imposta na primeira sentença, não pode agora pleitear o agravamento em decisão proferida posteriormente.

Por esses motivos não conheço do recurso da acusação.

Passemos à análise do apelo proposto pelo réu, bem como das provas contra ele produzidas.

Como se constata pelas provas carreadas para os autos, foram apreendidos pela polícia, em poder do co-réu Florinaldo de Lima Bastos e outros, três veículos:

Um FIAT, Placa AG-4733-RS, azul, ano 1978, (vol. 1, fl. 16); um Chevrolet Opala, Placa AJ-6172 e um Maverick, ano 1974, Placa BW-5848 (coincidência, o nº desta apelação), (fl. 17).

O veículo FIAT, segundo laudo de fl. 41, de propriedade da Auto Locadora Chuta-Car Ltda., fora locado pelo Dr. Dilmair Machado, advogado, ora apelante, conforme contrato nº 1.199, em 11-5-79 (fl. 44 e fotos à fl. 45).

Esse veículo, apreendido juntamente com os demais, transportava grande quantidade de maconha (fl. 16).

No FIAT estava, precisamente, uma sacola de plástico, verde, contendo maconha, (foto fl. 40).

Dilmair, depondo na policia, como testemunha, à fl. 70, esclarece que realmente locara o veículo da Auto Locadora, a pedido de Florinaldo, co-réu, para resolver assuntos de família, na cidade de Soledade.

Explica, outrossim, que conhecia Florinaldo há algum tempo e ia emprestar-lhe seu próprio veículo, mas resolveu locar outro para esse fim, para não desgastar o de sua propriedade, em viagem de longo percurso.

Florinaldo, à fl. 72, confirma haver solicitado o veículo para transporte de sua esposa e uma criança, seu afilhado e sobrinho, que se encontrava doente.

Essa criança veio a falecer em 12-5-79 (fl. 1226, 6ª v.).

Essas afirmações são confirmadas em Juízo, (fls. 119/121).

Em seu depoimento judicial (fl. 119) Florinaldo declarou que não havia qualquer quantidade de entorpecente no automóvel que Dilmair locara para ele e tal fato foi verificado na presença de umas vinte pessoas que assistiram sua detenção.

Prosseguiu esclarecendo que foi seviçado na mão e no pé, com uma

espingarda, a fim de que admitisse a participação de Dilmair na trama criminosa.

Tanto na fase de inquérito, como em Juízo, o referido co-réu Florinaldo inadmitiu a participação de Dilmair na prática delituosa.

Estas afirmações coadunam-se perfeitamente com os depoimentos das testemunhas e dos demais co-réus que nada informam a respeito de haver Dilmair participado da trama criminosa, e apenas dizem conhecê-lo (fls. 15, 118, 119, 120vº, 199 e verso).

Nenhum elemento existe a demonstrar que o acusado sabia que o veículo se destinava ao transporte de entorpecente.

Como se vê, a prova é, realmente, precária.

Não obstante nada se tenha comprovado contra o acusado, ora apelante, em qualquer fase do processo, ressalte-se que, por força da anulação da sentença, foi determinada a repetição de prova da acusação.

Essa prova foi reproduzida às fls. 766/773v. (vol. 4).

Ei-la:

Na denúncia foram arroladas, além do ora apelante, três testemunhas: Jorge Vigorito de Carvalho, Agente de Polícia; Jayme Goulart e Maria da Conceição Meireles Machado.

O Ministério Público, à fl. 766, por não haver sido localizado o casal Jayme Goulart e Maria Conceição, na repetição da prova, desistiu de ouvi-lo.

O próprio órgão da acusação, em seu requerimento de desistência das citadas testemunhas, afirma categoricamente verbis: «nada referiram ao réu Dilmair, em qualquer fase daí porque desiste de sua ouvida».

Realmente essas pessoas ao serem inquiridas na polícia, às fls. 10/12 e

em Juízo, às fls. 197/199v/200v, não fazem qualquer referência ao ora apelante.

A única testemunha ouvida em Juízo, o Policial Jorge Vigorito de Carvalho que, depondo à fl. 766vº, também nada esclarece quanto à participação do apelante na ação criminosa.

Eis seu depoimento: (vol. 4, fl. 766v.):

«Inquirido disse: ao que se lembra e na época não tinha informações de envolvimento de Dilmair com tóxicos, no fato, recorda que Dilmair alegou que tinha entregue um carro e um documento com, digo, mencionando alguma coisa a respeito deste carro e uma pequena via, digo, desse carro que emprestara a Florinaldo para realização de uma pequena viagem, o que teria dito Dilmair na polícia, segundo se recorda; ouvira que Dilmair estaria respondendo ou já tivera alguns inquéritos, mas segundo também ouviu não sobre tóxicos, mas por receptação ou estelionato contra o Banco do Brasil S.A. Nada mais disse. Confirma suas declarações policiais de fls. 8/9 que lhe foram lidas. Confirma também suas declarações de fls. 197/199v. que lhe foram lidas. O MP, nada. A defesa; PR — não sabe em que tipo de trabalho atuava Dilmair somente o via no Foro; não sabe como Dilmair foi à Delegacia de Polícia Federal, porque já faz muito tempo; não se recorda se ele foi ou não intimado a comparecer lá. Nada mais».

Às fls. 8/9 supraconfirmado (na polícia) a testemunha nenhuma alusão faz ao ora apelante, apenas se refere ao FIAT, Placa AG-4733, que estava sendo utilizado na transação de entorpecente, no qual fora encontrado cerca de 500 g de maconha (fl. 9).

As fls. 197/199 supra-referidas, confirma haver encontrado entorpecente no FIAT, esclarecendo precisamente, à fl. 199, que «conhece a testemunha Dilmair Machado, de nome como advogado, vendo-o com certa freqüência no foro da Capital»; «não tem conhecimento de que a testemunha Dilmair esteja envolvido em tráfico de drogas».

Esta é a única testemunha da acusação reinquirida em Juízo e em seu depoimento, nenhuma referência incriminadora é feita ao acusado.

À fl. 767 (vol. 4) foi ouvida, de ofício, a testemunha Orfelina Roberez, que se refere ao casal Jayme e Maria que desapareceram da localidade, nenhuma alusão fazendo ao nome de Dilmair.

À fl. 768 foi inquirida Lúcia Tobias Vienel, nada dizendo sobre o réu.

Seu depoimento:

«Não conhece Dilmair, que, inicialmente imaginou que fosse uma senhora que via na ante-sala das audiências na ocasião que depôs a primeira vez; nada sabe a respeito do aditamento de fls. 226/228 ou da denúncia; é só que tem a dizer. Confirma suas informações que estão à fl. 203v e lhe foram lidas».

As informações referidas de fl. 203vº (vol. 2) nenhuma referência fazem a Dilmair, apenas aos outros co-réus e aos fatos a eles relacionados.

Igualmente, à fl. 768vº, Aloisio Francisco Schmitt, nenhuma acusação faz ao apelante.

Eis o depoimento:

«Inquirido disse: Nada sabe quanto à acusação contra Dilmair, do qual tomou conhecimento, posterior ao fato, pela imprensa. É só que tem a dizer. Confirma suas declarações de fls. 265/266v. que lhe foram lidas».

As perguntas da defesa, referem-se apenas aos có-réus.

As fls. 265/266v (vol. 2), testemunhas de defesa dos co-réus, nenhuma alusão fazendo ao nome de Dilmair, só se referindo aos có-réus.

As fls. 772/773 (vol. 4), após indeferimento de oitiva de testemunhas não arroladas oportunamente, travaram-se os debates nos seguintes termos: «Teve vista o MP o qual por sua vez também requereu a juntada de xerocópias de noticiários de jornais da Capital do Estado. E que também teve vista a defesa, sem requerimentos. Debate: O MP — pede a procedência do aditamento, discutindo amplamente a prova e sublinhando o comportamento do r., conquanto advogado que elegeu a via da fuga e das entrevistas de lugares desconhecidos para tentar gritar sua inocência, quando ali mesmo mostrou suas vinculações com os mais perigosos delinquentes do Sul do País que se teve notícia. A defesa — pede a improcedência do aditamento, sublinhando que a fuga é preservação do direito de liberdade e por essa razão o r., assim se encontra, assegurando também que a locação do veículo foi por prazo determinado, embora sem sustentar».

Estas são, Senhores Ministros, as provas colhidas nos autos.

Não vemos nenhuma acusação direta ao acusado, ora apelante.

Não há prova de que ele sabia que o carro se destinava ao transporte de entorpecente.

Nenhuma testemunha, ou mesmo co-réu, declarou em qualquer fase do processo que ele tinha conhecimento do fato delituoso ou que estava em conluio com os demais acusados.

Há apenas prova, como já disse, de que o carro FIAT, por ele locado e emprestado ao co-réu Florinaldo fora apreendido com entorpecente.

Com tais elementos não podemos dizer que o acusado agiu conscientemente, emprestando o veículo para aquela finalidade delituosa.

Todo o desenrolar do processo, não passa de mero indicio em desfavor do réu, sem comprovação segura de sua conduta culposa.

No mais há nos autos recortes de noticiários dos jornais da localidade, juntados tanto pela acusação (fls. 774/787, v. 4º) como pela defesa (fls. 1261/1276, v. 7º).

Juntou-se também xerocópias de denúncia em outros processos contra o réu (fls. 698/707 — vol. 4º), demonstrando-se seus maus antecedentes.

Tudo isso, por si só, não constitui prova judicial segura.

Contudo, como já se disse, e reconheceu o Eminentíssimo Ministro Torreaõ Braz, ao julgar o *Habeas Corpus* nº 5.232, EM 9-2-82 (fls. 1001/1010/1023/1034), quando mandou repetir a prova, a decisão se fundou apenas em indícios frágeis e vacilantes.

Refeita a prova, nada de novo se colheu, permanecendo os mesmos indícios, sem nenhuma concatenação ou confirmação por prova convincente.

Já temos decidido, reiteradamente, que meras hipóteses, simples presunções, por mais veementes que sejam não são suficientes, por si só, para sustentarem um decreto condenatório.

Diante dessa fragilidade de prova, em delito tão grave, de tão severa punição, só resta absolver o ora apelante.

Apesar de absolvê-lo, não posso deixar de observar o sistema errôneo de fixação de pena utilizado pelo Magistrado sentenciante, bem como por alguns outros julgadores, em especial do Sul do País.

Trata-se do sistema de fixar a pena em meses, (88 meses, 106 meses, etc., como vemos repetidamente neste processo), quando o correto seria em anos.

Tanto o Código Penal, como as leis extravagantes, em especial a Lei nº 6.368/76, na maioria de seus dispositivos fixam a pena em anos, só o fazendo em meses ou dias em caso de fração.

Nesse sentido é a doutrina e a jurisprudência, (Nelson Hungria, Comentários ao CP, vol. I, comentários ao artigo 8º; Vicenzo Manzini, Tratado de Direito Penal Italiano, vol. III; Damásio de Jesus, CPP Anotado, pág. 22, 3ª ed. 1983, Saraiva, anotações ao artigo 387 e jurisprudência ali anotada, RT. nº 504/358; TACR-SP, Ap. nº 132.103, j. 8-6-76; RT. nº 465/371, A.Cr. nº 7158, TAC-GB, j. 28-2-73; RT. nº 503/341; A. Cr. nº 263.367, 7ª Cam. TACR-SP, j. 20-5-82, etc. etc.).

No que concerne ao veículo FIAT, embora já conste no processo a determinação de sua restituição à firma locadora, conforme decisão do E. Tribunal de Justiça daquele Estado, MS (fl. 472, v. 3), tendo o Juiz novamente decretado seu perdimento, ressalto a necessidade de sua devolução à proprietária, uma vez que não ficando comprovada sua participação no transporte do ilícito, impõe-se sua liberação, como tem decidido reiteradamente esta Corte. (MS. nº 100.485-DF, DJ 27-10-83, p. 16717; AC nº 88.673-RS, DJ 1-12-83, pág. 18943, etc., Súmula nº 138 do TFR).

Esse, aliás, é também o entendimento da doutrina, como Anibal Bruno, que ensina não poder sofrer com o confisco o terceiro de boa fé que tenha objeto seu comprometido no fato punível. (Comentários ao C. Penal, vol. II, pág. 228, Forense, ed. 1969).

Com essas considerações, não conheço do apelo do Ministério Público, e dou provimento à apelação do acusado para absolvê-lo, com fundamento no artigo 386, inciso VI do

CPP, ante a fragilidade das provas, no que se refere a sua pessoa.

É o meu voto.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Madeira (Revisor): Como resulta da prova abundante, e ficou assinalado na sentença, o apelante não conhecera o réu Florinaldo apenas há dois ou três meses, mas há mais tempo. A sentença alinha os fatos com bastante lógica e clareza, sendo de destacar-se que o próprio Florinaldo declarou na Polícia que conhecia o apelante, tendo feito uma reforma na casa dele dois anos antes dos fatos que deram origem à presente ação. Outras testemunhas também afirmaram a antiga amizade do apelante com Florinaldo.

Nem é de aceitar-se que a um cliente de pouco mais de dois meses se dispusesse o advogado ora apelante a emprestar o seu próprio automóvel para uma viagem, e depois, com temor do desgaste do veículo, locasse um automóvel FIAT, e saísse em busca de Florinaldo até Esteio, onde concretizou a troca.

Provas há também das ligações do apelante com os demais réus.

Florinaldo utilizou o FIAT não para a viagem a Soledade, mas em suspeitas incursões pela cidade de Porto Alegre, sendo seguido pela Polícia. Depois alegou que assim procedera porque seu automóvel Ford Maverick estava quebrado, o que depois foi constatado tratar-se de pequeno defeito na roda dianteira.

Quando abordado pela Polícia, Florinaldo disse logo que o FIAT era do seu advogado. E no veículo havia doses de maconha em «dólares».

Arrima-se o Juiz no encadeamento lógico da prova, para revelar a participação do apelante no tráfico do entorpecente. E conclui:

«Dilmair conhecia as atividades de Florinaldo, Luiz Carlos e José Irineu, há, pelo menos, mais de um (01) ano, à data do fato, no tráfico internacional de maconha e sua comercialização.

Com eles tinha ligações também profissionais, por assim dizer, confessadas pública e claramente pelo já referido jornal.

As atividades principais do grupo eram, de Luiz Carlos, a importação da erva. De José Irineu, a guarda. De Florinaldo, a distribuição. E, de Dilmair, o apoio logístico e a cobertura jurídica.

Dentro de suas funções, Dilmair também colaborava materialmente com o grupo executivo, locando o automóvel FIAT, por tempo indeterminado e sem declaração de finalidade do aluguel, ocultando que seria para uso de terceiro e contrariando inexplicadamente procedimento anterior.

Chamado por Florinaldo, retoma seu carro de uso particular, que antes entregara a este, de modo escondido e sorrateiro, em Esteio.

A polícia prende o trio executivo, em flagrante, com o FIAT locado, transportando maconha ativa, ocultada em embalagens e porções próprias para venda.

Repete ardilosa, mas não bissexta forma de participação criminal, desde que já fizera entrega antes ou empréstimo de arma de fogo para realização de empreitada criminosa (fl. 703), sempre buscando apresentar-se, astucioso na pele digna do advogado criminalista».

Daí concluir pela certeza da autoria, em relação ao apelante.

Quanto à materialidade, está mais que demonstrada ao longo do processo.

Argúi o apelante a nulidade da sentença, por haver sido reinquirido após o encerramento da instrução, e

por haver se baseado em peças de outras indagações policiais. Também teria incorrido novamente na **reformatio in pejus**, por impor a suspensão dos direitos políticos, mesmo antes do trânsito em julgado.

Rejeito a argüição.

Não houve reinquirição: o apelante, após a concessão de **habeas corpus** por esta E. Turma, em decisão de 9 de fevereiro de 1982, apresentou-se ao Juiz (pois estivera foragido), lavrando-se, então, o Termo de Apresentação, quando foi qualificado e interrogado, pedindo a revogação da Prisão Preventiva. Isto, a 27 de abril de 1982. O Juiz manteve a prisão.

Por outro lado, as informações sobre os antecedentes do apelante vieram à instrução criminal como elemento comum de esclarecimento do julgador.

Quanto à pena acessória de suspensão dos direitos políticos, que não consta na primeira sentença anulada pela revisão, tenho que não se pode ter por nula, porque ela se executa coetaneamente à pena privativa de liberdade. Aliás, autores há, que entendem, como Helena Cláudio Fragoso, que a suspensão de direitos políticos, prevista no artigo 149, § 3º, da Constituição, não depende de declaração na sentença, resultando automaticamente da condenação.

As razões de mérito, não abalam, a meu ver, a fundamentação da sentença.

Ante a prova irrecusável da participação do apelante na ação criminosa dos demais réus, procuro o réu, à última hora, em memorial que é uma confissão, a porta estreita do favorecimento real, como fórmula de livrá-lo, já agora, da sanção penal.

Sobreleva, de logo, a confissão sobre os fatos, que a nova tese da defesa traz em seu bojo: o apelante teria

participado apenas para tornar seguro o proveito do crime dos outros réus.

Resumidamente, o favorecimento real consiste em prestar, ao criminoso auxílio destinado a tornar seguro o objeto do crime, isto é, em auxiliar aquele na posse e gozo do proveito do crime anterior.

Vê-se, pelo exame dos fatos, que o apelante não prestou esse auxílio, ou seja, não guardou a maconha importada, para assegurar o seu proveito. Sua ação, ao providenciar o automóvel — primeiro o seu, depois um FIAT locado — foi a de assegurar a continuidade do crime de tráfico de entorpecente, ou seja, a de colocar no mercado a maconha importada. É participação ativa numa das fases do **iter crimis**. Fornecendo o transporte, o apelante, na verdade, forneceu um dos instrumentos do crime.

Houve, na participação do autor, primeiro, a ciência do crime de tráfico internacional de entorpecente e da necessidade de sua distribuição na Grande Porto Alegre; segundo, a providência de colocar à disposição de Florinaldo, primeiro o seu próprio automóvel, e depois, um automóvel locado em Porto Alegre, e por ele levado até Esteio para entregar aquele. Esse último veículo foi, aliás, a pista inicial de todo o tráfico, pois nele é que foram encontrados os cartuchos (dólares) de maconha, prontos para a venda.

Dessa forma, o autor não estava apenas favorecendo, mas agindo em participação com os demais réus, na operação final do tráfico.

Também não têm guarida as razões da apelação do Ministério Público.

Considero, porém, assaz rigorosa pena aplicada, reformando a sentença para reduzir aquela a 3 anos de reclusão, com base no artigo 12 da Lei nº 6.368, majorada de 1/3, tornando-a definitiva em 4 anos de

reclusão e 50 dias-multa, à razão de Cr\$ 100,00.

VOTO VISTA

O Sr. Ministro Adhemar Raymundo: Sr. Presidente, Srs. Ministros, os sete volumes que constituem os autos deste processo foram por mim cuidadosamente lidos, diante da minha situação, nada agradável, de proferir um voto de desempate, sobretudo quando está em jogo a liberdade individual.

Na sessão última, assistimos a esse espetáculo inédito do próprio acusado, homem já encanecido, proferir com veemência e com muito ardor a sua própria defesa.

Mas o artigo 239 do Código de Processo Penal define o que é indício. Está lá textualmente:

«Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outro ou outras circunstâncias».

Será que no caso dos autos o Juiz, na sua longa sentença, embasou seu convencimento em prova indiciária? Todas elas são idênticas; das cinco prolatadas pelo ilustre magistrado, diferem apenas na parte dispositiva, quando S. Exa., contrariando norma expressa da lei, impôs uma reforma para pior, para mais, contra o réu, o que deu lugar, primeiro, a uma revisão criminal, que anulou a sentença, e, depois, também, a um *habeas corpus*. Mas da leitura, Sr. Presidente, que fiz desse processo, cheguei a esta conclusão: não há, como disse o Relator, data venia do Revisor, não há — repito — no meu sentir, nem prova indiciária, nem prova testemunhal, nem prova documental, com a qual possa a justiça condenar esse homem. Ele pode ser culpado, mas os elementos de prova, que aqui se encontram nestes sete volumes, não o apontam como co-réu no crime

que lhe foi imputado. Na época do direito intermédio, na Idade Média, os praxistas afirmavam em latim: «*ex indicia nemo damnari potest*», ou seja, «por indício, ninguém pode ser condenado».

Esse anexam jurídico, que dominou por muitos séculos a humanidade, em verdade, era a representação legítima de um sistema processual — hoje caduco — o velho sistema legal da prova.

A partir do movimento político do Século XIX, os povos passaram a criar um novo sistema, por meio do qual, graças a Deus, os juizes são livres na apreciação da prova.

O que está consagrado no artigo 157 do nosso Código é um dogma universal. O Juiz não pode, em hipótese alguma, estar aferrado àqueles cálculos algébricos, contra os quais o grande *Donnedieu de Vabre*, na França, profligava: «o direito moderno repudia, in totum, a uma voce, e dentro de um só espirito legislativo ou normativo, o principio do sistema legal e sua álgebra».

O nosso Código, no artigo 239, quando incluiu a prova indiciária dentre os meios de prova, evidentemente que eliminou o sistema tarifário da prova legal. A prova indiciária é uma prova, e, em muitos casos, mais sólida e mais robusta do que a própria prova testemunhal ou documental.

Victor Gianturco, na Itália, numa monografia clássica «A Prova Judiciária», faz a apologia desse meio de prova.

As provas indiciárias coligidas pela polícia são, no dizer de *Locard*, a antecâmara dos Tribunais, e os nossos doutrinadores, como *Frederico Marques*, nos «Elementos do Direito Processual», e *Tornaghi*, 2º vol., estão a endossar o mesmo ponto de vista.

Então, à unanimidade, os indícios condenam, como absolvem, dentro do sistema do livre convencimento.

Mas será, Sr. Presidente, que o Juiz se louvou nessa prova indiciária, nessa prova circunstancial para condenar? Não encontrei. Apesar de ser longa a sentença na sua fundamentação, não encontrei um indício, mas um indício seguro; não encontrei um fato conhecido e provado, premissa menor do silogismo, através do qual eu tivesse a certeza dessa participação, dessa co-autoria. A co-autoria, como define muito bem Magalhães Noronha, no seu livro de Direito Penal, é, acima de tudo, um vínculo de ordem psicológica que une os delinquentes, no que diz respeito ao objetivo comum da ação delitosa. Sem a prova de participação criminosa de qualquer das pessoas, não é possível a co-autoria, e, evidentemente, em se tratando de uma prova indiciária, não temos a certeza do fato provado, inclusive. Falta, portanto, a certeza da premissa menor do silogismo, mercê da qual o Juiz, partindo da premissa maior, chega à conclusão. E qual foi o fato fundamental que o Juiz levou em consideração para condenar este homem? O fato foi a sua ligação estreita com Florinaldo. Florinaldo foi quem dele recebeu o «FIAT» alugado numa locadora. Era seu velho companheiro, visto por testemunhas até em bares e restaurantes, e era quem indicava até constituintes para o apelante Dilmair. Conseqüentemente, é esta ligação de amizade, podemos dizer até estreita, entre Florinaldo e o advogado apelante, que levou o Juiz ao raciocínio e a uma série de conjecturas para concluir pela sua condenação.

Mas devo dizer a V. Exa. que de certa forma — longe de mim a censura à atividade do Juiz — a fundamentação está longe das provas dos autos.

Em lance de sua sentença, para repisar no argumento medular de que existia uma estreita ligação entre os dois, o Juiz salienta à fl. 321, na fundamentação de sua sentença, que o réu tinha conhecimento do seu passado criminoso.

«Dilmair conhecia de longa data Florinaldo, que recebeu o «FIAT», e sabia de sua atividade criminosa».

O Juiz reporta-se ao depoimento de uma testemunha, Dilmair Valls Machado, à fl. 271, afirmando que havia uma ligação criminosa. (Lê).

Com base no depoimento da testemunha, lido por mim, não vi nenhuma referência da testemunha a essas ligações com Florinaldo, no sentido de apontá-lo como conhecedor, ele apelante, das atividades criminosas de Florinaldo. Florinaldo na polícia, Florinaldo na justiça, Florinaldo já condenado por sentença passada em julgado, jamais o incriminou.

Jamais, nesses depoimentos em juízo, ou na polícia, fez qualquer referência a essas possíveis ligações criminosas, que o Juiz diz que ele, Dilmair tinha conhecimento de que Florinaldo era possuidor de um passado criminoso, de maus antecedentes.

Lembrem-se que o interrogatório de Irineu em Juízo é firme em negar a participação de Dilmair e, mais, perante o Juiz, Irineu afirma, de modo categórico, que foi sondado pela polícia para que fizesse acusação ao Dr. Dilmair, o que não fizera, porque não tinha elementos para tal: está no seu interrogatório judicial.

Para mim, não basta a simples amizade de Florinaldo com Dilmair, não basta que Florinaldo tivesse ido a Dilmair pedir o «FIAT» emprestado, e que ambos — Dilmair e Florinaldo — em Juízo, prestaram declarações que se coajustam, que têm o mesmo propósito, verossímeis, na sua textura, de que este fato de

ter pedido um carro emprestado, e de ele ter dito «não empresto o meu, porque não estava em condições», e foi locar um carro para emprestar, não sei a que ponto existia este grau de amizade, tão intenso entre eles, pois Florinaldo indicava até constituintes para o escritório de Dilmair. Mas entre essa amizade, entre essa ligação entre os dois, e a prova da participação de Dilmair para a prática do crime juntamente com os outros, há uma diferença imensa. A co-autoria existe, dentro do contexto da dogmática, quando, em verdade, há uma prova evidente de que houve uma atuação direta, devidamente provada. Então, necessária a existência do fato concreto, em virtude do qual possa fazer dele a premissa menor do silogismo. Registre-se que o Ministério Público fez um aditamento contra Dilmair, mas este órgão do Ministério Público, na Audiência de Instrução e Julgamento — e isto está nos autos, salientou que a prova que ali existia era tão precária, tão pequena, que ele pediu a absolvição de Dilmair. E mais: quando transitou em julgado a sentença condenatória, a revisão criminal que foi requerida a este Tribunal teve como relator o Ministro da estatura moral e cultural de Torreão Braz. E lá, S. Exa. frisou, no exame que fez de toda prova, como eu fiz, que não existiu indício. Eram meras suspeitas.

Ora, Senhor Presidente, Senhores Ministros, se não existiu a prova indiciária, no meu sentir, para que me desse a certeza desse fato, para, mercê dele, pudesse chegar à conclusão de que ele é também traficante — pode sê-lo — estou vinculado à prova dos autos. O Juiz não julga extra-autos. Como dizia o grande Manzini — para terminar o meu voto — o grande processualista italiano Manzini, no primeiro volume de seu Tratado de Direito Processual Penal: «as leis processuais penais tanto tutelam o interesse público da re-

pressão, como interesse social da liberdade individual». Não foi sem razão que a dogmática processual erigiu, como dogma em matéria de prova, que, para condenar, o Juiz precisa ter certeza. Prova robusta. E só depois que ele adquire a certeza diante dessas provas é que, em verdade, poderá prolatar um veredicto condenatório. E, quando o Juiz vacila, quando no seu espírito não existe essa convicção, a certeza dimanada nos elementos de prova, vale, vige o secular princípio do *in dubio pro reo*, consagrado no inciso VI do artigo 386 do CPP.

Meu voto, Senhor Presidente, é para absolver esse homem. Pode ser que ele seja culpado, mas, diante dessas provas, absolvo-o, acompanhando o eminente Ministro-Relator, e dele discordando, numa parte. Conheço da apelação do Ministério Público, mas considero-a prejudicada, uma vez que estou provendo a apelação do réu, para absolvê-lo — a apelação do Ministério Público era para majorar a pena.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

ACr nº 5.848 — RS — Rel.: Sr. Ministro Flaquer Scartezini. Rev. Sr. Ministro Carlos Madeira. Aptes.: Justiça Pública e Dilmair Valls Machado. Apos.: Os mesmos.

Decisão: A Turma, por maioria, deu provimento à apelação do réu, para reformar a sentença e absolvê-lo da imputação que lhe foi feita, a teor do artigo 386, VI do CPP; vencido o Sr. Ministro Carlos Madeira, Revisor, que reformava em parte a sentença para reduzir a pena de reclusão e multa. Quanto à apelação do Ministério Público o Relator dela não conhecida, o Revisor lhe negava provimento e o Ministro Adhemar Raymundo a julgava prejudicada. (3ª Turma — 3-4-84).

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 5.879 — MS

Relator: O Sr. Ministro Lauro Leitão
Revisor: O Sr. Ministro Otto Rocha
Apelante: Nilson Muniz (Réu preso)
Apelada: Justiça Pública.

EMENTA

Penal. Lei nº 6.368/78. Entorpecentes. Tráfico internacional.

A materialidade do delito resultou comprovada, não só pela confissão do réu, na Polícia e em Juízo, como também pelo Laudo de Exame em Substância Vegetal do material apreendido. Assim, preliminarmente, rejeita-se a arguição de incompetência desta Corte, para apreciar o recurso, eis que ficou sobejamente provado, que a maconha foi adquirida na cidade de Pedro Juan Caballero, no Paraguai.

Correta a r. sentença apelada quanto à dosagem da pena aplicada e privativa de liberdade, merecendo, porém, pequeno reparo, quanto à pena pecuniária.

É que o artigo 38, § 1º, da Lei nº 6.368/76, estabelece, como critério para o cálculo do dia-multa, um mínimo de Cr\$ 25,00 e um máximo de Cr\$ 250,00.

Assim, dá-se parcial provimento à apelação do réu, tão-somente, para reduzir para Cr\$ 50,00 o dia multa. Quanto ao mais, mantém-se a r. sentença de 1º grau.

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, tão-somente, para reduzir para Cr\$ 50,00 o dia-multa. Quanto ao mais, manter a r. sentença condenatória, 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 abril de 1983 (Data do julgamento). — Ministro Lauro Leitão, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Lauro Leitão — O representante do Ministério Público, com base em inquérito policial, ofereceu denúncia, perante o MM. Dr. Juiz de Direito da Comarca de Ponta Porã, Estado de Mato Grosso do Sul, contra Nilson Muniz, como incurso nas penas dos artigos 12 c/c 18, I, da Lei nº 6.368/76, pelo seguinte fato delituoso:

«Consta do incluso inquérito policial, que no dia 5 de novembro de corrente ano, por volta das 8,30 horas, no pátio interno da estação ferroviária desta cidade, agentes da Polícia Federal local, avista-

ram o denunciado em atitude suspeita.

Que, o denunciado tentou se evadir, não conseguindo o seu objetivo, eis que, os policiais o interceptaram.

Que, os policiais ao procederem uma revista em uma sacola de propriedade do denunciado, encontram em seu interior um pacote, contendo a quantia de 1.300 gramas de «maconha», que é substância entorpecente ou capaz de causar dependência física ou psíquica, conforme ficou demonstrado no laudo provisório de fls..

Que, diante do fato acima exposto, os policiais prenderam em flagrante o denunciado.

Que, em conformidade com as próprias declarações do denunciado, a maconha apreendida foi adquirida em Pedro Juan Caballero-Paraguai, de um indivíduo dessa nacionalidade, pela importância de Cr\$ 10.000,00.

Acrescentou, ainda, o denunciado que o mesmo é viciado desde a idade de quatorze anos».

O réu foi preso e autuado em flagrante.

O MM. Magistrado recebeu a denúncia e designou interrogatório.

Após o oferecimento da denúncia, a autoridade Policial pediu a juntada do radiograma da Superintendência Regional do Estado, informando que o réu já fora indiciado em dois processos por furto e outro por tráfico de entorpecentes.

Foi oferecido o laudo pericial da substância apreendida.

O réu, através de Assistente Judiciária, apresentou as suas alegações preliminares, sustentando que discorda da denúncia de fls., por ser viciado em «maconha» há aproximadamente 5 anos, e requereu que fosse submetido a exame toxicológico.

O MM. Dr. Juiz proferiu despacho saneador de fls., no qual deferiu a realização do exame requerido pelo réu, nomeou peritos e facultou às partes a indicação de quesitos, os quais foram oferecidos pela Promotoria e pela Defesa.

Realizou-se a Audiência de Instrução e Julgamento, ocasião em que o Ministério Público pediu que a ação fosse julgada procedente, e a defesa requereu a juntada de memorial.

Em alegações finais, o réu pediu a sua absolvição, ou, então, a desclassificação do artigo 12 para o artigo 16, da Lei nº 6.368/76.

O MM. Dr. Juiz, finalmente, decidindo a espécie, proferiu a r. sentença de fls., que tem a seguinte conclusão:

«julgo integralmente procedente a denúncia de fls. e incurso o réu nas penas previstas no artigo 12, c/c o artigo 18, inciso I, da Lei nº 6.368/76, onde o condeno e de cujas penas passo a me ocupar a seguir.

Atento às diretrizes do artigo 42, do Código Penal e à personalidade e antecedentes do agente, os quais lhes são desfavoráveis, e, ainda, aos motivos, circunstâncias e conseqüências do delito, resolvo aplicar-lhe a pena base privativa de liberdade de 3 (três) anos de reclusão, elevada de 1/3 (um terço), tornando-a definitiva em 4 anos de reclusão. Condeno-o, ainda, na mesma linha de raciocínio, em 50 (cinquenta) dias-multa, a razão de Cr\$ 305,00 (trezentos e cinco cruzeiros) por dia-multa, elevando-a para 67 (sessenta e sete) dias-multa, à mesma razão.

Pagará também as custas e despesas processuais.

Lance-lhe o seu nome no rol dos culpados e recomende-o na prisão onde se encontra. Proceda o Cartório ao Registro e anotações necessárias».

O réu, todavia, não se conformando com a r. sentença, dela apelou para este Egrégio Tribunal, juntando, desde logo, suas razões.

O Ministério Público ofereceu contra-razões.

Nesta Instância, a douta Subprocuradoria-Geral da República, oficiando no feito, assim opina:

«vale lembrar que o artigo 38, § 1º, da citada lei, estabelece para o cálculo do dia-multa, um mínimo de Cr\$ 25,00 e um máximo de Cr\$ 250,00, o que nos faz opinar para que seja reduzida a razão de Cr\$ 305,00 o dia-multa estabelecida pelo MM. Juiz aquo.

Pelo exposto, somos pelo conhecimento e improvimento do recurso do réu».

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Lauro Leitão (Relator): Como se viu do Relatório, a r. sentença de 1º grau julgou procedente a denúncia e condenou o acusado Nilson Muniz à pena de quatro (4) anos de reclusão e à multa de sessenta e sete (67) dias-multa, à razão de Cr\$ 305,00 o dia-multa, como incurso nas sanções do artigo 12 c/c o artigo 18, I, da Lei nº 6.368/76.

Inconformado, apelou o réu.

Preliminarmente, argüi a incompetência deste Egrégio Tribunal para julgar o recurso, ao argumento de que não ficou comprovado o tráfico internacional de entorpecente.

Quanto ao mérito, pede a desclacificação do crime para o artigo 16 da citada Lei.

Em primeiro lugar, rejeito a arguição de incompetência desta Corte, para apreciar o recurso, eis que ficou sobejamente provado, nestes autos, que a maconha foi adquirida na cidade de Pedro Juan Caballero, no Paraguai, que faz fronteira com a

cidade de Ponta Porã-MS, e onde a erva foi apreendida quando era transportada pelo réu (auto de prisão em flagrante de fls. 4/5 e prova testemunhal de fls.)...

No mérito, a r. sentença apelada está correta quanto à dosagem da pena aplicada e privativa de liberdade.

Com efeito, a materialidade do delito resultou comprovada, não só pela confissão do réu, na Polícia e em Juízo (fls. 7/9 e 26/26v), como também pelo laudo de Exame em Substância Vegetal (fls. 29 e 30) do material apreendido (fl. 6).

Como ressalta a douta Subprocuradoria-Geral da República, em seu parecer de fls., «embora tenha o réu afirmado em Juízo que trazia a droga para consumi-la com seus amigos, tal circunstância não desfigura o tráfico, pois, o que a lei reprime é a propagação internacional da substância tóxica».

Ademais, o réu, conquanto primário, responde a outro processo criminal, pela prática criminal, pela prática do crime previsto no artigo 12, da Lei nº 6.368/76 (fls. 42 e 43).

Assim, tenho como correta a pena aplicada, privativa da liberdade do réu.

No que tange, porém, à pena pecuniária, estou em que a r. sentença apelada merece pequeno reparo.

É que o artigo 38, § 1º, da Lei nº 6.368/76, estabelece, como critério para cálculo do dia-multa, um mínimo de Cr\$ 25,00 e um máximo de Cr\$ 250,00.

Entretanto, o MM. Dr. Juiz a quo fixou o dia-multa em Cr\$ 305,00.

Em face do exposto, dou parcial provimento à apelação do réu, tão-somente, para reduzir para Cr\$ 50,00 o dia-multa, mantendo, quanto ao mais, a r. sentença de 1º grau.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

Apelação Criminal nº 5.879 — MS
— Rel.: O Sr. Ministro Lauro Leitão.
Revisor: O Sr. Ministro Otto Rocha.
Apelante: Nilson Muniz (Réu Preso).
Apelada: Justiça Pública.

Decisão: A turma por unanimidade, deu provimento parcial à apela-

ção do réu, tão-somente, para reduzir para Cr\$ 50,00 o dia-multa, mantida quanto ao mais a sentença condenatória.

Os Srs. Ministros Otto Rocha e Leitão Krieger votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Lauro Leitão.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 5.017 — RJ

Relator Originário: O Sr. Ministro Américo Luz

Relator Designado: Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro

Partes: Celso Pimenta da Silva e Jamy S.A. Industrial de Equipamentos Especiais — Massa falida

Suscitante: Juízo de Direito da 8ª Vara de Falências e Concordatas do Rio de Janeiro

Suscitado: Juízo Federal da 3ª Vara-RJ.

EMENTA

Processual Civil. Competência. Arrecadação e penhora. Execução fiscal e falência.

I — Se os bens penhorados na execução fiscal haviam sido arrecadados no Juízo de Quebras, não podia o Dr. Juiz Federal dar curso ao processo executório, mormente tendo conhecimento de ter aflorado conflito de competência.

II — Aplicação da Súmula nº 44 do TFR. Interpretação dos artigos 4º, 5º, 10, 18, 29, 30 e 38 da Lei nº 6.830, de 24-12-80, à vista do artigo 125, I, da Constituição.

III — Conflito conhecido, para efeito de se declarar competente o Juízo suscitante, com anulação dos atos praticados pelo Juízo suscitado, nos autos da execução fiscal, a partir da penhora dos bens arrecadados no feito falimentar.

ACÓRDÃO

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

Decide a 2ª Seção do Tribunal Federal de Recursos, por maioria, rejeitar a preliminar de incompetência do Tribunal Federal de Recursos para dirimir o conflito, na forma do re-

latório e notas taquigráficas anexas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 3 de maio de 1983 (Data de julgamento) — Ministro Moacir Catunda, Presidente — Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, Relator para Acórdão.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Américo Luz: O MM. Juiz de Direito em exercício na 8ª Vara de Falências e Concordatas do Rio de Janeiro, Doutor Jorge de Miranda Magalhães, suscitou o presente conflito competencial suscitado o MM. Juiz da 3ª Vara Federal daquela Seção Judiciária, aduzindo as razões de fls. 3 **usque** 8, das quais destaco os seguintes tópicos:

«No dia 26-3-81, por sentença deste Juízo, foi declarada a falência da Jamy S.A. Industrial de Equipamentos Especiais (doc. 1) a requerimento do credor Celso Pimenta da Silva (doc. 2), sendo nomeada síndica a Dra. 4ª Liquidante Judicial do Rio de Janeiro, competente na forma do Código de Organização Judiciária do ERJ. Da sentença foram opostos embargos, já rejeitados e ora em fase de apelação perante ao Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro».

«Na forma do artigo 70 da Lei de Falências (Decreto-Lei nº 7.661/45), foi efetuada a arrecadação dos bens da falida, na data de 24-8-81, lavrando-se o competente e regular auto de arrecadação (Doc. nº 592/742), com a devida avaliação dos bens. Em virtude da natureza desse material, das dificuldades de sua manutenção, dos riscos e grandes despesas, na sua conservação e guarda, a síndica requereu (Doc. nº 586/590) e foi deferido, sem oposições dos credores, inclusive a União, o leilão dos bens integrantes do acervo, nomeando-se leiloeiro que expediu os editais devidos, com graves e onerosos encargos para a Massa.

As vésperas do leilão autorizado e designado, foi surpreendida a síndica com mandado de penhora, expedido pelo r. Juízo suscitado, que buscava constrição judicial

exatamente dos bens constantes do edital de leilão, o qual serviu para localizar e individualizar o ativo da já agora Executada perante o Juízo Fazendário e Falida, em face daquele de competência falimentar.

Oficiou-se (Doc. nº 1.191) ao digno Juízo Federal prestando o esclarecimento, mas a resposta só agora veio, após nova provocação (Doc. nº 1.323) assegurando-se ter sido deferida a adjudicação dos bens à União, com fulcro nos artigos 24, 29 e 30 da Lei nº 6.830/80 (Lei de Executivos Fiscais).

Entretantes, a mesma União Federal requereu mandado de segurança, perante o E. Tribunal de Justiça deste Estado (6ª Câmara Cível) para sustar aquele leilão, obtendo liminar (Doc. nº 1.237) para a sustação, ocorrida durante o ato, quando já haviam sido arrematados alguns bens, estando ainda sendo aguardado o julgamento desse «Writ».

Sustenta o suscitante, em síntese (fls. 4/8):

a) existência de mandado de segurança, em processamento perante a E. 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do ERJ contra o leilão que chegou a vender bens da massa, suspendendo-se a venda dos outros, tudo anteriormente à adjudicação deferida pelo Juízo suscitado;

b) competência universal do Juízo falimentar para liquidação do acervo e falido, arrecadado anteriormente à execução fiscal que, depois desse ato, penhorou os mesmos bens, subtraindo-os ao Juízo falimentar».

«... os dispositivos legais invocados pelo douto Juízo Suscitado (fl. 1357) dispõem:

Art. 24. A Fazenda Pública poderá adjudicar os bens penhorados:

I — antes do leilão, pelo preço da avaliação, se a execução não for embargada ou se rejeitados os embargos

.....
 Parágrafo único. Se o preço da avaliação ou o valor da melhor oferta for superior ao dos créditos da Fazenda Pública, a adjudicação somente será deferida pelo Juiz se a diferença for depositada pela exequente, à ordem do Juízo no prazo de 30 dias.

Art. 29. A cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública não é sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência, concordata, liquidação, inventário ou arrolamento.

Art. 30. Sem prejuízo dos privilégios especiais sobre determinados bens, que sejam previstos em lei, responder pelo pagamento da Dívida Ativa da Fazenda Pública a totalidade dos bens e das rendas, de qualquer origem ou natureza, do sujeito passivo, seu espólio, ou sua massa, inclusive os gravados por ônus real,.... absolutamente impenhoráveis.

Mas a hermenêutica desses textos não lhe confere, d.v., daquela extensão de poder que o douto Juízo suscitado acolheu, em sua decisão adjudicatória. Senão vejamos.

A possibilidade de adjudicar, à falta de embargos, exige dois pressupostos: a existência da penhora e a ausência de embargo. Mas se, como já se viu e pretende, ilícita (senão inexistente) a penhora, falta a condição de procedibilidade dos embargos, que se tornam não interponíveis, descabendo a adjudicação.

Igualmente, o parágrafo único do texto exige o depósito da diferença, em dinheiro, quando o valor da avaliação dos bens for superior ao

crédito do exequente. **In casu**, não se sabe se houve e qual o valor da avaliação daquele acervo, sendo certo que a União nada depositou a favor do executado (ora Massa Falida) e em nome da diferença de valores.

Destarte, parece-nos, dv., inválida e irregular a adjudicação, sem o preenchimento dos pressupostos e o atendimento às exigências legais.

Assim também quanto à não habilitação em falência e à responsabilidade dos bens da Massa (artigos 29 e 30 da Lei de Executivos) ante o crédito fiscal.

«Parece evidenciado, então, que sob todos os ângulos analisados ou analisáveis, invadiu o E. Juízo Suscitado a competência do suscitante, de caráter universal, protegendo alguns credores, protegendo ilicitamente outros e violando a lei, ao subtrair competência do E. Tribunal de Justiça para julgar mandado de segurança contra leilão de bens que, se adjudicados à impe-trante, deixariam vazio o ato e, por conseqüência inócuo o aresto que decidisse a matéria, a esta altura já resolvida pelo suscitado. Igualmente, usurpou competência executória do Juízo falimentar e prejudicou credores trabalhistas ofendendo a lei e desatendendo à firma jurisprudência das altas cortes, sobretudo esse E. Tribunal Federal de Recursos e do Excelso Supremo Tribunal Federal, como se viu.

Por todos estes fundamentos e mais os reclamados da suplementação desse E. Tribunal, requer-se a declaração da competência deste Juízo falimentar para efetivar total liquidação dos bens da massa, declarados nulos os atos decisórios praticados pelo E. Juízo Suscitado, incluída a irregular penhora, prosseguindo-se no feito até final».

As peças de fls. 9 a 179 instruem o Ofício e as razões do ilustre Magistrado suscitante.

À fl. 182 foi juntado expediente do eminente Desembargador Enéas Marzano, do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, cujo teor leio:

«Na qualidade de Relator do Mandado de Segurança nº 1.657, em que é impetrante a União Federal, credora no juízo universal da falência de Jamy S.A. — Industrial de Equipamentos Especiais, em curso na 8ª Vara de Falências e Concordatas desta Comarca, tenho a honra de, com a devida vênua, consultar Vossa Excelência sobre se, como o permite o artigo 120 do C.P.C, foi determinado se sobrestasse no processo falimentar, em virtude de conflito positivo, de competência, de que dá notícia a comunicação anexa.

A razão da consulta é que, se afirmativa a resposta, sustaremos igualmente o curso de todos os feitos de que participamos, relacionados com a referida falência, até o julgamento que venha a determinar a competência em questão».

Em conseqüência, despachei à fl. 185 e verso:

«Aguarde-se a tomada das providências abaixo especificadas, para que seja cumprido, posteriormente, o despacho de fl. 181:

1ª) responda-se ao Ofício de fl. 182, afirmativamente isto é, sobre a conveniência de sobrestamento do processo falimentar e, de igual modo, de todos os feitos relacionados com ele;

2ª) designo o MM. Juiz suscitante, da 8ª Vara de Falências e Concordatas (fl. 2), para resolver, em caráter provisório, as medidas urgentes (artigo 120 do CPC). Comunique-se a S. Exa. o teor deste despacho;

3ª) Ouça-se o MM. Juiz suscitado (3ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro), ex vi do artigo 119 do estatuto processual, remetendo-se a S. Exa. cópias do Ofício fl. 2 e das razões de fls. 3/8, bem como deste despacho, para que se pronuncie no prazo de 15 (quinze) dias.

Transmita-se às autoridades indicadas estas determinações, também por «telex».

A União requereu à fl. 194:

«...tendo em vista o despacho de fl. 185, que designou o Juiz da 8ª V. F. para solucionar, em caráter provisório as medidas urgentes, vem requerer a V. Exa. se digne de explicitar que não se incluem, entre as medidas urgentes, a entrega de bens, objeto da garantia da execução em Curso na 3ª V.F. do Rio de Janeiro».

Deferi esse pedido, o que foi comunicado ao suscitante.

Reiterado o Ofício de fl. 191, solicitando informações ao MM. Juiz suscitado, este as prestou às fls. 207/209, historiando as diversas fases processuais. Vale delas transcrever os trechos fundamentais, *in verbis*:

«... cumpre-me esclarecer que, em 17-6-81, foi distribuída a esta Vara uma Execução Fiscal (Proc. nº 4121805), através da qual a Fazenda Nacional pretende cobrar de Jamy S.A. Indústria de Equipamentos Especiais, sucessora da Sociedade Industrial de Equipamentos Especiais Ltda., vultoso débito, inscrito como Dívida Ativa da União, mas originário da restituição de quantias pagas para aquisição de carros de combate a incêndio, nos valores de respectivamente Cr\$ 28.000.000,00, Cr\$ 19.999.996,80 e Cr\$ 328.079.746,90.

Deferida a citação da executada por despacho de lavra do MM. Juiz Federal Aarão Reis em 23-6-81 co-

municou a Fazenda Nacional a este Juízo, através de petição datada de 21 de julho de 1981, que a executada tivera sua falência decretada pelo Juízo da 4ª Vara de Falências desta Capital, requerendo, em consequência, a expedição de mandado para que se procedesse à citação do representante da Massa Falida, ou seja, do Sr. Liquidante Judicial.

Tal requerimento foi deferido, ainda por despacho do MM. Juiz Federal Aarão Reis, em 21-7-81, efetivando-se a citação do Liquidante Judicial, em 17-9-81, conforme certidão exarada no competente mandado.

Em 20 de outubro de 1981, requereu a Fazenda Nacional várias diligências, entre as quais a penhora dos bens da massa falida por ela indicados, medida essa deferida por despacho do MM. Juiz Federal, Dr. Fernando Gonçalves, em 7-12-81, efetivada, por meio de mandado, em 27 de janeiro de 1982, ou seja, às vésperas da realização do leilão dos mencionados bens, já designado pelo Juízo da falência, ora suscitante, para o dia seguinte.

Deixou o Oficial de Justiça, que efetuou a penhora, com ciência do Liquidante Judicial, de proceder à avaliação dos bens, «por falta de tempo hábil», desde que o leilão estava marcado para o dia imediato.

Na mesma data da efetivação da penhora ou seja, em 27 de janeiro de 1982, deferiu o MM. Juiz Federal Carlos Augusto Thibau Guimarães petição da Fazenda Nacional, expedindo ofício ao Juízo da falência para que fossem excluídos da arrematação os bens penhorados nos autos da Execução fiscal em tramitação nesta Vara.

Ao acusar o recebimento do referido ofício, comunicou o Juízo da falência a este Juízo que os bens penhorados pela Fazenda Nacional

já haviam sido arrecadados pelo síndico da massa falida, desde o dia 24 de agosto de 1981.

Antes da avaliação, deferiu a Juíza Federal, Dra. Tânia de Melo Bastos Heine, em 5 de março de 1982, a adjudicação dos bens penhorados à Fazenda Nacional, mediante termos nos autos da execução fiscal, assinado pelo Procurador da exequente, sendo o Liquidante Judicial intimado desse ato processual, em 30 de março de 1982.

Dada vista à Fazenda Nacional, em 25-5-82, os autos da execução fiscal permaneceram na Procuradoria da República à qual foram requisitados para possibilitar a prestação das presentes informações.

Após esse histórico dos fatos, pode V. Exa. verificar que, efetivamente, a arrecadação dos bens pelo síndico da massa falida da Executada, em 24-8-81, é anterior à penhora efetuada nos autos da execução fiscal, em 27-1-82.

Além disso, a adjudicação nos autos da execução fiscal, em curso neste Juízo, foi deferida antes da avaliação dos bens, como preterição do disposto no artigo 14, inciso I, da Lei nº 6.830/80.

Não me pareceu oportuno reexaminar, de ofício, a questão da competência deste Juízo, ora em discussão no conflito suscitado perante esse Egrégio Tribunal, tendo em vista a prática pelos ilustres Juizes Federais, que me antecederam na direção do processo, de atos de efeitos concretos, tais como a penhora e a adjudicação de bens anteriormente arrecadados pelo Juízo falimentar, cuja anulação seria inevitável no caso de declaração da incompetência da Justiça Federal.

Concluindo, parece-nos que a solução do presente conflito de com-

petência se encontra na Súmula nº 44 do Egrégio Tribunal Federal de Recursos, cujo enunciado deve prevalecer, inclusive por uma questão de coerência, mesmo após a vigência da Lei nº 6.830, de 22 de dezembro de 1980, que, se bem interpretada, não trouxe inovação quanto ao particular».

A ilustrada Subprocuradoria-Geral da República exarou o parecer de fls. 212 a 240, da lavra do inclito Subprocurador-Geral, Doutor José Arnaldo Gonçalves de Oliveira, opinando pelo não conhecimento do conflito ou, se conhecido, que se dê por sua improcedência, reconhecida a competência do MM. Juiz suscitado para apreciar e julgar a execução fiscal contra a massa falida.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Américo Luz (Relator): O ilustre Consultor Jurídico do Ministério da Aeronáutica, Doutor José da Silva Pacheco, encaminhou-me, com o seu Parecer sobre a espécie sub examen, cópias de peças dos autos da execução fiscal e de intervenções da exequente no processo falimentar, que mandei juntar por linha.

Lê-se nas Certidões de Inscrição da Dívida, a que o débito exequendo se refere:

1ª Certidão — Restituição das quantias pagas para aquisição de dez carros de combate a incêndio decorrentes do Empenho nº 2/77 — Nota 272/AER/SEFA. Processo nº 25-01/C-025/81-M. Aer. Fundamento: artigo 39, § 2º, da Lei nº 4.320/64, com redação do Decreto-Lei nº 1.735/79. Valor: Cr\$ 28.000.000,00 (vinte e oito milhões de cruzeiros);

2ª Certidão — Restituição das quantias pagas para aquisição de sete carros de combate a incêndio decorrentes do Empenho nº 7/78 e do

Empenho nº 823/78, Processo nº 25-01/C-025/81-M. Aer. Fundamento: artigo 3º, § 2º, da Lei nº 4.320/64, com redação do Decreto-Lei nº 1.735/79. Valor: Cr\$ 19.999.996,80 (dezenove milhões, novecentos e noventa e nove mil, novecentos e noventa e seis cruzeiros e oitenta centavos);

3ª Certidão — Restituição das quantias pagas para aquisição de cinquenta carros de combate a incêndio decorrentes do contrato nº 1/79-SDIN, de 8-5-79, Processo nº 25-01-C-025/81-M. Aer. Fundamento: artigo 39, 2º da lei nº 4.320/64, com redação do Decreto-Lei nº 1.735/79. Valor: Cr\$ 328.079.746,90 (trezentos e vinte e oito milhões, setenta e nove mil, setecentos e quarenta e seis cruzeiros e noventa centavos).

Todas essas inscrições datam de 10-6-81.

O síndico da falência foi citado regularmente e, como não ofereceu bens à penhora, foram penhorados os arrolados às fls. 18/35 do apenso, no valor de Cr\$ 115.275.456,00 (cento e quinze milhões, duzentos e setenta e cinco mil, quatrocentos e cinquenta e seis cruzeiros), ut Auto de fl. 38, intimados o síndico e a falida, na pessoa deste.

A União Federal peticionou ao Juízo da execução, nestes termos (fls. 41/43 do apenso):

«A executada foi citada, na pessoa da ilustre síndica da falência, a Dra. 4ª Liquidante Judicial, a qual até agora não ofereceu as devidas garantias à execução.

O processo de cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Pública obedece, agora, às disposições da Lei nº 6.830/80, que consideravelmente avançaram no sentido de melhor proteger o crédito público nos casos de concordata e falência.

Assim é que depois de expressamente determinar a propositura da execução fiscal contra a massa fa-

lida (artigo 4º, IV), o § 1º do mesmo artigo torna o síndico da falência pessoalmente responsável, ante o Fisco, pelo valor dos bens do falido alienados antes de convenientemente garantidos os créditos da Fazenda Pública.

O seguinte artigo 5º da citada Lei nº 6.830/80, atribui ao Juízo de V. Exa., competente para processar e julgar a presente execução, expressa precedência sobre o próprio Juízo da falência.

Já o artigo 29 do mesmo diploma, seguinte na linha de comando legal, estabelece que a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública não é sujeita a habilitação em falência ou a concurso de credores, sendo certo que respondem pelo pagamento da dívida fiscal a totalidade dos bens e das rendas da massa falida do Devedor, na dicção do artigo 30, reforçada pela proibição da alienação judicial de bens do falido sem a quitação da dívida fiscal ou a concordância da Fazenda Pública, contida no artigo 31 da sempre citada Lei nº 6.830/80.

Estas razões, mostram a impossibilidade da tradicional prática da penhora indiscriminada no rosto dos autos da falência às novas disposições legais pertinentes à matéria.

Agora, são todos e cada um dos bens e rendas da massa falida que vêm responder pelo débito fiscal, até porque vedada a alienação desses bens no Juízo falimentar sem a satisfação do crédito público.

Em face dos pedidos formulados pela exequente às fls. 81/83 e 84 dos autos da ação de cobrança, a MMA. Juíza Federal Tânia Heine proferiu o despacho de fl. 85, verbis:

«Defiro a adjudicação requerida às fls. 82/83. Expeça-se mandado de entrega. Oficie-se como requeri-

do à fl. 84, esclarecendo que a adjudicação foi deferida».

O Juízo da falência oficiou, solicitando a sustação de qualquer ato concernente à entrega dos bens penhorados à exequente, em face de haver suscitado este conflito de competência (fl. 91).

Da exposição dos fatos, feita acima, absolutamente indispensável à solução da controvérsia, extraio as seguintes ilações:

1ª) A execução fiscal não foi embargada, nem pelo síndico da massa falida, nem por esta;

2ª) A adjudicação dos bens penhorados, que foram avaliados tomando-se por base «a própria avaliação realizada pela síndica» (ut fl. 82, item 3), foi deferida pelo Juízo suscitado, sem que da respectiva decisão fossem interpostos embargos (artigo 746 do CPC) ou qualquer recurso porventura cabível.

3ª) Restam bens arrecadados, que de acordo com a avaliação da falência, excedem a Cr\$ 53.000.000,00 (cinquenta e três milhões de cruzeiros), mais do que suficientes para atender ao crédito trabalhista e encargos.

Do pedido adjudicatório (fls. 280/281) transcrevo:

«1) Cuida a presente execução, da cobrança de vultoso crédito proveniente de pagamentos feitos pela exequente à executada para a construção e fornecimento de veículos e equipamentos de combate a incêndio, para os aeropostos nacionais.

2) Sobrevindo a quebra da executada, ficou esta, naturalmente, impossibilitada de entregar o serviço, restando aludidos veículos e equipamentos especiais incluídos, tanto no estabelecimento da devedora como no próprio Parque de Material da Aeronáutica,

onde parte dos veículos estavam sendo montados.

3) Devidamente inscrito o débito como Dívida Ativa da União, nos termos do artigo 2º da Lei nº 6.830/80, e ajuizada a presente execução, indicou a exequente à penhora os bens da executada legados ao projeto gerador da dívida em questão, nos termos dos artigos 4º, IV; 29 e 30 da Lei nº 6.830, já citada, conforme relação e valores constantes do mandado de fls., tendo estes por base a própria avaliação realizada pela síndica da massa.

4) Assim é que, enquanto a arrecadação realizada na falência monta a cerca de Cr\$ 168.000.000,00, como se vê dos documentos anexos ao ofício de fls. do MM. Juiz da Quebra, os bens aqui penhorados estão limitados à cerca de Cr\$ 115.000.000,00, restando, portanto, «grosso modo» Cr\$ 53.000.000,00, no mínimo, para atendimento dos credores trabalhistas e eventuais encargos que gozem de preferência sobre o crédito da Fazenda Nacional.

5) Isto sem contar a probabilidade de virem a integrar o acervo da massa outros bens objeto de reivindicação da síndica.

6) Por outro lado, a destinação especial dos bens penhorados e sua situação atual, tornam desinteressante sua venda em leilão, posto que a não ser que sejam submetidos a novas adaptações ou vendidos em pedaços, como sucata, os mesmos não têm melhor serventia a terceiros que não a exequente.

7) Consigne-se, ainda, porque relevantíssimo, que a segurança de nossos aeroportos encontra-se bastante prejudicada, uma vez que, como se vê do vulto do contrato, desses veículos e equipamentos depende grande parte do sistema de proteção dos aeroportos.

8) Aqui, citada a síndica e regularmente intimada da penhora em 27-1-82, quedou silente a executada, até mesmo porque dúvidas não existem com respeito à liquidez e certeza do crédito em cobrança.

9) Diz o artigo 24, I, da Lei nº 6.830/80 que a Fazenda Pública poderá adjudicar os bens penhorados antes do leilão, pelo preço da avaliação, se a execução não for embargada».

No regime da Lei nº 6.830, com vigência a partir de 24-12-80 (artigo 42), a espécie há de ser regida pelo que dispõem as normas, abaixo transcritas, do mencionado diploma:

«Art. 4º A execução fiscal poderá ser promovida contra:

.....

IV — massa;

§ 1º Ressalvado o disposto no artigo 31, o síndico, o comissário, o liquidante, o inventariante e o administrador, nos casos de falência, concordata, liquidação, inventário, insolvência ou concurso de credores, se, antes de garantidos os créditos da Fazenda Pública, alienaram ou derem em garantia quaisquer dos bens administrados, respondem, solidariamente, pelo valor desses bens.

§ 4º Aplica-se à Dívida Ativa da Fazenda Pública de natureza não tributária o disposto nos artigos 186 e 188 a 192 do Código Tributário Nacional.

Art. 5º A competência para processar e julgar a execução da Dívida Ativa da Fazenda Pública exclui a de qualquer outro Juízo, inclusive o da falência, da concordata, da liquidação, da insolvência ou do inventário.

.....

Art. 10. Não ocorrendo o pagamento, nem a garantia da execução de que trata o artigo 9º, a pe-

nhora poderá recair em qualquer bem do executado, exceto os que a lei declare absolutamente impenhoráveis.

Art. 18. Caso não sejam oferecidos os embargos, a Fazenda Pública manifestar-se-á sobre a garantia da execução.

Art. 29. A cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública não é sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência, concordata, liquidação, inventário ou arrolamento.

Parágrafo único. O concurso de preferência somente se verifica entre pessoas jurídicas de direito público, na seguinte ordem:

I — União e suas autarquias;

II — Estados, Distrito Federal e Territórios e suas autarquias, conjuntamente e prorata;

Art. 30. Sem prejuízo dos privilégios especiais sobre determinados bens, que sejam previstos em lei, responde pelo pagamento da Dívida Ativa da Fazenda Pública a totalidade dos bens e das rendas, de qualquer origem ou natureza, do sujeito passivo, seu espólio ou sua massa, inclusive os gravados por ônus real ou cláusula de inalienabilidade ou impenhorabilidade, seja qual for a data da constituição do ônus ou da cláusula, excetuados unicamente os bens e rendas que a lei declara absolutamente impenhoráveis.

Art. 31. Nos processos de falência, concordata, liquidação, inventário, arrolamento ou concurso de credores, nenhuma alienação será judicialmente autorizada sem a prova de quitação da Dívida Ativa ou a concordância da Fazenda Pública.

Art. 38. A discussão judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública só é admissível em execução, na forma desta lei, salvo as hipóteses de mandado de segurança, ação de repetição de indébito ou ação anulatória do ato declarativo da dívida, esta precedida do depósito preparatório do valor do débito, monetariamente corrigido e acrescido dos juros e multa de mora e demais encargos.

Parágrafo único. A propositura, pelo contribuinte, da ação prevista neste artigo importa em renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso, caso interposto.

Daí que resolvo acolher os argumentos do parecer da ilustrada Suprocuradoria-Geral da República, que ora reproduzo (fls. 221/222):

«Diante da ausência de embargos, o MM. Juiz deferiu a adjudicação, conforme se vê à fl. 85 (doc. nº 7), tendo sido lavrado o respectivo termo de adjudicação aos 12-3-82 (doc. nº 8) e expedido o mandado para ciência da sindicância (doc. nº 8).

A referida decisão, diante da falta de qualquer recurso transitou em julgado, nos precisos termos do artigo 467 do CPC.

Desse modo, somente através de ação rescisória poderia ser atacada, se fosse o caso, como dispõe o artigo 485, II, do CPC, uma vez que não há conflito de competência após o trânsito em julgado de qualquer decisão, como se vê:

«Já se viu que não há conflito de competência se algum dos Juizes proferiu sentença e essa passou em julgado». (Pontes de Miranda, Com. ao CPC, Tomo II, pág. 309).

Em 27 de abril de 1982, mais de um mês após a sentença de adjudica-

cação, e, por conseguinte, após o seu trânsito em julgado, vem o Juízo da 8ª Vara de Falência do Rio de Janeiro suscitar, perante o E. Tribunal Federal de Recursos, o presente conflito de competência.

A jurisprudência respalda a tese, a saber:

«Não se considera existente conflito positivo, de jurisdição, se já transitou em julgado decisão proferida em uma das causas invocadas pela parte suscitante (AC do Plenário do TFR de 5-9-74, no CJ 670-GB, Rel.: Min. José Nery da Silveira, in BJA 32.132/75)».

Com estas considerações, reconhecendo a validade dos atos praticados pelo MM. Juízo suscitado, meu voto é no sentido de não conhecer do conflito.

VOTO PRELIMINAR

I

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro: Na assentada do julgamento do dia 12-4-83, o ilustre Relator deste conflito de competência, Ministro Américo Luz, proferiu voto, em que dele não conheceu, afirmando, contudo, a validade dos atos praticados pelo MM. Juízo suscitado.

Para assim decidir, fundou-se nos seguintes argumentos, deduzidos no parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República.

1º) A execução fiscal não foi embargada, nem pelo síndico da massa falida, nem por esta;

2º) A adjudicação dos bens penhorados, que foram avaliados tomando-se por base «a própria avaliação realizada pela síndica» (ut fl. 82, item III), foi deferida pelo Juízo suscitado, sem que da respectiva decisão fossem interpostos embargos (artigo 746 do CPC) ou qualquer recurso porventura cabível;

3º) Restam bens arrecadados, que, de acordo com a avaliação da falência, excedem a Cr\$ 53.000.000,00 (cinquenta e três milhões de cruzeiros), mais do que suficiente para atender ao crédito trabalhista e encargos;

4º) No regime da Lei nº 6.830, com vigência a partir de 24-12-80 (artigo 42), a espécie há de ser regida pelo que dispõem os artigos 4º, IV, §§ 1º e 4º; 5º; 10; 18; 29; 30; 31; e 38 e parágrafo único daquele diploma legal.

Tendo em vista as numerosas questões de fato e de direito suscitada, pedi vista dos autos e hoje os trago, a fim de que tenha prosseguimento o julgamento.

II

De início, suscito questões preliminares.

Segundo esclarece a petição inicial (fl. 4):

«... a União Federal requereu mandado de segurança, perante o E. Tribunal de Justiça deste Estado (6ª Câmara Cível) para sustar aquele leilão, obtendo liminar (doc. nº 1.237) para a sustação, ocorrida durante o ato, quando já haviam sido arrematados alguns bens, estando ainda sendo aguardado o julgamento desse «writ».

Daí concluir, com razão, o douto Juiz suscitante que, no caso, foi subtraída pelo Juízo suscitado competência do próprio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, ao dizer (fl. 8):

«Parece evidenciado, então que sob todos os ângulos analisados ou analisáveis, invadiu o E. Juízo suscitado a competência do suscitante, de caráter universal, protegendo alguns credores, protegendo ilicitamente outros e violando a lei, ao subtrair competência do E. Tribunal de Justiça para julgar man-

dado de segurança contra leilão de bens que, se adjudicados à impe-trante, deixariam vazio o ato e, por consequência inócuo o aresto que decidisse a matéria, esta altura já resolvida pelo suscitado. Igualmente usurpou competência executória do Juízo falimentar e prejudicou credores trabalhistas, ofendendo a lei e desatendendo à firme jurisprudência das altas cortes, sobretudo esse E. Tribunal Federal de Recursos e do Excelso Tribunal Federal como se viu».

Na verdade, a prevalecerem os atos do Juízo suscitado, praticados a partir da penhora, prejudicada ficará a decisão a ser proferida pela Corte Estadual na referida ação mandamental, em que se questiona exatamente sobre a alienação dos bens arrecadados na falência e penhorados pela Justiça Federal.

Aliás, à fl. 182, consta ofício do Desembargador Enéas Marzano, Relator do citado mandado de segurança, endereçado ao Ministro Américo Luz, Relator deste feito, em que consulta «sobre se, como o permite o artigo 120 do CPC, foi determinado se sobrestasse o processo falimentar, em virtude de conflito positivo, de competência, de que dá notícia a comunicação anexa», respondido afirmativamente no sentido da «conveniência de sobrestamento do processo falimentar e, de igual modo, de todos os feitos relacionados com ele».

Preceitua o artigo 119, inciso I, da Constituição que é da competência originária do Excelso Pretório processar e julgar originariamente os conflitos de jurisdição entre Tribunal e Juiz de primeira instância a ele não subordinado (redação da EC 7/77).

Nessas condições, preliminarmente, não conheço do conflito e proponho a remessa dos autos ao Colendo Supremo Tribunal Federal, que é competente para dirimi-lo.

VOTO SOBRE O MÉRITO

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro: Constitui fato incontroverso neste processo o de que arrecadação dos bens da falida se deu muito antes da sua penhora pelo Juízo da execução fiscal. Com efeito, a arrecadação efetivou-se em 24-8-81, segundo assinala a inicial (fls. 3/5), ou, mais precisamente, em 18-8-81, conforme se verifica no auto de arrecadação (fls. 16/154), enquanto a penhora só ocorreu em 27 de janeiro de 1982 (informações fl. 208, e documento de fls. 276/277).

A situação conflitiva entre o Juízo Falimentar e o Juízo Federal aflorou com o seguinte expediente endereçado pelo primeiro ao último, datado de 29-1-82 (fl. 161):

«Sr. Juiz

Acuso o recebimento de seu Ofício nº 32/82, datado de 28-1-82, em que V. Exa. solicita a este Juízo a exclusão de bens do rol a ser leiloados entre os pertencentes à massa falida de Jamy S.A. Industrial de Equipamentos Especiais, afirmando terem sido esses bens penhorados por esse r. Juízo no Executivo Fiscal nº 4121805 proposto pela União Federal contra a falida.

Ocorre, todavia, que, por evidente lapso cartorário, deixou de ser mencionada no Ofício, a data da referida penhora, sendo certo que os mesmos bens apontados já estão arrecadados, conforme anexo, desde a data de 24-8-81, pelo síndico da massa falida, na forma do artigo 70 do Decreto-Lei nº 7.661/45 (Lei de Falências).

Valho-me da oportunidade para renovar a V. Exa. meus protestos de elevada estima e consideração.

Jorge de Miranda Magalhães
Juiz de Direito».

Tal ofício foi complementado, através do expediente datado de 26-3-83, nestes termos (fl. 162):

«Sr. Juiz

Em complementação a nosso ofício anterior nº 317/82, datado de 29-1-82, tenho a honra de solicitar a V. Exa., pelo presente, informações alusivas ao executivo fiscal ali referido.

Prende-se esta solicitação a notícias segundo as quais estaria a União pretendendo adjudicar os bens objeto de nossa anterior arrecadação, e cujo leilão foi sustado em obediência à medida liminar deferida pela E. 6ª Câmara Cível, em mandado de segurança requerido pela União Federal.

Tendo em vista essa anterioridade, e nos termos da medida já tomada pelo E. Supremo Tribunal Federal, em casos semelhantes (RE nº 88.583-8-RJ., AC nº 22.579, DJ de 3-7-79, pág. 5153 e RE nº 92.488-4-RJ., AC 11-11-80, DJ de 28-11-80, pág. 10103), rogamos a V. Exa., a se confirmar tal requerimento, se abstenha da prática de qualquer ato processual inerente, a fim de nos possibilitar providências cabíveis, inclusive suscitação do necessário conflito de competência, com todo respeito a esse Juízo, e apenas para salvaguardar os direitos de credores absolutamente preferenciais, como os trabalhistas, cujo valor ascende hoje a Cr\$ 75.000.000,00 (setenta e cinco milhões de cruzeiros).

Valho-me da oportunidade para renovar a V. Exa. meus protestos de elevada estima e consideração.

José Aloysio Ribeiro de Souza,
Juiz de Direito».

Não obstante tivesse ciência, desde 29-1-82, que os bens penhorados haviam sido arrecadados no Juízo das Quebras, o Dr. Juiz Federal continuou a praticar atos no processo de

execução fiscal, que culminaram com o despacho, datado de 5-3-82, concedendo a adjudicação dos bens penhorados no processo de Falência à Fazenda Nacional, expedindo-se em 12 de março de 1982, o termo de adjudicação (informações, fl. 208, e documentos de fls. 280/284).

A meu ver, a partir do momento em que aflorou a questão de competência entre os Juízos das Justiças diversas deveria ter sido ela submetida à Corte competente para dirimi-la. Com efeito, o caso é de competência absoluta, sendo nulos os atos decisórios praticados por Juiz absolutamente incompetente (CPC, artigo 113, § 2º). Ademais, tratando-se de conflito positivo, a conduta indicada pela lei ao magistrado é a prudência, vez que o Relator do conflito, em tal caso, poderia, como o fez sobrestar o andamento dos feitos (CPC, artigo 120).

Em face das circunstâncias constantes dos autos, penso que o caso é de aplicar-se, pura e simplesmente, a Súmula nº 44 deste Tribunal, nestes termos:

«Ajuizada a execução fiscal anteriormente à falência, com penhora realizada antes desta, não ficam os bens penhorados sujeitos à arrecadação no Juízo falimentar; proposta a execução fiscal contra a massa falida, a penhora far-se-á no rosto dos autos do processo da quebra, citando-se o síndico».

De assinalar que esse verbete, expressivo de pacífica jurisprudência desta Corte, já fora editado quando o Juízo Federal praticou os atos ensejadores de invasão da competência do Juízo falimentar.

Nessas condições, consoante se compreende, o fato de não ter sido embargada a execução fiscal, nem a decisão nela proferida concedendo a adjudicação, não traz qualquer reflexo ao presente feito. O que está em apreciação, aqui, é matéria de or-

dem pública, concernente à competência absoluta, atinente pois à própria existência ou desenvolvimento regular da relação processual. Não há conceber, em tal hipótese, como possam ser convalidados atos usurpadores de competência executória do Juízo falimentar.

Da mesma forma, o fato de terem, ou não, remanescido bens arrecadados de valor suficiente para atender aos créditos trabalhistas e encargos da massa falida não constitui argumento para convalidar a prática de atos com usurpação de competência.

No ponto, aliás, segundo esclarecem as informações do Juízo suscitado, a adjudicação foi deferida antes da avaliação dos bens, com preterição do disposto no artigo 14, inciso I, da Lei nº 6.830/80 (artigo 24, inciso I).

Acrescento que, a meu ver, a Súmula nº 44 desta Corte não foi atingida pelos preceitos da Lei nº 6.830/80, indicados no voto do eminente Ministro Américo Luz e no parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República. Com efeito, os invocados dispositivos da Lei das Execuções Fiscais não podem ser interpretados na sua literalidade. Na sua exegese, não se pode perder de vista o princípio da universalidade do Juízo falimentar, respeitado pelo próprio texto constitucional (Constituição, artigo 125, inciso I). Por isso, qualquer interpretação dos referidos textos da lei ordinária, que implique em suprimir competência do Juízo de Quebras, contamina-se de inconstitucionalidade.

De assinalar que as próprias informações do Juízo suscitado reconhecem, nas palavras do ilustre Juiz Federal, Dr. Ney Magno Valadares, que a controvérsia há de ser solvida, à vista do verbete deste Tribunal, antes citado. Disse S. Exa. (fls. 208/209):

«Após esse histórico dos fatos, pode V. Exa. verificar que, efetivamente, arrecadação dos bens pelo síndico da massa falida da executada, em 24-8-81, é anterior à penhora efetuada nos autos da execução fiscal, em 27-1-82.

Além disso, a adjudicação nos autos da execução fiscal, em curso neste Juízo, foi deferida antes da avaliação dos bens, com preterição do disposto no artigo 14, inciso I, da Lei nº 6.830/80.

Não me pareceu oportuno reexaminar, de ofício, a questão da competência deste Juízo, ora em discussão no conflito suscitado perante esse Egrégio Tribunal, tendo em vista a prática pelos ilustres Juizes Federais, que me antecederam na direção do processo, de atos de efeitos concretos, tais como a penhora e a adjudicação de bens anteriormente arrecadados pelo Juízo falimentar, cuja anulação seria inevitável no caso de declaração da incompetência da Justiça Federal.

Concluindo, parece-nos que a solução do presente conflito de competência se encontra na Súmula nº 44 do Egrégio Tribunal Federal de Recursos, cujo enunciado deve prevalecer, inclusive por uma questão de coerência, mesmo após a vigência da Lei nº 6.830, de 22-12-80, que, se bem interpretada, não trouxe inovação quanto ao particular».

Diante dos argumentos retroexpendidos, conheço do conflito, para efeito de declarar competente o Juízo suscitante, com anulação dos atos praticados pelo Juízo suscitado, nos autos da Execução Fiscal nº 4.121.805, a partir da penhora dos bens arrecadados no feito falimentar, inclusive.

VOTO PRELIMINAR

O Sr. Ministro Américo Luz (Relator): Sr. Presidente. O fundamento

do meu voto é que, não tendo a massa falida embargado a execução, nem oferecido embargos à adjudicação decretada no Juízo Federal, estamos diante de decisões que passaram em julgado, e não se admite conflito de competência quando haja decisão transitada em julgado.

Agora, a preliminar posta no voto do eminente Ministro Pádua é no sentido da incompetência deste Tribunal para apreciar o conflito. S. Exa. envolve no conflito o Tribunal de Justiça do Estado.

Data venia, não enfoco a questão sob esse prisma. Aprecio o conflito entre o Juiz da Falência e o Juiz Federal.

A intervenção do Tribunal de Justiça, a meu ver, caracteriza conflito meramente aparente, subjacente, mas não em sentido próprio.

Rejeito a preliminar, **data venia**.

VOTO PRELIMINAR

O Sr. Ministro Carlos Mário Velloso: Meu voto é no sentido de prosseguirmos no julgamento do conflito. O Tribunal Federal de Recursos é o único competente para decidir este conflito, e, não **data venia**, o Supremo Tribunal Federal. Devemos prosseguir e, em prosseguindo, vamos decidi-lo, no seu aspecto de mérito, ou até entender, como fez o Ministro-Relator, que o conflito estaria prejudicado, por existir uma sentença já passada em julgado na Justiça Federal.

Com a devida vênias, rejeito, então, a preliminar argüida pelo eminente Sr. Ministro Pádua Ribeiro. Estou com o Sr. Ministro-Relator.

VOTO PRELIMINAR

O Sr. Ministro Wilson Gonçalves: Sr. Presidente, se bem entendi, trata-se de conflito positivo, e, nesse conflito, o Tribunal de Justiça não afirmou que tivesse competência.

Então, o conflito se reduz ao Juiz da Falência e ao Juiz Federal. Conseqüentemente, com a devida vênias do eminente Ministro Pádua Ribeiro, rejeito também a preliminar.

VOTO

O Senhor Ministro Bueno de Souza: Senhor Presidente, tenho como avisadas e prudentes as ponderações do Sr. Ministro Pádua Ribeiro, que, no primeiro momento, quase me convenceram. Mas, à medida em que o debate prosseguiu, verifico com maior clareza alguns aspectos da causa.

Assim, o mandado de segurança impetrado perante o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro não tinha nem tem razão de ser. E isto nos cumpre reconhecer, segundo penso.

E não tem, porque havia (e ainda há) conflito positivo de competência entre Juiz local (o da falência) e Juiz Federal (o da execução fiscal).

Note-se que o conflito positivo entre Juiz local e Juiz Federal não diz com a ação de execução, nem com a falência, em si: este conflito positivo diz respeito, apenas e tão-somente, à ação expropriatória embutida, simultaneamente, tanto na falência como na execução fiscal.

Ambos os Juizes afirmam sua competência para a expropriação dos bens, a saber, da massa falida e da executada, respectivamente, o que mostra como é importante a distinção que venho de enfatizar em pronunciamento anterior. Trata-se de conflito restrito somente à competência para a expropriação que, às vezes, perde relevo, como um dos aspectos do processo de execução, a despeito da clareza e ênfase do enunciado do CPC, verbis:

«Art. 646. A execução por quantia certa tem por objeto expropriar bens do devedor, a fim de satisfa-

zer o direito do credor (artigo 591)».

Ressalto, a seguir, que cumpria (como cumpre) a qualquer dos Juizes em conflito suscitá-lo perante esta Corte; ou, ainda, à exequente (a União Federal) vir a esta Corte suscitá-lo; o que não se justifica é que a União Federal fosse (como foi) ao Egrégio Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro a interpor mandado de segurança.

O debate, aliás, se acha em grande parte conturbado por causa, precisamente, da eleição de via errônea pela União Federal, que estava no dever de suscitar o conflito.

Ora, a União Federal, no ponto em que entende que a expropriação devia ser processada pelo Juiz Federal e que a competência do Juiz Federal estava sendo usurpada pelo Juiz local, não poderia deixar de trazer o tema relevantíssimo, de ordem pública, de competência absoluta, ao único órgão competente para dirimi-lo...

O Senhor Ministro Antônio de Pádua Ribeiro: Os argumentos de V. Exa. vêm a favor da existência de conflito entre o Tribunal e a Justiça Federal. V. Exa. está substituindo o Tribunal na apreciação do mandado de segurança.

O Senhor Ministro Bueno de Souza: Não, não estou, Senhor Ministro Pádua Ribeiro. Veja V. Exa. o terceiro aspecto da questão, que ora passo a abordar. De qualquer modo, prossigo, o Egrégio Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro não se declarou competente; apenas recebeu o mandado de segurança e o fez processar. Mas, veja V. Exa., ao aceitar o mandado de segurança e fazê-lo processar, o Egrégio Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro foi provocado, na verdade, para resolver conflito; e se limitou a admitir o mandado de segurança. Isto foi o que aconteceu. Erroneamente provocado pela União Fe-

deral para suscitar um conflito que deveria ser resolvido...

O Senhor Subprocurador-Geral da República, Dr. José Arnaldo Gonçalves de Oliveira: — V. Exa. permite-me?

O Senhor Ministro Bueno de Souza: — Da minha parte, nada a obstar.

O Senhor Subprocurador-Geral da República, Dr. José Arnaldo Gonçalves de Oliveira: — A União Federal impetrou, perante o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, mandado de segurança, visando sustar a praça de todos os bens da massa falida.

É que, além dos bens no valor superior a sessenta milhões de cruzeiros, destinados a assegurar os débitos trabalhistas, pretendia-se praticar os bens penhorados e adjudicados à União, no executivo fiscal.

É o esclarecimento de fato que pretendia dar à Colenda Seção.

O Senhor Ministro Bueno de Souza: — Pois bem, agradeço o esclarecimento, mas insisto no meu entendimento. Naquela situação de fato, o Procurador da República, ao mesmo tempo advogado dos interesses da União e órgão do Ministério Público, estava, a meu ver, no dever de suscitar conflito: e isto, perante esta Corte, porque dois Juizes disputavam competência para a mesma providência, a saber, a expropriação.

Ao invés de assim fazer, impetrou mandado de segurança perante o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Ora, e este é o último ponto que abordo, não me consta que o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro tenha suscitado conflito. Assim, não vejo como possamos, em face de conflito suscitado por um Juiz (conflito positivo), passar ao julgamento da competência do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que não assumiu o conflito, que não se pôs em conflito.

O conflito positivo tem que ser suscitado, também ele.

E o Tribunal local não afirmou sua competência; nem poderia afirmá-la, perante este Tribunal.

De fato, considerasse atingida sua competência, certamente teria suscitado conflito positivo perante o Supremo Tribunal Federal.

Então, não vejo caracterizado o conflito em que se acharia o Egrégio Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. O que vejo como única questão pendente é a concernente à competência de dois Juizes de primeiro grau para a ação de expropriação em que se desdobra a falência, tanto quanto a execução (CPC, artigo 646).

Posso estar enganado; mas, com a devida vênia, penso que não é caso de declinaros da competência e, sim, de resolvermos o conflito que se acha caracterizado, no âmbito de nossa competência.

EXTRATO DA MINUTA

CC nº 5.017 — RJ — Rel.: Originário: O Sr. Ministro Américo Luz. Rel. Designado: O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Partes: Celso Pimenta da Silva e Jamy S.A. Industrial de Equipamentos Especiais — Massa Falida. Suscitante: Juízo de Direito da 8ª Vara de Falências e Concordatas do Rio de Janeiro. Suscitado: Juízo Federal da 3ª Vara-RJ. Advogado: Dr. João Rubens Albuquerque (1ª parte).

Decisão: A Segunda Seção, por maioria, vencidos os Srs. Ministros Antônio de Pádua Ribeiro e Torreão Braz, rejeitou a preliminar de incompetência do Tribunal Federal de Recursos para dirimir o conflito. (Em 3-5-83 — Segunda Seção).

Após os votos dos Srs. Ministros Américo Luz, Relator, não conhecendo do conflito, por considerar a existência de coisa julgada quanto ao executivo fiscal, e do Sr. Ministro

Antônio de Pádua Ribeiro, que conhecia do conflito para declarar competente o Juiz suscitante, anulando os atos praticados pelo Juízo Federal a partir da penhora dos bens arrecadados no Juízo falimentar, pediu vista dos autos o Sr. Ministro Geraldo Sobral, aguardando os Srs. Ministros Torreão Braz, Carlos Mário Velloso, Wilson Gonçalves, Bueno de Souza, Sebastião Reis, Miguel Ferrante e Pedro Acioli. Ausente por se encontrar licenciado o Sr. Ministro Armando Rollemberg. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Moacir Catunda.

VOTO VISTA

O Sr. Ministro Geraldo Sobral: Vindo-me conclusos, para vista, li, atentamente, os presentes autos do conflito positivo de competência.

Cheguei à conclusão de que nada posso acrescentar às fundadas razões que compõem o voto do douto Ministro-Relator, que convencem, inteiramente, meu juízo.

O processo, em sentido amplo, é de índole instrumental e teleológica, porque é um meio visando a um fim.

O processo de execução fiscal, que nos interessa, no particular, tem por finalidade expropriar bens do devedor para satisfazer o direito do credor (CPC, artigo 646). O Estado-Juiz, aqui, integra a relação processual não para julgar, mas, para, «simplesmente, realizar as atividades decorrentes do conteúdo do título», conforme nos ensina Liebman.

A execução fiscal, portanto, tem natureza expropriatória para a satisfação de um credor singular — A Fazenda Pública. E, uma das formas de expropriação consiste, exatamente, na adjudicação dos bens penhorados em favor desse credor (CPC, artigo 647).

No caso *sub judice*, a execução fiscal promovida pela Fazenda Nacio-

nal contra a Massa Falida de Jamy S.A. Industrial de Equipamentos Especiais, perante o Juízo da 3ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro, percorreu todos os seus trâmites processuais, atingindo seu objetivo final, com a adjudicação à credora-exequente dos bens penhorados e avaliados na massa falida executada.

O Estado-Juiz, no caso, terá, somente, que declarar extinta a execução, porque se acha satisfeita a obrigação (CPC, artigos 708, II e 794, I, c/c o artigo 1º da Lei nº 6.830/80), posto que já feita a entrega da prestação jurisdicional à Fazenda Pública exequente, na forma específica da Lei de Regência.

O Juiz Federal suscitado não tem mais qualquer ato de realização a praticar na referida execução fiscal. E, todos os atos por ele praticados são legítimos. Despiciendo seria alongar a discussão, quando o voto do Sr. Ministro-Relator e o lúcido parecer da Subprocuradoria-Geral da República esgotaram o tema processual discutido.

Como configurar-se, pois, o postulado conflito positivo de competência, se um dos Juízes, o suscitado, já praticou todos os atos processuais de realização de sua competência?

Perdoem-me os eminentes pares, quicá, com melhor visão, mas, confesso que, na espécie, não consigo vislumbrar a matéria de que possa surgir o prefalado conflito.

Fico, portanto, na ótica do Relator, para não conhecer do conflito.

E o meu voto.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Mário Velloso: Sr. Presidente, esclarece o Sr. Ministro Américo Luz que não houve embargos na execução fiscal ajuizada contra a massa falida e na qual foram penhorados bens arrecadados pelo Juiz da Falência. Se não

houve embargos, então não há que se falar em coisa julgada, por isso que, todos sabemos, o Código de Processo Civil conferiu ao título extrajudicial o status que ele, em verdade, sempre devia ter, o de subsistir-se por si próprio. Ademais, sustento a tese no sentido de que, contra o ato de arrematação, não cabe ação rescisória, porque, em caso assim, não há sentença. O que se perpetrou no Juízo Federal foi, em verdade, uma ilegalidade, por isso que a competência, inegavelmente, no caso é do Juízo falimentar.

Assim resolvo o conflito pela competência deste, nos exatos termos do voto do Sr. Ministro Pádua Ribeiro, com a vênia devida ao Sr. Ministro-Relator e àqueles que o acompanharam.

EXTRATO DA MINUTA

CC nº 5.017 — RJ — Rel.: Originário: O Sr. Ministro Américo Luz. Rel. Designado: O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Partes: Celso Pimenta da Silva e Jamy S.A. Industrial de Equipamentos Especiais — Massa Falida. Suscitante: Juízo de Direito da 8ª Vara de Falências e Concordatas do Rio de Janeiro. Suscitado: Juízo Federal da 3ª Vara-RJ.

Decisão: A Seção, por maioria, conheceu do conflito, para declarar competente o suscitante, Juízo de Direito da 8ª Vara de Falências e Concordatas do Rio de Janeiro — RJ, anulando os atos praticados pelo Juízo Federal a partir da penhora dos bens arrecadados no Juízo falimentar. (Em 28-6-83 — Segunda Seção).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Geraldo Sobral, Miguel Ferrante, Antônio de Pádua Ribeiro e Moacir Catunda. Lavrará o Acórdão o Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Presidiu o Julgamento o Exmo. Sr. Ministro Moacir Catunda.

EMBARGOS NO CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 5.017 — RJ

Relator: O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro

Embargante: União Federal

Suscitante: Juízo de Direito da 8ª Vara de Falências e Concordatas do Rio de Janeiro

Suscitado: Juízo Federal da 3ª Vara-Rio de Janeiro

Partes: Celso Pimenta da Silva e Jamy S.A. Industrial de Equipamentos Especiais — Massa falida.

EMENTA

Processual civil. Competência. Arrecadação e penhora. Execução fiscal e falência. Interpretação de preceitos da Lei nº 6.830, de 22-9-80, sem que se lhes dê extensão conflitante com o artigo 125, I, da Constituição.

I — O artigo 113, § 2º, do Código de Processo Civil consagra o princípio do aproveitamento dos atos processuais, concernentes às regras acerca da teoria das nulidades adotadas naquele diploma legal. Por isso mesmo, ao dizer que «declarada a incompetência absoluta, somente os atos decisórios são nulos», não exclui a nulidade de outros atos que decorra da natureza das coisas. Assim, não cabe, na espécie, admitir a validade da penhora de bens já arrecadados no processo de quebras.

II — A aplicação da segunda parte da Súmula nº 44, desta Corte, não impede o curso do processo de execução ajuizada pela União junto a Justiça Federal.

III — Nos autos da execução fiscal, não há como conceber a possibilidade de adjudicação de bens arrecadados no processo falimentar, não tendo aplicação à hipótese o artigo 24 da Lei nº 6.830/80.

IV — Os artigos 4º, 5º, 10, 18, 24, 29, 30 e 38 da Lei nº 6.830/80 podem ser interpretados, como no caso, sem que se lhes dê extensão conflitante com o texto constitucional (Constituição, artigo 125, I).

V — Conveniência, na espécie, de comunicar-se ao Relator de mandado de segurança em curso perante Tribunal de Justiça Estadual o resultado do julgamento deste conflito, em razão da existência de expediente por aquele encaminhado ao Relator deste feito.

VI — Embargos declaratórios recebidos, em termos.

ACÓRDÃO

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

Decide a Segunda Seção do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, receber os embargos declaratórios, na forma do relatório e notas taquigráficas anexas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, em 27 de março de 1984 (Data do julgamento) — Ministro Otto Rocha, Presidente — Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro: Esta Egrégia Segunda Seção, por maioria de votos, decidiu este conflito de competência, em que figuram, como suscitante, o Juízo de Direito da 8ª Vara de Falências e Concordatas do Rio de Janeiro, e, como suscitado, o Juízo Federal da 3ª Vara-RJ, na consonância da seguinte ementa (fl. 335):

«Processual civil. Competência. Arrecadação e penhora. Execução fiscal e falência.

I — Se os bens penhorados na execução fiscal haviam sido arrecadados no Juízo de Quebras, não podia o Dr. Juiz Federal dar curso ao processo executório, mormente tendo conhecimento de ter aflorado conflito de competência.

II — Aplicação da Súmula nº 44 do TFR. Interpretação dos artigos 4º, 5º, 10, 18, 19, 30 e 38 da Lei nº 6.830, de 24-12-80, à vista do artigo 125, I, da Constituição.

III — Conflito conhecido, para efeito de se declarar competente, o Juízo suscitante, com anulação dos atos praticados pelo Juízo suscitado, nos autos da execução fiscal, a partir da penhora dos bens arrecadados no feito falimentar».

Publicado Acórdão, a União Federal interpôs os presentes embargos declaratórios, em que, após transcrever a referida ementa do julgado, aduz (fls. 338/341).

«No voto do eminente Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, Relator do referido Acórdão, e que ficou fazendo parte integrante do presente julgado, está explícito o seguinte:

«Com efeito, o caso é de competência absoluta, sendo nulos os atos decisórios praticados por Juiz absolutamente incompetente (CPC, artigo 113, § 2º).

Em face das circunstâncias constantes dos autos, penso que o caso é de aplicar-se, pura e simplesmente, a Súmula nº 44 deste Tribunal, nestes termos:

«Ajuizada a execução fiscal anteriormente à falência, com penhora realizada antes desta, não ficam os bens penhorados sujeitos à arrecadação no Juízo falimentar; proposta a execução fiscal contra a massa falida, a penhora far-se-á no rosto dos autos do processo da quebra, citando-se o síndico».

Nessas condições, consoante se depreende, o fato de não ter sido

embargada a execução fiscal nem a decisão nela proferida concedendo a adjudicação, não traz qualquer reflexo ao presente feito. O que está apreciando, aqui, é matéria de ordem pública, concernente à competência absoluta, atinente, pois, à própria existência ou desenvolvimento regular da relação processual. Não há conceber, em tal hipótese, como possam ser convalidados atos usurpadores de competência executória do Juízo falimentar.

.....
 Acrescendo que, a meu ver, a Súmula nº 44 desta Corte não foi atingida pelos preceitos da Lei nº 6.830/80, indicados no voto do eminente Ministro Américo Luz e no parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República. Com efeito, os invocados dispositivos da Lei das Execuções Fiscais não podem ser interpretados na sua literalidade. Na sua exegese, não se pode perder de vista o princípio da universalidade do Juízo falimentar, respeitado pelo próprio texto constitucional (Constituição, artigo 125, inciso I). Por isso, qualquer interpretação dos referidos textos da lei ordinária, que implique em suprimir competência do Juízo de Quebras, contamina-se de inconstitucionalidade.

.....
 Diante dos argumentos retroexpendidos, conheço do conflito, para efeito de declarar competente o Juízo suscitado, nos autos da Execução Fiscal nº 4.121.805 a partir da penhora dos bens arrecadados no feito falimentar, inclusive.»

II — As Dúvidas. Obscuridades, contradições e omissões

Diante da dúvida que ocorre, proveniente da invocação do § 2º do artigo 113 do CPC, que só deter-

mina a nulidade dos atos decisórios, e do Acórdão de fl. 335, falar em anulação dos atos praticados «a partir da penhora» e do voto do Relator mencionar «a partir da penhora ... inclusive», insta que o Egrégio Tribunal esclarece a obscuridade seguinte:

1º São anulados somente os atos decisórios (e nesse caso, somente a sentença de adjudicação) ou também os atos não decisórios como a penhora (que é mero ato de apreensão de bens feita pelo Oficial de Justiça)?

2º. Se são anulados também os atos não decisórios, inclusive a penhora, como procedê-la, diante da parte final do § 2º do artigo 113 do CPC, *in verbis*: remetendo-se os autos ao Juiz competência e do item 1 da ementa de fl. 335, que diz «se os bens penhorados na execução fiscal haviam sido arrecadados no Juízo de Quebras, não podia o Juiz Federal dar curso ao processo executório?»

Diante das considerações do v. Acórdão e do voto do Ministro-Relator, se o Juiz Federal foi julgado incompetente para «a própria existência ou desenvolvimento regular da relação processual» (fl. 326) e para «dar curso ao processo executório» (fl. 335):

a) qual o Juízo competente para conhecer e dar seqüência ao processo de execução da União (§ 2º do artigo 113 do CPC, «remetendo-se ao Juízo competente»)?

b) qual o Juízo competente para mandar fazer a citação do síndico?

c) qual o Juízo competente para decidir o pedido de adjudicação, de conformidade com o artigo 24, I, da Lei nº 6.830/80?

Diante do que se contém no voto do Ministro-Relator e do item II da ementa, que se referem aos artigos 4º, 5º, 10, 18, 29, 30 e 38 da Lei nº 6.830, de 24-12-80, à vista do artigo 125, I da Constituição Federal, significa que tais dispositivos da Lei nº 6.830/80 são inconstitucionais? Se não são, como interpretá-los pelo oposto do que eles dizem?

Como explicar a contradição de dizer que é constitucional o artigo 5º da Lei nº 6.830/80, que diz «a competência para processar e julgar a execução da dívida ativa da Fazenda Pública excluía de qualquer outro Juízo, inclusive o da falência...» e ao mesmo tempo, julgar, como fez o Acórdão, que «não podia o Juiz Federal dar curso ao processo executivo» (fl. 335)?

Ocorre a mesma contradição com relação aos artigos 4º, 10, 18, 24, 29, 30 e 38 da Lei número 6.830/80, a não ser que se os declare inconstitucionais, porque do contrário não se pode *data venia*, interpretá-los pelo contrário do que eles dizem.

No item II da ementa, omitiu-se o artigo 24 da Lei nº 6.830/80, com base no qual o Juiz da Vara Federal deu a sentença de adjudicação em favor da União, apesar de discutido no processo.

Por outro lado, é o disposto no artigo 24 da Lei nº 6.830/80 inaplicável no caso de execução contra a massa falida? Se não é, o pedido de adjudicação deve ser dirigido ao Juízo da falência? E de quem é a competência para o recurso da decisão?

Como ficou discutido nos autos e nos votos dos eminentes Ministros e como consta no ofício de fls. 182, há o Mandado de Segurança nº 1.657 na 6ª Vara Cível do JRJ, impetrado contra ato de alienação antecipada (antes da liquidação) de todos os bens da massa, inclusive

os de propriedade da União, com infração do artigo 31 da Lei nº 6.830/80, do artigo 1.046, do CPC e artigo 78 do Decreto-Lei nº 7.661/45. Se a competência não é do Juiz Federal, mas da justiça local, como decidiu o Acórdão de fl. 335, então continua a 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro competente para julgar o referido mandado de segurança? Se continua, há, *data venia* omissão do Acórdão, principalmente tendo em vista o pedido de fl. 182 e o despacho liminar de fl. 185, que mandou sobrestá-lo. Tal omissão não pode *data venia*, deixar de ser suprida, em face do interesse da União em que seja matéria decidida em face da infração dos artigos 31 da Lei nº 6.830/80 e 78 do Decreto-Lei nº 7.661/45.

Em face do exposto e invocando os sempre necessários suplementos de V. Exa. e dos eminentes Ministros, confia a União em que sejam recebidos e providos os presentes embargos declaratórios para o fim de suprir os pontos indicados.»

É o relatório.

VOTO

I

O Senhor Ministro Antônio de Pádua Ribeiro (Relator): Antes de apreciar as diversas questões suscitadas nos embargos, convém ter presente, no seu exato contexto, o voto vencedor, nestes termos (fls. 324/327):

«Constitui fato incontroverso neste processo o de que a arrecadação dos bens da falida se deu muito antes da sua penhora pelo Juízo da execução fiscal. Com efeito, a arrecadação efetivou-se em 24-5-81, segundo assinala a inicial (fls. 3 e 5), ou mais precisamente, em 18-8-81, conforme se verifica no auto de

arrecadação (fls. 16-154), enquanto a penhora só ocorreu em 27 de janeiro de 1982 (informações, fl. 208, e documento de fls. 276/277).

A situação conflituosa entre o Juízo Falimentar e o Juízo Federal aflorou com o seguinte expediente endereçado pelo primeiro ao último, datado de 29-1-82 (fl. 161):

«Sr. Juiz

Acuso o recebimento de seu Ofício nº 032/a 82, datado de 28 de janeiro de 1982, em que V. Exa. solicita a este Juízo a exclusão de bens do rol a ser leiloado entre os pertencentes à Massa Falida de Jamy S.A. Industrial de Equipamentos Especiais, afirmando terem sido esses bens penhorados por esse r. Juízo no Executivo Fiscal nº 4121805 proposto pela União Federal contra a falida.

Ocorre, todavia, que por evidente lapso cartorário, deixou de ser mencionada no Ofício, a data da referida penhora, sendo certo que os mesmos bens apontados já estão arrecadados, conforme anexo, desde a data de 24-8-81, pelo síndico da massa falida, na forma do artigo 70 do Decreto-Lei nº 7.666/45 (Lei de Falências).

Valho-me da oportunidade para renovar a V. Exa. meus protestos de elevada estima e consideração.

Jorge de Miranda Magalhães,
Juiz de Direito.»

Tal ofício foi complementado, através do expediente datado de 26-3-82, nestes termos (fls. 162):

«Sr. Juiz

Em complementação a nosso Ofício anterior nº 317/82, datado de 29-1-82, tenho a honra de solicitar a V. Exa., pelo presente, informações alusivas ao Executivo Fiscal ali referido.

Prende-se esta solicitação a notícias segundo as quais estaria a União pretendendo adjudicar os bens objeto de nossa anterior arrecadação, e cujo leilão foi sustado em obediência à medida liminar deferida pela E. 6ª Câmara Cível em mandado de segurança requerido pela União Federal.

Tendo em vista essa anterioridade, e nos termos da medida já tomada pelo E. Supremo Tribunal Federal, em casos semelhantes (RE nº 88.583-8-RJ. Ac. nº 22-5-79, DJ 3-7-79, pág. 5153 e RE nº 92.488-4-RJ, AC 11-11-80, DJ de 28-11-80, pág. 10103), rogamos a V. Exa., a se confirmar tal requerimento, se abstenha, da prática de qualquer ato processual inerente, a fim de nos possibilitar providências cabíveis, inclusive suscitação do necessário conflito de competência, com todo respeito a esse Juízo, e apenas para salvaguardar os direitos de credores absolutamente preferenciais, como os trabalhistas, cujo valor ascende hoje a Cr\$ 75.000.000,00 (setenta e cinco milhões de cruzeiros).

Valho-me da oportunidade para renovar a V. Exa. meus protestos de elevada estima e consideração.

José Aloysio Ribeiro de Souza —
Juiz de Direito»

«Não obstante tivesse ciência, desde 29-1-82, que os bens penhorados haviam sido arrecadados no Juízo das Quebras, o Dr. Juiz Federal continuou a praticar atos no processo de execução fiscal, que culminaram com o despacho, datado de 5-3-82, concedendo a adjudicação dos bens penhorados no processo de falência à Fazenda Nacional, expedindo-se em 12 de março de 1982, o termo de adjudicação (informações, fl. 208, e documentos de fls. 280/284)».

A meu ver, a partir do momento em que aflorou a questão de com-

petência entre os Juízos das Justiças diversas deveria ter sido ela submetida à Corte competente para dirimi-la. Com efeito, o caso é de competência absoluta, sendo nulos os atos decisórios praticados por Juiz absolutamente incompetente (CPC, artigo 113, § 2º). Ademais, tratando-se de conflito positivo, a conduta indicada pela lei ao magistrado é a prudência, vez que o Relator do conflito, em tal caso, poderia, como o fez, sobrestar o andamento dos feitos (CPC, artigo 120).

Em face das circunstâncias constantes dos autos, penso que o caso é de aplicar-se, pura e simplesmente, à Súmula nº 44 deste Tribunal, nestes termos:

«Ajuizada a execução fiscal anteriormente à falência, com penhora realizada antes desta, não ficam os bens penhorados sujeitos à arrecadação no Juízo falimentar; proposta a execução fiscal contra a massa falida, a penhora far-se-á no rosto dos autos do processo da quebra, citando-se o síndico».

De assinalar que esse verbete, expressivo de pacífica jurisprudência desta Corte, já fora editado quando o Juízo Federal praticou os atos ensejadores de invasão da competência do Juízo falimentar.

Nessas condições, consoante se depreende, o fato de não ter sido embargada a execução fiscal, nem a decisão nela proferida concedendo a adjudicação, não traz qualquer reflexo ao presente feito. O que está em apreciação, aqui, é matéria de ordem pública, concernente à competência absoluta, atinente, pois, à própria existência ou desenvolvimento regular da relação processual. Não há conceber, em tal hipótese, como possam ser convalidados atos usurpadores de competência executória do Juízo falimentar.

Da mesma forma, o fato de terem, ou não, remanescido bens arrecadados de valor suficiente para atender aos créditos trabalhistas e encargos da massa falida não constitui argumento para convalidar a prática de atos com usurpação de competência.

No ponto, aliás, segundo esclarecem as informações do Juízo suscitado, a adjudicação foi deferida antes da avaliação dos bens, com preterição do disposto no artigo 14, inciso I, da Lei nº 6.830/80 (artigo 24, inciso I).

Acrescento que, a meu ver, a Súmula nº 44 desta Corte não foi atingida pelos preceitos da Lei nº 6.830/80, indicados no voto do Eminentíssimo Ministro Américo Luz e no parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República. Com efeito, os invocados dispositivos da Lei das Execuções Fiscais não podem ser interpretados na sua literalidade. Na sua exegese, não se pode perder de vista o princípio da universalidade do Juízo falimentar, respeitado pelo próprio texto constitucional (Constituição, artigo 125, inciso I). Por isso, qualquer interpretação dos referidos textos da lei ordinária, que implique em suprimir competência do Juízo de Quebras, contamina-se de inconstitucionalidade.

De assinalar que as próprias informações do Juízo suscitado reconhecem, nas palavras do ilustre Juízo Federal, Dr. Ney Magno Valadares, que a controvérsia há de ser solvida, à vista do verbete deste Tribunal, antes citado. Disse S. Exa. (fls. 208/209):

«Após esse histórico dos fatos, pode V. Exa. verificar que, efetivamente, arrecadação dos bens pelo síndico da massa falida da executada, em 24-8-81, é anterior à penhora efetuada nos autos da execução fiscal, em 27-1-82.

Além disso, a adjudicação nos autos da execução fiscal, em curso neste Juízo, foi deferida antes da avaliação dos bens, como preterição do disposto no artigo 14, inciso I, da Lei nº 6.830/80.

Não me pareceu oportuno reexaminar, de ofício, a questão da competência deste Juízo, ora em discussão no conflito suscitado perante esse Egrégio Tribunal, tendo em vista a prática pelos ilustres Juizes Federais, que me antecederam na direção do processo, de atos de efeitos concretos, tais como a penhora e a adjudicação de bens anteriormente arrecadados pelo Juízo falimentar, cuja anulação seria inevitável no caso de declaração da incompetência da Justiça Federal.

Concluindo, parece-nos que a solução do presente conflito de competência se encontra na Súmula nº 44 do Egrégio Tribunal Federal de Recursos, cujo enunciado deve prevalecer, inclusive por uma questão de coerência, mesmo após a vigência da Lei nº 6.830 de 22-12-80, que se bem interpretada, não trouxe inovação quanto ao particular».

Diante dos argumentos retroexpendidos, conheço do conflito, para efeito de declarar competente o Juízo suscitante, com anulação dos atos praticados pelo Juízo suscitado, nos autos da Execução Fiscal nº 4.121.805, a partir da penhora dos bens arrecadados no feito falimentar, inclusive».

II

A primeira questão proposta é esta (fls. 339/340):

«Diante da dúvida que ocorre, proveniente da invocação do § 2º do artigo 113 do CPC, que só determina a nulidade dos atos decisó-

rios, e do Acórdão de fl. 335, falar em anulação dos atos praticados «a partir da penhora» e do voto do Relator mencionar «a partir da penhora... inclusive», insta que o Egrégio Tribunal esclareça a obscuridade seguinte:

1º São anulados somente os atos decisórios (e nesse caso, somente a sentença de adjudicação) ou também os atos não decisórios como a penhora (que é mero ato de apreensão de bens feita pelo Oficial de Justiça)?

2º Se são anulados também os atos não decisórios, inclusive a penhora, como procedê-la, diante da parte final do § 2º do artigo 113 do CPC, *in verbis*: «remetendo-se os autos ao Juiz competente» e do item I da ementa de fl. 335, que diz «se os bens penhorados na execução fiscal haviam sido arrecadados no Juízo de Quebras, não podia o Dr. Juiz Federal dar curso ao processo executório»?

Diante do teor do julgado e do espírito do preceito processual invocado, deve-se entender, em concreto, que hão de se ter por nulos não apenas os atos decisórios, mas a penhora, inclusive. É o que decorre da parte final do voto que prevaleceu (fl. 327):

«Diante dos argumentos retroexpendidos, conheço do conflito para efeito de declarar competente o Juízo suscitante, com anulação dos atos praticados pelo Juízo suscitado, nos autos da Execução Fiscal nº 4.121.805, a partir da penhora dos bens arrecadados no feito falimentar, inclusive»

À primeira vista, tal entender conflita-se com o § 2º do artigo 113 do Código de Processo Civil, *in verbis*:

«Declarada a incompetência absoluta, somente os atos decisórios serão nulos, remetendo-se os autos ao Juiz competente».

No entanto, o transcrito preceito não pode ser interpretado na sua literalidade. A propósito, não se pode deixar de ter em conta a célebre frase do apóstolo Paulo, com frequência invocada pelos hermeneutas: «a letra mata, o espírito vivifica». Na verdade, aquele dispositivo, em última análise, consagra o princípio do aproveitamento dos atos processuais, inerente à Lei Adjetiva em vigor, que dele cuida ao eleger as regras atinentes à teoria das nulidades (artigos 248 a 250). Isso significa que a expressão «somente os atos decisórios serão nulos», há de ser entendida em termos. Trata-se de regra geral, que, todavia, não pode ser interpretada de forma a contrariar a natureza das coisas. No caso, admitir a validade da penhora, será desconhecer a essência do processo falimentar em que os bens do falido não são penhorados, mas arrecadados. Há como se sabe, diferença substancial, em termos técnicos, entre penhora e arrecadar. Na penhora, a responsabilidade patrimonial do devedor localiza-se sobre determinado bem, enquanto que na arrecadação, a responsabilidade patrimonial do devedor é ampla: abrange a massa de bens que compõem o seu patrimônio. Admitir, na espécie, a validade de penhora efetivada em bens, já arrecadados no processo de quebras, será, conforme se depreende endossar a prática de ato incompatível com a natureza das coisas, o que não se pode conceber.

De outra parte, segundo esclarecido nos autos, a falência de Jamy S.A. Industrial de Equipamentos Especiais ocorreu em 26-3-81 e a execução fiscal contra aquela empresa, movida pela União Federal, foi ajuizada em 17-6-81 (fls. 3 e 207). Portanto, a hipótese enquadra-se na parte final da Súmula nº 44, nestes termos:

«Ajuizada a execução fiscal anteriormente à falência, com penhora realizada antes desta, não ficam os

bens penhorados sujeitos à arrecadação no Juízo falimentar; proposta a execução fiscal contra a massa falida, a penhora far-se-á no rosto dos autos do processo da quebra, citando-se o síndico.»

Resulta, pois, que o processo executório continua a correr perante a Justiça Federal. Isto posto, a expressão constante do Acórdão «se os bens penhorados na execução fiscal haviam sido arrecadados no Juízo de Quebras, não podia o Dr. Juiz Federal dar curso ao processo executório» há de ser entendida no contexto do julgado, ou seja, configurado o conflito positivo de competência, não devia o magistrado, antes da sua decisão, dar curso ao processo; se assim não procedeu, os atos praticados poderiam tornar-se ineficazes, como, na espécie, aconteceu. É o que consta do voto (fls. 324/325):

«A situação conflitiva entre o Juízo falimentar e o Juízo Federal aflorou com o seguinte expediente endereçado pelo primeiro ao último, datado de 29-1-82 (fl. 161):

«Sr. Juiz

Acuso o recebimento de seu Ofício nº 032/a-82, datado de 28-1-82, em que V. Exa. solicita a este Juízo a exclusão de bens do rol a ser leiloados entre os pertencentes à Massa Falida de Jamy S.A. Industrial de Equipamentos Especiais, afirmando terem sido esses bens penhorados por esse r. Juízo no Executivo Fiscal nº 4.121.805 proposto pela União Federal contra a falida.

Ocorre, todavia, que, por evidente lapso cartorário, deixou de ser mencionada no ofício, a data da referida penhora, sendo certo que os mesmos bens apontados já estão arrecadados, conforme anexo, desde a data de 24-8-81, pelo síndico da massa falida, na forma do artigo 70 do Decreto-

Lei nº 7.661/45 (Lei de Falências).

Valho-me da oportunidade para renovar a V. Exa. meus protestos de elevada estima e consideração.

Jorge de Miranda Magalhães,
Juiz de Direito.

Tal ofício foi complementado, através do expediente datado de 26-3-82, nestes termos (fl. 162):

«Sr. Juiz.

Em complementação a nosso Ofício anterior nº 317/82, datado de 29-1-82, tenho a honra de solicitar a V. Exa., pelo presente, informações alusivas ao Executivo Fiscal ali referido.

Prende-se esta solicitação a notícias segundo as quais estaria a União pretendendo adjudicar os bens objeto de nossa anterior arrecadação, e cujo leilão foi susgado em obediência a medida liminar deferida pela E. 6ª Câmara Cível, em mandado de segurança requerido pela União Federal.

Tendo em vista essa anterioridade, e nos termos da medida já tomada pelo E. Supremo Tribunal Federal, em casos semelhantes (RE nº 88.583-RJ, Ac. 22-5-79, DJ 3-7-79, pág. 5153 e RE nº 92.488-4-RJ, Ac 11-11-80, DJ 28-11-80, pág. 10103), rogamos a V. Exa., a se confirmar tal requerimento, se abstenha da prática de qualquer ato processual inerente, a fim de nos possibilitar providências cabíveis, inclusive suscitação do necessário conflito de competência, com todo respeito a esse Juízo, e apenas para salvaguardar os direitos de credores absolutamente preferenciais, como os trabalhistas, cujo valor ascende hoje a Cr\$ 75.000.000,00 (setenta e cinco milhões de cruzeiros).

Valho-me da oportunidade para renovar a V. Exa. meus protestos de elevada estima e consideração.

José Aloysio Ribeiro de Souza,
Juiz de Direito».

Não obstante tivesse ciência, desde 29 de janeiro de 1982, que os bens penhorados haviam sido arrecadados no Juízo das Quebras, o Dr. Juiz Federal continuou a praticar atos no processo de execução fiscal, que culminaram com o despacho, datado de 5-3-82, concedendo a adjudicação dos bens penhorados no processo de falência à Fazenda Nacional, expedindo-se em 12 de março de 1982, o termo de adjudicação (informações, fl. 208, e documentos de fls. 280/284)».

III

Prosseguem os embargos, com as indagações (fl. 340):

«Diante das considerações do v. Acórdão e do voto do Ministro-Relator, se o Juiz Federal foi julgado incompetente para «a própria existência ou desenvolvimento regular da relação processual» (fl. 326) e para «dar curso ao processo executório» (fl. 335):

a) qual o Juízo competente para conhecer e dar seqüência ao processo de execução da União (§ 2º do artigo 113 do CPC, «remetendo-se ao Juízo competente»)?

b) qual o Juízo competente para mandar fazer a citação do síndico?

c) qual o Juízo competente para decidir o pedido de adjudicação, de conformidade com o artigo 24, I, da Lei número 6.830/80?»

As questões postas nas letras a e b já foram anteriormente respondidas. E penso que, também, a constante

da letra c. Com efeito, se o que cabe ao Juiz da Execução Fiscal é proceder à penhora no rosto dos autos, resulta claro que, na hipótese, a União fará jus, no processo falimentar ao crédito correspondente à força do seu título. Não há, pois, conceber adjudicação, pois esta se faz sobre bens penhorados (Lei nº 6.830, de 22-9-80, artigo 24) e não arrecadados.

IV

Continuam os embargos:

«6. Diante do que se contém no voto do Ministro-Relator e do item II da ementa, que se referem aos artigos 4º, 5º, 10, 18, 29, 30 e 38 da Lei nº 6.830, de 24-12-80, à vista do artigo 125, I, da Constituição Federal, significa que tais dispositivos da Lei nº 6.830/80 são inconstitucionais? Se não são, como interpretá-los pelo oposto do que eles dizem?

7. Como explicar a contradição de dizer que é constitucional o artigo 5º da Lei nº 6.830/80, que diz «a competência para processar e julgar a execução da dívida ativa da Fazenda Pública exclui a de qualquer outro Juízo, inclusive o da falência...» e, ao mesmo tempo, julgar, como fez o Acórdão, que «não podia o Juiz Federal dar curso ao processo executório» (fl. 335)?

8. Ocorre a mesma contradição com relação aos artigos 4º, 10, 18, 24, 29, 30 e 38 da Lei número 6.830/80, a não ser que se os declare inconstitucionais, porque do contrário não se pode, *data venia*, interpretá-los pelo contrário do que eles dizem.

9. No item II da ementa, omitiu-se o artigo 24 da Lei nº 6.830/80, com base no qual o Juiz da Vara Federal deu a sentença de adjudicação em favor da União, apesar de discutido no processo».

A meu ver, de forma objetiva, as questões, que ora se renovam, estão

respondidas neste trecho do voto vencedor (fls. 326/327):

«Acrescento que, a meu ver, a Súmula nº 44 desta Corte não foi atingida pelos preceitos da Lei nº 6.830/80, indicados no voto do eminente Ministro Américo Luz e no parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República. Com efeito, os invocados dispositivos da Lei das Execuções Fiscais não podem ser interpretados na sua literalidade. Na sua exegese, não se pode perder de vista o princípio da universalidade do Juízo falimentar, respeitado pelo próprio texto constitucional (Constituição, artigo 125, inciso I). Por isso, qualquer interpretação dos referidos textos da lei ordinária, que implique em suprimir competência do Juízo de Quebras, contamina-se de inconstitucionalidade».

Penso que os invocados preceitos da Lei das Execuções Fiscais podem ser, um a um, interpretados, dando-lhes extensão não conflitante com o texto constitucional. Senão vejamos.

O Acórdão embargado não negou a possibilidade de execução contra a massa falida (artigo 4º, IV). Apenas assinalou que, no caso, a penhora se faz no rosto dos autos do processo falimentar, citando-se o síndico (Súmula nº 44).

Da mesma forma, o aresto impugnado não negou a competência da Justiça Federal para processar e julgar a execução da dívida ativa da União, segundo já explicitado amplamente. Deu, pois, ao artigo 5º, a sua verdadeira interpretação.

Os artigos 10, 18 e 24 referem-se à penhora, garantia da execução e adjudicação de bens penhorados. O Acórdão embargado não negou a possibilidade de penhora; entendeu que deverá ser feita no rosto dos autos do processo falimentar. Tampouco excluiu a possibilidade de a Fazenda manifestar-se sobre a garan-

tia da execução, no caso de não serem oferecidos embargos. Finalmente, quanto à impossibilidade de adjudicação, na execução fiscal, de bens arrecadados, já se falou anteriormente.

O artigo 29 há de ser entendido de acordo com as regras gerais que regem os pagamentos, a serem efetivados no processo de quebras, sem olvidar, dentre elas, a prioridade dos créditos decorrentes da legislação do trabalho (CTN, artigo 186).

O artigo 30, também, deve ser interpretado no contexto da legislação concernente ao regime da insolvência. A totalidade dos bens e rendas da massa responde pelo pagamento da dívida ativa da Fazenda Pública. Por isso mesmo, convertidos aqueles em dinheiro, no Juízo falimentar, a Fazenda irá receber na consonância da força do seu crédito, de acordo com a legislação aplicável.

O Acórdão atacado não negou a possibilidade da discussão, em execução fiscal, da dívida ativa da União Federal (artigo 38).

Finalmente, embora a ementa, por equívoco, não mencione o artigo 24 da Lei nº 6.830/80, tal deslize não traz nenhuma conseqüência, pois o voto não deixou de levá-lo em consideração (fls. 326/327).

V

Adiante, indaga a embargante (fl. 341):

«Por outro lado, é o disposto no artigo 24 da Lei nº 6.830/80 inaplicável no caso de execução contra a massa falida? Se não é, o pedido de adjudicação deve ser dirigido ao Juízo da falência? E de quem é a competência para o recurso da decisão?»

Essa questão já foi respondida anteriormente.

VI

Finalmente, aduz a embargante (fl. 341):

«Como ficou discutido nos autos e nos votos dos eminentes Ministros e como consta no ofício de fl. 182, há o Mandado de Segurança nº 1.657 na 6ª Vara Cível do TJRJ, impetrado contra ato de alienação antecipada (antes da liquidação) de todos os bens da massa, inclusive os de propriedade da União, com infração do artigo 31 da Lei nº 6.830/80, do artigo 1.046 do CPC e artigo 78 do Decreto-Lei nº 7.661/45. Se a competência não é do Juiz Federal, mas da Justiça local, como decidiu o Acórdão de fl. 335, então continua a 6ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro competente para julgar o referido mandado de segurança? Se continua, há, data venia, omissão do Acórdão, principalmente tendo em vista o pedido de fl. 182 e o despacho liminar de fl. 185, que mandou sobrestá-lo. Tal omissão não pode, data venia, deixar de ser suprida, em face do interesse da União em que seja a matéria decidida em face da infração dos artigos 31 da Lei nº 6.830/80 e 78 do Decreto-Lei nº 7.661/45».

Não cabe, no meu entender, decidir, no ensejo, se o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro é, ou não, competente para decidir o Mandado de Segurança nº 1.657.

A propósito do assunto, proferi voto preliminar em que sustentei, em face da existência do citado **mandamus**, que a competência para decidir este conflito seria do Excelso Pretório (fls. 314/316). No ponto fiquei vencido. Todavia, no meu voto, assinalei (fls. 315/316):

«Aliás, à fl. 182, consta ofício do Desembargador Enéas Marzano, Relator do citado mandado de segurança, endereçado ao Ministro

Américo Luz, Relator deste feito, em que consulta «sobre se, como o permite o artigo 120 do CPC, foi determinado se sobrestasse o processo falimentar, em virtude de conflito positivo, de competência, de que dá notícia a comunicação anexa», respondido afirmativamente no sentido da «conveniência de sobrestamento do processo falimentar e, de igual modo, de todos os feitos relacionados com ele».

Nessas circunstâncias, o que cabe, na oportunidade, é comunicar àquele ilustre Desembargador o resultado do julgamento deste conflito, encaminhando-se-lhe a cópia da íntegra do Acórdão proferido neste feito, inclusive nestes embargos.

VII

Com essas considerações, penso ter respondido, dentro do possível, às numerosas questões suscitadas pela embargante, elucidando os pontos em que, a seu ver, o Acórdão impugnado ensejou-lhe dúvidas ou apresentou-se-lhe como obscuro, contraditório ou omissivo.

Nos termos assinalados, recebo os embargos.

EXTRATO DA MINUTA

ECC nº 5.017 — RJ — Rel.: Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Embargante: União Federal. Suscitante: Juízo de Direito da 8ª Vara de Falências e Concordatas do RJ. Suscitado: Juízo Federal da 3ª Vara RJ. Partes: Celso Pimenta da Silva e Jamy S.A. Industrial de Equipamentos Especiais — Massa Falida.

Decisão: A Segunda Seção, por unanimidade, recebeu os embargos declaratórios, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. (Em 27-3-84 — Segunda Seção).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Geraldo Sobral, Armando Rollemberg, Moacir Catunda, Torreão Braz, Carlos Mário Velloso, Wilson Gonçalves, Bueno de Souza, Sebastião Reis e Américo Luz. Ausentes, por motivo justificado, os Srs. Ministros Miguel Ferrante e Pedro Acioli. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Otto Rocha.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 5.203 — MG

Relator: O Sr. Ministro Flaquer Scartezzini

Partes: Justiça Pública, Roberto Ribeiro Barbuto e Ildeu José dos Santos

Suscitante: Juízo Auditor da 3ª Auditoria Militar Estadual de Minas Gerais

Suscitado: Juízo de Direito da 2ª Vara de Patos de Minas-MG

EMENTA

Competência. Crime praticado por policial militar.

Compete à **Justiça Militar** Estadual processar e julgar os policiais militares indiciados e denunciados em fuga de presos sob sua custódia.

Conflito improcedente declarando a competência do MM. Juiz Auditor da 3ª Auditoria Militar Estadual de Minas Gerais.

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 e declarar a competência do suscitante — Juiz Auditor da 3ª Auditoria Militar Estadual de Minas Gerais, na forma do relatório e notas taquigráficas anexas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 11 de maio de 1983 (Data do julgamento) — Ministro José Dantas, Presidente — Ministro Flaquer Scartezini, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Flaquer Scartezini: A douta Procuradoria-Geral da República, às fls. 60/61, assim resumiu a espécie, verbis:

«O Promotor de Justiça em Patos de Minas-MG, denunciou Roberto Ribeiro Barbuto e outro, como incurso nas sanções do artigo 351, § 3º, combinado com o artigo 25, ambos do Código Penal, pelo fato seguinte:

«Na manhã do dia 10 de junho de 1974 o segundo denunciado estava de guarda na cadeia local e colocou o preso João Bosco de Souza para fazer a faxina. Logo depois o primeiro denunciado, talvez valendo-se de sua posição de superior, levou o dito preso para fazer uma instalação elétrica em sua casa.

Aproveitando-se disto João Bosco fugiu e até hoje não foi capturado. Há notícia nos autos de que a fuga foi propiciada a João Bosco e seu companheiro Averaldo, a fim de dificultar a apuração de crime praticado por

policiais militares de Patrocínio, por onde andaram os mesmos».

2. Entretanto, após o recebimento da denúncia e interrogatório de um dos acusados, a MMª Juíza de Direito da 2ª Vara de Patos de Minas-MG, declinou de sua competência, sustentando a ocorrência de crime militar (fl. 51).

3. Por sua vez, com apoio em manifestação do Ministério Público Militar (fl. 55), o MM. Juiz Auditor da 3ª Auditoria suscitou conflito negativo de competência, entendendo que a hipótese não é da competência da Justiça Castrense (fl. 56)».

Após analisar as provas carreadas para os autos, fazendo transcrever a ementa do venerando Acórdão da lavra do eminente Ministro William Patterson, no CC nº 3.989-SP, publicado no DJ de 1-7-80, concluiu pela improcedência do conflito, e pela competência do MM. Juiz Auditor suscitante.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Flaquer Scartezini: Os fatos delituosos noticiados nos autos caracterizaram o delito previsto no artigo 351 do Código Penal, ou seja, promover ou facilitar fuga da pessoa legalmente presa ou submetida à medida de segurança.

Como bem diz a douta Subprocuradoria-Geral da República pelo parecer aprovado pelo ilustre Subprocurador-Geral, verbis:

«O favorecimento à fuga do preso deu-se em razão de estar o denunciado no exercício de suas funções policial ou militar, quando o tinha sob sua guarda».

A meu ver, trata-se portanto de crime militar, cuja competência para processar e julgar é da justiça

Militar Estadual, nos termos da letra d, § 1º — 144 do CPM.

Com estas considerações meu voto é pela improcedência do conflito para declarar competente o MM. Juiz Auditor, ilustre suscitante.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

CC nº 5.203 — MG — Rel.: Sr. Ministro Flaquer Scartezzini. Partes: Justiça Pública, Roberto Ribeiro Barbuto e Ildeu José dos Santos. Suscte.: Juízo Auditor da 3ª Auditoria Militar Estadual de Minas Ge-

rais. Suscdo.: Juízo de Direito da 2ª Vara de Patos de Minas-MG.

Decisão: A Seção, por unanimidade, julgou improcedente o conflito e declarou competente o suscitante — Juiz Auditor da 3ª Auditoria Militar Estadual de Minas Gerais (Primeira Seção — 11-5-83).

Os Srs. Ministros Costa Lima, Leitão Krieger, Hélio Pinheiro, Lauro Leitão, Carlos Madeira, Gueiros Leite, Otto Rocha, William Patterson, Adhemar Raymundo e José Cândido votaram de acordo com o Relator. Presidiu o Julgamento o Sr. Ministro José Dantas.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 5.720 — RS

Relator: O Sr. Ministro Américo Luz

Suscitante: Juízo Federal da 1ª Vara — RS

Partes: União Federal Memphis S.A. Industrial

Suscitado: Juízo Federal da 4ª Vara — SP

EMENTA

Conflito negativo de competência. Execução fiscal (artigos 87 e 578, parágrafo único, do CPC).

Iniciada a ação de cobrança no Juízo em que eram, à época, residentes os executados, a sua mudança para outra localidade não desloca para a respectiva Comarca a competência jurisdicional.

Procedência do conflito.

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 procedente o conflito, para declarar competente o Juízo Federal da 4ª Vara da Seção Judiciária de São Paulo-SP, o suscitado, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Brasília, 17 de abril de 1984 (Data do julgamento) — Ministro Otto Rocha, Presidente — Ministro Américo Luz, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Américo Luz: O MM. Juiz Federal Ary Pargendler, da 1ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Rio Grande do Sul, suscitou o presente conflito de jurisdição pelo ofício de fls. 2/3, dizendo: (lê).

O despacho proferido pelo MM. Juiz Federal Fleury Antônio Pires está à fl. 6 e tem o seguinte teor: (lê).

O Parecer da ilustrada Subprocuradoria-Geral da República, subscrito pelo ilustre doutor Arnaldo Setti e aprovado pelo eminente doutor José Arnaldo Gonçalves de Oliveira, conclui pela competência do MM. Juiz suscitado.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Américo Luz (Relator): O artigo 87 do Código de Processo Civil dispõe:

«Determina-se a competência no momento em que a ação é proposta. São irrelevantes as modificações do estado de fato ou de direito ocorridos posteriormente, salvo quando suprimirem o órgão judiciário ou alterarem a competência em razão da matéria ou da hierarquia.»

Do mesmo diploma legal, o artigo 578 e seu parágrafo estabelecem:

«Art. 578. A execução fiscal (artigo 585, VI) será proposta no foro do domicílio do réu; se não o tiver, no de sua residência ou no do lugar onde for encontrado.

Parágrafo único. Na execução fiscal, a Fazenda Pública poderá escolher o foro de qualquer um dos devedores, quando houver mais de um, ou o foro de qualquer dos domicílios do réu; a ação poderá ainda ser proposta no foro do lugar em que se praticou o ato ou ocorreu o fato que deu origem à dívida,

embora nele não mais resida o réu, ou, ainda, no foro da situação dos bens, quando a dívida deles se originar.»

Tem-se, portanto, que o ilustre magistrado suscitante se fundamentou corretamente nas normas legais aplicáveis à espécie, como enfatizou a douda Subprocuradoria-Geral da República.

Com estas considerações, meu voto é no sentido de julgar procedente o conflito e considerar competente o MM. Juiz Federal da 4ª Vara da Seção Judiciária do Estado de São Paulo, ou seja, o suscitado.

EXTRATO DA MINUTA

CC nº 5.720 — RS — Rel.: Sr. Ministro Américo Luz. Suscte.: Juízo Federal da 1ª Vara — RS. Partes: União Federal Memphis S.A. Industrial. Suscdo.: Juízo Federal da 4ª Vara — SP.

Decisão: A Seção, por unanimidade, julgou procedente o conflito, para declarar competente o Juízo Federal 4ª Vara da Seção Judiciária de São Paulo — SP, o suscitado. (Em 17-4-83 — Segunda Seção).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Antônio de Pádua Ribeiro, Geraldo Sobral, Armando Rollemberg, Moacir Catunda, Torreão Braz, Carlos M. Velloso, Wilson Gonçalves, Bueno de Souza, Sebastião Reis e Miguel Ferrante. Ausente, por motivo justificado, o Sr. Ministro Pedro Acioli. Presidiu a Sessão o Sr. Ministro Otto Rocha.

RECURSO DE HABEAS CORPUS Nº 5.585 — RN

Relator: O Sr. Ministro Lauro Leitão

Recorrente Ex Officio: Juízo Federal no Rio Grande do Norte

Parte — A: Nícia Maria Gomes

Parte — R: Justiça Pública

Paciente: Roberto Jesus Acevedo Vega

EMENTA

Processual Penal. Habeas corpus preventivo. Recurso de ofício.

O paciente, conforme restou provado, estuda na Universidade Federal do Rio Grande do Norte, em razão de Convênio celebrado entre o Brasil e o Peru.

Expirado o prazo de sua permanência no Brasil, o aludido estudante requereu a sua prorrogação. Entretanto, foi indeferido o pedido, ao argumento de que fora formulado extemporaneamente. Por isso, foi notificado a deixar o Brasil, no prazo de 8 dias, sob pena de deportação. Daí ter impetrado ordem de habeas corpus preventivo, que mereceu deferimento.

A negativa de prorrogação da permanência do ora paciente, no País, estaria impedindo o cumprimento do convênio celebrado entre o Brasil e o Peru, e mediante o qual ofereceu ensino superior, em sistema de reciprocidade, aos nacionais de cada um dos aludidos países.

Ademais, o ora paciente está regularmente matriculado na Universidade Federal do Rio Grande do Norte.

Por isso, nega-se provimento ao recurso de ofício.

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 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, 8 de abril de 1983 (Data do julgamento) — Ministro Lauro Leitão, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Lauro Leitão: A advogada Nícia Maria Gomes impetrou ordem de habeas corpus preventivo, perante o MM. Dr. Juiz Federal da Seção Judiciária do Estado do Rio Grande do Norte, em favor de Ro-

berto Jesus Acevedo Vega, qualificado na inicial, e contra ato do Sr. Superintendente Regional do Departamento de Polícia Federal naquele Estado.

Alegou, pois, a impetrante, em resumo:

«Que o paciente ingressou no Brasil em 3-3-79, na qualidade de estudante, convênio Brasil-Peru. Havendo terminado o prazo de sua permanência no País, requereu prorrogação, o que não obteve.

Ocorre que o paciente foi notificado a deixar o País no prazo de 8 dias, sem que a autoridade determinadora atentasse para o fato de que a sua permanência no País não está situada na categoria de turista, porém, na de estudante conveniado, pelo que todas as condições para o término do seu curso devem ser apreciadas.

Esclarece que o paciente cursa, no momento, o 8º período de Arquitetura e Urbanismo, pelo que a sua deportação irá causar profundos prejuízos e impossibilitá-lo de terminar o Curso Superior».

O MM. Magistrado ordenou que fosse expedido salvo-conduto provisorio em favor do paciente.

Solicitadas informações, prestou-as a autoridade apontada como coatora, esclarecendo:

«a) o paciente foi, na verdade, notificado a deixar o País, no prazo de 8 dias;

b) o pedido de prorrogação de permanência foi indeferido, por falta de amparo legal».

O Dr. Procurador da República, com vista dos autos, opinou pela concessão da ordem.

O MM. Dr. Juiz, decidindo a espécie, proferiu a r. sentença de fls., que tem a seguinte conclusão:

«Concedo a presente ordem de **habeas corpus** preventivo em favor de Roberto Jesus de Acevedo Vega, a fim de que não seja deportado pela Polícia Federal, enquanto perdurar a sua condição de estudante conveniado, ou regularize a sua situação perante os órgãos competentes.

Expeça-se salvo-conduto.

Recorro de ofício para o Egrégio Tribunal Federal de Recursos.

Oficie-se à autoridade policial e ao Dr. Procurador da República.»

Os autos subiram a esta Instância, em face ao recurso de ofício interposto.

A douta Subprocuradoria-Geral da República, oficiando no feito, opina pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Lauro Leitão: A r. sentença recorrida merece ser con-

firmada, por seus próprios fundamentos.

Com efeito, o paciente, conforme restou provado, estuda na Universidade Federal do Rio Grande do Norte, em razão de convênio celebrado entre o Brasil e o Peru.

Estava cursando as disciplinas do 2º semestre de 1982, cujas aulas tiveram início em 2 de agosto e terminariam em 14 de dezembro daquele ano, conforme documento de fl. 12.

Expirado o prazo de sua permanência no Brasil, o aludido estudante requereu a sua prorrogação. Entretanto, foi indeferido o pedido, ao argumento de que fora formulado extemporaneamente. Por isso, foi notificado a deixar o Brasil, no prazo de 8 dias, sob pena de deportação. Daí ter impetrado ordem de **habeas corpus** preventivo, que mereceu deferimento.

A rigor, não é passível de censura o ato do Sr. Superintendente Regional do Departamento de Polícia Federal, no Rio Grande do Norte.

Todavia, examinando a espécie dentro de um contexto maior, conclui-se que a negativa de prorrogação da permanência do ora paciente, no País, estaria impedindo o cumprimento do convênio celebrado entre o Brasil e o Peru, e mediante o qual ofereceu ensino superior, em sistema de reciprocidade, aos nacionais de cada um dos aludidos países.

A concessão da ordem preventiva, como frisa o MM. Dr. Juiz Federal, «é medida que protege o direito do paciente permanecer no País até terminar seus estudos, sem, contudo, ficar desobrigado de renovar seu pedido de regularização junto ao departamento competente».

Em face do exposto, nego provimento ao recurso de ofício.

E o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

RHC nº 5.585 — RN — Rel.: Sr. Ministro Lauro Leitão. Recorrente **ex officio**: Juízo Federal no Rio Grande do Norte. Parte-A: Nícia Maria Go-

mes. Parte-R: Justiça Pública. Paciente: Roberto Jesus Acevedo Vega.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso de ofício. (Em 8-4-83 — 1ª Turma).

Os Srs. Ministros Otto Rocha e Leitão Krieger votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro **Lauro Leitão**.

HABEAS CORPUS Nº 5.815 — DF

Relator: O Sr. Ministro Flaquer Scartezzini

Impetrante: Gastão Paulo Mothé da Silva Tavares

Paciente: Gastão Paulo Mothé da Silva Tavares

Aut. Coatora: O Exmo. Sr. Ministro de Estado da Fazenda

EMENTA

Processual Penal. Habeas corpus. Não conhecimento.

O habeas corpus não é o remédio adequado para desfazer simples ato administrativo que não diz respeito à liberdade física do cidadão.

Ordem não conhecida.

ACORDÃO

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

Decide o Plenário do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, não conhecer do pedido, na forma do relatório e notas taquigráficas anexas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 16 de fevereiro de 1984 (Data do julgamento) — Ministro **Lauro Leitão**, Presidente — Ministro **Flaquer Scartezzini**, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro **Flaquer Scartezzini**: — Gastão Paulo Mothé da Silva Tavares, Fiscal dos Tributos Federais, aposentado, impetra a presente ordem de habeas corpus via telex con-

tra ato do Exmo. Sr. Ministro de Estado da Fazenda, Sr. **Ernani Galvêas**, objetivando o trancamento do processo de aposentadoria o qual, no seu entender foi abusivo e ilegal, impeditivo de ir a sua repartição.

A autoridade impetrada prestou as informações, entendendo, preliminarmente, ser inadequado o remédio do habeas corpus para o fim perseguido.

Argumenta que a espécie de ordem requerida, **habeas corpus**, normalmente destina-se a coibir o tolhimento a um direito autônomo, de liberdade de locomoção, ou direito de ir e vir, ou o procedimento criminal que vise a tolhê-lo. Não havendo nenhuma ordem de prisão administrativa, no que se enquadraria o «writ», é incabível.

No mérito, informa que o processo de aposentadoria foi conduzido de

forma cabal, dentro dos parâmetros das normas de regência da matéria, designando-se junta médica através de portaria.

Diante da tipicidade da conduta do impetrante, foi elaborado parecer psiquiátrico pela junta médica, concluindo pela aposentadoria.

Esse ato foi publicado no **Diário Oficial**, Seção II, de 20-1-83, pág. 454, pela Portaria nº 35 de 19-1-83.

Tendo preenchido todos os requisitos legais, afirma a autoridade não ter havido qualquer ilegalidade no processo de aposentadoria do servidor, a cuja instauração viu-se compelido o órgão de pessoal, diante de sua conduta, fazendo um sem número de requerimentos em que lança acusações a pessoas dignas, com alegações inconsistentes, constringendo médicos, por ele acusados, a prestar declarações na delegacia de polícia, enfim, estendendo suas lamúrias aos Juizes e Tribunais, conforme cópias juntadas.

Em **habeas corpus** dirigido à Justiça Federal de Minas Gerais, apontou, como autoridades coatoras, ao mesmo tempo, o Superintendente da Receita Federal, o Delegado da Receita Federal e o Delegado do Ministério da Fazenda, usando o Judiciário para atingir aqueles que, em seu critério deformado, acredita serem seus inimigos, conclui a autoridade.

A douta Subprocuradoria-Geral da República opinou pelo não conhecimento do «writ».

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Flaquer Scartezzini: Como se observa do relatório, o impetrante pretende o trancamento ou desfazimento do processo administrativo que resultou em sua aposentadoria, com fundamento no artigo 176, III, combinado com o artigo 178, I, letra b do Estatuto dos Funcioná-

rios Públicos Civis da União (invalidez comprovada por alienação mental — fls. 15vº e 18).

Entendemos não cabível a medida do **habeas corpus**, eleita para a finalidade em exame, uma vez que não está em jogo a liberdade individual do impetrante-paciente.

Ele está impedido de ir à repartição em que trabalhava, conforme assevera, porém, isso não constitui constrangimento ilegal.

Ao contrário, seu afastamento se deu por força de um ato legal, a aposentadoria.

Se o processo que culminou com essa medida está inquinado a ilegalidade ou qualquer defeito, o **habeas corpus** não é meio idôneo para reparação.

É sabido, conforme conceitos doutrinários, que o **habeas corpus** é um instituto jurídico que tem a precípua finalidade de proteger a liberdade de locomoção (ou o direito de andar com o corpo; livrar o corpo). Assim virá para garantir a pessoa contra qualquer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir, mover-se, parar, ficar, entrar, sair, em que se funda o direito de locomoção que lhe é atribuído. Difere, assim, do mandado de segurança outro instituto de defesa aos direitos pessoais, mesmo de maior amplitude que ele, pois que tende a defender todo direito certo e incontestável contra as violências ou coações de autoridade. (De Plácido e Silva, *Vocabulário Jurídico*, pág. 753).

Edgard Magalhães Noronha também conceitua o **habeas corpus** no mesmo sentido, dizendo que seu objeto é a proteção ou tutela física, no sentido de ir, ficar e vir. Outra coisa não diz a Constituição — prossegue o doutrinador — quando no artigo 153, § 20, refere-se expressamente à liberdade de locomoção. É a liberdade de locomover-se, de mudar de lugar, de situação e de transportar-se para

onde deseje, sem entraves, óbices ou impedimentos, a não ser, evidentemente, os impostos pela lei. (In Curso de Direito Processual Penal, 10ª ed. 1978, pág. 403, ed. Saraiva).

Como se vê, esse direito, tem limitações, é claro, aquelas impostas pela lei.

Nesse sentido ensina também Pontes de Miranda que, por outro lado, diante de nós estarão as limitações à liberdade de ir, ficar e vir, limitações necessárias, para impedir, por exemplo, que a invocação do direito de ir permitisse que a pessoa fosse até o interior da casa de outrem, esbarrando com outro direito. (In História e Prática do Habeas Corpus, vol. I, pág. 4, 7ª ed. 1972, Borsoi).

Só nos sofismas desabusados — prossegue Pontes — a trica (chicana, intriga, trapaça, futilidade) e os subjetivismos impertinentes podem ver nas expressões «liberdade pessoal», protegida pelo **habeas corpus**, outro significado mais amplo que o de liberdade física. Liberdade pessoal, aí, é e será sempre, a liberdade de locomoção, «the power of locomotion», a liberdade física. (idem, pág. 28).

Finalmente, conclui o mestre que só se dá **habeas corpus** quando se feriu ou se teme que se fira a liberdade física, havendo de ser negado quando não há coação ou violência ao direito de mover-se, não sendo meio idôneo para desfazer simples ato administrativo que não diz respeito à liberdade física. (Idem, Tomo II, págs. 3/5, § 101).

Castro Nunes, já nos idos de 1937, apregoava não ser possível estender o **habeas corpus** à tutela de direitos que tem na liberdade física apenas sua condição de exercício, objeto não imediato, mas mediato do pedido. (In Mandado de Segurança, ed. de 1937, págs. 158/9).

Florêncio de Abreu, por seu turno, ensinava que o mandado de seguran-

ça agora desempenha as funções dos «writs» de uso mais freqüente no direito anglo-americano: o **mandamus** que se exercitava entre nós sob as vestes do **habeas corpus**, na ausência de um remédio também pronto, mais adequado para a reparação de outros direitos, que não o de locomoção, ameaçados ou violados por ato ilegal da autoridade pública. (In Comentários ao CPP, pág. 559, nº 255, artigo 647, ed. 1945).

Como bem salientou a douta Subprocuradoria-Geral da República, em parecer de lavra da ilustre Procuradora da República, Dra. Maria Alzira de Almeida Martins, aprovado pelo inclito Subprocurador-Geral da República, Dr. Geraldo Andrade Fonteles, tratando-se de questão de cunho eminentemente administrativo, que não envolve restrição ao direito de locomoção do paciente, não é o **habeas corpus** remédio adequado para coibir abuso porventura existente no referido ato, opinando pelo não conhecimento da ordem.

Consta também dos autos que o impetrante-paciente já impetrou semelhante medida em primeira Instância, não conhecido e, em fase de recurso nesta E. Corte (RHC nº 5.559-MG, Reg. 3446115) distribuído ao eminente Ministro Costa Lima, por unanimidade, foi negado provimento ao recurso (DJ 19-5-83), tendo recorrido ao Pretório Excelso. (Fl. 3).

No C. Supremo Tribunal Federal, onde o impetrante-paciente sustentou oralmente, também foi negado provimento. (RHC nº 61.092-7-MG, DJ 16-9-83, pág. 4008) (fl. 24 destes autos).

Com estas considerações, não estando em jogo a liberdade de locomoção do paciente-impetrante, não conheço da ordem.

É o meu voto.

VOTO

O Sr. Ministro Bueno de Souza: Senhor Presidente, o artigo 654, do Código de Processo Civil dispõe:

«O **habeas corpus** poderá ser impetrado por qualquer pessoa, em seu favor ou de outrem, bem como pelo Ministério Público.

§ 1º A petição do **habeas corpus** conterà:

a) o nome da pessoa que sofre ou está ameaçada de sofrer violência ou coação e o de quem exercer a violência, coação ou ameaça;

b) a declaração da espécie de constrangimento ou, em caso de simples ameaça de coação, as razões em que funda o seu temor;

c) a assinatura do impetrante, ou de alguém a seu rogo, quando não souber ou não puder escrever, e a designação das respectivas residências».

O artigo 662 do mesmo Código, por sua vez diz:

«Se a petição contiver os requisitos do artigo 654, parágrafo 1º, o Presidente, se necessário, requisitará da autoridade indicada como coatora informações por escrito. Faltando, porém, qualquer daqueles requisitos, o Presidente mandará preenchê-lo, logo que for apresentada a petição».

Vê-se, então, que, não havendo petição escrita, assinada pelo impetrante, a lei não considera eficaz a impetração.

A exigência, aliás, é de fácil compreensão: a não ser assim, nenhuma pessoa determinada se vincula à impetração. Esta, por sua vez, a se afirmar procedente, implicará a prática de ilegalidade ou de abuso de poder.

O fato de o telegrama se referir a certa pessoa não basta para determinar seja essa pessoa, efetivamen-

te, o impetrante. A iniciativa de parte é necessária; não há parte, se não se identifica e se não se vincula ao ato processual por sua assinatura.

O suprimento da omissão deveria ser diligenciado logo a seguir, como se lê no preceito por último transcrito. Nesta altura, entretanto, penso que se mostra tardio.

Adverte o Senhor Ministro-Relator que o impetrante e paciente é a mesma pessoa que ocupou a tribuna, sustentando oralmente o pedido.

Isto, contudo, não supre tal omissão: não desejo contribuir para precedente segundo o qual o processo possa instaurar-se por simples telegrama e prosseguir, válido e eficazmente, sem qualquer ato de ratificação; ou, ainda, de que, se o impetrante vier à tribuna, o vício ficará, então, sanado.

Prefiro ater-me ao comando do preceito legal.

Com a devida vênia, julgo inepta a inicial.

O Sr. Ministro Lauro Leitão (Presidente): — Pediria vênia ao eminente Ministro Bueno de Souza para ponderar, com todo respeito, que esta matéria ficou preventa, quando a Presidência proclamou sua decisão.

Naquela oportunidade, pois, é que V.Exa. poderia ter requerido o pronunciamento do Plenário, mas não o fez. Todavia, reconheço que são ponderáveis os argumentos expendidos por V. Exa.

O Sr. Ministro Bueno de Souza: — O que estou a dizer, Sr. Presidente, é que o fato de ter sustentado oralmente as razões não supre a falta de petição assinada pelo impetrante. É este ponto a que me atendo.

Palavras do Dr. Advogado

O Dr. Advogado: Sr. Presidente, preliminarmente, suscito junto ao Egrégio Tribunal Federal de Recur-

sos uma questão que me parece relevante.

Não sou Bacharel em Direito, sou estudante de Direito no último semestre do 7º ano.

Já fiz sustentação oral neste mesmo **habeas corpus** junto ao Supremo Tribunal Federal, em 30 de setembro de 1982, e entendo ser necessário esclarecer que sou estagiário de Direito no último semestre. Se V. Exas. entenderem que posso continuar, como o Supremo Tribunal Federal assim o entendeu, continuarei.

O Sr. Ministro Lauro Leitão (Presidente): O **habeas corpus**, como todos sabem, é o remédio heróico, é uma garantia constitucional ampla. Pode impetrar ordem de **habeas corpus**, a seu favor ou a favor de terceiros, qualquer pessoa e, em assim sendo, não vejo óbice a que o Nobre Estagiário produza sustentação oral, tanto mais quanto é certo que o Regimento desta Egrégia Corte, a respeito, é omissivo.

V. Exa. pode continuar na Tribuna.

O Dr. Advogado: Sr. Presidente, é uma honra (lê).

EXTRATO DA MINUTA

HC nº 5.815 — DF — Rel.: Sr. Ministro Flaquer Scartezzini. Impte.: Gastão Paulo Mothé da Silva Tavares. Pacte.: Gastão Paulo Mothé da Silva Tavares. Aut. Coatora: O Exmo. Sr. Ministro de Estado da Fazenda.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, não conheceu do pedido. Sustentaram oralmente o Sr. Gastão Paulo Mothé da Silva Tavares (Pacte.) e o Dr. Geraldo Andrade Fonteles, Subprocurador-Geral da República.

Votaram de acordo com o Relator os Srs. Ministros Costa Lima, Leitão Krieger, Geraldo Sobral, Carlos Thibau, Armando Rollemberg, Moacir Catunda, Carlos Madeira, Washington Bolívar, Torreão Braz, Carlos Mário Velloso, Otto Rocha, Wilson Gonçalves, William Patterson, Ademar Raymundo, Sebastião Reis, Miguel Jerônimo Ferrante, José Cândido, Pedro Acioli, Américo Luz e Antônio de Pádua Ribeiro. Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Gueiros Leite e Hélio Pinheiro. Licenciado o Sr. Ministro Jarbas Nobre. Não compareceu o Sr. Ministro-Presidente. Também votou com o Relator o Sr. Ministro Bueno de Souza. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Lauro Leitão.

HABEAS CORPUS Nº 5.908 — DF

Relator: O Sr. Ministro Geraldo Sobral

Impetrante: Cassio Felix

Impetrado: Ministro de Estado da Fazenda

Paciente: Jayme de Almeida Ramalho

EMENTA

Administrativo. Penal. Prisão administrativa. Legalidade. Habeas corpus. Ordem denegada.

I — Prisão administrativa de funcionário público, decretada por autoridade competente, através da Portaria-MF nº 266, de 20-10-83, com observância

do prazo legal de sua duração e dos pressupostos indispensáveis ao ato, tais como a prova do desvio e a certeza da autoria. A simples instauração de inquérito policial não obsta o procedimento da prisão administrativa, que gravita em instância independente da penal e cujo objetivo é compelir o paciente a efetuar o depósito do valor das mercadorias desviadas.

II — In casu, deu-se regular cumprimento à parte final do parágrafo 12 do artigo 153 da Constituição da República Federativa do Brasil.

III — Habeas corpus denegado.

ACÓRDÃO

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

Decide o Plenário do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, 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, 7 de junho de 1984 (Data do julgamento). Ministro **José Fernandes Dantas**, Presidente. Ministro **Geraldo Sobral**, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. **Ministro Geraldo Sobral**: Nas informações prestadas pela autoridade apontada como coatora, tem-se o corpo do relatório, *in verbis*:

«Jayme de Almeida Ramalho requereu ao Meretíssimo Juiz da 2ª Vara da Seção Judiciária Federal de São Paulo, o sobrestamento de sua prisão administrativa, que o Exmo. Ministro da Fazenda determinou através da Portaria nº 266, de 20 de outubro de 1983.

2. Em seu petitório, alegava ele os seguintes fundamentos para sua pretensão:

a) que não foi encaminhada àquele Juízo cópia do processo administrativo referente à prisão administrativa;

b) que, mesmo após instauração do inquérito policial, persiste a medida de «prisão preventiva administrativa».

c) que, para que ele possa circular livremente, deve ser sobreposta a medida, até ulterior deliberação do Juízo.

3. O MM. Juiz da 2ª vara determinou que o requerimento fosse processado como pedido de **habeas corpus**, e requisitadas informações.

4. O digno Delegado da Polícia Federal prestou as informações no prazo, e, em face delas, o MM. Juiz exarou este despacho:

«Vistos, etc.

Segundo verifico da impetração, a prisão administrativa contra a qual se insurge o impetrante foi decretada pelo Exmo. Sr. Ministro da Fazenda.

Ora, quando a autoridade coatora for Ministro de Estado, competente para o processo e julgamento do **habeas corpus** é o Egrégio Tribunal Federal de Recursos, a teor do disposto na letra d do inciso I do artigo 122 da Constituição Federal.

Assim, sendo, julgo-me incompetente para apreciar o presente «writ».

Remetam-se os autos, com as cautelas de estilo, ao Egrégio Tribunal Federal de Recursos.

em favor do qual declino». (Fls. 21/22).

Vindo-me os autos conclusos por distribuição, requisitei as referidas informações, que me chegaram em tempo (fls. 20/27).

As fls. 54/56, a douta Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pela denegação da ordem.

Reportando-se ao julgamento do Habeas Corpus nº 5.845-DF, por mim relatado na sessão plenária de 5-4-84, em que fui vencido, tendo como pacientes Sérgio Araújo dos Santos e outros, o impetrante requer às fls. 58/59, a sustação da ordem que decretou sua prisão administrativa, dizendo-se beneficiado pela referida decisão.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Geraldo Sobral, — Relator: O pedido de sustação da prisão administrativa decretada contra o requerente, Jayme de Almeida Ramalho, não tem procedência, uma vez que não é idêntica sua situação processual à dos pacientes, Sérgio Araújo dos Santos e outros, impetrantes do HC nº 5.845-DF. Estes últimos, apesar de presos em flagrante, estavam sujeitos a processo criminal sob nº 8113845 e obtiveram soltura mediante fiança. Tais circunstâncias não envolveram o paciente deste HC.

Acolho, pois, os termos do lúcido parecer da Subprocuradoria-Geral da República, que, assim, se pronunciou:

«Quer o impetrante, segundo se extrai de seu confuso arrazoado, a revogação do decreto de prisão administrativa ao fundamento de que não foi comunicada ao Judiciário, e que apesar do inquérito policial instaurado, subsiste o decreto de prisão administrativa.

Estamos em que não assiste razão ao impetrante. Primeiro porque através do aviso nº 762, de 20 de outubro de 1983, o Ministro da Justiça comunicou a prisão administrativa ao Presidente desta Egrégia Corte, cumprindo o que dispõe o artigo 3º do Decreto-Lei nº 3.415/41. Segundo por que as Instâncias penal e administrativa são independentes, pelo que a prisão administrativa não sofre qualquer influência se do fato resultar inquérito ou ação penal.

A prisão administrativa não é uma sanção de natureza penal. Seu objetivo é compelir alguém ao cumprimento de certa obrigação. No caso em exame visa a compelir o paciente a efetuar o depósito do valor correspondente à avaliação das mercadorias desviadas.

Por outro lado, não compete ao Judiciário examinar senão o aspecto formal do ato administrativo, principalmente no que se refere ao prazo de duração da prisão e a competência da autoridade.

Por isso é que o § 2º do artigo 650 do Código de Processo Penal, estatui que não caberá habeas corpus na prisão administrativa, exceto quando o pedido vier acompanhado de prova de depósito ou quitação do alcance verificado, ou quando a prisão exceder o prazo legal.

A prisão foi decretada por autoridade competente, tendo sido observados o prazo legal de sua duração e os pressupostos indispensáveis ao ato, quais sejam, a prova do desvio e certeza da autoria.

Ante ao exposto, somos pela denegação da ordem.

É o parecer.»

Adotando as sólidas razões que sustentam o parecer supra, denego a ordem impetrada.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

HC nº 5.908 — DF — Rel.: Sr. Ministro Geraldo Sobral. Imppte.: Cassio Felix. Impdo.: Ministro de Estado da Fazenda. Pacte.: Jayme de Almeida Ramalho.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, indeferiu o **habeas corpus**. (Em 7-6-84 — Pleno).

Os Srs. Ministros Hélio Pinheiro, Armando Rollemberg, Moacir Ca-tunda, Lauro Leitão, Carlos Madei-

ra, Gueiros Leite, Torreão Braz, Otto Rocha, Wilson Gonçalves, William Patterson, Sebastião Reis, José Cândido, Pedro Acioli, Antônio de Pádua Ribeiro, Flaquer Scartezzini, Costa Lima e Leitão Krieger votaram com o Relator. Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Washington Bolívar, Carlos M. Velloso, Ademar Raymundo, Bueno de Souza, Miguel Jerônimo Ferrante, Américo Luz e Carlos Thibau. Licenciado o Sr. Ministro Jarbas Nobre. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro José Fernandes Dantas.

REMESSA EX OFFICIO Nº 85.864 — DF

Relator Originário: O Sr. Ministro Carlos Thibau

Relator para Acórdão: O Sr. Ministro Washington Bolívar de Brito

Remetente: Juiz Federal da 2ª Vara-DF

Partes: Manoel Carlos de Abreu e União Federal

EMENTA

Administrativo e Civil. Imóveis de Brasília. Opção de compra. Eficácia.

1. A lei de regência de uma obrigação é a época em que foi assumida; feita a opção de compra do apartamento em 8-9-66, nos termos do Decreto nº 56.793/65 e não sendo assinada a promessa de compra e venda porque sobre o imóvel pendia vistoria judicial para apurar responsabilidade dos construtores, tinha o legítimo ocupante direito de adquiri-lo, sendo irrelevante ter sido removido para outra unidade da Federação, se sempre manteve a ocupação, no caso, por intermédio da genitora, pessoa idosa, que não se adaptaria ao clima amazônico. Precedentes do TFR.

2. Sentença confirmada.

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 remessa de ofício, na forma do relatório e notas taqui-

gráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 18 de maio de 1984 (Data do julgamento) — Ministro Washington Bolívar de Brito, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Carlos Augusto Thibau Guimarães: Trata-se de remessa ex officio em mandado de segurança impetrado por Manoel Carlos de Abreu, qualificado na inicial, contrato do Sr. Diretor Executivo da CODEBRÁS, objetivando ver reconhecido o seu direito à compra do apartamento nº 107, do Bloco L da Superquadra Norte 404, nesta Capital.

Alegou o impetrante que, em 8 de setembro de 1966, conforme comprova o Protocolo nº 006475, apresentou tempestivamente junto à autoridade impetrada, sua opção para compra do imóvel por ele ocupado e objeto da lide.

Tal circunstância garantiria, a seu ver, o direito à aquisição do bem, embora uma vistoria judicial ajuizada contra a empresa construtora do prédio, para determinar-lhe a existência de objetos de construção e fixar responsabilidades, tivesse retardado o momento da assinatura do contrato de compra e venda que não chegou a efetivar-se por motivo alheio à vontade do impetrante.

O impetrante, na condição de militar, foi transferido de Brasília para Manaus quando, no seu entender, já tinha incorporado ao seu patrimônio o direito à compra do referido imóvel. Sua mãe, pessoa de idade avançada e que com ele residia nesta cidade, dada a sua incompatibilidade com o clima da região amazônica, conforme comprova atestado médico oficial, deixou de acompanhá-lo e aqui permaneceu ocupando o imóvel.

Abusivamente, prossegue o impetrante, a autoridade impetrada, através da Portaria nº 290, de 3-12-74 rescindiu o termo de ocupação, diante de sua transferência para a cidade de Manaus-AM.

Requeru, assim, o impetrante a concessão do **mandamus** para o fim

de anular-se a malsinada Portaria nº 290/74, com o reconhecimento do seu direito à compra do imóvel.

Inicial instruída com os docs. de fls. 10 usque 17.

As informações foram prestadas e se acham às fls. 28/31, acompanhadas dos docs. fls. 32/39. Nelas se sustenta a juridicidade do ato impugnado.

O MPF, às fls. 41/42 opinou pela concessão do «writ».

O MM. Juiz Federal, Dr. Adhemar Ferreira Maciel, prolatou a sentença de fls. 45/48, concedendo a segurança e sujeitando-a ao duplo grau obrigatório de jurisdição.

Não houve recurso voluntário.

A douta Subprocuradoria-Geral da República opinou, pela reforma da r. sentença a quo (fls. 54/56).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Augusto Thibau Guimarães (Relator):

Esse é um daqueles processos em que eu gostaria de ficar vencido pois, embora reconheça ser justa a pretensão do impetrante, não vislumbro a existência de direito adquirido, muito menos líquido e certo, que justifique a concessão da ordem.

O ato impugnado foi baixado com fundamento no artigo 10, alíneas a e c, do Decreto-Lei nº 76/66, a segunda das quais prevê a rescisão da ocupação quando o servidor ocupante perde o vínculo com o respectivo órgão em Brasília. Esse é o caso dos autos, em que o impetrante foi transferido para Manaus em 1970.

Quanto à opção de compra, a questão foi assim examinada nas informações da autoridade, **in verbis**: (fls. 29/31)

«Assim, a opção feita em 8-9-66 não tinha objeto jurídico — caiu no vácuo: não estava à venda naquela

ocasião o imóvel em causa, o que somente veio a ocorrer em abril de 1974.

6. Ademais, no que concerne à pré-falada opção de compra, de 1966, segundo consta do Proc. Adm. nº 006.475 de 8-9-66, o ocupante, àquela época, não juntou quaisquer documentos comprobatórios do preenchimento dos requisitos legais à aquisição, o que somente veio a ocorrer em 30 de setembro de 1974 conforme Proc. nº 8.757/74.

7. Ao efetivar validamente a opção de compra em 30-9-74, complementada dos documentos necessários à habilitação, para os fins previstos no Decreto nº 56.793, de 27 de agosto de 1965 e Decreto nº 61.863, de 6 de dezembro de 1967, o impetrante já não mais encontrava-se em exercício no DF, vez que fora transferido para a Base Aérea de Manaus em 1970 (docs. anexos).

8. Até então, vigente o T.O., revava a cláusula V, parágrafo único que:

«Cessará a ocupação antes do prazo previsto nesta cláusula, quando o ocupante, por qualquer circunstância, tiver terminada a sua missão em Brasília, obrigando-se este, em consequência a entregar o imóvel ao Grupo de Trabalho de Brasília, para sua utilização por outro servidor público federal, ali mandado servir, constituindo esbulho a continuidade da ocupação além da data do término daquela missão, justificando-se por esse efeito, a reintegração de posse, início litis, por parte do Governo Federal, representado pelo Grupo de Trabalho.»

9. Da mesma forma estabelece o artigo 11 do Decreto-Lei nº 76/66, quando determina que o «ocupante que deixar de ter exercício efetivo

em Brasília...» terá 60 (sessenta) dias para devolução do imóvel.

10. Determinou o Edital de Licitação do INPS que os imóveis seriam vendidos «aos seus legítimos ocupantes» (inciso 3º) e ante a transferência do impetrante para Manaus em 1970, incidia, com a não devolução do imóvel na cláusula V, do Termo de Ocupação e artigo 11 do Decreto-Lei nº 76/66, o que tornava ilegítima a ocupação, dando ensejo à rescisão do Termo.»

Ao contrário do que entendeu o MM. Juiz a quo, não me parece que o impetrante tivesse direito adquirido à compra do apartamento simplesmente porque por ela optou em 1966 já que, como disse a autoridade, o imóvel não estava à venda nessa ocasião e o impetrante não juntou quaisquer documentos comprobatórios do preenchimento dos requisitos necessários, o que somente veio a ocorrer em 1974, quando ele já estava há quatro anos em Manaus.

Com muito pesar sou levado a dar provimento à remessa de ofício para cassar a segurança.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

Registro nº 3161323 — Pauta de 29-11-83 — REO 85.864/DF.

Relator: O Sr. Ministro Carlos Thi-
bau — Presidente da Sessão: O Sr.
Ministro Washington Bolívar — Sub-
procurador-Geral da República: O
Sr. Ministro Paulo André F. Soll-
berger.

Autuação: Remte.: Juiz Federal
da 2ª Vara. — Parte A.: Manoel Car-
los de Abreu. — Parte R.: União Fe-
deral. Advogado: Dr. José Eduardo
Bulcão de Moraes.

Decisão: A 1ª Turma após o voto
do Sr. Ministro Relator, dando provi-
mento à remessa de ofício e ao re-
curso para cassar a segurança, pediu
vista o Sr. Ministro Washington

Bolívar, aguardando o Sr. Ministro Leitão Krieger.

Brasília, 29-11-83.

VOTO VISTA

O Sr. Ministro Washington Bolívar de Brito: A douda sentença remetida tem a seguinte fundamentação (fls. 47/48):

«Como é sabido, a lei de regência de uma obrigação assumida é a lei da época. O impetrante — no que não foi contrariado pelo impetrado — fez opção pela compra do apartamento em 8-9-66 (fl. 10), nos termos do Decreto nº 56.793/65. Não logrou assinar a promessa de compra e venda vez que pendia vistoria judicial requerida pelo INPS contra a empresa construtora. O impetrado alega que o apartamento não se achava à venda e que esta só foi liberada em 1974, quando o impetrante já havia sido transferido para Manaus (1970).

Seu embasamento legal está no Decreto-Lei nº 76/66, que dá o prazo de 60 dias para o ocupante que não mais residir em Brasília deixar o imóvel residencial.

Ora, a edição do Decreto-Lei nº 76 se deu em 21-11-66, quando o impetrante havia, validamente, optado pela compra do apartamento por ele ocupado com a família. Perfeito era seu ato, nos termos da legislação da época. Por outro lado, foi por circunstâncias alheias à sua vontade que o apartamento não lhe foi vendido ou prometido à venda. Mas ele já havia adquirido direito à compra, desde que satisfeitas as exigências. Não respeitar seu direito, com base em legislação posterior à opção válida, é fazer tábula rasa de preceito constitucional (artigo 153, § 3º). Destarte, a Portaria nº 290/74 se acha inquinada de ilegalidade.».

Com enfoque na correção monetária, o Tribunal terminou por pacificar sua jurisprudência, nos termos da Súmula nº 68, que reza:

«A correção monetária não incide nas aquisições de unidades residenciais do INPS, quando a opção de compra tiver sido anterior à vigência do Decreto-Lei nº 19, de 1966, sendo irrelevantes em face da Lei nº 5.049, de 1966, o valor ou a área do imóvel.»

É, realmente, um aspecto referente à correção monetária. Entretanto, invoco o precedente apenas para dar suporte ao relevo que a opção de compra tinha, para efeito de aquisição desses imóveis nos começos de Brasília.

Recordo-me, por ser habitante desta cidade desde o seu começo, de que nos casos referentes aos apartamentos construídos pela Capua & Capua, na Asa Norte, onde se disputa, justamente, o direito, os apartamentos estiveram sujeitos a uma controvérsia, porque começaram a rachar e a sofrer uma série de outros defeitos de construção, obrigando o órgão que administrava os imóveis de Brasília a promover uma vistoria judicial, para apurar responsabilidades. Tais fatos nada tinham a ver com este, mas, sem dúvida, constituíram obstáculo intransponível, quer para o INPS colocar à venda, como fez com todos os demais imóveis de Brasília, posteriormente, quer para o próprio impetrante, porque o fato, evidentemente, como ele ressaltou na inicial, e foi também dito na sentença, transcendia a sua vontade.

Nesta Turma, fui Relator da Apelação Cível nº 84.316-DF, cujo Acórdão, no item II, assim ficou especificado:

«2. É irrelevante a circunstância de haver o autor sido removido temporariamente para outra unidade da Federação, se sempre

manteve a ocupação do imóvel e firmou, posteriormente, contrato de promessa de compra e venda com o INPS.»

A única diferença que há com a semelhança de ter mantido a ocupação do imóvel, em que sua mãe, como ficou dito, continuou ocupando-o é que não pôde realizar o contrato de promessa de compra e venda, mas essa realização não ocorreu porque ele negligenciasse, ou porque o Instituto não quisesse ou não devesse vender; é porque não pôde fazê-lo. Havia um obstáculo judicial, impedindo a transação.

Por estas circunstâncias, e alegrando-me em poder, também, aliviar o peso da aflição que se aposara do eminente Relator, o Sr. Ministro Carlos Augusto Thibau Guimarães, conforme confessou em seu douto voto, nego provimento à remessa de ofício, para confirmar a sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos.

EXTRATO DA MINUTA

REO nº 85.864 — DF — Rel. Originário: Sr. Ministro Carlos Thibau. Relator para Acórdão: Sr. Ministro Washington Bolívar de Brito. Remte.: Juiz Federal da 2ª Vara — DF. Partes: Manoel Carlos de Abreu e União Federal.

Decisão: Prosseguindo-se no julgamento, a 1ª Turma do TFR, por maioria, negou provimento à remessa de ofício, vencido o Sr. Ministro Carlos Thibau. Lavrará o Acórdão o Sr. Ministro Washington Bolívar de Brito. (Em 18-5-84).

O Sr. Ministro-Relator ficou vencido. Os Srs. Ministros Washington Bolívar de Brito e Leitão Krieger votaram de acordo. Não compareceu o Sr. Ministro Jarbas Nobre por motivo de licença. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro **Washington Bolívar de Brito**.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 86.388 — SP

Relator: O Sr. Ministro Armando Rollemberg

Apelante: Fábrica Nacional de Implementos Howard S.A.

Apelada: União Federal

EMENTA

Tributário. Certificado de Aplicação em Incentivos Fiscais. Não estando prevista em qualquer diploma, quer legal, quer regulamentar, obrigatoriedade de intimação do contribuinte para obtenção, junto ao órgão da Secretaria da Receita Federal ao qual está jurisdicionado, do Certificado de Aplicação em Incentivos Fiscais — CAIF, a efetivação de tal providência, por via de publicação em órgão da imprensa privada, não caracteriza ofensa a direito líquido e certo.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados 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 constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 20 de junho de 1983 (Data do julgamento) — Ministro **Armando Rollemberg**, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro **Armando Rollemberg**: Leio o relatório da sentença que dá exata notícia da matéria discutida nos autos.

«Fábrica Nacional de Implementos Houward S.A, qualificada à fl. 02, impetra o presente mandado de segurança contra ato do Delegado da Receita Federal em São Paulo, alegando em síntese: que a impetrante, na forma permitida pelo disposto no Decreto-Lei nº 1.376/74, optou, mediante indicação em sua declaração de rendimento do exercício de 1975, pela aplicação de parcelas do imposto de renda devido, no Fundo de Investimento do Nordeste (FINOR), e em ações da Empresa Brasileira de Aeronáutica S.A. — EMBRAER; que, com base nas opções exercidas, a Secretária da Receita Federal expediria, para cada exercício, nominalmente e em ordem de seqüência, em favor da impetrante, certificados de aplicação, nominativos e intransferíveis, no FINOR e na EMBRAER, para os devidos fins legais; que a impetrante, em 9-9-77, recebeu, pelo Correio, os Certificados de Aplicação em Incentivos Fiscais, relativos ao exercício de 1976, ano-base de 1975, válidos até 17-8-78, sem que tivesse recebido os certificados referentes ao exercício anterior, isto é, de 1975, e nem tampouco qualquer comunicado da Receita Federal a respeito; que, diligenciando apurar o que estaria sucedendo, foi, com surpresa, informada de que os referidos certificados, relativos ao exercício de 1975, embora se encontrassem na repartição, não poderiam ser entregues, por estarem caducos des-

de 18-6-77; que, continuamente ao que fez com respeito ao exercício seguinte (de 1976), a Receita Federal não remeteu ditos certificados pelo Correio, com receio de extravio, limitando-se a efetuar um comunicado através da imprensa, informando que os mesmos se encontravam à disposição da impetrante; que, assim, não tendo sido convocada, de forma regular, para receber os mencionados CAIF, exercício de 1975, referentes ao FINOR e à EMBRAER, requereu a autoridade coatora a revalidação dos mesmos; que, contudo, a pretensão foi julgada improcedente; que com isso a autoridade praticou «ato ilegal e arbitrário, ferindo direito líquido e certo da impetrante em lograr a revalidação pretendida, pelas razões expendidas na inicial.

Processado sem liminar, informou a autoridade impetrada, às fls. 30/33, em suma, sustentando a legalidade do ato impugnado.

À fl. 34, a Procuradoria da República opina pela denegação da segurança».

Decidiu a seguir o então Juiz Federal Miguel Jerônimo Ferrante, hoje nosso ilustre colega:

«Dispõe a Instrução Normativa nº 11/76, do Secretário da Receita Federal, que, face ao artigo 15 do Decreto-Lei nº 1.376, de 1974, aprovou o formulário do Certificado de Aplicação em Incentivos Fiscais (CAIF), para o exercício de 1975:

A entrega do Certificado de Aplicação em Incentivos Fiscais — CAIF — ao contribuinte será feita no órgão da Secretaria da Receita Federal ao qual está jurisdicionado, mediante exibição do cartão CGC ou da Ficha Solicitação de Baixa, no caso de já haver encerrado suas atividades.

No ato da entrega do CAIF, o responsável pela empresa ou seu

representante legal terá de apresentar o CIC.»

E o § 1º do artigo 15 do mencionado Decreto-Lei nº 1.376/74, estabelece:

«§ 1º Os certificados de que trata este artigo serão emitidos, exclusivamente, com base nas parcelas do Imposto de Renda recolhidas dentro do exercício, e deverão ser trocadas, no prazo máximo de 1 (um) ano, a contar da data de sua emissão, por quotas dos referidos Fundos.»

Assim, temos, como bem pondera a autoridade impetrada, que «cabia à suplicante, por seu representante legal devidamente munido dos cartões de CGC e CIC, e independentemente de qualquer notificação ou intimação, retirar junto ao órgão da Receita Federal de sua jurisdição os «CAIFs» em tela, para salvaguarda de «seu próprio direito, uma vez que esses certificados deveriam ser aplicados dentro do prazo de um ano contado da data de sua emissão, prazo este previsto no artigo 15, § 1º do Decreto-Lei nº 1.376/74».

«Os editais de convocação, amplamente divulgados na imprensa local e mesmo através de rádio e televisão, eram dispensáveis, face à norma regulamentar transcrita. A providência em boa hora tomada, e com amplitude, credita-se ao zelo da autoridade, preocupada em resguardar os direitos dos interessados, alertando-os para sua omissão. Ademais, só para argumentar, fosse tal convocação indispensável, a intimação estaria aperfeiçoada com a publicação dos referidos editais, posto que a validade dos mesmos não depende, ao contrário do alegado pela impetrante, de sua publicação na imprensa oficial. Como ressalva a impetrada, «o artigo 565 do atual RIR (Decreto nº 78.186/75) não faz essa exigência,

referindo-se apenas à «imprensa». Demais, segundo esse mesmo dispositivo, teria validade até o simples edital afixado na repartição.»

Mas, não sendo necessária essa intimação por editais, como acen tuado, carece de relevo a alegação de que lhes faltava oportunidade, por ter a impetrante endereço conhecido. É que cabia à impetrante procurar, junto à repartição, os CAIFs em causa e ali os receber, na forma e termos da instrução normativa, e, se não o fez, deve arcar com as conseqüências da própria inércia.

Por fim, o atendimento do pedido, ainda que admitidas as razões aduzidas na inicial, seria impossível, por conflitar com a lei que consigna prazo certo (máximo de um ano) para aplicação dos referidos CAIFs.

Em decorrência denego a segurança.»

A impetrante apelou reiterando as alegações da inicial e frisando que não fora regularmente convocada para receber os certificados, desde que, afirmou, tendo sido utilizado para tal fim, a expedição de edital, este teria que ser publicado na imprensa oficial

O recurso foi respondido e contra o seu provimento opinou a Subprocuradoria.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Armando Rollemberg (Relator): O Decreto-Lei nº 1.376, de 12-12-74, que dispôs sobre a criação de Fundos de Investimento e alterou a legislação do imposto de renda relativa a incentivos fiscais, estabeleceu no artigo 15 e parágrafo 1º.

«Art. 15. A Secretaria da Receita Federal, com base nas opções

exercidas pelos contribuintes e no controle dos recolhimentos, expedirá, para cada exercício, nominalmente e numerados em ordem de seqüência, em favor da pessoa jurídica optante, certificados de aplicação, nominativos e intransferíveis, nos Fundos referidos neste decreto-lei e na EMBRAER.

§ 1º Os certificados de que trata este artigo serão emitidos, exclusivamente, com base nas parcelas de imposto de renda recolhidas dentro do exercício, e deverão ser trocadas, no prazo máximo de 1 (um) ano, a contar da data de sua emissão, por quotas dos referidos Fundos.

Silente que fora o diploma legal referido quanto à forma de entrega, aos contribuintes, dos certificados de aplicação nos Fundos de Investimento e na EMBRAER, a Secretaria da Receita Federal, regulamentando a matéria, expediu a Instrução Normativa nº 11, publicada no DOU de 21-6-76, em cujo item 3 estabeleceu:

«A entrega do Certificado de Aplicação em Incentivos Fiscais — CAIF, ao contribuinte será feita no órgão da Secretaria da Receita Federal ao qual será jurisdicionado, mediante exibição do cartão CGC

ou da Ficha Solicitação de Baixa, no caso de já haver encerrado suas atividades.

No ato da entrega do CAIF, o responsável pela empresa ou seu representante legal terá de apresentar o CIC.»

Não foi previsto em qualquer diploma, quer legal, quer regulamentar, porém, que o contribuinte seria intimado de estarem os certificados à sua disposição, com o que se, no caso concreto, dita intimação se deu pela imprensa privada, não caracterizou tal procedimento ofensa a direito líquido e certo da impetrante.

Nego provimento à apelação.

EXTRATO DA MINUTA

AMS nº 86.388 — SP — Rel.: O Sr. Ministro Armando Rollemberg. Apte.: Fábrica Nacional de Implementos Howard S.A. Apda.: União Federal.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação (Em 20-6-83 — 4ª Turma).

Os Srs. Ministros Bueno de Souza e Antônio de Pádua Ribeiro votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Armando Rollemberg.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 87.066 — RJ

Relator: O Sr. Ministro Carlos Augusto Thibau Guimarães

Apelante: Instituto Nacional de Previdência Social — INPS

Apelado: João Leonardo Bley

Remetente **Ex Officio**: Juízo Federal da 2ª Vara — RJ

EMENTA

Administrativo. Acumulação de cargo e emprego de médico da Previdência Social com proventos de aposentadoria em cargo de médico estatutário, também pertencente à autarquia respectiva.

A relação empregatícia quanto a um segundo cargo de médico, cuja acumulação foi julgada constitucional, não pode ser objeto de nova decisão, nem

mesmo judicial (artigo 468 c/c o artigo 471 do CPC), e muito menos administrativa. A decisão administrativa que mandou o impetrante optar por uma das situações, cuja acumulação foi considerada regular por decisão irrecorrível do Poder Judiciário, afronta a coisa julgada, garantida pela Constituição Federal (artigo 153, § 3º).

Apelação e remessa de ofício a que se negam provimento.

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 à apelação e 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, 16 de março de 1984 (Data do julgamento) — Ministro **Washington Bolívar de Brito**, Presidente — Ministro **Carlos Augusto Thibau Guimarães**, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. **Ministro Carlos Augusto Thibau Guimarães**: Trata-se de apelação em mandado de segurança impetrado por João Leonardo Bley, qualificado na inicial, contra ato do Gerente Regional do INPS no Rio de Janeiro, que contra o impetrante determinou a instauração de processo administrativo (Processo INAMPS-DG - 3.005.754/78), sob a alegação de irregular acumulação de cargo e emprego de médico da Previdência Social com proventos de aposentadoria de médico estatutário, também autárquico.

Alegou o impetrante que a acumulação motivadora da instauração do malsinado processo administrativo foi julgada regular pelo MM. Juiz

Federal da 5ª Vara da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, em reclamação trabalhista cuja decisão da lavra do então Juiz Federal Dr. Aldir Guimarães Passarinho, foi confirmada por este Tribunal, à unanimidade (RO nº 1.332 — GB).

Por entender violado direito seu líquido e certo de acumular cargo e emprego públicos e os proventos de aposentadoria, requereu a presente segurança.

A inicial veio instruída com os docs. de fls. 9/24.

O pedido foi processado com liminar (fl. 31), para o fim de se sustar os efeitos do ato que assinou ao impetrante prazo para a opção por uma das situações.

As informações foram prestadas (fls. 36, usque 39), sustentando a autoridade impetrada a legalidade do ato impugnado.

O MPF opinou, à fl. 40, pela denegação da segurança.

O MM. Juiz Federal, Dr. Ney Magno Valadares, concedeu a segurança, submetendo-a ao duplo grau de jurisdição (fls. 42/47).

Inconformada, a impetrada apelou às fls. 51/55. Contra-razões, à fl. 58.

À fl. 59, o MPF subscreveu a apelação da autarquia apelante.

Nesta Instância, a douta Subprocuradoria-Geral da República opinou pela reforma da r. sentença a quo (fls. 66/68).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Augusto Thibau Guimarães (Relator): O ilustre Juiz Federal a quo, Dr. Ney Magno Valadares, entendeu que a acumulação ora em exame estava protegida pelo manto da coisa julgada, de vez que a questão já fora objeto de sentença confirmada pela E. 2ª Turma deste Tribunal no RO nº 1.332-GB (fls. 10/24).

S. Exa. assim se pronunciou (fls. 43/47):

«Insurge-se o impetrante contra a instauração de processo administrativo para a apuração de acumulação irregular de cargos e proventos no serviço público, de que resultou a determinação para que manifestasse sua opção por uma das situações, que ocupa no serviço da autarquia impetrada.

Considerou a autoridade coatora irregular a situação do impetrante que, presentemente, acumula dois cargos de médico — um sujeito ao regime estatutário e outro regido pela legislação trabalhista — com os proventos da aposentadoria de um terceiro cargo de médico, em que se aposentou em 11-10-1967.

Como se verifica, nenhuma mudança ocorreu na situação funcional do impetrante, assim descrita na respeitável sentença de lavra do então Juiz Federal, hoje Ministro Aldir Guimarães Passarinho, nos autos da reclamação trabalhista que o impetrante moveu ao Instituto Nacional de Previdência Social (fls. 10/17):

«O INPS não chega sequer a negar os elementos fáticos indicados pelo reclamante, pelo que a sua declaração inicial de ser médico efetivo do INPS sob o regime estatutário, de encontrar-se aposentado como médico nível 22-B da mesma autarquia e ainda exercer atividade no Hospital da Lagoa, em jornada normal de trabalho, no período de 13 às 17

horas, sujeito a uma chefia e com pagamento mensal na mesma base do pessoal efetivo é de ser admitidas.»

Nem se pode negar que o núcleo da controvérsia naquele pleito trabalhista situou-se, exatamente, no exame da possibilidade da acumulação, que era impugnada pelo INPS, como notícia a sentença, já referida:

«Na verdade, a contestação do INPS se resume a dois pontos básicos: primeiro, que o próprio reclamante manifestou opção pela sua condição de «avulso», podendo as partes livremente convenicionar o regime de seu trabalho; e, segundo que, em face da Constituição, impossível seria realmente a acumulação em face de já ser o postulante médico sob o regime estatutário e ser aposentado pelo mesmo Instituto.

Com relação ao primeiro ponto o INPS não tem a menor razão, de vez que os preceitos da CLT, no tocante à caracterização do vínculo empregatício, são de ordem pública, não podendo, assim, haver ajuste que contrarie os princípios nela inseridos salvo, evidentemente, se objeção maior de ordem constitucional houver. Assim, a manifestação de opção do demandante pela condição de avulso não pode, de pronto, ser acolhida, salvo se realmente for válida a segunda objeção do INPS, no tocante à inconstitucionalidade.»

«Ocorre, entretanto, que, no caso, não há eiva de inconstitucionalidade a macular o contrato trabalhista existente entre as partes.

De fato. O autor aposentou-se como médico do INPS em 11-10-67 e foi admitido como avulso da mesma autarquia dias depois, ou seja, em 20 do mesmo mês de outubro, exercendo assim o cargo de médi-

co sob o regime estatutário e o de «avulso», segundo a denominação adotada, além de receber os proventos de uma aposentadoria.

Ocorre que a Constituição Federal de 1967 anterior ao início das atividades do reclamante como médico dito «avulso», dispõe no § 2º do seu artigo 97, inciso IV que,

« podem ser acumulados dois cargos privativos de médico».

e estabelece no seu § 3º, que

«a proibição de acumular proventos não se aplica aos aposentados, quanto ao exercício de mandato eletivo, cargo em comissão ou ao contrato para prestação de serviços técnicos ou especializados».

Tal preceito foi mantido no § 4º do artigo 99 da Emenda Constitucional nº 1, de 1969. Deste modo, se ao médico é permitido acumular dois cargos privativos de sua profissão e se facultava o § 3º da Constituição de 1967 e ainda oculta a Emenda Constitucional nº 1 que o aposentado possa exercer contrato para prestação de serviços técnicos ou especializados, óbvio está que o médico pode exercer o cargo da sua profissão, encontrar-se aposentado por outro e cumprir contrato de trabalho, de natureza técnica ou especializada. E não se pode sequer opor dúvidas que de tal natureza é a atividade médica.

Quanto à pálida objeção formulada pela autarquia reclamada de que «serviço técnico ou especializado» é necessário à execução de encargos de duração limitada, não pode merecer ela o plácito deste Juízo, posto que tal conceituação não se encontra na Constituição, nem na lei, não havendo por que admitir-se, assim, tal entendimento restritivo.»

O reconhecimento da relação empregatícia quanto a um segundo cargo de médico, cuja acumulação

foi julgada constitucional, não pode ser objeto de nova decisão, nem mesmo judicial (artigo 468 c/c artigo 471 do CPC), e muito menos administrativa.

É verdade que o venerando Acórdão (fl. 23), que confirmou a sentença, em foco, não retrata a situação de fato com precisão, sendo omisso quanto a uma das situações do impetrante, mas tal omissão somente poderia ter sido esclarecida, oportunamente, por meio de embargos de declaração (Recurso Ordinário nº 1.332 — Guanabara).

Trata-se de coisa soberanamente julgada, inatacável, inclusive, por meio de ação rescisória, que, segundo consta, não foi proposta dentro do biênio legal.

A alteração da estrutura jurídica do INPS, que posteriormente à propositura da Reclamação Trabalhista, tripartiu-se em autarquias distintas (INPS, IAPAS e INAMPS) nenhuma influência tem quanto à conceituação de partes, para o fim de fixação dos limites subjetivos da coisa julgada.

A decisão administrativa que mandou o impetrante optar por uma das situações, cuja acumulação foi considerada regular por decisão irrecorrível do Poder Judiciário, afronta a coisa julgada, garantida pela Constituição Federal (artigo 153, § 3º).»

Com efeito, a decisão impugnada afronta a coisa julgada, posto que a acumulação foi julgada regular, por decisão irrecorrível do Poder Judiciário.

Ante o exposto, nego provimento à apelação e à remessa de ofício.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

AMS nº 87.066 — RJ — Rel.: O Sr. Ministro Carlos Thibau. Apte.: INPS.

Apdo.: João Leonardo Bley. Remetente **Ex Officio**: Juízo Federal da 2ª Vara — RJ.

Nego provimento ao agravo.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação e à remessa de ofício (julg. em 16-3-84 — 1ª Turma).

Os Srs. Ministros Washington Bolívar 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 o **quorum**. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro **Washington Bolívar**.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 87.878 — RS

Relator: O Sr. Ministro Washington Bolívar de Brito

Apelante: Marquette S.A. — Comércio de Alimentos

Apelado: Departamento Nacional de Estradas de Rodagem — DNER

EMENTA

Administrativo. Adaptação de eixos auxiliares em veículos de carga. Fiscalização do DNER. Resolução do antigo Grupo Executivo das Indústrias Mecânicas — GEIMEC. Regulamento Nacional do Trânsito. Peso bruto total e capacidade máxima de tração.

1. Dispõe o Regulamento Nacional do Trânsito que nenhum veículo ou combinação de veículo de carga poderá transitar com peso bruto total superior ao fixado pelo fabricante, nem ultrapassar a capacidade máxima de tração da unidade tratora, nem poderá, tampouco, modificar suas características, sem prévia autorização da autoridade competente.

2. Não é permitida adaptação do chamado quarto eixo em veículos motorizados simples sem projeto previamente aprovado pelo Ministério da Indústria e do Comércio. Ademais, ao adicionar mais dois eixos passou o veículo a ter maior distância entre eles, alongando a barra rígida, com problemas na inscrição em curvas de raio pequeno e possível arrastamento do revestimento pelo eixo triplo, podendo causar danos à segurança do trânsito em geral e à conservação do pavimento, em particular.

3. Apelo denegado.

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 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, 22 de maio de 1984 (Data do julgamento) — Ministro **Washington Bolívar de Brito**, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Washington Bolívar de Brito: Trata-se de apelação interposta por Marquette S.A. — Comércio de Alimentos (fls. 61/66), objetivando a reforma da r. sentença de fls. 54/56, prolatada pelo MM. Juiz Federal Dr. Eli Goraieb, denegatório da segurança que impetrara contra ato do Departamento Nacional de Estradas de Rodagem — DNER, consubstanciado no Ofício Circular DRT/nº 034/78, (fls. 16/17), onde determina fiscalização e autuação no caso de irregularidades, quanto à adaptação de eixos auxiliares em veículos de carga, com base na Resolução nº 537/69 do antigo Grupo Executivo das Indústrias Mecânicas — GEIMEC.

Contra-razões (fls. 73/77) pela manutenção da sentença, manifestando-se em igual sentido a douta Subprocuradoria-Geral da República, em parecer do Dr. Ronaldo Bonfim Santos, aprovado pelo Dr. Paulo A. F. Sollberger (fls. 86/88).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Washington Bolívar de Brito (Relator): O Decreto nº 62.127, de 16-1-68, que aprovou o Regulamento Nacional de Trânsito, reza:

«Art. 79. Nenhum veículo, ou combinação de veículo de carga, poderá transitar com peso bruto total superior ao fixado pelo fabricante, nem ultrapassar a capacidade máxima de tração da unidade tratora.

Art. 80. Nenhum veículo poderá ter modificadas suas características, sem prévia autorização da autoridade do trânsito.»

A impetrante é proprietária do caminhão marca «Mercedes-Benz», modelo L-1519, que teve seu projeto

aprovado pelo Conselho de Desenvolvimento Industrial, do Ministério da Indústria e do Comércio, através da Portaria nº 2.875, de 17-8-73, estabelecidas as seguintes especificações (fl. 37):

Peso Bruto	Capacidade
Total	Máxima de Tração
Kg	Kg
15.000	32.000

Em suas informações, a autoridade inquinada de coatora esclarece (fls. 30/35):

«Entende-se como Peso Bruto Total a soma do peso do próprio veículo mais o peso da carga e que constitui o limite máximo admissível para que a estrutura do caminhão o suporte com segurança.

Entende-se como Capacidade Máxima de Tração o limite máximo de potência do motor e diferencial para tracionar, deslocar, movimentar, puxar o peso de estrutura do próprio veículo e de outra estrutura de sustentação acoplada (reboque ou semi-reboque) com as respectivas cargas.

E continua:

«Em nenhuma hipótese, entretanto, é permitida a adaptação de chamado quarto eixo em veículos motorizados simples, a menos que tenha projeto aprovado pelo Ministério da Indústria e do Comércio, o que não é o caso do veículo da impetrante.

Ao adicionar mais dois eixos o veículo passa a ter maior distância entre os mesmos, o que torna a barra rígida mais longa com problemas na inscrição do veículo em curvas de raio pequeno e arrastamento do revestimento pelo eixo triplo, podendo acarretar efeitos danosos à segurança do trânsito em geral e à conservação do pavimento em particular.»

A resolução contra a qual se insurgiu o apelante (Resolução nº 537/69, do antigo Grupo Executivo das Indústrias Mecânicas — GEIMEC, atual Conselho de Desenvolvimento Industrial — CDI), foi expedida em data anterior àquela em que o apelante fez as adaptações, isto é, acrescentou os 2º e 4º eixos.

Como bem acentuou a r. sentença (fls. 54/56):

«Cumpra à autoridade administrativa fixar, dentro de uma melhor conveniência, visando sempre o interesse público, o limite de tonelagem a ser tracionado ou suportado por determinado veículo, ressaltando, portanto, incensurável o ato impugnado.»

Nestas condições, nego provimento à apelação.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

AMS nº 87.878 — RS — Rel.: Sr. Ministro Washington Bolívar de Brito. Apte.: Marquette S.A. — Comércio de Alimentos. Apdo.: DNER.

Decisão: A 1ª Turma do TFR, por unanimidade, negou provimento à apelação. (Em 22-5-84).

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 de Brito.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 90.609 — MG

Relator: O Sr. Ministro Adhemar Raymundo

Apelantes: Corrado Giovani Vella e outros

Apelada: Universidade Federal de Viçosa

EMENTA

Mandado de Segurança.

Ensino superior. Majoração de taxas escolares por ato do Vice-Reitor da Universidade de Viçosa. Ilegalidade, a teor do disposto no artigo 1º do Decreto-Lei nº 532/69. A competência, para reajustamento desses encargos, ut pareceres do Conselho Federal de Educação, é deste órgão, ao qual a lei outorga, expressamente, essa competência. A Resolução nº 2 do Egrégio Conselho Federal de Educação, que fixou o percentual de reajustamento das anuidades para 1980, estatui, especificamente, que os estabelecimentos que não cobram anuidades poderão, apenas, exigir taxa relativa ao registro de diploma (§ 3º do artigo 2º da Resolução). Todas as universidades, inclusive as constituídas sob o regime de Fundação, têm a sua organização e funcionamento sob o controle do Conselho Federal de Educação (Lei nº 5.540, de 1965).

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 conceder a segurança, nos termos do

pedido, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 13-12-83 (Data do julgamento) — Ministro **Carlos Madeira**, Presidente — Ministro **Adhemar Raymundo**, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. **Ministro Adhemar Raymundo** (Relator): Corrado Giovanni Vella e outros universitários impetraram mandado de segurança contra ato do Magnífico Reitor da Universidade Federal de Viçosa, consistente na cobrança de diversas taxas escolares, que foram majoradas pela Portaria nº 37, de 17 de janeiro de 1980, a despeito de a citada Universidade identificar-se como fundação, mantida pela União, com ensino gratuito.

Invocando o Decreto-Lei nº 532, de 1969, sustentaram os impetrantes que a competência para fixação e reajuste de anuidades e taxas escolares é do Conselho Federal de Educação, portanto, a seu ver, o ato do Magnífico Reitor, sem autorização do Conselho Federal de Educação, é ilegal.

A inicial está abundantemente documentada.

Indeferida a liminar e homologada a desistência manifestada por Décio Antonio Lara (fl. 106), vieram aos autos as informações de fls. 109/125, nas quais a autoridade impetrada, em preliminar, acusa a presença de vários menores, não assistidos, e a decadência do direito à impetração.

No mérito, após fazer a distinção entre taxas e preços de serviços escolares, sustenta que falece ao Conselho Federal de Educação competência para criar, extinguir ou revogar taxas educacionais, vez que seu

poder restringe-se à fixação dos valores iniciais e seus reajustes a mais.

Ademais, a Resolução nº 2/80 do Conselho Federal de Educação, que fixou o percentual de reajuste para a 1ª metade da anuidade de 1980 e taxas escolares, excluiu as universidades federais, vez que dirigida às instituições de ensino superior vinculadas ao Sistema Federal.

Com as informações vieram os docs. de fls. 126/150 e 152/153.

Oficiou o Ministério Público, opinando pelo deferimento do «writ».

O Dr. Juiz Federal, em longa sentença, denegou o **mandamus**.

Apelaram os impetrantes.

Contra-arrazoou a Universidade.

Manifestou-se a douta Subprocuradoria pelo provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. **Ministro Adhemar Raymundo** (Relator): A impetrada, a título de preliminar, pediu a extinção do processo, com apoio no inciso 4º do artigo 267 do CPC, ao argumento de que alguns dos impetrantes, por serem relativamente incapazes, menores púberes, não estavam devidamente assistidos pelos seus representantes legais. O douto e digno Juiz, por despacho, nomeou curador à lide (v. folha nº 163). **Data venia**, a providência não sanou o defeito apontado. Se relativamente incapazes eles são, fato incontroverso, ante a prova documental juntada aos autos, a nomeação de curador desatende ao disposto no artigo 9º da Lei Processual Civil. Esta é clara em estatuir que essa nomeação se faz, quando «o incapaz não tiver representante legal, ou os interesses deste colidirem com os daquele». Ora, **in casu**, incorre qualquer dessas hipóteses, razão por que, a meu ver, há

ausência do pressuposto processual. Ora, dispõe o CPC, no artigo 8º, que «os incapazes serão representados ou assistidos por seus pais, tutores ou curadores, na forma da lei civil». Destarte, se um dos pressupostos, do ângulo subjetivo, é a capacidade da parte para a prática de ato processual, a sua falta acarreta, iniludivelmente, a extinção do processo (v. lição de Moniz de Aragão — Com. ao CPC, vol. 2º — pág. 424 — Forense). Ajusta-se à hipótese, pois, o inciso IV do artigo 267 da Lei Processual Civil.

Ante o exposto, declaro extinto o processo em relação aos menores púberes, relacionados nas informações (fl. 110).

No exame do mérito, discute-se o problema de competência para a fixação de taxas escolares e sua majoração. Os impetrantes, fortes no argumento de que o artigo 1º do Decreto-Lei nº 532/69 é explícito em delegar esse poder ao Conselho Federal de Educação, em relação aos estabelecimentos de ensino federal. A impetrada arrima-se no de que ao falar a lei citada em fixação e reajuste de anuidades, explicitamente a norma indicada referiu-se à fixação do primeiro valor do início de atividades de um estabelecimento de ensino e os conseqüentes reajustes anuais daqueles valores.

Data venia dos que se situam na área de entendimento da impetrada, acolho o pensamento dos impetrantes. Os pareceres citados, nas informações, a meu ver, reforçam esse entendimento. Assim é que, no Parecer nº 7.178, de 1978 (v. folha nº 117), está dito, de modo claro, que «a Comissão de Encargos Educacionais, junto ao Conselho Federal de Educação, tem competência para fixar os reajustes de anuidades escolares e demais contribuições». Ora, o núcleo do referido ato não se presta a outra exegese, senão a de que todo e qual-

quer reajustamento de anuidades escolares há de promanar do Conselho Federal de Educação, pelo seu órgão, que é a Comissão de Encargos. Na esteira desse entendimento, foi editada a Resolução nº 2, pelo Conselho Federal de Educação, pela qual foram fixados os reajustes para o ano de 1980, primeira metade das anuidades e taxas escolares dos estabelecimentos de ensino superior. E, com relação aos estabelecimentos de ensino, que não cobram anuidades, facultou-se, apenas, a cobrança de taxa de registro de diploma. É o que está no § 3º do artigo 2º da citada Resolução. No entanto, o Vice-Reitor da Universidade de Viçosa, ao baixar a Portaria nº 37/80, fixou, a seu talante, taxas diversas (Taxas de Matrículas e outras), num manifesto descompasso com a estatuição insita no artigo 1º do Decreto-Lei nº 532. Ademais, o artigo 7º, item XI, do Estatuto da Universidade de Viçosa, a impetrada, outorga ao Conselho Diretor essa competência, qual a de fixar taxas e emolumentos. Em verdade, esse Estatuto foi aprovado pelo Ministério da Educação e Cultura, como se vê da Portaria nº 465, de junho de 1978. Todavia, há de se entender que a norma citada do Estatuto da impetrada há de se conciliar com a lei. Se esta é precisa em dizer que a competência, para fixar e reajustar as anuidades e contribuições correspondentes a serviços prestados, é do Conselho Federal, quando se trata de estabelecimento de ensino federal, compreender-se-á que o Conselho Diretor da Universidade de Viçosa há de se ater às determinações do Superior Órgão Federal. Daí a expedição do parecer deste, de nº 2, para o ano de 1980, primeiro semestre, em consonância com o qual teria a impetrada, quando baixou a portaria, de se ajustar. Prevalece, pois, no particular, o ato do Órgão Maior da Educação no País, quando se trata de fixar taxas e outras contribuições escolares. Fixar livremente

te, como fez a impetrada, nunca. Teria esta de obedecer às determinações superiores, emanadas do Conselho Federal de Educação, e não determinar, livremente, o percentual dessa fixação e desse reajustamento.

Observe-se que o artigo 1º do Decreto-Lei nº 532, de 1969, é expresso em dizer que ao Conselho Federal compete a fixação e o reajuste das anuidades, taxas e demais contribuições dos serviços educacionais prestados pelos estabelecimentos de ensino federal. A amplitude da estatuição é compreensiva. Erigiu-se como norma, que toda e qualquer taxa ou contribuição por serviços prestados por estabelecimentos educacionais há de ser fixada ou reajustada pelo Conselho Federal. Em decorrência dessa preceituação é que o Conselho de Educação baixou o Parecer nº 2, fixando o reajuste das taxas e outras contribuições escolares. As normas ali estabelecidas terão de prevalecer, ilegal a portaria baixada pela impetrada, que, arbitrariamente, aprovou valores, quando, por lei, lhe é defeso fixá-los, cumprindo-lhe tão-somente aplicar os percentuais indicados no parecer. E se o estabelecimento escolar não cobra anuidade, como é o caso da impetrada, somente lhe é permitida a cobrança de taxa de registro de diploma.

Assinale-se que, nos termos do § 3º do Parecer nº 2 do Conselho Federal de Educação, as taxas não previstas no citado parágrafo estão sujeitas à prévia aprovação desse órgão.

A Universidade de Viçosa, fundação que é, nos termos do decreto que a instituiu, apesar de gozar de autonomia, está, contudo, subordinada

ao Ministério da Educação, cujo titular é membro nato do Conselho Diretor. Logo, subordinada às determinações legais pertinentes à fiscalização do Conselho Federal de Educação, tanto que, ainda que identificada como fundação de direito público interno, é entidade pública, porque substitui o Estado na prestação desse alto serviço, que é o ensino. Daí a indeclinável submissão às exigências da lei. Em suma, a situação da impetrada, Fundação que é, não contribui para que não se submeta às determinações do Conselho Federal de Educação, cujos pareceres normativos acompanham, na sua incidência, esse estabelecimento de ensino superior, integrado no ensino federal do País.

Diante do expendido, dou provimento à apelação, para conceder a segurança nos termos do pedido.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

AMS nº 90.609 — MG — Rel.: O Sr. Ministro Adhemar Raymundo. Aptes.: Corrado Giovanni Vella e outros. Apda.: Universidade Federal de Viçosa.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento à apelação, para conceder a segurança, nos termos do pedido. (Em 13-12-83 — 3ª Turma).

Votaram de acordo com o Relator os Srs. Ministros Flaquer Scartezini e Hélio Pinheiro. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Carlos Madeira.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 91.600 — RJ

Relator: O Sr. Ministro Miguel Jerônimo Ferrante

Apelante: Banco Brasileiro de Descontos S.A. — BRADESCO

Apelada: União Federal

EMENTA

Mandado de Segurança. Bancários. Prorrogação de jornada de trabalho de mulheres e menores.

A legislação trabalhista dá tratamento diferenciado ao trabalho da mulher e do menor, estabelecendo restrições que revestem o caráter de imposição excepcional.

A prorrogação de jornada de trabalho da mulher e do menor bancários somente poderá ocorrer nos casos em que a lei permitir e obedecidas as condições por ela estatuídas.

CLT, artigos 373 e 413.

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, 14 de setembro de 1983 (Data do julgamento) — Ministro Antônio Torreão Braz, Presidente — Ministro Miguel Jerônimo Ferrante, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Miguel Jerônimo Ferrante: O MM. Juiz Federal da 5ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro, Dr. Agostinho Fernandes Dias da Silva, assim resume a espécie, na sentença de fls. 48/52:

«Banco Brasileiro de Descontos S.A. — BRADESCO, sediado em Osasco, Estado de São Paulo, com várias agências no Rio de Janeiro, impetrou mandado de segurança contra o Sr. Delegado Regional do Trabalho no Estado do Rio de Janeiro, alegando, em resumo, o seguinte:

Em 26 de junho de 1979, foram lavrados autos de infração, de nºs 70.496 e 70.542, por inspetores da autoridade impetrada, contra a Agência Posto Seis, da impetrante, sob o fundamento de que mantinha trabalhando as empregadas Ana Lúcia de Campos Cossio, Maria do Rosário de Fátima Almeida, assim como os menores Antônio Carlos de Carvalho, Geraldo Ferreira da Silva, Nelson Papaleo e Luiz Augusto dos Santos Lima, em jornada de oito horas diárias, ultrapassando a duração máxima de seis horas, à qual estaria expressamente limitada a atividade bancária.

Não tendo sido acolhida a defesa apresentada, a autoridade impetrada notificou-a das decisões proferidas, impondo-lhe as multas no valor de Cr\$ 32.000,00 cada uma, e dando-lhe o prazo de dez dias para recorrer, mediante caução, ou efetuar o pagamento das multas com redução de 50%.

Entende ser discricionária, abusiva e injurídica a posição da autoridade impetrada, porquanto a prorrogação do horário do trabalho fora livremente convencionalizada entre as partes, mediante pagamento do sobre-salário legalmente previsto conforme orientação firmada

em parecer, de nº L-215, da Consultoria-Geral da República.

Pediu a suspensão liminar do ato impugnado, a ser confirmada pela concessão da segurança.

Juntou os documentos de fls. 10/33.

Concedida a medida liminar, foram solicitadas as informações à autoridade impetrada, que as prestou mediante o ofício de fls. 39/44, alegando que se tratava, no caso, de prorrogação de horário de trabalho de mulheres e menores em violação dos artigos 374 e 413 da CLT, não tendo aplicação aí o citado parecer.

O Ministério Público pronunciou-se à fl. 46, em consonância com as informações.»

A seguir, decidindo, denegou a ordem.

Apelou a impetrante, com as razões de fls. 56/57 (lê).

Contra-razões, à fl. 64.

À fl. 68, a Subprocuradoria-Geral da República pede a confirmação da decisão.

É o relatório.

VOTO

O Senhor Ministro Miguel Jerônimo Ferrante: A impetrante foi autuada por haver prorrogado a jornada de trabalho de mulheres e menores, seus empregados.

Irresignada, sustenta a ilegalidade do procedimento, porquanto, a seu ver, a prorrogação da jornada de trabalho, de seis para oito horas, através de livre acordo entre os interessados e mediante pagamento de sobre-salário exigido na lei «é fato freqüente e rotineiro, inclusive nas instituições bancárias oficiais», e «com aprovação das autoridades, dos sindicatos, das partes, os principais interessados que, sempre que

têm tempo disponível, se oferecem para o trabalho suplementar, a fim de melhorarem os proventos mensais». Invoca o Parecer L-215, da Consultoria-Geral da República, posto em explicitar que não tem caráter de ilegalidade a prorrogação da jornada normal do bancário, nos termos do artigo 225 da Consolidação das Leis do Trabalho. E lembra o caráter normativo desse parecer, cuja observância, via de consequência, é obrigatória.

A decisão monocrática, inobstante, concluiu que o referenciado artigo 225 da legislação consolidada e o parecer mencionado que o elucida,

«não foram além do que tratar da possibilidade da prorrogação da jornada de trabalho dos bancários, em termos gerais, nenhuma referência fazendo a situações especiais, como as da mulher e do menor, mencionadas nos artigos 374 e 413 da CLT. O citado parecer não suplantou esses dispositivos legais, como não os poderia suplantá-los, mesmo porque apenas interpretou o artigo 225 da CLT, com o qual eles convivem em perfeita harmonia, segundo o princípio de que «a norma geral não revoga a especial», com aplicação especificada nos artigos 372 e 411 da CLT.

Ora, se os artigos 374 e 413 da CLT somente permitem a prorrogação da duração normal diária de trabalho da mulher e do menor, respectivamente, «desde que o excesso de horas em um dia seja compensado pela diminuição em outro, de modo a ser observado o limite máximo de 48 (quarenta e oito) horas semanais ou outro inferior legalmente fixado», esse condicionamento legal continua em pleno vigor, limitando a faculdade de contratação de horas extraordinárias, estabelecida, em termos gerais, no artigo 59 da CLT e apli-

cável aos bancários mediante sua combinação ao artigo 225 daquele diploma legal.»

De fato, do elenco das normas mencionadas outra conclusão não se pode extrair.

A matéria de que cuida o parecer trazido à colação diz com a prorrogação excepcional da duração normal do trabalho dos bancários, genericamente. Não aborda a hipótese do trabalho da mulher bancária, ou do menor, mas tão-só enfoca a legalidade da prorrogação, em caráter habitual, da jornada normal do trabalho, ao amparo do permissivo do artigo 225 da Consolidação indiscriminada. No tocante ao trabalho da mulher bancária e do menor, a questão assume feição distinta. E isso porque a legislação trabalhista dá tratamento diferenciado ao trabalho da mulher e do menor, estabelecendo restrições que revestem o caráter de imposição excepcional. Sustentar o contrário é fazer «tábula rasa» dos postulados que regem a atividade em comento, expressamente definidos em lei.

Com efeito, no capítulo relativo à proteção do trabalho da mulher, dispõe a Consolidação das Leis do Trabalho:

«Art. 372. Os preceitos que regulam o trabalho masculino são aplicáveis ao trabalho feminino, naquilo em que não colidirem com a proteção especial instituída por este capítulo».

E mais:

«Art. 373. A duração normal de trabalho da mulher será de oito horas diárias, exceto nos casos para os quais for fixada duração inferior».

Também, com relação aos menores empregados dispõe a lei, no seu artigo 413:

«Art. 413. É vedado prorrogar a duração normal diária de trabalho do menor salvo:»

Comentando este último dispositivo anota M. V. Russomano que «A lei fixou, com rigorismo candente, a impossibilidade, em regra, da prorrogação do serviço dos menores de dezoito anos» («Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho», vol. II, pág. 517). E adita: «Fora dos dois itens do artigo supra, «não haverá hipótese de prorrogação da jornada» (ibidem).

O mesmo escólio sugere o trabalho feminino. A condição de mulher da bancária é que conta, só lhe sendo aplicáveis os preceitos que regulam o trabalho do bancário naquilo em que não colidirem com a proteção dispensada pela lei ao trabalho feminino.

Daí, a prorrogação da jornada de seu trabalho somente poderia ocorrer dentro dos limites da lei e preenchidas as condições por ela estabelecidas.

E, nesse passo, observe-se que não está em jogo a avaliação dessa posição, se ela é, ou não, preconceituosa, «machista» ou «demodée». Cuida-se de aplicar a lei, que de modo claro e invidioso estabelece restrições ao trabalho da mulher e do menor, sem levar em conta o interesse patronal. Consigne-se, também, que não se está negando a possibilidade da prorrogação da jornada laboral, no caso, mas tão-só realçando a necessidade do atendimento daquelas prescrições legais específicas que cuidam do trabalho da mulher ou do menor. Pretende-se que a prorrogação, porventura recomendada pelas circunstâncias, se faça sem afronta ao princípio da legalidade, e com as garantias e ressalvas que a lei preconiza.

Ora, no caso vertente nos autos a prorrogação da jornada de trabalho se fez ao arrepio da lei, como bem o demonstra a autoridade impetrada. Por oportuno, leio a conclusão de suas informações:

«Conclusão: os autos de infração impugnados não referem excesso de trabalho de bancário, mas excesso de trabalho de mulher e de menor, vedado por dispositivos legais específicos, sendo preponderante a condição feminina e de menoridade dos empregados encontrados em regime de prorrogação da duração legal do trabalho. Os atos discutivos pela impetrante não configuram, portanto, insubordinação ao entendimento da douta Consultoria-Geral da República, no Parecer L-215, de 10-11-78, que impôs na esfera administrativa o entendimento de que a prorrogação do trabalho do bancário rege-se pelo disposto no artigo 59 da CLT, visto que este dispositivo não se aplica ao trabalho da mulher e do menor, por contrariar as expressas disposições dos artigos 374 e 413, item I, consolidados, os quais, por

força do disposto no artigo 224, limitam o trabalho da mulher bancária e do menor bancário a seis horas diárias ou trinta horas semanais.»

Com essas considerações nego provimento à apelação.

EXTRATO DA MINUTA

AMS nº 91.600 — RJ — Rel.: O Sr. Ministro Miguel Jerônimo Ferrante. Apte.: Banco Brasileiro de Descontos S.A. Apda.: União Federal.

Decisão: «A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação». (Em 14-9-83 — 6ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Torreão Braz e Wilson Gonçalves. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Américo Luz. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Antônio Torreão Braz.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 91.993 — RJ

Relator: O Sr. Ministro Antônio Torreão Braz

Remetente: Juízo Federal da 7ª Vara

Apelante: Empresa Brasileira de Filmes S.A.

Apelada: Cinemas de Santos Ltda.

EMENTA

Mandado de Segurança.

Aquisição compulsória, pelos cinemas, de bobinas à EMBRAFILME por preço constante da Tabela nº 51, do CONCINE.

Ilegalidade da imposição, por caracterizar verdadeiro imposto sobre serviços, que a Constituição reserva à competência do Município.

Precedentes do TFR em casos análogos.

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,

rejeitar as preliminares e negar provimento à apelação para confirmar a sentença remetida, 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 novembro de 1983
(Data do julgamento) — Ministro
Antônio Torreão Braz, Presidente e
Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro **Antônio Torreão Braz**: Cinemas de Santos Limitada impetrou mandado de segurança, visando a eximir-se da compra compulsória de bobinas à EMBRAFILME pelo valor constante da Tabela nº 51 do CONCINE, bem assim da aplicação de sanções porventura advindas, bobinas estas utilizadas nas máquinas registradoras colocadas nos cinemas pela própria EMBRAFILME.

Aduz a ilegalidade dessa aquisição obrigatória, vez que a fabricante de tais bobinas (NCR do Brasil S.A.) as vende ao público por Cr\$ 22,50 (vinte e dois cruzeiros e cinquenta centavos), enquanto a autoridade coatora impõe a sua venda por Cr\$ 2.100,00 (dois mil e cem cruzeiros), obtendo lucro de 3.600%.

A liminar concedida foi suspensa por despacho do Senhor Presidente desta Corte (fls. 345/347).

As informações, após as preliminares de litispendência, intempestividade e descabimento do **mandamus**, sustentam, em síntese, que a venda impugnada, sobre ter por finalidade impedir a utilização de meios fraudulentos, constitui receita de custeio da fiscalização levada a efeito pela EMBRAFILME.

A sentença de primeiro grau rejeitou as preliminares e concedeu a segurança, ressaltando (fls. 310/311):

«E mais, mesmo que a EMBRAFILME exigisse a compra compulsória pelas salas exibidoras dos denominados «ingressos padronizados» também seria ilegal e antijurídica tal exigência, tendo em vista sua falta de suporte legal.

Enfim, o que o CONCINE e a EMBRAFILME pretendem, sob o manto da alegada proteção do cinema nacional, é a instituição de um monopólio para a venda de bobinas às salas exibidoras, excluindo toda e qualquer concorrência.

Ora, tal monopólio somente lhe poderia ser outorgado mediante lei segundo o artigo 163 da Constituição Federal.

A exigência impugnada no presente «writ», segundo o impetrado, se justificaria tendo em vista sua finalidade primordial que é a proteção da indústria cinematográfica brasileira.

Ora, tal exigência, além de ilegal não corresponde à finalidade alegada pelo impetrado nem é juridicamente justificável, pois seria a implantação irregular de um monopólio.

Seria e é o mesmo que o Conselho Federal de Medicina, à guisa de melhor fiscalizar o exercício da profissão, baixasse resolução determinando aos médicos a obrigatoriedade da aquisição compulsória de talonários de receituários, direta e exclusivamente ao Conselho ou a outra entidade por este designada.

Seria o mesmo que o Conselho Federal de Odontologia determinasse a aquisição compulsória de material necessário ao exercício da profissão de dentista junto a determinada empresa privada ou de economia mista.

Seria o mesmo que o Conselho Federal de Farmácia baixasse resolução, à guisa de fiscalizar a venda de medicamentos ou promover e desenvolver a indústria farmacêutica, determinasse que os medicamentos fossem vendidos diretamente pelo próprio Conselho ou compulsoriamente adquiridos a determinada entidade ou empresa

pública ou sociedade de economia mista.

Seria o mesmo que o Conselho Nacional de Turismo, no uso de suas atribuições de formular, coordenar, dirigir e fiscalizar a política nacional do turismo, expedisse resolução obrigando os hotéis e similares a adquirirem, compulsória e exclusivamente, da EMBRATUR, os bens de consumo e os necessários ao exercício da atividade hoteleira, por preço estipulado e superior 3.600% aos da oferta do mercado.

A pretensão do impetrado traz, simplesmente, uma intermediação obrigatória na venda de produto industrial, pretendendo o exercício de um monopólio ilegal, mediante a obtenção de lucros excessivos, evidenciando-se, portanto, ilegalidade e abuso de poder.»

Apelou a EMBRAFILME (fls. 316/338), reiterando as preliminares de litispendência, vez que o presente feito é mera repetição da AMS nº 86.050, já apreciada por este Tribunal (DJ de 21-5-80); de intempestividade, visto como o «writ» teria por objeto resoluções de 1974, 1976 e 1978; e de descabimento, porque a solução da controvérsia dependeria de prova. No mérito, argumenta com a legalidade do ato, à consideração de que a venda das bobinas deve ser conceituada como forma de ingressos padronizados e como preço público a receita decorrente dessa venda.

Não houve contra-razões.

Submetido à douta Subprocuradoria-Geral da República pedido de uniformização de jurisprudência formulado pela apelada, opinou aquele órgão pelo provimento do apelo (fls. 356/358).

É o relatório.

VOTO PRELIMINAR

O Sr. Ministro Antônio Torreão Braz (Relator): A apelante volta a insistir nas preliminares suscitadas nas informações, quais sejam a litispendência, a intempestividade e o descabimento do **mandamus**.

Quanto à primeira, decorreria de outro «writ» — a AMS nº 86.050 — em tramitação neste Tribunal, requerido com o mesmo objetivo contra o Delegado do CONCINE, no qual ela interveio.

Determinei que a Secretaria fizesse chegar aos autos o inteiro teor do Acórdão e verifiquei que o processo foi extinto por decisão da Eg. 4ª Turma, relatado pelo Ministro Evandro Gueiros Leite, com fundamento no artigo 267, VI, do CPC, transitado em julgado (fls. 363/374).

Não há falar, pois, em litispendência, como ensina Calmon de Passos nesta passagem dos seus «Comentários ao Código de Processo Civil», pág. 257: «Se há uma causa idêntica a outra em curso, deve ela ser arquivada, uma vez reconhecida a litispendência. Caso a primitiva venha a extinguir-se sem exame do mérito, pode a segunda, paralisada por força de litispendência, retomar seu curso, porque, extinto o primitivo processo, não mais há que se cogitar de litispendência. E uma vez extinto o processo sem exame de mérito, não se pode falar em coisa julgada, que implica exame do mérito (coisa julgada material)».

Por igual, não se pode cogitar de intempestividade. A impetrante não ataca a Lei nº 6.281/75, o que seria inadmissível, mas o ato da autoridade impetrada, consubstanciado na Resolução nº 51, de 28-3-80, tendo decorrido entre esta e a distribuição (6-5-80) pouco mais de um mês.

Por derradeiro, é impertinente a alegação de descabimento da segurança, uma vez que esta se insurge

contra ato concreto de autoridade pública, que reputa abusivo e ilegal.

Rejeito, assim, as preliminares.

VOTO MÉRITO

O que pretende a impetrante é forrar-se à aquisição compulsória de bobinas à EMBRAFILME pelo preço constante da Tabela nº 51 do CONCINE, visto como tal imposição constitui fonte de receita parafiscal disfarçada, com afronta a expressos preceitos constitucionais. Além do mais, norma alguma autorizou a EMBRAFILME a exigi-la, ao contrário do que ocorre com os ingressos padronizados e os «bordereaux», fonte de receita da empresa, nos termos do artigo 9º da Lei nº 6.281/75.

A respeitável sentença monocrática, da lavra do Dr. José Gregório Marques, deferiu o pedido porque reputou ilegítima essa venda compulsória. E, após repelir a sua conceituação como preço público, por ser este uma obrigação *ex voluntate*, justificou o seu entendimento (fls. 303/304):

«Além daquela venda compulsória de bobinas não ter sido instituída por lei — o que torna de qualquer forma natimorta — se fosse taxa, também seria por mais uma razão jurídica igualmente nenhuma, eis que o artigo 18 da Constituição estatui imperativamente: «§ 2º — Para cobrança das taxas não se poderá tomar como base de cálculo a que tenha servido para a incidência dos impostos».

Ora sobre o custo ou o valor do ingresso já incide o Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza, segundo dispõe o Decreto-Lei nº 406, de 31-12-68, que tem como fato gerador ou hipótese de incidência a prestação, por empresa, do serviço de diversões públicas, como teatros, cinemas, circos, auditórios, parques de diversões, «taxi dan-

cings» e congêneres, segundo restou explícito no item 28 da Lista de Serviços prevista no Decreto-Lei nº 843/69, com a alíquota máxima prevista no artigo 9º, II, do Ato Complementar nº 34/67.

Assim o ISS, calculado em tabela ad valorem, incide sobre o valor do ingresso, como alíquota de 10%. A Resolução nº 51/80 do CONCINE também quer tributar os ingressos ao obrigar os exibidores a comprar bobinas comuns para as máquinas registradoras, dando às mesmas o preço relativo ou equivalente a seus denominados «ingressos padronizados», conforme «Tabela» ad valorem, como se vê pelo documento de fls. 19/20.

Como já disse, sobre tais valores já incide a alíquota do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza, pelo que, a pretensão do impetrado constitui tentativa de bitributação, embora camuflada com a entrega de bobinas, em forma de autênticos «brindes» para disfarçar a exigência tributária.»

Essas razões de decidir coincidem com aquelas que levaram o Plenário deste Tribunal a considerar ilegal a venda, por preço arbitrário, de ingresso padronizado em favor do Instituto Nacional do Cinema, conforme se infere do Acórdão no Recurso de Revista nº 1.294, relatado pelo Ministro Décio Miranda, assim ementado:

«Instituto Nacional do Cinema. Ingresso padronizado, instituído pelo artigo 35 do Decreto-Lei nº 43, de 18-11-66. Ilegalidade do ato do Instituto Nacional do Cinema, que estabeleceu sua venda por preço arbitrário, com os característicos da imposição tributária que a Constituição reserva ao Município, na cédula atinente ao Imposto Sobre Serviços, compreensivo do antigo imposto sobre diversões públicas (Decreto nº 62.005, de 29-12-67, artigo 2º, § 2º; Resolução nº 23, de

6-8-68, do Conselho Deliberativo do Instituto Nacional do Cinema).»

Em setembro de 1982, essa mesma tese veio a ser sufragada na Apelação Cível nº 65.500, Relator o Ministro Armando Rollemberg (4ª Turma), em cuja ementa do Acórdão se lê:

«Cinema — Ingressos padronizados — Não pode o Instituto Nacional do Cinema exigir que as empresas exibidoras lhe comprem os ingressos padronizados por preço superior ao seu custo real, procedimento que importaria em criação de verdadeiro tributo, não autorizado em lei. Desde que obedecido o modelo oficial, não há razão para impedir que tais ingressos sejam adquiridos diretamente das tipografias.»

A sentença apelada, conseqüentemente, está em perfeita consonância

com essa jurisprudência e deu à espécie a adequada solução jurídica.

Isto posto, nego provimento à apelação e confirmo a sentença remetida.

EXTRATO DA MINUTA

AMS nº 91.993 — RJ — Rel.: O Sr. Ministro Antônio Torreão Braz. Remete.: Juízo Federal da 7ª Vara. Apte.: Empresa Brasileira de Filmes S.A. Apda.: Cinemas de Santos Ltda.

Decisão: A Turma, por unanimidade, rejeitou as preliminares e negou provimento à apelação para confirmar a sentença remetida. (Em 16-11-83 — 6ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Wilson Gonçalves e Miguel Ferrante. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Antônio Torreão Braz.

REMESSA EX OFFICIO Nº 94.076 — SC

Relator: O Sr. Ministro Geraldo Sobral

Remetente: Juízo Federal em Santa Catarina

Partes: Empresa Brasileira de Compressores S.A. — EMBRACO e União Federal.

EMENTA

Tributário. IPI. Lançamento. Revisão de ofício. Erro de direito. Possibilidade.

I — Em decorrência do princípio constitucional da legalidade (CF, artigos 19, I e 153, § 29) e do caráter declaratório do lançamento, que considera a obrigação tributária nascida da situação que a lei descreve como necessária e suficiente à sua ocorrência (CTN, artigo 113 e 114), admite-se a revisão de ofício da atividade administrativa do lançamento, vinculada e obrigatória, sempre que ocorrer erro de fato ou de direito.

II — Remessa de ofício provida. Segurança cassada.

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 à remessa de ofício, na forma do relatório e notas taqui-

gráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do processo julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 30 de abril de 1984 (Data do julgamento) — Ministro Moacir Catunda, Presidente — Ministro Geraldo Sobral, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Geraldo Sobral: Cuida-se de remessa *ex officio* da sentença prolatada nos autos do mandado de segurança impetrado pela Empresa Brasileira de Compressores S.A. — EMBRACO, contra ato do Sr. Delegado da Receita Federal em Joinville (SC), em que o MM. Juiz sentenciante, assim, decidiu a espécie:

«Quantó à preliminar argüida de não ser o mandado de segurança, remédio idôneo para sustação do procedimento fiscal ou da inscrição em Dívida Ativa, não tem nenhuma procedência. Desde que ocorra violação de direito líquido e certo, é admissível o mandado de segurança para reparação do direito violado, mesmo que isto implique em sustação de procedimento fiscal.

No processo revisional, o Agente Fiscal deu nova classificação à mercadoria despachada, enquadrando-a na Posição 84.61.03.01 com alíquota de 45% e 12%, respectivamente, do Imposto de Importação e IPI, do que teria resultado recolhimento a menos de Cr\$ 854.137,67 referente àqueles tributos. A indagação que cicatriza o presente litígio, é se esta exigência fiscal, fruto da revisão operada, encontra, ou não, amparo legal.

Na espécie, teria havido erro quanto à classificação tarifária da mercadoria desembaraçada e cujas características constavam na Declaração de Importação. A mer-

cadoria foi devidamente conferida, pelo Agente Fiscal, no que concerne a sua qualidade, quantidade, marca, modelo, tipo, referência, dimensão e outras características que a identificavam para fins de classificação tarifária, e aquela autoridade, ratificou a identificação física contida na Declaração de Importação.

Não houve, pois, qualquer impugnação do valor aduaneiro ou da classificação tarifária da mercadoria, o que poderia ter ocorrido no quinqüídio, contado a partir da últimação da conferência aduaneira, a teor do disposto no artigo 50, do Decreto-Lei nº 37/66. Concluída, destarte, a conferência aduaneira, sem impugnação de qualquer espécie, foi a mercadoria desembaraçada e entregue ao importador, após pagos os tributos correspondentes. Por consequência, deve presumir-se que a classificação tarifária indicada na Declaração de Importação está de acordo com o enquadramento da mercadoria na tarifa legal. In casu, em que incorreu qualquer impugnação ao valor aduaneiro ou classificação tarifária da mercadoria, a revisão de ofício do lançamento só poderia ser iniciada pela autoridade administrativa nas hipóteses especificadas nos diversos incisos do artigo 149 do CTN, e enquanto não extinto o direito da Fazenda Pública de constituir o crédito tributário, consoante o parágrafo único do mesmo dispositivo legal, o que equivale a dizer: no prazo de cinco (5) anos.

A jurisprudência dos Tribunais do País tem entendido que esta revisão do lançamento, dentro do quinqüênio, só será possível em caso de erro de fato, e nunca quando se verificar erro de direito. Não tendo havido erro quanto à matéria de fato constante da declaração de importação, isto é, no que con-

cerne à identificação física da mercadoria, não há que se admitir a revisão do lançamento. No caso **sub judice** o que a autoridade fiscal alega ter ocorrido foi, simplesmente, erro quanto à classificação tarifária da mercadoria importada, portanto, erro de direito, irrelevante para autorizar a revisão de lançamento. Tendo a mercadoria importada sido submetida à conferência aduaneira, sem qualquer impugnação dentro do quinquídio, e antecipado o pagamento dos tributos, é ilegal o ato da autoridade fiscal, procedendo a revisão do lançamento, a pretexto de impropriedade no que tange ao enquadramento tarifário da mercadoria importada. Ressalve-se que, na espécie, não se verificou nenhuma das hipóteses previstas no artigo 149 do CTN, únicos casos que comportariam a revisão, com fulcro no artigo 54 do Decreto-Lei nº 37/66. Tampouco, tem guarida a revisão de lançamento pela superveniência de outros critérios jurídicos para enquadramento tarifário da mercadoria importada, pois, tal mudança só poderá ser acolhida quanto a fatos geradores ocorridos após a introdução desta modificação.

De qualquer forma, não havendo erro de fato, a ser impugnado pela autoridade fiscal, não se permite a revisão de lançamento. Neste sentido, a jurisprudência dos Tribunais do País, inclusive do Excelso Pretório, como é exemplo o Acórdão dos embargos no RE nº 74.385 — MG, de 20-3-73, publicado na RTJ, vol. 73, páginas 152/154, cuja ementa é do seguinte teor:

«Lançamento fiscal. O Acórdão, objeto dos embargos, entendeu que o erro de direito cometido por autoridade fiscal não autoriza a revisão de lançamento, após o pagamento do imposto.

Não conhecimento dos embargos por não se achar configurada

a divergência com o Acórdão trazido a confronto.»

Na espécie, a revisão procedida pela autoridade fiscal no lançamento consubstanciado nas Declarações de Importações, assentou-se em erro de direito, qual seja, a errônea classificação jurídica do enquadramento tarifário da mercadoria importada, razão porque, não pode subsistir, impondo-se o acolhimento da impetração contra a exigência fiscal consubstanciada nos Processos nºs 0920.050.108/79 e 0920.050.519/79. Procedente a questão de direito preliminar, quanto ao não cabimento da revisão do lançamento operado nas Declarações de Importações, descabe a manifestação sobre o mérito da nova classificação tarifária da mercadoria, como pretendido pela autoridade fiscal.

Ante o exposto, concedo a segurança impetrada, nos termos do pedido inicial. Deixo de condenar em honorários advocatícios porque indevidos em causas desta natureza.

Vencido o prazo do recurso voluntário, remetam-se os autos ao Egrégio Tribunal Federal de Recursos em face ao duplo grau de jurisdição.» (Fls. 248/251).

Remetidos os autos a esta Egrégia Corte, a douta Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pelo provimento da remessa oficial (fls. 258/259).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Geraldo Sobral (Relator): Em que pesem as opiniões autorizadas dos mestres Rubens Gomes de Souza e Gilberto de Ulhoa Canto, dentre outros ilustres tributaristas pátrios, no sentido da imutabilidade do lançamento, por parte do Fisco, salvo erro de fato e nunca na

hipótese de erro de direito, sou do entendimento de ser admissível, também, a revisão do lançamento na ocorrência de **error juris** que, na feliz conceituação de Betti, consiste em “ignorar a existência ou o conteúdo de uma norma jurídica, ou interpretar o seu significado de modo distinto do real, ou em fazer aplicação inexacta à situação que não regula e, portanto, também em atribuir a um fato ou a uma relação uma qualificação jurídica distinta da que lhe é própria». (In «Teoria General del Negocio Juridico», pág. 334, **apud** Alberto Xavier, «Do Lançamento no Direito Tributário Brasileiro», 1977 — pág. 334).

Aproveita, à espécie, a lição clara e sempre oportuna do ilustre Dr. Hugo de Brito Machado, que, assim, se expressa sob a controvérsia:

«Divergindo de opiniões de tributaristas ilustres, admitimos a revisão do lançamento em face de erro, quer de fato, quer de direito. É esta a conclusão a que conduz o princípio da legalidade, pelo qual a obrigação tributária nasce da situação descrita na lei como necessária e suficiente à sua ocorrência. A vontade da administração não tem qualquer relevância em seu delineamento. Também irrelevante é a vontade do sujeito passivo. O lançamento, como norma concreta, há de ser feito de acordo com a norma abstrata contida na lei. Ocorrendo erro em sua feitura, quer no conhecimento dos fatos, quer no conhecimento das normas aplicáveis, o lançamento pode, e mais que isto, o lançamento deve ser revisto.» (In «Curso de Direito Tributário» Forense — 1981 — pág. 91).

Na Suprema Corte, o saudoso Ministro Aliomar Baleeiro sustentava essa mesma tese, consoante se vê da ementa do Acórdão que decidiu o

Recurso de Mandado de Segurança nº 15.477-GB, **in verbis**:

«Revisão de despachos aduaneiros: é admissível também por errônea aplicação da lei. — A importação de lubrificantes está sujeita à taxa de previdência (Súm. nº 140).» (RTJ 37/192).

Confira-se, ainda, a RTJ 41/283.

Razão assiste, pois, à ilustrada Subprocuradoria-Geral da República ao se pronunciar, nestes termos:

«Merece, **data venia**, reforma a r. sentença monocrática. Com efeito, é um tanto inadequada em matéria tributária a distinção entre erro de fato e erro de direito, que é mais peculiar ao direito penal. O certo é que houve um tributo pago a menor, em prejuízo do Fisco. Tivesse havido o pagamento, a maior, com prejuízo do contribuinte, este teria a seu dispor a ação de repetição de indébito ou o pedido administrativo de restituição. Como, porém, o prejuízo foi do Fisco, a hipótese se resolve através de revisão, nos expressos termos do artigo 54 do Decreto-Lei nº 37/66 e artigo 149 do CTN. Mesmo que não houvesse dispositivo legal expresso, autorizando a revisão, esta estaria compreendida no poder geral que tem a administração de rever seus próprios atos, quando eivados de vícios e ilegalidades, o que aliás está pacificado na jurisprudência, como se vê das Súmulas nºs 346 e 473, do STF.»

Com estas considerações, dou provimento à remessa de ofício, para cassar a segurança outorgada pelo Juízo a quo, devendo-se prosseguir na exigência fiscal.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

REO nº 94.076 — SC — Rel.: O Sr. Ministro Geraldo Sobral. Remte.: Juízo Federal em Santa Catarina.

Partes: Empresa Brasileira de Compressores S.A. — EMBRACO e União Federal.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento à remessa de

ofício, para cassar a segurança. (Em 30-4-84 — 5ª Turma).

Os Srs. Ministros Moacir Catunda e Sebastião Reis votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Moacir Catunda.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 95.273 — RJ

Relator: O Sr. Ministro Lauro Leitão

Apelante: Aldmir de Moura

Apelado: IAPAS

EMENTA

Mandado de Segurança. Aposentadoria por tempo de serviço. Indeferimento.

Nos termos da legislação previdenciária, a só inscrição na OAB não comprova, de forma inequívoca, o exercício remunerado da profissão de advogado. Assim, o tempo de serviço não se presume, mas deve ser comprovado, com documento hábil, para efeito de aposentadoria previdenciária.

Nega-se provimento à apelação, para confirmar-se a r. sentença de 1º grau, ressaltando-se, porém, ao impetrante, ora apelante, as vias ordinárias.

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 à apelação, ressaltando ao apelante as vias ordinárias, 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 agosto de 1982 (Data do julgamento) — Ministro Lauro Leitão, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Lauro Leitão: Aldmir de Moura, qualificado na inicial, impetrou mandado de segurança, perante o MM. Dr. Juiz Federal da 8ª

Vara, Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro, contra ato do Superintendente Regional do Instituto Nacional da Previdência Social, pelo qual indeferiu o seu pedido de aposentadoria por tempo de serviço.

Alegou, pois, o impetrante, em resumo:

«como segurado obrigatório do Instituto impetrado, na qualidade de advogado-autônomo, requereu, em 15 de março de 1979, aposentadoria por tempo de serviço, visto que já preenchia as exigências contidas no artigo 51 do Decreto nº 83.080, de 24 de janeiro de 1979, isto é, já havia pago 60 (sessenta) contribuições mensais, e contava mais de 35 (trinta e cinco) anos de serviço;»

«para comprovar essa sua condição, o impetrante juntou as guias quitadas do recolhimento aos co-

fres do Instituto impetrado das contribuições devidas, e uma certidão expedida pela Ordem dos Advogados do Brasil, Seção do Estado do Rio de Janeiro, onde constava ter exercido a profissão de advogado, sem solução de continuidade, desde 24 de julho de 1940 até 7 de fevereiro de 1979, contando 38 (trinta e oito) anos, 6 (seis) meses, e 14 (quatorze) dias de tempo de serviço advocatício.»

«os comprovantes do pagamento das contribuições foram aceitos, o que, aliás, não poderia deixar de ser; todavia, a certidão expedida pela Ordem dos Advogados do Brasil — sem ser impugnada — foi admitida apenas para provar a inscrição, pois o Instituto impetrado comunicou em carta «não ter sido comprovado o exercício da atividade de como segurado autônomo;»

«as certidões expedidas pela Ordem constituem documento público, e nenhum órgão da União, dos Estados, do Distrito Federal, ou dos Municípios, podem recusar-lhe fé pública, em obediência ao dispositivo do artigo 9º, item III, da Constituição Federal;»

«a certidão da ordem (que foi desprezada, não impugnada), satisfaz completamente à exigência do item III do § 2º do artigo 57 do Decreto nº 83.080, de 31 de janeiro de 1979, antes transcrito, visto que foi expedida por órgão que fiscaliza a profissão de advogado, e, ao mesmo tempo, prova o exercício da atividade;»

«por outro lado, a citada certidão da Ordem se não satisfizesse as disposições do referido item III, o que não ocorre — estaria em consonância com o estatuído no § 3º do mesmo artigo 57, pois foi expedida por entidade oficial, contém todos os elementos indispensáveis à prova, que foram extraídos de registros efetivamente existentes».

O advogado autônomo tem «o direito de aposentar-se sem necessidade de apresentar prova da atividade, desde que venha pagando regularmente as suas contribuições mensais, em dobro, como manda a lei».

O MM. magistrado solicitou informações. Prestou-as a autoridade impetrada sustentando a legalidade do seu ato.

O Dr. Procurador da República, com vista dos autos, subscreveu os pronunciamentos da autarquia.

O MM. Dr. Juiz, finalmente, decidindo a espécie, proferiu a r. sentença de fls., que tem a seguinte conclusão:

«O que a lei exige não é a prova de conclusão de curso de Bacharel em Direito e nem a prova de regular inscrição nos quadros da OAB, mas sim a prova inequívoca do exercício da atividade profissional remunerada.

Sem um mínimo de prova dessa atividade, não há como deferir o pedido inicial nos termos propostos.

Por tais fundamentos, denego a segurança requerida por Aldmir de Moura.

Custas *ex lege*.»

O impetrante, todavia, não se conformando com a r. sentença, dela apelou para este Egrégio Tribunal, juntando, desde logo, suas razões.

O apelado não ofereceu contra-razões.

O Dr. Procurador da República, com vista dos autos, manifestou-se a fls.

Nesta Instância, a douta Subprocuradoria-Geral da República, oficiando no feito, opina pela manutenção da r. sentença.

É o relatório.

VOTO

O Senhor Ministro Lauro Leitão (Relator): Aldmir de Moura, qualificado na inicial, impetrou mandado de segurança contra o Senhor Superintendente Regional do Instituto Nacional de Previdência Social, alegando que, na qualidade de advogado autônomo e, pois, de segurado obrigatório da Previdência Social, requereu, em 15-3-1979, aposentadoria por tempo de serviço, visto preencher as exigências contidas no artigo 51 do Decreto nº 88.080, de 24-1-1979, isto é, por já haver pago 60 contribuições mensais e por contar mais de 35 anos de serviço.

Para comprovar o alegado, o impetrante anexou as guias, quitadas, do recolhimento aos cofres do INPS das contribuições devidas, bem como uma certidão expedida pela Ordem dos Advogados do Brasil, Seção do Estado do Rio de Janeiro.

Todavia, a referida certidão foi admitida, apenas, para provar a inscrição na OAB, eis que o impetrado, mediante carta, comunicou ao impetrante «que, em virtude de não ter sido comprovado o exercício da atividade como segurado autônomo, na OAB, foi, nesta data, indeferido seu pedido de aposentadoria por tempo de serviço, formulado em 15-3-79» (doc. de fl. 12).

Esta comunicação foi expedida em 27-8-80, e recebida pelo ora apelante, em 15-9-80 (fl. 12).

O INPS prestou as informações de fls., esclarecendo:

«Pretende o impetrante seja o INPS compelido a reconhecer a certidão expedida pela Ordem dos Advogados do Brasil como prova bastante do exercício da profissão, e nestas condições, conceder-lhe aposentadoria por tempo de serviço.

A via escolhida é evidentemente inadequada, eis que sua pretensão

não encontra amparo na legislação pertinente ao assunto, logo não há falar em direito líquido e certo.

O único julgado trazido à colação, data de outubro de 1977 e, ainda que mais recente, não encontraria guarida para ser estendido administrativamente ao caso em tela, na conformidade do que estatui o Decreto nº 73.539, de 21-04-74, em seus preceitos abaixo transcritos:

«Art. 1º É vedada a extensão administrativa dos efeitos de decisões judiciais contrárias à orientação estabelecida para a administração direta e autárquica em atos de caráter normativo ou ordinário.

«Art. 2º Observados os requisitos legais e regulamentares, as decisões judiciais a que se refere o artigo 1º produzirão seus efeitos apenas em relação às partes que integram o processo judicial e com estrita observância do conteúdo dos julgados.»

O assunto em questão já foi objeto de reivindicação formulada pela Ordem dos Advogados do Brasil, em expediente ao Sr. Ministro da Previdência e Assistência Social, merecendo acurado estudo que demonstrou, a final, a impossibilidade do atendimento do pedido — doc. 1.

Em sendo assim, outra não poderia ser a conclusão no processo de aposentadoria por tempo de serviço do impetrante que o indeferimento por não ter sido comprovado o exercício da atividade como segurado autônomo — doc. 2.

A decisão do impetrado no processo de aposentadoria do impetrante teve por fundamento ilustrados pareceres de sua Consultoria Jurídica — docs. 3/5.

Assim, espera o impetrado decrete V. Exa. a improcedência do pedido.»

O MM. Dr. Juiz Federal, decidindo a espécie, denegou a segurança, sob o fundamento de que «o impetrante não logrou fazer prova do exercício da advocacia, nem instruiu a inicial com qualquer trabalho profissional seu — petições iniciais, contestações, recursos, contra-razões, pareceres...». «A certidão em tela significa, apenas, que o impetrante é inscrito na OAB desde 24 de julho de 1940...». Mas, a pessoa inscrita pode não exercer a profissão. O que a lei exige não é a prova de conclusão de curso de Bacharel em Direito e nem a prova de regular inscrição nos quadros da OAB, mas, sim, a prova inequívoca do exercício da atividade profissional remunerada (fls. 45/46).

Isto posto, passo a proferir meu voto.

Observo, desde logo, que o impetrante não fez, como lhe cabia, prova da tempestividade da impetração. E nem o MM. Dr. Juiz a quo a ele se referiu.

É certo, porém, que, em 27-8-1980, o INPS expediu, pelo correio, comunicação ao segurado, Dr. Aldmir de Moura, de que seu pedido de aposentadoria fora indeferido. Tal comunicação teria sido recebida, em 15-9-80, consoante anotação feita, embora sem assinatura, ao pé da cópia da referida comunicação (fl. 12).

O pedido de segurança foi distribuído em 13-1-81.

Em 15-1-81, o MM. Dr. Juiz proferiu, no requerimento, o seguinte despacho:

«Pagas as custas, oficie-se, solicitando informações.»

O prazo de 120 dias, como se sabe, flui sem interrupção.

Assim, se, realmente, o ora apelado foi cientificado do despacho indeferitório do pedido de aposentadoria, em 15-9-80, o direito para impetrar a segurança se extinguiria no dia 13-1-81.

Cumpra, pois, ao impetrante, ora apelante, fazer prova cabal da data em que foi certificado do despacho. Não o fazendo, surge a dúvida sobre se, realmente, a impetração foi ajuizada tempestivamente.

De Meritis

Correta, a meu ver, a respeitável sentença, de 1º grau.

Com efeito, a simples certidão de inscrição na OAB, em verdade, só habilita ao exercício profissional, mas não comprova tal exercício.

Ora, «não é a qualificação profissional que dá direito ao benefício e, sim, o tempo de serviço exercitado, já que a aposentadoria, como o próprio nome indica, é devida, essencialmente, por tempo de serviço realizado, o qual, obviamente, terá de ser devidamente comprovado perante o órgão responsável pela sua concessão» (parecer à fl. 22).

Estou em que, realmente, essa é a melhor exegese, principalmente tendo em conta que o artigo 24 da RRPS, aprovado pelo Decreto nº 72.771/73, dispõe:

«Art. 24. Considera-se inscrição, para os efeitos deste Regulamento:

I — Do segurado, a comprovação, perante o INPS, dos dados pessoais, da relação de emprego, do exercício de atividade profissional, da regularidade do exercício da profissão, acompanhada de outros elementos úteis ou necessários à caracterização da filiação ao regime de que trata este Regulamento» (os grifos são nossos).

Como se vê, constitui norma regulamentar que a inscrição no órgão previdenciário, depende da prova do exercício da atividade profissional, o mesmo ocorrendo, com muito mais razão, em relação à habilitação ao benefício.

A Lei nº 3.807/60, tanto na sua antiga redação como na que lhe foi

dada pela Lei nº 5.890/73 (artigo 10), firma entendimento de que a prova será feita de acordo com os respectivos regulamentos. E o artigo 53, item III, do RGPS, aprovado pelo Decreto nº 60.501/67, determinava que as provas de tempo de serviço, para os trabalhadores autônomos, seriam, *in verbis*:

«documentos comprobatórios de sua atividade profissional, tais como: inscrição ou matrícula nos órgãos de fiscalização profissional, acompanhados de certidões, declarações idôneas, talões de impostos, trabalhos realizados, etc., que possam demonstrar razoavelmente a continuidade do tempo de serviço.»

Atualmente, o artigo 69 do RRPS aprovado pelo Decreto nº 72.771/73, após preceituar que a comprovação do tempo de serviço deverá ser efetuada através de documentos capazes de atestar, inequivocamente, o exercício de emprego ou de atividade remunerada nos períodos a serem computados, declara, no final do *caput* e no item III que:

«Art. 69. A prova de tempo de serviço será feita através de documentos que comprovem, inequivocamente, o exercício de emprego ou de atividade..... Servirão para esse fim, sem prejuízo de outros que corroborem ou complementem as declarações nelas contidas, quando estas não satisfizerem aos requisitos acima apontados, os seguintes documentos:

III — Certidão de inscrição ou matrícula nos órgãos de fiscalização profissional.

Os citados dispositivos, não deixam nenhuma dúvida de que o tempo de serviço deverá ser apurado à vista de documentos que comprovem, realmente, o exercício de atividade.

Aliás, é oportuno mencionar que a Comissão de Trabalho e Legislação Social da Câmara Federal, ao concluir pela não aprovação do Projeto de Lei nº 1.406-A, de 1973, do Deputado Amaral de Souza, que objetivava alterar a redação do § 2º do artigo 10 da Lei nº 5.890/73, de modo a permitir como prova do tempo de atividade, a inscrição no respectivo órgão de fiscalização da atividade profissional, assim entendeu:

«A simples inscrição não atesta, de forma indubitosa, o exercício remunerado da respectiva profissão. Vedada a execução de serviços sem o registro no Conselho ou Ordem pode, todavia, o registrado não exercer a profissão, de modo continuado, sem que isto importe, obrigatoriamente, no cancelamento da inscrição.

Em resumo, pois, a atual legislação já admite que o tempo de serviço dos profissionais liberais seja comprovado pela inscrição no órgão de fiscalização do exercício das respectivas atividades, desde que complementado ou corroborado por outros documentos capazes de esclarecer, convenientemente: a natureza e condições do trabalho prestado; o montante do salário ou da remuneração percebida; ou o valor das contribuições recolhidas.

Ausente a complementação em foco, a prova obtida através da inscrição nas Ordens ou Conselhos, jamais poderá justificar a concessão de um benefício essencialmente apoiado na efetiva prestação de serviços remunerados, capazes de, pelo menos, gerar a presunção do recolhimento de contribuições previdenciárias.»

Ressalta à evidência, pois, que, nos termos da legislação previdenciária, a só inscrição na OAB não comprova, de forma inequívoca, o exercício remunerado da profissão

de advogado. Assim, o tempo de serviço não se presume, mas deve ser comprovado, com documento hábil, para efeito de aposentadoria previdenciária.

O mandado de segurança, como se sabe, é uma garantia constitucional, que visa a proteger direito líquido e certo, isto é, direito claro, meridiano, insuscetível de qualquer dúvida.

In casu, porém, o impetrante não comprovou, como lhe cumpria, que o direito que diz ter sido ferido apresenta tais características e, assim, merecedor de amparo, via **mandamus**.

Em face do exposto, nego provimento à apelação, para confirmar a r. sentença apelada, ressalvando, porém, ao impetrante, ora apelante, as vias ordinárias.

É o meu voto.

VOTO

O Sr. **Ministro Otto Rocha**: Senhor Presidente: Examinando a certidão, verifico que ela, realmente, não comprova o exercício efetivo da profissão de advogado. Entendo que a simples inscrição na Ordem comprova tão-somente, estar, o ali inscrito, habilitado a exercer a advocacia. Daí a exigência pelo apelado de outra prova, qual seja a apresentação de trabalhos da lavra do apelante, tais como: certidão de petições iniciais, contestações, interposição de recursos, enfim qualquer compro-

vante do efetivo exercício de advocacia pelo apelante, o que não tem nos autos.

De forma que, com a devida vênia das explicações dadas da Tribuna pelo ilustre advogado, acompanho V. Exa., negando provimento, mas ressaltando ao ora apelante as vias ordinárias onde poderá fazer a prova exigida pelo apelado.

VOTO

O Sr. **Ministro Pereira de Paiva**: Sr. Presidente, também, pelo que ouvi do voto de V. Exa. e do voto do eminente **Ministro Otto Rocha**, entendi que a matéria é de prova e essa prova exigida pela **Previdência Social**, só poderá ser objeto de um acurado exame numa ação ordinária.

Acompanho V. Exa., data venia dos conceitos expendidos da Tribuna pelo eminente advogado.

EXTRATO DA MINUTA

AMS nº 95.273 — RJ — Rel.: O Sr. **Ministro Lauro Leitão**. Apelante: **Admir de Moura**. Apelado: **IAPAS**.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação, ressalvando ao apelante as vias ordinárias (Em 31-8-82 — 1ª Turma).

Os Srs. **Ministros Otto Rocha** e **Pereira de Paiva** votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. **Ministro Lauro Leitão**.

REMESSA EX OFFICIO Nº 95.606 — PB

Relator: O Sr. **Ministro Carlos Augusto Thibau Guimarães**
 Parte A: **Saint Clair Fernandes Avelar**
 Parte R: **Universidade Federal da Paraíba — UFPB**
 Remetente Ex Officio: **Juízo Federal na Paraíba**.

EMENTA

Administrativo. Magistério superior. Demissão de professor.

A demissão de professor, após a vigência do Decreto nº 85.487, de 11-12-80, ficou condicionada à aprovação do Departamento a que pertence em sua universidade, ouvida a Comissão Permanente de Pessoal Docente. A demora em constituir-se a referida Comissão, que já fora criada, não justifica a prática do ato impugnado sem aquela formalidade. Remessa ex officio a que se nega provimento.

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 à remessa de ofício, para confirmar a sentença, 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 março de 1984 (Data do julgamento) — Ministro Washington Bolívar de Brito, Presidente — Ministro Carlos Augusto Thibau Guimarães, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Carlos Augusto Thibau Guimarães: — Trata-se de remessa ex officio, em mandado de segurança impetrado por Saint Clair Fernandes Avelar, qualificado na inicial, contra ato do Magnífico Reitor da Universidade Federal da Paraíba de que foi alvo ao ser dispensado da função de professor universitário sob a alegação de que, na espécie, não foram observadas as exigências para a medida, prevista no artigo 33 do Decreto nº 85.487/80, que demandam a prévia manifestação do colegiado do respectivo Departamento, assim como, da Comissão Permanente do Pessoal Docente.

Afirma o impetrante que, além disso, respondeu a processo administrativo eivado de vícios, tendo-lhe sido dado um prazo de 72 horas para

apresentar defesa, e não de 10 dias, como dispõe o artigo 222 da Lei nº 1711/52.

A inicial (fls. 2/4) veio acompanhada de procuração (fl. 5) e instruída com os documentos de fls. 6/38.

Solicitadas as informações, estas foram prestadas pela autoridade impetrante, sustentando a legalidade do ato contra o qual se impetrante, posto que, a falta por ele praticada tornou-se passível de punição, justificando a rescisão do pacto laboral, conforme disciplina o artigo 482, letra a, da CLT.

O MPF manifestou-se de acordo com as informações da autoridade coatora (fl. 54).

O ilustre Juiz Federal, Dr. Ridalvo Costa, prolatou a sentença de fls. 55/58, concedendo a segurança para anular o ato de demissão do impetrante.

Sem recurso voluntário (cfr. certidão de fl. 59, vº), subiram os autos por força do duplo grau de jurisdição.

Nesta Instância a douta Subprocuradoria-Geral da República, em parecer da lavra do Dr. Nelson Parucker, aprovado pelo Dr. Paulo Sollberger, opinou pela confirmação da r. decisão monocrática em questão (fls. 62/63).

Ê o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Augusto Thibau Guimarães (Relator): — O MM.

Juiz Federal a quo assim entendeu, ao conceder a segurança (fl. 57).

«Embora pacífico o entendimento de que não cabe mandado de segurança em matéria puramente trabalhista, como substitutivo de reclamação, entendo-o cabível no presente caso, desde que se discute matéria que envolve direito administrativo, e não direito do trabalho.

É certo que o impetrante é regido pela CLT. Entretanto, como integrante do magistério superior, sujeita-se a um regime de trabalho, de natureza híbrida: trabalhista-administrativo.

Observe-se que o Decreto-Lei nº 85.487, de 11 de dezembro de 1980, ao fazer o enquadramento dos Professores Colaboradores, como «Assistentes», não modificou o regime celetista, nem lhes assegurou estabilidade. Cercou-os de garantias inexistentes naquele regime de pessoal. Condição a dispensa ou a exoneração do professor, exceto a pedido, à aprovação do colegiado do departamento, ouvida a «Comissão Permanente de Pessoal Docente» artigo 33.

A demissão passou a ser um «ato complexo», a depender não apenas da vontade do Magnífico Reitor, mas da aprovação do Departamento a que pertence o Professor, ouvida a «CPPD».

Na hipótese em julgamento o ato de demissão não se aperfeiçoou. Faltou uma das formalidades essenciais à audiência da «Comissão Permanente de Pessoal Docente».

A demora em constituir dita comissão não justifica a edição do ato impetrado, sem aquela formalidade.

Não é, aqui e agora, examinada a ocorrência, ou não, de justa causa para a dispensa.

A segurança restringe-se exclusivamente ao exame das formalidades extrínsecas».

Estou com a douta SGR, em que deva ser mantida a sentença, por seus fundamentos.

Observe-se que realizou-se em 11-6-81, a assembléia extraordinária do Departamento de Artes do Centro de Humanidades da UFPB, que manifestou-se favoravelmente à rescisão do contrato de trabalho do impetrante (fl. 53), sabendo-se que, desde 9 daqueles mesmos mês e ano estava criada a Comissão Permanente de Pessoal Docente da Universidade, mediante a Resolução nº 123/81, do respectivo Conselho Universitário (fls. 45/48).

Nego, assim, provimento à remessa de ofício.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

REO nº 95.606 — PB — Rel.: O Sr. Ministro Carlos Thibau. Parte A.: Saint Clair Fernandes Avelar. Parte R.: Universidade Federal da Paraíba — UFPB. Remetente **Ex Officio**: Juízo Federal na Paraíba.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à remessa de ofício, para confirmar a sentença (julg. em 16-3-84 — 1ª Turma).

Os Srs. Ministros Washington Bolívar e Miguel Jerônimo Ferrante votam com o Relator. Não compareceram os Srs. Ministros Jarbas Nobre e Leitão Krieger, por motivo de licença. Compareceu para compor o **Quorum** o Sr. Ministro Miguel Jerônimo Ferrante. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro. **Washington Bolívar**.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 96.487 — RJ

Relator: O Sr. Ministro Helio Pinheiro

Apelante: Geotécnica S.A.

Apelados: Instituto do Açúcar e do Alcool — IAA e Sondotécnica Engenharia de Solos S.A.

EMENTA

Administrativo. Concorrência Pública. Recursos.

I — Só na fase de habilitação têm os recursos efeito suspensivo, sua interposição sendo de fazer-se, sob pena de preclusão, antes do início da abertura das propostas.

II — Das decisões proferidas pela comissão de licitação, no que concerne à classificação das propostas apresentadas pelos licitantes, caberá recurso com efeito devolutivo.

III — Recurso que, ao término do processo e concorrência, terminou por ser apreciado pela autoridade imediatamente superior, mantendo a decisão da comissão de licitação.

IV — Inexistência de lesão a direito líquido e certo da impetrante.

V — Apelação a que se nega provimento para confirmar a sentença denegatória da segurança impetrada.

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, 2 de março de 1984 (Data do julgamento). — Ministro **Carlos Madeira**, Presidente — Ministro **Helio Pinheiro**, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro **Helio Pinheiro**: Geotécnica S.A. impetrou mandado de segurança contra o Presidente da

Comissão de Concorrência Pública nº 2/71, do Instituto do Açúcar e do Alcool, e contra a própria comissão, objetivando, pelo deferimento do **mandamus**, a remessa ao presidente da referida Autarquia do recurso interposto contra a sua posição como participante da aludida concorrência requerendo, outrossim, que se abstivessem os impetrados de qualquer ato relativo à concorrência, até julgamento do referido recurso, inclusive por força de medida liminar.

Alega, procurando firmar-se em documentos com que instruiu a inicial, que recorreu da decisão que classificara sua proposta em terceiro lugar, tendo oferecido razões e solicitado o encaminhamento do recurso ao presidente do IAA. Com o recurso, aduz, não mais deveria ser aberta a proposta de preço da con-

corrente Sondotécnica, que, entretanto, veio, estranhamente, a ser apontada como vencedora, consoante declarações do presidente da comissão, publicadas no «Jornal do Brasil,» do dia 24 de setembro de 1981. Acrescenta que em 30 de setembro de 1981 recebeu ata da sessão noticiando a rejeição do seu recurso. Finalmente sustenta que, sendo a impetrada uma autarquia federal, encontra-se regida pelo Decreto-Lei nº 200, de 1967 e disposições do Decreto nº 73.140, de 1973, nos quais estão previstos e disciplinados os recursos, para decisão pela autoridade competente, constituindo-se em ilegalidade, com violação de direito seu, líquido e certo, a decisão deles pela própria comissão.

Nas informações prestadas pelos impetrados (fls. 135 a 139) ponderam eles, com juntada de documentos, que além do presidente outros sete membros, cujos nomes são declinados, compõem a comissão à qual cabe, segundo estabelece o artigo 43 do Decreto nº 73.140, de 9 de novembro de 1973, apreciar e decidir o recurso interposto no processamento da concorrência pública. Ressaltam ainda que depois da fase inicial de habilitação das empresas concorrentes houve regular classificação das propostas técnicas, ficando a impetrante em terceiro lugar, precedida de Sondotécnica S.A. e de Hidroservice — Engenharia de Projetos Ltda. Em face do recurso, facultou-se às referidas empresas impugná-lo sobrestando-se o fluxo do processo principal. Ao final decidiu-se, à unanimidade, pela manutenção da decisão recorrida, com observância, porém, da liminar que concedida fora à impetrante.

Posteriormente, para formação de litisconsórcio, requereu a impetrante a citação de outras empresas classificadas na concorrência. Isto é, Sondotécnica Engenharia de Solos S.A., Hidroservice Engenharia de Proje-

tos Ltda. e Seebla Serviços de Engenharia Emílio Baumgart, por eventual interesse (fls. 252a 253), sendo o pedido deferido pelo despacho de fl. 154, mais tarde reformado, em parte, para determinar que às aludidas empresas se desse ciência da impetração, a fim de que, no prazo que lhes foi deferido, dissessem se tinham ou não interesse na causa (fl. 257).

Após manifestação de duas das empresas participantes da concorrência (fls. 291 a 295 e 297), e pronunciamento do Ministério Público Federal, pelo indeferimento do «writ» (fls. 289vº a 290), foi prolatada sentença denegando a segurança, com revogação da liminar. Considerou o ilustre magistrado de 1º grau que o questionado recurso, que tinha efeito devolutivo, subiria à apreciação superior, conforme esclarecido pela autoridade impetrada, pelo que cumprida estava sendo a exigência legal (fls. 302 a 306).

A essa decisão foram opostos embargos de declaração (fls. 310 a 312), rejeitados pela decisão de fls. 314 a 315, pois clara se apresentava a sentença ao denegar a segurança, nela afirmando-se que:

«No caso em exame, o recurso da impetrante e a decisão da comissão que não lhe deu provimento, encontram-se no bojo do processo administrativo e subirão, à apreciação superior, juntamente com o fecho do relatório da licitação, por força de recurso de ofício.

Nesta oportunidade, o Presidente do IAA apreciará, sem dúvida alguma, as decisões da comissão objeto de ambos os recursos: o voluntário e o de ofício».

Apelou, então, a impetrante (fls. 318 a 330) tendo a autarquia oferecido as contra-razões constantes de fls. 333 a 343. Pelo improvimento do

recurso pronunciou-se, outrossim, a empresa Sondotécnica (fls. 353 a 357).

Nesta Instância a douta Subprocuradoria, em parecer do ilustre Subprocurador-Geral, Dr. Geraldo Fonteles, opinou no sentido de se negar provimento à apelação ponderando que o objetivo da impetrante fora atingido com o julgamento do recurso pelo presidente da comissão, ocorrendo que depois da fase inicial de habilitação na concorrência (todas as concorrentes habilitadas) o recurso das decisões proferidas pela comissão de licitação é de efeito só devolutivo, consoante prevê o artigo 41 do Decreto nº 73.140 de 1973 (fls. 367 a 372).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Hélio Pinheiro:
Relator: Tendo figurado entre as empresas selecionadas na fase de pré-qualificação prevista no item 5.º do edital de concorrência pública do Instituto do Açúcar e do Alcool, para elaboração do Projeto de Irrigação e Drenagem da Cana-de-Açúcar na Região Norte-Fluminense, apresentou a empresa Geotécnica S.A., com a proposta de preços, a sua proposta técnica, sendo esta última classificada em terceiro lugar, decisão contra a qual, por irrisignada, recorreu, sendo o recurso apreciado pela comissão de concorrência que, por unanimidade, manteve a sua decisão classificatória, para que se instaurasse a fase seguinte da licitação. (Fl. 130).

Na impetração sustenta-se que o referido recurso deveria ter sido apreciado, não pela própria comissão de concorrência, mas pelo Presidente do Instituto do Açúcar e do Alcool, só após isso podendo dar-se prosseguimento à licitação, e porque

tanto não fora feito ter-se-ia caracterizado violação a direito líquido e certo do impetrante.

Daí o pedido de segurança destinada expressa e tão-somente ao fim de:

a) ser determinado ao presidente da comissão acima referida, que remetesse o citado recurso para o Presidente do Instituto do Açúcar e do Alcool para apreciação;

b) ser determinado ao presidente da mencionada comissão, e à esta própria, que até o julgamento do aludido recurso, pelo dirigente do IAA, se abstivessem de praticar qualquer ato em relação à citada concorrência. (Fl. 6).

Tal como assevera o ilustre patrono da impetrante, as licitações do Instituto do Açúcar e do Alcool, por ser este uma autarquia federal, regem-se pelo Decreto-Lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967 e pelas disposições do Decreto nº 73.140, de 9 de novembro de 1973.

Assim, no capítulo em que estabelece normas relativas à licitação dispõe no § 2º do artigo 127 o Decreto-Lei 200:

«Art. 127

§ 2º Nas concorrências haverá obrigatoriamente uma fase inicial de habilitação preliminar destinada a comprovar a plena qualificação dos interessados para a realização do fornecimento ou execução da obra ou serviços programados».

No tocante aos recursos, diz o mesmo diploma legal em seu artigo 137:

«Os recursos admissíveis em qualquer fase da licitação ou da execução serão definidos em regulamento».

Na disciplinação dos recursos contra decisões proferidas na concorrência pública confere por sua vez o Decreto nº 73.140/73, efeito suspensivo, unicamente, aos que referentes à

fase de habilitação, só suscetíveis de serem interpostos, sob pena de preclusão, antes do início da abertura das propostas.

Das decisões proferidas pela comissão de licitação fora da fase acima mencionada só cabe recurso com efeito devolutivo.

É o que expressa e desenganadamente dispõe o artigo 41 e respectivos parágrafos do Decreto nº 73.140/73, verbis:

«Art. 41 Das decisões proferidas pela comissão de licitação caberá recurso, com efeito devolutivo, para a autoridade competente no prazo de dois (2) dias, contado da ciência da decisão recorrida ou de sua afixação no local próprio para as comunicações sobre a licitação.

§ 1º

§ 2º Os recursos referentes à fase de habilitação terão efeito suspensivo e só poderão ser interpostos, sob pena de preclusão, antes do início da abertura das propostas.

§ 3º No fecho do relatório da licitação, a comissão recorrerá *ex officio* do ato do julgamento das propostas e, decorrido o prazo deste artigo sem interposição de recurso voluntário remeterá o processo à autoridade competente».

Na hipótese em exame o recurso interposto pela impetrante não se dirigia a decisão proferida na fase de habilitação, quando, então, seria de se lhe dar efeito suspensivo. Tinha por destino a decisão de que resultou a classificação das propostas técnicas, levada a termo pela comissão de concorrência, atenta aos critérios estabelecidos no item 8.6 do edital.

Ora, nessa fase da concorrência, só cabe emprestar-se efeito devolutivo aos recursos contra decisões proferidas pela comissão que, sem sombra de dúvida, conduziu-se com ab-

soluto acerto ao apreciar o que interposto pela impetrante, inconformada com as notas que lhe foram conferidas e que a posicionaram em terceiro lugar entre as demais empresas licitantes.

O julgamento desse recurso não lhe podia ser subtraído, pois, como doutrina Hely Lopes Meirelles, o Decreto-Lei nº 200, ao estabelecer que as concorrências e tomadas de preço seriam julgadas por comissão (artigo 141), e atribuir à autoridade imediatamente superior àquela que proceder à licitação anulá-la por sua própria iniciativa (artigo 198), permite inferir-se:

«da combinação desses dois dispositivos que o julgamento dessas modalidades de licitação é privativo da comissão julgadora e em tais casos só compete à autoridade superior a anulação do procedimento licitatório, ou do julgamento, se houver ilegalidade, e não a revisão da classificação. E compreende-se que assim seja, porque se a autoridade superior tivesse o poder de modificar a classificação da comissão, inútil seria a sua constituição e a sua decisão, uma vez que, em última análise, a palavra final ficaria com uma única autoridade e não com o colegiado julgador, quando o intuito da lei foi precisamente o de impedir o julgamento unipessoal nessas duas modalidades de licitação».

(«Licitação e Contrato Administrativo,» 5ª ed., pág. 150 — meus os grifos)

In casu, disciplinada ficou a matéria pertinente aos recursos, dispondo-se no item 16 do edital que das decisões proferidas pela comissão de licitação só caberia recurso com efeito devolutivo, os quais seriam interpostos perante a mesma comissão (fl. 38). Esse, portanto, o princípio desde logo fixado, e que atendia à curialidade dos recursos

administrativos, via de regra, como adverte Hely Lopes Meirelles, de efeito devolutivo, só por exceção suspensivo, de sorte que «quando a lei ou o regulamento silencia a respeito, presume-se o só efeito devolutivo, isto é, sem suspensão da operatividade do ato recorrido». (obra citada, pág. 152).

De qualquer sorte, no fecho do relatório da licitação, a Comissão recorreu de ofício do ato do julgamento das propostas, fazendo submeter ao Presidente do Instituto do Açúcar e do Alcool o recurso interposto pela impetrante (fls. 346 a 349), ocorrendo que essa autoridade, apreciando o referido recurso, assim concluiu, **verbis**:

«Apreciando o recurso administrativo interposto pela empresa Geotécnica S.A., tive a preocupação de proceder a um cuidadoso exame das razões apresentadas pela impetrante, para concluir que, em nenhum momento, se aduz nos mesmos argumentos relevantes capazes de derrogar o critério classificatório adotado por essa comissão.

Não havendo, portanto, nada a aditar ou retificar, mantenho as conclusões adotadas por essa comissão de licitação e, em consequência, as notas atribuídas às licitantes.

Isto posto, homologo as decisões da comissão relativamente à Con-

corrência Pública nº 02/81, adjudicando o seu objeto à licitante Sondotécnica Engenharia de Solos S.A., nos termos propostos no relatório da comissão» (fl. 350).

Como visto, o recurso interposto pela impetrante terminou por ser apreciado pelo Presidente do Instituto do Açúcar e do Alcool-IAA, que o considerou improcedente mantendo as conclusões adotadas pela comissão de licitação.

Tal exame se fez no momento certo, vindo revelar que, ao entender do dirigente máximo da autarquia, de nenhuma censura se fez merecedora, no julgamento das propostas técnicas que lhe foram submetidas, a comissão de licitação, de nenhum modo vulnerando direito líquido e certo da impetrante.

Por tais fundamentos nego provimento à apelação.

EXTRATO DA MINUTA

AMS nº 96.487 — RJ — Rel.: O Sr. Ministro Hélio Pinheiro. Apte.: Geotécnica S.A. Apdos.: Instituto do Açúcar e do Alcool — IAA e Sondotécnica Engenharia de Solos S.A.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação. (Em 2-3-84 — 3ª Turma).

Votaram de acordo com o Relator os Srs. Ministros Carlos Madeira e Adhemar Raymundo. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Carlos Madeira

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 96.954 — RJ

Apelante: O Sr. Ministro Jesus Costa Lima

Remetente: Juízo Federal da 7ª Vara-RJ

Apelante: IAPAS

Apelada: Maria Pistene.

EMENTA

Administrativo. Funcionário público. Reajustamento de proventos.

Malgrado certa ambigüidade de expressões usadas pela lei, os artigos 180 e 184 do Estatuto dos Funcionários (Lei nº 1.711/52) não tratam de vantagem, mas de proventos, fixados de forma especial. O artigo 27, § 6º, do Decreto-Lei nº 1.445/76 não suprimiu a gratificação de função componente dos proventos do aposentado. Se o fizesse, estaria decompondo esses proventos, em manifesto desrespeito ao artigo 153, § 3º, da Constituição, que opõe à lei o ato jurídico perfeito.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes 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, prejudicada a 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, 30 de março de 1984 (Data do julgamento). — Ministro Evandro Gueiros Lelte, Presidente — Ministro Jesus Costa Lima, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Jesus Costa Lima: Trata-se de remessa de ofício e apelo do INAMPS, visando à reforma de sentença concessiva de mandado de segurança para garantir à funcionária aposentada a manutenção, em seus proventos, da parcela correspondente à função gratificada. Eis a fundamentação e conclusão da sentença:

«Dispõe o artigo 153, § 3º, da Constituição Federal, que nem mesmo a lei poderá prejudicar o direito adquirido.

Tem razão o impetrado quando alega que *in casu*, não houve ofensa à coisa julgada, já que, na ação julgada na 5ª Vara, girava a discussão em torno do tempo de serviço achado insuficiente pelo INAMPS.

Nestes autos, o que alega o impetrado, é que a supressão da gratificação incorporada aos proventos da aposentada deveu-se à aplicação da lei que instituiu o Plano de Classificação, o qual previa, expressamente, a supressão de vantagens anteriores.

Entretanto, constituem tais vantagens direito adquirido da aposentada, pois já se integraram ao seu patrimônio. Não pode lei posterior suprimi-las, portanto, e se o fizer, deve o preceito ser objeto de interpretação ab-rogante, considerando-se como não escrita a norma, neste particular, face ao predomínio da Constituição.

Isto posto, julgo procedente a ação e concedo a segurança, para o fim de que seja restabelecido o pagamento das parcelas referentes à gratificação de função, em complemento dos proventos de aposentadoria, na forma da inicial.

Sentença sujeita a reexame pelo Egrégio Tribunal Federal de Re-

cursos, com efeito suspensivo, na forma da Lei nº 4.348/64, artigo 7º».

(Fls. 28/29).

2. As razões do apelo estão às fls. 34/39 e argüem, preliminarmente, descabimento da ação mandamental,

«... posto que a medida excepcional foi acionada contra diplomas legais, bem como ainda aplicada contra matéria, que sujeita a debate e controvérsia, não pode ser discutida na via mandamental requerida. Em resumo, a figura processual se apresenta como inidônea, vez que, sem maiores dificuldades, verifica-se que nenhum direito líquido e certo existe para ser concedida a segurança, quanto mais se postulada através de mandado de segurança que não pode ser usado ao bel-prazer por se tratar de questão bem definida no Decreto-Lei nº 1.445/76 e Lei nº 6.703/79». (Fl. 34)

e porque, segundo a Súmula 27 do Pretório Excelso, o funcionário não tem vencimentos ou proventos irredutíveis, destarte não havendo certeza e liquidez.

No mérito, afora extensa digressão a respeito da alegação de coisa julgada, já repelida pela própria sentença, sustenta que a pretensão da impetrante tem contra si o artigo 27 do Decreto-Lei nº 1.445/76 e os artigos 1º e 4º da Lei nº 6.703/79.

A impetrante respondeu com as razões de fls. 42/43.

3. A douta Subprocuradoria-Geral da República oficiou às fls. 47/49, na linha do apelo. Bem o diz a ementa do douto parecer:

«Funcionário autárquico aposentado. Proventos. Revisão. Regularidade na supressão de gratificação abolida, segundo o Decreto-Lei

nº 1.445/76, artigo 27, § 6º, ante a substancial majoração ocorrida na base de cálculo».

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Jesus Costa Lima (Relator): O que a jurisprudência estabeleceu como refratário ao ritual do mandado de segurança foi a situação duvidosa nos fatos, visto que, por sua própria natureza, esta ação não se compadece com a dilação probatória. Não é este o caso dos autos, onde a autoridade impetrada nem colocou em dúvida a certidão de fl. 12, vindo aliás do próprio órgão, e pela qual resulta indubitoso que a impetrante se aposentou por invalidez decorrente de doença grave (artigo 178, III, do Estatuto dos Funcionários) e com proventos acrescidos da função gratificada. Por outro lado, não vejo como confundir a singeleza da questão posta nos autos com enquadramento, envolvendo «exame de prova ou de situação funcional complexa» a que se refere a Súmula nº 270.

Rejeito, pois, a preliminar.

2. No mérito, o apelo reflete apenas a confusão que os órgãos administrativos, tendo à frente o DASP, continuam a fazer entre proventos e vantagens. A incrementação de proventos de que tratam os artigos 180 e 184 do Estatuto dos Funcionários (Lei nº 1.711/52) nunca foi vantagem. Tais preceitos cuidam de formas especiais de aposentadoria, nas quais o funcionário, ao invés de se aposentar com proventos estritamente medidos pelo padrão do cargo efetivo que ocupa, como é a regra, tem-nos fixados em correspondência com os estipêndios do cargo em comissão ou da função gratificada que exerça ou haja exercido (artigo 180), ou com os do cargo da classe imediatamente superior, se houver, ou,

ainda, com a majoração de 20%, se em final de carreira ou houver exercido cargo isolado (artigo 184). A lei, quase sempre redigida de maneira atécnica, por vezes utiliza expressões impróprias. Exemplo disto está no próprio artigo 180, onde se diz que o funcionário se aposentará

«Com as vantagens da comissão...» (letra a).

Mas o intérprete, que possua conhecimentos jurídicos e tenha o devido cuidado no exercer o seu mister logo verá que o sentido claro e escorreito da expressão é:

«Com proventos correspondentes aos vencimentos do cargo em comissão ...»

pois retribuição pelo trabalho prestado pelo funcionário, seja em cargo efetivo, em comissão ou em função dita gratificada, nunca foi nem será vantagem. Portanto, os artigos 180 e 184 da Lei nº 1.711/52 tratam de proventos e não de vantagens, embora as expressões ambíguas de que se serviu o legislador.

3. Se, pois, a impetrante teve seus proventos fixados de acordo com o artigo 180, compondo-os os vencimentos do cargo efetivo e a gratificação de função (proventos = vencimentos + gratificação) e esses proventos resultaram do ato de aposentadoria, perfeito e acabado, não há como pretender decompô-los. A não ser pelo desfazimento do ato, violência que, como acentuou a sentença apelada, o artigo 153, § 3º, da Constituição não tolera.

Pretender, como quer o apelante, que a hipótese estaria abrangida pe-

lo artigo 27, § 6º, do Decreto-Lei nº 1.445/76, que mandou suprimir «todas as vantagens, gratificações, parcelas e quaisquer outras retribuições percebidas pelo inativo...», seria desconhecer o ente jurídico composto pelo ato de aposentadoria.

4. Não há qualquer incompatibilidade entre esse preceito do Decreto-Lei nº 1.445/76 e o citado artigo 180 do Estatuto. Ainda que houvesse, ter-se-ia de respeitar o direito adquirido e o ato perfeito e acabado. Mas, em verdade, essa incompatibilidade não existe. Basta ver que a Lei nº 6.703/79, cujo artigo 4º contém norma idêntica e até foi invocado pelo apelante como reforço, trata, no artigo 5º, precisamente do reajustamento dos proventos dos aposentados «com as vantagens» do artigo 180 do Estatuto. Se fossem normas incompatíveis, como poderiam estar na mesma lei?

5. Isto posto, nego provimento.

EXTRATO DA MINUTA

AMS nº 96.954 — RJ — Rel.: O Sr. Ministro Jesus Costa Lima. Remete.: Juízo Federal da 7ª Vara-RJ. Apte.: IAPAS. Apda.: Maria Pistene.

Decisão: Por unanimidade, a Turma negou provimento à apelação, para confirmar a sentença, prejudicada a remessa de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator (Em 30-3-84 — 2ª Turma).

Os Srs. Ministros Evandro Gueiros Leite e William Patterson votaram com o Sr. Ministro-Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Evandro Gueiros Leite.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 97.942 — SP

Relator: O Sr. Ministro William Patterson

Remetente: Juízo Federal da 4ª Vara

Apelante: IAPAS

Apelado: Oswaldo da Silva Brandão.

EMENTA

«Previdência Social. Aposentadoria. Advogado. Exercício profissional. Comprovação.

A certidão expedida pela Ordem dos Advogados do Brasil, comprovando a regular inscrição do Bacharel, constitui prova suficiente do exercício profissional, para fins da aposentadoria previdenciária.

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 do IAPAS, para confirmar a sentença concessiva da segurança, prejudicada a remessa *ex officio*, 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 outubro de 1982 (Data do julgamento) — Ministro Evandro Gueiros Leite Presidente — Ministro William Patterson, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro William Patterson: O Dr. Fleury Antonio Pires, eminente Juiz Federal da 4ª Vara da Seção Judiciária do Estado de São Paulo, assim relatou a hipótese:

«Oswaldo da Silva Brandão, qualificado à fl. 2, impetra o presente mandado de segurança contra ato do Senhor Superintendente Regional do Instituto Nacional de Previdência Social no Estado de São Paulo, alegando, em síntese: que em 7 de maio de 1938 teve aprovada sua inscrição no quadro da Ordem dos Advogados do Brasil — Seção do Pará, quando então passou a exercer a profissão de advogado, o que vem ininterruptamente fazendo, até o presente momento, ao longo de quarenta e três anos de

atividade; que foi inscrito inicialmente na Seção do Pará sob nº 0-11, com Carteira de Identidade Profissional nº 190, nela mantendo o seu registro até 22 de maio de 1956; que em 22 de maio de 1956 obteve nova inscrição, na Seção de São Paulo, sob o nº 8.400, que mantém até hoje; que exerceu permanentemente a profissão de advogado quer na Comarca de Belém, quer na Comarca de São Paulo, conforme explicitada na inicial; que com o advento do Decreto nº 48.959-A, de 19 de setembro de 1960, vinculou-se à Previdência Social como segurado obrigatório; que estava facultado ao impetrante pleitear sua aposentadoria por tempo de serviço, nos termos dos artigos 41 e seguintes do Decreto nº 77.077, de 24 de janeiro de 1976, o que foi efetivado através de requerimento endereçado ao impetrado, Agência Lapa, nesta Capital, Seção Conc. Aposentadorias. (pedido B/42-73.651.207), juntando ao procedimento administrativo os documentos necessários à prova do efetivo exercício da profissão; que em 1º de outubro de 1981 o impetrado formulou exigências, atendidas pelo impetrante; que, posteriormente, em 8 de dezembro de 1981 o impetrado, apesar de amplamente comprovado pelo impetrante o efetivo exercício da profissão de advogado por mais de quarenta anos, solicitou ao impetrante apresentação de certidão referente aos serviços efetuados de 1937 a 1956 no Estado do Pará e de 1957 a 1981 no Estado de São Paulo, determinando, ainda,

que os feitos deveriam ser relatados ano a ano; que, todavia, a farta documentação apresentada no procedimento administrativo provam suficientemente o exercício pleiteado, especialmente as certidões da Ordem dos Advogados e a certidão de tributos mobiliários, consoante entendimento jurisprudencial que traz à colação; que a exigência do impetrado não pode prevalecer, uma vez que o exercício da advocacia não está apenas circunscrito ao contencioso, mas também exercem advocacia os profissionais que militam na área de consultoria, consoante o artigo 71, da Lei nº 4.215/63; que a prova do exercício da profissão não se faz apenas com relato, ano a ano, dos feitos, como se depreende do artigo 73 da mesma lei; que as certidões expedidas pela Ordem dos Advogados do Brasil, só por si, já bastariam para comprovar a prática de atos privativos de advogado e, portanto, o exercício ininterrupto da profissão por mais de quarenta anos o que legitima a aspiração ao benefício pleiteado; que, outrossim, de janeiro de 1961 a esta data prova o impetrante que se mantém inscrito na Prefeitura Municipal de São Paulo, como contribuinte do imposto sobre serviços de qualquer natureza; que a recusa do impetrado em aceitar a prova feita constitui violação de direito líquido e certo do impetrante, razão pela qual impetra esta segurança para o fim de ser definitivamente aceita a prova de exercício da atividade profissional de advogado, sem solução de continuidade, pelo período de 1938 a 1981, requerendo, outrossim, a concessão da medida liminarmente. Com a inicial de fls. 2/13, vieram os documentos de fls. 14/34.

Processado o pedido sem liminar (fl. 36), foram requisitadas as informações (fl. 38), prestadas às fls. 40/41.

Argumenta a autoridade impe-trada, preliminarmente, o descabimento da segurança face à iliquidez e certeza do direito invocado, uma vez que a comprovação do tempo de serviço requer prova mais acurada. No mérito, sustentou que as certidões firmadas pelas OAB's dos Estado do Pará e de São Paulo, isoladas, não são aceitas como prova de atividade, conforme preceitua o artigo 57, inciso III, do Decreto nº 83.080, de 24 de janeiro de 1979.

O Ministério Público Federal, oficiando nos autos, opinou pela concessão da segurança (fl. 42).»

Sentenciando, concedeu a segurança, nos termos do pedido inaugural (fl. 50).

Inconformado, recorreu o IAPAS, com as razões de fls. 56/58, com preliminar de descabimento da via escolhida e, no mérito, insistindo nos argumentos já expendidos no corpo dos autos.

Contra-razões às fls. 61/72.

Neste Tribunal, a douta Subprocuradoria-Geral da República opinou no sentido da confirmação do decisório (fl. 208).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro William Patterson: A matéria objeto da preliminar de descabimento, conforme bem assinou o ilustre sentenciante, confunde-se com o próprio mérito da questão, porquanto depende do exame das provas pré-constituídas.

No que tange à *quaestio juris*, concebo a espécie exatamente nos termos colocados na r. sentença recorrida, *data venia* dos que pensam em contrário. Desta forma, ponho em destaque os seguintes lances do decisório, *verbis*:

«Assim sendo, não se justifica a não aceitação dessas certidões pelo impetrado, para prova de efetivo exercício da advocacia, com base no inciso III do artigo 57, do Decreto nº 83.080/79. Ao revés, tal dispositivo acha-se plenamente atendido, pois as certidões atestam a inscrição do impetrante no órgão profissional dos advogados, bem como atestam o exercício efetivo da atividade. Logo, em um único documento estão as provas da inscrição e do exercício da atividade, na forma exigida no Regulamento dos Benefícios da Previdência Social.

A exigência constante do documento de fl. 17, de apresentação de certidão do Poder Jurídico (sic) referente aos serviços efetuados de 1937 a 1956 no Estado do Pará e de 1957 a 1981 no Estado de São Paulo e que os feitos «deverão ser relatados ano a ano» é absolutamente insustentável. Aliás, o impetrado, nas informações, não referiu-se à necessidade de que os feitos deveriam ser relatados ano a ano. Preferiu sustentar que há necessidade de as certidões oferecidas «serem acompanhadas de documentos que prove o real exercício da atividade» (fl. 41).

Obrigado o advogado a demonstrar que funcionou em feitos judiciais relatando-os ano a ano, como exigido à fl. 17, é desconhecer o alcance da atividade profissional do advogado. Ora, o exercício da advocacia não está circunscrito apenas à esfera contenciosa. A Lei nº 4.215, de 27 de abril de 1973 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil), estabelece, no artigo 71:

«Art. 71. A advocacia compreende, além da representação em qualquer juízo ou tribunal, mesmo administrativo, o procuratório extrajudicial, assim como os trabalhos jurídicos de consultoria e assessoria e as funções de diretoria jurídica».

Assim, a exigência em tela, implica em discriminação quanto aos advogados que exercem a profissão nas áreas de consultoria e assessoria. Estes, certamente, não teriam condições de apresentar certidão do Poder Judiciário relativa aos feitos que patrocinaram, ano a ano. E, a vingar a exigência, jamais poderiam contar o tempo de serviço junto à Previdência Social. Tal discriminação não está na lei ou no regulamento e, se estivesse, haveria de ser afastada, por violação do princípio constitucional da isonomia. Resulta, pois, inadmissível tal exigência, em boa hora não ratificada pelas informações.

No caso dos autos, as certidões passadas pela Ordem dos Advogados do Brasil, Seções do Pará e de São Paulo (fls. 22/28, provam, à saciedade, a inscrição do impetrante e o exercício da atividade profissional efetiva desde 7 de maio de 1938, ininterruptamente, por 43 (quarenta e três) anos. É o quanto bastaria para que o direito do impetrante de ver aceita tal prova para contagem de tempo de serviço para aposentadoria, fosse reconhecido.

Nesse sentido, já decidiu o Egrégio Tribunal Federal de Recursos:

«Previdência Social — Abono de Permanência — Advogado autônomo — Comprovação do tempo de atividade profissional. Casos em que as certidões apresentadas, emitidas pela Ordem dos Advogados e elaboradas com base em seus assentamentos próprios, comprovam o exercício habitual da profissão de advogado. Sentença que concedeu a segurança, em parte, tão-só para que a certidão de inscrição no órgão fiscalizador fosse aceita com início de prova material, que se reforma para que a concessão se

faça nos termos em que foi pedida. Recurso provido.» (AMS nº 79.019-RJ., 2ª Turma, Relator designado: Ministro Jarbas Nobre, in Boletim AASP nº 1.047, de 8-1-79, págs. 6/7).

Neste julgamento, salientou o saudoso Ministro Amarílio Benjamim:

«A certidão da Ordem dos Advogados prova, sem dúvida, como disse o eminente Ministro-Relator, a habilitação do profissional. No caso presente, entretanto, tudo leva a concluir que a certidão da Ordem, nos termos em que foi expedida, documenta cumpridamente o exercício profissional. É que o INPS nada argúi contra o conteúdo da certidão. Impugna-a porque acha que a atividade profissional deve ser provada ou complementada por outros elementos. Acho eu, no entanto, que a exigência do INPS é exagerada, tanto mais quanto li rapidamente nos autos que o impetrante é profissional autônomo inscrito no gozo das prerrogativas decorrentes da inscrição. Por outro lado, também vi referência a que o interessado atendeu, para a prática da advocacia, as outras exigências, inclusive o pagamento do tributo relativamente a serviços. Na minha experiência, que sempre invoco, atesto que já examinei ou encontrei prova para diversos efeitos do exercício da atividade de advogado na base de certidão da Ordem. Na espécie, como o instituto não contesta o documento, senão sob o ponto de vista geral, não tenho outra solução senão conceder a segurança. Saliento, finalmente, que para o objetivo pretendido já se encontra o impetrante habilitado perante o INPS, independentemente de outras exigências,

desde que está com sua inscrição em plena vigência. Concedo a segurança.

E o Ministro-Relator designado, Jarbas Nobre, asseverou:

«A explicação dada pelo Sr. Ministro-Relator me convence da desnecessidade da exigência formulada pelo INPS, vez que, com base em assentos próprios, a Ordem dos Advogados certifica, no caso, que o impetrante exerceu com habitualidade a profissão de advogado. Por estas razões, com a devida vênia do Sr. Ministro-Relator, reformo a sentença, para conceder a segurança, nos termos em que foi pedida.»

Tais considerações aplicam-se ao caso destes autos. As certidões expedidas pela Ordem dos Advogados (fls. 22/28) provam a sociedade o exercício profissional do impetrante. Tal seria suficiente para que a pretensão posta na inicial fosse a acolhida.

O MM. Juiz a quo prossegue, em sua decisão, demonstrando que o impetrante, além das certidões fornecidas pela Seccionais da OAB, fez juntar outros documentos que comprovam o efetivo exercício profissional.

Filho-me à corrente que entende bastar a simples comprovação de inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil como elemento suficiente à prova do exercício profissional, para os efeitos da aposentadoria previdenciária.

Não se pode equiparar o profissional liberal, sujeito à inscrição em órgão fiscalizador de suas atividades, ao trabalhador que não depende dessa licença para o exercício de suas atividades. Ambos estão na categoria de «autônomo», mas os primeiros só podem trabalhar na profissão se forem inscritos, enquanto os outros não dependem dessa exigência.

A conclusão do curso superior e o próprio registro do diploma não conferem ao bacharel o direito de advogar. A inscrição na Ordem é condição *sine qua non* para o regular exercício da profissão. A habilitação legal complementa-se com esse ato. A circunstância de não trabalhar, independentemente, às vezes, da própria vontade do bacharel. Que bom seria se a mera inscrição na OAB importasse em assegurar ao advogado razoável trabalho na profissão que escolheu, de sorte a, pelo menos, conseguir sobreviver com os recursos dela provenientes. Não é a inscrição que chama clientes, mas é certo que sem ela não adianta ter clientela, pois qualquer tarefa executada, nesse campo, será considerada ilegal.

Veja-se, por exemplo, que da inscrição decorrem vários ônus para o advogado, como o pagamento da anuidade devida à Ordem, o pagamento de imposto sobre serviços e a própria contribuição ao INPS. Será que depois de tantos encargos, onde jamais se procurou investigar o efetivo exercício profissional, este venha a servir de empeco exatamente na hora de obtenção de um benefício?

A considerar, também, que a diversificação da advocacia leva, atualmente, a uma infinidade de atribuições, sem postulação direta em Juízo, e nem por isso podem ser desconhecidas como atividades próprias do advogado.

Lembre-se, por oportuno, que o autônomo é segurado obrigatório, e, *in casu*, é a inscrição na OAB que estabelece o marco inicial do dever de

contribuir. Se não o faz, desde esse momento, a autuação fiscal vem sempre implacável, com todos os acréscimos decorrentes.

Penso que o INPS até poderia exigir essa prova de efetivo exercício, ano a ano, desde que não feita, restituisse todas as contribuições pagas, devidamente corrigidas, no exato momento em que negasse o benefício da aposentadoria, sem qualquer resistência que pudesse compelir o filiado a requerer esse direito na Justiça.

Concluo, portanto, que o advogado pode comprovar o exercício profissional, perante a Previdência Social, através de certidão expedida pela OAB, sobre estar o mesmo regularmente inscrito.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso, para confirmar a sentença de primeiro grau, prejudicada a remessa necessária.

EXTRATO DA MINUTA

AMS nº 97.942 — SP — Rel.: O Sr. Ministro William Patterson. Remte.: Juízo Federal da 4ª Vara. Apte.: IAPAS. Apdo.: Oswaldo da Silva Brandão.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso do IAPAS, para confirmar a sentença concessiva da segurança, prejudicada a remessa *ex officio*. (Em 29-10-82 — 2ª. Turma).

Os Srs. Ministros José Cândido e Costa Lima votaram com o Sr. Ministro-Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Evandro Gueiros Leite.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 98.086 — DF

Relator: O Sr. Ministro Antônio Torreão Braz

Remetente: Juízo Federal da 2ª Vara

Apelantes: Escritório Central de Arrecadação e Distribuição — ECAD e Conselho Nacional de Direito Autoral.

Apeladas: Empresa Cinematográfica São Roque Ltda. e outras.

EMENTA

Mandado de segurança contra a Resolução nº 25/81, do Conselho Nacional de Direitos Autorais, homologatória da Tabela Única elaborada pelo Escritório Central de Arrecadação e Distribuição — ECAD.

Deve este ser considerado litisconsorte passivo necessário, por isso que a decisão a ser proferida implica retirar-lhe o poder de fixar e arrecadar os valores correspondentes aos direitos dos seus associados.

Apelação conhecida.

A Lei nº 5.988/73 revogou o Decreto-Lei nº 980/69, porquanto regulou inteiramente a matéria concernente aos direitos autorais, inclusive os decorrentes de exibições cinematográficas.

Apelações providas, com a conseqüente cassação da segurança.

ACORDÃO

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

Decide a 6ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, dar provimento às apelações para reformar a sentença remetida e cassar 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, 24 de outubro de 1983 (Data do julgamento). Ministro Antônio Torreão Braz, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Antônio Torreão Braz: Empresa Cinematográfica São Roque Ltda. e outras impetraram mandado de segurança contra a Resolução nº 25/81 do Conselho Nacional de Direitos Autorais, que homologou a Tabela Única elaborada pelo Escritório Central de Arrecadação e Distribuição — ECAD, para cobrança dos preços relativos aos direitos do autor e aos que lhe são conexos, decorrentes das obras intelectuais,

referentes a exibições cinematográficas, fixando a taxa de 3,5% sobre a renda bruta de bilheteria, por função.

Alegaram que houve ofensa ao artigo 1º do Decreto-Lei nº 980, de 20-10-69, que limitou o aludido preço a 0,5% do produto da venda de ingresso ao público; falecia competência ao impetrado para aprovar a tabela, revogando o citado decreto-lei por simples resolução; a Lei nº 5.988, de 14-12-73, de caráter geral, ressalvara «a legislação especial que com ela for compatível» (artigo 139).

Informações às fls. 103/111.

A sentença concedeu a segurança em favor de Empresa de Cinemas Argus Ltda., Loureiro & Cia. Cine Teatro Jangada Ltda. e Empresa Praiana de Cinemas Ltda., excluindo as demais impetrantes da relação processual por não haverem outorgado procuração à advogada substituída da inicial, à consideração de que, estando em plena vigência o Decreto-Lei nº 980/69, o CNDA não podia aprovar a malsinada tabela de preço do ECAD, majorando percentual estatuído em lei (fls. 114/123).

Houve remessa de ofício e apelações do ECAD, «na qualidade de terceiro prejudicado» (fls. 127/147) e do CNDA (fls. 173/187).

Contra-razões às fls. 190/205, entendendo, preliminarmente, não caber apelação de terceiro prejudicado em mandado de segurança e, no mérito, defendendo o acerto da decisão atacada.

A Subprocuradoria-Geral da República opinou pela cassação da segurança (fls. 208/209).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Antônio Torreão Braz (Relator): A decisão recorrida atingiu a esfera jurídica do ECAD, retirando-lhe, de forma direta, o poder de arrecadar os valores correspondentes aos direitos autorais dos seus associados.

A relação jurídica entre os imputados e o CNDA, no caso, é a mesma entre aqueles e a mencionada entidade.

A sua posição processual, portanto, no meu sentir, é a de litisconsorte passivo necessário. Impunha-se, destarte, a sua citação para integrar a lide, nos termos do artigo 47, parágrafo único, do CPC.

Posto que assim não se entenda, é indiscutível a sua qualidade de terceiro juridicamente prejudicado, cuja legitimidade para recorrer no mandado de segurança não se põe em dúvida (cfr. a propósito RE nº 85.527, Relator Ministro Rodrigues Alckmin, RTJ vol. 83/263).

Conheço, pois, da apelação da entidade em referência.

Passo ao exame da controvérsia.

Reza o artigo 153, § 25, da Constituição da República que aos autores de obras literárias, artísticas e científicas pertence o direito exclusivo de utilizá-las.

Este direito, que se insere no patrimônio do autor, é, portanto, garantia constitucional e está inscrito, quase *ipsis litteris*, no artigo 649 do Código Civil.

O Decreto-Lei nº 980, de 20-10-69, em seu artigo 1º, estatuiu que os direitos autorais e os conexos relativos a obras lítero-musicais e fonogramas incluídos em filmes e exibidos nos cinemas ou executados nos intervalos das sessões seriam devidos na proporção de meio por cento (0,5%) sobre o preço de venda ao público do ingresso padronizado fornecido pelo Instituto Nacional de Cinema, entregando a este, nos termos do artigo 3º, a incumbência de arrecadar referidos direitos e distribuí-los entre seus titulares.

A par da duvidosa constitucionalidade desse diploma, por incursionar em área privativa dos titulares da obra artística, parece-me evidente a sua ab-rogação pela Lei nº 5.988, de 14-12-73. Esta regula inteiramente a matéria concernente aos direitos autorais, inclusive os decorrentes de exibições cinematográficas, não sobrando espaço para a sua sobrevivência, a teor do artigo 2º, § 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil.

A função do Estado, na matéria sob enfoque, deve ser a de fiscalização, consulta e assistência, a fim de evitar excessos e de compatibilizar o exercício do direito autoral com o interesse coletivo.

E foi o que fez a citada Lei nº 5.988/73. Dentre outras atribuições, conferiu ao Conselho Nacional de Direito Autoral, órgão estatal, o poder de determinar, orientar, coordenar e fiscalizar as providências necessárias à exata aplicação das leis, tratados e convenções internacionais, ratificados pelo Brasil, sobre direitos do autor e direitos que lhe são conexos; fiscalizar o Escritório Central de Arrecadação e Distribuição, que instituiu, podendo nele intervir quan-

do descumprir suas determinações ou disposições legais, ou lesar, de qualquer modo, os interesses dos associados; e fixar normas para a unificação dos preços e sistemas de cobrança e distribuição de direitos autorais (artigo 117).

Cumprindo a regra do artigo 117, inciso IV, da prefalada Lei nº 5.988/73, o CNDA baixou a Resolução nº 7, de 15-12-76, dispondo sobre a unificação dos preços e sistemas de cobrança e distribuição de direitos autorais relativos à execução pública, inclusive através da radiodifusão e da exibição cinematográfica, das composições musicais ou litero-musicais e de fonogramas (artigo 1º). Logo a seguir, no § 2º, prescreveu que os valores a serem cobrados constarão da Tabela Única e fez constar do artigo 23 o seguinte preceito:

«Art. 23. Os valores a serem cobrados a título de direitos autorais e os sistemas de arrecadação e distribuição deverão ser submetidos à aprovação do CNDA».

Logo, tanto o ECAD, ao elaborar a Tabela Única, quanto o CNDA, ao homologá-la, atuaram em consonância com os poderes que a legislação aqui invocada lhes outorgou, sendo despidendo falar-se em ilegalidade por afronta ao Decreto-Lei nº 980/69, já revogado.

Perfeitamente legítima, em consequência, a malsinada Resolução nº 25/81.

Isto posto, dou provimento às apelações para reformar a sentença remetida e cassar a segurança, pagas as custas pelas impetrantes.

VOTO VISTA

O Senhor Ministro Miguel Jerônimo Ferrante: Cuida-se de mandado de segurança impetrado contra ato do Conselho Nacional de Direito Autoral — Resolução 25/81 — que ho-

mologou a Tabela Única elaborada pelo Escritório de Arrecadação e Distribuição — ECAD — «para cobrança dos preços relativos aos direitos de autor e aos que lhe são conexos decorrentes da utilização das obras intelectuais que define».

Em suma sustentam as apeladas a ilegalidade do ato impugnado. Asseveram que, baixada com base na Lei nº 5.988, de 14 de dezembro de 1973 — regula os direitos autorais e dá outras providências — estaria a afrontar o Decreto-Lei nº 980, de 20 de outubro de 1969 — dispõe sobre a cobrança de direitos autorais nas exibições cinematográficas. Enfatizam que este último diploma legal, de caráter especial, encontra-se em plena vigência, não tendo sido revogado pelo primeiro, que é lei geral.

Assim, a controvérsia reside em saber se subsiste ou não o citado Decreto-Lei nº 980, de 1969, em face do advento da Lei nº 5.988, de 1973.

O ilustre Relator dá pela abrogação. Aduz Sua Excelência: «A par da duvidosa constitucionalidade desse diploma, por incursionar em área privativa dos titulares da obra artística, parece-me evidente a sua abrogação pela Lei nº 5.988, de 14-12-73. Esta regula inteiramente a matéria concernente aos direitos autorais, inclusive os decorrentes de exibições cinematográficas, não sobrando espaço para a sua sobrevivência, a teor do artigo 2º, § 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil».

Também cheguei à idêntica conclusão, ao exame da legislação em confronto. Igualmente afigura-se-me óbvio que a prefalada Lei nº 5.988/73, ajustando, no campo de sua previsão, a função do Estado aos parâmetros constitucionais, regulou a matéria relativa a direitos autorais, de modo amplo e abrangente, inclusive aquela de que cuida o Decreto-Lei nº 980/69, pertinente a obras lítero-musicais e fonogramas in-

cluídos em filmes e exibidos em cinemas ou executados nos intervalos das sessões cinematográficas. Outro entendimento, na realidade, não induz à leitura do seu texto.

Daí por que não prospera a argüição de ilegalidade do ato impugnado.

Ao invés, expediu-o o Conselho Nacional de Direito Autoral — «órgão de fiscalização, consulta e assistência no que diz respeito a direitos do autor e direitos que lhe são conexos» (artigo 116) — no uso de atribuição específica, insita no artigo 117, item IV, de «fixar normas para a unificação dos preços pagos e sistemas de cobrança e distribuição de direitos autorais».

O objetivo legal é de unificar os preços relativos aos direitos em comento. E, justamente, para concretizá-lo é que o ECAD elaborou a Tabela Única, seguindo as normas ditadas através da Resolução nº 24, de 1981, do CNDA. O sistema inaugurado pela lei torna assim, incompatível com ela qualquer legislação anterior que disponha sobre cobrança de segmentos de direitos autorais, como na hipótese.

Em face do exposto, acompanho o eminente Relator.

VOTO

O Sr. Ministro Wilson Gonçalves: Sr. Presidente, examinei os memoriais que foram apresentados, fiz um

confronto entre a Lei nº 5.988 e o Decreto-Lei nº 980, que são as peças essenciais da controvérsia, e cheguei à conclusão idêntica à de V. Exa.

Realmente, no meu modo de entender, data venia, a lei posterior abrangeu, além de outras, toda a matéria de arrecadação do direito autoral, de tal modo dispondo que, por inferência, se vê que foi suplantada a norma do Decreto-Lei nº 980, que anteriormente vigorava. De maneira que, independentemente de examinar a constitucionalidade do Decreto-Lei nº 980, entendo que houve revogação tácita.

Nestas condições, acompanho o voto de V. Exa., Sr. Presidente.

EXTRATO DA MINUTA

AMS nº 98.086 — DF — Rel.: O Sr. Ministro Antônio Torreão Braz. Remte.: Juízo Federal da 2ª Vara. Aptes.: Escritório Central de Arrecadação e Distribuição — ECAD e Conselho Nacional de Direito Autoral. Apdas.: Empresa Cinematográfica São Roque Ltda. e outras.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento às apelações para reformar a sentença remetida e cassar a segurança. (Em 24-10-83 — 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 99.278 — RJ

Relator: O Sr. Ministro Wilson Gonçalves

Apelante: Rolando Canido Cusicanqui

Apelada: União Federal.

EMENTA

Diplomata estrangeiro. Apreensão de automóvel importado com isenção de tributos. Presunção de transferência irregular. Tributário. Fato gerador. Pagamento dos tributos. Conseqüências.

Inexiste, nos autos, prova da cessão ou transferência do veículo. A apreensão decorreu de mera presunção dos fiscais autuantes. O fato gerador do tributo corresponde a um ato ou fato concreto, realizado, definido. É um ato ou acontecimento a respeito de cuja existência não pode nem deve haver a menor dúvida. **Impossível**, destarte, a subsistência do ato impugnado.

A admissão do recolhimento dos tributos, sem multa ou ressalva apesar de o mandamus já ter sido julgado em primeira instância, implica no reconhecimento de que inocorreu a pretendida transferência; por outro lado é razoável a via utilizada pelo impetrante para efetuar o aludido recolhimento vez que, como diplomata, se articulou com a Embaixada do seu país.

A discussão sobre a existência de multas só poderá ser reaberta em processo próprio, adequado.

Provimento da apelação para conceder a segurança.

ACÓRDÃO

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

Decide a 6ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, dar provimento à apelação para reformar a decisão recorrida e 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, 2 de maio de 1984 — Ministro **Antonio Torreão Braz**, Presidente — Ministro **Wilson Gonçalves**, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. **Ministro Wilson Gonçalves**: Rolando Canido Cusicanqui impetrou mandado de segurança contra ato do Sr. Delegado da Receita Federal da 7ª Região, Rio de Janeiro, que determinou a apreensão do veículo de sua propriedade, marca Mercedes Benz, ano de fabricação 1982, com as especificações e características que de-

duz na inicial, sob a alegação de suspeita de transferência irregular e ou cessão indevida.

Alegou, em síntese, a ilegalidade do ato impugnado, vez que o bem foi regularmente importado, com a isenção dos tributos, em razão da sua qualidade de diplomata representante de país vizinho, na forma do artigo 15, inciso IV, do Decreto-Lei nº 37/66, regulamentado pelo Decreto nº 76.063/75.

Considera arbitrária a apreensão efetivada vez que o veículo apenas se encontrava guardado na garagem onde foi recolhido, por mera cortesia do seu proprietário, vez que não dispunha de local apropriado para sua guarda e conservação, nada existindo que possa confirmar a presunção levantada pelos fiscais federais.

Concedida a medida liminar e prestadas as informações, o MM. Juiz a quo concluiu por denegar a segurança, ao entendimento de que restou caracterizada a presunção de transferência de uso, vedada pelo artigo 17, caput, do Decreto nº 74.966/74 e II do Decreto-Lei nº 37/66.

Insatisfeito, apelou o impetrante, alinhando as seguintes razões: lê, fls. 47/53.

A apelação juntou os documentos de fls. 54/59.

Contra-arrazoado o apelo, subiram os autos.

Pela petição de fls. 64/68, requereu o apelante, em razão dos argumentos ali expendidos, lhe fosse concedida a guarda, como fiel depositário, do bem em questão, até o julgamento final deste *mandamus*, o que mereceu acolhida parcial do Sr. Ministro-Presidente, que despachou o pedido na minha ausência ocasional, para o só efeito de sustar qualquer destinação do automóvel, o qual deverá permanecer em depósito na Fazenda.

A douta Subprocuradoria-Geral da República, oficiando no feito, assim opinou: lê, fls. 94/96.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Wilson Gonçalves: Em suas informações oficiais, a autoridade impetrada insere o seguinte tópico *in verbis*:

«Ocorre que em 22-6-82, fiscais da Receita Federal compareceram à mencionada garagem onde se encontrava guardado o veículo em tela e, sob a alegação de que o mesmo poderia ter sido transferido irregularmente ou cedido indevidamente ao Sr. Ariel Dias Curvelo, procederam à apreensão e conseqüente remoção do automóvel para a sede da ARF — Ipanema, nesta cidade» (fls. 35/36).

Vê-se, de logo, a dubiedade ou incerteza por parte dos agentes do Fisco: «sob a alegação de que o mesmo poderia ter sido transferido irregularmente ou cedido indevidamente ao Sr. Ariel Dias Curvelo». A rigor,

não há a afirmação ou constatação de que a transferência irregular fora praticada.

O MM. Dr. Juiz a quo, deixando transparecer o estado de espírito dos fiscais autuantes, apoiou a sua respeitável decisão nestas sintéticas considerações:

«A permanência do veículo na garagem foi descrita na inicial como ocasional, embora freqüente. Mas o que ocorre, na verdade, é que o referido endereço é o local principal onde fica sediado o automóvel. Tal fato, e o uso do veículo por terceiro deixou presumir a transferência de uso, vedada pelo artigo 17 *caput* do Decreto nº 74.966/74 e II do Decreto-Lei nº 37/66. Isto posto, denego a segurança e casso a liminar anteriormente concedida» (fl. 41).

Assim, o próprio magistrado sentenciante confessa que a transferência de uso resulta de uma mera presunção. De mais, não existe nos autos prova de que o veículo haja sido utilizado por terceiro, sendo de ressaltar essa circunstância, referida no termo de apreensão, não consta do respectivo auto de infração (fls. 54/55). Ninguém foi encontrado, pelos fiscais, dirigindo o automóvel.

Ora, o fato gerador do tributo corresponde a um ato ou fato concreto, realizado, definido. É um ato ou acontecimento a respeito de cuja existência não pode nem deve haver a menor dúvida.

O saudoso Aliomar Baleeiro, comentando o artigo 114 do CTN, esclarea:

«Nascimento da Obrigação Fiscal. A lei define as situações ou hipóteses que sujeitam alguém à obrigação de pagar tributo. Geralmente o legislador escolhe certas manifestações positivas e concretas de capacidade econômica da pessoa, como patrimônio, a renda,

o emprego desta, surpreendido através dum ato, fato material ou negócio jurídico.

Essas situações ou hipóteses constituem o fato tributável ou «fato gerador», comparado por Jeze ao fato delituoso, que sujeita alguém à ação penal.

.....
Ele é a condição para que os funcionários do Fisco pratiquem os atos administrativos que individualizam a obrigação fiscal (lançamento), constituindo o crédito tributário (Direito Tributário Brasileiro, 10ª edição. Forense, 1981, pág. 453).

Não é outro o entendimento do nosso Tribunal.

A douta 5ª Turma, em Acórdão relatado pelo preclaro Ministro Moacir Catunda, decidiu:

«Tributário. Imposto de Renda. Execução Fiscal.

Lançamento de tributo feito à base de mera suposição não pode subsistir, porque «só a ocorrência do fato gerador justifica o lançamento. Para o imposto de renda terá de haver aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica» DJ de 16-2-84).

Por sua vez, a ilustrada 4ª Turma, na ementa do Acórdão da lavra do eminente Ministro Carlos Mário Velloso, ressaltou:

«Tributário. Imposto de Renda. Lançamento reflexivo.

I. Lançamento com base em mera suposição. Impossibilidade de ser mantido, por isso que a obrigação tributária assenta-se na ocorrência, em concreto, da hipótese de incidência tributária. Esta, tratando-se de imposto de renda, é a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica (CTN, artigo 43).

II. Recurso desprovido». (DJ de 5-4-84, pág. nº 4983).

Essas decisões refletem a lógica e a doutrina. Analisando as fontes reais do Direito Tributário ou os pressupostos de fato da tributação, ensina Ruy Barbosa Nogueira:

«Sem a ocorrência ou realização dos elementos de fato (fonte real), não surge a obrigação tributária, ainda que ela já esteja prevista in abstracto na lei. Sem a previsão legal também não nasce o fato gerador; é a realização em concreto da situação de fato previamente descrita na lei, que dá nascimento à obrigação tributária.

Por isso que na interpretação científica do Direito Tributário não se pode ter em conta apenas o texto da lei, o sentido puramente gramatical, mas para se chegar ao sentido completo é preciso fazer-se a apreciação também do estado de fato ou, em outras palavras, compreender a situação descrita pela lei como necessária e suficiente para ocorrência do fato gerador. É exatamente neste sentido que a legislação alemã dispendo sobre a interpretação, manda se faça a apreciação não só da legislação (fonte formal), como dos estados de fato (fonte real) descrita na lei» (Curso de Direito Tributário, Inst. Bras. de Dir. Trib., 4ª edição, atualizada, 1976, São Paulo, págs. 47/48; veja-se ainda Amilcar de Araújo Falcão, Fato Gerador da Obrigação Tributária, Edições Financeiras S.A., 1ª edição, 1964, págs. 12/13).

Na hipótese vertente, pela própria legislação invocada no auto de infração, o fato gerador seria a transferência, a terceiro, a qualquer título, de bens importados com isenção de tributos, sem prévia autorização da repartição aduaneira (Decreto-Lei nº 37/66, artigo 106, II, a).

No caso, não ficou demonstrada ou caracterizada a transferência do veículo.

Nesse particular, é expressiva a afirmação contida no parecer da ilustrada Subprocuradoria-Geral da República *ipsis litteris*:

«Por deixar seu automóvel na cidade do Rio de Janeiro em garagem de terceiro, apesar de ter domicílio em São Paulo-SP, o impetrante foi autuado...» (fl. 94).

Tratando-se de um diplomata na categoria de Vice-Cônsul, é aceitável, salvo prova em contrário, a explicação, dada na inicial, quanto à permanência do automóvel em garagem situada no Rio de Janeiro, notadamente com a existência dentro dele de objetos de uso pessoal do apelante.

Parece-me razoável a observação feita pelo recorrente de que a admissão do recolhimento dos tributos, sem multa ou ressalva, apesar de o *mandamus* já ter sido julgado em Primeira Instância, implica no reconhecimento de que, na verdade, não ocorreu a pretendida transferência.

O nobre Ministério Público, nesta fase ulterior do processo, estranha que o pagamento dos tributos tenha se efetuado em Brasília. A circunstância, a meu ver, não muda a feição do caso. Sendo o impetrante um diplomata estrangeiro, é com-

preensível que haja recorrido à interferência de sua Embaixada em Brasília e esta, como é do protocolo oficial, haja se articulado com o Itamarati. Além da facilidade de comunicação entre esta cidade e o Rio, é elementar que o Fisco daqui somente poderia emitir os documentos relativos ao recolhimento dos tributos com as informações fornecidas pelo órgão competente daquela cidade.

Face ao aludido pagamento, que presume quitação, a discussão sobre existência de multas só poderá ser reaberta em processo próprio, adequado.

Por todas estas razões, dou provimento à apelação, para, reformando a decisão recorrida, conceder a segurança, nos termos do pedido.

EXTRATO DA MINUTA

AMS nº 99.278 — RJ — Rel.: O Sr. Ministro Wilson Gonçalves. Apte.: Rolando Canido Cusicanqui. Apda.: União Federal.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento à apelação para reformar a decisão recorrida e conceder a segurança (Em 2-5-84 — 6ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Miguel Ferrante e Américo Luz. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Antonio Torreão Braz.

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 99.401 — DF

Relator: O Sr. Ministro William Patterson

Requerente: Luiz Carlos Nobre dos Santos

Requerido: Sr. Diretor-Geral do Departamento de Polícia Federal

Advogados: Drs. Carlos Boabaid Filho e outro.

EMENTA

«Administrativo. Funcionário. Suspensão. Sindicância. Direito de defesa.

A pena disciplinar de suspensão não dispensa um procedimento administrativo, ainda que sumário, como se concebe a sindicância, para apuração da prática do ilícito, de sorte a, essencialmente, permitir a ampla defesa do servidor.

Inexistindo, na espécie, a sindicância específica, assim como desprestigiado o princípio maior do «direito de defesa», é forçoso reconhecer a nulidade do ato punitivo».

ACÓRDÃO

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

Decide o Plenário do Tribunal Federal de Recursos, à unanimidade, deferir 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 março de 1983 (Data do julgamento) — Ministro Jarbas Nobre, Presidente — Ministro William Patterson, Relator.

RELATORIO

O Sr. Ministro William Patterson: Luiz Carlos Nobre dos Santos impetra mandado de segurança contra ato do Sr. Diretor-Geral do Departamento de Polícia Federal que lhe aplicou a pena disciplinar de suspensão por dois dias, ao fundamento de haver infringido os incisos XX e XXIX, do artigo 364, do Decreto nº 59.310, de 1966.

Alega que não foi instaurado qualquer procedimento para apurar a prática do ilícito disciplinar que lhe é atribuído, nem sequer assegurada qualquer espécie de defesa. Relata os fatos que deram origem à punição. Cita a legislação aplicável. Invoca, em seu favor, o disposto no artigo 153, § 15, da Constituição Federal. Tece considerações doutrinárias a respeito do direito de ampla defe-

sa, indicando jurisprudência que censura procedimento administrativo sem observância desse princípio.

Pede, finalmente, a nulidade do ato punitivo, com as conseqüências pecuniárias devidas.

Em suas informações (fls. 30/36), a digna autoridade coatora arguiu preliminar de impropriedade da medida, visto como estão as sanções administrativas infensas ao controle jurisdicional. No mérito, defende a legitimidade do ato, pois expedido com fulcro em dispositivo regulamentar. Assinala que o impetrante deixou de cumprir atribuição pertinente ao seu cargo, trabalhando mal. Sustenta que o § 1º, do artigo 395, do Decreto nº 59.310, de 1966, autoriza a aplicação da pena de suspensão até 30 dias, independentemente da abertura do processo disciplinar. Adverte, ainda, que o servidor praticou falta considerada de natureza grave, e assim mesmo recebeu sanção pequena.

A ilustrada Subprocuradoria-Geral da República opinou no sentido da concessão do «writ» (fls. 209/210).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro William Patterson: Improspera a preliminar suscitada pelo impetrado. Com efeito, não se cuida de examinar a motivação do ato impugnado. O que se cogita é de nulidade em razão da inobservância de formalidade essencial (falta de procedimento) e abuso de poder por

negativa do direito de defesa. Fundada a impetração nesses dois pontos, ao Judiciário compete a análise da questão, conforme vem proclamando a jurisprudência pretoriana.

Consta dos autos que o impetrante, na qualidade do Coordenador Regional Judiciário da Superintendência Regional do Departamento de Polícia Federal no Estado do Paraná, foi designado (fl. 38) para apurar as ocorrências comunicadas pelo Dr. Milton Luiz Pereira, eminente Juiz Federal da 1ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Paraná, nestes termos (fl. 39):

«Tendo a ré Lin Chang Shou Chin, declarado a este Juízo, nos autos da Ação Penal nº 1.374, movida contra a mesma pela Justiça Pública Federal que, entre as mercadorias apreendidas em seu poder, por ocasião da sua prisão em flagrante, ocorrida no dia 22-3-81, foram também apreendidos «300 dólares de Taivan, 30 dólares americanos e 3.000 guaranis, inclusive algumas moedas», cujo montante não soube precisar, requisito V. Sa. urgentes informações a respeito, tendo em vista o constante do Termo de Interrogatório e do Auto de Apreensão, anexados por cópias».

Cumprindo a missão, após proceder às diligências que entendeu cabíveis, Luiz Carlos Nobre dos Santos apresentou o seu relatório (fls. 71/77), onde concluía:

«Baseado nos indícios acima, concluímos pela não responsabilidade do APF Nelson de Freitas Barbosa Filho, porém, concluímos pela responsabilidade do DPF Ertes Corrêa Batista, como incurso nos itens XX, XXIX do artigo 364 do Decreto nº 59.310, de 23 de setembro de 1966, em virtude do mesmo não ter encaminhado o material que lhe fora entregue, ou como é praxe, ter determinado a

apreensão da caderneta de endereços, norma recomendável por tratar-se de documento encontrado em poder de pessoa autuada por crime de contrabando.

Deixou de solicitar os antecedentes funcionais da referida Autoridade Policial por estar a mesma, desde 9-2-81, lotada na Divisão de Polícia Federal em Santos — SP».

A sindicância seguiu a sua tramitação normal, sendo submetida à apreciação do Coordenador Central Judiciário, o qual sugeriu além de punição ao sindicato Ertes Corrêa Batista uma suspensão ao sindicante. E o que se lê do despacho respectivo (lê fl. 81).

A peça referenciada na manifestação supra é representada pelo parecer de fls. 121/129, do Delegado Raimundo Nonato Cardoso, sobre a mesma sindicância presidida pelo Impetrante, encerrado com essa sugestão:

«Face ao exposto, sou de opinião que se proceda à oitiva do DPF — Luiz Carlos Nobre dos Santos, quando então deverá explicar porque procedeu investigação sobre os atos de apenas uma autoridade processante, em época defasada prejudicando com esse comportamento, o bom esclarecimento dos fatos após o que deverá retornar a esta Coordenação, para análise e decisão».

Acolhida a proposição, o Dr. Luiz Carlos Nobre dos Santos foi ouvido, conforme «termo» de fls. 132/133. Logo após, voltou a emitir pronunciamento o Delegado Raimundo Cardoso (fls. 135/136), oportunidade em que opinou pela suspensão do impetrante. Aí a justificativa da penalidade. De nenhuma outra providência dão notícias os autos.

Na verdade não houve processo e nem sindicância, no sentido de se investigar as faltas atribuídas ao

suplicante. O procedimento sumário aludido nas informações nada mais é do que a própria sindicância por ele conduzida. De fato, sobre as suas possíveis infrações inexistiu qualquer tipo de processo específico, ainda que sumário. De outra sorte, não se pode conferir a um interrogatório o valor de «defesa», para se sustentar cumprido o requisito da Lei Fundamental.

A jurisprudência e a doutrina trazidas à colação pelo impetrado proclamam a desnecessidade do «processo administrativo para alicerçar decisão que aplica pena disciplinar de suspensão. Também o § 1º, do artigo 395, do Decreto nº 59.310, de 1966, invocado nas informações, é restrito à hipótese.

Ninguém, todavia, sustenta ou pode sustentar, com convicção e suporte jurídico, a discricionariedade ampla do Administrador, quando se cogita de «poder disciplinar». Um mínimo de cautela deve existir, ou através de sindicância ou até medida sumária, porém solene e formal, onde se possa preservar o princípio maior do «direito de defesa».

O Professor Hely Lopes Meirelles, nos comentários citados à fl. 35, não descarta essa preocupação, como se pretende fazer crer. Muito pelo contrário, é incisivo ao proclamar a exigência de sindicância específica para a apuração de faltas menos graves. É o que se lê à fl. 468, do seu «Direito Administrativo Brasileiro»:

«Conforme a gravidade da infração a apurar e da pena a aplicar, a Administração disporá do meio de responsabilização adequado, que vai do processo administrativo disciplinar até apuração sumária da falta, através de simples sindicância, ou mesmo pela verdade sabida».

E, mais adiante, assinala:

«... Em qualquer caso, porém, é necessário que se faculte ao processado ou ao sindicado, a possibilidade de ampla defesa.

Por ampla defesa deve-se entender a vista do processo ou da sindicância ao servidor acusado, com a faculdade de resposta e de produção de provas contrárias à acusação. Essa defesa poderá ser feita pessoalmente pelo funcionário ou por advogado regularmente constituído, sem que os autos saiam da repartição em que tramitam. Não se exigem, para a punição disciplinar, os rigores do processo criminal, nem do contraditório da ação penal, mas é necessário que se conceda ao acusado oportunidade de ilidir a acusação.»

Ao tratar da análise dos «meios sumários», especialmente a «sindicância», não afastou o consagrado princípio, prestigiando-o nessas expressões:

«Entretanto, a sindicância tem sido desvirtuada e promovida como instrumento de punição de pequenas faltas de servidores, caso em que deverá haver oportunidade de defesa para validade da ação aplicada».

Egberto Maia Luz, em sua obra «Direito Administrativo Disciplinar», pág. 125, repele as ações do Estado, nesse campo, sem a observação das regras de conduta recomendadas pela melhor doutrina. Diz a propósito:

«A sindicância deve observar o rito processual, mantido pelo processo disciplinar, podendo apenas, diminuir-lhe os prazos e, também, alguns termos não essenciais. A sindicância, embora não comportando o contraditório, poderá, mediante lavratura de termo de vista, com prazo certo, dar ao indiciado oportunidade para indicar provas, cuja produção deve ficar a critério da autoridade sindicante.

Note-se que estamos referindo-nos às provas e não às alegações de defesa.

A autoridade sindicante, depois de cumpridas as formalidades processuais pertinentes, deverá encerrar a peça com o relatório circunstanciado...».

E, logo após, advertindo que o procedimento disciplinar administrativo é representado, tão-somente, pelos dois meios consagrados: o processo e a sindicância, assinala:

«A chamada apuração sumária não pode existir diante da realidade formal adjetiva que admite, com perfeito resguardo dos interesses do Estado e do direito de defesa, só as duas modalidades até aqui enfocadas».

Igual concepção vamos buscar na literatura jurídica estrangeira, consoante se extrai das lições de consagrados Mestres do Direito Administrativo (cfr. Miguel S. Marienhoff, in «Tratado de Derecho Administrativo», Tomo III-B, pág. 429; Gaston Jéze, in «Principios Generales Del Derecho Administrativo», vol. III, pág. 102; Benjamin Villegas Basavilbaso in «Derecho Administrativo», vol. III, pág. 537; Rafael Bielsa, in «Derecho Administrativo», vol. II, págs. 210/212).

No caso dos autos, nenhuma formalidade foi seguida. A base processual do ato punitivo transcendeu até mesmo a probreza do rito sumário. As explicações acerca do atendimento às solenidades não convencem, *data venia*.

A sindicância referenciada nas informações é aquela em que o próprio impetrante era o sindicante, apurando falta de outros servidores. O direito de defesa, segundo depreende-se da mesma peça, foi atendido pelo interrogatório. Evidentemente, não posso concordar

com a argumentação. Inexistiu, a meu juízo, qualquer procedimento sumário, nem foi assegurado o direito de defesa.

A seguir as linhas mestras do arazoado do DPF, ter-se-ia, forçosamente, de admitir que ao caso caberia não uma simples sindicância, mas o próprio processo disciplinar, porquanto diz o citado Órgão, à fl. 33, que a infração praticada pelo servidor é classificada como de natureza grave (parágrafo único, do artigo 373, do Decreto nº 59.310/66).

Para mim basta o convencimento da inexistência do resguardo ao postulado superior do «direito de defesa», para conceber maculado o ato administrativo. Ninguém pode ser punido sem que antes tenha oferecido suas razões, tenha justificado seu procedimento, tenha dado a sua versão sobre os fatos. O princípio é tão relevante que cabe, agora, recordar essa notável passagem de Vieira, no Sermão da Primeira Dominga do Advento, onde fala acerca do Juízo Final. Ao discorrer sobre a condenação de Cristo a uma árvore, porque esta não dispunha de frutos, para saciar a sua fome, depois de longa caminhada, vindo de Betânia para Jerusalém, diz citando o evangelista S. Marcos, que esta sentença foi resposta que o Senhor deu à árvore. E conclui, a seguir:

«Se a sentença de Cristo foi resposta que deu à árvore, sinal é que a ouviu primeiro, e ela alegou de sua justiça. Reparem aqui os juizes, ou condenadores, que nem a um tronco irracional e insensível condena Deus sem ouvir».

Ante o exposto, concedo a segurança, para o fim de declarar nulo o ato de suspensão do impetrante, restituindo-lhe as importâncias descontadas de seus vencimentos, acrescidas de juros e correção monetária. Excluo as parcelas de cus-

tas (reembolso), por inexistentes estas, bem assim os honorários advocatícios, incabíveis na espécie. Não vejo razão para compelir a autoridade coatora a publicar, na íntegra, esta decisão, conforme requerido.

VOTO

O Sr. Ministro Washington Bolívar: Sr. Presidente, estou de acordo com o Sr. Ministro-Relator, com ressalva do meu ponto de vista, quanto ao cabimento de honorários de advogado, conforme voto proferido na AMS nº 81.566-RJ, que farei juntar.

ANEXO

Apelação em Mandado de Segurança nº 81.566 — RJ

VOTO

O Senhor Ministro Washington Bolívar: Sr. Presidente: A matéria, em seus principais lineamentos, é assaz conhecida desta Corte, que vem confirmando as concessões da segurança, reconhecendo-se que basta a comprovação de conclusão do curso superior, para a inscrição no concurso para provimento de cargos de Fiscal de Tributos Federais. Vinha-se interpretando o artigo 3º da Lei nº 5.987, de 14 de setembro de 1973. No caso dos autos, interpreta-se o artigo 3º da Lei nº 6.028, de 9 de abril de 1974, in verbis:

«Art. 3º Somente poderão inscrever-se em concurso, para ingresso nas classes iniciais das categorias integrantes do Grupo-Tributação, Arrecadação e Fiscalização, brasileiros, com idade máxima de 35 (trinta e cinco) anos, que tenham curso superior ou habilitação legal equivalente».

O texto reproduz o do artigo 3º da referida Lei nº 5.987/73, de modo que a interpretação que se lhe deu, nas diversas Turmas deste Egrégio Tri-

bunal, continua válida. A divergência consiste no consignar-se, ou não, no Acórdão, a ressalva pretendida pela douta Subprocuradoria-Geral da República, também aqui solicitada, (fls. 34/35), ou seja, a de que caso venham a ser aprovados e nomeados, os candidatos deverão apresentar o respectivo diploma devidamente registrado, por ocasião da posse, para atender-se à norma do artigo 22, item IX, do Estatuto e à do artigo 68, da Lei nº 4.024/61, que exige o registro no MEC para conferir aos diplomas privilégio para a admissão em cargo público. A 2ª Turma registra a ressalva e a 3ª nega-se a fazê-lo, deixando seu exame para ocasião própria, se necessário.

Embora entendendo que a providência adotada, em sentido contrário, pela Egrégia 2ª Turma tivesse o objetivo prático de prevenir futura controvérsia, por ocasião da posse, estou em que a razão assiste à 3ª, d. v., porquanto se trata de exigência legal, a ser atendida por ocasião da posse, se aprovados e nomeados os impetrantes, além de não ter figurado na composição da lide.

As decisões em apreço estão assim ementadas:

«Concurso.

Inscrição, Agente Fiscal de Tributos Federais. Diploma de curso superior devidamente registrado.

Suficiente a prova de conclusão do curso superior para a inscrição no concurso, ficando a questão da exigência do diploma devidamente registrado para a nomeação ou a posse para a oportunidade própria, pois o que agora se discute é apenas a questão da inscrição». (AMS nº 80.073 — DF, Relator: Ministro Aldir Passarinho, 3ª Turma, Acórdão de 30-5-77).

«Concurso para provimento de cargos de Agentes Fiscais de Tributos Federais. Exigência edi-

talícia, para a inscrição, de apresentação de diploma de curso superior devidamente registrado.

Frente à declaração da faculdade de que o impetrante concluiu seu curso, resta cumprida a exigência contida no artigo 3º da Lei nº 5.987/73, qual seja, a comprovação de que o candidato tenha curso superior ou habilitação legal equivalente.

Sentença concessiva da segurança, que se confirma. Recursos improvidos». (AMS nº 80.198-SP — Relator: Ministro Jarbas Nobre, 2ª Turma, Acórdão de 3-6-77).

No tocante à condenação em honorários, assim justificou-a, com o costumeiro brilho, o MM. Juiz (fls. 23/25):

«O mandado de segurança, embora disciplinado em legislação específica, é causa, é ação. Quando a Lei nº 1.533/51 determina a aplicabilidade, ao mandado de segurança, dos artigos 88 a 94 do Código de Processo Civil (de 1939, artigo 19) ou revoga as suas disposições em contrário (artigo 20), não quis afastar a incidência de todas as normas processuais civis comuns.

No primeiro caso, quis tornar específico (talvez para trancar divergências jurisprudenciais) a admissibilidade do litisconsórcio em mandado de segurança. O objetivo foi evitar discussões, esclarecendo a possibilidade.

No segundo caso, há uma série de normas do Código de Processo Civil necessariamente aplicáveis ao procedimento do mandado de segurança. Salvo a hipótese do artigo 4º da Lei nº 1.533/51, os mandados estão sujeitos à distribuição; os impetrantes devem pagar as custas processuais; as fotocópias não autenticadas devem ser conferidas; a sentença deverá con-

ter os requisitos exigidos pela lei processual civil, etc. Entender o contrário não seria razoável.

O Código de Processo Civil vigente, em seu artigo 20, adotou o princípio da sucumbência, fundado no fato objetivo da derrota, nas palavras de Chiovenda. Não há qualquer razão para não aplicar o dispositivo nos mandados de segurança.

Aliás, o contrário seria incompreensível, pois, vencedor o impetrante, reconhecido seu direito líquido e certo e a ilegalidade do ato da autoridade, seria patrimonialmente prejudicado — o que poderia, até mesmo, desestimular as impetrações, consagrando-se assim atos ilegais.

Neste sentido pronuncia-se Hely Lopes Meirelles:

«Na sentença, a nosso ver, o Juiz deverá condenar o vencido nas custas e honorários advocatícios... Desde que o mandado de segurança é uma causa, vale dizer, uma ação civil, admite a condenação do vencido em honorários. Não importa que o rito desta ação seja especial, mesmo porque nas demais ações especiais o princípio da sucumbência tem sido aplicado sem restrições», (pág. 577/578) «Direito Administrativo Brasileiro»).

Quanto a custas, Celso Agrícola Barbi observa:

«Se vencedor o impetrante, a sentença deverá condenar aquela pessoa jurídica (a que pertence a autoridade impetrada) ao pagamento das custas» («Do Mandado de Segurança, nºs 212/213, pág. 148).

No entanto, reza a Súmula nº 512 do Egrégio Supremo Tribunal Federal:

«Não cabe condenação em honorários de advogado na ação de mandado de segurança».

A legislação interpretada é a constante do texto do artigo 64, do Código de Processo Civil de 1939 (redação da Lei nº 4.632/65), **verbis**:

«Art. 64. A sentença final na causa condenará a parte vencida ao pagamento dos honorários do advogado da parte vencedora, observado, no que for aplicável, o disposto no artigo 55.

§ 1º Os honorários serão fixados na própria sentença, que os arbitrará com moderação e motivadamente.

§ 2º Se a sentença se basear em fato ou direito superveniente, o Juiz levará em conta essa circunstância para efeito da condenação nas custas e nos honorários».

Era a seguinte a redação original:

«Art. 64. Quando a ação resultar de dolo ou culpa, contratual ou extracontratual, a sentença que a julgar procedente condenará o réu ao pagamento dos honorários do advogado da parte contrária».

Como se vê, somente o réu, se vencido na demanda, era condenado e a condenação não se operava *ex lege*, mas por ato do Juiz, na sentença. Se o Juiz silenciasse, deveria a parte reagir, de logo, através do recurso próprio, pois a matéria não se protraía para discutir na execução. O artigo 64 seguira a jurisprudência nas indenizações por ato ilícito, que incluía na condenação os honorários advocatícios, para que elas fossem «a mais completa possível» (Cód. Civil, artigo 1.290, parágrafo único); a jurisprudência também assentara a inclusão de honorários de advogado nos casos de culpa contratual. E a essa corrente jurisprudencial veio dar sanção legal o Código de Processo Civil de 1939 (Cfr. Pontes de Mi-

randa, «Comentários ao Código de Processo Civil», de 1939, vol. I, ed. Forense, 1947, págs. 270/273).

É certo que a redação dada ao artigo 64 pela Lei nº 4.632/65, acima transcrita e que foi objeto da controvérsia de que resultou a Súmula nº 512, muito se aproxima da do Código de Processo Civil vigente, artigo 20, **verbis**:

«Art. 20. A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Essa verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria».

Seguem-se-lhe quatro parágrafos, dos quais os dois últimos dispõem sobre como fixar os honorários advocatícios, quer no seu *quantum*, quer nos elementos de informação que o Juiz deve levar em conta, bem assim quanto à fixação sob a égide da equidade, nos casos pré-figurados.

Salientam os mais abalizados dos nossos doutrinadores que é dever do Juiz, na sentença, fixar os honorários do vencido, que poderá ser o próprio impetrante, em razão do princípio da sucumbência, consagrado entre nós e tendo em linha de conta que se trata de «ação» a de mandado de segurança.

Hely Lopes Meirelles, já citado na sentença (fls. 24/25) que colecionou outra fonte, com admirável poder de síntese, assim insiste:

«Na sentença, a nosso ver, o Juiz deverá condenar o vencido nas custas e honorários advocatícios, consoante determina o artigo 20 do Código de Processo Civil, que reafirmou o princípio da sucumbência, em substituição ao da culpa ou dolo processual. Desde que o mandado de segurança é uma causa, vale dizer uma ação civil, admite a condenação do vencido em honorá-

rios. Não importa que o rito desta ação seja especial, mesmo porque, nas demais ações especiais, o princípio da sucumbência vem sendo aplicado sem restrições. Não vemos razão para a exclusão desta verba pela jurisprudência dominante». («Mandado de Segurança e Ação Popular», 5ª edd., págs. 51/52, nº 15, sem grifo no original, exceto na palavra causa grifada pelo autor).

No mesmo sentido, Celso Agrícola Barbi («Do Mandado de Segurança», 3ª ed., 2ª tiragem, págs. 242/244, nº 213; «Comentários ao Código de Processo Civil, Forense, 1977, nº 190, págs. 198/199); Sérgio Sahione Fadel («Teoria e Prática do Mandado de Segurança», Konfino, 2ª ed., Cap. XVI, págs. 201/210, nº 78); J. M. Othon Sidou («As Garantias Ativas dos Direitos Coletivos — Habeas Corpus, Ação Popular, Mandado de Segurança», Forense, 1977, pág. 386).

A regra do artigo 20 do Código de Processo Civil é racionalmente necessário (cogente), devendo acatá-la o Juiz, mesmo quando não pedida sua aplicação. (Cfr. Pontes de Miranda «Comentários ao Código de Processo Civil», artigo 20, Forense, 1974, págs. 414/421). Observe-se que, no caso vertente, a condenação na verba honorária foi expressamente solicitada na inicial (fl. 3).

Para a aplicação do princípio do mero sucumbimento não importa saber sequer se se trata de uma penalidade ao vencido, ou de uma desoneração do vencedor de tal despesa. É límpida e imperativa — («condenar») a sua observância pelo Juiz, na sentença, como consequência da vitória daquele que, como autor ou réu, na relação processual, a obteve.

Vale salientar, que a Súmula nº 512 do Egrégio Supremo Tribunal Federal origina-se de Acórdãos de quando aquela Excelsa Corte tinha composição inteiramente diferente

da atual, permanecendo, nela, desse tempo, apenas, os Srs. Ministros Djaci Falcão, contra Thompson Flores, a favor do entendimento sumulado (Cfr. extrato da ata do RE nº 61.097-SP, RTJ, 51, pág. 316, de que foi Relator o Sr. Ministro Amaral Santos e Relator designado para o Acórdão o Sr. Min. Eloy da Rocha. «conhecido o recurso contra os votos dos Ministros Relator, Adauto Cardoso, Djaci Falcão e Aliomar Baleeiro, foi provido em parte, contra os mesmos votos. Impedido, o Sr. Ministro Barros Monteiro», presidência do Sr. Ministro Luiz Gallotti, presentes os Srs. Ministros Thompson Flores, Amaral Santos, Themistocles Cavalcanti, Barros Monteiro, Adauto Cardoso, Djaci Falcão, Eloy da Rocha, Aliomar Baleeiro, Oswaldo Trigueiro, Adalicio Nogueira, Evandro Lins, Hermes Lima, Victor Nunes e Gonçalves de Oliveira, licenciado o Sr. Ministro Lafayette de Andrada, em 12 de setembro de 1968).

Cronologicamente, o RE nº 61.097, de 12-9-68, é o primeiro Acórdão que serviu de referência à Súmula nº 512, os demais, embora posteriores, também estão recuados no tempo: RMS nº 19.071, de 31-10-68, RE nº 66.572, de 18-4-69, 1ª Turma, RE nº 66.843, de 11-4-69, 2ª Turma (Cfr. «Referências da Súmula do Supremo Tribunal Federal», Jardel Noronha e Odaléa Martins, vol. 27, pág. 184). É certo que, mais recentemente, a Egrégia 2ª Turma do Excelso Pretório decidiu que «continua em vigor o princípio de que não cabe condenação em honorários de advogado na ação de mandado de segurança» (RE nº 80.341-GB, Rel.: Min. Cordeiro Guerra, in DJ de 25-4-75, pág. 2677, apud Sérgio Sahione Fadel, obr. cit., pág. 315). Mas, também aí, houve mera aplicação automática da Súmula nº 512, conforme se vê da ementa do citado Acórdão).

Talvez por todas essas razões é que a jurisprudência de alguns tribu-

nais vêm insistindo pela inaplicabilidade da Súmula nº 512, na esperança de sua revisão, corrente a que me filio, manifestando igual anelo.

A propósito da Súmula nº 512, excelente é a análise que lhe fez o Professor José Carlos Barbosa Moreira. No seu livro «Direito Processual Civil» (Ensaio e Pareceres), Borsoi, 1971, páginas 238/247, incluiu o trabalho «Mandado de Segurança e condenação em honorários de advogado», publicado na Revista de Direito da Procuradoria-Geral, vol. 23 (1970) e na Revista dos Tribunais, vol. 418 agosto de 1970). Embora analisando artigo 64, do Código de Processo Civil anterior, com a nova redação que lhe deu a Lei nº 4.632, de 18-5-65, ou talvez por isso mesmo, já que o novo Código (artigo 20) com a expressão condenará o vencido foi ainda mais explícito, eliminando qualquer possível controvérsia a respeito da «parte» do texto anterior, alinhou ele substanciosos argumentos, aos quais adiro, dispensando-me de reproduzir, face à indicação da fonte e serem do conhecimento geral.

O direito sumulado entremostra-se de grande valia para a celeridade e, até, prevenção dos pleitos, simplificação das sentenças e votos e conferindo razoável margem de antecipação de resultados. Estratifica e decanta a jurisprudência. Mas, como o próprio Direito, que as súmulas objetivam interpretar, não são imutáveis, tanto que várias delas já foram alteradas ou revogadas.

Em trabalho recentemente publicado, o Professor Roberto Rosas comentou a Súmula nº 512, em valiosa síntese da controvérsia que tem pro-

vocado («Direito Sumular», Ed. Revista dos Tribunais Ltda. 1978, págs. 254/257).

Ainda não tinha podido deter-me sobre o assunto e, por isso, também vinha decidindo, nesta Egrégia Turma, pelo não cabimento de honorários advocatícios em ação de mandado de segurança. Agora, porém, cheguei à convicção oposta, que me sinto no dever de proclamar.

Nestas condições, confirmo, integralmente, a r. sentença recorrida, por seus douts e jurídicos fundamentos, negando provimento ao apelo.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

MS. nº 99.401 — DF — Rel.: O Sr. Ministro William Patterson. Reqte.: Luiz Carlos Nobre dos Santos. Reqdo.: Sr. Diretor-Geral do Departamento de Polícia Federal. Advs.: Drs. Carlos Boadaid Filho e outro.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, deferiu o mandado de segurança (Em 10-3-83 — T. Pleno).

Votaram com o Relator, os Srs. Ministros Adhemar Raymundo, Bueno de Souza, Sebastião Reis, Miguel Ferrante, José Cândido, Pedro Acio-li, Américo Luz, Pádua Ribeiro, Flaque Scartezini, Costa Lima, Leitão Krieger, Geraldo Sobral, Armando Rollemberg, Moacir Catunda, José Dantas, Lauro Leitão, Carlos Madeira, Gueiros Leite, Washington Bolívar, Torreão Braz, Carlos Velloso, Otto Rocha e Wilson Gonçalves. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Jarbas Nobre.

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 100.199 — DF

Relator: O Sr. Ministro Geraldo Sobral

Requerente: Mario Ronaldo Publiese

Requerido: Exmo. Sr. Ministro de Estado da Fazenda

EMENTA

Administrativo e processual civil. Mandado de segurança. Preliminares rejeitadas. Importação irregular de motocicleta. Configuração de dano ao Erário.

I — Não é de considerar-se inepta a inicial do mandado de segurança, que contém os requisitos do artigo 282 do CPC, a teor do que estabelece o artigo 6º da Lei nº 1.533/51. Não afeta a tempestividade do processo heróico o fato de haver sido acionado perante Juízo incompetente, mas, no prazo legal de 120 (cento e vinte) dias. Precedentes do STF nos RREE nºs 73.099-DF e 67.971.

Preliminares rejeitadas.

II — A importação irregular de motocicleta configura dano ao erário público, nos termos expressos no artigo 23, inciso IV, do Decreto-Lei nº 1.455/76, merecendo-lhe a sanção de perdimento, prevista no Decreto-Lei nº 37/66, artigo 105, inciso X.

III — Segurança denegada.

ACÓRDÃO

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

Decide o Plenário do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, preliminarmente, rejeitar as prejudiciais suscitadas e, no mérito, indeferir 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 maio de 1984 (Data do julgamento) — Ministro **José Fernandes Dantas**, Presidente — Ministro **Geraldo Sobral**, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro **Geraldo Sobral**: — Mário Ronaldo Pugliese, impetrou mandado de segurança preventivo, com pedido liminar, contra ato do Sr. Delegado da Receita Federal, em Santos, alegando, em sua peça exordial o seguinte:

«O impetrante teve a sua motocicleta da marca Kawasaki, 1.300 cc, chassis de nº K-27-30AE004306 apreendida pelos agentes da Divisão de Polícia Fazendária Federal.

Que, após a apreensão, impetrou uma medida cautelar que foi distribuída a essa E. Vara, sendo que foi nomeado fiel depositário, e recolheu o DARF no valor de Cr\$ 310.977,00 (trezentos e dez mil, novecentos e setenta e sete cruzeiros), valor este provisório, eis que aquela delegacia havia informado que o valor dos tributos era de Cr\$ 2.374.500,00 (dois milhões, trezentos e setenta e quatro mil e quinhentos cruzeiros).

Que, demonstrou o impetrante que o cálculo encontrava-se errado, juntado outros cálculos levados a efeito pela Delegacia da Receita Federal em São Paulo (SERAE), em outros procedimentos.

Que, por determinação de V. Exa., foi oficiado ao SERAE da Delegacia da Receita Federal em São Paulo, pedindo a confirmação

do cálculo, esta se desculpando no sentido que não tinha elementos como comprovar se os mesmos estavam certos.

Que, enquanto tramita os referidos ofícios, o impetrante foi intimado nos autos do Processo Administrativo de nº 0845/050.775/82, a apresentar a sua defesa, o fazendo na forma que o procedimento encontrava-se **sub judice** e que a jurisprudência é no sentido da prevalência da decisão judicial sobre a administrativa, juntando inclusive diversos Acórdãos do E. Tribunal Federal de Recursos.

Que, inobstante a isso, o procedimento administrativo não ficou paralisado opinando a autoridade coatora, pela aplicação de pena de perdimento previsto no parágrafo único do artigo 23, do Decreto nº 1.455, de 7 de abril de 1976.

Ora, a pena de perdimento, mesmo aplicada, não pode ser cumprida enquanto não exaurida a via judicial, conforme vasta jurisprudência do ETFR.

Do direito.

É, certo que a pena administrativa não pode suplantar a decisão judicial, salientando-se que a introdução do veículo ocorreu antes do advento da Lei nº 6.910/81.

Que, é certo que a pena aplicada foi por decisão ministerial, o que transmuta a competência desta Vara para o E. Tribunal.

Mas, ocorre que, nada adianta atacar-se a decisão ministerial, se a apreensão está afeta à autoridade, dita como coatora.

Assim, como o processo encontra-se **sub judice** sem decisão de V. Exa., é que se requer, primeiramente a notificação do Delegado da Receita Federal em Santos, para que se abstenha de determinar a apreensão do veículo, até decisão deste **mandamus**.

Requer-se ainda, após as informações da digna autoridade, que V. Exa., como tem feito em outros **mandamus** dando-se por incompetente, determine a remessa dos autos ao E. Tribunal de Recursos, como sempre dará provimento ao presente «writ of mandamus», até decisão de primeiro grau». (fls. 02/04).

O MM. Juiz Federal da 3ª Vara da Seção Judiciária de São Paulo, Dr. Jatir Batista da Cunha, à fl. 19, em face do pedido do próprio impetrante, formulado à fl. 4, determinou a remessa dos autos a este Egrégio Tribunal.

Oficiada à autoridade apontada como coatora, o Exmo. Sr. Ministro da Fazenda, forneceu, tempestivamente, as informações necessárias, alegando, em preliminar, a intempestividade da impetração e, no mérito, que o impetrante se utilizou de documento inidôneo, para promoção do ingresso da motocicleta, em território nacional.

A douta Subprocuradoria-Geral da República, às fls. 35/39, opinou pela denegação do «writ», tendo em vista as preliminares de inépcia da inicial, por não haver atacado diretamente o ato ministerial aplicador da pena de perdimento e a decadência do pedido, apresentado ao Tribunal competente fora do prazo legal, bem como, no mérito, pela legitimidade da sanção e total improcedência da impetração.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Geraldo Sobral (Relator): Rejeito as preliminares de inépcia da inicial e de decadência do pedido, pelas razões que se seguem:

a) a peça exordial contém os requisitos do artigo 282 do Código de Processo Civil, a teor do que estabelece o artigo 6º da Lei nº 1.533/51,

sendo sanadas quaisquer irregularidades desinfluentes no **meritum causae**, pelas precisas informações da digna autoridade indigitada como coatora;

b) ainda que de decadência, o prazo de 120 (cento e vinte) dias para a impetração foi respeitado, no caso. Colhe-se das informações que o impetrante, tendo sido notificado da decisão ministerial, que lhe aplicou a sanção em 4 de agosto de 1982, ingressou com mandado de segurança perante a Justiça Federal, em São Paulo, no dia 12 do mesmo mês (fl. 25). O fato de haver sido acionado o processo heróico, inicialmente, perante Juízo incompetente, mas, no prazo legal, não afeta sua tempestividade, conforme Jurisprudência assente na Suprema Corte, cristalizada em **verbi gratia** do RE nº 73.099-DF, relatado pelo eminente Ministro Amaral Santos, com ementa deste teor:

«Mandado de Segurança. Prazo de decadência. Ajuizamento tempestivo perante Juízo incompetente.

No caso, o mandado foi impetrado perante Juiz incompetente, este Supremo Tribunal Federal, que o remeteu para o Tribunal a quo. Entre a data do ato impugnado pelo mandado e o seu ingresso no Protocolo deste Tribunal, - pedido estava no prazo do artigo 18 da Lei nº 1.533/51. Na forma da jurisprudência desta Corte, o simples protocolamento do pedido interrompe o prazo de caducidade. Recurso extraordinário provido, para que o Tribunal a quo prossiga no julgamento». (RTJ 60/865).

Confira-se, ainda, no mesmo sentido, o RE nº 67.971, relatado pelo douto Ministro Thompson Flores.

Destaco.

De **meritis**, não há direito líquido e certo, na espécie, que faça valer a

segurança pleiteada pelo impetrante.

Com acerto, salienta a ilustrada Subprocuradoria-Geral da República, em seu lúcido parecer, nestas letras:

«De fato, inegável é que a motocicleta, de importação proibida, entrou no País de maneira irregular. E, o que é pior, com utilização de documentos falsos.

É, aliás, o que esclarece a autoridade impetrada, ao salientar - fls. 26/27:

«Os documentos, todavia, eram inidôneos, pois, conforme esclarecimento prestado pela Inspeção da Receita Federal em Foz de Iguaçu, a Delegacia da Receita Federal em Santos, não haviam sido emitidos por aquela repartição, em que pese timbrados em papéis da mesma e o funcionário que os tinha assinado não fazia parte de seus quadros desde 28-2-1981, ou seja, não mais era seu funcionário em data anterior à aquisição da motocicleta. Transcrevo a informação, **verbis**:

«Sr. Hélio Rubens Sbrana DD. Delegado adjunto da DRF/Santos/SP/8ª RF retelex NR 0759, de 12/5/82, dessa DRF, informamos não constar em nossos arquivos nenhum registro de admissão temporária, em nome Mario Ronaldo Pugliese. Outrossim, informamos que o Sr. Wilson Fernandes Siqueira, AVB NR 234, se desligou desta IRF em 28-2-81 não podendo portanto ter emitido legalmente tais documentos. SDS inspefaz foz».

Desse modo, para não alongar, só nos resta evidenciar que adequado, ao caso, é a pena aplicada, uma vez que o veículo estava em circulação no País sem a prova de sua importação regular».

Na verdade, a importação irregular da motocicleta estrangeira configura dano ao erário, de acordo com o que estabelece o artigo 23, inciso IV, do Decreto-Lei nº 1.455/76, merecendo-lhe a sanção de perda da mercadoria (Decreto-Lei nº 37/66, artigo 105, inciso X).

Não aproveita ao autor da impetração, no caso, a medida que adotou para o pagamento dos tributos devidos, porque tal pagamento não elide a pena de perdimento que lhe foi aplicada, na forma legítima, pela autoridade fazendária competente, com obediência ao «due process of law».

O ilícito fiscal independe do ilícito penal, apurando-se em áreas autônomas, com sanções específicas.

As informações colacionam, neste autos, luminosa decisão desta Corte, assim, ementada:

«Pagamento dos Tributos — Perda de mercadoria.

Ementa: Tributário. Importação. Pena de perdimento da mercadoria. Decreto-Lei nº 1.455, de 1976, artigo 23; IV, parágrafo único; Decreto-Lei nº 37, de 1966, artigo 105, X. Pagamento de tributos com a finalidade de extinção da punibilidade (Decreto-Lei nº 157, de 1967, artigo 18, § 2º; Súmula nº 560, do STF). Responsabilidade civil e responsabilidade criminal. Autonomia. Código Civil, artigo 1.525; Cód. de Processo Penal, artigos 66 e 67.

I — O pagamento dos tributos e demais gravames, com a finalidade de ser obtida a extinção da punibilidade no crime de descaminho (Decreto-Lei nº 157, de 1967, artigo 18, § 2º; Súmula nº 560, do STF), não tem o condão de elidir a pena de perda da mercadoria (Decreto-Lei nº 1.455/76, artigo 23, IV, parágrafo único; Decreto-Lei nº 37, de 1966, artigo 105, X), ou de tornar

possível a liberação da mercadoria, tendo em vista a revogação do artigo 5º do Decreto-Lei nº 399, de 1968, pelo artigo 41 do Decreto-Lei nº 1.455/76, mesmo porque não é causa excludente da responsabilidade civil a decisão que julga extinta a punibilidade (Código de Processo Penal, artigo 67, II).

II — Autonomia das instâncias civil e penal, ou reconhecimento do caráter autônomo da responsabilidade civil e penal (Código Civil, artigo 1.525; Código de Processo Penal, artigo 66). (MS. nº 91.041-PR, Rel.: Ministro Carlos Mário Velloso, 2ª Seção. Unânime. DJ 25-6-81)».

Com estas considerações, denego a ordem impetrada.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

MS nº 100.199 — DF — Rel.: O Sr. Ministro Geraldo Sobral. Reqte.: Mario Ronaldo Pugliese. Reqdo.: Sr. Ministro de Estado da Fazenda.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, preliminarmente, rejeitou as prejudiciais suscitadas e, no mérito, indeferiu o mandado de segurança (Em 10-5-84 — Pleno).

Os Srs. Ministros Hélio Pinheiro, Carlos Thibau, Armando Rollemberg, Moacir Catunda, Lauro Leitão, Carlos Madeira, Gueiros Leite, Washington Bolívar, Torreão Braz, Carlos Mário Velloso, Otto Rocha, Wilson Gonçalves, William Patterson, Adhemar Raymundo, Bueno de Souza, Sebastião Reis, Miguel Jerônimo Ferrante, José Cândido, Antônio de Pádua Ribeiro e Flaquer Scartezzini votaram com o Relator. Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Américo Luz, Costa Lima e Leitão Krieger. Licenciados os Srs. Ministros Jarbas Nobre e Pedro Acioi. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro José Fernandes Dantas.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 101.075 — MG

Relator: O Sr. Ministro Helio Pinheiro

Apelante: Conselho Regional de Técnico de Administração

Apelada: Cia. Siderúrgica Pains

EMENTA

Administrativo. Conselho Regional de Técnicos de Administração.

Descabe a exigência de fazer registrar no referido Conselho uma Companhia Siderúrgica cujas atividades, especificamente delimitadas em seus estatutos sociais, nada têm a ver com as que privativamente reservadas aos Técnicos de Administração e que se encontram especificadas nas letras a e b do artigo 2º da Lei nº 4.769, de 9 de setembro de 1965, esta mesma lei prevendo em seu artigo 15 a obrigatoriedade de registro no CRTA para as «empresas, entidades e escritórios técnicos que explorem, sob qualquer forma, atividades do Técnico de Administração».

Sentença concessiva da segurança que se confirma.

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, 24 de fevereiro de 1984 (Data do julgamento) — Ministro Carlos Madeira, Presidente — Ministro Helio Pinheiro, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Helio Pinheiro: O MM. Juiz Federal da 2ª Vara, Seção Judiciária de Minas Gerais, Dr. Vicente Porto de Menezes, assim sintetizou na sentença a hipótese submetida ao seu Julgamento:

«Companhia Siderúrgica Pains, firma estabelecida na cidade de Divinópolis, neste Estado, impetra o presente mandado de segurança, contra ato do Sr. Presidente do Conselho Regional de Técnicos de Administração da 6ª Região.

Diz que recebeu em 26 de abril de 1982 o ofício que menciona, do referido Conselho, solicitando cópia do contrato social, para que o Conselho pudesse conhecer seus objetivos sociais. O pedido foi atendido a 25-5-82. Apesar da impetrante ter por objeto atividades completamente alheias aos objetivos do referido Conselho, este Conselho insiste em considerá-la como sociedade de prestação de serviços de administração de empresa, tendo sido inúteis todas as diligências e recursos administrativos apresentados. Em 1-10-82, pela intimação que menciona, intimou a impetrante a efetuar o registro da empresa no prazo de dez dias. Transcreve o artigo 3º do Estatuto Social da im-

petrante, exploração industrial de ferrosos, e transcreve o artigo 15 da Lei nº 4.769 de 9-9-65, que dispõe sobre o exercício da profissão de Técnico de Administração. Tece considerações sobre o enquadramento sindical. Tece considerações para, afinal, pedir a segurança, a fim de suspender, em definitivo, a exigência de registro da indústria da impetrante no Conselho Regional de Técnicos de Administração. Junta documentos.

Feito o preparo prévio, foi determinada e feita a notificação à autoridade impetrada. As informações vêm à fl. 28.

Diz a autoridade impetrada que deseja, preliminarmente, prestar algumas informações. Assim, não deseja extorquir contribuições da impetrante. Não pode e jamais obterá por violências ou ameaças, com intuito de obter para si indevida vantagem econômica. Tudo que a impetrada faz é feito na firme convicção de total amparo legal. Utilização do poder de polícia jamais configurou extorsão. A autoridade impetrada diz que o objetivo social da impetrante nada informa sobre sua posição na área de atuação do Administrador. Diz que a própria impetrante reconhece que o sistema de administração por «holding» é privativo de Técnico de Administração. Faz minuciosa análise da legislação específica. Tece considerações sobre o que seja Administração para a lei específica. Diz que a participação de outras sociedades traz ínsita a Administração Financeira. As empresas de participação são as «holdings» ou controladoras de outras sociedades, e as administra. Cita a exposição de motivos da Lei das Sociedades Anônimas. E conclui dizendo que os dados do balanço denunciam o exercício da Administração, tal como previsto na Lei nº 4.769/65. Apesar das atividades de

siderurgia que a impetrante exerce, e que nada têm a ver com a Administração, ela exerce também a Administração Geral e Financeira de suas controladas, de forma básica. Junta documentos.

Pedido parecer do Sr. Procurador da República, S. Exa. se pronuncia à fl. 73, pela concessão do **mandamus**. Diz que a discussão se centra em saber se o fato de uma sociedade deter o controle acionário de outra ou de várias empresas, caracterizando-se como «holding», a obriga ao registro no CRTA. Diz quais as pessoas obrigadas, nos termos da lei. Que o legislador não se preocupou em declarar e delimitar rigidamente as atribuições cujo exercício seria exclusivo do Técnico de Administração. Não é prática de um ou outro ato que deve ser valorizada para fins de registro, mas a prática habitual e profissional, em benefício de terceiros, do conjunto das atividades comumente compreendidas no campo de trabalho daqueles profissionais. Tece mais considerações. A impetrante não exerce a Administração como atividade básica. A impetrada pretende o registro da impetrante pela só possibilidade de, como «holding», vir a exercer a administração dos negócios e direção de suas subsidiárias, ditando-lhes normas na condução de sua vida administrativa e financeira».

A segurança foi concedida para o fim de suspender, em definitivo, a exigência de registro da impetrante no Conselho Regional de Técnicos de Administração, por descabida.

Só estaria ela sujeita a registro no conselho que fiscaliza o exercício profissional de sua atividade principal (fls. 82/83), não, contudo, ao que lhe exigia o impetrado pelo só fato, nem mesmo inequivocamente provado, de que detinha o controle acioná-

rio de outra empresa, caracterizando-se como «holding».

Dessa decisão por irresignado apelou o Conselho Regional de Técnicos de Administração, nas razões do recurso (fls. 86/89) sustentando ser descabida, no caso, a apreciação do pedido, pela via mandamental, por dizer, como reconhecido teria sido pelo MM. Juiz Federal, com questão polêmica envolvendo interpretação de lei.

Por outro lado, aduz, qualquer empresa pode ter uma ou diversas atividades básicas, sendo apenas uma delas preponderante. Nem por isso, entretanto, estará desobrigada de registrar-se em tantos conselhos quanto forem aquelas atividades, é que «o conceito de atividade básica para os efeitos da lei, é a atividade-fim do empreendimento. Não básica será aquela atividade-meio, de apoio, e é claro que a participação societária jamais foi ou será atividade de apoio, de uma indústria siderúrgica» (fl. 89).

Contra-arrazoou a impetrante pugnando pela confirmação da sentença (fls. 92/95).

Nesta Instância manifestou-se a douta Subprocuradoria no sentido de se negar provimento ao recurso, em parecer da lavra do ilustre Subprocurador-Geral da República, Dr. Aristides Junqueira Alvarenga (fl. 99).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Helio Pinheiro (Relator): Nenhuma razão assiste ao apelante que, tal ressaltado na sentença não tem como justificar o entendimento de que a natureza da impetrante seja de administração de empresas pelo só fato de possuir ações de outra.

As finalidades desta estão expressamente consignadas em seus estatutos sociais a defini-la como uma sociedade anônima, de duração indeterminada, que:

«... tem por finalidade a exploração industrial de ferrosos, aços laminados, forjados e trefilados, em usinas em Divinópolis e em outras cidades onde tenha filiais, o comércio local e a exportação desses produtos, a importação de produtos estrangeiros, a agropecuária, florestamento, reflorestamento e o aproveitamento e exploração de jazidas minerais em todo o território nacional» (fl. 8).

Suas atividades básicas estão, pois, delimitadas no acima citado dispositivo, não se inserindo entre as que privativamente reservadas aos técnicos de administração, e que se encontram especificadas nas letras a e b do artigo 2º da Lei nº 4.769, de 9 de setembro de 1965, lei que, ressalte-se, só prevê, em seu artigo 15, a obrigatoriedade de registro, no Conselho impetrado, para as «empresas, entidades e escritórios técnicos que explorem sob qualquer forma, atividades do Técnico de Administração».

A impetrante não explora tais atividades, mas tão-só as que se encontram especificamente expressas nos seus estatutos. Explorar, no sentido que lhe empresta a lei, significa produzir, cultivar ou obter vantagem ou lucro, por meio da aplicação de um complexo de atividades, como definido na Enciclopédia Saraiva de Direito, vol. 35, pág. 367.

Razão tampouco assiste ao apelante quando sustenta, nas razões do recurso, ter o MM. Juiz Federal afirmado na sentença, que polêmica era a matéria objeto do pedido, a envolver interpretação de lei, pelo que, aduz, inviável sua apreciação em mandado de segurança.

Para dissipar dúvidas vale transcrever o que diz, no particular, a decisão recorrida, verbis:

«... a discussão se centra em saber se o fato de uma sociedade deter o controle acionário de outra ou de várias empresas, caracterizando-se como «holding», a obriga ao registro no CRTA.

Conforme determina nossa Lei Maior: «Ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei». Toda vez, pois, que alguém for obrigado a fazer alguma coisa sem que a lei a isso o obrigue, pode ele recorrer ao Judiciário via impetração de segurança. E, no caso, tanto estava sendo obrigada, que até havia prazo sob pena de multa. Nem se diga que a matéria está sujeita a exame e por isso não cabe em impetração. É por isso que a sentença, mesmo em impetração, deve ser fundamentada. A matéria é juridicamente examinada. Cabe um raciocínio, cabe uma análise, até mesmo a sentença é revista e reexaminada em Instância Superior. A matéria de mandado de segurança pode, pois, ser polêmica. O que não pode é ser matéria que dependa de provas. A simples exigência da prática de um ato já serve de base para se pedir ao Juiz verifique se aquela exigência é legal, já que a parte impetrante tem argumentos para dizer que não o é. Outro ponto importan-

te e enfocado pela autoridade impetrada é a análise do espírito da lei» (fls. 81/82).

Fixou, como visto, a sentença apelada, a matéria objeto da impetração sem dizer dela fosse polêmica, o afirmar que, na aplicação da lei, cumpre ao Juiz interpretá-la, é proclamar um princípio que tem adequação a qualquer sentença.

Na hipótese dos autos, como com acerto decidido, descabida se apresentava a exigência do registro da impetrante no Conselho Regional de Técnicos de Administração, estando a impetrada tão-só sujeita a registro naquele que controla o exercício profissional de sua atividade principal (fl. 82).

Nego, assim, provimento à apelação para manter a sentença.

E como voto.

EXTRATO DA MINUTA

AMS nº 101.075 — MG — Rel.: O Sr. Ministro Hêlio Pinheiro — Apte.: Cons. Regional de Técnicos de Administração. Apda.: Cia. Siderúrgica Pains.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação (Em 24-2-84 — 3ª Turma).

Votaram com o Relator os Srs. Ministro Carlos Madeira e Adhemar Raymundo. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Carlos Madeira.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 101.113 — PR

Relator: O Sr. Ministro Carlos Madeira

Apelante: Volvo do Brasil — Motores e Veículos S.A.

Apelado: CREA.

EMENTA

Conselho de Engenharia, Arquitetura e Agronomia, critério de vinculação das empresas. Atividade básica.

A indústria automobilística desempenha a atividade básica de produção de obras de engenharia mecânica e eletromecânica, que são os veículos. É essa atividade básica que exige a presença de engenheiros especialistas no seu processo de produção, como responsáveis por ele.

Obrigatório é, portanto, o registro da empresa industrial automobilística no Conselho de Engenharia, Arquitetura e Agronomia (Lei nº 6.839, de 1980, artigo 1º).

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, 13 de abril de 1984 (Data do julgamento) — Ministro Carlos Madeira, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Carlos Madeira (Relator): O Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia do Estado do Paraná autuou, em dezembro de 1980, a Volvo do Brasil — Motores e Veículos S.A., por exercer atividades de Engenharia sem possuir o registro na autarquia de fiscalização profissional dos engenheiros.

A empresa autuada recorreu até ao Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia (CONFEA), sem êxito. Inconformada, impetrou mandado de segurança, contra o ato constitutivo do CREA, por isso que, não tendo como objetivo precipuo a exploração de serviços de engenharia, nem prestando tais serviços, não está obrigada ao registro exigido.

Com razões doutrinárias e apoiada em precedentes judiciais, a impetrante pediu a suspensão liminar do ato e a concessão do «writ,» para lhe assegurar em definitivo o direito líquido e certo de não se inscrever no CREA.

O Presidente do CREA prestou informações, argüindo a inidoneidade do mandado de segurança para anular auto de infração e respectiva multa. No mérito, sustentou que «jamais poder-se-á dissociar da atividade básica de uma indústria automobilística a atividade profissional de engenheiros, pois a participação desses profissionais, neste caso, é imprescindível uma vez que os processos mecânicos, os estudos, projetos e respectiva execução de máquinas em geral e equipamentos mecânicos e eletromecânicos e veículos automotores são atribuições privativas de engenheiros mecânicos» (fl. 27).

Adiante, salientou que, com a Lei nº 6.839, de 30 de novembro de 1980, «a obrigatoriedade do registro da impetrante no CREA é irrefutável, porque as atividades básicas da empresa, conforme já se demonstrou nas presentes informações, constituem-se em atribuições técnicas de engenheiro mecânico pois a fabricação de veículos automotores nada mais é que uma produção técnica especializada, industrial, da área de engenharia mecânica e eletromecânica, pois, se assim não fosse, não teria a impetrante empregados em seus quadros funcionais, como confessa».

Ouvinda a Procuradoria da República, o Juiz Federal da 2ª Vara do Paraná denegou o mandado de segurança.

Apelou a impetrante.

Contra-arrazoou o Conselho.

A Subprocuradoria-Geral da República opinou pela confirmação da sentença.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Madeira (Relator): Com razão, o Juiz desprezou a preliminar de descabimento do mandado de segurança, pois, na verdade, o que se discute, na hipótese, é matéria de direito — ser ou não ser a empresa industrial automobilística sujeita a registro no Conselho de Engenharia.

No mérito, entendia este Tribunal que desde que a empresa utilizasse o serviço de engenheiros, ou a sua assistência técnica, impunha-se o seu registro no CREEA. Na AC nº 42.528, assim votei, na antiga 4ª Turma, em relação a empresa produtora de peças de automóveis.

Com o advento da Lei nº 6.839, de 1980, passou-se a levar em conta não só a presença do engenheiro na empresa, mas a atividade básica ou os serviços por ela prestados. É que a Lei nº 6.839, de 1980, veio especificar a obrigatoriedade do registro das empresas nos conselhos de fiscalização profissional, de forma a evitar a generalização anterior. Diz a lei:

«Art. 1º O registro de empresas e a anotação dos profissionais legalmente habilitados, delas encarregados, serão obrigatórios nas entidades competentes para a fiscalização do exercício das diversas profissões, em razão da atividade básica ou em relação àquela pela qual prestem serviços a terceiros.»

Se a empresa não presta serviços de engenharia, cumpre examinar se a sua atividade básica é de engenharia.

No caso da empresa automobilística, entende a impetrante que os engenheiros que nela trabalham apenas participam do processo de produção de veículos automotores. Mas a impetrada sustenta que a atividade industrial da impetrante constituiu-se de atribuições técnicas de engenheiro mecânico, pois a fabricação de veículos automotores nada mais é que uma produção técnica especializada da área da engenharia mecânica e eletromecânica.

A questão reside em saber o que é atividade básica, nos termos da lei.

A empresa de engenharia que presta serviços dessa profissão não oferece dificuldades: ela projeta, executa, constrói e supervisiona obras de engenharia. Mas o que é atividade básica de engenharia, dentro de uma empresa que fabrica automóveis e vende seu produto acabado?

A resposta está na própria lei que regulamenta a profissão de engenheiro. Diz o artigo 1º da Lei nº 6.194, de 1966:

«Art. 1º As profissões de engenheiro, arquiteto e engenheiro agrônomo são caracterizadas pelas realizações de interesse social e humano que importem na realização dos seguintes empreendimentos:

- a) aproveitamento e utilização dos recursos naturais;
- b) meios de locomoção e comunicações;
- c) omissis;
- d) omissis;
- e) desenvolvimento industrial e agropecuário.»

E o artigo 7º prescreve:

«Art. 7º As atividades e atribuições profissionais do engenheiro, do arquiteto e do engenheiro agrônomo consistem em:

- a) omissis;
- b) planejamento ou projeto em geral, de regiões, zonas, cidades, obras, estruturas, transportes, explorações de recursos naturais e desenvolvimento da produção industrial e agropecuária;
- c) estudos, projetos, análises, avaliações, vistorias, perícias, pareceres e divulgação técnica;
- d) omissis;
- e) fiscalização de obras e serviços técnicos;
- f) direção de obras e serviços técnicos;
- g) execução de obras e serviços técnicos;
- h) produção técnica especializada, industrial e agropecuária».

As atividades das letras **g** e **h** ressalva o artigo 9º da lei, poderão ser indistintamente exercidas por profissionais ou por pessoas jurídicas.

A indústria automobilística é, tipicamente, uma produção técnica especializada de meios de locomoção. Sua atividade básica é, portanto, a produção de veículos, que são obras de engenharia mecânica e eletromecânica.

Não é apenas a presença do engenheiro mecânico ou eletricitista que dá à indústria o caráter técnico. Ao revés, é a própria atividade técnica que ela desenvolve, que exige a presença daqueles profissionais. Vale dizer que é a atividade básica da indústria que exige a presença do engenheiro especialista.

Em indústrias de grande porte há, freqüentemente, engenheiro civil para cuidar dos problemas da sua estrutura física, isto é, da construção, das modificações e ampliações exigidas

pela planta industrial. Mas esse engenheiro, necessário dentro de uma fábrica de automóveis, não está exercendo atribuições da atividade básica da empresa, apesar de necessário. Só em virtude dele, não estaria ela obrigada a registrar-se no Conselho de Engenharia.

De igual modo, um engenheiro mecânico que cuida apenas do maquinário de uma indústria têxtil, não torna obrigatório aquele registro: a atividade básica da indústria, a produção de tecidos, necessita apenas da assistência técnica às suas instalações. O tecido não é um produto técnico de engenheiro.

Mas a indústria automobilística tem a finalidade de produzir um complexo técnico, que é obra de engenharia mecânica e elétrica. Essa é a sua atividade básica.

A impetrante salienta que o engenheiro apenas participa do processo de produção. Mas participa como o elemento principal, como o responsável pela produção, pela atividade básica da empresa. Para evidenciar tal atividade, basta abstrair o produto acabado — o caminhão ou o automóvel — e rever todo o processo de produção, nas várias fases em que se juntam os componentes e se arma o veículo. Na visão industrial, essas fases são rotinas, mas nem por isso perdem a característica de produção técnica que as cria e as disciplina.

Tenho, assim, como incensurável a sentença.

Nego provimento à apelação.

EXTRATO DA MINUTA

AMS nº 101.113 — PR — Rel.: O Sr. Ministro Carlos Madeira. Apte.: Volvo do Brasil — Motores e Veículos S.A. Apdo.: CREAA.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação (3ª Turma — 13-4-84).

Os Srs. Ministros Adhemar Raymundo e Hêlio Pinheiro votaram de acordo com o Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Flaquer Scartezzini. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Carlos Madeira.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 101.907 — BA

Relator: O Sr. Ministro Adhemar Raymundo

Apelante: Flodoaldo Vilas Boas

Apelado: INPS

EMENTA

Mandado de segurança.

Decadência. Se a lei admite a possibilidade de reexame da matéria, o prazo deve ser contado da decisão que denegou o recurso. Havendo dúvida quanto ao início do prazo, resolve-se em favor do impetrante.

ACORDÃO

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, nos termos do voto do 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 fevereiro de 1984 (Data do julgamento) — Ministro Carlos Madeira, Presidente — Ministro Adhemar Raymundo, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Adhemar Raymundo (Relator): Em mandado de segurança impetrado por Flodoaldo Vilas Boas contra ato do Coordenador Regional de Benefícios do INPS, na Bahia, visando ao restabelecimento do pagamento de sua aposentadoria por tempo de serviço, que fora suspenso por aquela autoridade, de cujo ato recorreu para a JRPS e recebeu desta, em 21-12-82,

comunicação da sustação do julgamento do recurso até que fosse concluído inquérito policial que se encontrava na Polícia Federal, o Dr. Juiz Federal da 3ª Vara, por entender ter ocorrido decadência, julgou extinto o processo.

Apelou o impetrante, argumentando que o problema cinge-se em determinar-se o dia em que este recebeu a comunicação da sustação do julgamento do recurso pela JRPS, se em 16-12-82, ou se em 21-12-82, e, ainda, se a impetração foi contra o Coordenador Regional de Concessão de Benefícios, ou se contra a JRPS. E isto porque, entendeu o MM. Juiz, que, se impetrado contra aquele, ocorreu a decadência; se, contra esta, pior a sorte do impetrante, por ser a JRPS parte ilegítima ad causam. Certo é, diz o impetrante, que o mandado foi impetrado contra o INPS, em tempo hábil, pois alega que recebeu a comunicação de sustação do julgamento do recurso em 21-12-82, fato verdadeiro e que não foi contestado, e que a segurança não podia ser impetrada contra a JRPS, porque esta não tem personalidade jurídica.

Dai impor-se o provimento da apelação, para ser reformada a sentença que constatou decadência onde nunca ocorreu.

Contra-arrazoou o INPS.

A douta Subprocuradoria-Geral da República opinou pelo improvimento do recurso.

Ê o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Adhemar Raymundo (Relator): Na sentença, o ilustre e douto Juiz, Dr. Fernando Tourinho Neto, acolheu a alegação do órgão do Ministério Público, quanto à decadência do direito de impetrar a segurança. Lastreado está o entendimento do Juiz no fato de ter sido o impetrante cientificado da suspensão do benefício em março de 1982, nos termos da própria impetração. Adiante, sustentou o digno Juiz do primeiro grau que, «se o ataque é contra ato da JRPS, que sustou o julgamento do recurso até que o inquérito policial fosse concluído, arquivando-o provisionamente, o impetrado nesse caso seria parte ilegítima (ilegitimidade *ad causam*)»

Data venia, dissinto do douto magistrado. A lei administrativa (Consolidação das Leis da Previdência Social) permite a interposição de recurso das decisões originárias do INPS referentes a prestações, contribuições e infrações, (ut estatuição contida no artigo 206). Esse recurso é para a Junta de Recursos da Previdência Social (JRPS). E isso foi feito, em obediência à comunicação feita pela autoridade coatora, Coordenador Regional da Manutenção de Benefícios. Leio, no documento da folha nº 17 dos autos, o que se segue:

«Em decorrência dos fatos acima expostos, foram suspensos os pagamentos de sua aposentadoria... podendo entretanto V.Sa. interpor recurso à JRPS dentro de trinta dias...»

E o recurso foi interposto, sem que, contudo, tivesse sido definitivamente julgado pela instância superior, ou seja, a Junta de Recursos da Previdência Social. A assertiva deflui dos categóricos termos da comunicação feita pelo órgão da Previdência ao impetrante. Leio:

«Com referência ao vosso recurso... impetrado à JRPS temos a vos informar que o mesmo se encontra arquivado, provisoriamente, tendo em vista a diligência da Egrégia Junta de Recursos, que pede para sustar o julgamento do processo, até que seja concluído o inquérito que se encontra em tramitação na Polícia Federal» (V. folha nº 32 dos autos).

Deflui do exposto, que o recurso interposto pelo impetrante, na área administrativa, ficou paralisado, sem que ao mesmo fosse dada solução definitiva. Mas, evidente que, ante a decisão do órgão superior, impossível a impetração contra esse ato, dada a circunstância de que a Junta de Recursos não tem autoridade para executar o ato de suspensão do benefício. Cumpria-lhe, apenas, decidir a matéria, reexaminando-a, via recurso. Mantida a suspensão, que promanou do Coordenador Regional, contra ele, e não contra o ato da Junta, é que devia; como o foi, impetrado o mandado de segurança. A executoriedade do ato suspensivo do benefício do impetrante é da responsabilidade do órgão encarregado desse mister. Nunca, da Junta de Recursos. A conclusão dimana do fato de a este órgão, julgando o recurso interposto, apenas o dever de fazer a comunicação ao Coordenador, para que este ciência ao interessado, fazendo cumprir a decisão da Junta de Recursos.

A autoridade coatora, ou seja, o Coordenador Regional da Manutenção de Benefícios, e a Junta de Recursos integram o mesmo sistema

previdenciário, isto é, são órgãos da mesma autarquia — o INPS. Se assim é, a impetração é indubitavelmente contra a autoridade que deu cumprimento à decisão da Junta de Recursos.

Na esteira dessas considerações, o início do prazo preclusivo há de remontar à data do indeferimento provisório, que é o ato da Junta de Recursos. Oportuna a observação de Celso agrícola Barbi, quando ensina:

«Mas se a lei administrativa admite essa modalidade de reexame do assunto, o prazo deve ser contado do despacho que negou a reconsideração» (Do Mandado de Segurança — pág. 195 — Forense — 1980).

O mestre quis referir-se ao recurso, e não à reconsideração propriamente dita, porque esta, em verdade, como sabido, não impede a contagem do prazo preclusivo. O reexame do assunto promana de recurso interposto, na área administrativa. Mais incisivo foi Castro Nunes, quando se referiu, expressamente, a recurso, assinalando o mestre insigne que, se do ato foi interposto recurso, da decisão deste, ou melhor, da ciência dessa decisão é que começa a correr o prazo de cento e vinte dias (m. de segurança — pág. 335 — Forense — 5ª edição).

Por essa razão, assinalou Hely Meirelles:

«Os Tribunais têm decidido aprioristicamente que a interposição de recurso administrativo por si só relega o início de prazo de impetração do mandado para após o seu julga-

mento» (Do M. de S. Ação Popular — pág. 23 — S. Paulo — 1980).

Do exposto, se colhe, indubitavelmente, que a impetração é contra ato do Coordenador Regional do INPS, que, em cumprimento à decisão da Junta de Recursos, suspendeu provisoriamente o benefício do impetrante. Mas, afirma este que teve ciência do ato em 21 de dezembro de 1982. Mas, inexistente essa prova nos autos. O documento da folha nº 32 comprova que a expedição da cientificação ao impetrante da decisão da Junta de Recursos se deu em 16 de dezembro do citado ano. Logo, paira séria dúvida sobre a data em que o impetrante foi cientificado dessa decisão. A solução será em favor do impetrante (v. Celso Agrícola Barbi — ob. cit. pág. 195).

Diante do exposto, dou provimento à apelação para determinar ao douto Juiz que examine o mérito, cassada a sentença.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

AMS nº 101.907 — BA — Rel.: Sr. Ministro Adhemar Raymundo.

Apte.: Flodoaldo Vilas Boas.

Apdo.: INPS.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento à apelação, nos termos do voto do Ministro-Relator (3ª Turma, 10-2-84).

Votaram de acordo com o Relator os Srs. Ministros Flaquer Scartezzine e Helio Pinheiro. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Carlos Madeira.

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 102.159 — GO

Relator: O Sr. Ministro Helio Pinheiro

Requerente: José Antônio da Silva

Requerido: Juízo Federal em Goiás

EMENTA

Mandado de segurança. Pena de perdimento.

I — Aeronave cuja perda foi determinada em sentença criminal ao reconhecimento de que era utilizada para o transporte, do Paraguai para o Brasil, de substância entorpecente.

II — Perdimento que encontra respaldo no artigo 34 da Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976.

III — A procedência ou não de tal decisão é de apreciar-se em recurso próprio, a ser interposto contra a sentença condenatória e não em mandado de segurança.

IV — Impetração de que não se conhece.

ACORDÃO

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 pedido, 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 do julgamento). Ministro Lauro Leitão, Presidente — Ministro Hélio Pinheiro, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Helio Pinheiro: O presente pedido de segurança é dirigido contra a aplicação da pena de perdimento da aeronave modelo e tipo EMB — 710 — C (Carioca), Piper, cor branca, com listras horizontais azuis, nº e série 710.192-CHT, prefixo PT-NNN, de propriedade do requerente.

Alega-se na inicial que a referida aeronave foi apreendida no dia 14 de abril do ano em curso, por ordem ilegal do Superintendente da Polícia Federal em Goiás, sendo recolhida ao Hangar da Companhia de Eletricidade do mencionado Estado.

Alega-se ainda que Agentes da Polícia Federal teriam arrombado a mencionada aeronave, nela introduzindo uma quantidade mínima de maconha, com o fim de alcançar o seu perdimento em favor do Estado.

Em face dessa atuação abusiva de elementos da Polícia Federal o requerente ingressou perante o Juiz Federal em Goiás, com a medida incidental de restituição de coisas apreendidas, pois a aeronave encontrava-se estacionada, sem vinculação com qualquer atividade delituosa, ocorrendo que a apreensão e perda só pode alcançar veículo surpreendido no transporte de tóxicos.

Por outro lado, a maconha apreendida pela autoridade policial seria de propriedade de um passageiro que o induzira em erro fazendo-o transportar no avião quinze pacotes embrulhados em papel presente e que foram afinal apreendidos quando acondicionados num táxi pertencente a João Procópio Ferreira, que o conduzia, o que confirmado por este e pelas testemunhas ouvidas durante a lavratura do auto de prisão em flagrante.

Concluindo diz o requerente que a quantidade mínima do tóxico que a Polícia colocara no bagageiro do avião, foi consumida nos exames de laboratório, com isso suprimindo-se

a prova material, como também a da autoria do crime que a ele se pretendia imputar.

Cita o requerente decisão do Egrégio Tribunal Federal de Recursos, em Sessão Plenária, no sentido de admitir-se a concessão de segurança, «como meio hábil e recursal a restituição de coisa apreendida». (MS nº 96.526-DF, in DJ nº 206, pág. 10977, de 20-10-82).

Encontra-se a inicial instruída com os documentos de fls. 7/36.

Solicitadas informações à digna autoridade impetrada (fl. 39) prestou-as S. Exa. (fl. 40), ilustrando-as com xerocópia da sentença que prolatou na ação criminal em que figurou como réu o ora requerente (fls. 42/56) e com os documentos constantes de fls. 57, 58, 59, 60 e 61.

Pela denegação da segurança manifestou-se a douta Subprocuradoria-Geral da República (fls. 63/64).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Helio Pinheiro — (Relator): Das informações proporcionadas pelo MM. Juiz Federal, Dr. Darci Martins Coelho, resulta esclarecido que:

«no dia 14 de abril de 1983, ocorreu a apreensão da aeronave referida na inicial, por policiais federais, no curso de investigações iniciadas com a prisão em flagrante do impetrante e de João Procópio Ferreira, sob a acusação de infração ao art. 12, da Lei nº 6.368/76».

Instaurada a ação penal veio ela a ser encerrada na primeira instância com sentença em que condenado o ora requerente à pena de oito anos de reclusão e duzentos e oitenta e dois mil, duzentos e sessenta e seis

cruzeiros de multa, por infração do artigo 12, cc o artigo 18, incisos I e III, da Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976.

Condenado foi igualmente o co-réu João Procópio Ferreira, decretando, outrossim, o ilustre prolator da sentença condenatória, com fundamento no artigo 34 da lei acima citada em combinação com o artigo 74 do Código Penal, a perda em favor da União Federal da aeronave e do veículo automotor apreendidos. (fls. 55/56).

O requerente, que se evadiu da Casa de Prisão Provisória a que se encontrava recolhido, não podendo em tais condições apelar da sentença que lhe foi adversa pretende, como ressaltado nas informações, substituir aquele recurso pelo mandado de segurança, «furtando-se à condição legal do prévio recolhimento à prisão». (fl. 41).

Não há, porém, como dar-se acolhida à sua pretensão, tampouco, como vislumbrar-se qualquer ilegalidade ou abuso de poder na decisão do MM. Juiz impetrado que, firmado em provas não suscetíveis de exame em ação de segurança determinou o perdimento de uma aeronave que estaria sendo usada para o clandestino transporte, do Paraguai para o Brasil, de maconha.

O perdimento, em favor do Estado, de veículos, embarcações, aeronaves e quaisquer outros meios de transportes, assim como os maquinários, utensílios, instrumentos e objetos de qualquer natureza utilizados para a prática dos crimes definidos na Lei nº 6.368/76, encontra respaldo no artigo 34 dessa mesma lei.

O cabimento ou não dessa sanção, no caso em exame, será de apreciar-se no julgamento da apelação a ser interposta contra a sentença que a

impôs, e não através da ação mandamental, que inteiramente despropositada se apresenta.

Face ao exposto, não conheço do pedido.

EXTRATO DA MINUTA

MS nº 102.159 — GO — Rel.: O Sr. Ministro Hélio Pinheiro. Reqte.: José Antônio da Silva — Reqdo.: Juízo Federal em GO.

Decisão: A Seção, por unanimidade, não conheceu do pedido. (Em 19-10-83 — Primeira Seção).

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Carlos Thibau, Carlos Madeira, Gueiros Leite, Washington Bolívar, William Patterson, Ademar Raymundo, Flaquer Scartezzi, Costa Lima e Leitão Krieger. Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Jarbas Nobre e José Cândido. Presidiu o julgamento o Sr. Min. **Lauro Leitão**.

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 102.758 — RS

Relator: O Sr. Ministro Moacir Catunda

Requerente: Conselho Regional de Contabilidade do Rio Grande do Sul — CRC-RS

Requerido: Juízo de Direito da 3ª Vara Cível de Novo Hamburgo-RS.

EMENTA

Processual Civil. Execução fiscal. Mandado de segurança. Ato judicial. Lei nº 6.830/80, artigo 4º, § 3º.

1. Mandado de segurança interposto contra decisão judicial com trânsito em julgado, proferida em causa de alçada. Cabimento, em princípio.

2. «A construção da jurisprudência do Tribunal Federal de Recursos, pela qual, ordem de arquivamento desautoriza baixa na distribuição, é resultado de mera interpretação do texto legal, obrigando somente às partes, nos casos concretos.

Essa jurisprudência, posto que plantada em boas razões, não obriga os julgadores que dela divergem, também com respeitáveis argumentos jurídicos, de maneira que inexistente, no caso, direito líquido e certo ofendido por decisão judicial teratológica, ou ilegal, apto a ser socorrido por mandado de segurança.»

ACÓRDÃO

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

Decide a Segunda Seção do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, conhecer mas denegar a segurança, na forma do relatório e no-

tas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 20 de março de 1984 (Data do julgamento) — Ministro **Otto Rocha**, Presidente — Ministro **Moacir Catunda**, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Moacir Catunda: Mandado de segurança impetrado pelo Conselho Regional de Contabilidade do Rio Grande do Sul — CRC-RS, para ver reformadas as sentenças do MM. Juiz de Direito da 3ª Vara Cível da Comarca de Novo Hamburgo-RS, exaradas em 15-7-83, declarando extintos com baixa na distribuição, os processos de execuções fiscais de nºs 4.944-152/82, 4.942-150/82 e 1.933-141/82, que o impetrante promove contra Ana Maria Miranda da Fonseca, Plínio Falcão Carpes e Odílio Alceo Neumann.

Assegura que esgotada a via recursal, de acordo com o disposto no artigo 34 da Lei nº 6.830/80, uma vez que, no caso, não cabe correção parcial, porque o Conselho da Justiça Federal não detém poder correicional em relação aos Juizes estaduais, configura-se admissível o presente mandado de segurança, no qual o impetrante defende o direito líquido e certo, ilegalmente violado pela autoridade coatora.

Junta precedentes jurisprudenciais e pede a concessão da segurança, para que se determine àquela autoridade coatora, a reforma das respectivas sentenças, ordenando o cancelamento da baixa dos processos, com o arquivamento administrativo dos autos, sem baixa na distribuição.

A douta Subprocuradoria-Geral da República opina pela concessão da segurança, nos termos do pedido.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Moacir Catunda: Conforme se verifica da folheatura dos autos, o mandado de segurança ataca decisão de juiz estadual de comarca não servida por Juiz Federal, que julgou extintas, sem apreciação do mérito, com fundamento no inciso

IV, do artigo 267, do CPC, as execuções especificadas no processo e, ajuizadas pela autarquia impetrante, todas elas de valor abaixo da alçada de 50 ORTNs, instituída pela Lei nº 6.830/80, artigo 34, de cujas sentenças cabem somente recursos, de embargos de declaração e infringentes, do julgado, para o próprio Juízo.

Não guardando o Juiz Estadual, no exercício da jurisdição federal, subordinação administrativa ao Tribunal Federal de Recursos, e, sim, ao Tribunal de Justiça do respectivo estado, os seus atos e despachos não ficam sujeitos à correição da parte do Tribunal de Recursos, consoante remansosa jurisprudência, do que seja exemplo, dentre outros, os Acórdãos do Tribunal Federal de Recursos, no MS nº 83.629-SP, Rel.: Ministro Washington Bolívar de Brito. DJ de 18-9-80, seguindo-se pela inocorrência da vedação ao emprego do mandado de segurança de que tratam o inciso II, do artigo 5º da Lei nº 1.533/51, e a Súmula nº 268.

No atinente à vedação do «writ,» quando haja recurso previsto nas leis processuais, posto que se tenha configurado, com o emprego dos embargos infringentes no momento oportuno, acabou superada, inapelaavelmente, pois as decisões foram mantidas pelo Juízo, e precluíram, sem que examinassem o mérito, caso a caso, não sendo, destarte, passíveis de reexames sequer na via da rescisória. E porque adquiriram predicamentos de decisões irrecuráveis, a molestarem, irreparavelmente, o interesse da impetrante, tenho para mim que não incide a Súmula nº 268, do STF, que diz não caber mandado de segurança contra decisão judicial transitada em julgado.

Por estes motivos, conheço da segurança, mas, para denegá-la porque o artigo 40, § 3º, da Lei nº 6.830/80, ao dispor sobre o arquivamento,

mento do processo de execução, que tenha sido suspenso pelo prazo de um ano, por não ter sido localizado o devedor, nem encontrados bens sobre os quais podesse recair a penhora, não contém nenhuma palavra sobre a persistência da distribuição, em ordem a irradiar direito líquido e certo em favor do credor.

A construção da jurisprudência do Tribunal de Recursos, pela qual, ordem de arquivamento desautoriza baixa na distribuição, é resultado de mera interpretação do texto legal, obrigando somente às partes, nos casos concretos.

Essa jurisprudência, posto que plantada em boas razões, não obriga os julgadores que dela divergem, também com respeitáveis argumentos jurídicos, de maneira que inexistente, no caso, direito líquido e certo ofendido por decisão judicial teratológica, ou ilegal, apto a ser socorrido por mandado de segurança.

Por estes sucintos motivos, denego o pedido.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 103.169 — DF

Relator: O Sr. Ministro José Cândido

Remetente: Juízo Federal da 1ª Vara-DF

Apelante: União Federal

Apelado: Jorge Luiz Bezerra da Silva

EXTRATO DA MINUTA

MS nº 102.758 — RS — Rel.: O Sr. Ministro Moacir Catunda. Requerente: Conselho Regional de Contabilidade do Rio Grande do Sul CRC-RS. Requerido: Juízo de Direito da 3ª Vara Cível de Novo Hamburgo — RS.

Decisão: A Seção, por unanimidade, conheceu mas denegou a segurança (Segunda Seção — 20-3-84).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Carlos Mário Velloso, Wilson Gonçalves, Bueno de Souza, Sebastião Reis, Miguel Jerônimo Ferrante, Américo Luz, Antônio de Pádua Ribeiro e Armando Rollemberg. Impedido o Sr. Ministro Torreão Braz. Não participou, por não haver assistido ao relatório, o Sr. Ministro Pedro Acioli. Ausente, por motivo justificado, o Sr. Ministro Geraldo Sobral.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Otto Rocha.

EMENTA

Mandado de segurança. Exame de esforço físico. Ingresso na Academia Nacional de Polícia. Tolerância da tabela oficial.

É legítima a exigência de realização do exame de esforço físico, na forma da legislação vigente, para ingresso na Academia Nacional de Polícia.

Há, entretanto, de entender-se que a rigidez da tabela das provas de esforço físico, deve transigir com um percentual mínimo, como já admitida pela Portaria nº 5-5-75, da Academia.

Na hipótese dos autos, o aproveitamento da prova superou a marca de 90% da tabela oficial, o que

pode ser tolerado, sobretudo, quando o impetrante, já matriculado por decisão liminar, foi aprovado no Curso de Formação.

Sentença confirmada, pelos fundamentos aqui considerados.

ACORDÃO

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 e conceder a segurança; prejudicada a 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, 22 de maio 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 interposto, inicialmente em Recife, Pernambuco, por Jorge Luiz Bezerra da Silva, contra ato do Sr. Coordenador Regional de Polícia Federal.

Pede a concessão da segurança para considerar ilegal e abusiva a exigência do exame de esforço físico para matrícula na Academia Nacional de Polícia e acesso ao cargo de Delegado de Polícia Federal, alegando, em resumo, verbis:

«1º submeteu-se a concurso público para o cargo de Delegado de Polícia Federal que tem duas etapas. A primeira constante de «provas e exames,» dividida em duas fases, sendo a primeira de «exames intelectuais» e a segunda de «exames psicotécnicos e médicos». Da segunda etapa consta um «curso de formação profissional». To-

dos estes exames são requisitos para a matrícula na Academia Nacional de Polícia;

2º foi aprovado nos «exames intelectuais» e nos «psicotécnicos e médicos»;

3º o exame de «esforço físico» era composto de autênticas provas de atletismo, compreendendo «salto em altura», «salto em distância», «corrida de velocidade», «subida na corda», etc.;

4º para ministrar o exame médico foi nomeada uma junta médica composta de 3 (três) médicos e de 1 (um) professor de Educação Física;

5º o «exame de esforço físico» foi realizado nos dias 11 e 12 de agosto de 1983, presidido apenas pelo professor de Educação Física, ausentes os (3) três médicos componentes da junta;

6º neste exame foi reprovado, «eis que, conforme afirmou a senhorita, de nome Ana, que acompanhava o citado professor, e que fora pelo mesmo encarregada de cronometrar o tempo de «corrida de velocidade» do impetrante, não havia este feito o trajeto no tempo exigido. Houve acaloradas discussões sobre tal fato, eis que outras pessoas presentes, e que também portavam cronômetros, discordaram da «marcação» da auxiliar do professor...»;

7º em prova anterior havia tido um desentendimento com a referida «auxiliar» do professor, gerando malquerença entre ambos e suspeita de parcialidade;

8º de todos os concorrentes era o impetrante o único a possuir bri-

lhante ficha de atletismo, sendo corredor fundista e meio-fundista, se destacando em provas de revezamento de 4×400 m, 800m, 1500m e 5.000m nos Jogos Estudantis de Pernambuco, sendo detentor de recorde pernambucano estudantil de 400m no revezamento de 4×400, em 1975 e recebeu medalha. Obteve o segundo lugar na prova de 2.500m no Torneio Sesquicentenário da Polícia Militar de Pernambuco, tendo, na Universidade, continuado suas atividades atléticas. Participou das marchas longas de mais de 6.000m na Academia Nacional de Polícia, no curso de formação de escrivão de polícia, cargo que ora ocupa;

9º não foi reprovado pela junta médica, nem pelo professor de Educação Física que presidiu as provas, mas pela «auxiliar» do referido professor, algo assim como, se num exame intelectual da Universidade, fosse reprovado pelo bel e não pelo professor;

10. a Lei nº 4.878/65 nenhuma referência faz a exames de esforço físico como requisito para ingresso no cargo de Delegado de Polícia Federal, tendo referida exigência sido criada por «instruções», é ilegal e abusiva, não podendo impedir o ingresso do impetrante na Academia Nacional de Polícia, 2ª etapa do concurso;

11. referido exame de esforço físico é nulo porque realizou-se sem a presença de três dos membros da junta médica e a marcação do tempo da prova da qual foi reprovado o impetrante, foi feita por pessoa inabilitada e sem credencial da junta».

O impetrante, aditando a inicial, indicou, também, como autoridade coatora, o Diretor da Academia Nacional de Polícia (fl. 45), tendo o MM. Juiz Federal da 2ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco decli-

nado de sua competência em favor de um dos Juizes Federais da Seção Judiciária do Distrito Federal (fl. 46).

Foi deferida a medida liminar (fl. 48).

A autoridade coatora, em suas informações de fls. 51/65, acompanhadas dos documentos de fls. 57/112, preliminarmente argüiu, que, a ser mantida como autoridade coatora o Coordenador Regional do concurso em Pernambuco, competente seria o Juiz daquele Estado, mas prestou as informações porque a liminar só pode ser cumprida por ela e não pelo Coordenador Regional.

Quanto ao mérito, sustentou, em síntese que:

é requisito para a matrícula na Academia Nacional de Polícia gozar o candidato de boa saúde física e psíquica e, com base nessa disposição, foram baixados os editais e as instruções do concurso que regulamentam o exame médico;

o impetrante não obteve a performance mínima exigida na corrida de 12 minutos, isto é, 2.400m, sendo considerado inapto ao exame médico e excluído do curso;

a prova de esforço físico foi feita por professor registrado no MEC, e os resultados examinados pela junta médica, que não precisava estar presente aos testes de esforço físico. O professor de Educação Física pode ter auxiliares.

O representante do Ministério Público, à fl. 113, opinou pelo indeferimento da segurança, por entender que a exigência de exame de esforço físico se acha definida na Lei nº 4.878/65, artigo 9º, inciso VI. Entende haver necessidade de dilação probatória.

O MM. Juiz Federal da 1ª Vara, Dr. Jacy Garcia Vieira, sentenciando às fls. 123/130, concedeu a segu-

rança, submetendo o decisório ao duplo grau de jurisdição.

Inconformada, apelou a União Federal, com as razões de fls. 135/137, sustentando, em resumo, **verbis**:

«Esse Egrégio Tribunal, em inúmeras decisões, entende na esteira do entendimento estampado nos autos do Mandado de Segurança nº 101.729-DF. Relator o eminente Ministro Carlos Mário Velloso, cuja ementa, publicada no **Diário da Justiça** do dia 27-10-83 (pág. 16717), diz:

Mandado de Segurança — Direito Líquido e Certo.

I — Se os fatos apresentam-se controvertidos, não há que se falar em direito líquido e certo, o que desautoriza o uso do mandado de segurança.

II — Segurança indeferida.

Sem qualquer dúvida, a alegação de que outra pessoa cronometrou a corrida realizada pelo impetrante, na qual foi considerado inapto, e que havia malquerença dessa pessoa para com o impetrante, é matéria que haveria de ser deslindada por outra via, e nunca por mandado de segurança.

Assim, não pode prevalecer a decisão atacada, que considerou irregular o teste aplicado ao impetrante».

Nesta Instância, a douta Subprocuradoria-Geral da República, às fls. 123/130, opinou no sentido de que há previsão legal para a exigência da prova de esforço físico, não havendo comprovação de qualquer irregularidade na sua realização.

É o relatório.

Mandado de segurança. Exame de esforço físico. Ingresso na Academia Nacional de Polícia. Tolerância da tabela oficial.

É legítima a exigência de realização do exame de esforço físico, na forma da legislação vigente, para ingresso na Academia Nacional de Polícia.

Há, entretanto, de entender-se que a rigidez da tabela das provas de esforço físico, deve transigir com um percentual mínimo, como já admitida pela Portaria 5-5-75, da Academia.

Na hipótese dos autos, o aproveitamento da prova superou a marca de 90% da tabela oficial, o que pode ser tolerado, sobretudo, quando o impetrante já matriculado por decisão liminar, foi aprovado no Curso de Formação.

Sentença confirmada, pelos fundamentos aqui considerados.

VOTO

O Sr. Ministro José Cândido (Relator): O ilustre sentenciante deixou de cumprir o disposto no parágrafo único do artigo 12 da Lei nº 1.533/51, não sujeitando a sua decisão concessiva da segurança ao duplo grau de jurisdição. Independentemente dessa solenidade, conheço da remessa, como se existente, para reexaminar a causa, também, em razão do recurso do impetrado.

Pela simples conclusão do decisório, já se observa que o **mandamus** seria imprestável para o deslinde da impugnação. O nobre magistrado nega efeito reprovatório a uma das exigências do artigo 9º da Lei nº 4.878/65, quando estabelece, entre os requisitos para a matrícula do candidato na ANP, o de «gozar boa saúde, física e psíquica, comprovada em inspeção médica». Entende que neste dispositivo não há margem para a imposição de «prova de esforço físico ou a corrida como requisito para a matrícula na Academia Nacional de Polícia» (fl. 128). Deduz, em razão disso, que o teste a que se sub-

meteu o autor, foi «irregular e nulo» (fl. 129). Vale dizer, que a decisão de primeiro grau acolheu a vestibular, ao pedir que fosse: a) considerado «ilegal e abusiva a exigência de esforço físico...»; b) considerado «formalmente nulo o mencionado exame pelas irregularidades apontadas e que o invalidam absolutamente...» (fl. 6).

Quanto ao primeiro item, nenhuma razão tem o postulante, nem o MM. Juiz de Primeira Instância, ao acolher tal pretensão. A Lei nº 4.878, de 6-12-65, no seu artigo 9º, inciso VI, é explícita, ao determinar:

«Art. 9º São requisitos para matrícula na Academia Nacional de Polícia:

VI — Gozar de boa saúde física e psíquica, comprovada em inspeção médica».

Advertindo para o texto acima transcrito, diz a autoridade apontada como coatora, **verbis**:

«Consentâneas com a lei regulamentam o exame médico, a Instrução Geral de Concurso Público, nos seus subitens 1.1, 1.2.3, 1.2.4 e 5.1 a 5.6, o Edital nº 018/82-DRS/ANP, no seu subitem 4.1.1, alínea b, e a Instrução Normativa nº 002/82-DRS/ANP, documentos anexados à Petição Inicial sob nºs 3, 2 e 5, respectivamente».

E mais adiante, em suas informações, acrescenta, com bastante juridicidade, **verbis**:

«A Constituição do Brasil, no seu artigo 97, faculta a todos os brasileiros o acesso aos cargos públicos, mas somente àqueles que satisfizerem os requisitos legais. Ora, um dos requisitos para matrícula nesta Academia, consoante prescreve o artigo 9º da Lei nº 4.878/65 (transcrito no citado item 5) é que o candidato goze de boa saúde física e psíquica, comprovada em inspeção médica. A lei não entrou em

detalhes quanto à inspeção médica. É assunto técnico que diz respeito à área médica. Não é esta direção, e muito menos o candidato, que pode opinar sobre o assunto. Por isso é que a Instrução Normativa nº 002/82-DRS/ANP, conforme está expresso na parte introdutória, foi baixada, tendo em vista parecer do Serviço de Inspeção Médica da Divisão do Pessoal do Departamento de Polícia Federal (doc. nº 03).

Assim, o exame médico exigido para matrícula nesta Escola, nos cursos de formação profissional para ingresso em qualquer categoria funcional do Grupo-Polícia Federal, de acordo com a mencionada IN nº 002/82-DRS/ANP, compreende:

a) Exames Biométricos (subitem 3), subdivididos em exames complementares (subitem 3.1) e exames clínicos (subitem 3.2); e

b) Esforço Físico (subitem 4), subdividido em cinco testes, todos eliminatórios, (subitem 4.5): salto em altura, corrida de velocidade, salto em distância, corrida em 12 minutos e subida na corda, cada um destes obedecendo a uma performance mínima.

Forçoso é admitir-se que o exame médico para matrícula nesta Academia, sob pena de responsabilidade dos examinadores, tem que ser dos mais rigorosos, face ao esforço despendido, dos máis intensos, durante a realização do curso, desde o primeiro ao último dia. E a Instrução Normativa nº 002/83-DRS/ANP, no seu subitem 4.2, estabelece qual a aptidão física pretendida, ou seja: um alto grau de desenvolvimento de suas funções cardiovasculares e respiratórias; resistência aeróbica e anaeróbica e qualidades físicas, traduzidas pelos parâmetros de força, flexibilidade, resistência muscular, agilidade,

velocidade, coordenação motora e resistência orgânica, tudo dentro de um equilíbrio fisiológico, de modo a permitir um melhor desempenho das atribuições do candidato durante o Curso de Formação Profissional e no desempenho do cargo pretendido.

Ainda de acordo com os subitens 5.1.2, 5.1.3 e 5.2 da Instrução Geral do Concurso Público (doc. nº 3, anexado à petição inicial), o exame médico poderá se subdividir em várias partes, cada uma delas eliminatórias, só participando das seguintes os candidatos aprovados na anterior.

O impetrante não obteve a performance mínima exigida no teste de corrida em 12 minutos (Teste Cooper), isto é, 2.400m, conseguindo correr apenas 2.300m., conforme ficha médica em anexo (doc. 4), em razão do que foi considerado «inapto» no teste de esforço físico e, conseqüentemente, no exame médico. Por esse motivo foi excluído do Concurso, na forma prevista no subitem 5.7, alínea a, da referida Instrução Geral».

De fato, temos que considerar que a Instrução Normativa nº 001/80-DRS/ANP, ao «regulamentar a aplicação da prova de Esforço Físico do Exame Médico dos Concursos Públicos da Academia Nacional de Polícia» (fl. 77), é ato jurídico capaz de produzir efeitos legais, junto à Administração Pública, e não ato «abusivo» (contrário à lei), como pretendeu definir o impetrante, na sua inicial.

Henrique de Carvalho Simas, em seu «Manual Elementar de Direito Administrativo», Ed. Freitas Bastos, 1974, págs. 160-1, ao incluir as «instruções» entre os atos normativos, define-os:

«Os atos normativos são os que contêm um comando geral do Executivo, visando a explicitar as nor-

mas legais (regulamentos), bem como a disciplinar situações no âmbito da Administração ou ainda impor certas regras de comportamento. São verdadeiros atos legislativos, no sentido material, uma vez que constituem normas gerais e obrigatórias. Exemplos: decretos regulamentares, avisos ministeriais, circulares da Presidência da República, instruções, despachos ou decisões normativas, pareceres do Consultor-Geral da República aprovados pelo Presidente».

Não há, assim, qualquer dúvida sobre a legalidade da instrução normativa atacada, que tem sido alvo de inúmeras decisões plenárias desta Corte, onde sempre mereceu o devido acatamento.

Hely Lopes Meirelles, em «Direito Administrativo Brasileiro», Ed. RT, São Paulo, 1979, pág. 408, ao tratar do aspecto jurídico do concurso, diz:

«A Administração é livre para estabelecer as bases do concurso e os critérios de julgamento, desde que o faça com igualdade para todos os candidatos, tendo ainda o poder de, a todo tempo, alterar as condições e requisitos de admissão dos concorrentes para melhor atendimento do interesse público».

Observa-se que, a prevalecer a fundamentação da sentença, nenhum direito teria o impetrante.

Se nesse aspecto não lhe assiste razão, muito menos se lhe haveria de reconhecer direito, quando assinala na inicial, como segundo ponto de sua impetração, ser «formalmente nulo o mencionado exame pelas irregularidades apontadas e que o invalidam absolutamente» (fl. 6).

Quais foram as «irregularidades» apontadas pelo impetrante? Ele próprio as descreve, em sua inicial, verbis:

«Referido exame de esforço físico era composto de autênticas pro-

vas de atletismo, compreendendo «salto em altura,» «salto em distância,» «corrida de velocidade,» «subida na corda,» etc., tudo conforme a citada «Instrução Normativa n.º 02/DRS/ANP.

Exatamente por essa razão é que para ministrar o exame médico foi nomeada uma junta médica composta de 3 médicos e 1 professor de Educação Física (!!!), conforme Portaria n.º 005/83-GAB (doc. 06). O «exame de esforço físico» foi realizado nas quadras de esportes da Cidade Universitária, da UFPE, nos dias 11 e 12 do corrente, e presidido apenas pelo 4.º membro da junta médica, prof. de Educação Física, André Luciano Galvão Vieira, ausentes os 3 médicos componentes da junta (doc. 7).

Neste «exame» foi o impetrante reprovado, eis que, conforme afirmou a senhorita, de nome Ana, que acompanhava o citado professor, e que fora pelo mesmo encarregada de cronometrar o tempo de «corrida de velocidade» do impetrante, não havia este feito o trajeto no tempo exigido. Houve acaloradas discussões sobre tal fato, eis que outras pessoas presentes, e que também portavam cronômetros, discordaram da «marcação» da auxiliar do professor, o qual, inexistindo filme ou gravação de televisão, que permitissem «replay», como se vê modernamente nas provas de atletismo, preferiu dar crédito à sua auxiliar e reprovar o requerente.

A reprovação se tornava ainda mais inconcebível porque o impetrante, em prova anterior, havia tido um desentendimento com a referida «auxiliar» do professor, gerando malquerença entre os dois, o que emprestava ao caso sérias suspeitas de parcialidade, sobretudo porque, dos concorrentes, era o examinando o único a possuir brilhante ficha em atletismo».

Ao responder aos termos da inicial, diz a autoridade impetrada, verbis:

«O impetrante não obteve a performance mínima exigida no teste de corrida em 12 minutos (Teste Cooper), isto é, 2.400m, conseguindo correr apenas 2.300m, conforme ficha em anexo (doc. n.º 4), em razão do que foi considerado inapto no teste de esforço físico e, conseqüentemente, no exame médico. Por esse motivo foi excluído do concurso, na forma prevista no subitem 5.7 alínea a da referida Instrução Geral.

Desta forma, o impetrante não foi aprovado no exame médico. Foi apenas liberado como «apto para realizar a Prova de Esforço,» conforme reza o subitem 4.3 da Instrução Normativa n.º 002/82-DRS/ANP.

Quanto à junta médica designada, claro está que o professor de Educação Física teria, como teve, por encargo aplicar a Prova de Esforço e não para participar dos Exames Biométricos. O mesmo ocorreria com os exames complementares, se os mesmos fossem feitos por esta Escola. Entretanto como os aludidos exames foram feitos por laboratórios, os especialistas não precisaram ser designados. Assim, a Prova de Esforço foi realizada por professor registrado no MEC, e o resultado dos testes examinados pela junta médica que, ao final, deu o resultado: Inapto. Assim, como a junta médica não necessita estar presente em cada laboratório, não precisa, também, estar presente durante a realização dos testes de esforço físico.

O professor de Educação Física pode ter os auxiliares que necessitar, assim como os médicos também têm as suas atendentes e se a auxiliar do professor de Educação

Física tinha malquerença com o impetrante, o fato deveria ter sido levado ao conhecimento do Coordenador Regional de Concursos, que a tudo assiste, para que adotasse as providências antecipadas. Mas a suposta malquerença foi argüida como suspeita de parcialidade na anotação do tempo marcado pelo cronômetro, ocasionando a inaptidão do impetrante no teste de corrida de velocidade. Ora, como se vê da citada Instrução Normativa nº 002/82-DRS/ANP, o requerente correu os 100m em 14 segs., quando a performance mínima era 16, sendo ele considerado apto neste (doc. 04), como todos os candidatos, uma vez que não houve, no Estado de Pernambuco, um só candidato reprovado no teste de velocidade. Como já disse, o impetrante foi considerado inapto na corrida em 12 minutos (doc. 04), onde não se marca tempo individual de cada candidato, mas a metragem percorrida.

Conforme já esclarecido nos dois itens anteriores, a inaptidão do impetrante foi dada pela junta médica, consoante se vê do documento 04, após a conclusão da Prova de Esforço Físico. O exame médico é um só, embora subdividido em partes».

Ora, basta se pôr em confronto o que as partes alegam sobre o incidente ocorrido com o tempo marcado pela Srta. Ana, que cronometrou a «corrida de velocidade» do impetrante, para que se observe que dúvida dessa natureza não pode ser elidida em mandado de segurança.

A douta Subprocuradoria-Geral da República, em seu Parecer, de fls. 211/6, depois de validar os atos jurídicos praticados pela ANP, sugere uma solução com base na tolerância que deve comportar a prova de exercício físico, dizendo, expressamente, verbis:

«O impetrante, matriculado no Curso de Formação, por força da liminar concedida neste «writ», acabou por lograr aprovação no curso, segundo nos foi informado pela Academia Nacional de Polícia.

Temos assim, que o impetrante, ao longo do exigente processo seletivo a que se submeteu, foi aprovado na Prova de Conhecimento do Curso, no Exame Psicotécnico, nos Exames Biométricos e Clínicos, em quatro dos cinco testes de que se compõe a Prova de Esforço Físico, tendo, finalmente, logrado completar, com sucesso, o Curso de Formação.

Se a segurança vier a ser cassada, o impetrante, depois de tanto esforço, estará impedido de tomar posse no cargo de Delegado de Polícia, porque, em determinado teste, num percurso mínimo de 2.400m correu 100m a menos do exigido, quem sabe se em razão de ligeira indisposição ou até mesmo por auto-suficiência.

A tal resultado não se pode chegar, a menos que se agrida a lógica do bom senso e se afastem os princípios de justiça, para decidir com a lei, em sua interpretação mais restrita. Por isso, essa Colenda Corte resolveu que o requisito de aptidão atlética há de dar por cumprido com a obtenção de pontos aproximados daqueles previstos na tabela oficial, conforme, aliás, orientação que a própria Administração vinha adotando.

A ementa do respectivo Acórdão, já referido no item 9 deste parecer, está assim redigida:

«Agente de Polícia Federal. Concurso de Ingresso no Curso de Formação.

Se bem que compreendido na exigência legal da boa saúde física, o requisito de aptidão atlética

há de se dar por cumprido desde a obtenção de pontos aproximados da tabela oficial, consoante a orientação administrativa em voga» (AMS nº 80.097 — DJ 26-10-78, pág. 8456).

Do exposto conclui-se que há previsão legal para a exigência da Prova de Esforço Físico, não tendo ficado comprovada qualquer irregularidade na sua realização. Contudo, a questão pode ser dirimida em consonância com o entendimento supra».

Não tenho dúvida em aceitar a conclusão do ilustrado parecerista, porquanto estou de pleno acordo com o que, em seu voto, disse o ilustre Ministro José Dantas, na AMS nº 80.097, citado pela Subprocuradoria, verbis:

«Mesmo assim, colho dos autos duas particularidades que interessam ao exame do caso, em favor da impetrante. A primeira se prende à circunstância de que, entre o concurso e a nomeação para o cargo de Agente de Polícia Federal, intercala-se a prestação de um Curso de Formação. Neste curso, também seletivo, é que o candidato terá de adestrar-se ao exercício profissional, com oportunidade naturalmente, de aprimorar a sua aptidão atlética.

Em favor da impetrante, a particularidade serve à compreensão de que, matriculada por força da liminar deferida a 29-1-76, a esta altura, com aquele aprimoramento, deve ter superado o marco mínimo da exigência de aptidão atlética, ou, não superado, certamente já foi desclassificada no curso seletivo que precede a nomeação.

A segunda particularidade que anoto diz respeito a que, em concurso anterior, instruído pelas mesmas condições, o Diretor da

Academia de Polícia relevou, em favor de diversos candidatos, aquela inferioridade de pontos do exame físico, conforme Portaria de 5-5-75 (doc. de fls. 36 e 37). O exemplo se presta à compreensão da maleabilidade do critério de avaliação do teste de aptidão, em condições de aproximação dos seus resultados, e serve ao direito da impetrante, desde a obtenção de 85% dos pontos exigidos».

No caso dos autos, o aproveitamento do teste de «esforço físico,» chegou a superar 90% do que era exigido ao impetrante. Agora, matriculado por força de medida liminar e aprovado no Curso de Formação (fl. 215), não vejo como lhe negar o direito líquido e certo de obter o título a que se propõe, na escala gradual de sua profissão. E este o fundamento pelo qual lhe defiro a segurança, e não pelas razões alinhadas na r. sentença de primeiro grau.

Isto posto, nego provimento à apelação.

Confirmo a decisão recorrida.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

AMS nº 103.169 — DF — Rel.: Sr. Ministro José Cândido.

Remte.: Juízo Federal da 1ª Vara-DF. Apte.: União Federal. Apdo.: Jorge Luiz Bezerra da Silva.

Decisão: A turma, por unanimidade, negou provimento à apelação, para confirmar a sentença e conceder a segurança, prejudicada a remessa de ofício (Em 22-5-84 — 2ª Turma).

Os Srs. Ministros Gueiros Leite e William Patterson votaram de acordo com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Costa Lima. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Gueiros Leite.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 103.329 — BA

Relator: O Sr. Ministro Américo Luz

Remetente: Juízo Federal da 3ª Vara — BA

Apelante: Cia. de Eletricidade do Estado da Bahia — COELBA

Apelado: Cesare Casali — Espólio.

EMENTA

Mandado de segurança. Sociedade de Economia Mista. Companhia de Eletricidade do Estado da Bahia — COELBA. Servidão de passagem. Construção de linhas de transmissão. Inexistência de decreto federal.

Incompetência da Justiça Federal, a teor do artigo 125, inciso I e VIII, da CF.

Para que se fixasse, validamente, a competência da Justiça Federal, seria imprescindível que os atos turbativos de que se queixa o impetrante houvessem sido cometidos pela COELBA, no exercício de atribuição conferida pela União, pressupondo-se aí, pelo menos, a co-responsabilidade desta no cometimento do mesmo.

O que se colhe dos elementos constantes dos autos, é uma situação de fato inquinada exclusivamente à referida empresa, sem qualquer participação de agente público federal.

Sentença anulada.

Remessa dos autos à Justiça do Estado da Bahia.

Apelação provida 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, anular a sentença remetida e determinar a remessa dos autos à Justiça do Estado da Bahia, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 28 de maio de 1984 (Data do julgamento) — Ministro **Antônio Torreão Braz**, Presidente — Ministro **Américo Luz**, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Américo Luz: Cuida-se de mandado de segurança, impetrado pelo espólio de Cesare Casali contra ato do Sr. Diretor-Presidente da Companhia de Eletricidade do Estado da Bahia — COELBA, objetivando a sustação da ordem de instalação de linhas aéreas de transmissão de energia elétrica (Gandu-Ituberá) sobre imóvel rural de sua propriedade, denominado Fazenda Alecrim, posto que inexistente decreto do Presidente da República declarando a utilidade pública da faixa de terreno, e sem que houvesse a prévia e justa indenização em dinheiro.

Assinala o impetrante que em sua propriedade, visando dita instalação, o impetrado promoveu aberturas de rumos, cortes de árvores e escavações para assentamento de postes, a fim de efetivar-se a conseqüente passagem dos eletrodutos.

Junta documentos de fls. 13/15 e 43, respectivamente o título de propriedade do citado imóvel, pelo qual o impetrado pretende passar as referidas linhas, e Ofício de nº 383/82, do Chefe da Divisão de Indenização e Servidão da COELBA, comunicando ao impetrante a existência da importância de Cr\$ 16.400,00, a título de indenização pelos danos havidos em sua propriedade, Fazenda Alecrim, quando da construção da «LD-Gandu-Ituberá», a que se refere o «Processo de Indenização» nº 405/1982 — nos autos às fls. 57/65, a pedido do impetrante.

A liminar foi concedida à fl. 46, sustentando a instalação mencionada, «enquanto não for cumprido o disposto no artigo 153, § 22, da Constituição Federal».

Nas informações, às fls. 50/55, invalidadas pelo ilustre juiz a quo ao fundamento de que não foram prestadas pela autoridade coatora, e sim por advogado, a COELBA, em preliminar, argüi a incompetência da Justiça Federal, ao argumento de que, sendo sociedade de economia mista, não se enquadra nas hipóteses compreendidas pelo artigo 125 da Constituição Federal, e, via de conseqüência, requer a reconsideração do despacho concessivo da liminar.

Manifestação do Ministério Público Federal às fls. 67/69, pela rejeição da preliminar, e, no mérito, pela concessão do **mandamus**.

A sentença, da lavra do MM. Juiz Federal da 3ª Vara-I da Seção Judiciária do Estado da Bahia, Dr. Fernando Tourinho Neto, após repelir a prejudicial, concedeu a segurança, e

condenou o impetrado em honorários advocatícios, fixados em Cr\$ 40.000,00 — fl. 77.

A par da remessa, apela o impetrado, com as razões de fls. 83/101, pleiteando: a) que sejam declaradas válidas as informações de fls. 50/55; b) que se reconheça a incompetência da Justiça Federal; c) que cesse a condenação injusta e ilegal; e d) que se exclua da condenação os honorários de advogado.

À fl. 107, o espólio de Cesare Casali, impetrante, junta petição pela qual assevera que recebeu correspondência da Câmara Municipal de Ituberá — solicitando providências mais justas em favor da normalização da distribuição energética naquele Município, prejudicadas em face da paralisação das obras, por força da segurança concedida, e pede audiência da impetrada na forma do artigo 398 do CPC.

Contra-razões às fls. 109/115, posta em louvores à sentença, pelo que deve ela ser mantida.

As fls. 120/128, a apelante, manifestando-se sobre ditos documentos, pediu fosse eles desentranhados, pois não se trata de fatos novos ocorridos depois da impetração do mandado de segurança e não se destinando a contrapor-se a documentos produzidos nos autos, nem mesmo neles poderiam ficar com base no artigo 397 do CPC.

O MM. Juiz a quo, com base no artigo 463 do CPC, não proferiu decisão a respeito.

Nesta Instância, oficiando nos autos, a douta Subprocuradoria-Geral da República opina pelo parcial provimento do recurso, a fim de que seja excluída do **decisum** a verba honorária, pois incabível na espécie.

É o relatório.

VOTO PRELIMINAR

O Sr. Ministro Américo Luz: Sobre a preliminar de incompetência da Justiça Federal para o julgamento deste mandado de segurança, considerou o magistrado sentenciante (fls. 74/76), em síntese:

«Desempenha a COELBA um serviço público delegado pela União, sob a forma de concessão. Explica Hely Meirelles que serviço concedido é serviço do Poder público, apenas executado por particular em razão da concessão é a delegação contratual da execução do serviço, na forma autorizada por lei e regulamentada pelo executado» (Direito Administrativo Brasileiro, RT, SP, 1976, 4ª ed., pág. 347).

Certo está o Ministério Público quando em seu parecer de fls. 67/69, afirma:

«Conquanto seja a COELBA sociedade de economia mista estadual, executa ela um serviço público de natureza federal, mediante delegação do poder federal competente, sob a forma de concessão».

E, deste modo, «é perfeitamente possível, do que não discrepa a jurisprudência, o mandado de segurança contra ato de particulares investidos de função pública, por delegação: concessionárias de serviço público, sindicatos e diretores de estabelecimentos particulares de ensino» conforme fez ver o preclaro Ministro Carlos Mário Velloso, em palestra proferida no curso sobre «Instrumentos de Proteção aos Direitos Individuais: O mandado de segurança e o *habeas corpus* em São Paulo, no dia 15-10-79.

E o agente delegado que praticar o ato impugnado responderá perante qual Juízo?

Dúvida nenhuma existe que é perante o Juízo privativo da entidade delegante»

Após mencionar opiniões de juristas como o citado Hely Lopes Meirelles, Celso Agrícola Barbi e Castro Nunes, colaciona o Acórdão proferido na AMS nº 85.375, de que foi Relator o Sr. Ministro Carlos Mário Velloso, dizendo a ementa:

«Atribuições delegadas são de responsabilidade da entidade delegante, inobstante responder como coator a autoridade delegada que praticar o ato impugnado. Todavia, responde a autoridade delegada, através do mandado de segurança, no juízo privativo da entidade delegante. Recurso provido, parcialmente». (Ementário de Jurisprudência do TFR, Vol. 45/209).

E concluiu S. Exa., *in verbis*:

É como se pode observar, portanto, esta Justiça competente para conhecer e decidir o presente writ.

Data maxima venia, afigura-se-me evidente a incompetência da Justiça Federal para apreciar a espécie, a teor do disposto nos incisos I e VIII do artigo 125 da Carta Magna. E que a Companhia de Eletricidade do Estado da Bahia — COELBA — está organizada como sociedade de economia mista, na qual o Estado tem o controle acionário. O fato de ser a empresa concessionária de serviço público delegado pela União (CF, artigo 8º, inciso XV, alínea b), não influi *in casu*, de vez que o ato atacado na impetração não afeta, direta ou indiretamente, autoridade do Poder Executivo Federal. Tanto isso é verdade que na peça vestibular o impetrante enfatizou (fl. 2):

«Em julho próximo passado, o impetrante — demonstrando a sua titularidade de direito real oponível a terceiro sobre o prédio rural, denominado Fazenda Ale-

crim, sito no Km 5 da Rodovia Ituberá/Gandu e apontado atos turbativos de responsabilidade da autoridade impetrada — pediu segurança, para que a COELBA não instale sobre o referido imóvel a linha de transmissão Gandu-Ituberá, de 34,5 kw — a) antes do decreto do Presidente da República, declarando a utilidade pública da faixa de terreno, para fins de constituição de servidão pública de eletroduto, b) existindo ato Presidencial, sem prescindir da prévia e justa indenização em dinheiro».

A Súmula nº 62 desta Egrégia Corte não se aplica ao presente feito, conforme se infere do seu enunciado:

«Compete à Justiça Federal processar e julgar ação de desapropriação promovida por concessionária de energia elétrica, se a União intervém como assistente».

Para que se fixasse, validamente, a competência da Justiça Federal, seria imprescindível que os atos turbativos de que se queixa o impetrante houvessem sido cometidos pela COELBA; no exercício de atribuição conferida pela União, pressupondo-se aí, pelo menos, a coresponsabilidade desta no cometimento do mesmo.

O que ocorre, a meu ver, segundo os elementos constantes dos autos, é uma situação de fato inquinada exclusivamente à referida empresa, sem qualquer participação de agente público federal.

Dispõe o artigo 2º da Lei nº 1.533/51:

«Considerar-se-á federal a autoridade coatora se as conseqüências de ordem patrimonial do ato contra a qual se requer o mandado houverem de ser suportadas pela União Federal ou pelas entidades autárquicas federais»

Conclui-se, portanto, que, sendo a COELBA uma sociedade de economia mista, de âmbito estadual, não responde no foro da Justiça Federal, pois este é absolutamente incompetente para processar e julgar o presente mandado de segurança, sendo competente a Justiça Estadual.

Com estas considerações, anulo a sentença remetida (CPC, artigo 248).

Dou parcial provimento à apelação, por reconhecer a incompetência da Justiça Federal, pelo que determino a remessa dos autos à Justiça do Estado da Bahia.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

AMS nº 103.329 — BA — Rel.: O Sr. Ministro Américo Luz. Remte.: Juízo Federal da 3ª Vara — BA. Apte.: Cia. de Eletricidade do Estado da Bahia — COELBA. Apdo.: Cesare Casali — espólio.

Decisão: A 6ª turma, por unanimidade, anulou a sentença remetida e determinou a remessa dos autos à Justiça do Estado da Bahia. (Em 28-5-84 — 6ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Torreão Braz e Wilson Gonçalves. Presidiu a sessão o Sr. Ministro Antonio Torreão Braz.

RECLAMAÇÃO Nº 165 — DF

Relator: O Sr. Ministro Pedro da Rocha Acioli

Reclamante: Miriam de Jesus Madeira Bastos

Reclamado: O Sr. Ministro de Estado das Relações Exteriores.

EMENTA

Processual Civil. Reclamação. Incidente de falsidade. Cumprimento de decisão do TFR proferida em mandado de segurança.

Reclamação com o escopo de garantir a autoridade de decisão do Tribunal Federal de Recursos, proferida em mandado de segurança. Obstáculo apresentado pela autoridade coatora, o qual teria tornado impossível o cumprimento cabal do Acórdão. Incidente de falsidade de que se não conhece, incabível no caso. Ainda que apreciada como simples preliminar, a falsidade documental irrogada não logrou comprovação por parte da reclamante.

Reclamação improcedente.

ACÓRDÃO

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

Decide o Plenário do Tribunal Federal de Recursos, por maioria, não conhecer do incidente de falsidade e julgar a reclamação improcedente, 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 setembro de 1983 (Data do julgamento). — Ministro José Fernandes Dantas, Presidente — Ministro Pedro da Rocha Acioli, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Pedro da Rocha Acioli: Miriam de Jesus Madeira Bastos, servidora do Ministério das Relações Exteriores, enquanto prestava serviço na Embaixada do Brasil em Luanda — Angola, onde fora lotada, fora mandada de volta para o Brasil pelo Ministro das Relações Exteriores contra cujo ato (datado de 12-7-82) a servidora impetrou mandado de segurança para o fim de desfazer-se a remoção e se lhe assegurar o exercício de sua função de datilógrafa naquela localidade. O

«writ» foi deferido por maioria pelo Tribunal, segundo o Acórdão lavrado nos seguintes termos:

«Administrativo. Funcionário. Remoção. Lei nº 1.711/52, Artigo 56, Decreto nº 53.481, de 23-1-64, artigos 13 e seguintes.

I — O ato de remoção *ex officio* deve demonstrar, objetivamente, o interesse da Administração (Decreto nº 53.481, de 1964, artigo 18, parágrafo único). Devem ser observadas, outrossim, as normas exigidas no processamento da remoção *ex officio* (Decreto nº 53.481/64, artigo 20, I). O ato de remoção declarará, expressamente, a decorrência do claro de lotação preenchido (Decreto nº 53.481/64, artigo 21). Não observados tais preceitos normativos, é nulo o ato.

II — Mandado de segurança deferido.» (MS nº 98.615-DF, Reg. nº 3417492, DJ 7-4-83)

Expediu-se o Ofício Executório nº 2.913/82-SbP, datado de 13-12-82, que foi recebido pelo Ministério das Relações Exteriores no dia 15 do mesmo mês e ano. Quase dois meses depois, isto é, 11-2-83, a impetrante, em face do não atendimento do ofício, interpôs reclamação para o fim de este Tribunal determinar à autoridade requerida o imediato cumprimento da decisão — RI-TFR, artigo 201.

A autoridade requerida prestou as informações solicitadas: ponderou não se afigurar «realizável, na prática, o cumprimento da respeitável sentença (sic) uma vez que, declarada indesejável oficialmente, a requerente teve vedado o seu ingresso no país e o ato de retorno poderá ser interpretado como inamistoso pelo Governo com o qual o Brasil mantém relações» (fl. 13). Afirmando, assim, impossibilidade de cumprimento do Acórdão desta Corte, arrolou os seguintes fatos:

«a) o encarregado de Negócios do Brasil em Luanda comunicou à Secretaria do Estado das Relações Exteriores que fora procurado, a 30 de dezembro de 1981, pelo Chefe do Departamento da América Latina do Ministério das Relações Exteriores daquele país, que o informara de que a funcionária Miriam de Jesus Madeira Bastos, lotada na missão brasileira, fora considerada *persona non grata* por seu Governo;

b) ao tempo em que fazia essa comunicação, o aludido diplomata angolano expressava o desejo de que a retirada dessa funcionária se fizesse de forma mais discreta possível, «com vistas a evitar repercussão negativa às boas relações entre o Brasil e Angola»;

c) a solicitação do Governo de Angola está de acordo com o disposto na Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas, de 18 de abril de 1961, que estabelece em seus artigos primeiro, letras f e g, e nono, itens I e II, o procedimento dos Estados nessa circunstância;

d) o Ministério das Relações Exteriores não providenciou de imediato o solicitado, tendo em vista, em primeiro lugar, a cautela sugerida pela autoridade angolana, que não fixou o prazo de partida, e, se-

gundo, por motivos humanitários, dado o estado de gravidez da funcionária em causa;

e) nesse entretempo, e por conta própria, a autora veio ao Brasil para os serviços de parto e em gozo de licença gestante. De volta ao posto, o Ministério das Relações Exteriores removeu-a para a Secretaria de Estado, *ex officio*, por Portaria de 13 de julho de 1982, sem especificar — pelos motivos já expostos — as razões desse ato. Preferiu o Ministério optar pela forma rotineira pela qual se processam tais remanejamentos e decidiu, igualmente, nas suas informações a esse ilustrado Tribunal, manter a discrição que lhe pareceu condizente;

f) vale ainda ressaltar que a conduta da Senhora Madeira Bastos pareceu de tal gravidade ao Governo de Angola, que este, a 30 de agosto de 1982, reiterou, por nota (documento em anexo), o pedido anterior;

g) embora nos termos convencionais não me coubesse manter outra posição que a tomada, procurei adotar uma atitude de justificada reserva nas informações prestadas. Diante, porém, da ocorrência da sentença do Egrégio Tribunal Federal de Recursos, pareceu-me não subsistir razão para a discrição anteriormente adotada, pelo que me dirijo a Vossa Excelência apontando as motivações do ato cominado, que obedeceu às imposições de compromissos internacionais e da cautela e manutenção do bom relacionamento entre os dois Estados (fls. 11/12).

Junto com as informações, veio cópia xerox da nota verbal nº 182/DAP/SAAL/82, do Ministério das Relações Exteriores da República Popular de Angola, datada de 30 de agosto de 1982, devidamente autenti-

cada e sem a assinatura da autoridade competente como é peculiar à natureza do documento, no qual se lê: (fl. 14).

Em consonância com esse documento, foi encaminhado um expediente pelo Itamaraty diretamente ao então Presidente Ministro Jarbas Nobre. A Procuradoria-Geral da República também fez uso desse mesmo documento, anexando-o por cópia a requerimento nos autos do mandado de segurança em que se pediu a «declaração de inexecutabilidade do Acórdão» (sic).

Por ofício de fl. 53, o Ministro Jarbas Nobre transmitiu-me cópia do expediente que recebera do Itamaraty, do teor seguinte: — fl. 54 (leio).

Em aditamento por ofício que também me foi transmitido pelo Ministro Jarbas Nobre, o Itamaraty prestou as seguintes informações complementares: — fls. 56/57 (leio).

As fls. 62/65, a reclamante, afirmando ser falsa também a N.V. 20/DAP/SAAL/83, apresentou a seguinte petição: — (leio). Anexados os documentos de fls. 66/70. Lancei o despacho que leio — fl. 72.

O Itamaraty encaminhou novo expediente que leio: — fls. 74/75. O original da nota mencionada é do seguinte teor: — fl. 76 (leio).

Reporto-me, ainda, às petições que a reclamante apresentou através de outro advogado: — leio (fls. 86, 88, 102 e 107/108).

A Subprocuradoria-Geral da República, bem representada pelo Subprocurador-Geral, Dr. Geraldo Fonteles, finalmente oficiou, de cujo parecer destaco:

«Preliminarmente, entendemos, data venia, que deve ser decidido o incidente de falsidade, antecipando-se assim o pronunciamento do Tribunal sobre a matéria de ordem jurisdicional tão bem e judiciosamente assinalado por V.

Exa. que, se afastada, por improcedência, implicará forçosamente em ser prejudicada a reclamação, pois não há como se pretender a eficácia jurídica de decisões proferidas no Brasil, para serem executadas em país estrangeiro, especialmente quando do desdobramento das questões incidentes resultar decisões que se não harmonizam, tornando uma delas incompatível com a ordem jurídica internacional.

Aliás, convém adiantar-se que, no decurso do prazo assinado à reclamante, para oferecer prova de falsidade das notas verbais impugnadas, o Ministério das Relações Exteriores envidou providências para cumprir a decisão prolatada no mandado de segurança, tendo sido obstado esse intento pela manifestação expressa do documento de fl. 86, juntada aos autos no seu original.

Nessas condições, cumpre examinar o mérito do incidente de falsidade, o que passamos a fazer para demonstrar a sua inteira e total improcedência.

Apesar de ter sido concedido o prazo de 60 dias pelo despacho de fl. 72, datado de 18-4-83, e somente publicado no DJ de 9-5-83, já decorreu do mencionado despacho, até agora, prazo superior ao dobro do concedido, ou seja 124 dias, e, nenhuma prova concreta fora oferecida. Pelo contrário, continua a reclamante a usar de medidas procrastinatórias, com o intuito de não ser alcançada a sua responsabilidade pela constatação da verdade.

Efetivamente, o que se verifica é que o requerimento dirigido pela reclamante ao Ministério das Relações Exteriores de Luanda, fora comprovadamente ali recebido e acusado aos 23 de março de 1983, 18 dias após ter sido postado no

Brasil, conforme documentos de fls. 66/68, anexado aos autos pela própria reclamante.

Entrementes, pôde a Subprocuradoria-Geral da República em diligência junto ao Ministério das Relações Exteriores do Brasil, colher informes, no sentido de que a resposta ao requerimento da reclamante fora dada à sua primitiva advogada.

Pois bem, eminente Ministro-Relator, chega-se à conclusão de que a reclamante, usando de expediente solerte e de torpe inspiração, trocou de advogado para justificar a não apresentação da resposta dos órgãos da República Angolana, confirmando a veracidade e autenticidade dos documentos oferecidos pelo reclamado e inquinados de falsidade.

Note-se que a primitiva advogada, ao formular o substabelecimento ao outro profissional, fugiu a norma comum de proceder com reservas de iguais poderes para si, precisamente para que não se pudesse vinculá-la à prestação da prova por ela concebida, e posta em prática nos autos, mas que frustrando a sua vontade, esbarrou diante da verdade que a comprometeu, tanto quanto a leviana pretensão da reclamante.

Com efeito, o procedimento da advogada em convivência com a temerária acusação formulada no incidente de falsidade não se compadece com a ética profissional, da mesma maneira que a funcionária reclamante não teve pejo em se colocar na falsa posição de quem não tem condições de permanecer no serviço público.

Destarte, impõe-se a conclusão de que outra solução não pode ocorrer senão a decretação de improcedência do incidente de falsidade.

Como segunda conclusão, e, em consequência da desacolhida do incidente, a reclamação deve ser declarada prejudicada, até porque, estando a digna autoridade acusada no incidente, promovendo a competente ação penal, em que a mesma reclamante é indiciada, não pode ela ser afastada do país, mormente quando está materialmente impossibilitada de entrar no país do qual foi removida por repúdio do seu governo, certamente, a um comportamento tão indigno quanto o é o de permanecer desonrando, a nobre classe dos funcionários públicos com procedimentos reprováveis.

Nestes termos. P. Deferimento» (fls. 113/116).

Requerimento, ainda, do Dr. Geraldo Fonteles — fl. 118 — em que pede «a juntada aos autos dos documentos anexos, a saber: a) Ofício DJ/48/312-4 do Ministério das Relações Exteriores, ao qual se juntou; b) cópia da carta, de 30-5-83 enviada pelo Ministério das Relações Exteriores de Angola à advogada de Dona Miriam de Jesus Miranda Bastos, Dra. Maria Luíza de Arruda, respondendo a requerimento seu, o qual consigna a veracidade e autenticidade das notas verbais acoimadas de falsidade.»

É o relatório.

QUESTÃO DE ORDEM

O Sr. Ministro Pedro da Rocha Acioli — Relator: Senhor Presidente, considerando a relevância da matéria e a par das considerações expostas pelo ilustre advogado da reclamante e, bem assim, pelo eminente Subprocurador-Geral da República, submeto à elevada apreciação da Corte a proposta de transformar este Plenário em reunião de Conselho, em consonância com o disposto nos artigos 140, 170 I e 171, parágrafo

único, do Regimento, prosseguindo o julgamento, posteriormente, em sessão pública.

VOTO

O Sr. Ministro Pedro da Rocha Acioli — Relator: Em 9-12-82, este Tribunal, em plenário, julgou o mandado de segurança impetrado pela Sra. Miriam de Jesus Madeira Bastos, concedendo, por maioria, a segurança para o fim de tornar sem efeito ato do titular da Pasta das Relações Exteriores for força do qual fora a impetrante, ora reclamante, removida da Embaixada brasileira em Luanda para a Secretaria de Estado no Brasil.

Meses depois, não cumprida a decisão, a impetrante apresentou reclamação.

Ouvida, a autoridade requerida informou que a decisão não era suscetível, na prática, de execução, posto que a referida servidora havia sido oficialmente declarada indesejável, conforme expediente apresentado, oriundo da representação do Governo de Angola. A reclamante, porém, à guisa de incidente de falsidade, alegou que «a autoridade requerida incorreu em falsidade por contrafação, ou seja, confecção de documento para determinação de um falso juízo», acrescentando que o documento inquinado de falso, a nota verbal do Governo de Angola, não continha assinatura e duvidosa se mostrava a sua origem (fl. 19), argumentando que após a data em que teria sido declarada *persona non grata* (31-12-81), entrara e saíra de Luanda sem qualquer constrangimento (23-2-82 e 23-3-82, conforme está registrado no seu passaporte) — (fl. 18).

Estes os fatos, nos seus contornos básicos.

II

É de ver que ao tempo do julgamento do mandado de segurança, o Tribunal não fora informado de que a impetrante havia sido declarada indesejável pelo Governo de Angola. Esse fato, a considerar verdadeiro o conteúdo da Nota Verbal nº 20, (fl. 60), fora levado ao conhecimento da encarregada de negócios da Embaixada Brasileira, Conselheira Laura Macedo, em 10 de dezembro de 1981. Isto é, na oportunidade das informações a autoridade coatora já deveria ter ciência do que se passava. Assim, a omissão da informação afigura-se um comportamento de des zelo, senão de irresponsabilidade.

III

O Tribunal decidiu com a lei e segundo os fatos registrados nos autos, merecendo invocar-se a parêmia *quo non est in actis, non est in mundo*. A decisão desta Corte, portanto, sob todos os títulos, traz a âncora da juridicidade.

O Acórdão, no caso, como projeção de uma relação jurídico-processual complexa e progressiva, acabou por conferir à autoridade coatora, indiretamente, uma obrigação de fazer e reconheceu à impetrante — credora dessa obrigação — um direito tutelado pela ordem jurídica. Tal é o enfoque que se pode deduzir à luz da concepção do processo como relação jurídica, inicialmente prevista por Bülow e vivificada a partir de Wach e Kohler e que, conquanto rejeitada por Goldschmidt (in «Teoria General del Processo»), merecera o prestígio de tantos outros estudiosos, dentre os quais destacando-se Chiovenda e Calamandrei.

A relação jurídica, seja processual ou material, subjacente a todo conflito de interesses, é categoria básica de todo o sistema jurídico, eis que não há titular de um direito senão

em face de uma relação — liame que vincula duas ou mais pessoas.

O Acórdão proferido no mandado de segurança, como decisão repressiva, teve como objetivo esconjurar uma ilegalidade consumada: invalidação de um ato do titular da Pasta das Relações Exteriores tido como ofensivo de direito individual líquido e certo. Da invalidação desse ato, decorrem, no caso, naturais efeitos secundários, quais seja, obrigação do órgão competente de promover o retorno da impetrante, ora na qualidade de reclamante, ao local de trabalho onde fora lotada (Embaixada do Brasil em Luanda) e a liberação de vantagens pecuniárias devidas em razão do local de trabalho e da função.

Verifica-se às fls. 54/70 que a remoção da Sra. Miriam da Embaixada do Brasil em Luanda para a Secretaria de Estado, em Brasília, fora tornada insubsistente, conforme Portaria datada de 16-3-83, publicada no Boletim de Serviço nº 39. Como se vê também às fls. 74/56, o Itamaraty dera início às providências burocráticas com vistas ao retorno da Sra. Miriam para Luanda, diligências que foram frustradas em face da negativa do visto de entrada do Governo de Angola. Não se pode discutir, em razão do princípio da soberania do Estado, essa negativa, sendo de reconhecer-se inviável o retorno da funcionária a Luanda. Esse fato se impõe em face do contexto probatório, que está a merecer as considerações que passamos a tecer.

A impossibilidade de retorno, de certa forma, fora reconhecida pela reclamante, quando requereu administrativamente, embora sem resposta, a sua permuta com o servidor Luiz Fernando de Souza, que aceitara, lotado em Sófia — Bulgária, com o recebimento da diferença de vencimentos (fl. 70).

A falsidade documental levantada pela reclamante está calcada em três pontos: a) falta de assinatura das Notas Verbais nºs 20 (fl. 60) e 182 (fl. 14); b) origem duvidosa de tais notas, e c) entrada em Angola e saída daquele país após a data em que teria sido (a reclamante) declarada indesejável ao povo angolano.

Sob o aspecto da falta de assinatura das notas, a arguição de falsidade não procede. Com efeito, inserindo-se no conceito de nota diplomática, a nota verbal — é truísmo dizer-se — constitui instrumento somenos, de comunicação oficial nos meios diplomáticos, isto é, é um veículo específico de comunicação despido de solenidade tanto que (a nota) não tem que necessariamente receber a assinatura da autoridade emitente, segundo costume de prática diuturna no trato da correspondência diplomática.

Assim, as notas verbais referidas nos autos são, sob o ponto de vista formal, perfeitamente válidas.

Noutro ponto, a reclamante não logrou provar a irrogada falsidade. Em correspondência que encaminhou, por intermédio de sua advogada, Dra. Maria Luíza de Arruda, ao Ministro das Relações Exteriores da República Popular de Angola, a Sra. Miriam Bastos indaga:

a) O anexo 1 (N.V. 182/DAP/SAAL/82 e o anexo 2 (N.V. 20/DAP/SAAL/82) são falsos, forjados ou adulterados?

b) Por que o Governo de Angola concedeu vários vistos de entrada e saída, em 23 de fevereiro de 1982 e 29 de junho de 1982 (Anexos 4 e 5) à Sra. Miriam de Jesus Madeira Bastos se ela fora considerada **persona non grata** a partir de 30 de dezembro 1981?

c) Por que o Governo de Angola a 30 de agosto de 1982 recomendou a retirada da Sra. Miriam se o vis-

to de sua permanência no país era válido até 31 de agosto de 1982?» (Fl. 91).

E acrescenta:

«a) Qual é o teor da N.V. 37/MRE/83, de 18-3-83 da Embaixada do Brasil em Luanda e qual o teor da resposta dada pelo Governo de Angola ao pedido de solicitação dos vistos de entrada?

b) A resposta do Governo de Angola concedia ou negava os vistos de entrada da Sra. Miriam e seus dependentes?

c) Se foi negada quais foram os motivos ou razões alegadas?

d) Quais os elementos de informações de que dispõe os órgãos e serviços de segurança do Governo de Angola que possam impedir o retorno da Sra. Miriam de Jesus Madeira Bastos a esse país?» (Fl. 92).

A resposta está à fl. 120, nestes termos:

«Dra. Maria Luiza de Arruda

SQS 406 bloco T ap. 306

70255 Brasília DF

Brasil.

Exma. Sra.

Tenho a honra de acusar a recepção da solicitação enviada por vós a Sua Excelência o Senhor Ministro das Relações Exteriores e, em seu nome, transmitir a Nota Verbal nº 182/DAP/SAAL/82, datada de 30 de agosto de 1982, é autêntica e o facto de a mesma não ser assinada deve-se a que a correspondência diplomática *sui generis* carece de assinatura.

Ciente de corresponder à preocupação expressa, aproveito o ensejo para renovar os protestos de minha consideração atenta.

Chefe do Departamento da América Latina (fl. 120).

Esclareça-se que a resposta só veio aos autos por promoção do Itamaraty e não da Sra. Miriam.

Diante dos termos da resposta do Governo de Angola, não há como prestar-se valia à arguição de falsidade, até mesmo pela impossibilidade jurídica de investigar-se, na via judicial, a veracidade do informe oferecido pelo governo angolano que pode até admitir, por tolerância e no limite da sua soberania, a entrada da reclamante naquele país, como igualmente por tolerância parece ter feito pelo que se deduz ao confronto dos fatos e datas indicadas pela mesma reclamante. A esta restaria a possibilidade de obter uma decisão da Justiça angolana que porventura lhe favorecesse, submetendo aquele governo à sua jurisdição. Tal empreendimento, além de difícil, poderia trazer indesejáveis repercussões. A despeito, porém, de tudo isso o certo é que:

— o retorno da reclamante a Luanda, repita-se, é, nesse contexto, impraticável e

— A Sra. Miriam de Jesus Madeira Bastos não logrou provar a irrogada falsidade.

V

A obrigação, entretanto, de promover o retorno da reclamante, resultante da relação jurídica entre esta e a Administração (União Federal), pode ser satisfeita por conversão em perdas e danos, que se afigura possível segundo a previsão do artigo 633 do CPC. Tal alternativa pode ser satisfeita administrativamente, restando sempre aberta à parte interessada a via (da execução) judicial.

VI

Ao exame, pois, do caso, entendo deva ser acolhida parcialmente a reclamação para o fim de determinar

à autoridade coatora que promova a execução do Acórdão de modo alternativo, sem prejuízo dos interesses da Administração.

Justifico a decisão.

A reclamação, por si só, afigura-se um remédio pelo qual a parte interessada espera obter uma medida executiva, satisfativa de um direito judicialmente reconhecido, isto é, reconhecido por sentença. Com efeito, o alcance da decisão veiculada ut supra afeiçoa-se, pelo seu conteúdo e de certa forma, a uma medida executiva de sub-rogação, ou mais exatamente «a meio executivo de sub-rogação» como ao gosto da doutrina de Chiovenda («Instituzioni», v. I, nº 86), determinada, pois, pelo órgão jurisdicional independente da vontade do obrigado.

Quem reclama, no meu sentir, pede execução, que pode ser deferida em quantidade menor. Daí não há dizer que se está julgando sem pedido ou provocação.

O Acórdão do mandado de segurança, como categoria de título jurídico, encerra, indubiosamente, uma obrigação, que pode ser satisfeita de modo alternativo. Quando determino à Administração promover o cumprimento da obrigação de outro modo, sem prejuízo dos interesses da Administração, significa impor ao devedor o ônus de apresentar à credora proposta concreta alternativa como sucedâneo da obrigação não cumprida pelo próprio, restando sempre, obviamente, às partes interessadas, caso não cheguem a uma avença, a via judicial.

No fundo, estou possibilitando ao devedor exercer uma opção de apresentar uma proposta concreta de como realizar a prestação alternativamente. É até prudente e aconselhável tal medida, posto que deve ser do interesse da Administração, de quem se espera deva operar no

plano da legalidade, livrar-se de maiores encargos decorrentes de uma execução judicial iminente.

Ora, diante de uma execução à custa do credor (em tal hipótese, forçadamente por via judicial), sem uma iniciativa do devedor, haverá de presumir-se culpa deste, por não demonstrar interesse no cumprimento da obrigação, o que, pela peculiaridade do caso, se afiguraria, em última instância, censurável des zelo em face da decisão desta Corte.

A procedência parcial da reclamação, de resto, produz, de certa forma, também um efeito moral.

Justificável a medida, ao meu ver, por tudo aqui já exposto.

A conclusão, pois, seria julgar-se a reclamação procedente em parte para o fim acima enunciado. Entretanto, de par com a tendência da maioria e em obséquio às notáveis considerações aqui expostas, julgo improcedente a reclamação, ressalvando à reclamante, contudo, as vias ordinárias, em que se poderá discutir perdas e danos. A autoridade requerida poderá usar de peças do processo para fins de direito. A Subsecretaria devolverá ao Ministério das Relações Exteriores os documentos privativos do arquivo daquele órgão, conservando nos autos, cópia de igual teor.

É como voto.

VOTO

O Senhor Ministro Américo Luz: Senhor Presidente, não conheço do incidente de falsidade, por entendê-lo incabível em ações de mandado de segurança. Se não cabe em mandado de segurança, também não caberia nas conseqüências de eventual alegação de descumprimento da sentença mandamental.

Quanto à reclamação, também, reconheço a impossibilidade do cum-

primimento da decisão por fatos supervenientes.

Assim, julgo improcedente a reclamação, mas lembro ao tribunal o disposto no artigo 15 da Lei nº 1.533/51: que essa decisão não impedirá que o requerente, por ação própria, pleiteie os seus direitos e respectivos efeitos patrimoniais.

É o meu voto.

VOTO

O Senhor Ministro Antônio de Pádua Ribeiro: Senhor Presidente, estamos a enfrentar processo de reclamação, cuja finalidade, à vista do artigo 194 do Regimento Interno, é, no caso, tão-somente, de assegurar a eficácia da decisão proferida por esta Corte no mandado de segurança impetrado pela reclamante contra ato do Ministro das Relações Exteriores, que a removeu, de ofício, das suas funções exercidas perante a nossa representação diplomática em Luanda. Segundo se alega, a decisão não foi cumprida em razão de força maior, qual seja, em razão de ter sido a funcionária declarada pessoa não grata pelo Governo de Angola. Ocorre, porém, que no bojo da reclamação suscitou-se argüição de falsidade, e, tal questão, sem dúvida, é prejudicial. Quem estará a dizer a verdade? A reclamante, ou o reclamado?

Para solucionar esta questão, penso que só mesmo através das vias ordinárias, vez que, conforme bem assinalou o eminente Ministro Américo Luz, não cabe suscitar-se incidente de falsidade em ação de segurança. Isto, aliás, está explicitado em trabalho conhecido de Hely Lopes Meirelles em precedente desta Corte, de que foi Relator o eminente Ministro Justino Ribeiro.

Na verdade, o incidente de falsidade extravasa do âmbito da ação mandamental, e a razão disso está

em que no incidente de falsidade exige-se a produção de provas incompatíveis com a via mandamental: prova pericial, prova testemunhal. A meu ver, a mesma regra é aplicável com relação à reclamação vez que, conforme assinalado, sua função é tão-somente fazer cumprir a decisão desta Corte. Não se vai além disso. Se, nesse caso, se suscita tal questão, que exige a interferência das vias ordinárias, penso que não podemos conhecer do incidente de falsidade. Tendo, portanto, que examinar a representação, alternativa não vejo senão dar como válida a afirmação da autoridade, sem prejuízo de assegurar à reclamante de, nas vias ordinárias, provar que aquela afirmação é falsa e, se assim entender, pedir as reparações que julgar devidas.

Portanto, o meu voto, em conclusão, é não conhecendo da argüição de falsidade e julgando improcedente a reclamação, com as ressalvas mencionadas.

VOTO

O Sr. Ministro Flaquer Scartezzini: Senhor Presidente, no concernente ao incidente de falsidade, ante a inviabilidade manifesta e também ante ao descabimento dele, não conheço.

Quanto à reclamação, desde que tenha a autoridade reclamada dela tomado conhecimento e tornado subsistente o ato de remoção, colocando a reclamante para fins de direito nas funções da Embaixada do Brasil em Angola, cumpriu, a meu ver, integralmente a decisão deste Tribunal.

Com estas considerações, não conheço da reclamação.

É o meu voto.

VOTO

O Sr. Ministro Helio Pinheiro: Sr. Presidente, não conheço do incidente, por incabível, como bem demonstrado pelo insigne Ministro Pádua Ribeiro.

No tocante à reclamação, tenho-a por improcedente. Resulta demonstrado que a autoridade impetrada não descumpriu a decisão judicial. Nestas condições, não há como se dar pela procedência da reclamação.

VOTO

O Sr. Ministro Armando Rollemberg: Sr. Presidente, não conheço do incidente e julgo improcedente a reclamação, por considerar que o Ministro das Relações Exteriores cumpriu a decisão do Tribunal na parte em que lhe era possível fazê-lo.

VOTO

O Sr. Ministro Moacir Catunda: Sr. Presidente, meu voto é desconhecendo do incidente de falsidade e julgando a reclamação improcedente, porque a autoridade impetrada cumpriu o mandado de segurança expedido pelo Tribunal, no que era possível cumpri-lo.

VOTO PRELIMINAR

O Sr. Ministro Carlos Madeira: Sr. Presidente, em reclamação, que é medida meramente regimental, não cabe o incidente de falsidade. Se a reclamante teria motivos para argüir a falsidade de documento oriundo de país estrangeiro, teria que, no mínimo, mover uma ação declaratória, previamente à reclamação. Logo não conheço do incidente.

VOTO MÉRITO

O Sr. Ministro Carlos Madeira: Julgo improcedente a reclamação, porque, ao que me parece, há um consenso do Tribunal. A autoridade impetrada cumpriu, no âmbito de sua atribuição, a ordem emanada deste Tribunal. Não pôde executá-la, porém, em país estrangeiro.

Julgo improcedente a reclamação.

VOTO VOGAL

O Senhor Ministro Evandro Gueiros Leite: Sr. Presidente, o incidente de falsidade parece-me ser autônomo, ou deveria sê-lo, muito embora veiculado no instrumento da reclamação. Daí porque gostaria de indagar do eminente Relator se o incidente pertine com o mandado de segurança ou a reclamação.

O Senhor Ministro Pedro da Rocha Acioli: à reclamação.

O Senhor Ministro Evandro Gueiros Leite: Agradeço a V.Exa. Na verdade, se o incidente é relativo a uma alegação reputada falsa, tal não poderia ocorrer na reclamação e sim no mandado de segurança.

O Senhor Ministro Pedro da Rocha Acioli: O incidente de falsidade veio alegando que os documentos apresentados pela Embaixada eram falsos. Então, daí é que pediram um prazo determinado para fazer essa prova. Foi concedido, e não foi feita a prova.

O Senhor Ministro Evandro Gueiros Leite: pelo que vejo, a reclamante utiliza o incidente de falsidade e a reclamação em um único processo. Contudo, são procedimentos diversos e distintos. Por isso, conheço do incidente de falsidade em relação ao mandado de segurança e o admito, embora a própria reclamante assegnore, no seu memorial está consciente de que certa alegação não condiz com a verdade dos fatos. Acho, ape-

sar de tudo, que a falsidade seria material e não ideológica.

Julgo improcedente o incidente.

Quanto à reclamação, verifico da leitura do memorial da reclamante que não houve descumprimento do Acórdão, pois a remoção foi tornada insubsistente. Embora a reclamante não tenha reassumido as suas funções na Embaixada Brasileira em Angola, todavia encontra-se na mesma situação, na Secretaria de Estado em Brasília, devido ao fato de haver sido considerada **persona non grata** pelo governo angolano.

Sendo inaplicável ao caso o artigo 194 do Regimento, Interno, não seria simplesmente de conhecer-se da reclamação, pois a autoridade reclamada não poderia fazer valer a decisão do TFR extraterritorialmente, pois criaria, por certo, um incidente internacional. Se conhecida porém terá de ser julgada improcedente pelas mesmas razões.

E como voto.

VOTO

O Sr. Ministro Washington Bolívar de Brito: Sr. Presidente, conheço da reclamação. Em primeiro lugar, não só pela sua norma regimental, como também porque vejo que tem inteira cabida na espécie. Todavia, quanto ao seu merecimento, verifico que a autoridade, o impetrado, cumpriu a decisão do Tribunal, desconstituindo o ato de remoção, que era o seu objeto. Nesta Parte, em consequência, julgo improcedente a reclamação. Não poderia dar pela sua procedência, porque a execução do mandado, no caso, seria um ato complexo, dependeria da aceitação do país estrangeiro, no uso da sua soberania — país sobre o qual não temos jurisdição; por isso, não poderíamos tornar eficaz essa parte da sentença, e, evidentemente, não posso exigir que o impetrado cumpra esta parte da de-

cisão; e se não posso exigir, por esbarrar na soberania de um país estrangeiro, evidentemente, também, por aí, a reclamação se torna improcedente.

O Sr. Ministro Lauro Leitão: V. Exa. me permite um aparte? O incidente de falsidade teria um procedimento regulado pelo Código de Processo Civil, e a reclamação, como muito bem lembrou o eminente Ministro Carlos Madeira, está disciplinada pelo nosso Regimento Interno. Então, seria um procedimento com ritos diversos. Entendo que os dois não poderiam ser fundidos num processo só. Poderia até, o Tribunal, mandar desdobrá-los, mas não julgá-los mediante reclamação.

O Sr. Ministro Washington Bolívar de Brito: Agradeço o aparte de V. Exa., esclarecedor, como sempre, e que me relembra até uma circunstância, que talvez me escapasse sem este aparte.

É que, no caso, o incidente não é propriamente um incidente. Ele é pressuposto mesmo desta reclamação, porque, sem a solução desse incidente, a reclamação, em si, não é coisa nenhuma. Ele é o conteúdo mesmo da reclamação. Esta é que é a realidade. Se nós pararmos para refletir um pouco, vamos verificar que não é propriamente um incidente. Pode estar sendo rotulado de tal, porque, processualmente, teria que ser solvido como preliminar, para verificar se era procedente ou não, nesta parte, a reclamação.

Conheço do incidente, ainda que o próprio suscitante peça para que dele não se conheça. Primeiro, porque foi suscitado; segundo, há duas alegações: de que é falso e de estar sentindo dificuldade em se comprovar essa falsidade. A primeira, não tenho condições de saber, porque o reclamante não fez a prova da falsidade no prazo que lhe foi assinado; a

segunda, é uma afirmação plausível. Como Juiz, reconheço que é razoável a alegação de que o funcionário sintia dificuldades em fazer provas que circula, ou tramitam, por maior que seja a respeitabilidade do órgão e, certamente, é altamente respeitável, mas é perfeitamente compreensível que o funcionário, parte, cidadão, sintia dificuldade em fazer uma prova que necessariamente deva tramitar pelo próprio órgão impetrado e interessado. Além do mais, completamente, ainda devem ser produzidas provas no próprio incidente, mas hauridas em país estrangeiro, cuja tramitação, também, há de fazer-se como se sabe, através do mesmo Ministério das Relações Exteriores. Como Juiz, não posso ignorar isso. Seria realmente muito estranho se eu não admitisse essa possibilidade. E, tendo em vista tal possibilidade, conheço do incidente. Em face do artigo 395 e da autonomia do próprio incidente, se fosse ele suscitado numa ação, eu seria obrigado a dizer se o documento era autêntico ou falso. Mas a causa, no momento, tem peculiaridades extraordinárias, e já vimos que, na verdade, não se trata de incidente, mas de pressuposto mesmo da reclamação.

Julgo, então, improcedente a reclamação e não resolvo o incidente, à míngua de provas. Portanto, não estou aplicando o artigo 395, porque não é incidente, é pressuposto. E, por isso mesmo, ressalvo à parte o uso das vias ordinárias, para que ela demonstre, se puder, ou como puder, a falsidade do documento. Se não o fizer em ação declaratória própria, então, quando o Tribunal for chamado a decidir, nós, à vista dessas provas, declararemos autêntico ou falso o documento.

VOTO

O Sr. Ministro Antônio Torreão
Braz: Vogal: — Sr. Presidente, en-

tendo que, em se tratando de documento exibido já na fase de execução do mandado de segurança, com vistas a provar a inexistência da decisão proferida, é cabível o incidente de falsidade. Por isso, dele conheço, mas declaro a veracidade desse documento, à míngua de prova em sentido contrário, que o argüente não fez, segundo mostrou o eminente Ministro-Relator:

Quanto à reclamação, julgo-a improcedente, porque a autoridade coatora diligenciou imediatamente no sentido de cumprir a decisão mandamental, mas, logo em seguida, comunicou ao Tribunal a impossibilidade de adimplemento desse seu dever em face de obstáculo intransponível, oposto por um governo estrangeiro. Então, trata-se de uma decisão inexecutável.

A autoridade administrativa se desincumbiu do seu dever de dar cumprimento a uma decisão judicial, que foi proferida por esta Egrégia Corte. E o Tribunal, por sua vez, exauriu a sua função jurisdicional. Acho que não há mais o que decidir. Demonstrada a inexistência da decisão, **tollitur questio**. Nem se vá dizer que o Ministério das Relações Exteriores tem culpa pela situação criada porque, ao que consta dos autos, ela decorreu de atitude da própria impetrante, tanto que foi considerada **persona non grata** no país em que estava servindo.

Esse é o meu voto e não faço ressalva nenhuma.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Mário Velloso: Sr. Presidente, em verdade, no processo de mandado de segurança não tem cabimento o incidente de falsidade, pelo simples motivo de que no processo de mandado de segurança não há contraditório comum.

No caso, não estamos apreciando um mandado de segurança, mas um processo de reclamação, no qual se argüiu um incidente de falsidade. A reclamante informa ao Tribunal que o Ministro de Estado das Relações Exteriores deixou de cumprir decisão do Tribunal. Ouvido, na forma estabelecida no Regimento Interno, o Ministro de Estado das Relações Exteriores diz ao Tribunal: cumpri até quanto podia a decisão, e não prossegui no cumprimento dela, diante da manifestação do Estado estrangeiro, consubstanciada no documento tal, que juntou ao seu ofício. A reclamante, ouvida, diz ser falso esse documento e se propôs a provar a sua falsidade. Admitido o incidente, pelo eminente Relator, a reclamante acaba não comprovando a alegada falsidade.

Assim, não nos resta outra alternativa, ao que penso, senão a de julgar improcedente o conflito e ter como verdadeiro o documento oriundo do Estado estrangeiro. Aliás, cumpre esclarecer que, na doutrina do Direito Administrativo, os atos administrativos presumem-se verdadeiros até prova em contrário. Essa presunção de que esse documento gozava restou, na minha opinião, incólume. Cumpre-nos, pois, conhecer do incidente tal como foi proposto e julgá-lo improcedente.

É assim que voto, então, Sr. Presidente, nesta primeira parte.

Examinando agora a reclamação: O Tribunal tornou sem efeito o ato de remoção praticado pelo Ministro das Relações Exteriores: a reclamante, lotada na representação diplomática do Brasil em Luanda, Angola, foi removida para a Secretaria de Estado, em Brasília, DF. Este ato foi anulado por esta Corte. Notificado a dar cumprimento à decisão, o Sr. Ministro das Relações Exteriores informa que tornou insubsistente o ato de remoção de funcionária, mas não po-

deria prosseguir no cumprimento da decisão, fazendo ingressar em Angola a funcionária, tendo em vista que o Governo de Angola declarou a reclamante **persona non grata**.

Sr. Presidente, a Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas, da qual o Brasil é signatário, confere ao Estado acreditado a faculdade de pedir o afastamento do funcionário de representação diplomática (Convenção, artigo 9º). Foi o que ocorreu, no caso, diante da manifestação do governo de Angola, ao declarar a reclamante **persona non grata**.

Então, tenho como acertada a conclusão a que chegou o Sr. Ministro Armando Rollemberg, no sentido de que o Sr. Ministro de Estado cumpriu a decisão até onde pôde e se viu impedido de continuar o cumprimento, em razão da manifestação do Governo estrangeiro, que se assenta num ato internacional de que o Brasil é signatário e que está incorporado ao direito brasileiro (Decreto nº 56.435, de 8-6-65).

Sr. Presidente, diante destas breves considerações, resumo o meu voto: conheço do incidente e o julgo improcedente e, examinando a reclamação, também a julgo improcedente.

VOTO

O Sr. Ministro Otto Rocha: Senhor Presidente, também conheço do incidente de falsificação e o julgo improcedente, pelas razões expostas no voto do eminente Ministro Gueiros Leite.

No que tange à reclamação, estou em que, de sua parte, cumpriu o requerido a decisão do Tribunal. Cumpria esta, não há que se invocar o artigo 194 do nosso Regimento Interno. Incabível, na hipótese, a reclamação, dela não conheço.

VOTO VOGAL

O Sr. Ministro William Patterson: Senhor Presidente, meu voto é o seguinte: segundo depreendi, a concessão da segurança importava no desfazimento do ato de remoção da impetrante, e, como conseqüência lógica, o seu deslocamento para a Embaixada do Brasil em Angola. A primeira parte foi totalmente cumprida, porquanto há notícia sobre a providência. Restariam, para complementar a medida decorrente da ordem judicial, gestões no sentido de promover o retorno, para permitir o pleno exercício funcional da reclamante. Isso, porém, foi obstado, em razão da recusa daquele país em recebê-la no seu território.

Diante da dificuldade, não se pode, a meu juízo, compelir o Ministério das Relações Exteriores ao atendimento das conseqüências.

A solução para este último aspecto seria, segundo entendo, considerar a servidora como se em Angola estivesse, para todos os efeitos, hipótese já configurada, salvo engano. Possíveis reparações pertinentes só poderão ser discutidas na via própria.

Ante o exposto, acompanho o Sr. Ministro-Relator.

VOTO VOGAL

O Sr. Ministro Adhemar Raymundo: Senhor Presidente, Srs. Ministros, quanto ao incidente de falsidade documental, *data venia*, dos eminentes Ministros que votaram em sentido contrário, eu o admito. De tal forma, Sr. Presidente, considero esse requerimento em que se aduz a falsidade material e ideológica. Não é só a falsidade ideológica, mas a falsidade material.

A parte aduz, por petição no processo de reclamação, que esse documento foi forjado. Conseqüentemen-

te, há uma adulteração material. Ao lado desta, também há uma falsidade ideológica.

Admito esse incidente no processo de reclamação, e chego até a dizer que o considero de alta relevância, indispensável mesmo, Sr. Presidente, para que se julgue o mérito da reclamação. Mas como a esta altura já estou vencido, entro no mérito da reclamação e digo ao Tribunal que para mim, *data venia*, também, o ato deste Tribunal não foi cumprido, Sr. Presidente. O destinatário do ato mandamental, que deferiu a segurança, não foi o Governo de Angola, mas o Ministro das Relações Exteriores. Que fez o Tribunal na ocasião? Deferiu a segurança e anulou o ato. O que é anular um ato? E cortar-lhe toda a sua eficácia e validade. Que deveria fazer S. Exa., o Sr. Ministro das Relações Exteriores? Baixar outro ato e determinar que a funcionária retornasse à Embaixada. No Entanto, leio no memorial que a funcionária continua prestando Serviços na Secretaria, ao argumento de que a Embaixada de Luanda afirma que, em verdade, se trata de *persona non grata*.

Então, insisto eu, o cumprimento do ato deste Tribunal seria o deslocamento da funcionária, a fim de exercer lá em Luanda as suas funções. Lá em Luanda, isto sim, o Governo estrangeiro notificará a Embaixada brasileira de que era uma pessoa que não tinha condições de lá permanecer, porque pessoa não grata. Este aspecto do problema era posterior ao cumprimento da decisão. Então, o que aconteceu? ... O Ministério das Relações Exteriores diz: «Não posso cumprir a decisão do Tribunal, porque o Estado estrangeiro afirma que ela é uma pessoa não grata». Pergunto eu, foi cumprida a decisão? Não, porque a própria autoridade impetrada é que confessa que não pode cumprir-la integralmente. E aqui se diz que se cumpriu até onde

pôde, parcialmente. Para mim, cumprimento de decisão em mandado de segurança é obediência ao dispositivo de sentença. Então, a publicação de um outro ato permitindo a ida da funcionária para o lugar que exercia é que era, em verdade, cumprimento da decisão deste Tribunal. O fato superveniente de que era **persona non grata**, faria com que o Ministério das Relações Exteriores baixasse outro ato, removendo a funcionária, justificando em face do decreto, da lei, o ato de remoção e, conseqüentemente, estaria tudo resolvido, cumprindo-se a decisão deste Tribunal, que para mim não foi cumprida.

Defiro a reclamação, Sr. Presidente. É o meu voto.

VOTO

O Sr. Ministro Bueno de Souza: Senhor Presidente, da ação declaratória de falsidade incidental, vê-se que a impetrante se desinteressou, como se infere do memorial, razão pela qual não pode prosseguir, tanto mais quanto o rito procedimental da reclamação (Regimento Interno, artigos 196 e 197), neste ponto corroborado pelo Código de Processo Civil, artigo 292, § 1º, III, não comporta outra orientação.

Ademais, no que diz com a ação declaratória, patenteia-se a falta de interesse de agir, nestes autos, fato que basta para inadmiti-la.

Quanto à reclamação, em si, deixo bem explícito que dou como absolutamente certo, acima de qualquer vacilação e definitivamente julgado: primeiro, que a digna autoridade coatora cumpriu o que a S. Exa. cabia diligenciar, ao revogar o ato administrativo impugnado e determinar, como determinou, que a impetrante fosse servir na Embaixada do Brasil, em Angola; e, segundo, que, no entanto, se interpôs obstáculo inteiramente intransponível ao com-

pleto exaurimento das almejadas conseqüências práticas do julgado, qual seja, a objeção formal de ordem diplomática, advinda do país onde a impetrante deveria servir ao Brasil, na conformidade do decidido por esta Corte.

Resulta, portanto, que, de direito, tudo se passa (e isto tomo como rigorosamente exato) como se a impetrante estivesse, de fato, a servir em Angola, com todos os consecutários que daí decorrem, muito embora permaneça prestando serviço no Brasil.

Quanto ao fato, portanto, consoante a regra romana (que é também nossa), *nemo precise ad factum cogi potest*.

Ocorre, por conseguinte, diversidade entre a situação de fato e a de direito, desde que o Tribunal assegurou à impetrante ambas as conseqüências.

Tendo a impetrante por satisfeita, naquilo que se tornou possível obter, nas circunstâncias; e por este duplo fundamento é que, na conclusão (*data venia*, somente na conclusão), fico de acordo com o Senhor Ministro-Relator, ao julgar improcedente a reclamação.

VOTO

O Sr. Ministro Sebastião Alves dos Reis: Senhor Presidente, dou o incidente de falsidade como suscetível em reclamação, mesmo em via mandamental, para assegurar o cumprimento de decisão deste Tribunal, execução que deve ser plenamente resguardada, por todos os meios de direito, para prestígio da Corte.

Julgo-o, no entanto, improcedente ante a ausência de prova do alegado.

No tocante à reclamação, conheço da mesma, mas para julgá-la improcedente, pois a decisão mandamen-

tal foi cumprida na sua dimensão formal. Quanto às providências de ordem material, tendentes à recondução da impetrante à Embaixada de Angola, a autoridade impetrada encontrou-se diante de obstáculo invencível, gerado pelo veto do Governo estrangeiro justificando-se, no particular, a sua omissão, pois ninguém é obrigado ao impossível.

E o meu voto.

VOTO VOGAL

O Senhor Ministro Miguel Jerônimo Ferrante: Senhor Presidente, acompanho o voto do Senhor Ministro-Relator.

VOTO

O Sr. Ministro José Cândido: Sr. Presidente, não conheço do incidente e nem da reclamação.

VOTO DESEMPATE

O Sr. Ministro José Dantas (Presidente): Meu voto é na compreensão de que não se deva conhecer do incidente, tanto mais porque a maneira como a parte o quis instaurar ficou muito longe da formalística recomendada. Daí porque, sem indagar até mesmo da doutrina, sobre se o processo principal toleraria ou não o incidente, dispenso-me de subsídios para acompanhar os votos de não conhecimento do incidente de falsidade.

ADITAMENTO

O Sr. Ministro Pedro da Rocha Acioli (Relator): Senhor Presidente, desde o início do processamento de reclamação entendi que, no caso, não podia ser a alegação de falsidade processada como forma processual de incidente, abrindo, porém, oportunidade à realização de providências mediante as quais pudesse

ser provada a falsidade argüida, apresentada pela reclamante a modo de incidente nos autos do mandado de segurança.

É ver o despacho que proferi, verbis:

«Vistos.

A argüição de falsidade **incidenter tantum** não cabe em mandado de segurança, que não comporta discussão sobre validade de documento. A suscitação, quando muito, prejudicaria o pedido de segurança.

Outra circunstância que afasta o incidente é o fato de o mandado de segurança já haver sido julgado.

Poder-se-ia processar o incidente nos autos da presente reclamação, ou apenso a eles. É de ver, porém, que a figura da reclamação, prevista no artigo 301 do Regimento Interno do Tribunal Federal de Recursos, não se tipifica como ação; afeiçoa-se à medida de interesse da Administração, atendendo-se «a que a qualquer pessoa é assegurada o direito de petição aos Poderes Públicos, contra abuso de autoridade ou em defesa de direito (CF, artigo 153, § 30).

Entretanto, a alegação do **falsum** não pode ser desconsiderada. Assim, sob a tutela de ampla defesa (manifestada pela assimilação dos princípios constitucionais úteis a regular a operacionalidade do procedimento administrativo), admito o requerimento e anexos para posterior apreciação dentro dos limites que a via da reclamação permite.

Requisite-se à autoridade reclamada cópia do Telegrama nº 329-DCN/DAF-II, de 9-6-82, expedido à Embaixada do Brasil em Angola, em 10-6-82, consoante referência da reclamante.

Dê-se vista da petição de fls. e respectivos anexos para que sobre

ela fale a autoridade reclamada, no prazo de dez dias. Vista à douta SGR, por igual prazo.

Brasília, 8 de março de 1983».

Tive em conta que se no mandado de segurança não se permite a discussão de prova, o incidente de falsidade com aquele remédio é incompatível. Considerei também o fato de o incidente ser ação declaratória incidental (Pontes de Miranda, Comentários..., tomo IV, pág. 517), de caráter acessório, por isso mesmo dependente da ação principal. Na ausência desta, já que descartei o caráter de ação da reclamação, ontologicamente afigura-se-me impossível reconhecer a subsistência de ação acessória de declaração incidente de falsidade, a despeito de admitir a cognição da matéria no seio da Reclamação.

Como se conclui, conquanto tenha recusado processar a argüição de falsidade como ação incidente, a minha posição é no sentido de conhecer dela, à guisa de preliminar, como assim conheço.

II

Entretanto, o pedido de declaração de falsidade improcede.

Com efeito, o ônus da prova de falsidade de documento cabe à parte que argüir (CPC, artigo 389, I). Ora, de contexto probatório, não se pode concluir que houve ou que não houve falsificação documental. Significa dizer que não há razão suficiente para proclamar a existência de falsidade. A nível de cognição, pois, não se pode afirmar mais do que dos autos resulta: falta de comprovação da falsidade imputada, posto que as provas, no seu conjunto, são no sentido de esconjurar a irrogação em apreço.

Assim, conheço da argüição de falsidade, em preliminar, e da reclamação, para julgar, ambas, improcedentes.

EXTRATO DA MINUTA

Reclamação nº 165 — DF — Rel.: O Sr. Ministro Pedro da Rocha Acioli — Reclamante: Miriam de Jesus Madeira Bastos. Reclamado: Exmo. Sr. Ministro de Estado das Relações Exteriores.

Decisão: O T. Pleno, por maioria, não conheceu do incidente de falsidade e julgou a reclamação improcedente (Em 22-9-83 T. Pleno). Sustentou oralmente os Drs. Damião José da Silva e Geraldo Andrade Fontelles, Subprocurador-Geral da República.

Após o relatório, por sugestão do Relator, o Tribunal reuniu-se em Conselho, de acordo com o artigo 170, I, c/c o parágrafo único do artigo 171 do Regimento Interno; prosseguindo o julgamento em sessão pública, o Tribunal, pelo voto de desempate, não conheceu do incidente de falsidade, contra os votos dos Srs. Ministros-Relatores, Geraldo Sobral, Carlos Thibau, Gueiros Leite, Washington Bolivar, Torreão Braz, Carlos Mário Velloso; Otto Rocha, Wilson Gonçalves, Adhemar Raymundo, Sebastião Reis e Miguel Jerônimo Ferrante, que dele conheciam para os efeitos particularizados nos respectivos votos vencidos; e, por maioria, conheceu da reclamação, para julgá-la improcedente, com ressalva dos votos dos Srs. Ministros Lauro Leitão, Gueiros Leite e Otto Rocha, que dela sequer conheciam, e do Sr. Ministro Adhemar Raymundo, que a julgava procedente. Na preliminar de conhecimento do incidente votaram com o Sr. Ministro Américo Luz os Srs. Ministros Antônio de Pádua Ribeiro, Flaquer Scar-tezzini, Hélio Pinheiro, Costa Lima, Armando Rollemberg, Moacir Catunda, Lauro Leitão, Carlos Madeira, William Patterson, Bueno de Souza, José Cândido e José Dantas, Presidente. Quanto ao conhecimento da

reclamação votaram com o Sr. Ministro-Relator os Srs. Ministros Américo Luz, Antônio de Pádua Ribeiro, Flaquer Scartezzini, Costa Lima, Geraldo Sobral, Hélio Pinheiro, Carlos Thibau, Armando Rollemberg, Moacir Catunda, Carlos Madeira, Washington Bolivar, Torreão Braz, Carlos Mário Velloso, Wilson Gonçalves, William Patterson, Bueno de Souza, Sebastião Reis e Miguel Jerônimo Ferrante. No mérito, votaram com o Relator os Srs. Ministros Américo Luz, Antonio de Pádua

Ribeiro, Flaquer Scartezzini, Costa Lima, Geraldo Sobral, Hélio Pinheiro, Carlos Thibau, Armando Rollemberg, Moacir Catunda, Lauro Leitão, Carlos Madeira, Gueiros Leite, Washington Bolivar, Torreão Braz, Carlos Mário Velloso, Otto Rocha, Wilson Gonçalves, William Patterson, Bueno de Souza, Sebastião Reis e Miguel Jerônimo Ferrante. Não participou do julgamento o Sr. Ministro Leitão Krieger. Licenciado o Sr. Ministro Jarbas Nobre. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro José Dantas.

RECURSO CRIMINAL Nº 851 — RJ

Relator: O Sr. Ministro William Patterson

Recorrente: Justiça Pública

Recorrida: Lourdes Cardoso Reich.

EMENTA

Processo Penal. Denúncia. Rejeição.

Se a denúncia contém os elementos do artigo 41, do CPP, não pode ser rejeitada ao fundamento de que as acusações da denunciada, feitas em processo-crime a que responde, afetando a honra do promovente, constituem simples comunicação de infração penal (artigo 5º, § 3º, do CPP). A peça denunciatória só pode ser repelida nos limites estabelecidos pelo artigo 43, da lei adjetiva.

Recurso provido.

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 ao recurso da Justiça Pública, para reformar a sentença e determinar que se prossiga na ação penal, 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

Evandro Gueiros Leite, Presidente
— Ministro William Patterson, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro William Patterson: Wilson Bizzo Ponce, Delegado da Polícia Federal, ofereceu representação contra Lourdes Cardoso Reich, alegando que foi por esta caluniado e difamado, pois ao ser presa em flagrante por agentes federais declarou que o promovente recebeu importância em dinheiro, a fim de não indiciá-la em inquérito policial. Diz ter sido atingido em sua honorabilidade, mo-

tivo pelo qual pediu que o expediente fosse encaminhado ao Ministério Público para as providências cabíveis. Juntou documentação relativa aos fatos, inclusive extensa divulgação pelos mais conceituados jornais do Rio de Janeiro além de cópia do auto de prisão em flagrante e outros expedientes que constituem peças do inquérito onde se apura a participação delituosa da representada.

O MPF, entendendo terem ocorrido os crimes previstos nos artigos 138, 139 e 140, c/c o artigo 141, II, do Código Penal, apresentou denúncia contra Lourdes Cardoso Reich, para o que pediu a instauração da competente ação penal.

Apreciando o assunto, a ilustre Juíza Federal da 4ª Vara/2 da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro, Dra. Julieta Lídia Machado Cunha Lunz, deixou de receber a denúncia por falta de justa causa, acrescentando o seguinte:

«Nas peças que instruem a apresentação, não se configura a tipicidade dos delitos que se pretende imputar a Lourdes Cardoso Reich. O que se contém às fls. 19/27 é a comunicação de fatos suscetíveis de apuração, veiculados nas declarações prestadas pela indiciada em procedimento de sua prisão em flagrante.

A qualquer pessoa do povo se permite comunicar a AP a ocorrência de fatos passíveis de ação penal pública para que «verificada a procedência das informações» mande instaurar inquérito, isto nos exatos termos do artigo 5º, § 3º do Código de Processo Penal. Tal dispositivo legal visa afastar a omissão de quantos tenham conhecimento da violação de interesse juridicamente protegido por ação penal pública, ao mesmo tempo em que retira da esfera privada a apuração de infrações penais e da sua autoria, finalidade precípua da polícia judiciária.»

O Ministério Público manifestou recurso em sentido estrito, sustentando a existência de crime, em tese, além de estar a peça denunciatória revestida dos requisitos legais, motivo pelo qual o prosseguimento da ação é uma imposição.

A decisão foi mantida pelo despacho de fls. 121/124.

Neste Tribunal, a douta Subprocuradoria-Geral da República opinou pelo provimento do recurso (fls. 169/172).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro William Patterson: Os fatos narrados na denúncia, resultantes da representação de fls. 2/3, denotam, sem sombra de dúvida indícios de atuação delituosa, motivo pelo qual a providência não podia ser, liminarmente, repelida.

Das declarações prestadas por Lourdes Cardoso Reich, na oportunidade de sua prisão em flagrante, estão explícitas acerbas e tendenciosas críticas ao comportamento funcional do Delegado Wilson Bizzo Ponce, afetando sua reputação e honra, conferindo-lhe, portanto, o direito de tentar provar, em Juízo, a falsidade dessas acusações.

A ilustrada Subprocuradoria-Geral da República, em seu pronunciamento de fls. 169/172, assinalou, com propriedade, as partes essenciais, **verbis**:

«Em seu depoimento, Lourdes Cardoso Reich confessa ser

«uma peça nessa engrenagem toda, reconhecendo a sua importância pelo aspecto dos encargos executivos na obtenção de todas essas vantagens ilícitas para a consecução do objetivo principal do delito relacionado com as naturalizações já enfocadas, bem

como confecções de passaportes para os mesmos alienígenas com o auxílio de documentos públicos fraudulentos, redundando na expedição de ditos documentos através do Serviço de Polícia Marítima, Aérea e de Fronteiras do Departamento de Polícia Federal nesta cidade do Rio de Janeiro (autos, fl. 102).

Muitas foram as pessoas acusadas, por Lourdes Cardoso Reich, de envolvimento nos fatos delituosos.

Sobre a participação do Delegado Wilson Bizzo Ponce, disse ela:

«a declarante estava pessoalmente no gabinete do Dr. Wilson Bizzo Ponce, a ele entregando, por duas vezes distintas quantias iguais de cento e cinquenta mil cruzeiros; que, por esse motivo, a declarante não foi indiciada naquele inquérito, e como consequência, se viu absolvida na Vara Federal correspondente no Rio de Janeiro, que nessas duas vezes em que entregou aquelas duas quantias ao Dr. Bizzo, o fez dentro de uma caixinha de jóias, para não chamar a atenção; que foi o Agente Mário Lucas Pereira que disse à declarante que o Dr. Bizzo exigira aquelas importâncias, sendo certo que as mesmas foram entregues ao Dr. Bizzo na presença de Mário Lucas Pereira... a declarante para ele encaminhou a quantia de seiscentos mil cruzeiros em dinheiro, a pedido do próprio advogado da declarante, de nome Miguel Antônio Oliveira Heuler, para ser entregue parte ao Dr. Bizzo, posto que este teria que fazer uma viagem para a Europa...» (autos fl. 103).

Não me parece que se configura, na espécie o procedimento do § 3º, do artigo 5º, do Código de Processo Penal, isto é, simples comunicação de conhecimento da existência de in-

fração. As acusações contidas nos depoimentos de Lourdes transparecem, em princípio, matizadas de aspectos penais, se comprovada a sua falsidade. Nada mais lógico e jurídico do que permitir ao ofendido o direito de reagir, de sorte a poder comprovar a inveracidade. O invocado dispositivo da lei adjetiva terá sempre, nos crimes contra a honra, uma colocação especial, pois a «comunicação» ali prevista poderá revestir-se de atentado à pessoa, na sua honra, por meio das figuras delituosas da calúnia, difamação e injúria.

Demais disso, levado às últimas consequências, jamais ocorreriam tais crimes, desde que tomadas as declarações como mera comunicação de infrações penais. A natureza desses ilícitos repele o alcance amplo que se deseja atribuir ao § 3º, do artigo 5º, do CPP.

Foi feliz o Procurador, Dr. Haroldo Ferraz da Nóbrega, quando, em sua manifestação de fls. 169/172, asseriu:

É claro que toda pessoa — mesmo aquelas sujeitas a processo criminal — podem comunicar fatos passíveis de ação penal pública (artigo 5º, § 3º, do Código de Processo Penal).

Mas, tudo há que ser feito com responsabilidade, pois a pretexto de se indicar a prática de crimes não se pode atassalhar a honra alheia.

Por outro lado, no caso presente, dispõe Lourdes Cardoso Reich da exceção da verdade, para comprovar as acusações concernentes à honra de Wilson Bizzo Ponce (artigos 138, § 3º e 139 parágrafo único do CPB). Julgada procedente a exceção da verdade, Dona Lourdes Cardoso Reich será eximida de qualquer punição e Wilson Bizzo Ponce será responsabilizado criminosamente.»

Não será, data venia, pelo desprezo à denúncia que se irá apurar a verdade, e muito menos identificar-se o infrator. Veja-se que em qualquer hipótese haverá transgressão ao ordenamento penal, porquanto, confirmadas as versões, o Delegado Wilson responderá pelos crimes resultantes das acusações de Lourdes, enquanto esta, em caso contrário, terá de ser responsabilizada pela inonestez e violência de seu depoimento.

Aliás, é tranqüila a jurisprudência do Pretório Excelso sobre a rejeição da denúncia, consoante explicitado no seguinte Acórdão:

Ação Penal. Pedido de trancamento. Denúncia não pode ser rejeitada, senão nos limites do artigo 43, do CPP. (RHC nº 58.365-5-PR, Relator Ministro Thompson Flores, in DJ de 21-11-80).

Ante o exposto, dou provimento ao recurso do Ministério Público, para que, recebida a denúncia, tenha prosseguimento o processo.

VOTO

O Sr. Ministro José Cândido: Sr. Presidente, pelo que ouvi, essa senhora teria afirmado haver dado a um Delegado de Polícia determinada importância em dinheiro, quer dizer,

ela espontaneamente assume a responsabilidade da autoria de crime de corrupção ativa e, conseqüentemente, atribui ao Delegado a prática de um crime de corrupção passiva.

Não resta a menor dúvida de que assiste à autoridade cobrar em juízo a responsabilidade pela ofensa contra a sua honra. Não sei se está positivado o crime de calúnia ou difamação. Se for o de calúnia, o direito à convocação do ofensor é muito mais amplo, mais ainda que fosse a difamação, ele sendo funcionário público, tem direito à exceção da verdade.

Assim, acompanho o voto do Sr. Ministro-Relator.

EXTRATO DA MINUTA

RCr. nº 851 — RJ — Rel.: O Sr. Ministro William Patterson. Recte.: Justiça Pública. Recda.: Lourdes Cardoso Reich.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso da Justiça Pública, para reformar a sentença e determinar que se prossiga na ação penal. (Em 19-3-82 — 2ª Turma).

Os Srs. Ministros José Cândido e Costa Lima votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Evandro Gueiros Leite.

RECURSO CRIMINAL Nº 958 — PI

Relator: O Sr. Ministro Leitão Krieger

Recorrente: Justiça Pública.

Recorridos: João Alexandre Ferreira, Tennyson Rodrigues de Souza, Orlando de Moraes Rodrigues, Francisco Rodrigues de Souza, Raimundo Nonato de Souza, Gaspar Dutra Rodrigues de Oliveira, Antonio das Graças dos Santos Barros, Raimundo N. Pereira da Silva, Edmundo Torres dos Reis, Maria do Amparo Silva e João Mendes da Rocha Neto.

EMENTA

Competência. Crime de Estelionato.

Para que se configure crime de moeda falsa é indispensável que esta se assemelhe à legítima, de forma a enganar o homem comum. Hipótese que configura crime de estelionato, devido à natureza grosseira da falsificação. Competente para julgar a ação é o Juiz Estadual.

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, 11 de março de 1983 (Data do julgamento) — Ministro Lauro Leitão, Presidente — Ministro Leitão Krieger, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Leitão Krieger: — Inconformado com o despacho do MM. Juiz Federal do Piauí, o eminente doutor Hércules Quasimodo da Mota Dias, o qual declinou de sua competência para a Egrégia Justiça do Estado, o Ministério Público Federal junto àquela Seção Judiciária recorre, em sentido estrito, para esta Superior Instância, com fundamento no artigo 581, II, do Código de Processo Penal. Entende o ilustrado representante do MPF que teriam os réus João Alexandre Ferreira e outros praticado crime de moeda falsa, ao passo que outro foi o entendimento do douto Magistrado Federal:

Vistos, etc.

Superficialíssimo exame, tátil ou visual, demonstra que se cuida de hipótese de falsificação grossei-

ra — grosseiríssima — de cédulas de cinco mil cruzeiros (fls. 167 e 168).

A espécie caracteriza, em tese, simples estelionato, consumado ou tentado, contra particulares, e nunca o crime definido no artigo 289 e seus parágrafos do Código Penal.

Em princípio, foi correto o posicionamento do Juízo Federal em insistir na sua competência para processar e julgar os acusados. E que, como bem observou o Ministro Oscar Saraiva, no julgamento do RHC nº 1.438, «qualquer manobra que se proceda em torno de falsificação de moeda, ou de um crime correlato à mesma, é um crime contra a União».

No entanto, aclarados, agora, os fatos, impõe-se o reconhecimento, ex officio, da incompetência da Justiça Federal, cuja competência se determina pelos fatos e não pela qualificação jurídica que a eles atribui.

A propósito, veja-se a opinião de Frago::

«A competência do tribunal (TFR) determina-se pelo interesse da União, ou seja, pelos fatos e não pela qualificação jurídica que a eles se atribui, de forma evidentemente equivocada. Se desde logo se demonstra que a hipótese é de simples estelionato e não de petrechos para falsificação de moeda, parece-nos, data venia, que o tribunal deveria declarar-se incompetente. Isso, todavia, depende de uma análise

dos fatos, que o tribunal não quis realizar.» (Jurisprudência Criminal, vol. II, Borsoi, p. 339).

Em outras oportunidades, e mesmo pela via estreita do **habeas corpus**, o Egrégio Tribunal Federal de Recursos não se furtou a essa análise dos fatos para, em hipóteses como a dos autos, declarar a incompetência da Justiça Federal (HC nº 4008, impetrada em favor de Benedito Leal dos Santos, que, por fatos idênticos, estava sendo processado pela Justiça Federal, Seção do Piauí).

No julgamento do Conflito de Competência nº 4.742, a Colenda Primeira Seção do Tribunal Federal de Recursos decidiu da mesma maneira, ementando assim o Acórdão:

«Competência jurisdicional. Falsificação grosseira de papel moeda. Estelionato. Hipótese que não configura crime de moeda falsa, mas sim o de estelionato, devido à natureza grosseira da falsificação, incapaz de enganar o **homo medius**. Competência da Justiça Estadual.»

(Reg. nº 3.318.028, TFR, 1ª Seção, un., j. em 24-11-81, in DJ de 5-2-82, pág. 464).

Também o Pleno do Colendo Tribunal Federal de Recursos já tinha entendido:

«Falsificação grosseira de papel moeda. O fato atribuído ao indiciado tipifica crime de estelionato contra particular, e nunca delito de moeda falsa, em dano à União Federal, pelo que competente para julgar a ação é o Juiz Estadual.

(DJ de 8-8-79, pág. 5784).

Pelas razões expostas, e com fundamento no disposto no artigo 109 do Código de Processo Penal, declaro a incompetência da Justiça Federal, ordenando a remessa dos

autos à Egrégia Justiça Estadual, através do Exmo. Sr. Desembargador Corregedor, à ordem de quem passo os acusados presos.

Lamento, por fim, que a Polícia Judiciária Federal não tenha, desde logo remetido a Juízo, com o inquirido, as cédulas, ou, pelo menos, uma amostragem delas, como determina o artigo 11 do Código de Processo Penal.

Tal Providência — que já recomendei e reiterei, outras vezes, sem sucesso — teria evitado uma série de percalços para este Juízo, que perdeu dias e dias de trabalho, instruindo, às carreiras, ação penal de competência — flagrante da Egrégia Justiça do Estado.

Intimem-se as partes e, à guisa de colaboração e sugestão, remeta-se cópia desta decisão à SR/DPF/PI.»

As fls. 29/30 oferece o recorrente as razões do recurso e o MM. Juiz Federal, após determinar juntada de uma das cédulas que se dão como falsificadas (fls. 32), sustenta amplamente seu despacho (fls. 36/37).

Com a fala, neste Tribunal, a doutra Subprocuradoria-Geral da República, em parecer do eminente doutor Hélio Pinheiro da Silva, não endossa o critério adotado pelo ilustrado Procurador da República, ora recorrente, entendendo também que a competência, para processo e julgamento da espécie, não é da Justiça Federal e que o despacho recorrido, com assento no artigo 109 do Código de Processo Penal, é incensurável.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Leitão Krieger (Relator): Escorreito o despacho recorrido, que apreciou o caso dentro dos melhores princípios de direito. Constata-se, à primeira vista, que a cópia fraudulenta juntada à fl. 32 é

grosseira, não oferecendo condições para embair a fé pública. Ainda quando Juiz, lá pelos idos de 1972, apreciando espécie semelhante, afirmei: para que se configure o crime de moeda falsa é indispensável que a cédula falsificada se assemelhe à moeda genuína, de tal sorte que seja idônea a enganar número indeterminado de pessoas, pois se trata de crime contra a fé pública. Tal não ocorrendo, não há falar em falso número, mas sim em crime contra o patrimônio daquele que, por ingenuidade ou ignorância incomuns, se deixou ludibriar.

O respeitável despacho recorrido, aliás muito bem fundamentado, como sua sustentação, não merece qualquer censura, razão por que nego provimento ao recurso.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

RcCr nº 958 — PI — Rel.: O Sr. Ministro Leitão Krieger. Recte.: Justiça Pública. Recdos.: João Alexandre Ferreira, Tennyson Rodrigues de Souza, Orlando de Moraes Rodrigues, Francisco Rodrigues de Souza, Raimundo Nonato de Souza, Gaspar Dutra Rodrigues de Oliveira, Antonio das Graças dos Santos Barros, Raimundo N. Pereira da Silva, Edmundo Torres dos Reis, Maria do Amparo Silva e João Mendes da Rocha Neto.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso. (Em 11-3-83 — 1ª Turma).

Os Srs. Ministros Lauro Leitão e Otto Rocha votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Lauro Leitão.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ORDINÁRIO Nº 5.611 — MG

Relator: O Sr. Ministro Evandro Gueiros Leite

Embargante: Cia. de Desenvolvimento do Vale do São Francisco — CODEVASF.

Embargado: Acórdão de fl. 430.

EMENTA

Embargos declaratórios.

Inviabilidade de sua utilização para forçar-se o reexame da causa. Rejeição.

ACÓRDÃO

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

Decide a 2ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, rejeitar os Embargos Declaratórios, 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, 2 de setembro de 1983 (Data do julgamento). — Ministro **Evandro Gueiros Leite**, Presidente-Relator.

RELATÓRIO

O Ministro **Evandro Gueiros Leite** (Relator): A Companhia de Desenvolvimento do Vale do São Francisco (CODEVASF), interpõe embargos declaratórios ao v. Acórdão de fls. 412/430, objetivando sejam esclareci-

dos os seguintes itens que aponta como omissos e contraditórios:

a) Eles eram funcionários da Cia. Vale do São Francisco (CVSF), da Superintendência do Vale do São Francisco (SUVALE), que a substituiu e, finalmente, da CODEVASF — Cia. de Desenvolvimento do Vale do São Francisco, empresa pública. (fl. 419).

b) «...e o Governo encetava providências necessárias à extinção da SUVALE, ficando, desde logo, assentado o seguinte: (Art. 16...; b) Art. 17 — O pessoal da SUVALE deverá ser aproveitado na CODEVASF, assim como o pessoal da SUDENE e DNOCS, localizado no Vale do São Francisco, cujas atividades estejam vinculadas à sua finalidade... (fl. 421)

Alega ser de outro teor, e de caráter facultativo, o texto original dos artigos 16 e 17, da Lei nº 6.088/74, não se cogitando da extinção dos órgãos SUDENE e DNOCS.

c) «Posta a situação dos autos nestes termos, isto é, quanto à existência dos contratos e à sua rescisão é de ver-se que os pactos foram firmados pela SUVALE, mas a sua rescisão já ocorreu sob a égide da CODEVASF, como o responsável pelo pessoal que lhe adviesse da autarquia sucedida, inclusive porque beneficiada com a incorporação ao seu capital, de todo o acervo da SUVALE (artigos 6º, letra a e 16), assim totalmente esvaziada». (fl. 421)

Aqui exclui a participação decisória da CODEVASF.

d) «...já não seria mais viável, levando-se em conta, conforme já foi dito, que teriam aquele status após mais de oito anos de afastamento do Ministério do Interior». (fl. 424)

Conclui, por fim, que o aresto embargado é omissivo quanto aos funda-

mentos jurídico-legais, por admitir a embargante como sucessora da SUVALE, colidindo com o parágrafo único do artigo 264, do CPC, quando os vencimentos dos embargados eram pagos à conta do cargo efetivo que ocupavam no Serviço Público e não na empresa, donde se infere que os direitos dos reclamantes deveriam ser demandados contra a União Federal.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro **Evandro Gueiros Leite** (Relator): Manifesta-se a CODEVASF, por via oblíqua, contra a decisão embargada, porque não impôs à União Federal os pagamentos reclamados. Daí porque menciona a omissão do aresto quanto aos fundamentos jurídico-legais para admitir a embargante como sucessora da SUVALE. Foi a única maneira que encontrou para atingi-lo.

Ora, os fundamentos encontram-se na sentença, cujo trecho essencial foi transcrito às fls. 419/422. Tanto é isso verdade que, na continuidade do voto, corpo do Acórdão, está dito: «daí porque a respeitável sentença concluiu pela legitimação do pleito contra a CODEVASF, na qualidade de sucessora da SUVALE, nos termos e para os efeitos do art. 2º, § 2º, da CLT» (fls. 422/423).

Se porventura a embargante discrepa dos fundamentos arrolados, não poderá infringi-los pelos declaratórios, mas apenas se ocorrer divergência. O possível error in iudicando do aresto terá de ser comparado com outros que já decidiram diversamente, se for o caso, embora se considere isso um pouco difícil.

Rejeito os embargos.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

EDRO nº 5.611 — MG — Rel.: O Sr. Ministro Evandro Gueiros. Embgte.: Cia. de Desenvolvimento do Vale do São Francisco — CODEVASF. Embgdo.: Acórdão de fl. 430.

Decisão: A Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos declarató-

rios, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator (Em 2-9-83 — 2ª Turma).

Os Srs. Ministros William Patterson e José Cândido votaram com o Sr. Ministro-Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro **Evandro Gueiros Leite**.

RECURSO ORDINÁRIO Nº 5.989 — DF

Relator: O Sr. Ministro Otto Rocha

Recorrentes: Eduardo Max José Francisco Hublet e outros e Caixa Econômica Federal — CEF

Recorridos: Os mesmos.

EMENTA

Reclamação trabalhista. Vínculo empregatício. Locação de serviços. Contratos sucessivos.

O trabalho prestado por aeronautas e aeroviários à CEF, através de sucessivos contratos por tempo determinado, há de ser considerado de natureza permanente, uma vez caracterizada a relação de emprego, presentes que estão os pressupostos do artigo 3º, da CLT.

Entre eles não se inclui o aeronauta dado como definitivamente incapaz antes da notificação e o dispensado no término do 1º contrato por tempo determinado.

Inocorrência de ofensa ao artigo 106 da CF.

Confirmada a sentença que julgou procedente em parte a reclamatória.

Recursos improvidos.

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 a ambos os recursos, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 1º de junho de 1984 (Data do julgamento) — Ministro **Leitão Krieger**, Presidente. Ministro **Otto Rocha**, Relator.

RELATORIO

O Sr. Ministro **Otto Rocha**; **Eduardo Max Francisco Hublet** e outros aeronautas e aeroviários ofereceram reclamação trabalhista contra a Caixa Econômica Federal, inconformados com o fato de terem sido dispen-

sados de seus serviços através de simples notificação, como se fossem contratados por prazo determinado.

Alegam que através de sucessivos contratos «de locação de serviços,» com prazo de 2 anos cada, trabalharam para a reclamada de julho de 72 ou junho de 73 até setembro de 1977, com excessão do último reclamante, cujo contrato foi firmado em setembro de 1976; que prestaram serviços de natureza não eventual, sob dependência e mediante salário mensal, com direito a repouso semanal, horas-extras, diárias, etc.

Processada devidamente a reclamatória, o Dr. Juiz proferiu a sentença de fls. 466/478. Julgou-a procedente em parte, reconhecendo a existência de relação de emprego e a transformação do contrato por tempo determinado em indeterminado, exceto para o último reclamante de nome Washington Sampaio. Entendeu indevido o aviso prévio, por terem sido os reclamantes avisados com 3 meses de antecedência acerca da expiração do contrato; exclui Oscar Meira Mirilli que antes da notificação já havia sido dado como definitivamente incapaz para a atividade aérea. A três reclamantes — Eduardo Max Francisco Hublet, Luiz Carlos Vieira e Luciano Bernardi — concedeu indenização por tempo de serviço (artigo 477 da CLT). E a todos reconheceu o direito de receberem saldo de diárias em poder da reclamada, férias alegadas na inicial e não comprovadamente contestadas, gratificação natalina, horas noturnas prestadas, gratificação de balanço, auxílio alimentação, tudo com juros e correção monetária.

Inconformados recorreram os reclamantes às fls. 482/486: Oscar Meira Mirillio sustenta que não poderia ser afastado da relação jurisdicional, posto que fora despedido antes da alegada incapacidade física; Washington Sampaio discorda de que o

seu contrato tenha sido por prazo determinado, eis que, sendo permanentes os serviços aeroviários da empresa, o serviço de pilotos e mecânicos também constitui uma necessidade permanente, sem característica de eventualidade. Insurgem-se ainda, agora todos os reclamantes, contra a exclusão do descanso semanal remunerado e dos 13º salários não contestados, referentes aos períodos anteriores ao despedimento e não prescritos.

A Caixa Econômica também recorreu às fls. 488/516, arguindo ofensa ao artigo 106 da Constituição, posto que regidos os contratos por lei especial e não pela Legislação Trabalhista, ausência dos pressupostos do artigo 3º, da CLT, para estabelecer relação de emprego e indevidas as verbas concedidas em valores certos, ante a inexistência de elementos a determiná-los.

Os recursos foram devidamente contra-arrazoados e nesta Instância, receberam parecer da Subprocuradoria à fl. 531.

E o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Otto Rocha (Relator): Sr. Presidente. Insiste a recorrente, Caixa Econômica Federal, em afirmar a inexistência do vínculo trabalhista dos reclamantes, invocando, para tal fim, o disposto no artigo 106 da Constituição Federal que dispõe, verbis:

«Art. 106. O regime jurídico dos servidores admitidos em caráter temporário ou contratados para funções técnicas especializadas será estabelecido em lei especial».

Ao propósito, a sentença recorrida, da lavra do Dr. Ilmar Nascimento Galvão, destaca.

«A natureza trabalhista do contrato que vinculou os reclamantes à reclamada ressalta à evidência.

Os elementos que o caracterizam como tal emergem inconfundíveis da prova dos autos, a saber: a continuidade e a subordinação hierárquica ou jurídica (artigo 3º da CLT.

A continuidade, ou a não eventualidade, está perfeitamente identificada na intenção dos contratantes de manterem relações jurídicas por um prazo certo, inicialmente por dois anos, mas que foi estendido, em relação a quase todos eles, de julho de 1972 a setembro de 1977, seja, por mais de cinco anos, período durante o qual os reclamantes sempre se mantiveram à disposição da reclamada.

Corresponde esse período, praticamente, ao tempo em que a reclamada passou a utilizar aeronave própria no transporte entre suas principais agências, período esse durante o qual, obviamente, o serviço de pilotos e mecânicos passou, conseqüentemente, a constituir uma necessidade permanente da empresa».

Da assertiva acima, verifica-se, ao fácil, que os reclamantes prestaram serviços de natureza permanente, por mais de cinco (5) anos, com seus contratos renovados, percebendo salários determinados e com subordinação hierárquica ou jurídica, reunindo, desta sorte, os requisitos noticiados no artigo 3º da CLT, **in verbis**:

«Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador sob a dependência deste, mediante salário».

A decisão recorrida afina-se com a torrencial jurisprudência do Tribunal (RO nº 3.809 — MG, Rel.: Ministro Washington Bolívar, 1ª Turma. Unânime, DJ de 12-3-80; RO nº 6.338 — PE, Rel.: Ministro Carlos Madei-

ra, 3ª Turma. Unânime, DJ de 9-11-81; RO nº 4.473, 2ª Turma. Unânime, DJ de 3-9-81).

Em hipótese semelhante, aeronauta que prestou serviços ao DNOS, contratado ininterruptamente durante quase 10 anos, o Tribunal Pleno entendeu, em decisão unânime, caracterizada a vinculação empregatícia, ao julgar os autos dos ERO nº 3.111, da Bahia, dos quais fui o Relator.

Reconhecido o vínculo empregatício, no que tange às parcelas reclamadas, estou em que bem decidi o MM. Julgador a quo, ao acentuar:

«O artigo 443 da CLT previu o contrato de trabalho por prazo determinado. De acordo, entretanto, com a regra do artigo 451, «o contrato de trabalho por prazo determinado que, tácita ou expressamente, for prorrogado mais de uma vez passará a vigorar sem determinação de prazo».

Conforme consta dos autos, à exceção do contrato do último reclamante, Washington Sampaio, que durou um ano (fl. 74), todos os demais foram prorrogados por mais de uma vez (fls. 60/116), tendo produzido os efeitos de contrato por tempo indeterminado, ante a incidência da regra acima.

Em relação a esses, portanto, não se pode falar em extinção do contrato, pelo advento do seu termo final.

Conseqüentemente, valeram como despedida as notificações feitas pela reclamada aos reclamantes, em 7 de junho de 1977 (fls. 353/363), acerca da expiração do contrato no dia 12 de setembro daquele ano, com a ciência de que o mesmo não seria renovado.

Ao mesmo tempo, produziram o efeito de aviso prévio, eis que obedecido o prazo do artigo 487 da CLT.

O fim do aviso prévio é evitar ou minorar os efeitos de uma cessação repentina do contrato, o que no caso ficou resguardado pela comunicação antecipada da denúncia.

Ocorre, entretanto, que o reclamante Oscar Meira Mirilli, antes dessa notificação já havia sido dado como definitivamente incapaz para a atividade aérea, conforme prova o documento de fl. 367.

Considerando-se que a contratação do reclamante, feita, como se viu, em caráter especial, se destinava ao atendimento da necessidade de movimentação da aeronave da reclamada, é de ter-se a incapacidade por ele sofrida como incapacidade total para o trabalho, que teve o efeito de desfazer o vínculo, pela resolução do contrato.

Diversa foi a situação do primeiro reclamante, Eduardo Max Francisco Hublet, que somente a 6 de janeiro de 1978 mais de 100 dias após a despedida, veio a ser tido como incapaz (fl. 365), após ter sido dado como doente (fls. 364), situação que não configura força maior, como no caso anterior, justificando, por isso, tão-somente afastamento do serviço para o devido tratamento.

Não consta dos autos que esse reclamante se licenciou, como recomendava sua precária saúde, razão por que não se pode ter por inválido o aviso prévio que lhe foi feito, medida, descabida, como se sabe, nos períodos de suspensão do contrato.

Têm direito, portanto, o primeiro, o terceiro e o quarto reclamante, à indenização por tempo de serviço, prevista no artigo 477 da CLT, na forma demonstrada na inicial, que não foi contrariada pela reclamada.

O último reclamante, que trabalhou por um ano, com contrato a

prazo certo, não fazia jus nem a aviso prévio, nem à indenização por tempo de serviço, eis que o contrato se extinguiu em seu termo.

De acordo com os reclamantes, todos eles ficaram com saldo de diárias em poder da reclamada, o que não foi por esta contestado na resposta, fazendo jus, portanto, aos valores consignados na inicial, que igualmente não foram contratados.

Da mesma forma, têm direito aos períodos de férias alegados na referida peça, na forma constante dos cálculos de fls. 51/57, acerca das quais se limitou a reclamada a afirmar que «certamente terão gozado os seus períodos de férias, já que o contrato a tanto os autorizava» (fl. 342), sem ter feito a prova que, no caso, obviamente, lhe competia.

Havendo sido ajustada a remuneração dos reclamantes mediante salário mensal, descabe a pretensão de pagamento por descanso semanal remunerado, manifestada na inicial. Os pagamentos que lhes foram feitos a esse título conforme provam os documentos de fls. 311/319, certamente se referem a trabalho extraordinário, não havendo os reclamantes, todavia, feito a prova de que eram credores, a esse título, das quantias consignadas nos cálculos contidos, sob a rubrica acima, no petitório de fls.

De outra parte, é-lhes devida a gratificação natalina, relativa aos meses trabalhados em 1977, cujo pagamento não há prova de que tenha sido feito.

Os dois primeiros reclamantes pediram o pagamento de «horas noturnas» voadas, comprovando, por meio dos relatórios de vôos de fls. 299/300, haverem trabalhado, nessas condições, cerca de 5 horas e 55 minutos. Inexistindo nos autos

a prova de que foram pagas, é de ser-lhes deferida a pretensão, apurado o seu valor na liquidação.

Igualmente não lhes pode ser negada a verba que todos eles pediram a título de «gratificação de balanço» e «auxílio alimentação», que dizem (sem impugnação da reclamada) ser extensivas a todos os empregados da CEF.

O mesmo não ocorre relativamente a salário-família, à falta de prova de haverem requerido esse benefício.

Em conclusão, confirmo a sentença que julgou procedente em parte a reclamatória, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Nego provimento a ambos os recursos.

É o meu voto.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Augusto Thibau Guimarães: Ainda que, com pesar, sou obrigado também a acompanhar o eminente Ministro-Relator, no sentido de negar provimento a ambos os recursos.

Em relação a Oscar Meira Mirilli, tem-se que o período de trabalho não chegou a ser de um ano e, por motivo de força maior, foi interrompido. De tal sorte que é de se aplicar o artigo 478, § 1º, da CLT, até porque não estava determinado o prazo de duração desse mesmo contrato.

Em relação ao recurso da Caixa Econômica, também acompanho o eminente Ministro-Relator, negando provimento a ambos os recursos.

É o meu voto

EXTRATO DA MINUTA

RO nº 5.989 — DF — Rel.: O Sr. Ministro Otto Rocha. Rectes.: Eduardo Max José Francisco Hublet e outros e Caixa Econômica Federal — CEF. Recdos.: Os mesmos.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento a ambos os recursos (Em 1-6-84 — 1ª Turma).

Impedido o Sr. Ministro Washington Bolivar. Os Srs. Ministros Carlos Thibau e Leitão Krieger votaram com o Relator. Não compareceu o Sr. Ministro Jarbas Nobre, por motivo de licença. Sustentou, oralmente, o Dr. Rômulo Marinho. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Leitão Krieger.

RECURSO ORDINÁRIO Nº 7.169 — PE

Relator: O Sr. Ministro Carlos Madeira

Recorrente: Instituto do Açúcar e do Alcool — IAA

Recorrido: Henrique José da Silva.

EMENTA

Trabalho rural. Trabalhador recrutado por empreiteiro para serviço durante a safra, em campo experimental do IAA. Contrato de safra configurado.

Trabalhador empregado durante a safra, recrutado por empreiteiro, mas pago pela autarquia canavieira, tem direito às indenizações previstas na le-

gislação para os contratos de safra, (artigo 20 do Decreto nº 73.626, de 12-2-74), inclusive às diferenças entre o salário recebido e o salário mínimo regional.

Trabalhador em campo experimental de cultura canavieira não se enquadra na previsão da Súmula nº 57 do Tribunal Superior do Trabalho, pois exerce atividade exclusivamente rural, não ligada à usina de açúcar.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados este 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, 27 de abril de 1984 (Data do julgamento) — Ministro Carlos Madeira, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Carlos Madeira (Relator): Trabalhador rural ajuizou reclamação trabalhista contra o IAA, alegando que trabalhou para o Planalsucar de julho de 1977 a janeiro de 1982, sem anotação na CTPS, através de «empreiteiros». Pleiteou, então, férias em dobro, 13º salário e repouso semanal remunerado, além de aviso prévio, diferenças salariais, tudo com juros e correção monetária.

Na audiência de conciliação e julgamento foi fixado o valor da causa em 120.000,00, contestando por escrito a autarquia.

O Juiz ouviu o reclamante e sua testemunha, além de duas testemunhas da reclamada, e determinou a exibição, pela reclamada, dos contratos de empreitada que celebrou desde 1977, com a relação de empregados que tenham prestado serviço por força deles.

O IAA juntou cópias de contratos firmados com a SELEM, para prestação de serviços, com fornecimento de trabalhadores à Planalsucar.

Em nova audiência, o advogado do reclamante apresentou memorial sobre os contratos apresentados, determinando o Juiz outra audiência, na qual afinal foram ouvidos três empreiteiros, a respeito das atividades desenvolvidas no campo experimental da Planalsucar. Dispensada a inspeção judicial, foram tomadas as alegações finais das partes, proferindo o Juiz Federal sentença em que condenou o IAA a pagar ao reclamante indenização por cinco anos de serviço, acrescida do Prejulgado nº 20, aviso prévio, 13º salários correspondentes aos anos de 1977 até parte de 1982, férias em dobro a partir de 1978, e simples, com relação aos anos de 1981 e 1982, repouso semanal remunerado, diferença de salário, com incidência de juros, correção monetária e honorários advocatícios. A sentença fixou o valor da causa em Cr\$ 300.000,00.

Recorreu o IAA.

Contra-arrazoou o reclamante.

A Subprocuradoria-Geral da República opinou pela reforma da sentença.

E o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Madeira — (Relator): O Juiz concluiu por reconhecer a relação empregatícia entre o reclamante e o IAA desde 1977 até

1982, e julgou procedente a reclamação. Para assim concluir, deu por insubsistente a figura do empreiteiro, já que as pessoas tidas como tal nada mais eram que intermediários, incumbidos de recrutar trabalhadores para os serviços do campo experimental do IAA.

Lê-se no depoimento de José Batista da Silva (fls. 3/66/67), que, em 1982, prestou serviços para o IAA, trazendo turmas de trabalhadores para cortar cana, servindo entre estes e o IAA como intermediário. Tal serviço foi prestado em fevereiro e março. Em 1981, a mesma intermediação, para idêntico serviço, prestou serviços por cinco meses. O reclamante integrou o pessoal então recrutado.

Luiz Antônio da Silva (fls. 68/69), também declarou que trabalhou para o IAA de 1972 a 1978, no corte de cana, contando para tanto com vários trabalhadores. O reclamante, porém, trabalhou com ele somente cerca de três dias, não no corte de cana, mas no conserto de uma cerca, em abril de 1983.

Severino Antônio da Silva (fls. 70/72), relatou que em 1980 também trabalhou no Planalsucar, no corte e carregamento de cana, tendo consigo várias pessoas, entre elas o reclamante. Esse serviço durou sete meses.

Tais depoimentos tornam indubitável que não havia, na verdade, empreiteiros, mas intermediários. A Justiça do Trabalho tem apreciado tal situação, afirmando que o «turmeiro» não passa de um empregado rural, sem idoneidade financeira para contratar trabalhadores. Em Acórdão do TRT da 6ª Região, de 23-2-79, citado por Nilza Perez de Rezende, no seu trabalho sobre Obrigações Trabalhistas do Empregador Rural, clara ficou a situação dos que trabalham por via dessa intermediação. Diz a ementa do Acórdão:

«Contrato de Trabalho. Relação de emprego. Empreitada por trabalhadores do campo.

Não descaracteriza o vínculo empregatício o fato de o trabalho ser prestado pelos trabalhadores do campo, através dos chamados empreiteiros, os quais, sem condições financeiras de assumir os riscos do negócio, nada mais são do que meros testas-de-ferro dos proprietários de terras, verdadeiros empregadores». (Ob. cit., pág. 31).

Os depoimentos dos intermediários, porém, se prestam a provar apenas o trabalho do reclamante em 1980, através de Severino Antônio da Silva, e em 1981, através de José Batista da Silva.

Por outro lado, a relação de emprego não era permanente.

Como se colhe dos depoimentos prestados, o trabalho era de corte e carregamento de cana, durante a safra, a qual medeia entre cinco a sete meses por ano. João Batista da Silva declarou que o reclamante prestou serviços em 1981, durante cinco meses, e Severino Antônio da Silva, por sete meses, em 1980. A testemunha do reclamante afirmou que ele trabalhou desde 1977, mas não esclareceu qual o período anual, pois também nessa época os trabalhadores eram contratados por empreiteiros, que também os despedia.

Configura-se, então, o trabalho, por safra, previsto no parágrafo único do artigo 14 da Lei nº 5.889, de 1973, que dispõe sobre o trabalho rural. Considera-se safreiro ou safrista — diz o artigo 19 do Decreto nº 73.626, de 1974, que regulamentou a Lei nº 5.889 — o trabalhador que se obriga à prestação de serviços mediante contrato de safra. O contrato de safra tem duração dependente de variações estacionais das atividades agrárias, assim entendidas as tarefas normalmente executadas no

período compreendido entre o preparo do solo para o cultivo e a colheita, reza o parágrafo único do artigo citado.

Note-se que o reclamante não era trabalhador de campo de usina de açúcar, pois o IAA não é empresa industrial. O advogado reclamante muito se esforçou para caracterizar o trabalho deste, como de corte de cana para fornecimento à usina, mas o que ficou bem claro, nos depoimentos, é que as atividades agrícolas são desenvolvidas num campo experimental, não tendo relação com a indústria açucareira. Não é o reclamante, portanto, industrial, mas simplesmente trabalhador rural.

Ora, o safrista tem direito à indenização por tempo de serviço, correspondente a 1/12 do salário mensal, por mês de serviço ou fração superior a 14 dias (artigo 20 do Decreto nº 73.626, de 1974). Faz jus também ao repouso semanal remunerado e 13º salário.

No caso, pelo trabalho comprovado em 1980 e 1981, o reclamante tem direito à indenização pelos meses trabalhados num e noutro ano, bem

como ao repouso semanal e ao 13º salário proporcional, tudo calculado sobre o salário mínimo. Tem direito também ao pagamento de diferenças salariais referentes aos períodos trabalhados, de modo a ajustar a remuneração ao salário mínimo.

Não dou pela indenização relativa aos anos anteriores, porque não ficou comprovada a relação de emprego.

Dou parcial provimento ao recurso, para ajustar a indenização aos termos acima.

EXTRATO DA MINUTA

RO nº 7.169-PE — Rel.: O Sr. Ministro Carlos Madeira. Recte.: Instituto do Açúcar e do Alcool — IAA. Recdo.: Henrique José da Silva.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator (Em 27-4-84 — 3ª Turma).

Os Srs. Ministro Adhemar Raymundo e Flaquer Scartezini votaram de acordo com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Carlos Madeira

AGRAVO REGIMENTAL NA SUSPENSÃO DE SEGURANÇA Nº 5.616 — RJ

Relator: O Sr. Ministro José Dantas

Agravante: Perdigão S.A. Comércio e Indústria

Agravado: Banco Central do Brasil.

EMENTA

Suspensão de segurança.

Financeira sob intervenção do Banco Central. A asseguaração judicial do saldo bancário constituído por vultoso depósito de cheque sem provisão de fundos, e mandado garantir mediante cobertura de recursos fiscais, configura ameaça de grave lesão à economia pública, para os fins da Lei nº 4.348/64, artigo 4º.

ACÓRDÃO

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

Decide o Plenário do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, 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, 19 de dezembro de 1983 (Data do julgamento) — Ministro **José Fernandes Dantas**, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Dantas (Relator): — Eis a íntegra do despacho pelo qual deferi o pedido de suspensão da segurança de que se trata:

«Por sentença do MM. Juiz Federal da 8ª Vara-I da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, foi deferido o mandado de segurança com o fito de compelir o Banco Central a restabelecer o saldo credor da impetrante Perdigão S.A. Comércio e Indústria em conta de depósito no Banco de Crédito Comercial S.A., no valor de Cr\$ 1.758.225.001,00 (um bilhão, setecentos e cinquenta e oito milhões, duzentos e vinte e cinco mil e um cruzeiro) e a garanti-lo mediante cessão de crédito, à conta dos recursos da Reserva Monetária, tal como feito em relação aos demais depósitos à vista existentes naquele Banco pertencente ao conglomerado Coroa/Brastel, ora em liquidação extrajudicial.

Daí que o órgão impetrado requer a suspensão da execução dessa sentença, sob argumento de grave lesão ao Tesouro Nacional, pelo risco da irreparabilidade do dano, conforme o difícil, senão impossível, retorno aos cofres públicos da elevadíssima quantia que a sentença mandou pagar à impe-

trante. Rememora-se o fato de que aquele saldo da conta de depósito à vista resultara do lançamento de um cheque de igual valor sem provisão de fundos, emitido pela Coroa S.A. — Corretora de Títulos contra o Banco do Estado do Rio de Janeiro, em favor da Perdigão S.A. Agro Industrial, empresa coligada da impetrante Perdigão S.A. Comércio e Indústria; por isso que se estornara o lançamento, excluindo-o do resgate dos depósitos à vista, garantidos a rigor das disponibilidades e pela ordem preferencial das pessoas físicas depositantes, a débito da conta do Imposto sobre Operações Financeiras — IOF. A legitimidade desse estorno estaria em que, verbis:

«Do percuciente e minucioso exame dos registros contábeis das operações praticadas pela Perdigão com o Banco de Crédito Comercial S.A. e com a Coroa S.A. — Corretora de Títulos, concluíram os técnicos do Banco Central pelo acerto do lançamento de débito na conta corrente mantida por aquela empresa junto ao aludido banco comercial, do que resultaria a inexistência de saldo credor da Perdigão perante o Banco de Crédito Comercial, ou, noutro prisma, a impossibilidade de ser atendido, com recursos da Reserva Monetária, o pedido administrativamente formulado pela «Perdigão», que deveria habilitar-se, exibindo o cheque de que era beneficiária, não junto àquele estabelecimento de crédito, simples mandatário do investimento, mas, isto sim, à Coroa S.A. — Corretora de Títulos, a eminente e real devedora.

Nessa inspeção ficou constatado que o Grupo Perdigão, utilizando-se sistematicamente do Banco de Crédito Comercial como «caixa», ordenava, a cada dia, fossem transferidos à corre-

tora supramencionada, para aplicação em operações do mercado aberto, seus saldos credores em conta corrente bancária, tornando-os, dessa forma, remunerados. Era, enfim, íntimo, constante e comprovado o relacionamento da «Perdigão» com a «Corretora Coroa», inserindo-se, nessa esfera de negociações, a operação que deu ensejo ao estorno de crédito de início noticiado.

Em suma, o resgate de uma aplicação da «Perdigão» no «open» da Corretora Coroa, frustrado porque efetuado por meio de um cheque sem fundos, não poderia incluir-se no rol das obrigações contraídas pelo banco comercial, significando isso, ainda, que o Grupo Perdigão passou a ostentar a condição de credor da corretora, não do Banco de Crédito Comercial, o que, conseqüentemente, inviabilizaria a pretensão de ver-se pago aquele grupo com recursos da Reserva Monetária» — fls. 4/5.

É mais adiante reafirma o órgão requerente da suspensão o seguinte:

«Vale, aqui, insistir portanto, no que já ficou dito pelo Banco Central nos autos do «writ», ou seja, que é inteiramente falaciosa a assertiva de que a impetrante «efetuava operações de «overnight» exclusivamente com este Banco (o BCC)», e isso, repete-se agora, pela verificação in casu, de três fatos incontroversos:

1. O Banco de Crédito Comercial não realiza operações de «open market» ou de «overnight», simplesmente porque não está, nem nunca esteve, autorizado a praticá-las;

2. Nas operações de mercado aberto é obrigatório a emissão de documento comprobatório, fican-

do uma das vias necessariamente em poder do cliente (Resolução CMN nº 366, de 5-4-66, artigo 24 — doc. 8). Esse documento, que esclareceria a titularidade passiva dos investimentos realizados pela «Perdigão», simplesmente inexistente, quiçá porque propositalmente omitido, nos autos;

3. O regulamento jurídico e negocial da «Perdigão» com a Coroa S.A. Corretora de Títulos está evidenciado pela farta prova documental carreada aos autos pelos impetrados, a qual embora desnecessário e supérfluo, junta-se, agora, para melhor conhecimento da matéria por parte de V. Exa., correspondência dirigida, diretamente pela impetrante à corretora (doc. nº 9)». (Fl. 7).

Pelo visto, a suspensão da sentença está em ser examinada pelo prisma de grave lesão à economia pública, no quanto se preveja a irreparabilidade do retorno da quantia de quase dois bilhões de cruzeiros aos cofres públicos, e se meça, por outro lado, o prejuízo dos demais investidores do famigerado grupo Coroa/Brastel, naquilo que a liquidação final de seus débitos se reduza dessa elevada importância, paga integralmente e em detrimento do rateio do patrimônio das empresas intervindas, como porventura vier a ser apurado. É que, na verdade, convém ressaltar que, primeiro, os saldos de depósitos à vista estão sendo garantidos pelo interventor com os sofridos recursos da Reserva Monetária, a débito da não menos sofrida conta do IOF; e segundo, a duvidar-se da origem daquele saldo da impetrante — incriminado de provir de cheque sem fundos emitido em favor de outra empresa coligada, e conseqüente de operações no «open», — o seu res-

gate preferencial e integral, certamente, induz diminuição do patrimônio a ser apurado em liquidação dos alarmantes débitos do grupo Coroa para com um sem número de investidores.

Donde parecer clara a afetação da economia pública, quer diga diretamente com a defesa do erário, quer com o clamor público contra a pronta garantia imposta ao Tesouro para assegurar o contestado saldo, isso tudo em prejuízo evidente do resgate final dos investidores populares, igualmente lesados pelo conglomerado intervindo.

É bem verdade que, no juízo de suspensão da segurança, não vem ao caso a apreciação do mérito da decisão a suspender, senão que os seus efeitos no campo daqueles valores protegidos pelo artigo 4º da Lei nº 4.348; mas, no presente caso, vale ponderar, como acrescida razão da cautelar, a séria controvérsia aberta em torno da origem da conta em discussão, negada a natureza de saldo não remunerado, e assim dificilmente transferível para o plano dos fatos indubitáveis, no qual se assenta a alegação de direito líquido e certo inspiradora da garantia do *mandamus*. Portanto, essa alusão apenas serve de mero subsídio à postura do *periculum in mora* e do *fumus bonis iuris* que envolvem a espécie examinada.

Em conclusão, a meu pensar, a hipótese se aconselha protegível pelas cautelas da lei invocada, em molde a que se frustrem os efeitos da sentença, até que sobre ela se pronuncie o Tribunal por força da obrigatória duplicidade do grau de jurisdição.

Pelo exposto, defiro a suspensão da segurança, da forma como requerida.

Brasília, 14 de dezembro de 1983» — fls. 84/86.

Dai a pressa do presente agravo regimental, posto, em suma, na assecuração de que, *verbis*:

«Inconformada com a manobra ilegítima, que lhe subtraiu ilegalmente o saldo credor, impedindo sua cessão ao Banco Central, a impetrante pleiteou administrativamente a correção do absurdo.

Obeve parecer favorável do Departamento Jurídico do Banco Central.

Parecer brilhante e irresponsável, que se junta à presente por fotocópia (doc. nº 1 anexo).

Nem assim obteve acolhimento, o que a levou a recorrer à Justiça, através do mandado de segurança cuja petição inicial constitui o documento anexo sob o nº 2.

O «writ» mereceu parecer favorável do digno representante do Ministério Público, tal como merecera do Departamento Jurídico do Banco Central.

Parecer cuidadoso e brilhante, cujo inteiro teor se junta à presente (doc. nº 3).

A r. sentença concessória amparou-se, como não podia deixar de ser, nesses dois pronunciamentos insuspeitos e desenganadamente favoráveis à pretensão da impetrante: parecer do Departamento Jurídico do Banco Central e do digno Procurador da República.

Raras vezes terá ficado tão bem evidenciada uma ilegalidade.

Raras vezes um ato abusivo de autoridade será manifestamente insustentável a ponto de merecer sucessivamente a censura do próprio Departamento Jurídico do órgão que o proferiu e do digno representante do Ministério Público Federal.

Por outro lado, o ato ilegal e abusivo importa em subtrair à requerente vultosa quantia superior a 1 bilhão e 500 milhões de cruzeiros.

Não será difícil compreender os riscos a que isso a expõe e as conseqüências gravíssimas que pode acarretar.

Permite-se acrescentar que não decorrerá da execução de segurança concedida, qualquer lesão à ordem pública, requisito legal para que V.Exa. a possa suspender.

A requerente é empresa financeiramente idônea, cujo patrimônio líquido alcança cerca de 50 bilhões de cruzeiros situando-se entre as maiores exportadoras do país, com um volume anual da ordem de 85 milhões de dólares de exportação». — Fls. 93/95.

Esse arrazoado, conquanto que respeitável sob o prisma dos interesses defendidos na impetração, não me parece, porém, que remova os dados fundamentais da suspensão. Na verdade, ainda que se admita o bom sucesso da sentença no seu reexame obrigatório por este Tribunal, certo, entretanto, é ter-se por presente o pressuposto da grave lesão à economia pública no quanto se adiante a esse reexame o liberado pagamento de tão vultosa quantia, a ser coberta com recursos genuinamente fiscais, quais sejam os provenientes do IOF reservados para formação da reserva monetária; tanto mais porque, por outro lado, tal pagamento constituirá desfalque do rateio final que venha a beneficiar os numerosos investidores lesados pelo grupo Coroa/Brastel, tudo isso com a quebra das prioridades estabelecidas para liquidação dos seus compromissos.

Por isso que, mantendo a decisão, submeto o agravo ao conhecimento do Tribunal Pleno.

Relatei.

VOTO

O Sr. Ministro Armando Rollemberg: Sr. Presidente, confirmo o despacho recorrido por seus fundamentos, manifesta que, é, no caso, a possibilidade de grave lesão à economia pública, e, portanto, a aplicabilidade do artigo 4º da Lei nº 4.348/64.

Nego provimento ao agravo.

VOTO

O Sr. Ministro Bueno de Souza: Senhor Presidente, também acompanho o voto do Senhor Ministro Armando Rollemberg, ao sufragar as prudentíssimas ponderações resumidas há pouco pelo Senhor Ministro Gueiros Leite. Acentuo, porém, que o faço, notadamente em virtude do abalo da credibilidade pública, seja das operações em que figura o Grupo Empresarial Coroa/Brastel, seja também da própria ação fiscalizadora do Banco Central, no tocante a tais operações, o que tudo torna o tema sujeito e exposto a grande dose de insegurança, fato que hoje pertence ao domínio público.

É por esta razão que compreendo o sentido de prudência da decisão agravada e voto no sentido de mantê-la, tanto mais quanto é certo que qualquer dano porventura sofrido pela impetrante poderá encontrar os instrumentos adequados a assegurar sua completa reparação.

VOTO

O Senhor Ministro Evandro Gueiros Leite: Sr. Presidente, tive oportunidade de ler o memorial que me foi distribuído pelos eminentes advogados que o subscrevem e verifico que esta é mais uma das conseqüências dos negócios envolvidos nas operações realizadas pela Coroa/Brastel, de cujo grupo faz parte o Banco

a que se refere. Na verdade, como salientou V. Exa., as origens daquele crédito, à primeira vista, aparecem-nos tortuosas, porque envolvem um complexo de operações que se distribuíram entre o banco, a corretora e a empresa impetrante, ora agravante. Não só por isso, mas, e principalmente, porque, embora sem avançar juízo sobre as origens desse numerário, para dizer se aquele vultoso cheque teria ou não cobertura bancária, quando sacado, é de ver-se que estamos diante de uma intervenção extrajudicial, determinada e operada pelo Banco Central junto àquele grupo Coroa/Brastel, que envolve também o banco referido. E em se tratando de uma liquidação extrajudicial, que se equipara a um juízo de quebra, é lógico e jurídico que não se poderia, sob pena de atingir-se indiscriminadamente a apuração do ativo, destacar-se a importância reclamada para o efeito de creditá-la à conta do correntista, o que importaria num reconhecimento, de plano, do crédito de origem duvidosa. Não seria, portanto, através de um mandado de segurança, que não pode se comparar ou constituir-se em substitutivo de ação de cobrança, conforme já decidiu o Supremo Tribunal Federal através de sua Súmula nº 269. Na verdade, de plano, acredito que não poderia ser concedido para efeito de obrigar o liquidante a considerar como crédito, e acredito mesmo, nem como débito, a importância reclamada pelo agravante. Essa matéria dependerá de um juízo administrativo na sede da liquidação ao apurarem-se o ativo e o passivo. É uma discussão que enveredará por prova complexa, na dependência de perícias e apurações que não se coportam no mandado de segurança, muito embora esse mandado de segurança tenha sido impetrado com base em dois ilustres pareceres proferidos por procuradores do Banco Central e que, na verdade, servirão, no futuro, como subsídio em be-

nefício da empresa impetrante e ora agravante, empresa que todos nós conhecemos como idônea e capaz de movimentação de valores à altura do cheque sacado, mas que, por infelicidade das operações que realizou, parece ter sido envolvida naquele «*affair*», mas que poderá, oportunamente, resolver a sua situação, sem, como, bem disse o eminente Ministro Presidente e Relator, fazer sobrecarregar o Tesouro Nacional, através das reservas de que dispõe para tais contingências.

Sendo assim, não tenho dúvida nenhuma em acompanhar o voto do eminente Ministro Armando Rollemberg para negar provimento ao agravo.

É como voto.

EXTRATO DA ATA

AgReg.SS nº 5.616 — RJ — Relator: Ministro José Dantas. Agrte.: Perdígão S.A. Comércio e Indústria. Agrdo.: Banco Central do Brasil.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental (Em 19-12-83 — T. Pleno).

Votaram com o Sr. Ministro Armando Rollemberg os Srs. Ministros Moacir Catunda, Lauro Leitão, Carlos Madeira, Gueiros Leite, Washington Bolívar, Torreão Braz, Carlos Mário Velloso, Wilson Gonçalves, William Patterson, Bueno de Souza, Sebastião Reis, Américo Luz, Antonio de Pádua Ribeiro, Flaquer Scar-tezzini, Costa Lima e Hélio Pinheiro.

Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Otto Rocha, Ademar Raymundo, Miguel Jerônimo Ferrante, José Cândido, Pedro Acio-li, Geraldo Sobral, Carlos Thibau e Leitão Krieger. Licenciado o Sr. Ministro Jarbas Nobre.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro José Dantas.

AGRAVO REGIMENTAL NA SUSPENSÃO DE SEGURANÇA
Nº 5.629 — SP

Relator: O Sr. Ministro José Dantas

Agravantes: Avedis Karabachian e outras, Conselho de Curadores da Fundação Karning Bazarian

Agravada: União Federal.

EMENTA

Suspensão de segurança.

Ordem Pública — Não há dizer-se infundado o receio de grave lesão à ordem pública, se o fato pressuposto do entrecchoque de poder está latente no próprio conteúdo das decisões judiciais (estadual e federal), antagonicamente confrontadas quanto ao disputado objeto da execução.

ACÓRDÃO

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

Decide o Plenário do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, negar provimento ao primeiro agravo e, em consequência, julgar prejudicado o segundo, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgamento.

Custas como de lei.

Brasília, 5 de abril de 1984 (Data do julgamento) — Ministro **José Fernandes Dantas**, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Dantas (Relator): a requerimento da União Federal deferi a suspensão da segurança em causa na forma do despacho que segue:

«Ao suplicar a suspensão da segurança concedida pelo Juiz Federal da 1ª Vara, II, da Seção Judiciária de São Paulo, eis os pontos essenciais das razões aduzidas pela União Federal:

3. Os fatos: O Ministério Público local, através do Exmº Sr. Dr. Curador de Fundações da Comarca de Itapetininga especialmente designado pelo Exmo. Sr. Dr. Procurador-Geral da Justiça do Estado de São Paulo, propôs ação cautelar inominada (doc. junto) com a finalidade do afastamento provisório da Diretoria da Fundação Karning Bazarian, Instituição de Direito Privado, tendo em vista as irregularidades constatadas, e que levavam a Instituição de modo genérico e as Faculdades, em particular, mantidas pela referida Fundação, a um caos administrativo e econômico. Verificou-se a outorga de diplomas falsos, apropriação de vultosas quantias, pela Diretoria afastada, colocando o patrimônio da Instituição em situação de graves dificuldades, tudo devidamente comprovado pela documentação que instruiu a inicial da cautelar». — Fl. 3.

.....

5. Em atendimento ao requerido pelo Ministério Público, o MM. Juiz de Direito da Comarca de Itapetininga acolheu a cautelar requerida e, liminarmente;

afastou a diretoria da FKB, nomeando para o exercício das respectivas funções, uma Junta Administrativa, constituída de quatro cidadãos respeitáveis da cidade, escolhidos de uma lista oferecida pelo Curador de Fundações, estranhos aos quadros da instituição. Em razão dessa decisão do magistrado da Justiça Comum, foi requerido perante o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo um Mandado de Segurança que recebeu o nº 29.013-1, TJ, 2ª Câmara Civil (cópia anexa), decidido em 28 de dezembro de 1982, à unanimidade, pelo mérito, prestigiando a decisão de 1º grau.

6. Do quanto se expôs ficou demonstrado a competência da Justiça Comum Estadual para deslinde das questões pertinentes àquela Fundação (Instituição), como aliás já decidira o Colendo Supremo Tribunal Federal no Conflito de Jurisdição nº 5.986, em 24-9-75 (Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo — xerox anexo). Note-se que referido conflito de jurisdição dirimiu pendência envolvendo as mesmas partes. (Cfr. Publicação anexa)

7. Afastada a Diretoria da FKB, inobstante, o Conselho de Curadores da Instituição pretendem reunir-se, no que foi obstado pelo Juiz da 1ª Instância estadual. Daí ter requerido novo mandado de segurança ao Egrégio Tribunal de Justiça do Estado que o concedeu em parte, autorizando a reunião, mas exclusivamente para tratar de assuntos não pertinentes à diretoria, poderes afetos exclusivamente à Junta de Administração — da FKB e das Faculdades por ela mantidas, como está expresso nos documentos anexos. Nessa reunião, entretanto, extrapolando

os limites da permissão do Tribunal de Justiça, o Conselho nomeou Diretor-Geral e Diretores Adjuntos Acadêmico e Administrativo para as Faculdades. Essa providência da reunião, ao depois, foi anulada por ato judicial estadual.

8. Da grave lesão à ordem pública e à Economia da instituição: Com base, entretanto, nessa reunião posteriormente anulada e já radicalmente ineficaz, os então nomeados requereram mandado de segurança perante a 1ª Vara, II, da Justiça Federal, obtendo liminar, posteriormente cassada pela 2ª Turma do Egrégio Tribunal Federal de Recursos — em Acórdão de que fora Relator o Exmo. Ministro Gueiros Leite. O mandado de segurança decidido na Justiça Federal de primeira instância já repelido por esse Egrégio Colegiado, está gerando uma situação de irremediável conflito entre esta e a Justiça Estadual, a ponto de ambos os magistrados requisitarem forças para o cumprimento de suas decisões, transformando a controvérsia judiciária, em verdadeiro confronto bélico». Fls. 5/6.

A partir daí, a requerente alude à iminência da grave lesão à ordem jurídica, no atinente à tranqüilidade social, pelo que se imporia a suspensão suplicada.

Início por destacar que a cronologia dos fatos suso arrolados denota que a sentença desejada suspender nos seus efeitos veio a chocar-se com sucessivas decisões da Justiça Paulista, de ambos os graus de jurisdição, postas a serviço do deslinde da contenda entre o Ministério Público local, pelo seu Curador das Fundações, e os anti-

gos Diretores da referenciada Fundação, ora sob intervenção judicial.

Dito choque não cabe ser examinado neste momento, sob a ótica da dirimência do conflito de competência factualmente deflagrado; pois disso trata a apelação da entidade impetrada, como objeto mesmo do mérito de sua inconformidade com a sentença.

Neste momento, o que interessa indagar, em primeiro plano, é a seqüência das decisões, na qual, por quase dois anos de distância, perde em precedência a sentença federal para as sentenças estaduais; e a partir dessa verificação, cabe atribuir-se ao cumprimento da dita sentença a causa do transtorno denunciado, pela peticionária, sobre dizer da iminência de grave lesão à ordem pública. Aliás, esse mesmo receio já pressentira o Sr. Ministro Gueiros Leite, ao despachar o mandado de segurança impetrado neste Tribunal, para cassar a decisão liminar que o Juiz Federal adiantara, no caso. Disse, então, sua Excelência, *verbis*:

«Concedo a liminar, a fim de que se restabeleça o *statu quo ante* administrativo na Fundação Karning Bazarian, isto é, a junta administrativa possa continuar administrando a entidade mantenedora e as Faculdades mantidas estas através dos Diretores de sua livre escolha e nomeação ficando sem efeito a decisão adiantada pelo ilustre e digno Dr. Juiz Federal impetrado, nos autos do Mandado de Segurança nº 5.554.152, até decisão deste mandado de segurança» (MS nº 102.467, afinal julgado prejudicado).

Ora, se a concessão da simples liminar deixara antever a necessidade do restabelecimento do *statu quo ante* administrativo da Fundação, segundo a proverbial prudên-

cia do bom Juiz prolator desse despacho, mais ressalta essa necessidade no momento da sentença de mérito. Deveras, mais ressalta essa necessidade ao defrontar-se a notícia veiculada pelos documentos de fls. 163/164 — pertinentes à requisição de força policial para garantia da atuação da Junta Administrativa, como a quer assegurar o Juiz Estadual decretante da intervenção — e o de fl. 169 — pelo qual o Juiz Federal requisitou igual medida para fazer cumprir a sua sentença.

Basta o vislumbre desse factível encontro de força policial estadual e federal, para sentir-se a ameaça de grave lesão à ordem pública, em grau mais que suficiente a que se suspendam os efeitos da sentença do digno Juiz Federal, até que sobre ela se pronuncie este Egrégio Tribunal, interposta que se encontra a cabível apelação da autoridade impetrada.

Confesso que nunca defrontei hipótese mais consentânea com a aplicação do artigo 4º da Lei nº 4.348/64, e sua utilidade, do que a destes autos; pelo que defiro o pedido.» — Fls. 173/175.

Inconformados, os impetrantes manifestaram agravo regimental (fl. 213), além das petições avulsas juntas à fl. 184 e por linha, a par de historiarem o enredo da intervenção judicial na Fundação, e as razões de mérito do mandado de segurança que impetraram perante a Justiça Federal, aduzem o seguinte, especificamente no tocante ao despacho agravado:

«2. Verifica-se, pelo respeitável despacho de V. Exa., e que se encontra às fls. 173/175, que impressionou seriamente essa douta Presidência o fato de vislumbrar-se a possibilidade de um encontro de força policial estadual e federal,

«para sentir-se a ameaça de grave lesão à ordem pública em grau mais que suficiente a que se suspendam os efeitos da sentença do digno Juiz Federal».

Todavia, podem os requerentes assegurar a V. Exa., que tal ameaça nunca existiu e nem existirá, uma vez que os impetrantes, apesar da intensa provocação que têm sofrido por parte de seus adversários, inclusive do Sr. Curador de Fundações designado, têm sabido agir com a maior prudência possível, limitando-se a pleitear junto às autoridades judiciárias competentes as medidas adequadas à garantia de seus direitos.

Bastaria, para acentuar a diferença da conduta das partes nos lamentáveis acontecimentos que estão se desenvolvendo nas Faculdades de Itapetininga, lembrar a V. Exa., que tendo os impetrantes a seu favor desde 13 de fevereiro o **mandamus** judicial, somente um mês depois, precisamente a 13 de março, cuidaram de obter o cumprimento da ordem, aguardando a oportunidade da interposição de recurso pelos demais interessados e a solução, pelo insigne Ministro Evandro Gueiros Leite, nos pedidos de liminar formulados nos Mandados de Segurança nºs 103.588 e 103.589, cujas decisões estão datadas de 24 de fevereiro e 2 de março, e já encaminhadas a V. Exa., em 23 próximo passado, em manifestação realizada nos autos em referência.

Do outro lado, ocorre justamente o contrário. Além do incompreensível procedimento do Dr. Curador de Fundações designado, Órgão do Ministério Público local de Primeira Instância, que postula insistentemente na causa até perante esse Tribunal, inclusive pretendendo que o Juiz da Comarca realize diligência da competência do Juiz Federal, estão as atitudes

do Presidente da Junta Administrativa Provisória que, por iniciativa própria, sem aguardar ordem judicial competente, em data de 23 do corrente, ingressou inadequadamente no recinto das Faculdades e impediu que os impetrantes e seus auxiliares de confiança continuassem no exercício de suas funções.

3. Na verdade, Sr. Presidente, nunca existiu, senão na imaginação dos Srs. Membros da Junta Provisória, qualquer possibilidade de confronto de forças policiais ou mesmo de perturbação da ordem nas Faculdades de Itapetininga. Os problemas que ocorrem ali são de outra ordem e existem apenas porque elementos estranhos aos estabelecimentos querem alijar de sua direção justamente as pessoas que lutaram pela sua fundação, que os organizaram e os tornaram vitoriosos no campo do ensino superior.

Com a devida vênia, os requerentes pedem a V. Exa., que se detenha no exame de documentos que se encontram nos autos e de outros que ora são exibidos e que foram maliciosamente subtraídos ao conhecimento do ilustre Subprocurador que requereu a suspensão da sentença de V. Exa.

As fls. 163 e 164, estão cópias de dois ofícios do Juiz de Direito da 1ª Vara da Comarca ao Comandante da 1ª Cia. do 22º BPM e ao Delegado de Polícia solicitando discreta proteção (não fardada) para garantir a ordem e a atuação da Junta Administrativa Provisória. Tais providências foram solicitadas a 21 de fevereiro, nos autos da ação cautelar ajuizada pela Curadoria de Fundações da Comarca contra Antônio Walter Ferreira e outros, sem qualquer referência aos ora requerentes.

Não há, nessas requisições, qualquer indicação de fatos concretos que denunciem a previsão de possi-

bilidade de perturbação da ordem nas Faculdades de Itapetininga, nem tampouco de eventual atrito com os impetrantes da segurança à Justiça Federal. Além do mais, a medida pleiteada pelo Juiz foi de discreta proteção (não fardada) e naturalmente decorreu de provocação dos próprios interessados, membros da Junta Provisória que aparecem como os criadores de uma situação que nunca existiu.

Quando do cumprimento do mandado de segurança, um mês após sua concessão houve desobediência por parte de Dr. Francisco Tambelli Filho da Junta Provisória, que não quis cumprir a ordem em sua inteireza, motivando a requisição de força para possibilitar a execução da medida (documentos anexos, fls. 300/301 e 389 dos autos de Mandado de Segurança nº 5.554.152).

Pois bem: a ordem acabou sendo cumprida sem outros incidentes, havendo perfeita harmonia e cooperação entre os policiais estaduais e federais, como está expresso na certidão do oficial de justiça, à fl. 394 do mandado de segurança e dos documentos que acompanham esta petição.

No campus das Faculdades, desde o momento em que os impetrantes foram investidos em suas funções, passou a reinar absoluta ordem dispensando a presença de qualquer policial. Os trabalhos escolares se desenvolveram normalmente, com os aplausos de todo o corpo discente.

Ora, a absoluta ausência de ameaça à ordem pública e, principalmente, de possível confronto de força entre os policiais estadual e federal é o que ressalta dos fatos provados nos autos. Tal ameaça, sugerida por interessados ao digno Subprocurador da República e que, com razão, impressionou V. Exa.,

é, por certo fruto de imaginação da parte contrária, que pretende beneficiar-se com a suspensão da execução da sentença, que nada mais fez do que atender aos justos reclamos dos impetrantes». — Fls. 214/217.

Sem embargo da sustentação do mandado de segurança — posta em distinguir entre a administração da Fundação (contenda *sub judice* na Justiça Estadual) e a administração das Faculdades, controvérsia sob a competência da Justiça Federal —, penso que as razões do agravo não afastam o temor da grave lesão à ordem pública, único tema de interesse da suspensão da segurança. E não afastam porque — ainda quando a hipótese de confronto das forças policiais haja sido evitada no primeiro interregno, do cumprimento da decisão federal à imediata suspensão dos seus efeitos —, isso não desfigura o conflito em que estão postas as referidas decisões, evidentemente antagônicas sobre o móvel da contenda, isto é, o levantamento da intervenção na administração daquelas Faculdades, conseqüente da intervenção na Fundação mantenedora.

A meu modo de ver, tão logo voltam a fazer-se sentir os efeitos da segurança de que se trata, reavivado estará o temor da lesão à ordem pública; consoante o reavivado antagonismo entre as confrontadas decisões judiciais; e esse temor, repita-se, basta à manutenção da acautelatória suspensão de segurança, até que o Tribunal se pronuncie sobre a sentença, aí, sim, sem mais receio, pois que, se confirmada, os seus efeitos ganharão foros de definitividade, pela anunciada razão de mérito, qual a da desejada distinção entre a administração da Fundação — *sub judice* na área estadual — e a administração das Faculdades, disputada na Justiça Federal.

Mantida, assim, a decisão agravada, submeto o recurso ao conhecimento do Egrégio Tribunal Pleno.

Elaborado que se encontrava o presente relatório, veio aos autos o Conselho de Curadores da Fundação Karning Bazarian, com igual pedido de reconsideração, formalizado com idêntica fundamentação de mérito da impetração, e conclusivo da ausência de causa para a impugnada suspensão da segurança (leio).

Daí que respondo esse segundo agravo com as mesmas considerações acima aduzidas para manutenção do despacho; pelo que também o submeto à decisão deste Colendo Plenário.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Armando Rollemberg: É manifesto, vê-se do relatório minucioso feito pelo Sr. Ministro Presidente, que da aplicação da sentença proferida pelo Dr. Juiz Federal da 1ª Vara, II, da Seção Judiciária de São Paulo, poderá resultar grave lesão à ordem pública, caracterizando-se, conseqüentemente, a hipótese prevista no artigo 4º da Lei nº 4.348/64.

Nego provimento ao agravo inicialmente interposto e julgo prejudicado o apresentado posteriormente.

VOTO VOGAL

O Senhor Ministro Evandro Gueiros Leite: Sr. Presidente, permita-me Vossa Excelência que preste alguns esclarecimentos sobre o assunto em debate, pois cuidei dessa matéria em uma medida cautelar e em vários mandados de segurança.

O que se verifica no caso é uma luta de facções dentro da Fundação mantenedora e das Faculdades man-

tidas. Essa disputa vinha-se desenvolvendo no âmbito da Justiça do Estado.

Uma das partes resolveu, então, postular junto à Justiça Federal, em São Paulo, através de mandado de segurança, cuja liminar suspendi através de outro mandado de segurança, dada a sua ilegalidade flagrante.

Naquele processo proferiu sentença o Dr. Juiz Federal e alterou o *statu quo ante* que reinava nas Faculdades mantidas, decorrente de decisão em outro mandado de segurança concedido liminarmente pelo Tribunal de Justiça do Estado.

Contra a sentença, a outra facção impetrou novo mandado de segurança, no qual tive por bem não conceder a medida liminar, com apoio na nossa jurisprudência, pois não temos emprestado efeito devolutivo às apelações em tais casos.

Daí porque considerei que a sentença do Dr. Juiz Federal de São Paulo devia ser mantida até o seu reexame, aqui, em grau de apelação, que devolveria a esta instância revisora o conhecimento de toda a matéria decidida.

Assim é que indeferi (repito) a liminar neste último mandado de segurança, passando então a ter eficácia a respeitável sentença do Dr. Juiz Federal, gerando-se, em conseqüência, a situação descrita no relatório de Vossa Excelência.

Deparo-me, pois, com a seguinte situação: a sentença proferida pelo Dr. Juiz Federal o teria sido em caso que não me parece de sua competência, porque não se trata de matéria de ensino, mas de disputa administrativa em entidade de índole privada.

Teria sérias dúvidas sobre se poderíamos intervir em caso tal, se não fosse a existência da sentença

federal. E também quanto à razão interventiva da União, porque não teria interesse.

Afasto a dúvida, levando em conta que a razão do pedido de sustação da eficácia da sentença é haver sido esta proferida por Juiz Federal. Ademais, apesar da existência de conflito entre um Juiz Federal e um Tribunal Superior local, aqui não se cogitou de matéria competencial.

De qualquer modo, a disputa entre as facções está gerando, realmente, um clima atentatório à estabilidade da ordem jurídica e criando a situação salientada no relatório, quando menciona até mesmo a mobilização de tropas.

Como não me foi possível suspender a eficácia da sentença **sub censura**, através de liminar em mandado de segurança, a única solução seria mesmo o pedido de sua suspensão, como foi feita.

Ante o exposto, arredadas as dúvidas atrás referidas, nego provimento ao agravo.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

AgRegSS nº 5.629 — SP — Rel.: O Sr. Ministro José Dantas — Agrtes.: Avedis Karabachian e outras, Conselho de Curadores da Fundação Karning Bazarian — Agrda.: União Federal.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, negou provimento ao primeiro agravo e, em conseqüência, julgou prejudicado o segundo. (Em 5-4-84 — T. Pleno).

Votaram com o Sr. Ministro Armando Rollemberg, os Srs. Ministros Carlos Madeira, Gueiros Leite, Washington Bolívar, Carlos Mário Velloso, Otto Rocha, William Patterson, Adhemar Raymundo, Bueno de Souza, Sebastião Reis, Miguel Jerônimo Ferrante, José Cândido, Costa Lima, Geraldo Sobral, Hélio Pinheiro, Carlos Thibau e Torreão Braz.

Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Moacir Catunda, Lauro Leitão, Wilson Gonçalves, Pedro Acioli, Antônio de Pádua Ribeiro, Américo Luz e Flaquer Scartezzi. Licenciados os Srs. Ministros Jarbas Nobre e Leitão Krieger.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro José Dantas.