

---

## JURISPRUDÊNCIA

---



## EMBARGOS INFRINGENTES NA AÇÃO RESCISÓRIA Nº 342 — RJ

Relator: O Sr. Ministro Lauro Leitão

Revisor: O Sr. Ministro Carlos Madeira

Embargante: União Federal

Embargado: Honestílio Pinheiro da Silva

### EMENTA

Ação rescisória. União Federal. Despacho do Presidente do TFR. Apelação declarada deserta. Embargos infringentes.

O v. Acórdão, ora atacado, deu como desrespeitado o artigo 45, parágrafo único, da Lei nº 5.010/66, que diz não serem devidos custas e quaisquer emolumentos na instância superior da Justiça Federal.

O despacho rescindido está datado de 19-9-66, portanto, posteriormente ao advento da Lei nº 5.010, que é de 30 de maio de 1966.

De outra parte, o ora embargado litigou e litiga sob o pálio da Justiça Gratuita.

Embargos rejeitados.

### ACÓRDÃO

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

Decide o Tribunal Federal de Recursos, em Sessão Plenária, 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, 1 de julho de 1983 (Data do julgamento) — Ministro José Dantas, Presidente — Ministro Lauro Leitão, Relator.

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Lauro Leitão: Honestílio Pinheiro da Silva, qualificado na inicial, propôs ação rescisória, perante este Egrégio Tribunal, contra a União Federal objetivando rescindir despacho do Exmo. Sr. Ministro-Presidente desta colenda Corte, nos autos da Apelação Cível nº 23.398-RJ, que julgou deserto o recurso interposto pelo ora autor, por falta de preparo no prazo legal.

Sustentou que a decisão infringiu o disposto no art. 45 da Lei nº 5.010/66.

Citada, a União Federal ofereceu contestação.

O eminente Ministro José Néri da Silveira requisitou os autos da Apelação Cível nº 23.398-RJ, os quais estão em apenso.

As partes ofereceram razões finais.

Decidiu este Egrégio Tribunal, em Sessão Plenária, preliminarmente, por voto de desempate, conhecer do pedido. E, no mérito, à unanimidade, julgar procedente a ação rescisória, conforme Acórdão assim ementado:

«EMENTA

— Ação Rescisória.

— Despacho do Presidente do Tribunal que decretou deserta a apelação, por falta de preparo, em Superior Instância, na vigência da Lei nº 5.010, de 1966.

— Cabimento da Ação Rescisória, no caso concreto.

— Procedência da ação.

— O despacho feriu a literal disposição do parágrafo único do art. 45 da Lei nº 5.010, de 30-5-1966».

A União Federal, com fundamento no art. 530 do CPC, opôs Embargos Infringentes ao v. Acórdão de fls., relativamente à questão preliminar, concernente ao não conhecimento do pedido, decidida por desempate.

Requeru, então, o acolhimento dos embargos, a fim de que prevaleça na íntegra a solução contida no douto voto vencido, invertendo-se, em desfavor do embargado, as cominações legais de custas e honorários.

Os embargos foram admitidos.

O embargado ofereceu impugnação, em que pediu a rejeição dos embargos.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Lauro Leitão (Relator): O ora embargado, sob o pálio da Justiça Gratuita (fl. 92), ajuizou ação rescisória contra a União Federal, sob o fundamento de que propusera ação ordinária contra a ora embargante, visando a obter reforma, por incapacidade física definitiva para o serviço militar, sem poder prover os meios de subsistência.

O MM. Dr. Juiz Federal, decidindo a referida ação ordinária, acolheu a preliminar de prescrição do direito do autor, ora embargado.

Inconformado, interpôs apelação.

Nesta instância, porém, o eminente Sr. Ministro-Presidente deste Egrégio Tribunal Federal de Recursos julgou deserto o recurso interposto, por falta de preparo, no prazo legal, decisão que transitou em julgado.

Na ação rescisória, pois, o ora embargado sustentou que aquela decisão feriu, frontalmente, o art. 45, parágrafo único, da Lei nº 5.010, de 1966, que diz «não são devidas custas ou quaisquer emolumentos na Instância Superior».

Consoante o Acórdão de fl. 73, da lavra do eminente Ministro José Néri da Silveira, proferido na Apelação Cível nº 23.394, foi determinado o processamento do recurso interposto.

O referido Acórdão está assim ementado:

«EMENTA

— Ação Rescisória.

— Despacho do Presidente do Tribunal que decretou deserta a apelação, por falta de preparo, em Superior Instância, na vigência da Lei nº 5.010, de 1966.

— Cabimento da Ação Rescisória, no caso concreto.

— Procedência da ação.

— O despacho feriu a literal disposição do parágrafo único do art. 45 da Lei nº 5.010, de 30-5-1966».

Pontes de Miranda, no Tratado da Ação Rescisória, pág. 122, preleciona:

«A parte ou terceiro a que se atribuiu deserção de recurso pode intentar ação rescisória».

Ora, o que se rescindiu foi o despacho do então Sr. Ministro-Presidente deste Egrégio Tribunal, que declarou deserto o recurso interposto pelo ora embargado da r. sentença de 1º grau, que julgou prescrito o seu direito de ação, pela decorrência de prazo superior a 5 anos.

Como se vê, o v. Acórdão, ora atacado, deu como desrespeitado o artigo 45, parágrafo único, da Lei nº 5.010/66, que tem como não devidas custas e quaisquer emolumentos na instância superior da Justiça Federal.

O despacho rescindido está datado de 19-9-66, portanto, posteriormente ao advento da Lei nº 5.010, que é de 30-5-66.

De outra parte, consoante está provado nos autos, à fl. 92, o ora embargado litigou e litiga sob o pálio da Justiça Gratuita.

Por isso, rejeito os embargos.

É o meu voto.

#### VOTO

O Sr. Ministro Carlos Madeira (Revisor): Lê-se em Pontes de Miranda:

«Se o interessado acha que o julgamento da deserção (e. g. Código de Processo Civil, artigos 519, 527, § 1º e 545) é rescindível, a ação rescisória vai contra tal julgamen-

to. Aliás, qualquer ato de que se possa tirar, ter havido declaração de renúncia, ou de desistência, pode dar ensejo à ação rescisória» (Tratado da Ação Rescisória, 5ª edição, págs. 182/183).

Como se vê do escólio transcrito, a declaração de deserção não é mero despacho, mas decisão, tanto quanto a que a releva (art. 519, § 2º, do CPC).

A objeção de não tratar-se de sentença de mérito, cabe lembrar que o art. 486 admite a rescisão de atos judiciais que não dependem de sentença, entre os quais se incluem a decisão que declara deserto o recurso.

Rejeito os embargos.

#### EXTRATO DA MINUTA

EAR nº 342-RJ — Relator: O Sr. Ministro Lauro Leitão. Revisor: O Sr. Ministro Carlos Madeira. Embargante: União Federal. Embargado: Honestílio Pinheiro da Silva.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, rejeitou os embargos (Em 1-7-83 — Tribunal Pleno).

Votaram com o Sr. Ministro-Relator, os Srs. Ministros Carlos Madeira, Washington Bolívar, Torreão Braz, Carlos Mário Velloso, Otto Rocha, Wilson Gonçalves, William Patterson, Bueno de Souza, Sebastião Reis, Miguel Ferrante, Pedro Acioli, Antônio de Pádua Ribeiro, Flaquer Scartezzini, Costa Lima, Hélio Pinheiro e Moacir Catunda.

Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Armando Rollemberg, Jarbas Nobre, Adhemar Raymundo, José Cândido, Américo Luz, Leitão Krieger, Geraldo Sobral e Carlos Thibau. Impedido o Sr. Ministro Evandro Gueiros Leite. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro José Fernandes Dantas.

## AÇÃO RESCISÓRIA Nº 829 — SP

Relator: Sr. Ministro Miguel Jerônimo Ferrante

Autores: Agro Pastoril Santo Antônio e Administração Ltda. e outros

Ré: Cia. Energética de São Paulo — CESP

### EMENTA

**Ação rescisória. Juros compensatórios e moratórios.**

— Inadmissibilidade do aditamento da inicial.

— Falta de fundamento legal da ação por isso que não se configura, em nenhum passo, violação de literal disposição de lei, nos termos do art. 485, item V, do Código de Processo Civil, a justificar a prestação jurisdicional.

— Súmula não se equipara à lei, não tem força de lei. Constituindo em si a sistematização de uma tendência vitoriosa em um Colegiado, a respeito de determinada matéria, tem o escopo de ajustar e uniformizar os julgados sem contudo vincular outros Tribunais ou Juízes de primeiro grau.

— Ação improcedente.

### ACÓRDÃO

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

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

Custas como de lei.

Brasília, 1º de março de 1983 (Data do julgamento) — Ministro Washington Bolivar de Brito, Presidente — Ministro Miguel Jerônimo Ferrante, Relator.

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Miguel Jerônimo Ferrante: Agro Pastoril Santo Antônio e Administração Ltda., Agro Pastoril Santa Heloísa e Administração Ltda., Agro Pastoril Santa Lúcia e Administração Ltda., Lunares

Agro Pastoril e Administração Ltda. e Talara S.A. — Comércio, Representações e Administração, qualificadas nos autos, promovem contra CESP — Companhia Energética de São Paulo, a presente ação rescisória, com fulcro no artigo 485, V, do Código de Processo Civil.

Em suma alegam e postulam, afinal, as autoras que, na qualidade de sucessoras de Geremias Lunardelli, tiveram declarada de utilidade pública, para fim de desapropriação, parte do imóvel denominado Fazenda Urubupungá, de que são senhoras e legítimas possuidoras; que a respectiva ação expropriatória foi ajuizada perante a 7ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado de São Paulo; que a decisão de primeiro grau, ao julgar procedente dita ação, mandou «pagar aos expropriados as quantias apontadas no laudo do perito judicial, Dr. Francisco Adolfo Rosas, às fls. 822/951, a título de indenização»,

com os acréscimos de juros compensatórios a partir da avaliação judicial e cominações específicas; que o **decisum** foi mantido por seus fundamentos, em segunda instância, por aresto transitado em julgado; que, em fase de execução, foi determinado o cálculo dos juros compensatórios à taxa de 12%, a partir da avaliação judicial; que — atendo-se a essa orientação — foi elaborada e homologada a conta de liquidação; que, destarte, os juros compensatórios foram contados tendo como data inicial a avaliação realizada a 16-7-1974, e não a data da imissão na posse, que ocorreu em 4-9-1968, como recomendam as Súmulas n<sup>o</sup>s 164 do STF e 74 do TFR; que, assim, sobre a matéria não há controvérsia; que, destarte, pretendem as autoras a rescisão parcial do julgado, em ordem a que lhes seja assegurada a contagem de juros compensatórios, não a partir da avaliação, e sim a contar da imissão antecipada na posse.

Inicial instruída com os documentos de folhas 10/128.

Foi feito o depósito inicial, nos termos do art. 488, III, da lei instrumental.

A fl. 135, as autoras requerem aditamento da inaugural, para constatar do pedido «além das verbas nele especificadas, os juros de mora», merecendo o seguinte despacho de fl. 136: «Fl. 135. Aguarde-se, uma vez que já foi expedida Carta de Ordem para citação da ré».

Contestando, às fls. 157/162, a ré alegou em resumo, preliminarmente: a) ilegitimidade processual, ao fundamento de que as autoras não são titulares da gleba expropriada, falecendo-lhes por «consequente» capacidade processual para propor ação rescisória; b) incompetência desta Corte, por isso que a matéria relativa ao termo inicial da conta-

gem de juros transitou em julgado com a sentença de primeiro grau.

No mérito sustentou a improcedência da ação.

Concomitantemente, ofereceu impugnação ao valor dado à causa, que foi acolhida pela decisão de fl. 11, dos autos em apenso.

Sem provas a produzir, autores e ré deduziram razões finais, às fls. 171/183 e fls. 266/269, respectivamente.

Parecer da Subprocuradoria-Geral da República, à fl. 266, no sentido de que seja a ação julgada improcedente.

Pauta sem revisão (art. 33, item IX, do RI).

E o relatório.

## VOTO

**O Senhor Ministro Miguel Jerônimo Ferrante:** A ré moveu ação objetivando a expropriação de parte do imóvel denominado Fazenda Urubupungá, situada no Município de Itapira, Comarca de Pereira Barreto, Estado de São Paulo, cuja propriedade foi atribuída a Geremias Lunardelli.

A decisão de primeira instância, que fixou a indenização com base no laudo oficial, foi mantida, em grau de apelação, pela antiga 1<sup>a</sup> Turma deste Tribunal, por Acórdão unânime relatado pelo Ministro Márcio Ribeiro e transitado em julgado.

Agora, pretendem os autores rescindir, em parte, esse aresto, para que os juros compensatórios incidam a partir da prévia imissão na posse, nos termos das Súmulas n<sup>o</sup>s 164 do Supremo Tribunal Federal e 74 deste Tribunal, e não a contar da avaliação judicial, como foi decidido.

Já ajuizada a ação e expedida a carta de ordem para citação da ré, requereram as autoras aditamento

da peça vestibular, para incluir, no pedido, juros moratórios.

Assim resumida a espécie, importa salientar, de plano, a inadmissibilidade do aditamento da inicial quando já expedida a carta de ordem citatória. A ré não se manifestou sobre esse pedido, nem voltaram as autoras a dele cogitar, após sua singela formulação. Ademais, na suposição de que o acréscimo pretendido implica na cumulação do objeto da própria rescisória, o que não ficou esclarecido, vale lembrar a regra do artigo 294 da lei instrumental: «Quando o autor houver omitido, na petição inicial, pedido que lhe era lícito fazer, só em ação distinta poderá formulá-lo».

Superado esse ponto, afasto a preliminar de ilegitimidade ativa, argüida pela ré, à míngua de provas concretas que a respaldou. Na realidade, considerando que as autoras foram partes na ação expropriatória, na qualidade de sucessoras de Geremias Lunardelli, não se lhes pode negar legitimidade para propor rescisória, à vista do estabelecido no artigo 487, item I, do Estatuto Processual Civil.

Também não colhe a alegação de que este Colegiado é incompetente para processar e decidir a demanda, ao argumento de haver precluído, com a decisão monocrática, a matéria relativa à data de contagem dos juros compensatórios. É que esse entendimento esbarra, à evidência, no comando do artigo 122, item I, letra a, da Lei Maior que reserva à Corte a competência originária para processar e julgar ação rescisória de seus próprios julgados.

Ao cabo, carece a ação de fundamento legal, por isso que não se configura, em nenhum passo, violação de literal disposição de lei, nos termos do art. 485, item V, do Código de Processo Civil, invocado como fundamento da pretensão jurisdicional.

Com efeito, sobre ser destituída de qualquer conteúdo de certeza a assertiva de que houve, no caso, ofensa ao princípio constitucional da justa indenização, resta sem relevo o fato de o decisório se haver afastado, ao cuidar dos juros compensatórios, da orientação ditada pelas mencionadas Súmulas n.ºs 164 da Suprema Corte de Justiça e 74 deste Tribunal.

Realmente a sentença de primeiro grau, mantida pelo v. Acórdão rescindendo, ao estabelecer a fluência dos juros compensatórios a contar do laudo adotado, o fez em franco descompasso com o entendimento-sumulado, que tem a data da prévia imissão na posse como termo inicial dessa parcela indenizatória.

As autoras, porém, nenhuma providência tomaram, oportuno tempore em ordem a fazer prevalecer ditas súmulas. No seu apelo, omitiram-se quanto a esse tópico, nem trataram de corrigir o equívoco através de embargos de declaração.

Destarte, se permaneceram inertes, não lhes é lícito agora pretender a rescisão do julgado, no particular.

É que os juros compensatórios são criação pretoriana, inexistindo lei que os tenha instituído. Deles cuidam as súmulas indicadas, não a lei.

Ora, súmula não se equipara à lei, não tem força de lei.

Constituindo, em si, a sistematização de uma tendência vitoriosa em um Colegiado, a respeito de determinada matéria, tem o escopo de ajustar e uniformizar os julgados, sem contudo, vincular outros Tribunais ou Juizes de primeiro grau. A propósito, Barbosa Moreira, refletindo o correto entendimento sobre sua natureza e alcance, escreve:

«A tese jurídica sufragada pela maioria absoluta dos membros do Tribunal, «será objeto de súmula e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência». Esse o

efeito peculiar às deliberações de que trata, segundo a interpretação acima, o artigo 479, *caput*. Cumpre esclarecer precisamente em que consiste esse efeito, obviamente um plus em relação ao efeito comum e constante do «julgamento», que é a fixação da tese jurídica aplicável à espécie.

.....  
 «A jurisprudência constante da súmula não se torna, porém, imutável. Disposição expressa do Regimento Interno prevê a revisão dos seus enunciados, por iniciativa de qualquer Ministro (art. 99). Aliás, o Supremo Tribunal Federal várias vezes tem abandonado teses jurídicas incluídas na súmula. E seria, sem dúvida, grave erro imobilizar a natural evolução da sua jurisprudência. Por outro lado, as proposições constantes da súmula não têm obrigatoriedade assimilável à da lei, não vinculam os outros tribunais do país, nem os juízos de primeiro grau». («Comentários ao Código de Processo Civil», Forense, v. V, págs. 34/35).

Em face do exposto, julgo improcedente a ação, condenando as auto-

ras nas custas do processo e em honorários advocatícios que arbitro em 10% sobre o valor dado à causa.

Reverterá o depósito feito nos termos do artigo 488, item II, do Código de Processo Civil, a favor da ré.

#### EXTRATO DA MINUTA

AR nº 829-SP — Rel.: Sr. Ministro Miguel Jerônimo Ferrante. Autores: Agro Pastoral Santo Antônio e Administração Ltda. e outros. Ré: Cia. Energética de São Paulo— CESP.

Decisão: A Seção, por unanimidade, julgou improcedente a ação, nos termos do Relator (Em 1-3-83 — Segunda Seção).

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Pedro Acioli, Antônio de Pádua Ribeiro, Geraldo Sobral, Armando Rollemberg, Torreão Braz, Carlos Mário Velloso, Wilson Gonçalves, Bueno de Souza e Sebastião Reis.

Ausentes, por motivo justificado, os Srs. Ministros Moacir Catunda e Américo Luz. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Washington Bolívar de Brito.

#### AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 42.778 — SP

Relator: O Sr. Ministro Sebastião Alves dos Reis

Agravante: Empresa Supercap de Cinemas Ltda. e outros

Agravada: União Federal

#### EMENTA

Processual civil e constitucional. Agravo de instrumento. Competência recursal. Interesse da União. Assistência.

A jurisprudência do Alto Pretório já se fixou no sentido de que compete ao Tribunal Federal de Recursos e não ao Tribunal de Justiça do Estado julgar o agravo interposto pela União Federal contra decisão da Justiça Estadual de primeiro grau denegatória de assistência requerida pela agravante (RTJ 101/1.238; ib. 78/398).

Interesse jurídico da União, na causa, através do CONCINE, devidamente demonstrado.

Negou-se provimento ao agravo.

### ACÓRDÃO

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

Decide a 5ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, preliminarmente, conhecer do agravo e de *meritis* negar provimento, 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 novembro de 1982 (Data do julgamento) — Ministro Moacir Catunda, Presidente — Ministro Sebastião Alves dos Reis, Relator.

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sebastião Alves dos Reis: Empresa Supercap de Cinemas Ltda., Aquarius Cinematográfica Ltda., e Cinemas Rotiba Ltda., promoveram ação ordinária perante a Justiça Comum do Estado de São Paulo, contra a Empresa Brasileira de Filmes S.A. — EMBRAFILME, objetivando fosse declarada a ilegalidade ou a inconstitucionalidade da cobrança de preços maiores de que os do custo real pela venda de ingresso padronizado, bobina ou talonário, condenando-se a ré a abster-se de tal cobrança a maior, e ainda a pagar-lhes o valor correspondente à diferença entre o preço do custo e o valor cobrado, de 1975 até a data do ajuizamento.

Citada, a EMBRAFILME opôs exceção de incompetência, aduzindo que, por ela agir, *in casu*, na qualidade de delegada da União, a competência para julgar o feito seria da Justiça Federal. É de se notar que a União, até então, não havia promovi-

do a sua intervenção no processo como assistente, o que só veio a ocorrer um mês depois (fl. 45).

Acolhida a exceção pelo MM. Juiz da 10ª Vara Cível de São Paulo, e determinada a remessa dos autos à Justiça Federal, interpuseram as autoras o presente agravo de instrumento, em que insistiram na competência da Justiça Estadual.

Neste Tribunal, oficiou a ilustrada Subprocuradoria-Geral da República, em parecer da lavra do Procurador Paulo de Tarso Brás Lucas, aprovado pelo eminente Subprocurador-Geral da República Geraldo Fontelles, manifestando-se pelo não conhecimento do agravo, opinando por suscitar-se conflito de competência perante o Supremo Tribunal Federal (fl. 88).

É o relatório.

### VOTO

O Sr. Ministro Sebastião Alves dos Reis (Relator): O douto parecer da ilustrada Subprocuradoria-Geral da República está vazado nesses termos (fl. 87):

«Discordamos, *data venia*, de tal entendimento. Ao Tribunal Federal de Recursos é que falece competência para apreciar um recurso interposto contra uma decisão interlocutória prolatada por um Juiz Estadual. O art. 122, III, da Constituição Federal atribuiu a essa E. Corte a competência para julgar, em grau de recurso, as causas decididas pelos Juizes Federais. Como, pois, estender tal preceito para permitir que passe também a julgar «causas» decididas por Juizes Estaduais, sem que se verifique quaisquer das exceções constitucionais.

Pouco importa no caso que a questão decidida na interlocutória

seja exatamente a incompetência absoluta da Justiça Estadual. Se o recurso preenche os seus requisitos de admissibilidade, deveria o Tribunal de Justiça dele ter conhecido, e julgado quanto ao acerto ou desacerto da decisão prolatada pelo Juiz a quo. Se este teve competência para decidir, se era ou não competente, por que não a teria o Tribunal de Justiça para decidir tal questão em grau de recurso?

Se, por exemplo, o recurso tivesse sido provido e, paralelamente, não houvesse o Juiz Federal declinado de sua competência, estariam presentes os pressupostos para que se suscitasse o conflito positivo. Não ficaria, enfim, vinculado o Juiz Federal à decisão do Tribunal de Justiça, e tampouco, operaria a preclusão os seus efeitos, em se tratando de competência absoluta.

De modo que, por enquanto, a questão a ser decidida é: qual o tribunal competente para apreciar o recurso interposto contra a decisão que acolhe exceção ou simples alegação de incompetência? Ahamos que in casu, o competente é o Tribunal de Justiça de São Paulo.

Pelo exposto, opinamos pelo não conhecimento do presente agravo, suscitando-se o conflito negativo de competência perante o Supremo Tribunal Federal».

Ocorre, no entanto, que a jurisprudência do Alto Pretório é em sentido adverso à tese suscitada no parecer supra como se vê **inter plures**, do venerando aresto proferido no RE nº 94.085, Rel. designado: o Ministro Moreira Alves, assim ementado (RTJ 101, pág. 1238, 2ª Turma):

#### «Competência.

— O STF já firmou jurisprudência no sentido de que compete ao Tribunal Federal de Recursos, e não ao Tribunal de Justiça do Estado, julgar o agravo, interposto

pela União Federal, contra decisão da Justiça Comum de primeiro grau denegatória do interesse da agravante na causa (CJ nºs 5.993 e 6.102).

Recursos extraordinários conhecidos e providos».

No mesmo sentido CC nº 5.993, ementado nesses termos do Plenário, Rel.: Ministro Moreira Alves (RTJ 78/398):

«Conflito negativo de jurisdição entre o Tribunal Federal de Recursos e o Tribunal de Justiça de São Paulo. Manifestação do interesse da União perante o Tribunal de Justiça Estadual, com pedido de anulação do feito ab initio. Só à Justiça Federal cabe dizer se há, na causa, interesse da União. Se o Tribunal Federal de Recursos reconhecer a existência desse interesse e der pela competência da Justiça Federal, incumbir-lhe-á decretar a nulidade do processo, mantendo os atos não-decisórios, se aproveitáveis.

Conflito conhecido, dando-se pela competência do tribunal suscitante».

Ainda, CC nº 6.102, RTJ 90/18, sob essa ementa:

«Compete ao Tribunal Federal de Recursos, e não ao Tribunal de Justiça do Estado, conhecer do agravo, interposto pelo Procurador da República, contra a decisão da Justiça Comum de 1º Grau denegatória do interesse da União na causa. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. Conflito de jurisdição conhecido e provido».

Em face desses precedentes, preliminarmente, dou data venia pela competência deste Tribunal para conhecer do agravo.

De meritis, o r. despacho agravado é do teor seguinte, na sua parte decisória (fl. 39):

«O ingresso da União no processo com o pedido de assistência de fl. 133 deve ser considerado como manifestação que decorre do interesse do próprio CONCINE.

Este, Conselho Nacional do Cinema, é órgão do Executivo Federal. Sua criação fora prevista na Lei nº 6.281, de 9-12-1975, que extinguiu o Instituto Nacional do Cinema, autarquia, e decidiu que suas atribuições passariam a caber à EMBRAFILME e ao órgão a ser criado pelo executivo.

O CONCINE, que é órgão federal vinculado ao Ministério da Educação e Cultura (v. fl. 55, processo principal), tem interesse natural em que a questão em causa seja resolvida de modo favorável à EMBRAFILME, também vinculada ao Ministério da Educação e Cultura (fl. 56). Por força de convênio entre aquele e esta última, passou o órgão federal à EMBRAFILME a incumbência, entre outras, se fornecer-lhe relatórios provenientes do processamento dos borderôs-padrão relativos a cinemas e a filmes exigidos» (cláusula I, letra 1, fl. 66, processo principal). Esses borderôs estão ligados à venda dos ingressos e basta se ler o que está na Resolução nº 25, de fl. 67, do processo principal, para não se ter nenhuma dúvida a esse respeito. Em fl. 72, sempre do processo principal, o comentário ao item nº 5 da Resolução nº 25 observa que o sistema de venda e uso de ingressos padronizados fora estabelecido pelo Instituto Nacional de Cinema, autarquia federal, antecessora da EMBRAFILME, empresa mista. A Resolução nº 94, transcrita em fl. 3 da exceção, também expedida pelo CONCINE, ratifica o caráter de obrigatoriedade do uso de ingresso padronizado, ressaltando-se, no seu artigo 1º, § 1º, que a aquisição das bobinas se

faria em mãos da EMBRAFILME, que recebera a incumbência de exercer funções do órgão federal, nos termos do convênio referido.

A questão do preço da bobina destinada à venda dos ingressos padronizados está ligada, portanto, ao convênio firmado entre a EMBRAFILME e o CONCINE. A venda é feita pela EMBRAFILME em função do estabelecido no convênio e em face das resoluções baixadas pelo CONCINE embora a lei que criou aquela tenha incluído na sua receita o produto daquela (artigo 9º).

Assim, envolve a ação questão em que, declaradamente, tem interesse órgão federal, o CONCINE. É essa questão é de alcance nacional. Os dois motivos levam ao reconhecimento da competência da Justiça Federal».

Como se infere da decisão agravada, as agravantes, ao insurgirem contra o preço das bobinas, levantam-se contra Resolução do CONCINE, fixadora do valor, circunstância suficiente para qualificar o interesse jurídico da União, na qual se integra aquele órgão.

Nego provimento ao agravo.

#### EXTRATO DA MINUTA

Ag nº 42.778-SP — Rel.: O Sr. Min. Sebastião Alves dos Reis. Agtes.: Empresa Supercap de Cinemas Ltda., e outros. Agdas.: Empresa Brasileira de Filmes S.A. — EMBRAFILME e União Federal.

Decisão: A Turma, por unanimidade, preliminarmente, conheceu do agravo e de meritis negou-lhe provimento (5ª Turma em 10-11-82).

Os Srs. Mins. Pedro Acioli e Moacir Catunda votaram de acordo com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Moacir Catunda.

## AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 43.075 — BA

Relator: O Sr. Ministro Carlos Augusto Thibau Guimarães

Agravante: União Federal

Agravado: Ademar Costa dos Santos

## EMENTA

Processual civil. Administrativo.

Militar que obteve do Poder Judiciário a desconstituição do ato de seu desligamento do serviço ativo da Marinha tem direito, como exequente, a que a executada, União Federal, em cumprimento à obrigação de fazer a que foi condenada, submeta-o a nova inspeção de saúde para fins de contestação de invalidez e eventual reforma, nos termos da Lei nº 6.880/80.

## ACÓRDÃO

Vistos e relatados os 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, 11 de outubro de 1983 (Data do julgamento) — Ministro Washington Bolívar de Brito, Presidente — Ministro Carlos Augusto Thibau Guimarães, Relator.

## RELATÓRIO

O Sr. Min. Carlos Augusto Thibau Guimarães: Trata-se de agravo de instrumento interposto pela União Federal contra despacho do MM. Juiz Federal da 3ª Vara da Bahia que, em execução de sentença proferida na ação ordinária proposta por Ademar Costa dos Santos, assinou à agravante-executada o prazo de 30 dias para que fosse cumprido o venerando Acórdão proferido na Apelação Cível nº 40.769, por esta Turma,

sendo Relator o eminente Ministro Washington Bolívar.

Pela respeitável decisão exequenda ficou assegurado ao agravado o direito de ser submetido a nova inspeção de saúde para fins de invalidez, uma vez desconstituído o ato de seu desligamento do serviço ativo da Marinha.

No entanto, do julgado apenas a parte relativa à inspeção de saúde foi cumprida pela União Federal, que entendeu que

«em nenhum momento o Acórdão exequendo determinou a reintegração do exequente no Serviço Ativo da Marinha, nem lhe assegurou pagamento de vencimentos atrasados, promoções ou outras quaisquer vantagens, até porque tais vantagens não foram sequer pedidas na inicial. O que o decisório exequendo determinou foi a submissão do autor a nova inspeção de saúde para fins de invalidez. Mas isso, como visto, já foi feito». (Fl. 42).

Ainda no entender da União,

«a referência feita, no Acórdão exequendo, à desconstituição do ato de desligamento do exequente

visou a ressaltar que, se na nova inspeção de saúde a que deveria ser submetido viesse a ser constatado ser portador de doença invalidante ou incapacitante, ou que demandasse internação em estabelecimento apropriado para tratamento médico, deveria reverter à atividade, para submeter-se a esse tratamento ou, se fosse o caso, ser reformado por invalidez».

No entanto, concluiu a União que

«Esse não é, porém, o caso do exequente, como se demonstrou acima, razão por que a Executada, entendendo que não tem *in casu*, qualquer outra providência a adotar com relação ao exequente, pede seja indeferido também o quanto requerido na petição de fls. 152/153, arquivando os autos, com baixa na distribuição». (Fl. 42).

O MM. Juiz Federal, no despacho recorrido, assinalou que o autor exequente tem interesse na desconstituição de seu desligamento do serviço ativo, face ao que dispõem os artigos 106, II, 108, VI, e 111, I e II, todos do novo Estatuto dos Militares (Lei nº 6.880/80), porque, em virtude dessa legislação, ele poderá vir a ser, eventualmente, reformado como militar, mesmo que sua doença não seja incapacitante e não tenha relação de causa e efeito com o serviço da Marinha (fls. 43/45).

Formado o instrumento, foi o agravo contra-arrazoado às fls. 48/49.

A decisão agravada foi mantida pelo despacho de fls. 64/66.

Nesta instância, o douto Subprocurador-Geral da República, Dr. Valim Teixeira, manifestou-se às fls. 70/71, pelo não provimento do agravo, por entender que a União Federal não cumprira o Acórdão em sua totalidade (fls. 70/71).

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Min. Carlos Augusto Thibau Guimarães (Relator): Razão assiste ao ilustre Juiz a quo e à douta Subprocuradoria-Geral da República.

Em primeiro lugar, não se pode considerar como embargos do executado a petição da agravante de fls. 41/42, em que ela requereu, meramente, o arquivamento dos autos por entender que já teria cumprido o Acórdão em sua integralidade.

Por isso é que o MM. Juiz, ao manter o despacho agravado, ressaltou que

«Com a petição de fls. 41/42, a executada não embargou, na verdade, a execução, limitou-se a pedir que os autos fossem arquivados. Os embargos constituem uma ação e deve a inicial, portanto, conter os requisitos exigidos pelo art. 282, do CPC» (fl. 64).

O agravante está, na realidade, tergiversando e se apega a uma interpretação absurda do voto do Ministro Washington Bolívar para negar cumprimento integral ao Acórdão.

O que ali se quis dizer foi que, o autor-exequente e agora agravado não perdeu a condição-de militar, e, como tal, deve ser considerado para efeito de aplicação do respectivo estatuto, devendo receber o tratamento médico e jurídico que ele prevê para o caso.

Como não se trata de execução por quantia certa, pelo menos nessa parte, e sim da execução de uma obrigação de fazer, está correto o despacho do Juiz que assinou o prazo ao executado para cumpri-la (art. 632 do CPC).

Nego provimento ao agravo.

É o meu voto.

## EXTRATO DA MINUTA

Ag. nº 43.075-BA — Relator: O Sr. Min. Carlos Augusto Thibau Guimarães. Agravante: União Federal. Agravado: Ademar Costa dos Santos (em causa própria).

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo (Julg. em 11-10-83 — 1ª Turma).

Os Srs. Ministros Washington Bolívar e Leitão Krieger votaram de acordo com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Washington Bolívar.

## AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 44.027 — PE

Relator: O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro

Agravante: Caixa Econômica Federal — CEF

Agravados: Carmen Barros de Castro de Rezende e outros

## EMENTA

Processual civil. Agravo de instrumento: cabimento contra a decisão que repele a exceção de incompetência. Competência. Ação intentada contra empresa pública federal, com sede em Brasília, relativa a ato ou fato ocorrido em Pernambuco. Interpretação dos arts. 94, § 4º, e 100, IV, a, do CPC, à vista do art. 125, § 1º, da Constituição.

I — Contra a decisão que repele a exceção de incompetência, o recurso cabível é o agravo de instrumento.

II — Podem os autores escolher o foro da Capital do Estado onde houver ocorrido o ato ou fato que deu origem à demanda, diverso do foro em que tem sede a empresa pública federal, ao intentar ação contra esta. Aplicar-se, no caso, o art. 100, IV, a, do CPC, como pretendido pela agravante, implicaria em reconhecer à empresa pública federal privilégio de foro maior do que o concedido pela Constituição à União Federal (art. 125, § 1º).

III — Agravo desprovido.

## ACÓRDÃO

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

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

Custas como de lei.

Brasília, 29 de agosto de 1983 (Data do julgamento) — Ministro Carlos Mário Velloso, Presidente — Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, Relator.

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro: Agrava a Caixa Econômica Federal contra a decisão que repeliu a arguição de incompetência da Justiça Federal, Seção Judiciária de

Pernambuco, para julgar a ação ordinária que lhe movem Carmen Barros de Castro Resende e outros, aduzindo, em síntese, que, sendo empresa pública federal, com sede em Brasília, Distrito Federal, nesta Seção Judiciária deve ser demandada. Nesse sentido, invoca o art. 4º do Decreto nº 81.171, de 3-1-78, que aprovou o seu Estatuto, e o art. 100, IV, a, do Código de Processo Civil.

Contraminado o recurso (fls. 21/23), subiram os autos, que me vieram distribuídos.

E o relatório.

## VOTO

### I

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro (Relator): Preliminarmente, conheço do agravo, vez que a decisão que repele a exceção de incompetência não enseja a extinção do processo. Não se configurando, pois, como sentença, nem como despacho de mero expediente, é agravável, segundo se depreende do art. 522 do Código de Processo Civil, *in verbis*:

«Ressalvado o disposto nos arts. 504 e 513, das decisões proferidas no processo caberá agravo de instrumento».

### II

No mérito, ao julgar improcedente a exceção, argumentou a decisão agravada (fls. 25/26):

«A ação foi proposta contra Alumínio S.A. — Extrusão e Laminação (ASA) sediada em Igarapu, neste Estado; Caixa Econômica Federal, com sede em Brasília e filial neste Estado; Alcoa Alumínio do Nordeste S.A. — ALCANOR, sediada em Igarapu e Alcoa Alumínio S.A., sediada em Poços de Caldas, Minas Gerais.

Como vemos são diversos os réus e dois deles sediados nesta Seção Judiciária de Pernambuco.

Estabelece o artigo 94 e seu parágrafo 4º do Código de Processo Civil:

«Art. 94. A ação fundada em direito pessoal e ação fundada em direito real sobre bens imóveis serão propostas, em regra, no foro do domicílio do réu.

§ 4º Havendo dois ou mais réus, com diferentes domicílios, serão demandados no foro de qualquer deles, à escolha do autor».

Foi o que fizeram os autores, escolheram o foro da Seção Judiciária de Pernambuco, para propositura da ação.

A Caixa Econômica, pelo fato de ser empresa pública federal, não goza de privilégio de foro em razão do lugar. Está sujeito às normas do Código de Processo Civil.

O artigo 100, inciso IV, letra a, do CPC, que invoca em seu favor, se aplica a todos os autores. Cada um que entendesse como a excipiente poderia alegar a mesma disposição legal, pelo que a norma a ser aplicada é a do artigo 94, § 4º, do CPC.

Ante o exposto julgo improcedente a exceção, pois o foro competente para processar e julgar a ação é o da Seção Judiciária da Justiça Federal, de Pernambuco.»

### III

Consoante se depreende, para o deslinde da controvérsia dois preceitos processuais são invocados: pela agravante, o art. 100, IV, a, do Código de Processo Civil, segundo o qual é competente o foro do lugar onde está a sede, para ação em que for ré a pessoa jurídica; e pelos agravados, o art. 94, § 4º, daquele Código, que

diz «havendo dois ou mais réus, com diferentes domicílios, serão demandados no foro de qualquer deles, à escolha do autor».

Ao optar pela aplicação do § 4º do artigo 94 da Lei Adjetiva Civil e, portanto, pelo foro da Justiça Federal em Pernambuco, penso que agiu, corretamente, o MM. Juiz a quo. Com efeito, admitir a interpretação alvitrada pela agravante, já beneficiada com o foro da Justiça Federal, implica conceder-lhe privilégio maior do que a União Federal, que segundo o § 1º do art. 125 da Constituição, as ações contra ela intentadas podem ser propostas na Capital do Estado ou território onde houver ocorrido o ato ou fato que deu origem à demanda. Na espécie, segundo esclarece a própria agravante, a ação ataca a Assembléia Geral Extraordinária dos acionistas da Alumínio S.A. — Extrusão e Laminação,

realizada em 10-3-81, que tem sede no Estado de Pernambuco (fl. 29), da qual participou a Caixa Econômica Federal.

Isto posto, nego provimento ao agravo.

#### EXTRATO DA MINUTA

Ag nº 44.027-PE — Rel.: Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Agravante: Caixa Econômica Federal — CEF. Agravados: Carmen Barros de Castro de Rezende e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo (Em 29-8-83 — 4ª Turma).

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

#### AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 44.030 — PR

Relator: O Sr. Ministro Bueno de Souza

Agravante: Departamento Nacional de Estradas de Rodagem

Agravado: Paulo Rendak

#### EMENTA

Processual Civil.

Liquidação de sentença proferida em desapropriação.

Sentença homologatória do cálculo.

Irresignação do expropriante: pretensão da correção do cálculo, com fundamento em que teria incorrido em bis in idem.

Indeferimento.

Recursos.

Agravo de instrumento.

Caracterização da preclusão, por não ter havido recurso contra a homologação.

Recurso de que não se conhece.

Desde que não se cuidava de mero erro aritmético do cálculo (mas de pretensão de exclusão de certa parcela, por indevida), era mister impugnar o cálculo e recorrer da sentença homologatória.

Assim não se tendo feito, verificou-se a preclusão.

## 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 se conhecer do agravo, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 21 de setembro de 1983 (Data do julgamento) — Ministro Armando Rollemberg, Presidente — Ministro Bueno de Souza, Relator.

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Bueno de Souza: O cálculo de liquidação da indenização devida em desapropriação foi homologado por sentença da qual as partes foram intimadas em 8 de dezembro de 1981 (fl. 23 vº).

Em 24 de março de 1982, foi determinada a intimação da autarquia expropriante «para recolher a diferença apontada e homologada por este Juízo» (fl. 24).

Insurgiu-se, então, o expropriante (fls. 25/26), alegando que o cálculo da correção monetária incorre no vício do *bis in idem*, ao efetuar a superposição de períodos.

Sustentou que erro dessa espécie (e não somente mero erro aritmético) pode ter sua correção determinada por simples solicitação do interessado. Invocou, a propósito, precedente do Supremo Tribunal.

O ilustre Juiz Federal da 2ª Vara, entretanto, indeferiu o pedido «por pretender mera reforma da sentença homologatória» (fl. 27).

Dai o agravo.

Regularmente processado, mantida a decisão (fl. 28), subiram os autos.

E o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Bueno de Souza (Relator): Senhor Presidente, na verdade, como esclarece, Frederico Marques:

«Só os elementos do cálculo adquirem a força vinculativa da res judicata, e não o seu resultado aritmético» (Manual, Saraiva, SP, 1976, IV/68).

O ilustre processualista, aliás, se louva em Pereira e Souza, que, por sua vez, advertiu que «o erro de conta nunca passa em julgado e pode alegar-se a todo tempo, exceto se sobre ele já houver disputa e sentença» (op. cit., loc. cit.).

2. Na espécie, contudo, o valioso escólio não ampara a agravante, que não se limita a mostrar erro aritmético de conta, desde que, em se tratando de pretensão de complementação do pagamento em virtude de demora, alega que teria sido duas vezes computado outro período, para o mesmo efeito.

3. Vê-se, então, que o agravante deveria ter, primeiramente, impugnado o cálculo; e, depois, apelado da sentença que o homologou.

Nada disso comprova ter feito.

4. Assim, está patenteada a preclusão, pelo que não conheço do agravo.

## EXTRATO DA MINUTA

Ag nº 44.030-PR — Rel.: O Sr. Ministro Bueno de Souza. Agravante: DNER. Agravado: Paulo Rendak.

Decisão: Não se conheceu do agravo. Decisão unânime (Em 21-9-83 — 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 44.041 — MG

Relator: O Sr. Ministro Geraldo Sobral

Agravante: Departamento Nacional de Estradas de Rodagem (DNER)

Agravada: Vera Saliba Abrão e cônjuge

## EMENTA

Processual civil. Desapropriação. Duplo grau de jurisdição. Inocorrência nas causas de valor igual ou inferior a 50 (cinquenta) ORTNs.

I — Nas causas de valor igual ou inferior a 50 (cinquenta) ORTNs, em que se admitem somente embargos infringentes do julgado e de declaração, não se aplica o disposto no parágrafo 2º do artigo 1º da Lei nº 6.825, de 22-9-80, que deve ser interpretado de acordo com a norma inscrita no artigo 4º da referida lei. O duplo grau de jurisdição, nas desapropriações, só é admissível nas causas de valor superior a 50 (cinquenta) Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional.

Precedentes do TFR.

II — Agravo desprovido.

## ACÓRDÃO

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

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

Custas como de lei.

Brasília, 10 de agosto de 1983 (Data do julgamento) — Ministro Sebastião Reis, Presidente — Ministro Geraldo Sobral, Relator.

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Geraldo Sobral: O Departamento Nacional de Estradas de Rodagem (DNER) interpôs agravo de instrumento da decisão proferida pelo MM. Juiz Federal da 3ª Vara da Seção Judiciária do Estado de

Minas Gerais que, nos autos da desapropriação promovida contra Vera Saliba Abrão e seu marido Mansur Abrão, não recebeu sua apelação, nem sujeitou a sentença que decidiu o feito ao duplo grau de jurisdição, sob o seguinte fundamento:

«Face ao disposto no art. 1º, § 2º, combinado com a determinação do art. 4º, ambos da Lei nº 6.825/80, deixo de receber a apelação de fls. 115/118 e não aplico o princípio da fungibilidade de recursos porque o prazo para interposição de embargos infringentes (art. 4º, § 1º, Lei nº 6.825/80), foi ultrapassado (fls. 114-v/115).»

Formado o instrumento do agravo, com as peças indicadas e as obrigações, sobreveio a resposta de fls. 22/24, mantendo o MM. Juiz a quo à fl. 25, a decisão agravada.

Subiram os autos.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Geraldo Sobral (Relator): No julgamento da Apelação Cível nº 81.849-SC, de que foi Relator o eminente Ministro Carlos Mário Velloso, a colenda 4ª Turma deste Tribunal, assim, decidiu:

«Processual civil. Desapropriação. Alçada. Duplo grau de jurisdição. Lei nº 6.825, de 1980, artigo 1º, § 2º, e artigo 4º.

I — Ação de desapropriação de valor igual ou inferior a 50 (cinquenta) ORTNs. Aplicabilidade do disposto no artigo 4º, da Lei nº 6.825, de 22-9-80.

II — A disposição inscrita no § 2º, do artigo 1º, da Lei nº 6.825, de 22-9-80, deve ser interpretada em consonância com o que está posto no artigo 4º da mesma lei. Destarte, na ação de desapropriação deve ser entendido que o duplo grau de jurisdição, ou recurso de ofício, só terá lugar nas causas de valor superior a 50 (cinquenta) ORTNs.

III — Apelação e remessa oficial não conhecidas». (DJ de 23-4-83).

No mesmo sentido, foram julgadas as REOs nºs 74.077-SP, 75.719-RS e 73.759-RS, sendo que merece destaque, nessa última, do voto proferido pelo culto Ministro-Relator, Carlos Mário Velloso, o seguinte tópico:

«Incabível, no caso, o duplo grau de jurisdição obrigatório. É que a disposição inscrita no § 2º, do art. 1º, da Lei nº 6.825, de 22-9-80, deve ser interpretada em consonância com o que está posto no art. 4º da mesma lei.

Ao estabelecer o § 2º, do art. 1º, da Lei nº 6.825/80, que, «nas desapropriações movidas pela União, suas autarquias e empresas públicas federais ou por sociedades de economia mista, mediante delegação, somente fica sujeita a recurso de ofício a sentença que condenar

o desapropriante em quantia superior a 30 (trinta) vezes o valor oferecido na inicial», deve ser entendido que esse duplo grau de jurisdição só terá lugar nas causas de valor superior a 50 (cinquenta) ORTNs porque, na forma do preceituado no art. 4º, da mesma Lei nº 6.825/80, das sentenças proferidas pelos juízos federais em causas de valor igual ou inferior a 50 (cinquenta) ORTNs, só se admitirão embargos infringentes do julgado e embargos de declaração. Ou se interpreta assim os dois dispositivos legais mencionados, § 2º, do art. 1º, e art. 4º, da Lei nº 6.825/80, ou deve-se admitir que o artigo 4º, da Lei nº 6.825/80, não tem aplicação nas desapropriatórias. Porque não seria razoável, como ocorreu no caso, a sentença ser revista, em grau de recurso, pelo mesmo Juízo, em embargos infringentes e, depois, pelo Tribunal Federal de Recursos, em recurso de ofício, para se usar a linguagem do § 2º, do art. 1º, da Lei nº 6.825, de 1980. E tendo em vista que o artigo 4º, da Lei nº 6.825/80, se refere, genericamente, às sentenças proferidas pelos Juízos Federais «em causas de valor igual ou...», sem distinguir entre tipos de causas, não vejo como possa ser entendido que tal dispositivo legal não seja aplicável às desapropriatórias».

Concordo, plenamente, com o entendimento supracitado, que deu correta interpretação aos dispositivos da Lei nº 6.825/80, aplicáveis à espécie dos autos.

Na verdade, os referidos artigos da prefalada lei devem ser compreendidos não isoladamente, mas de forma sistemática, atentando-se para a finalidade específica da lei, que visa, precipuamente, estabelecer normas para maior celeridade dos feitos no Tribunal Federal de

Recursos e na Justiça Federal de Primeira Instância.

Ressalte-se, por oportuno, que a própria Resolução nº 25/80 — TFR, baixando normas de natureza regimental, destinadas a possibilitar a aplicação da mencionada lei, com a finalidade imediata de descongestionar os serviços judiciários do Tribunal e da Justiça Federal, determinou que o disposto nos artigos 1º e parágrafos (um desses parágrafos refere-se às desapropriações) e 2º, da Lei nº 6.825/80 aplica-se aos processos pendentes de julgamento, nesta Corte, não se reexaminando as sentenças respectivas em razão do duplo grau de jurisdição, se o valor da causa for igual ou inferior a cem

(100) Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional.

Com estas considerações, nego provimento ao agravo.

É o meu voto.

#### EXTRATO DA MINUTA

Ag nº 44.041-MG — Rel.: Sr. Ministro Geraldo Sobral. Agrte.: Departamento Nacional de Estradas de Rodagem (DNER). Agrda.: Vera Saliba Abrão e cônjuge.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso. (Em 10-8-83 — 5ª Turma).

Os Srs. Ministros Pedro Acioli e Sebastião Reis votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Sebastião Reis.

#### AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 44.238 — MG

Relator: O Sr. Ministro Antônio Torreão Braz

Agravante: Caixa Econômica Federal — CEF

Agravada: Siderúrgica São João Ltda.

#### EMENTA

Processual civil.

Na ação declaratória, o valor da causa deve corresponder ao do negócio jurídico ou ao da relação jurídica cuja existência se pretende afirmada ou negada.

Incidência do art. 259, inciso V, do CPC.

Agravo provido.

#### ACÓRDÃO

Vitos e relatados os 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, 19 de setembro de 1983.

(Data do julgamento) — Ministro Antônio Torreão Braz, Presidente e Relator.

#### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Antônio Torreão Braz: Em ação declaratória movida pela Siderúrgica São João Ltda. contra a Caixa Econômica Federal, o Dr. Juiz Federal da 5ª Vara de Minas Gerais rejeitou impugnação ao valor atribuído à causa (Cr\$ 100.000,00), verbis (fl. 72):

«Rejeito a impugnação oferecida pela Caixa Econômica Federal ao valor da causa que lhe propõe a Siderúrgica São João Ltda., com base no Ven. Acórdão trazido à colação à fl. 8, pela impugnada, do seguinte teor:

«Valor da Causa. Impugnação. A impugnação ao valor da causa somente é possível quando desobedecer o autor à determinação do art. 259 do CPC. Tratando-se de hipótese de estimativa livre, como são todas as demais causas não arroladas no art. 259, o valor da causa é inimpugnável». TJRJ — AC nº 4.138.

Por outro lado, a causa em apreço — declaratória — não visa um valor econômico imediato, mas fixar que não existe qualquer vínculo entre a a. e a r. A propósito, vale a decisão do E. TJPR, *verbis*:

«Ação declaratória — Valor da causa — Não tendo a ação declaratória um valor econômico imediato, o valor da causa deve ser estimativo — tanto mais quando não envolve competência ou alçada».

Com estas considerações, rejeitada a impugnação, prossiga-se na ação principal.»

Agravou a ré, entendendo que o valor da causa deveria corresponder ao do contrato celebrado com a postulante (Cr\$ 8.000.000,00), objeto da ação, *ut* art. 259, inciso V, do Código de Processo Civil.

Contraminuta às fls.76/78.

A decisão foi mantida (fl. 83).

É o relatório.

#### VOTO

O Sr. Ministro Antônio Torreão Braz (Relator): Trata-se de ação visando a declaração de inexistência

de relação jurídica obrigacional, estando a hipótese, em consequência, subsumida no art. 259, inciso V, do Código de Processo Civil, que não abre margem à livre estimativa do autor.

O valor da causa, portanto, deve corresponder ao do negócio jurídico ou ao da relação jurídica cuja inexistência se pleiteia.

A propósito do assunto, veja-se o Acórdão do STF no RE nº 91.447-1, relatado pelo Ministro Décio Miranda, assim ementado (RT, vol. 539/228):

«O valor da causa, na ação declaratória, será, em regra, o do negócio a que corresponde a relação jurídica cuja existência se quer afirmar ou negar. Se, porém, o autor do pedido de declaração não é parte nessa relação jurídica, o referido valor será fixado pela medida do interesse do autor no reconhecimento ou negação daquela relação. O locatário que intenta, contra o proprietário e terceiro, ação declaratória para negar a existência de negócio de compra e venda do imóvel objeto da locação, deve estimar o valor da ação em correspondência com seu interesse na manutenção da locação, e não em correspondência com o valor do dito imóvel.

Prevalecerá, para esse efeito, o valor anual dos encargos do locatário».

Vê-se pela leitura da petição inicial, que a promovente não se inclui na exceção de que cogita a parte final do aresto transcrito, assistindo, pois, razão à agravante.

Isto posto, dou provimento ao agravo.

## EXTRATO DA MINUTA

Ag nº 44.238-MG — Rel.: Sr. Min. Antônio Torreão Braz. Agrte.: Caixa Econômica Federal — CEF. Agrda.: Siderúrgica São João Ltda.

Decisão: A turma, por unanimidade, deu provimento ao agravo. (Em 19-9-83 — 6ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Mins. Wilson Gonçalves e Miguel Ferrante. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Torreão Braz.

## EMBARGOS INFRINGENTES NA AC Nº 31.735 — RJ

Relator: O Sr. Ministro Otto Rocha  
 Revisor: O Sr. Ministro William Patterson  
 Embargante: Dalka Joppert  
 Embargada: União Federal

## EMENTA

Funcionária da Agência do Lloyd Brasileiro P.N. em New York. Reintegração no Brasil em decorrência do fechamento daquela Agência.

Servidora do Lloyd em New York desde setembro de 1941 até a extinção da autarquia em maio de 1968, regida, como os demais, pelo Estatuto dos Funcionários, teve sua situação definitivamente esclarecida com o advento da Lei nº 4.069, de 1962, pela qual foi abrangida, nos termos de seu art. 23, parágrafo único.

A omissão da Administração em proceder ao seu enquadramento e a existência de uma declaração datada de maio de 1960, sobre a sua situação de trabalho naquele país, assinada sob coação, não lhe retira a condição de servidora autárquica consolidada pelo transcurso do tempo e de cujas prerrogativas sempre usufruiu.

Embargos recebidos.

## ACÓRDÃO

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

Decide a Primeira Seção do Tribunal Federal de Recursos, pelo voto desempate do Sr. Ministro-Presidente, vencidos os Srs. Ministros William Patterson, Pereira de Paiva, Flaquer Scartezzini e Aldir Passarinho, receber os embargos, na forma do relatório e notas taquigráficas constan-

tes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 22 de setembro de 1982 (Data do julgamento) — Ministro Lauro Leitão, Presidente — Ministro Otto Rocha, Relator.

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Otto Rocha: Os presentes embargos foram opostos por

Dalka Joppert e visam fazer prevalecer o r. voto vencido do eminente Ministro Peçanha Martins, proferido no julgamento da apelação, e que reconhecia seu direito à reintegração nos autos pretendida, com a percepção de vencimentos, vencidos e vindencos, na base do anteriormente percebido em dólares. Entendeu S. Exa. que a documentação trazida aos autos é bastante para comprovar que a Agência do Lloyd Brasileiro, PN, em New York, sempre teve a autora como sua funcionária, não podendo descaracterizar essa condição, uma declaração assinada sob pena de perda do emprego, após 19 anos de serviço, fazendo-se ciente de que o seu «contrato de trabalho é regido pela legislação do país onde estava empregada, não gozando o Lloyd dos direitos de extraterritorialidade».

O eminente Ministro Moacir Catunda, Relator, proferiu o voto vencedor de fls. 115/117, julgando a ação improcedente por considerar que a autora nunca detivera o status de servidora pública, sendo simplesmente admitida para prestar serviços, recebendo salários em moeda estrangeira, em total colidência com o sistema legal de remuneração do funcionalismo brasileiro. Acrescentou, ainda, S. Exa. que deixou a autora de figurar no enquadramento dos servidores do Lloyd aprovados pelos Decretos n.ºs 51.346 e 51.372, ambos de 1961, nada reclamando contra a omissão.

Os embargos foram tempestivamente impugnados, juntadas as razões às fls. 202/204.

E o relatório.

### VOTO

O Sr. Ministro Otto Rocha (Relator): Sr. Presidente: Como se viu do Relatório, o voto condutor do acórdão embargado, da lavra do eminen-

te Ministro Moacir Catunda, entendeu de reformar a sentença de primeiro grau para julgar improcedente a ação, porque considerou que a autora nunca detivera o status de servidora pública, sendo simplesmente admitida para prestar serviços, recebendo salários em moeda estrangeira.

A este propósito, vale transcrever trecho de seu voto:

— «Pouco ou quase nada tenho que acrescentar a esse voto, pois não se fez prova da qualidade de funcionária, o que é essencial para justificar decreto de reintegração.

A prova da nomeação para cargo público faz-se mediante a exibição do título, assinado pela autoridade competente e dessa matéria o processo não fornece nenhuma prova, pois não é possível considerar como tal admissão a título de substituição à empregada Conchita Mena, que se achava licenciada, sem vencimentos — fl. 58. A carta em referência declara terminantemente que a ora autora não é contribuinte do IAPM, por faltar-lhe a qualidade de funcionária do Lloyd Brasileiro.

Uma simples carta de cortesia do Agente do Lloyd Brasileiro, apresentando-a como funcionária, ou o comprovante do pagamento do Imposto de Renda, aliás não devido, não me parecem suficiente a fazer a prova da qualidade de funcionária em benefício de quem jamais foi enquadrada nem fez nenhuma reclamação às autoridades competentes, durante tantos anos».

A seu turno, o voto vencido, da lavra do eminente Ministro Peçanha Martins, bem analisando a prova trazida para os autos, esclarece, verbis:

— «A autora, desde 8 de setembro de 1941, «desempenhou na Agência de New York as funções

de datilógrafa, correspondência em português e inglês e operadora de teletipo», sendo dispensada do emprego em razão do fechamento do escritório, naquela cidade, em maio de 1968 (doc. 6). Além de vencimentos fixos, em dólares, recebia férias remuneradas, como qualquer funcionário ou servidor (doc. de fl. 10), obtendo, inclusive, licença-prêmio, como se lê do doc. de fl. 15. É verdade que esta licença-prêmio foi posteriormente suspensa, sob a alegação de que, em 1960, assinou a declaração de que a lei reguladora do seu trabalho era a do seu local, vale dizer, a americana, a mesma declaração que serviu de motivo ao seu não-aproveitamento após o fechamento da agência e cuja cópia se lê de fl. 12, nestes termos:

«Declaro que estou bem ciente de que o meu contrato de trabalho é regido pela legislação deste país onde estou empregada na Agência do Lloyd Brasileiro, dado que essa entidade não goza dos direitos de extraterritorialidade».

Esta declaração, datada de maio de 1960, isto é, após dezenove (19) anos de trabalho na Agência de New York, não tem eficácia relativamente a uma servidora estável, que a assinou, além do mais, coagida por esta recomendação que ainda se lê do mesmo doc. de fl. 12:

«Os empregados, nacionais ou estrangeiros, que se recusarem a fornecer a declaração ora recomendada, deverão ser imediatamente dispensados, observando-se, antes de qualquer dispensa, as exigências da legislação local para efetivação do ato».

Esteve a autora, pois, dentro nas malhas deste dilema inevitável: assinaria a declaração, ou seria dispensada do seu emprego. Prefe-

riu assinar, sobretudo para evitar dano iminente que não podia suportar com a suspensão, embora temporária, dos vencimentos que então auferia.

Ressalte-se ainda que o Lloyd, pelos documentos que instruem o pedido, sempre teve a a. como sua funcionária, ou servidora, bastando examinar-se os docs. de fls. 10, 16, 17 e principalmente os de fls. 18, 20, 22, 24 e 26. Neste último, firmado pelo Almirante — Agente em New York, está dito ao Cônsul Geral dos Estados Unidos no Rio de Janeiro:

«A portadora desta carta é a senhorita Dalka Joppert, titular do passaporte brasileiro nº 355370, expedido pelo Consulado brasileiro em New York e com validade até 30 de novembro de 1965. Queira aceitar esta carta como nossa certificação de que a Sta. Joppert é uma funcionária da Agência do Lloyd Brasileiro em 17 Battery Place, em New York, NY, e de que, no retorno de suas férias, a mesma voltará a ocupar o seu cargo».

Concluindo o seu duto voto, diz o Ministro Peçanha Martins:

— «Isto posto, não tendo como válido aquele papelucho que serviu de base ao não-aproveitamento da autora e ora apelante, acompanho a sentença na parte que decretou a sua reintegração, mas com a percepção dos vencimentos vencidos e vincendos na base do anteriormente percebido em dólares, devendo-se, pois, proceder-se à necessária conversão da moeda estrangeira em cruzeiros. O contrário descaracterizaria a figura da reintegração, que consiste na volta do funcionário ou servidor com todos os direitos e vantagens do seu cargo, ou função. E, neste sentido, dou provimento ao apelo parcial da autora e nego provimento, pelos mes-

mos motivos constantes deste voto, ao recurso interposto pela União».

Como se viu, farta a documentação comprobatória de que a autora ora embargante era servidora do Lloyd Brasileiro, lotada na Agência de New York, desde 8 de setembro de 1941, até 31 de maio de 1968, quando se extinguiu a autarquia.

Isto reconheceu a sentença de primeiro grau, neste lance:

— «No mais constata-se que antes de ser extinta a autarquia Lloyd Brasileiro PN, seus servidores ficaram subordinados ao Ministério da Viação e Obras Públicas, hoje Ministério dos Transportes. A situação funcional de todos, de um modo geral, era regida pelo Estatuto dos Funcionários Públicos, e a autora recebeu benefícios com base nesse diploma legal».

Abro, aqui, um parêntese, pois recordo-me de que este Tribunal em sessão plenária realizada em 13 de dezembro de 1979, julgando os EAC nº 32.390-RJ, Relator, o eminente Ministro Peçanha Martins, reconheceu o direito de servidores da Delegacia do Tesouro em New York, ao enquadramento autorizado pela Lei nº 4.069, de 1962, rejeitando os embargos da União, em hipótese bem semelhante a destes autos.

Naquela assentada de julgamento ficara vencido, tão-somente, o eminente Ministro Moacir Catunda.

Eis a ementa do respectivo acórdão:

— «Funcionários. Auxiliares da delegacia do tesouro em New York — enquadramento. Pretensão que se acolhe por contarem os autores com os 5 anos de efetivo exercício em atividade permanente exigidos por lei, não constituindo a forma de admissão e remuneração obstáculo ao alcance do objetivo a que se propõe. Embargos rejeitados».

Isto importa em dizer que, com o advento da Lei nº 4.069, de 11-6-62 (art. 23, parágrafo único), a situação da embargante ficara definitivamente esclarecida, omitindo-se a administração de proceder o seu enquadramento, obedecido o sistema de classificação previsto na Lei nº 3.780, de 1960.

Embora essa observação não tenha sido fundamento da presente ação, tenho-a como corolário do direito da autora, ora embargante.

Por derradeiro, tenho como acertada e irrespondível, a afirmativa da sentença, acerca do direito da autora, verbis:

— «Finalmente, não pode a administração negar que a autora completou mais de vinte e cinco anos de serviço à empresa encampada pela União Federal, devendo reconhecer-lhe a estabilidade que qualquer cidadão adquire, para todos os fins de direito, em qualquer setor de trabalho que se dedique. Da mesma forma que não pode negar haver a autora usufruído das prerrogativas dos funcionários públicos em geral, no que tange ao passaporte e a forma de pagamento do imposto de renda no exterior» (fl. 81).

Com estas considerações, o meu voto é no sentido de receber os embargos, de conformidade com o voto vencido do eminente Ministro Peçanha Martins.

#### VOTO REVISOR

O Sr. Ministro William Patterson: Trata-se de ação ordinária proposta por Dalka Joppert contra o Lloyd Brasileiro PN, objetivando ver anulada a declaração que assinou acerca da legislação que regeria a relação de trabalho com a agência daquele órgão, em New York, onde trabalhou de 8 de setembro de 1941 a 31 de maio de 1968.

A decisão de primeiro grau julgou procedente, em parte, a ação, para reconhecer à suplicante o direito de ser reintegrada nas funções que exercia, ou equivalente, com vencimentos atrasados, excluída qualquer referência à moeda estrangeira, ou sua conversão.

A Colenda 1ª Turma, por maioria, resolveu julgar prescrita a ação, em Acórdão assim ementado:

«Empregados nas agências da antiga autarquia Lloyd Brasileiro, PN, no exterior; regidos pela lei local e que foram dispensados, após a extinção da autarquia. Ação de Reintegração. A declaração, dando-se como bem ciente de que a relação de emprego se regia pela lei local, feita com vistas ao bom ordenamento do serviço apenas formalizou situação preexistente, não se caracterizando como coação ilegal pela empregadora, contra a empregada. Coação obstativa da abertura do prazo da prescrição, que se declara inexistente, com a consequência de se julgar a ação prescrita.

O Senhor Ministro Jorge Lafayette Guimarães, após pedido de vista, acompanhou o Relator, Ministro Moacir Catunda. Ficou vencido o Senhor Ministro Peçanha Martins, Revisor, cujo voto serve de apoio aos presentes embargos, reconhece a tempestividade da medida, além de entender sem valia a declaração impugnada, razão pela qual confirmou a sentença na parte em que decretou a reintegração da autora, determinando, ainda, o pagamento da remuneração na base do que vinha recebendo em dólares, autorizando a conversão requerida.

Os embargos opostos daquela decisão foram recebidos (fl. 176) retornando os autos à Turma para novo julgamento quanto ao mérito, o que veio a ocorrer, em sessão de 11-5-77, oportunidade em que foram manti-

dos os votos anteriormente prolatados. O Acórdão respectivo está redigido nestes termos:

«Funcionário. Reintegração. Lei nº 1.711/52.

A prova da nomeação para cargo público faz-se mediante a exibição do título, assinado pela autoridade competente e dessa matéria o processo não fornece nenhuma prova. — Inexistindo prova da qualidade de funcionário, desprocede a ação de reintegração.»

Novos embargos infringentes foram oferecidos, objetivando o preavalecimento do voto de mérito do Senhor Ministro Peçanha Martins.

A razão está com a douta maioria, data venia. O eminente Relator, Ministro Moacir Catunda, demonstrou que a embargante não tinha qualificação funcional para exigir a reintegração, consoante se extrai do seguinte lance:

«O ato anulando, pelo qual a autora se declarou bem ciente de que o seu contrato de trabalho, para prestar serviços de comunicações, correspondência e estenografia, em português e inglês, na Agência do Lloyd Brasileiro PN, em New York, era regido pela legislação local, dos Estados Unidos da América, e não pela lei brasileira, foi assinado no dia 17 de junho de 1960, no cumprimento da Circular SP-31, de 17 de maio do mesmo ano, do órgão empregador, expedida aos seus agentes, em portos estrangeiros.

Dita circular esclarece que a exigência da declaração em causa não abrange os servidores em exercício na respectiva representação comercial, mas, tão-somente, os empregados de nacionalidade estrangeira ou brasileira, que trabalham na mesma — fl. 12.

Os últimos, isto é, os empregados a serviço de escritórios no ex-

terior, cujas relações de emprego regia-se pelas leis do país respectivo, é que foram objeto da circular, e não os servidores, propriamente ditos, titulares de cargos, ou funções.

Consoante a prova, a autora foi admitida ao emprego mediante o salário semanal de 15 dólares, em substituição à funcionária Conchita Mena, conforme ato aprovado pela direção da empresa, mencionado em correspondência de 19-9-1941, — sem direito de contribuir para o antigo IAPM, eis que não integrava os quadros da autarquia, como vai dito no documento expedido em 5-9-1955 — fl. 58.

A licença especial, que lhe fora concedida por equívoco, em cujo gozo se achava, foi cancelada pela administração, por se tratar de servidora sujeita à legislação americana, exclusivamente, conforme definição do parecer da Procuradoria do Lloyd, publicado no Boletim do Pessoal e transmitido à Agência de New York, em 15-9-1955 — fls. 59 e 60.

À vista dos documentos ora examinados, e considerando, por outro lado, a total falta de notícia de protesto contra os atos contidos neles, tenho para mim que a relação de emprego era mesmo regida pela lei norte-americana, e não pela brasileira».

Mais esclarecedores, ainda, são os argumentos complementares, verbis:

«Pouco ou quase nada tenho que acrescentar a esse voto, pois não se fez prova da qualidade de funcionária, o que é essencial para justificar decreto de reintegração.

A prova da nomeação para cargo público faz-se mediante a exibição do título, assinado pela autoridade competente e dessa matéria o processo não fornece nenhuma prova,

pois não é possível considerar como tal, admissão a título de substituição a empregada Conchita Mena, que se achava licenciada, sem vencimentos — fl. 58. A carta em referência declara terminantemente que a ora autora não é contribuinte do IAPM, por faltar-lhe a qualidade de funcionária do Lloyd Brasileiro.

Uma simples carta de cortesia do Agente do Lloyd Brasileiro, apresentando-a como funcionária, ou o comprovante do pagamento do Imposto de Renda, aliás não devido, não me parecem suficientes a fazer a prova da qualidade de funcionária em benefício de quem, jamais, foi enquadrada nem fez nenhuma reclamação às autoridades competentes, durante tantos anos».

A falta de qualificação funcional para o retorno pretendido é manifesta. A autora foi contratada nos Estados Unidos, em substituição a uma empregada que não integrava o quadro da Entidade. Recebia em dólares e não contribuía para a Instituição de Previdência (ex-IAPM). Sua admissão não se ajustava ao modelo exigido para que pudesse ser enquadrada. A reintegração, deste modo, era e é impossível.

Ante o exposto, rejeito os embargos.

#### VOTO VISTA

**O Sr. Ministro Aldir Guimarães Passarinho:** Pedi vista dos autos para melhor exame da questão, ante a divergência que passou a existir no julgamento.

Releio, para lembrar a controvérsia, o relatório, bem como os votos proferidos pelos Srs. Ministros Otto Rocha e William Patterson, Revisor.

A demanda possui aspectos interessantes, sem dúvida. Entretanto, tenho para mim que a colocação do

problema para verificação da situação funcional da autora foi colocada no douto voto vencido sob prisma que não é o melhor.

Quando uma pessoa é contratada para trabalhar em uma repartição estrangeira, a regra é que essa pessoa se encontra vinculada à legislação trabalhista do país em que se encontra, e não à daquele a que pertence a repartição. E é por isso mesmo que o Judiciário brasileiro não tem posto em dúvida que é empregado regido pela legislação trabalhista aquele que trabalha até mesmo em Embaixadas e nos Consulados estrangeiros.

De logo cabe afastar-se a possibilidade de ter-se a autora como funcionária pública «*stricto sensu*» quando de sua admissão, porquanto não apresentou qualquer ato formal em tal sentido, o que, como se sabe seria indispensável.

Deste modo, é de compreender-se que houve uma contratação verbal de serviços ajustada entre a autora e a repartição. E nada existe declarando anteriormente que a vinculação era à legislação brasileira, e o que se há de entender, *data venia* dos que decidiram em contrário, é justamente que a legislação regente era a norte-americana. E, caso contrário, exatamente à autora é que caberia prová-lo, e não a União.

Deste modo, quando houve a exigência no sentido de que a demandante, ora recorrente, assinasse declaração no sentido de que reconhecia que sua vinculação empregatícia era à legislação americana, nada mais procurou fazer a autoridade senão documentar o que realmente havia, e se é que possui a exigência forma coativa, não é menos certo que não significa isso que não tivesse a autora — e como de fato tinha — situação empregatícia regulada pela legislação americana. E é compreensível que não interessasse mais

ao órgão permanecer com a servidora se não estivesse ela sujeita à legislação americana e sim à trabalhista brasileira.

Como bem assinalou o Sr. Ministro William Patterson, a licença especial que foi concedida à autora não poderia, por si só, ser elemento de alteração do status funcional da servidora, mas de qualquer sorte foi ela cancelada, e o foi exatamente por encontrar-se sujeita à legislação americana.

A carta de fl. 58, datada de 1955, a sua vez, vem mostrar exatamente que a ora recorrente não era regida pela nossa legislação, e por isso mesmo é que não contribuía para o então IAPM.

O documento de fl. 59, datado de 1955, é taxativo, outrossim, ao declarar (carta dirigida pelo Procurador Anibal Antonio Nelson Machado ao Sr. Diretor de Pessoal):

«Em face da informação da 1ª Seção dessa DP, opino, *data venia*, por que nenhuma qualidade de servidor da autarquia seja reconhecida nem concedida à cidadã Dalka Joppert, cuja vinculação é a de mera empregada em território norte-americano e sujeita à soberania da legislação local exclusivamente.

Sugiro que tal condição seja expressamente feita ao agente onde a mesma está servindo, transcrevendo-se na íntegra, no histórico funcional daquela empregada, a correspondência em que tal condição seja transmitida, recomendando-se ao agente que comunique a data da ciência àquela senhora.

E o que penso, SMJ.»

O Sr. Ministro-Relator se refere a alguns documentos como comprobatórios de ser a autora regida pela legislação brasileira.

Vejamo-los. O de fl. 10 é o recibo do pagamento de férias, sem nenhuma indicação de ter sido ela concedida à base da legislação trabalhista. E é de dizer-se que o trabalhador americano também faz jus a férias. E de qualquer sorte, um único recibo de pagamento não iria alterar a situação legal da servidora. E surge a pergunta: por qual motivo não juntou ela outros recibos de férias? É possível até que não o tenha feito por deles constar alguma indicação que contrarie a sua tese. Os de fls. 16 e 17, referem-se à já aludida licença especial, da qual os três meses que faltavam ser gozados foram cancelados exatamente por não possuir a postulante vínculo empregatício.

Outrossim, a carta de fl. 18 nada significa, pois não implica alteração da subordinação da autora à legislação americana, ali ser dito que ela era funcionária da agência. Diz o Sr. Ministro-Revisor e disseram os votos vencedores, na Turma, que tal carta tinha significação maior. Realmente não tem, não por se tratar de um documento isolado de comunicação de viagem da servidora, mas sim por nela nada haver quanto ao seu regime jurídico-funcional. O mesmo é de dizer-se do documento de fls. 20, 22 e 24.

Referentemente à questão do imposto de renda, nada de maior significa isso, pois a par de se constituir em documento isolado, não infirma o aspecto relativo à contratação empregatícia diverso do tributário, além do que a prova de que não se alterou a natureza do vínculo legal é que continuou a autora sem contribuir para a autarquia previdenciária e sem desfrutar de qualquer dos direitos da legislação brasileira.

Pelo exposto, rejeito os embargos. Acompanho o Sr. Ministro William Patterson.

É o meu voto.

## VOTO VISTA

O Sr. Ministro Carlos Madeira: Seguindo noticiam os autos, a embargante foi admitida para substituir funcionária licenciada na Agência do Lloyd Brasileiro em Nova Orleans, em setembro de 1941. Esse ato foi aprovado pelo Diretor da autarquia, em carta de 15 de outubro de 1941.

Essa servidora foi, reiteradamente declarada funcionária do Governo Brasileiro, como certificam as cartas do Agente do Lloyd Brasileiro, em New York, de dezembro de 1955 (fl. 19) de junho de 1958 (fl. 20), de dezembro de 1959 (fl. 22), de dezembro de 1961 (fl. 24).

Em outubro de 1942, o Serviço de Imigração e Naturalização do Departamento de Justiça dos EEUU declarou que a embargante teve alterado o seu status naquele País, de visitante temporária, para funcionária de uma autoridade acreditada de um Governo estrangeiro (fl. 8).

Em março de 1957, o Agente do Lloyd Brasileiro em New York comunicou ao Departamento de Tributação e Finanças do Estado de New York que a embargante era «uma funcionária do Governo Brasileiro, uma vez que nossa linha é diretamente possuída e operada pelo Governo Brasileiro, e a mesma está, assim, isenta do pagamento de imposto de renda neste País, visto como já é tributada no Brasil, de acordo com os entendimentos recíprocos existentes entre os Governos dos Estados Unidos e do Brasil» (fl. 29). A respeito foi trocada nova correspondência entre as mesmas autoridades em março de 1958, e entre o Secretário de Estado e o Encarregado de Negócios do Brasil, em abril de 1952 (fls. 31/33). Mais especificamente sobre a autora, há a declaração do Serviço de Pessoal do Lloyd Brasileiro de que foi descontado da embargante, matrícula 5.147, o imposto de

renda na fonte no período de janeiro a maio de 1965, 1966, 1967 e 1968 (fl. 39), além de apresentar declaração de rendimentos referentes aos exercícios de 1962, 1963 e 1964. Há ainda um parecer da Divisão de Imposto de Renda, datado de 1950, no qual se reconhece a qualidade da embargante como funcionária do Lloyd Brasileiro, servindo na Agência Geral de New York, sujeita ao imposto de renda brasileiro. No mesmo documento está transcrito um parecer de 1943, dando notícia da ordem do Ministro da Fazenda, publicada no Diário Oficial de 13 de março de 1940, no sentido de que os funcionários das entidades autárquicas, no desempenho de funções públicas, no exterior, deveriam fazer suas declarações de rendimento na Delegacia do Tesouro Nacional em New York (fls. 37/38).

Ora, tendo a embargante permanecido no emprego em que foi admitida em 1941 e se vinculando às leis brasileiras, inclusive quanto à tributação de suas rendas, não vejo, data venia, porque não considerá-la empregada do Lloyd Brasileiro, segundo as leis brasileiras. A determinação da direção do Lloyd, no sentido de a embargante assinar declaração de que era empregada no regime das leis norte-americanas impõe, antes de tudo, uma falsidade. Não há como aceitar-se essa mudança de vinculação jurídica, dezenove anos depois de ininterrupta relação de emprego com a autarquia brasileira, sem observância de qualquer exigência das leis norte-americanas, pois a embargante não pagava o seguro social ou sequer se vinculava à entidade sindical que lhe desse status de empregada segundo as leis do País. Ao contrário, toda a sua vinculação era com o Governo Brasileiro.

O que prevaleceu no entendimento da Turma é que não foi feita prova da nomeação para cargo público.

Mas o Regulamento do Lloyd Brasileiro, aprovado pelo Decreto nº 4.969, de 4 de dezembro de 1939, dizia expressamente no seu art. 27 que os empregados do Lloyd Brasileiro não eram considerados funcionários públicos, sendo-lhes, porém, assegurados os direitos da legislação social vigente, inclusive as que derivavam da legislação que criou o IAPM. É que, embora organizado sob a forma autárquica, a ele não se aplicavam as regras do estatuto de funcionários baixados com o Decreto-Lei nº 1.713, de 1939. A equiparação dos servidores autárquicos aos funcionários públicos efetivou-se por força do item II do art. 252 da Lei nº 1.711/52.

Admitida em 1941, claro é que se consolidou, com o tempo, a sua condição de servidora autárquica e como tal beneficiária do comando do art. 3º do Decreto-Lei nº 67, de 21 de novembro de 1966, passando a integrar quadros e tabelas suplementares extintos do atual Ministério dos Transportes.

A declaração obtida da embargante, em 1960, depois de consolidada a sua condição de servidora autárquica, veio fraudar aquele direito.

Tem procedência, assim, o pedido da embargante, nos termos da sentença.

Recebo os embargos.

#### VOTO DESEMPATE

O Sr. Ministro Lauro Leitão: Tendo ocorrido empate na votação, cabe-me proferir o voto de desempate. E o faço recebendo os embargos, para que prevaleça o voto vencido do eminente Ministro Peçanha Martins, ao ensejo do julgamento na Turma, e que reconhecia o direito da ora embargante à reintegração no serviço público federal, com a percepção dos vencimentos vencidos e vincendos.

Destarte, pedindo vênias aos eminentes Ministros que votaram em

sentido contrário, acompanho o emittente Sr. Ministro-Relator.

É o meu voto.

#### EXTRATO DA MINUTA

EAC nº 31.735-RJ — Rel.: O Sr. Min. Otto Rocha. Rev.: O Sr. Min. William Patterson. Embgte.: Dalka Joppert. Embargada: União Federal.

Decisão: Após os votos dos Srs. Ministros Relator e José Cândido, recebendo os embargos e dos Srs. Ministros Revisor, Pereira de Paiva e Flaquer Scartezzini rejeitando-os, pediu vista o Sr. Ministro Aldir Passarinho. Aguardam os Srs. Ministros Carlos Madeira, Gueiros Leite, Washington Bolívar e Torreão Braz. Não tomaram parte no julgamento os Srs. Ministros Peçanha Martins e Adhemar Raymundo (Primeira Seção: 10-6-81).

Prosseguindo-se no julgamento, após o voto vista do Sr. Min. Aldir Passarinho rejeitando os Embargos, pediu vista o Sr. Min. Carlos Madeira. Aguardam os Srs. Ministros Gueiros Leite e Torreão Braz. Não tomou parte no julgamento o Sr. Ministro Adhemar Raymundo (Primeira Seção: 25-8-82).

Prosseguindo-se no julgamento, a Seção, pelo voto desempate do Sr. Ministro-Presidente, recebeu os Embargos, vencidos os Srs. Ministros William Patterson, Pereira de Paiva, Flaquer Scartezzini e Aldir Passarinho (Primeira Seção: 22-9-82).

Os Srs. Ministros Carlos Madeira e Gueiros Leite votaram de acordo com o Sr. Ministro-Relator. Não participou do julgamento o Sr. Min. Adhemar Raymundo. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro **Lau-ro Leitão**.

#### EMBARGOS INFRINGENTES NA APELAÇÃO CÍVEL Nº 32.859 — RJ

Relator: O Sr. Ministro Romildo Bueno de Souza

Relator para Acórdão: O Sr. Ministro Sebastião Alves dos Reis

Embargante: União Federal

Embargada: Rank Filmes do Brasil Ltda.

#### EMENTA

Tributário. Imposto de renda. Exploração de película cinematográfica estrangeira.

No regime do RIR, aprovado pelo Decreto nº 58.400/66, da participação do distribuidor estrangeiro cabia abater as despesas, apurando-se do líquido o lucro presumido e sobre esse calculando-se o tributo devido na fonte. Lícita, para esse efeito, a dedução das despesas de responsabilidade do fornecedor, estabelecido no exterior.

Precedentes do Alto Pretório e deste Tribunal.

Rejeitaram-se os embargos.

#### ACÓRDÃO

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

Decide a Segunda Seção do Tribunal Federal de Recursos, por maioria, rejeitar os embargos, 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 fevereiro de 1982 (Data do julgamento) — Ministro Washington Bolívar de Brito, Presidente — Ministro Sebastião Alves dos Reis, Relator.

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Romildo Bueno de Souza: Adoto o relatório que integra o Acórdão da apelação, da antiga 2ª Turma, lançado nos autos pelo Ministro Torreão Braz, vazado nos seguintes termos (fls. 417/421):

«Rank Filmes do Brasil Ltda., empresa distribuidora cinematográfica, estabelecida à Avenida Rio Branco, 311, 12º andar, nesta Capital, propõe a presente ação ordinária contra a União Federal, alegando:

que distribui no país películas cinematográficas que lhe são fornecidas pelas seguintes empresas, das quais é procuradora, domiciliadas no exterior:

«Rank Overseas Film Distributors Ltd.»

«Walt Disney Productions»;

«Galatea S. p. A.»;

que, naquela qualidade, cumpria-lhe recolher, regularmente, o imposto de renda retido na fonte e calculado sobre as quantias efetivamente pagas aos citados fornecedores;

que o art. 77 da Lei nº 3.470, de 28-11-58, estabeleceu nova redação para o art. 97, inciso I, do Regulamento do Imposto de Renda, no sentido de fixar, à razão de 25%, o desconto na fonte dos rendimentos auferidos por pessoas físicas ou jurídicas residentes ou domiciliadas no exterior, pela exploração de películas cinematográficas;

que a citada lei, no art. 78, dando nova redação ao § 3º do art. 97 do RIR, dispôs:

«Considera-se rendimento tributável da exploração de películas cinematográficas estrangeiras, no País, a percentagem de 30% sobre as importâncias pagas, creditadas, empregadas, remetidas ou entregues aos produtores, distribuidores, ou intermediários no exterior»;

que, na apuração desse rendimento, deve-se ter em conta o disposto no § 1º do art. 18 da mencionada Lei nº 3.470, verbis:

«Correm por conta dos produtores, distribuidores ou intermediários, no exterior, a serem deduzidas das quantias que lhes foram pagas, empregadas, remetidas ou entregues, todas as despesas com as películas, tais como fretes, direitos aduaneiros, taxas de censura e fiscalização, copiagem e material de propaganda»;

que esse dispositivo foi mantido incólume em sua estrutura nas frequentes alterações feitas na legislação do imposto de renda, inclusive na alínea c do art. 205 do regulamento aprovado pelo Decreto nº 58.400, de 10-5-1966, que estatui:

«Não serão admitidas como custos ou despesas do distribuidor, no País, as despesas com as películas cinematográficas, inclusive as de frete, direitos aduaneiros, taxas de censura ou fiscalização, cópias e material de propaganda, as quais correrão por conta da participação dos produtores, distribuidores ou intermediários no exterior»;

que essa sistemática foi modificada radicalmente, a partir de 3 de março de 1970, ex vi do disposto no art. 12 do Decreto-Lei nº 1.089, de 2-3-70, não afetando, porém, ao pedido que pretende formular e que se refere apenas ao período anterior a esse diploma legal;

que, para chegar á conceituação do que deva ser o rendimento sujeito a imposto, convém lembrar que, no referente aos fornecedores domiciliados no exterior, haverá sempre uma participação bruta, representada pela importância total que lhes tenha sido creditada a esse título na exploração das películas, e uma participação líquida, que será a diferença entre aquela importância bruta e as despesas que, na forma da lei, deverão ser deduzidas;

que, assim, não poderiam ser incluídas nas quantias pagas aos produtores, distribuidores ou intermediários no exterior, as despesas efetuadas pelas empresas locais, tais como fretes, direitos aduaneiros, taxas de censura e fiscalização, copiagem e material de propaganda, só podendo ser pago àqueles o rendimento líquido, deduzidas do bruto as mencionadas despesas;

que, assim sendo, o imposto de renda na fonte somente poderia incidir sobre 30% das quantias efetivamente pagas ou remetidas àquelas entidades, excluídas, necessariamente, as importâncias que lhes não foram pagas nem remetidas, desde que por determinação legal, deveriam correr, e corriam, por sua conta;

que o imposto de renda, por sua própria natureza, somente poderá incidir sobre rendimento e nunca sobre despesas;

que, entretanto, insistiu sempre o Fisco em que o imposto de renda na fonte, devido pelos referidos fornecedores, deveria ser calculado sobre uma importância global, bruta, sem dedução daquelas despesas;

que, em face a tal circunstância, foi ela compelida, durante todos esses anos, a efetuar, conforme demonstra, o recolhimento do impos-

to calculado sobre importâncias brutas;

que, pelo exposto, resolveu propor a presente ação de repetição de indébito, que espera seja julgada procedente, para o fim de ser a União Federal condenada, na forma do disposto no art. 964 do Código Civil Brasileiro, à restituição das quantias cobradas em excesso, com a correspondente correção monetária, e acrescidas das custas e honorários de advogado. Devidamente citada, ofereceu a União Federal sua contestação (fls. 293/6), argüindo, preliminarmente, o não cumprimento, pela autora, do disposto no parágrafo único do art. 21 do Decreto-Lei nº 147, de 3 de fevereiro de 1967, e pedindo, no mérito, a improcedência desta ação. Réplica às fls. 378/9.

Saneador irrecorrido à fl. 385.

Audiência de instrução e julgamento realizada a 30 de julho passado».

A sentença julgou procedente a ação nos termos do pedido e condenou a ré na verba honorária de 10% sobre o valor da causa.

Apelou a União Federal, com as razões de fls. 396/399, alegando que a legislação aplicável não ampara a pretensão da autora, pois «deduzir dos 30% tributáveis as despesas que já se encontram incluídas nos 70% não tributáveis seria permitir duas vezes a dedução de despesas».

Contra-razões às fls. 402/403.

A Subprocuradoria-Geral da República opinou pelo provimento do recurso (fls. 411/413)».

Com a adesão do Sr. Ministro Moacir Catunda, prevaleceu o voto do Senhor Ministro-Relator, conforme se vê da assentada do julgamento, em 13 de dezembro de 1978. Seu teor é o seguinte (fls. 423/425):

«O tributo objeto do litígio refere-se aos exercícios de 1965 a 1970, conforme evidenciam as guias de recolhimento que instruem a inicial (fls. 71/287), não se lhe aplicando, em consequência, o Decreto-Lei nº 1.089, de 2 de março de 1970, que introduziu radicais inovações no sistema.

Disponha a Lei nº 3.470, de 28-11-58, em seu art. 18 § 1º, verbis:

«Art. 18. A participação dos produtores, distribuidores ou intermediários, no exterior, de películas cinematográficas, não poderá ultrapassar de 70% (setenta por cento) da receita produzida pelas fitas comuns e de 80% (oitenta por cento) da proveniente das superproduções, não podendo estas exceder a 12 (doze) em cada ano.

§ 1º Correm por conta dos produtores, distribuidores ou intermediários, no exterior, a serem deduzidas das quantias que lhes forem pagas, empregadas, remetidas ou entregues, todas as despesas com as películas, tais como fretes, direitos aduaneiros, taxas de censura e fiscalização, copiagem e material de propaganda».

O art. 78 alterou o § 3º do art. 97 da Constituição das Leis do Imposto de Renda para considerar como rendimento tributável, em casos tais, a percentagem de 30% (trinta por cento) sobre as importâncias pagas, creditadas, remetidas ou entregues aos produtores, distribuidores ou intermediários, no exterior.

O regulamento baixado com o Decreto nº 47.373, de 7-12-59, repetiu essas normas em seu art. 37, §§ 8º e 10, e prescreveu no art. 97, § 3º:

«§ 3º Considera-se rendimento tributável da exploração de películas cinematográficas estrangeiras, no país, a percentagem de 30% (trinta por cento) sobre as importâncias pagas, creditadas, empregadas, remetidas ou entregues aos produtores, distribuidores ou intermediários no exterior, observado o disposto no § 10 do art. 37».

Como se vê, os citados preceitos da Lei nº 3.470/58 (art. 18, § 1º) tiveram por escopo limitar a participação dos produtores e distribuidores estrangeiros na receita oriunda da exibição de películas cinematográficas, não se justificando a extensão que lhes pretende emprestar a recorrente. O percentual de 30%, correspondente ao rendimento tributável, há de incidir sobre esses valores da participação, depois de deduzidas as despesas expressamente mencionadas.

Esta é a interpretação que se extrai das normas de regência, notadamente do invocado art. 97, § 3º, do Decreto nº 47.373/59, quando manda observar o disposto no § 10 do art. 37, isto é, as despesas a cargo dos produtores e distribuidores alienígenas. Fosse outra a mens legis, diversa seria a redação. Demais disto, incluir despesas para o efeito de cálculo do imposto significaria um aleijão dentro do sistema, que ordena se tome por base da imposição a renda líquida ou o lucro real, consoante se trate de pessoa física ou de pessoa jurídica.

A mesma conclusão, aliás, chegou esta Eg. 2ª Turma na Apelação Cível nº 25.007, relatada pelo Ministro Armando Rollemberg, cujo Acórdão traz a seguinte ementa:

«Imposto de renda. Exploração de películas cinematográficas estrangeiras. O tributo descontado na fonte, relativamente à partici-

pação das fornecedoras sediadas no exterior, deve incidir sobre as importâncias efetivamente pagas ou remetidas, após deduzidas as despesas de sua responsabilidade».

Diante do exposto, nego provimento à apelação».

Divergindo desse entendimento, o Sr. Ministro Justino Ribeiro assim se expressou (fls. 426/427):

«Sem embargo da respeitabilidade do precedente em que se inspira a v. sentença apelada, cumpre atentar-se para a advertência do insigne Carlos Maximiliano, no sentido de se evitar a interpretação que leve ao absurdo.

Segundo a tese da autora apelada, o imposto de renda, devido pelas empresas estrangeiras fornecedoras de filme, a ser retido na fonte, incidiria somente sobre 30% da remessa líquida feita a essas empresas. Quer dizer, a lei estaria isentando do imposto 70% do lucro líquido ou renda líquida das citadas empresas. Mas a troco de quê? Adotaria o Brasil uma política de incentivo à entrada e exibição de filmes estrangeiros? Pelo contrário, creio que a tendência é proteger a produção nacional. Logo, não pode estar certa a tese da autora.

O raciocínio correto, a meu ver, está na singela, mas muito clara decisão da DIR, constante de fls., e que transcrevo:

«5. Os lucros dos produtores, distribuidores ou intermediários quaisquer, domiciliados no estrangeiro, estão arbitrados em 30% das participações de 70% e 80% na receita provocada pelas películas cinematográficas. Por esse cálculo da matéria dentro do sistema de retenção na fonte, consideram-se despesas totais, das pessoas do exterior, 70% do

montante das mencionadas participações.

6. À conta, então, desses 70%, correm, para os efeitos do imposto de renda, todas as despesas de produção, distribuição, etc., onde quer que se realizem, e mais as enunciadas no art. 18, § 1º da Lei nº 3.470, de 1958, as quais, por isso mesmo, não podem ser debitadas à firma ou sociedade estabelecida no Brasil (art. 37, § 10 — Decreto nº 47.373/59): estão compreendidas na margem de 70% das participações, concedida para as despesas globais dos produtores, eis que apenas 30% sofrem o gravame como lucros» (fl. 323).

Temos, claramente, que 70% do rendimento bruto do filme são considerados renda bruta das empresas estrangeiras e 30% desses 70% são, por presunção legal, sua renda líquida, sobre a qual incide o imposto. O imposto incide sobre 30% dos 70% da renda global do filme e nesses 70%, também por previsão legal, não de estar compreendidas todas as despesas.

Por essas razões, dou provimento, para julgar a ação improcedente».

Vieram embargos infringentes tempestivamente opostos pela União Federal, subscritos por seu ilustre Procurador, Dr. João Boabaid de Oliveira Itapary, colimando a preponderância do entendimento preconizado pelo d. voto vencido.

Os embargos tiveram andamento regular; a embargada ofereceu impugnação (fls. 438/440).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Romildo Bueno de Souza (Relator): Como se vê, o d. voto condutor do v. Acórdão embargado procura sustentáculo no r. jul-

gado da antiga 2ª Turma desta Corte, na AC nº 25.007 — RJ, de 27-8-68, Relator o Senhor Ministro Armando Rollemberg, cuja ementa transcreveu e acaba de ser lida nesta assentada, por integrar o relatório.

Convém ter presentes, no entanto, as considerações deduzidas naquela oportunidade pelo invocado aresto. Eis o que se me afigura o cerne da argumentação do eminente Ministro Rollemberg:

«Examinemos o mérito.

Dispôs a Lei nº 3.470, de 1958, em seu art. 18:

«A participação dos produtores, distribuidores de intermediários, no exterior, de películas cinematográficas, não poderá ultrapassar de 70% (setenta por cento) da receita produzida pelas fitas comuns e de 80% (oitenta por cento) da proveniente das superproduções, não podendo estas exceder a 12 (doze) em cada ano».

A análise da disposição transcrita leva-se a concluir que o legislador limitou a participação das empresas produtoras, distribuidoras e intermediárias, no exterior, de películas cinematográficas exibidas no Brasil a 70% e 80% da respectiva receita, conforme o caso, da qual, além disso, devem ser deduzidas todas as despesas tais como fretes, direitos aduaneiros, taxas de censura e de fiscalização, cópiagem e material de propaganda. A regra legal teve, assim, não somente o intuito de limitar a remessa de rendimentos para o exterior, mas ainda o de reduzi-los com a dedução das despesas. Tomou por base, por isso, na primeira hipótese, o lucro bruto, isto é, a receita produzida pelas fitas, e, para atingir a última finalidade, determinou que apenas sobre a parcela atribuída às empresas estrangei-

ras incidiriam as despesas que menciona.

Quanto ao imposto de renda, entretanto, teve em conta os rendimentos realmente percebidos pelas mesmas empresas, e daí ter estabelecido o § 3º do art. 97 do Regulamento baixado com o Decreto nº 47.373, de 1959, que se considera «rendimento tributável da exploração de películas cinematográficas estrangeiras, no país, a percentagem de 30% (trinta por cento) sobre as importâncias pagas, creditadas, empregadas, remetidas ou entregues aos produtores, distribuidores ou intermediários no exterior, observado o disposto no § 10 do art. 37, isto é, o abatimento das despesas.

Tem-se, assim, que o rendimento tributável sobre o qual incide o imposto de renda é realmente 30% das importâncias efetivamente percebidas, o que pressupõe o prévio abatimento das despesas.

A posição das empresas estrangeiras no particular poderá ser tida como privilegiada, tal como o afirmou a Procuradoria da República na contestação, mas é, sem dúvida, o que está na lei.

Decidiu, portanto, de forma correta, nesta parte, a sentença recorrida».

2. Decidiu-se, portanto, que era cabível a dedução de despesas; e este entendimento se baseou no art. 37, § 10 do Decreto nº 47.373, de 7-12-59, que dispunha:

«Art. 37. Constitui lucro real a diferença entre o lucro bruto e as seguintes deduções (Decreto-Lei nº 5.844, art. 37):

.....

§ 8º A dedução das quantias pagas ou creditadas a título de participação dos produtores, distribuidores ou intermediários, no exterior, de películas cinematográficas,

não poderá ultrapassar 70% (setenta por cento) da receita produzida pelas fitas comuns e 80% (oitenta por cento) da proveniente das superproduções, limitadas estas a 12 (doze) em cada ano (Lei nº 3.470, art. 18).

.....  
 § 10. Nos casos de que trata o § 8º, todas as despesas com as películas cinematográficas, tais como fretes, direitos aduaneiros, taxas de censura e fiscalização, cópiagem e material de propaganda, correrão por conta da participação dos produtores, distribuidores ou intermediários, no exterior (Lei nº 3.470, art. 18, § 1º).»

As despesas cuja dedução foi considerada legítima eram, por conseguinte, despesas efetuadas no Brasil pelas empresas exibidoras (fretes, direitos aduaneiros, taxas de censura e fiscalização, cópiagem e material de propaganda), na forma da Lei nº 3.470, art. 18, § 1º).

3. Quer isto dizer: a) que somente 70% ou 80% da receita proveniente de exhibições poderiam ser remetidos, conforme o caso; b) que apenas 30% do valor dessas remessas seriam tidos como tributáveis.

Era muito estranho, de fato (a bem dizer incompreensível), o preceito.

Não admira que o eminente Ministro Rollemberg tenha acentuado:

«A posição das empresas estrangeiras no particular poderá ser tida como privilegiada, tal como afirmou a Procuradoria-Geral da República na contestação; mas é, sem dúvida, o que está na lei».

4. Atente-se, também, para o art. 97, § 3º do citado decreto:

«Art. 97. Estão sujeitos ao desconto do imposto à razão de 25% (vinte e cinco por cento):

§ 3º Considera-se rendimento tributável da exploração de películas cinematográficas estrangeiras, no país, a percentagem de 30% (trinta por cento) sobre as importâncias pagas, creditadas, empregadas, remetidas ou entregues aos produtores, distribuidores ou intermediários, no exterior, observado o disposto no § 10 do art. 37 (Lei nº 3.470, art. 18, §§ 1º e 2º, e art. 78)».

5. Era imperioso desvendar o verdadeiro escopo da norma que, em verdade, dispôs critérios normativos distintos para a determinação do lucro tributável da empresa exibidora nacional; ou da filial (exibidora) de empresa estrangeira produtora ou distribuidora; e, finalmente, critérios a serem observados, no tocante à retenção do imposto de renda na fonte, quanto a remessas feitas a benefício de empresas estrangeiras produtoras ou distribuidoras.

Esta distinção foi esboçada, aliás, ainda nesta Corte, pela C. 2ª Turma, em 12-10-71, no v. Acórdão da AC nº 25.389-RJ, de que também foi Relator o Senhor Ministro Armando Rollemberg (Rev. do Tribunal Federal de Recursos, 32/139), cuja ementa resume:

«Imposto de Renda. Distribuição e exibição, no Brasil, de películas cinematográficas produzidas no exterior. Interpretação do art. 205, letra c, do Decreto nº 58.400, de 1966, no sentido de se admitir a dedução, pelo distribuidor no País, de despesas realizadas com os filmes depois de sua entrada no território brasileiro. A receita auferida pelo distribuidor na exibição de filmes em cinemas de sua propriedade não se confunde com a receita bruta operacional. É admissível a dedução de despesas com indenizações trabalhistas, ainda que superiores aos limites legais, desde que comprovado o seu pagamento. Não são dedutíveis as provisões para

devedores duvidosos, se, entidade alienígena contratualmente assumiu o risco pelas dívidas incobráveis».

6. Nestes autos, a empresa distribuidora e exibidora nacional (fls. 2, 9 e 9 vº) quer repetir o que, a seu juízo, recolheu a mais na fonte em razão de remessas feitas à produtora e distribuidora estrangeira (fl. 9 vº), «no último quinquênio» (fl. 6, fim).

O argumento fundamental é este (fl 6):

«Não havia dúvida, portanto, que, na forma da lei, o imposto de renda na fonte, recolhido pela suplicante, deveria incidir sobre as importâncias efetivamente pagas ou remetidas aos aludidos fornecedores no exterior, e não sobre importâncias globais em que se incluíam até as despesas, a que se referia o § 1º do art. 18 da Lei nº 3.470, de 28 de novembro de 1958, que corriam por conta dos aludidos fornecedores e eram deduzidas das quantias aos mesmos remetidas.

O imposto de renda paga-se sobre rendimento, e não sobre despesas».

7. É de indagar, contudo:

A que despesas quer se referir a embargada?

Despesas da produtora e distribuidora estrangeira (feitas, portanto, no estrangeiro)?

Neste caso, quais?

A que título deduzi-las?

Ou, ainda, com que fundamento deduzir dos 30% (trinta por cento) tomados como base para a incidência do imposto retido (calculados sobre 70% (setenta por cento) da receita das exibições) despesas que não se sabe quais sejam, feitas não se sabe onde, pela produtora ou distribuidora estrangeira?

Ou, então: trata-se de despesas do próprio exibidor nacional (feitas, portanto, no Brasil)?

Mas, neste caso, qual a relação entre tais despesas (do exibidor, feitas no Brasil) e a retenção do imposto de renda na fonte, a incidir sobre 30% (trinta por cento) das remessas feitas para o exterior (sendo estas de 70% (setenta por cento), apenas, da receita bruta)?

8. Esta divergência que lavrou na assentada da apelação diz com o alcance das normas que, após limitar a participação «dos produtores, distribuidores ou intermediários, no exterior, de películas cinematográficas» a 70% (setenta por cento) das receitas produzidas no Brasil pela exibição das fitas comuns (Lei nº 3.470, de 28-11-58, art. 18, v. fl. 423); e depois de estabelecer que todas as despesas com essas películas correm por contra dos produtores, distribuidores ou intermediários, no exterior (art. 18, citado, § 1º, fl. 423), afinal, vieram a considerar rendimento tributável (daqueles fornecedores estrangeiros pela exploração dessas películas) somente 30% (trinta por cento) do valor das referidas remessas feitas a eles, para o exterior (Decreto nº 47.373, de 7-12-59, art. 97, § 3º, fl. 424).

9. Objeto da controvérsia é, portanto, este: sendo considerado rendimento tributável tão-somente 30 (trinta por cento) do valor das remessas feitas para o exterior (isto é, de 70% (setenta por cento) da receita total proveniente de exibições), é ou não permitido deduzir desse percentual de 30% (trinta por cento) as despesas feitas no Brasil pelos exibidores?

10. A d. maioria admitiu que o rendimento tributável (apenas 30% das remessas feitas) está sujeito às deduções das despesas efetuadas no Brasil pelos exibidores; o d. voto

vencido inadmitiu tais deduções, ao indagar «a troca de quê?» seriam consentidas.

11. Figure-se um exemplo.

A receita proveniente das exhibições de uma película no Brasil foi de Cr\$ 100.000,00. Desse valor, 70% são remetidos à produtora ou distribuidora estrangeira, ou sejam, Cr\$ 70.000,00. Desta quantia, tão-somente 30% (Cr\$ 21.000,00) são levados em conta para o cálculo da retenção na fonte. E isto se fez.

Que quer a embargada?

Que dos Cr\$ 21.000,00 considerados para o cálculo do imposto retido fosse abatido o valor das despesas de frete, aduana, copiagem etc, feitas no Brasil, sob o pretexto de que tais despesas corriam por conta da distribuidora estrangeira.

12. Peço respeitosa vênia ao emittente Ministro Armando Rollemberg, cujas decisões claras e concisas constituem sendas luminosas nas dificuldades que freqüentemente se nos deparam, a fim de sufragar o voto minoritário, fazendo minhas as questões suscitadas, pelo Senhor Ministro Justino Ribeiro.

13. De fato, posso até admitir que o legislador dos fins da década de 1950 quisesse favorecer a importação de películas de produção estrangeira.

Esta opção, hoje tão abertamente contrastante com tudo o que se preconiza em Política e Economia, poderia, no entanto, prevalecer (desde que compatível com os limites constitucionais impostos aos Poderes Legislativo e Executivo, que ao Judiciário somente cumpriria respeitar, interpretar e aplicar).

Compreende-se, por conseguinte, que, ao longo dos anos sessenta os tribunais decidissem na consonância daquilo que se considerou adequado a traduzir a voluntas legislatoris.

14. Passados, porém, todos estes anos; transformadas tão radicalmente as condições e circunstâncias de nosso comércio internacional; revistas de alto a baixo nossas concepções quanto aos termos do desejável convívio da cultura nacional com as culturas dos outros povos, cabe reformular a questão que ora nos desafia; como se há de interpretar e aplicar a lei, pelos tempos afora? Sempre na conformidade daquilo que teria sido, no princípio, a voluntas legislatoris?

15. Penso que não.

A lei de introdução ao Código Civil estabelece:

«Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum».

Não é, portanto, somente ao legislador que se impõe considerar os fins sociais e o bem comum: é também o juiz que haverá de atentar para esses valores, «na aplicação da lei».

Proponho que a atuação da administração pública submetida hoje à nossa apreciação seja valorada ao crivo da lei, tal como hoje deva ser interpretada (e não, necessariamente, segundo foi já interpretada), pois não estamos diante de ato jurídico perfeito, nem de coisa julgada, nem de direito adquirido.

Em conclusão, não me parece razoável, hoje, entender que a minguada parcela de 30% do valor das remessas feitas ao exterior (só ela conceituada como rendimento tributável) ainda esteja sujeita às pretendidas deduções de despesas: despesas estas feitas no Brasil pelos exibidores nacionais e que não influem, obviamente, na determinação da receita proveniente das exhibições, base única para o cálculo das remessas a serem efetuadas e que, de fato, foram realizadas.

Eis por que meu voto é, na conformidade do d. voto vencido, e com a devida vênia, para dar provimento aos embargos.

#### ADITAMENTO AO VOTO

O Sr. Ministro Romildo Bueno de Souza (Relator): Senhor Presidente, na veemente sustentação do v. Acórdão embargado, o D. Patrono da embargada se referiu à decisão desta Segunda Seção, em ação rescisória, que teria sufragado a mesma tese que inspirou o julgado agora impugnado; tese, isto é, que meu voto de Relator destes embargos, embora mui respeitosamente, rejeitou.

Reconheci, de pronto, a falha da pesquisa de nossos precedentes, refletida em meu citado pronunciamento (ao deixar de mencionar o recente julgado desta Eg. Seção).

Valho-me do ensejo para, em aditamento, esclarecer que, em verdade, no julgamento da Ação Rescisória nº 392-SP, de que foi Relator o Senhor Ministro Pedro da Rocha Acioli, por unanimidade (e com meu voto) ficou decidido na conformidade desta ementa:

«Tributário. Imposto de Renda. Exploração de película cinematográfica estrangeira.

O imposto na fonte incide sobre a participação líquida devida ao distribuidor estrangeiro. Liceidade da dedução das despesas de responsabilidade do fornecedor sediado no exterior, consoante o regime do Regulamento aprovado pelo Decreto nº 58.400/66.

«Precedentes» (Rev. do TFR 73/1).

Em prol da comodidade de todos e da objetividade e segurança de nosso pronunciamento, peço vênia para ler parte do breve relato do caso a que se prende a ementa.

Ei-lo:

«Trata-se de ação rescisória requerida por Screen Gems Trading Inc contra sentença de mérito transitada em julgado, proferida em mandado de segurança que visava a obrigar a autoridade impenetrada (Delegado da Receita Federal em São Paulo e o Encarregado do Registro e Controle Cambial do Banco do Brasil) a autorizar a requerente a deduzir das participações devidas à sua matriz (Screen Gems Trading Corporation), por força de contrato de distribuição de filmes estrangeiros, as despesas realizadas no país e que, em razão do disposto no artigo 205, letra c do RIR (Decreto nº 58.400, de 10 de maio de 1966), correm por conta daquela empresa-mãe estrangeira, de molde a que o imposto de fonte fosse calculado sobre a participação líquida.

A pretensão rescindente tem como fundamento o art. 798, inciso I, letra c do CPC de 1939, qual seja: violação de literal dispositivo de lei.

A sentença rescindenda, do juízo da 7ª Vara da Seção Judiciária de São Paulo, de lavra do Dr. Mário Antônio Ferreira Milano, datada de 22-9-70, deu pela improcedência do pedido, à míngua do amparo legal (fl. 18)».

Penitencio-me desde logo, duas vezes (e o faço com toda a humildade).

Primeiro, por ter admitido esta rescisória como viável, ao invés de julgar a autora carecedora da ação (tal como fiz, aliás, em caso recentemente decidido nesta C. Segunda Seção), uma vez que sustento não ser a rescisória mero recurso destinado a melhorar o julgado.

Depois, por não me ter de pronto apercebido da dessemelhança entre as hipóteses cujo confronto favoreceu o êxito da rescisória.

Sic bonus dormitabat Homerus; é tempo, porém, de retomar o bom caminho, ou seja, de reafirmar que, a meu modesto juízo, ação rescisória não é meio de melhorar julgado; nem de corrigir erros in judicando.

Por último, estou certo de que a sentença rescindida havia decidido corretamente.

Tanto assim é que, ao ampliar a pesquisa jurisprudencial sobre o tema, deparei também com o v. Acórdão da C. 6ª Turma, na AC nº 64.043-RJ, de 23-3-81, Relator o Senhor Ministro José Dantas (DJU de 9-4-81), com a ementa seguinte:

«Tributário. Imposto de Renda. Deduções.

Películas cinematográficas estrangeiras. Tanto na vigência da Lei nº 3.470/58, como da Lei nº 4.506/64 e do Decreto nº 58.400/66, a orientação normativa fiscal e a jurisprudência se firmaram pela permissão de despesas operacionais a cargo do distribuidor no País, salvo, obviamente, deduções de despesas incomprovadas na sua destinação».

Esta a orientação que, como se vê pelos precedentes referidos em meu voto, vem sendo mantida nesta Corte.

O julgado da rescisória (em que tanto se esforçou na tribuna o D. Causidico da embargada) alinhou decisões em verdade discrepantes: uma, referindo-se a despesas feitas por exibidores, no Brasil; outra, a despesas feitas no exterior, por produtores ou distribuidores (empresas, portanto, estrangeiras).

É o que me cumpria aditar a meu voto, a fim de, a um só tempo, suprir a omissão, esclarecer meu equívoco no julgamento da ação rescisória e ampliar a referência aos precedentes.

Com estes acréscimos, mantenho meu voto, que é pelo provimento dos embargos.

#### VOTO VISTA

O Sr. Ministro Sebastião Alves dos Reis: Em sessão de 27 de outubro último, no julgamento dos presentes embargos, o eminente Relator, Min. Romildo Bueno de Souza, proferiu o douto voto que S. Exa. acaba de recordar, inclusive por aditamento.

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

A divergência suscitada no Juízo apelatório centra-se em que, ao entendimento do Min. Torreão Braz, com fulcro no art. 18 § 1º e 78 da Lei nº 3.470/58 e regulamentação pertinente «o percentual de 30%, correspondente ao rendimento tributável, há de incidir sobre esses valores da participação, depois de deduzidas as despesas expressamente mencionadas», tese prestigiada pela adesão do Min. Moacir Catunda, enquanto o Min. Justino Ribeiro se posicionou opostamente, e, à luz dos mesmos dispositivos legais adotou a compreensão de que, na hipótese, o imposto incide sobre 30% da participação global, bruta, do fornecedor estrangeiro, correndo à conta dos 70% remanescentes da participação, todas as despesas da empresa alienígena, inclusive as discutidas.

Fixado nesses termos o núcleo da controvérsia, para o melhor encaminhamento do debate, fazendo-se um rápido histórico da legislação pertinente ao *thema decidendum*, vê-se que originariamente o imposto de renda incidia sobre a totalidade da participação do produtor estrangeiro, segundo se colhe de resposta dada pela antiga Diretoria do Imposto de Renda, em decisão em processo de consulta, de 30-12-40, aliás, conforme parecer de Tito Rezende, en-

contrado nos seus «Comentários ao Regulamento do Imposto de Renda»; em 1943, o Decreto-Lei nº 5.844, veio a estabelecer como rendimento tributável 80% das importâncias remetidas (art. 98), percentual baixado para 30% em 1944 (Decreto-Lei nº 6.340, de 11 de março), situação que permaneceu sem modificações de relevo pelos regulamentos que se seguiram, inclusive o baixado com o Decreto nº 40.702, de 31-12-58; em 1958, sobreveio a Lei nº 3.470, que inovou, fixando um limite para a participação da empresa estrangeira e imputando a essa as despesas ora cogitadas, seguindo-se a Lei nº 4.506/64, sem alterações significativas, e os regulamentos baixados com os Decretos nºs 47.373/59, 67.900/63, 56.866/65 e 58.400/66; em 1970, sobreveio o Decreto-Lei nº 1.089, que reformulou o tratamento fiscal, suprimindo a referência e apropriação anteriores das despesas ora enfocadas; baixando o teto da participação para 60%, elevando a base de cálculo do rendimento tributável para 90% dos valores remetidos; a indedutibilidade das despesas incorridas no exterior no lucro tributável do distribuidor Nacional; o Decreto-Lei nº 1.429/75 reduzia o limite máximo da participação para 40% e subiu a base de cálculo do rendimento tributável presumido para 90% das importâncias remetidas; o Min. da Fazenda, com base em autorização constante desse último diploma, voltou a elevar o teto da participação para 60% (Port. 529/75).

Do quadro legal esboçado, sente-se que o legislador, a par da dimensão fiscal da matéria, associa objetivos relacionados com a política de remessa de rendimentos para o exterior, como anotou, com inteira propriedade o voto do eminente Ministro Rollemberg, trazido aos autos, e daí as dificuldades do legislador e do seu intérprete em conciliar e hierarquizar tais valores, no tratamento de

binômio distribuidor estrangeiro — distribuidor nacional; é visível a tendência de baixar o teto da participação do distribuidor domiciliado no exterior e elevar a base de cálculo do rendimento tributável; enfim, estamos diante de decisões políticas do legislador e não simplesmente tributárias, inspiradas nos interesses nacionais dominantes, em cada tempo.

Postas essas considerações, relembremos os textos pertinentes da Lei nº 3.470/58, vigente à época dos fatos geradores respectivos:

«Art. 18. A participação dos produtores, distribuidores ou intermediários, no exterior, de películas cinematográficas não poderá ultrapassar os 70% (setenta por cento) da receita produzida pelas fitas comuns e de 80% (oitenta por cento) da proveniente das superproduções, não podendo estas exceder 12 (doze) em cada ano.

§ 1º Correm por conta dos produtores, distribuidores ou intermediários, no exterior, a serem deduzidas das quantias que lhe forem pagas, empregadas, remetidas ou entregues, todas as despesas com as películas, tais como fretes, direitos aduaneiros, taxas de censura e fiscalização, copiagem e material de propaganda».

Paralelamente, o art. 78 estabeleceu como rendimento tributável, para o caso, o coeficiente de 30% sobre as importâncias pagas, creditadas, remetidas ou entregues aos produtores, distribuidores ou intermediários, no exterior.

A Lei nº 4.506/64 manteve as mesmas coordenadas, acrescentando que, para determinação do lucro operacional respectivo se considera receita bruta operacional a obtida na atividade de distribuição, excluída, quando fosse o caso, a parcela do resultado correspondente à exibição.

Os Regulamentos que se seguiram, no período considerado nos autos, reproduziram tais normas (Decreto nº 47.373/59, art. 37 §§ 8º e 10 e 97 § 1º; Decreto nº 51.900/63, arts. 97 § 3º e 37. Decretos nºs 55.866/65 e 58.400 (arts. 205 e 294).

Os dispositivos da Lei nº 3.470/58 referenciados suscitaram dissídio interpretativo, quanto ao seu alcance, seja no relativo ao tratamento das despesas focalizadas, no plano do distribuidor estrangeiro, seja nos seus reflexos, em face do distribuidor nacional.

No caso concreto, pretende, a a. que o cálculo do imposto respectivo retido na fonte, no período de 1965, novembro, a janeiro de 1970, se faça deduzindo-se da cota do produtor as despesas de custo de cópia, fiscalização, material de propaganda e fretes, aplicando-se sobre a diferença, para efeito de obtenção do rendimento tributável presumido, o índice de 30%, incidindo sobre o resultado a alíquota pertinente, precisamente o critério aceito nos votos vencedores.

As teses em conflito explicam-se, pois a orientação prevalecente nos autos parte da premissa de que o coeficiente de 30% se aplica sobre as importâncias remetidas e como as despesas em foco são imputáveis, por lei, ao fornecedor estrangeiro, a remessa, ao cabo de contas, é representada efetivamente pela diferença respectiva; já a perspectiva do Ministro Justino considera que, sendo a participação bruta de 70% e o rendimento tributável de 30%, a diferença de 70% só pode ser visualizada como custos e despesas do produtor estrangeiro, aqui incluídas as despesas imputadas àquele por lei.

Entre os comentadores do imposto de renda que versam a matéria, no particular da Lei nº 3.807/60, Tito Rezende (A Nova Lei do Imposto de Renda, pág. 23) e Erimã Carneiro (Lei nº 3.470, pág. 44 — 1959) perfi-

lam a tese dos votos vencedores, Bulhões Pedreira não debate o assunto (Imposto de Renda 6.60).

O Alto Pretório teve ensejo de apreciar a espécie, no RE nº 92.952, de que foi Relator o eminente Ministro Xavier de Albuquerque, em aresto unânime, assim ementado:

«Imposto de renda. Exploração de películas cinematográficas estrangeiras — No regime do Regulamento aprovado pelo Decreto nº 58.400/66, da participação do distribuidor estrangeiro cabia abater as despesas, apurando-se do líquido o lucro presumido e sobre esse calculando-se o tributo devido na fonte. Recurso extraordinário conhecido e provido». (DJ, de 24-10-80).

Por igual, tal tese foi sancionada por esta Egrégia Seção, na Ação Rescisória nº 392, Relator o nosso colega Pedro Acioli, através de Acórdão ementado nesses termos:

«Tributário. Imposto de Renda. Exploração de película cinematográfica estrangeira.

O imposto na fonte incide sobre a participação líquida devida do distribuidor estrangeiro. Lícitude de dedução das despesas de responsabilidade do fornecedor sediado no exterior, consoante o regime do Regulamento aprovado pelo Decreto nº 58.400/66.

Precedentes».

Da mesma sorte, a antiga 2ª Turma, na AC nº 25.007, relatada pelo eminente Ministro Rollemberg, conforme ementa e razões constantes de fl. 37.

De outro lado, o § 1º da Lei nº 3.807/60 transcrito é positivo em prever que as despesas ali imputadas ao produtor estrangeiro serão deduzidas das quantias que lhes forem remetidas, prescrição inarredável, consoante assinalou o Min. Rollemberg, no voto trazido à colação.

É certo que a jurisprudência em torno do § 1º do art. 18 da Lei nº 3.807/60 dispositivos correlatos regulamentares acabou por estabelecer a ressalva de que as despesas deduzíveis, para os efeitos do debate, são as incorridas até a disponibilização dos filmes, para exibição no território brasileiro, e que, a partir daí, as despesas da mesma natureza, correm à conta das despesas operacionais do distribuidor no país, como se vê do aresto unânime proferido no AMS nº 68.044, Rel.: o Min. Décio Miranda, mantida pelo Alto Pretório, no RE nº 80.737, da Egrégia 2ª Turma (sessão de 30-9-75, e, ainda, AI nº 56.844, 1ª Turma, Relator: Min. Balleiro, sessão de 11-5-73, princípios, igualmente, acolhidos no r. precedentes invocados pelo Min. Romildo Bueno, constantes da AC nº 25.389, Rel.: o Min. Rollemberg, e AC nº 64.043, Rel.: o Min. José Dantas.

Não se objete, no entanto, com tal distinção, pois trata-se de aspecto que dependente de prova, não considerado nos autos em primeiro e segundo graus, nem posto em debate, como se vê, em particular, das razões de contestação, apelação e pareceres da douta Subprocuradoria-Geral da República.

Data venia, não posso acolher a interpretação histórico-evolutiva preconizada no douto voto do eminente Relator desses embargos, pois in casu se cuida de situações ocorridas proximamente à Lei nº 3.807/60; aliás, o legislador não se mostrou omissivo, ao elaborar o Decreto-Lei nº 1.089/70.

Por tudo quanto foi aduzido, e deduzido, com as vênias sempre devidas aos eminentes colegas Romildo de Souza e Justino Ribeiro, rejeito os embargos.

#### VOTO

O Sr. Ministro Pedro da Rocha Acioli: Senhor Presidente, estou con-

vencido do acerto da decisão embargada, muito mais agora com o brilhante voto do Ministro Sebastião Reis. Acompanhando S. Exa., também rejeito os embargos, com as razões do voto que proferi na AR nº 392-SP (DF de 27-2-81), cuja cópia faço anexar.

É o voto.

#### VOTO

O Sr. Ministro Pedro da Rocha Acioli (Relator): A União Federal argüiu, em preliminar, inépcia da ação, a juízo de que a autora, na inicial, alude «aos fundamentos constantes da petição de mandado de segurança» — decidido em primeira instância cuja sentença pretende rescindir — «aos pronunciamentos da Procuradoria da República e da autoridade impetrada», sem, contudo, juntar cópias de tais fundamentos. Tal alegação é desprezível, porquanto os fundamentos jurídicos da sentença são bastantes a se aferir sobre a alegada vulneração literal de dispositivo de lei — motivo sobre que se funda a pretensão rescindente. Afasto, d.m.v., a preliminar.

O processo possui os pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular. Passo, pois, ao exame do mérito.

A controvérsia reside na base de cálculo do imposto de renda na fonte, cobrado sobre exploração de películas cinematográficas estrangeiras, descontado da participação do distribuidor estrangeiro, no regime do Decreto-Lei nº 58.400/66 (RIR).

A sentença rescindenda entendeu que, na hipótese, o percentual de 40% incide sobre os rendimentos brutos, pagos ou creditados aos fornecedores de filmes estrangeiros, para tanto invocou o art. 45 da Lei nº 4.131/63 (fl. 18v.).

A autora defende o entendimento de que o imposto de renda na fonte, no caso, incide sobre 30% da participação líquida do distribuidor estrangeiro, ou seja, deduzida da participação bruta as despesas de taxas de censura, frete, despesas aduaneiras, dublagens, cópias, etc., implicando, assim, num recolhimento a menor do tributo.

Vejamos a legislação pertinente.

O art. 292, do Decreto nº 58.400/66 (RIR), rezava que:

«Estão sujeitos ao desconto do imposto na fonte:

§ 2º. À razão de 40% (quarenta por cento), ressalvado o disposto no parágrafo único, os rendimentos oriundos da exploração de películas cinematográficas, excetuados os dos exibidores não importadores, tendo o contribuinte o direito de optar pelo depósito no Banco do Brasil, em conta especial, de 40% (quarenta por cento) do imposto devido, podendo aplicar essa importância, mediante autorização do Grupo Executivo da Indústria Cinematográfica (GEICINE), na produção de filmes no País, nos termos do Decreto nº 51.106, de 1º de agosto de 1961 (Lei nº 4.131, art. 45)».

O dispositivo supratranscrito é uma reprodução exata do art. 45 da Lei nº 4.131/63, invocado pela sentença rescindenda.

O conteúdo da norma em apreço delineia a hipótese de incidência tributária e fixa a alíquota: 40%.

Adiante, prescreve o art. 294, do então RIR:

«Considera-se rendimento tributável da exploração de películas cinematográficas estrangeiras, no País, a percentagem de 30% (trin-

ta por cento) sobre as importâncias pagas, creditadas, empregadas, remetidas ou entregues aos produtores, distribuidores ou intermediários, no exterior, observado o disposto no art. 205 (Lei nº 3.470, art. 18, §§ 1º e 2º, e art. 78)».

Já, aqui, tem-se uma perspectiva do aspecto material da hipótese de incidência: trinta por cento da participação devida ao distribuidor estrangeiro. Mas a base impositiva do tributo se completa com o art. 205 do regulamento já referido, a dizer:

«Na determinação do lucro operacional da distribuição, no território brasileiro, de películas cinematográficas estrangeiras, serão observadas as seguintes normas (Lei nº 4.506, art. 70):

- a) .....
- b) .....

c) Não serão admitidas como custos ou despesas do distribuidor, no país, as despesas com as películas cinematográficas, inclusive as de frete, direitos aduaneiros, taxas de censura ou fiscalização, cópias de material de propaganda, as quais correrão por conta da participação dos produtores, distribuidores ou intermediários no exterior.

Aí, sim. As despesas, tais como: frete, direitos aduaneiros, taxas de censura ou fiscalização, cópias de material de propaganda, etc. correrão por conta do produtor, distribuidor ou intermediário estrangeiro.

Portanto, da participação bruta que for devida ao distribuidor estrangeiro serão deduzidas as despesas com as películas cinematográficas acima aludidas. De 30% da participação líquida (antes de calculado o imposto) ou do lucro operacional será calculado o imposto na fonte, na base de 40%.

Não se pode extrair das normas em apreço entendimento diverso. Deflui da lei que o imposto incidirá sobre o que deve ser pago, creditado, remetido, ou entregue ao distribuidor estrangeiro (art. 294 do Decreto nº 58.400/66). Ora, não lhe deverá ser paga, creditada, remetida ou entregue a parcela correspondente às despesas. Por isso que o imposto na fonte, no regime do Decreto nº 58.400/66, será calculado sobre a participação efetivamente devida ao distribuidor estrangeiro, ou seja, sobre a participação líquida (antes de calculado o imposto) repito.

Tal interpretação não é novidade, pois já foi reconhecida pelo colendo Supremo Tribunal Federal, como se vê do Acórdão abaixo transcrito:

«Imposto de Renda — Exploração de película cinematográfica estrangeira. No regime do Regulamento aprovado pelo Decreto nº 58.400/66, da participação do distribuidor estrangeiro cabia abater as despesas, apurando-se do líquido o lucro presumido e sobre este calculando-se o tributo na fonte. Recurso extraordinário conhecido e provido» (RE nº 92.952-SP — 1ª Turma — Rel.: O Sr. Min. Xavier de Albuquerque — DJ 204, de 24-10-80).

Esclareça-se, ainda, que não se tem notícia de que das normas em cotejo tenham surgidos, entendimentos controvertidos. Pelo contrário, como dá conta a autora, o Eg. TFR já decidiu no mesmo sentido, conforme aresto da antiga 2ª Turma, verbis:

«Imposto de renda. Exploração de películas cinematográficas estrangeiras. O tributo descontado na fonte, relativamente à participação das fornecedoras sediadas no exterior, deve incidir sobre as importâncias efetivamente pagas ou remetidas após deduzidas as despesas de sua responsabilidade.

Inadmissível a repetição de imposto sem discriminação e prova do pagamento respectivo» (AC nº 25.007 — 2ª Turma — Rel.: O Sr. Ministro Armando Rollemberg — DJ de 1-10-68).

Pelo exposto, julgo procedente a ação para rescindir a sentença infringida, de fl. 18 e verso, excluindo, conseqüentemente, da base de cálculo do tributo as despesas realizadas no país por conta do credor no exterior, conforme o item a do pedido de fl. 15.

Determino a restituição do depósito e arbitro em 20% (vinte por cento) a verba advocaticia, calculada sobre o pequeno valor atribuído à causa de Cr\$ 57.710,00. Custas como de lei.

É o meu voto.

#### EXTRATO DA MINUTA

Embargos Infringentes na AC nº 32.859-RJ — Rel.: O Sr. Min. Romildo Bueno de Souza — Rel.: p/ Acórdão: O Sr. Ministro Sebastião Alves dos Reis. Embargante: União Federal. Embargada: Rank Filmes do Brasil Ltda.

Decisão: A Seção, por maioria, rejeitou os embargos (Segunda Seção, em 16-2-82).

Os Srs. Mins. Miguel J. Ferrante, Pedro Acioli, Antônio de Pádua Ribeiro, Armando Rollemberg, José Dantas, Carlos Mário Velloso e Wilson Gonçalves, votaram de acordo com o voto do Sr. Min. Sebastião Alves dos Reis — designado para lavrar o Acórdão. Vencidos os Srs. Ministros Romildo Bueno de Souza, Relator, e Justino Ribeiro. Ausentes, por motivo justificado, os Srs. Mins. Moacir Catunda e Américo Luz. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Washington Bolívar de Brito.

## APELAÇÃO CÍVEL Nº 37.514 — CE

Relator: O Sr. Ministro Carlos Mário Velloso  
 Apelante: Caju do Brasil S.A. — Agroindústria  
 Apelada: União Federal

## EMENTA

Tributário. Imposto de renda. Incentivo fiscal. Exportação. Crédito de IPI incidente sobre operações no mercado interno. CTN, art. 43. Decreto-Lei nº 491, de 5-3-1969. Decreto nº 64.833, de 17-7-1969. RIR, Decreto nº 58.400, de 1966, arts. 153, 154, 156, 157, 161, 243 e 245.

I — Incentivos atribuídos em forma de crédito tributário sobre as vendas para o exterior, como ressarcimento de tributos pagos internamente. Decreto-Lei nº 491/69, art. 1º.

Esses créditos na forma do § 1º, do art. 1º, do Decreto-Lei nº 491/69, são deduzidos do valor do IPI incidente nas operações no mercado interno. Decreto-Lei nº 491/69, art. 1º, § 1º. Se o IPI pago inclui-se nos custos (RIR, Decreto nº 58.400/66, art. 161, d), força é concluir que o crédito deduzido do valor do IPI pago pela empresa constitui devolução de custo. Por isso, integra a receita bruta operacional (RIR, Decreto nº 58.400/66, art. 157, c), assim sujeito ao imposto de renda.

II — 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 à apelação, nos termos do relatório e notas taquigráficas anexas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 12 de maio de 1982 (Data do julgamento) — Ministro Armando Rollemberg, Presidente — Ministro Carlos Mário Velloso, Relator.

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Carlos Mário Velloso: Caju do Brasil S.A. — Agroin-

dústria, com sede em Fortaleza-CE, propôs ação declaratória contra a União Federal, alegando, em síntese: como exportadora de produtos industrializados para o exterior, recebeu, como estímulo fiscal, do Ministério da Fazenda de acordo com o art. 1º, do Decreto-Lei nº 491/69, regulamentado pelo Decreto nº 64.833/69, a importância de Cr\$ 601.674,47, que deixou de incluir como lucro tributável nas declarações de imposto de renda do exercício de 1972, ano-base de 1971. Entendeu o Fisco, no entanto, que tais estímulos integram a receita bruta operacional das empresas exportadoras, sofrendo, assim, a incidência do imposto de renda. Sustentando a ilegalidade dessa pretensão, requereu fosse de-

clarado, por sentença, não estar obrigada a esse recolhimento.

Contestou a Fazenda Nacional (fls. 23/25), alegando, preliminarmente, a impropriedade da ação escolhida para o deslinde do assunto ventilado nos autos. No mérito, disse não proceder a dúvida da autora, frente à clareza das leis e regulamentos regeadores da espécie, eis que o caso ajuizado não se enquadra na exceção deixada às pessoas físicas (art. 36, b, do RIR), ficando englobado na regra geral e dando margem à incidência do imposto de renda. Requereu fosse declarada a legalidade do imposto de renda sobre os incentivos recebidos pela autora ou a extinção do processo.

Sobreveio, ao cabo, a sentença (fls. 50/59), que julgou improcedente a ação, entendendo que a autora está obrigada a pagar o imposto sobre a renda, em face do disposto no art. 1º, §§ 2º e 7º, do Decreto-Lei nº 491/69, c/c o Decreto nº 64.833/69 e Decreto-Lei nº 1.158/71. Condenou a autora ao pagamento das custas e honorários advocatícios de 10% sobre o valor da causa.

Argumentou:

«1. Inviável atribuir-se, ao crédito-estímulo instituído pelo Decreto-Lei nº 491, de 5-3-69, o caráter de doação. Esta, segundo a definição legal, é «o contrato em que uma pessoa, por liberalidade, transfere de seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra, que os aceita» (art. 1.165, do Código Civil).

2. O art. 1º, do Decreto-Lei nº 491/69, com o propósito de incentivar a exportação de manufaturados, disse que as empresas gozarão, nas suas vendas para o exterior, em ressarcimento de tributos pagos internamente, de crédito correspondente ao valor do Imposto sobre Produtos Industrializados incidentes no mercado interno.

Poder-se-ia pensar que o Fisco doou o crédito relativo ao IPI que seria devido. Contudo, o mesmo Decreto-Lei nº 491/69, ainda no art. 1º, § 2º, esclarece que, feita a dedução e, existindo excedente, este será empregado no pagamento de outros impostos federais ou aproveitado, na forma prevista no art. 3º do Decreto nº 64.833, de 17-7-69.

Acaso a União Federal quisesse excluir o imposto de renda, quando se referiu a «outros tributos federais» tê-lo-ia dito expressamente.

O Regulamento instituiu a «Nota de Crédito Fiscal de Exportação» para ser utilizada no pagamento daqueles tributos. No art. 11 de modo a insistir no pagamento do imposto de renda, aduz que as empresas podem «imputar ao custo, para fins de imposto sobre a renda, os gastos no exterior que efetuarem com a promoção e propaganda de seus produtos»...

O legislador, deliberadamente, não esqueceu o imposto de renda:

«É permitido às empresas exportadoras, inclusive às entidades mencionadas no art. 8º, in fine, imputar ao custo, para fins do imposto sobre a renda, os gastos no exterior que efetuarem com a promoção e propaganda de seus produtos, com a participação em feiras, exposições e certames semelhantes, com a manutenção de filiais de escritórios e de depósitos ou congêneres, na forma, limites e condições determinadas pelo Ministro da Fazenda». Art. 11 do Decreto nº 64.833, de 17-7-69.

3. Pelo que se viu, a ré não transferiu de seu patrimônio bens ou vantagens, por liberalidade, para o do autor. Concedeu-lhe um incentivo que não deixa de integrar a sua receita bruta operacional.

4. O conceito de renda formou-se paulatinamente. Em alemão,

significa algo que vem de fora. Em economia, quer dizer alguma coisa que procedendo de fora entre na economia própria (A. A. Contreiras de Carvalho — Doutrina e Aplicação do Direito Tributário — pág. 309).

O crédito-estímulo provém de fora e entra na economia da empresa. Constitui renda, economicamente.

De acordo com o CTN — art. 43, I — «renda é o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos».

Se o imposto de renda tem como fato gerador a «aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica» por força, tem-se de concluir que aquele crédito resultante do IPI não pago transforma-se em disponibilidade econômica, em renda.

5. Custos são as despesas e os encargos relativos à aquisição, produção e venda dos bens e serviços objeto das transações de conta própria (Lei nº 4.506, art. 46), tais como: (d) os impostos, taxas e contribuições fiscais ou parafiscais, exceto o imposto de renda.

**Bulhões Pedreira** — (6.34/41) — escreve:

«... As disposições deste artigo aplicam-se a todos os tributos e contribuições obrigatórias, mas não abrangem os preços públicos, sem caráter de compulsoriedade, que para efeito de apuração do lucro operacional são dedutíveis com o mesmo fundamento dos preços privados».

«Se o empréstimo compulsório é definido como imposto restituível, ou seja, se é exigido em virtude de exercício do poder tributário do Estado, participa da natureza dos tributos e pode ser deduzido do lucro operacional com fundamento no art. 50 da Lei

nº 4.506. Vencido o prazo do empréstimo compulsório, a restituição do imposto constituirá recuperação de dedução, que integrará a receita operacional do exercício em que ocorrer. Se, ao contrário, se admite que o empréstimo compulsório pode ser exigido pelo Estado no exercício de outros poderes estatais que não o poder tributário (como o poder de impor ao indivíduo determinada destinação ao seu patrimônio), seria possível a argumentar que não constitui obrigação tributária, mas aplicação compulsória de capital; e que por força do art. 45 da Lei nº 4.506, não seria dedutível para efeito de determinar o lucro operacional. Ainda aí, entretanto, acreditamos que constituiria contribuição compulsória em sentido lato, cuja dedução poderia ser pleiteada com base no artigo comentado, na parte em que se refere às contribuições em geral. A tendência da jurisprudência é no sentido de recusar a dedutibilidade dos empréstimos compulsórios (192)».

O entendimento fiscal, a meu entender, está certo, uma vez que o crédito recebido tem indistigável influência nos custos e, como tal, incide na letra c do art. 157, do RIR».

(Fls. 55/58).

Inconformada, apelou Caju do Brasil S.A. — Agroindústria (fls. 60/63), reportando-se às razões da inicial e sustentando que os estímulos fiscais que recebeu do Governo nada mais são do que um mero subsídio, uma doação, por isso mesmo isentos de imposto de renda. Pediu a reforma da r. sentença, para que seja julgada procedente a ação.

Resposta da apelada às fls. 65/66.

Nesta Egrégia Corte, oficiou a ilustrada Subprocuradoria-Geral da

República, às fls. 73/74, opinando pela confirmação da r. sentença apelada.

Assim o parecer:

«Perseguiu a empresa demandante a declaração de que o montante de Cr\$ 601.674,47 (seiscentos e um mil, seiscentos e setenta e quatro cruzeiros e quarenta e sete centavos) recebido a título de estímulo fiscal por suas exportações, no ano de 1971, não estivesse sujeito à incidência do imposto sobre a renda. A bem lançada decisão monocrática em apreço, ao acentuar que renda «significa algo que vem de fora» e entra na economia própria, considerou improcedente o pedido. A suplicante, irredesignada, postulou a reforma da r. sentença em foco, frisando que o conceito de renda não permite a inclusão nele do incentivo fiscal, posto como este «não provém do capital, nem do trabalho nem da combinação desses dois fatores». Seria in casu, conforme sustentou, «simples doação».

2. Mostra-se a inconformidade voluntária tempestiva, cabível e adequada. Assim, poderá ser conhecida pela E. Turma Julgadora.

3. Não colhem os argumentos trazidos à baila pela recorrente. Permanecem inabalados os fundamentos da douta decisão analisada.

4. No caso, de levar-se em conta, sem mais delongas, o fato incontestável de que, com suas exportações, a empresa auferiu lucro (renda). Em razão dessa atividade laborativa (envio de seus produtos para o exterior), foi contemplada com o estímulo, este calculado em percentual sobre o volume do faturamento respectivo. Seu patrimônio foi aumentado por tal opera-

ção. Irrepreensível, portanto, a conclusão a que chegou a decisão afrontada. Esse acréscimo patrimonial não está imune à incidência do imposto. Se assim fosse, a remuneração dos servidores públicos federais também não seria tributada.

Pela confirmação da r. sentença apelada, portanto, é o nosso parecer».

Redistribuídos, vieram-me os autos conclusos.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Carlos Mário Velloso (Relator): A ação visa a declaração de incidência do imposto de renda sobre a quantia recebida pela autora a título de incentivo à exportação de manufaturados nos exercícios de 1972 e 1973 (fls. 33/34, 38v.). Esse incentivo, ou estímulo fiscal à exportação, tem respaldo no Decreto-Lei nº 491, de 5-3-1969, artigo 1º (Decreto nº 64.833, de 17 de julho de 1969, art. 1º).

A sentença julgou a ação improcedente.

A autora-apelante sustenta que o incentivo fiscal de que se cuida não consubstancia renda, pois não provém do capital, nem do trabalho, tampouco da combinação desses dois fatores; não passa, argumenta, de mero subsídio, que o Governo Federal, com o propósito de incentivar a exportação, concede ao industrial-exportador. Assim, por ser uma doação, não está sujeito ao imposto de renda.

## II

O fato gerador do imposto de renda é a aquisição da disponibilidade

de valores definidos em lei como «rendimentos» ou «proventos de qualquer natureza» (CTN, artigo 43), lembra Rubens Gomes de Sousa («Pareceres — 3 — Imposto de Renda», Ed. Resenha Tributária, 1976, edição póstuma, pág. 222). Tratando-se de pessoa jurídica, a lei ordinária estabelece que «a tributação se faz pelo lucro real, assim entendido o lucro operacional acrescido ou diminuído dos resultados líquidos das transações eventuais (RIR, art. 153). Em seguida, o RIR esclarece que o lucro operacional é o resultado das atividades normais da empresa, formado pela diferença entre a receita bruta e os custos ou despesas cuja dedução é autorizada (arts. 154 e 156), e que as transações eventuais são aquelas cujos resultados devem ser somados ao lucro real (art. 243), menos aquelas cujos resultados devem ser dele excluídos (art. 245). Assim, para os efeitos da definição normativa do art. 43 do CTN, cit., «lucro operacional» corresponde a «rendimento» e «resultado líquido das transações eventuais» corresponde a «proventos de qualquer natureza». (Rubens Gomes de Sousa, ob., cit., página 223).

A receita bruta, que compõe o lucro operacional, é integrada pelos elementos postos nas alíneas a até d do art. 157 do RIR (Decreto nº 58.400/66). Dentre tais elementos incluem-se as recuperações ou devoluções de custos, deduções ou proviões (art. 157, c).

### III

O incentivo objeto da causa (Decreto-Lei nº 491/69, artigo 1º) é atribuído em forma de crédito tributário sobre as vendas para o exterior, como ressarcimento de tributos pagos internamente. Esses créditos

tos, na forma do § 1º, do artigo 1º, do mencionado Decreto-Lei nº 491, de 1969, são deduzidos do valor do IPI incidente sobre as operações no mercado interno.

O RIR, art. 161, estabelece que são custos as despesas e os encargos relativos à aquisição, produção e venda dos bens e serviços objeto das transações de conta própria, tais como, dentre outros, os impostos, taxas e contribuições fiscais ou para-fiscais, exceto o imposto de renda (art. 161, d).

Certo, então, que o incentivo fiscal objeto da causa é atribuído em forma de crédito tributário, deduzido do valor do IPI incidente sobre as operações no mercado interno (Decreto-Lei nº 491/69, art. 1º, § 1º), correto, outrossim, que o IPI pago inclui-se nos custos (RIR, art. 161, d), não há dúvida que o crédito deduzido do valor do IPI pago pela empresa constitui devolução de custos. Como tal, inclui-se na renda bruta, assim sujeito ao imposto de renda.

### IV

Diante do exposto, nego provimento ao recurso.

### EXTRATO DA MINUTA

AC nº 37.514-CE — Rel.: Min. Carlos Mário Velloso. Apte.: Caju do Brasil S.A. — Agroindústria. Apda.: União Federal.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação. (Em 12-5-82 — 4ª Turma).

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

## APELAÇÃO CÍVEL Nº 50.485 — SP

Relator: O Sr. Ministro Lauro Leitão  
 Apelante: Caixa Econômica Federal  
 Apelada: Benedita Baptista Maurício

## EMENTA

Caixa Econômica Federal. Execução extrajudicial.

Pedido de imissão de posse, com base na carta de arrematação passada pela Associação de Poupança e Empréstimo de São Paulo, na qualidade de Agente Fiduciário do Sistema Financeiro de Habitação. Indeferimento pelo MM. Dr. Juiz, ao argumento de que, após a vigência do novo CPC, a imissão de posse não mais consta do elenco das ações, sendo de fato à parte dela utilizar-se. Aplicação do Decreto-Lei nº 70/66, art. 37, § 2º, sendo esta uma lei especial, a lei geral posterior (CPC) não a revoga. Em consequência, dá-se provimento à apelação para, modificando-se a decisão recorrida, determinar-se que o feito prossiga perante o Juízo de origem.

## ACÓRDÃO

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

Decide a 3ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, dar provimento à apelação, para, modificando a decisão recorrida, determinar que o feito prossiga, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 6 de fevereiro de 1980.  
 (Data do julgamento) — Ministro Lauro Leitão, Presidente e Relator.

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Lauro Leitão: A Caixa Econômica Federal propôs, em 15-5-70, perante o MM. Dr. Juiz Federal da 6ª Vara da Seção Judiciária do Estado de São Paulo, processo de imissão de posse de imóvel, em decorrência da carta de arrematação

de fls., devidamente averbada no Registro de Imóveis da Comarca de Garça, Estado de São Paulo.

O MM. Dr. Juiz indeferiu, liminarmente, o pedido da Caixa Econômica Federal, nos seguintes termos:

«Vistos; etc.

A autora propõe ação de «imissão de posse», sob a égide do novo Estatuto Processual Civil.

Na vigência do anterior CPC tal procedimento era possível, pois a «imissão de posse» era admitida como ação autônoma. O atual CPC não prevê tal ação, admitindo somente a imissão de posse na hipótese do artigo 625.

Assim, com fundamento no artigo 295, V, do CPC, indefiro o pedido inicial, facultando à parte recorrer às vias próprias.

Custas ex lege.

Oportunamente, arquivem-se.»

A autora, todavia, não se conformando com a r. sentença, dela ape-

lou para este Egrégio Tribunal, juntando, desde logo, suas razões.

O Procurador da República, com vista dos autos, requereu a citação da executada, nos termos do art. 296 do CPC, o que foi feito, mediante a Carta Precatória.

Nesta instância, a douta Subprocuradoria-Geral da República, oficiando no feito, opina pelo provimento da apelação.

É o relatório.

### VOTO

O Sr. Ministro Lauro Leitão: A Caixa Econômica Federal, na qualidade de credora hipotecária, arrematou, em favor de seu crédito, o imóvel descrito na inicial, nos autos da Execução Extrajudicial que moveu contra Benedita Bapista Mauricio.

A respectiva Carta de Arrematação foi passada pela Associação de Poupança e Empréstimo de São Paulo, na qualidade de Agente Fiduciário do Sistema Financeiro de Habitação, tendo sido transcrita, em 14-12-73, no Registro de Imóveis da Comarca de Garça, sob nº 20.918, a fl. 102, do Livro nº 3-T.

Posteriormente, requereu ao MM. Dr. Juiz Federal lhe fosse deferida a imissão na posse do referido imóvel, com fundamento no artigo 37, parágrafos 2º e 3º, e art. 38 do Decreto-Lei nº 70/66.

O MM. Magistrado, todavia, indeferiu, liminarmente, o pedido, nestes termos:

«Vistos, etc.

A autora propõe ação de «imissão de posse», sob a égide do novo Estatuto Processual Civil.

Na vigência do anterior CPC tal procedimento era possível, pois, a «imissão de posse» era admitida como ação autônoma. O atual CPC

não prevê tal ação, admitindo somente a imissão de posse na hipótese do artigo 625.

Assim, com fundamento no artigo 295, V, do CPC, indefiro o pedido inicial, facultando à parte recorrer às vias próprias.

Custas ex lege.

Oportunamente, arquivem-se.»

A Caixa Econômica Federal, todavia, inconformada com a r. sentença, dela apelou para este Egrégio Tribunal.

A r. sentença de 1º grau, a meu ver, não merece prosperar.

Com efeito, preceitua o artigo 37, § 2º, do Decreto-Lei nº 70/66:

«Art. 37. Uma vez efetivada a alienação do imóvel, de acordo com o artigo 32, será emitida a respectiva carta de arrematação, assinada pelo leiloeiro, pelo credor, pelo agente fiduciário e por cinco pessoas físicas idôneas, absolutamente capazes, como testemunhas, documento que servirá como título para a transcrição no Registro Geral de Imóveis.

§ 1º O devedor, se estiver presente ao público leilão, deverá assinar a carta de arrematação que, em caso contrário, conterà necessariamente a constatação de sua ausência ou de sua recusa em subscrevê-la.

§ 2º Uma vez transcrita no Registro Geral de Imóveis a carta de arrematação, poderá o adquirente requerer ao Juízo competente imissão de posse no imóvel, que lhe será concedida liminarmente, após decorridas as 48 horas mencionadas no parágrafo terceiro deste artigo, sem prejuízo de se prosseguir no feito em rito ordinário, para o debate das alegações que o devedor porventura aduzir em contestação.

§ 3º A concessão da medida liminar do parágrafo anterior só será negada se o devedor, citado, comprovar, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, que resgatou ou consignou judicialmente o valor de seu débito, antes da realização do primeiro ou do segundo público leilão.»

Pela transcrição das disposições do Decreto-Lei nº 70/66, verifica-se que, no caso, cabível é o processamento do pedido de imissão de posse.

É verdade que o novo Código de Processo Civil não prevê, expressamente, a imissão de posse.

É que o Decreto-Lei nº 70 é uma lei especial, sendo certo que a lei geral posterior não revoga a lei especial anterior (fl. 17).

Ora, o instituto da imissão de posse é regulado por leis especiais. Por isso, o CPC, intencionalmente, não cuidou dele. Isto, todavia, não signi-

fica que o mesmo tenha deixado de existir.

Pelo exposto, dou provimento à apelação, para, modificando a r. sentença apelada, determinar que o feito tenha prosseguimento no Juízo de origem.

É o meu voto.

#### EXTRATO DA ATA

AC nº 50.485-SP — Rel.: O Sr. Min. Lauro Leitão. Apte.: Caixa Econômica Federal — CEF. Apdo.: Benedita Baptista Maurício.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento à apelação, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator (Em 6-2-80 — 3ª Turma).

Os Srs. Ministros Carlos Mário Velloso e Adhemar Raymundo votaram de acordo com o Relator. O Sr. Min. Armando Rollemberg não compareceu, por motivo justificado. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Lauro Leitão.

#### APELAÇÃO CÍVEL Nº 51.051 — SP

Relator: O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro

Remetente: Juiz Federal da 1ª Vara

Apelantes: L'atelier Móveis S.A. e União Federal

Apelados: Os mesmos

#### EMENTA

Tributário. Imposto de importação. Regime de franquia temporária. Termo inicial da contagem do prazo de suspensão da exigência do tributo. Fato gerador: momento da sua ocorrência.

I — No regime de admissão temporária, o momento da ocorrência do fato gerador é o da assinatura do termo de responsabilidade. Dessa data é que corre o prazo de suspensão da obrigação de pagar os tributos aduaneiros, que não serão devidos se, dentro dele, a mercadoria, como no caso, retornar ao exterior. Aplicação do art. 71 do Decreto-Lei nº 37, de 18-11-66; do art. 3º da Lei nº 4.907, de 17-12-65; e do art. 16 do Decreto nº 59.316, de 28-9-66.

II — Apelação da União Federal desprovida. Apelação da autora parcialmente provida.

## ACORDÃO

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

Decide a 4ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, negar provimento à apelação da União Federal e dar provimento parcial ao recurso da autora, na forma do relatório e notas taquigráficas anexas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 12 de março de 1984 (Data do julgamento) — Ministro Armando Rollemberg, Presidente — Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, Relator.

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro: Leio na sentença (fls. 60/61):

«L'Atelier Móveis S.A. propôs esta ação contra a Fazenda Nacional, alegando que, em 18 de abril de 1975, desembarçou, sob regime de franquía temporária, pelo prazo de 60 dias, um cofre de carga e que, para tanto, subscreveu termo de responsabilidade garantindo por fiança bancária prestada pelo Banco Real S.A. Esclarece que o referido cofre deveria ser reexportado até o dia 18 de junho de 1975, sob pena de serem recolhidos os tributos e adendos devidos, suspensos por força do regime especial, que beneficia essa espécie de produto, benefício capitulado no art. 3º da Lei nº 4.907/65. Ressalta que o cofre foi entregue, em 2 de maio de 1975, ao representante do exportador na cidade de Santos, sendo ele efetivamente reexportado na noite de 11 de junho de 1975, dentro do prazo previsto na lei. Continua a autora para dizer que, sem embargos da regularidade da reexporta-

ção, tanto ela quanto o fiador foram surpreendidos com a exigência fiscal de recolhimento da quantia de Cr\$ 57.075,00, acrescida de correção monetária e juros de mora, na qual se inseriu a multa prevista na alínea d do inciso II do art. 106, do Decreto-Lei nº 37/66, bem como a multa prevista no inciso I, do art. 60, da Lei nº 3.244/57, com a redação que foi dada pelo art. 169 do Decreto-Lei nº 37/66, isto porque, segundo a atuação fiscal, ela, autora, teria descoberto os ditames legais pertinentes. Entende a autora que o procedimento fiscal não tem fomento de direito, isto porque o cofre foi desembarçado no prazo legal e além disto porque o bem reexportado não estava sujeito à expedição de guia de importações, razões pelas quais pediu que a presente ação fosse julgada improcedente, condenada a ré a anular o débito contra ela levantado, bem como ao pagamento das custas e dos honorários de advogado. A ré foi citada e apresentou a contestação de fls. 25/28, para dizer, em síntese, que a ação é de ser julgada improcedente, não só porque o cofre foi reexportado fora do prazo de 60 dias como também porque, ao importá-lo a autora não se cobriu da competente licença, pedindo que a autora fosse condenada ao pagamento das custas e dos honorários de advogado. O processo foi saneado à fl. 54. Nesta audiência, as partes debateram oralmente as suas alegações, conforme resumos constantes do respectivo termo».

O Dr. Luiz Rondon Teixeira de Magalhães, MM. Juiz Federal de São Paulo, julgou a ação procedente para anular o débito fiscal, na forma pedida na inicial, condenou a ré a pagar as custas devidas ao autor, bem como nos honorários de advogado, que arbitrou em 5% sobre o valor

da causa (CPC, art. 20, § 4º), e remeteu os autos a esta Corte.

Apelou a autora (fls. 64/68), precorrendo a majoração da verba advocatícia.

Apelou, também, a ré (fls. 69/71). Insiste no acolhimento das suas razões, antes deduzidas.

Contra-arrazoados os recursos (fls. 73/75 e fls. 76/81), subiram os autos e, neste Tribunal, manifestou-se a douta Subprocuradoria-Geral da República pelo provimento do recurso da União Federal, ficando prejudicado o recurso da autora (fls. 84/85).

O feito veio-me redistribuído.

Dispensada a revisão.

Ê o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro (Relator): Ao julgar procedente a ação, argumentou a sentença (fl. 61):

«Na forma da lei pertinente, a autora, sob regime de franquias temporárias, trouxe para o Brasil o cofre mencionado na inicial; ainda nos termos da lei, § 2º, do art. 16, do Decreto nº 59.316/76, poderia reexportá-lo sem o pagamento de qualquer tributo. Segundo se verifica de fl. 30, o desembaraço teria sido dado no dia 8 de abril de 1975, tendo sido o termo de responsabilidade firmado no dia 18 de abril, conforme se verifica das informações da autoridade fiscal, fl. 31. Ora, data venia, é evidente que o cofre só poderia ter sido realmente desembaraçado, com a entrega do mesmo à autora, após a assinatura do termo de responsabilidade que, como já explícito, ocorreu no dia 18 de abril de 1975. É indubitável também que a reexportação se deu no dia 11 de junho do mesmo ano e, assim, dentro do prazo de 60 dias prescrito na lei. Por outro lado,

alega a ré que a autora importou o cofre com desrespeito às leis que regulam a entrada de mercadorias estrangeiras no território nacional. Se isto tivesse acontecido, a mercadoria, consistente no cofre, seria equiparada a mercadoria contrabandeada e, sendo assim, a autoridade fiscal deveria tê-la apreendido. O certo é que a importação do cofre, que seria reexportado em virtude do regime de franquias temporárias, estava isenta da guia de importação. Convém acentuar que, na sistemática da jurisprudência pertinente, tanto do Eg. Supremo Tribunal Federal, quanto a do Colendo Tribunal Federal de Recursos, é necessário que tenha havido fraude na importação, ou sub ou superfaturamento, para que seja possível admitir a multa do art. 60 da Lei nº 3.244 com a redação que lhe foi dada pelo art. 169 do Decreto-Lei nº 37/66».

## II

A União Federal, no seu recurso, argumenta que o prazo de 60 (sessenta) dias de permanência do «container» no País deve ser contado da data da sua entrada no território nacional e não da assinatura do termo de responsabilidade; reafirma que o reembarque do cofre foi feito à revelia da fiscalização; e sustenta o cabimento da aplicação concomitante da penalidade prevista na alínea b do inciso II do art. 106 do Decreto-Lei nº 37/66 e do art. 60 da Lei nº 3.244/57, com a redação dada pelo art. 169, ainda do Decreto-Lei nº 37/66.

Improcede, porém, o apelo. Com efeito, no regime de franquias temporárias, o que há é a suspensão, por prazo certo, da obrigação de pagar os tributos e gravames devidos, sob a condição de os bens admitidos no País serem reexportados. Por isso mesmo, o prazo suspensivo há de ser

contado a partir do momento em que os tributos passam a ser devidos, ou seja, da data da ocorrência do seu fato gerador, que, no caso do regime especial sob exame, corresponde à data da assinatura do termo de responsabilidade. A propósito, preleciona o Dr. Sebastião de Oliveira Lima, em sua excelente monografia sobre o «Fato Gerador do Imposto de Importações na Legislação Brasileira» (Editora Resenha Tributária, São Paulo, 1981, págs. 158/159):

«Examinemos, agora, os outros regimes aduaneiros especiais previstos pelo Decreto-Lei nº 37/66. O primeiro deles é a admissão temporária, conceituada como o regime pelo qual a mercadoria é admitida no país, sob a condição de retornar ao exterior, uma vez cumprida a finalidade de sua admissão (13). Vem ela prevista nos artigos 75 a 77 daquele diploma, regulamentados pelo Decreto nº 76.055, de 30 de julho de 1975. Pela regra geral do artigo 71 do prefalado Decreto-Lei nº 37/66, o momento da ocorrência do fato gerador, no despacho para esse regime especial, é o da assinatura do termo de responsabilidade. Entretanto, permite o artigo 77 daquele diploma o posterior despacho para consumo, no que é repetido pelo artigo 13, inciso II, e § 7º do regulamento, sendo que, em tal caso, considera-se ocorrido o fato gerador na data do registro, na repartição fiscal, da declaração de importação. Uma pergunta poderia, então, ser feita. É possível um mesmo fato gerador ter dois momentos de ocorrência, isto é, um na data da assinatura do termo de responsabilidade e outro no dia do registro da declaração de importação? É evidente que não. A explicação para o fato é fácil. Quando é formalizado o termo de responsabilidade há a ocorrência do fato gerador mas submetida a uma condição resolutive que é o

despacho da mercadoria para consumo interno. Ocorrida essa condição resolutive, surge uma ficção retroativa, em virtude da qual o fato é considerado como se nunca tivesse existido. Volta tudo ao antigo estado, como se a obrigação nunca tivesse existido, preleciona Aliomar Baleeiro (14). Assim, o despacho para consumo resolve o momento da ocorrência anterior, como se nunca tivesse ela existido, permanecendo, apenas, o aspecto nuclear do fato gerador, que é o ingresso da mercadoria em território nacional. Ao ser registrada, na repartição fiscal, a declaração de importação para consumo, há a ocorrência do fato gerador, vigorando a legislação então vigente. Resulta daí que, no caso da admissão temporária, em sendo a mercadoria devolvida ao exterior, o momento da ocorrência do fato gerador é a formalização do termo de responsabilidade, em sendo ela despachada para consumo, o momento da ocorrência é o registro da declaração de importação na repartição aduaneira».

O fato de o produto ter sido reexportado sem o conhecimento ou a intervenção da Delegacia da Receita Federal em Santos não acarreta qualquer repercussão no reconhecimento do benefício fiscal.

### III

Quanto ao recurso da autora, acolho-o parcialmente. Assim procedo para determinar que o percentual de 5% (cinco por cento) estipulado pela sentença, a título de honorários advocatícios, incida sobre o valor atualizado do débito questionado.

### IV

Em conclusão: nego provimento à apelação da União Federal e dou parcial provimento ao recurso da autora, nos termos assinalados.

## EXTRATO DA MINUTA

AC nº 51.051-SP — Rel.: Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Remetente: Juiz Federal da 1ª Vara. Apelantes: L'Atelier Móveis S.A. e União Federal. Apelados: Os mesmos.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação da

União Federal e deu provimento parcial ao recurso da autora, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (Em 12-3-84 — 4ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Armando Rollemberg e Carlos Mário Velloso.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Armando Rollemberg.

## APELAÇÃO CÍVEL Nº 51.405 — SP

Relator: O Sr. Ministro Flaquer Scartezzini

Apelantes: Atlântida Cia. Nacional de Seguros e outros

Apelados: Internacional Commodities Export Corporation e outro

## EMENTA

Responsabilidade civil. Transporte marítimo. Mercadoria a granel.

Em se tratando de mercadoria a granel, a responsabilidade do armador termina no momento em que se inicia o içamento da mercadoria pelos aparelhos da entidade portuária ou trapiche municipal, conforme estabelece o art. 3º, § 2º, do Decreto-Lei nº 116/67.

Apelo desprovido.

Sentença mantida.

## ACÓRDÃO

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

Decide a 3ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, negar provimento à apelação, na forma do relatório e notas taquigráficas anexas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 9 de novembro de 1982 (Data do julgamento) — Ministro Carlos Madeira, Presidente — Ministro Flaquer Scartezzini, Relator.

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Flaquer Scartezzini: A espécie foi assim relatada pelo Dr.

Juiz a quo (fls. 143/144), nestes termos:

«Atlântica Companhia Nacional de Seguros, líder das Companhias Farroupilha Companhia Nacional de Seguros, Companhia Boa Vista de Seguros e Ultramar Companhia Brasileira de Seguros, como subrogadas nos direitos e ações de sua segurada Bezenex S.A. Adubos e Inseticidas, promovem a presente ação ordinária de indenização contra Inter'l Commodities Export Corp. e Strachan Shipping Company, a primeira afretadora e a segunda armadora do vapor «Storna», alegando, em síntese, haver celebrado contrato de seguro relativo à importação de 500 toneladas de fosfato de amônio granulado,

transportado pela embarcação mencionada, constatando-se, no ato da descarga, no Porto de Santos, a falta inicial indicada, à fl. 3, e confirmada por memorando da Cia. Docas de Santos.

O referido vapor foi afretado a fim de transportar para vários importadores nacionais grandes quantidades daquela mercadoria, sendo certo que alguns importadores receberam quantidade maior que a manifestada e outros, caso do importador segurado, quantidades bem inferiores, procedendo-se rateio, de que resultou para a referida firma a falta de 32.806 quilos, pagando-se-lhe, após deduzir a franquia de 2% sobre o total do embarque, indenização correspondente à perda de 22.806 quilos, no importe mencionado na inicial, pretendendo as autoras, via da presente ação, ressarcir-se pelo valor CIF, com os acréscimos legais, instruindo o pedido com os documentos de fls. 8/22.

Regularmente citadas contestaram as rés o pedido de fls. 28/36, alegando ser o mesmo improcedente, porquanto as quebras, no transporte de mercadorias a granel, devem ser consideradas naturais ou normais, sendo o mesmo inevitável e que a verificação de peso na descarga é feita unilateralmente pela administração do porto, sem a presença do transportador marítimo, citando, em abono de sua tese, jurisprudência de nossos Tribunais».

Deferida prova pericial, os peritos indicados pelas partes ofereceram seus laudos às fls. 66/81 e 87/93.

Sentenciando à fl. 146 e levando em conta o que afirmaram unanimemente os peritos, de que a ocorrência de quebra por derrame de mercadoria a granel é comum e motivada pela dispersão das mercadorias através dos dentes das caçambas, o Dr. Juiz julgou improcedente a ação.

Apelo às fls. 148/152, contra-arrazoado às fls. 154/156.

Subiram os autos e a douta Subprocuradoria-Geral da República não tendo interesse direto no feito, por tratar-se de demanda entre pessoas jurídicas de direito privado, opina pelo prosseguimento do feito.

É o relatório.

## VOTO

**O Sr. Ministro Flaquer Scartezzini:** Sr. Presidente, por falta havida em mercadoria a granel, transportada pelos navios da ora apelada, pretende a apelante se ressarcir do pagamento feito à sua segurada.

O Dr. Juiz julgou a ação improcedente, o que motivou a presente apelação.

Entendo correta a decisão de Primeiro Grau.

Para se constatar a veracidade dos fatos, foi requerida perícia, a qual inclusive com fotografias, dá atestado unânime de que, quando ocorre descarga de mercadoria a granel, é natural verificar-se perda, esta decorrente do escoamento da mercadoria pelos «dentes» do «grab», quando do remanejamento da carga dos porões do navio para os veículos transportadores terrestres.

Como tal descarregamento é feito pela maquinaria pertencente ao próprio porto, tal perda há que ser levada à responsabilidade de quem descarregou, pois assim determina o art. 3º, § 2º, do Decreto-Lei nº 116/67, que diz:

«As mercadorias a serem descarregadas do navio por aparelhos da entidade portuária ou trapiche municipal, ou sob sua conta, consideram-se efetivamente entregues a essa última desde o início da lingada do içamento, dentro da embarcação».

A responsabilidade do armador, portanto, termina no momento em que se inicia o içamento da mercadoria pelos aparelhos da entidade portuária ou trapiche municipal.

Desta forma, tendo em vista o que afirmaram os peritos, de ser natural a perda de mercadoria a granel, quando descarregadas por intermédio de «caçambas» e que a ocorrência desta perda se deu quando a mercadoria já se encontrava em poder da concessionária do porto, nenhuma culpa cabe ao transportador, pelo que nego provimento ao apelo interposto para manter integralmente a r. sentença de Primeiro Grau.

É o meu voto.

#### EXTRATO DA MINUTA

AC nº 51.405-SP — Rel.: Sr. Min. Flaquer Scartezzini. Aptes.: Atlântica Cia. Nacional de Seguros e outros. Apdos.: Internacional Commodities Export Corporation e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação (Em 9-11-82 — 3ª Turma).

Votaram de acordo com o Relator os Srs. Mins. Carlos Madeira e Ademar Raymundo. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Carlos Madeira.

#### APELAÇÃO CÍVEL Nº 59.793 — RJ

Relator: O Sr. Ministro William Patterson

Apelante: José Messias da Costa

Apelada: União Federal

#### EMENTA

Administrativo. Militar. Acidente em serviço. Reforma.

O militar que sofre acidente em serviço, assim considerado o evento que o incapacitou para o serviço do Exército, quando praticava exercícios físicos regulares, devidamente registrado no «Atestado de Origem», deve ser reformado nos termos da legislação específica.

Auxílio-invalidez devido.

Recurso parcialmente provido.

Ação procedente, em parte.

#### 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 parcial ao recurso do autor, para reformar, também parcialmente, a sentença e julgar procedente a ação, nos termos do vo-

to 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, 15 de dezembro de 1981 (Data do julgamento) — Ministro Evandro Gueiros Leite, Presidente — Ministro William Patterson, Relator.

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro William Patterson: O Dr. Paulo Freitas Barata, eminente Juiz Federal da 9ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro, assim relatou a espécie:

«José Messias da Costa, qualificado na inicial, propôs ação ordinária contra a União Federal, alegando que alistou-se no Serviço Militar obrigatório, submetendo-se à inspeção de saúde e, finalmente, incorporado ao 15º Regimento de Infantaria no dia 15 de janeiro de 1969.

Sustentou que, cerca de 2 anos depois da sua incorporação, sofreu grave acidente, quando praticava ginástica de aparelhos, caindo na barra e fraturando o antebraço direito, com fratura completa dos ossos do segmento, além de traumatismo craniano. Socorrido, foi conduzido de João Pessoa, sede do seu quartel, para ser internado no Hospital da Guarnição de Recife, ali permanecendo por mais de 17 meses. Daí foi transferido para o Hospital Central do Exército, onde, por mais de 15 meses, esteve sem encontrar cura, decorrendo os exames subseqüentes perante a Junta Militar de Saúde que o considerou definitivamente incapaz para o Serviço Militar, podendo prover os meios de subsistência.

Finalizando, pediu a procedência da ação, para ser a ré condenada a reformá-lo com os proventos calculados na graduação de 3º Sargento, mais o auxílio-invalidez, devendo os atrasados serem calculados a partir do acidente, com os juros de mora, correção monetária, custas judiciais e 20% de honorários sobre o montante de atrasados.

Juntou os documentos de fls. 9 a 29.

Citação regular, fl. 33v.

Contestação à fl. 35, salientando não ser verdade que o acidente tivesse ocorrido em serviço, conforme consta das folhas de alteração anexadas à contestação. Além disso, o autor não se tornou inapto para a vida civil, mas apenas para o Serviço Militar, não sendo incapaz nem paralítico, conforme laudo da Junta Militar de Saúde.

Especificadas as provas, não havendo necessidade de sua produção, conforme afirmaram as partes (fls. 42/43), os autos vieram conclusos para sentença de acordo com o exposto no art. 330, I, do CPC».

Sentenciando, julgou improcedente a ação (fl. 64), por entender não caracterizado o acidente em serviço, desde quando ocorreu o mesmo em exercício individual, fora das obrigações militares e sem assistência do Instrutor.

Informado, apelou o autor, com as razões de fls. 49/54, em críticas ao v. decisório.

Contra-razões às fls. 60/61.

Neste Tribunal, a douta Subprocuradoria-Geral da República opinou pelo desprovimento do recurso (fls. 64/65).

É o relatório, dispensada a revisão, nos termos do art. 33, item IX, do Regimento Interno.

## VOTO

O Sr. Ministro William Patterson: O direito reclamado, nesta ação, depende do que for apurado acerca do acidente descrito na inicial, no que tange à sua conceituação para fins das vantagens requeridas. Discute-se se o evento pode ser considerado, ou não, como «acidente em serviço». O autor afirma que realizava exercícios de educação física, praticando ginástica de aparelhos, quando caiu de uma barra, fraturando o

antebraço direito, com complicações posteriores que lhe valeram o desligamento, ora impugnado. A ré não contesta os fatos. Sua defesa restringe-se a dar realce ao registro constante do documento de fls. 38/39 (folha de alterações), no qual está dito que o militar praticava exercício «por sua própria iniciativa».

Como se sabe, o expediente hábil para comprovar o «acidente em serviço», nas Forças Armadas, é o Atestado de Origem que resulta das conclusões do processo de sindicância instaurado para apurar o acidente e suas causas. O autor trouxe aos autos cópia de todas as peças desse inquérito (fls. 10/29), onde se registra, através de provas testemunhal e técnica, a ocorrência do acidente, nos exatos termos em que foi relatado na peça vestibular.

Por outro lado, realce deve ser dado ao quesito «prova de autenticidade», inserido no referido Atestado, relativamente à nota de nº 11, à margem, reservada para «confirmar a exatidão do acidente, indicando a natureza do serviço de que a vítima se incumbia no momento do acidente, bem assim os fatos constantes da prova testemunhal». Relativamente, a este item, o ilustre General Subcomandante declara: «Confirmo a exatidão do acidente sofrido numa sessão de Ed. Física, e não tendo havido por parte do acidentado imperícia, negligência, imprudência ou prática de outras ... disciplinares» (cfr- fl. 10v, *in fine*).

Como visto, não se pode extrair do documento próprio outra certeza, senão a do acidente em serviço, pela circunstância de que a prática de exercícios físicos constitui atividade regular da categoria, aplicável, destarte, a conceituação insita no Decreto nº 57.272, de 1965, *verbis*:

«Art. 1º. Considera-se acidente em serviço, para os efeitos previs-

tos na legislação em vigor relativa às Forças Armadas, aquele que ocorre com militar da ativa, quando:

a) no exercício dos deveres previstos no AR 25, do Decreto-Lei nº 9.698, de 2-9-46 (Estatuto dos Militares);

b) no exercício de suas atribuições funcionais, durante o expediente normal, ou, quando determinado por autoridade competente, em sua prorrogação ou antecipação».

Advirta-se, por oportuno, que o disciplinamento já estendeu o conceito ao deslocamento do militar entre a sua residência e a organização em que serve ou local de trabalho (Decreto nº 64.517, de 1969). Não seria crível que se excluísse da abrangência o acidente ocorrido em sessão de exercícios físicos, máxime quando afastadas as hipóteses do § 2º, do art. 1º, do Decreto nº 57.272/65 (crime, transgressão disciplinar, imprudência ou desidiosa).

Caracterizado, a meu juízo, o acidente em serviço, com relação de causa e efeito, a reforma pode ser decretada com qualquer tempo de serviço (art. 29 da Lei nº 4.902/65). Resta saber o alcance da legislação aplicável.

A Lei nº 4.902, de 1965, prevê a reforma *ex officio*, por motivo de acidente em serviço (art. 28, letra b). A seu turno, prescreve que os incapacitados, nessas condições, serão reformados com qualquer tempo de serviço (art. 29). No tocante à graduação, desde que a Junta de Saúde do HCE diagnosticou

«Incapaz definitivamente para o serviço do Exército. Pode prover os meios de subsistência. Pode exercer atividades civis. Não é alienado nem paralítico».

a invalidez total e permanente só poderia ser considerada em razão de

perícia judicial, que não foi feita, por desinteresse expresso do autor (cfr. fl. 42). Sendo assim, o art. 31, **caput**, da citada lei (reforma com proventos calculados na base do soldo correspondente ao posto ou graduação imediato), não pode ser adotado, no particular, em virtude da autorização contida no § 1º do mesmo dispositivo. A reforma, portanto, deve ser feita no mesmo posto em que se encontrava na data do licenciamento. Aliás, na AC nº 47.758-RJ, julg. em 11-11-80, examinei caso idêntico, concluindo, como é óbvio, no mesmo sentido. O auxílio-invalidez é devido, porquanto o parecer de fl. 25 da JMS declarou, na ocasião, a necessidade de continuar o suplicante hospitalizado, e, portanto, requerendo cuidados especiais.

Ante o exposto, dou provimento parcial ao recurso, para julgar procedente, em parte, a ação e condenar a União Federal a proceder à reforma do autor na mesma gradua-

ção, a partir da data em que foi licenciado, mais o auxílio-invalidez, além de juros e correção monetária da Lei nº 6.899, de 1981, e honorários advocatícios de 10% sobre o valor da execução.

#### EXTRATO DA MINUTA

AC nº 59.793-RJ — Rel.: O Sr. Min. William Patterson. Apelante: José Messias da Costa. Apelada: União Federal.

Decisão: A 2ª Turma, por unanimidade, deu provimento parcial ao recurso do autor, para reformar, também parcialmente, a sentença e julgar procedente a ação, nos termos do voto do Relator (Em 15-12-81 — 2ª Turma).

Os Srs. Mins. Jesus Costa Lima e Evandro Gueiros Leite votaram com o Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro José Cândido. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Evandro Gueiros Leite.

#### APELAÇÃO CÍVEL Nº 61.243 — MG

Relator: O Sr. Ministro Armando Rollemberg

Apelantes: Petróleo Brasileiro S.A. — PETROBRÁS, Imobiliária Filadélfia Ltda., José Olympio de Castro Filho e sua mulher, Jaciel Martins Simão e outros

Apelados: Os mesmos

#### EMENTA

**Desapropriação.** Conquanto tenha a parte o direito de, se assim o desejar, formular ao perito, em audiência, quesitos visando o esclarecimento do respectivo laudo, compete ao Juiz indeferir, se julgados impertinentes, ex vi do disposto no art. 435 c/c item I do art. 426 do Código de Processo Civil.

Existindo, dentro da área desapropriada, lotes objeto de contrato de promessa de compra e venda, têm os promitentes compradores direito à indenização na proporção do que efetivamente já pagaram, conforme o preço contratualmente estabelecido. Quanto aos promitentes vendedores, devem os mesmos ser indenizados na proporção das importâncias por receber, corrigidas monetariamente ambas as parcelas, a partir da data do laudo do Perito Oficial.

## 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 ao agravo retido, dar provimento parcial à apelação de José Olympio de Castro Filho e sua mulher e negar provimento aos demais recursos, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Sustentação oral: Dr. Antônio Vilas Boas Teixeira de Carvalho, por José Olympio de Castro Filho e sua mulher.

Custas como de lei.

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

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Armando Rollemberg: Petróleo Brasileiro S.A. — PETROBRAS, assistida pela União, propôs ação para desapropriar terrenos, prédios e benfeitorias, localizados em área situada nos Municípios de Betim e Ibirité, Minas Gerais, necessários à ampliação da Refinaria Gabriel Passos, esclarecendo que a área aludida abrangia parte de loteamento aprovado a requerimento do Dr. José Olympio de Castro Filho e da Imobiliária Filadélfia Ltda.

Acrescentou serem vários os proprietários e promitentes compradores dos lotes do citado loteamento, conforme enumeração feita a seguir, e ofereceu pelo total dos bens a importância de Cr\$ 299.900,00.

Efetuada o depósito das importâncias correspondentes a cada réu, veio a expropriante aos autos manifestar desistência da ação em relação a alguns dos promissários com-

pradores por lhes ter adquirido os direitos que possuíam e as benfeitorias realizadas.

Seguiu-se contestação de José Olympio de Castro Filho e sua mulher, alegando que lotes dos quais indicaram os números lhes pertenciam «livres e desembaraçados de quaisquer ônus ou compromisso», que outros, também enumerados, haviam sido objeto de contratos de promessa de compra e venda, rescindidos por falta de pagamento ou em consequência de acordo, e, finalmente, que, de relação a mais um grupo de lotes, haviam sido celebrados contratos de compromisso de venda que vinham sendo cumpridos, mas rescindidos pela propositura da desapropriação, cabendo a eles contestantes o direito à indenização correspondente, porque deles, proprietários, assistindo aos promitentes compradores a devolução do que haviam pago, acrescido dos juros legais, na forma da lição de Francisco Campos, que transcreveram.

Afirmaram ainda pertencer-lhes o domínio de lotes que a inicial indicara como integrantes do patrimônio da Prefeitura de Ibirité, bem como áreas de terrenos que se destinavam a ruas e praças do loteamento.

Contestaram, finalmente, os preços oferecidos, afirmando-os muito inferiores ao valor real dos lotes.

Citados, pessoalmente ou por edital, alguns promissários compradores se manifestaram, sendo que os últimos o fizeram por curador nomeado pelo MM. Juiz, arguindo ser inferior ao real o valor oferecido pelos lotes e que os cancelamentos de alguns contratos promovidos pelo promitente vendedor eram nulos, efetuados que haviam sido após a propositura da ação de desapropriação.

Manifestou-se também a Imobiliária Filadélfia, adotando as alegações de José Olympio de Castro Filho.

Seguiu-se a realização de prova pericial, após a qual o expropriado José Olympio de Castro Filho formulou quesitos suplementares respondidos antes da realização da audiência, com cujas respostas não se conformou o autor respectivo que peticionou pedindo a realização de nova perícia.

Não deferido tal requerimento, formulou novo pretendendo que fosse informado o valor dos lotes à época da petição antes referida, e se dito valor era maior, menor ou equivalente ao atribuído a lotes de loteamento vizinho denominado «Petrolândia».

Realizada a audiência de instrução e julgamento sem a presença do Perito Oficial, agravou de instrumento, pedindo a anulação do processo a partir da mesma audiência.

Veio então a sentença, na qual o MM. Juiz, após referir manifestações de desistência do expropriante em relação a diversos lotes e benfeitorias, desistências que tinham sido homologadas, inclusive em relação a lotes cuja propriedade havia sido atribuída à Prefeitura de Ibirité, não transcritos em nome desta, afirmou não estarem abrangidas na ação de desapropriação as áreas das vias e praças públicas do loteamento, cabendo à Prefeitura e ao expropriado José Olympio de Castro Filho obterem, por via própria, a indenização cabível, tanto em relação às últimas áreas referidas quanto de referência aos lotes cuja propriedade fora inicialmente atribuída à Prefeitura.

Rejeitou a sentença depois à alegação de que o valor dos lotes em relação aos quais houvera rescisão dos contratos de promessa de compra e venda deveria ser pago ao desapropriado José Olympio de Castro Filho, que os prometera vender, ao fundamento de que ditas rescisões se haviam efetivado após a propositura da ação.

Também deixou de ser acolhida a arguição de que, com a desapropriação, haviam ficado rescindidos os contratos de promessa de venda que vinham sendo cumpridos, afirmando, a propósito, que «se o contrato de promessa de compra e venda, devidamente inscrito no Registro de Imóveis, tem efeito de direito real oponível a terceiros, muito mais o teria contra o vendedor, parte no contrato» ao qual caberia apenas o recebimento das prestações ainda devidas.

Passou o MM. Juiz, depois, a examinar as avaliações e concluiu adotando como preços das indenizações os indicados pelo Perito Oficial, que classificou os lotes em três grupos, com valores de Cr\$ 17.000,00, Cr\$ 15.300,00 e Cr\$ 13.600,00, considerando a situação na área, a facilidade de acesso e as condições topográficas.

E concluiu:

«Assim, em vista do exposto e pelo que dos autos consta, reiterado aqui que excluídos da ação os lotes n.ºs 1 a 5 da quadra 25 e 1 e 61 da quadra 37, bem como as vias e praças do loteamento atingido, incorporados ao patrimônio municipal e não atingidos pelo ato expropriatório em execução e a serem indenizados mediante ato complexo próprio, ou na forma que for avençada, pelos interessados, julga este juízo procedente a ação, para declarar desapropriados todos os demais lotes compreendidos na área exproprianda, relacionados no laudo oficial, a favor da expropriante, cujo domínio e posse definitiva lhe ficam por esta transmitidos, pelos preços unitários fixados no laudo de fls. 557 a 585, do perito oficial, condenada a expropriante a pagar aos expropriados o valor total de Cr\$ 2.275.569,50 (dois milhões, duzentos e setenta e cinco mil, quinhentos e sessenta e nove

cruzeiros e cinquenta centavos), acrescidos dos juros compensatórios de 1% (um por cento) ao mês, a título de indenização pela perda da posse e da utilização dos mesmos, a contar das imissões de posse, além da correção monetária e dos juros moratórios que venham a incidir, estes, juros moratórios, a partir da sentença de liquidação, bem como os honorários do assistente técnico do expropriado, aqui arbitrados em Cr\$ 8.000,00 (oito mil cruzeiros), já depositados nos autos os do perito oficial, assim como os honorários advocatícios, aqui arbitrados em 10% (dez por cento) sobre a diferença entre o valor da oferta e o da condenação, ao Dr. Curador à lide inclusive, e custas do processo.»

A sentença opôs embargos de declaração o Professor José Olympio de Castro Filho, embargos que foram desprezados.

Vieram então recursos dos interessados.

Pediu a desapropriante a reforma da sentença para estabelecer-se a indenização de acordo com o laudo do seu assistente técnico e excluir-se da condenação o pagamento, por ela apelante, dos honorários do assistente técnico dos expropriados.

Já a Imobiliária Filadélfia pleiteou, em seu recurso, a elevação do preço dos lotes para Cr\$ 50.000,00 a unidade.

Quanto a José Olympio de Castro Filho e sua mulher, após analisarem a sentença e os laudos de avaliação, pediram o provimento de sua apelação para determinar-se a elevação do valor dos lotes para Cr\$ 50.000,00, Cr\$ 36.000,00 e Cr\$ 25.000,00, conforme a situação e condições respectivas, que lhes fosse feito o pagamento daqueles não prometidos à venda e daqueles cujos contratos de promessa de venda haviam sido rescindidos por falta de pagamento.

Pediram ainda que, quanto aos lotes prometidos à venda por contratos que vinham sendo cumpridos, fosse a indenização paga a eles apelantes, promitentes vendedores, e aos promitentes compradores, proporcionalmente ao valor dos créditos de cada um, «recebendo os primeiros o valor das prestações não pagas, acrescido de juros à taxa contratual e ainda da correção ou valorização dos terrenos» fixada neste Tribunal, «e recebendo os últimos o valor das prestações que pagaram, acrescidas da mesma correção ou valorização».

Pleitearam, finalmente, lhes fosse paga indenização pelos lotes que constavam como «reservados» e se entendera pertencerem à Prefeitura, e pelas áreas destinadas a ruas e praças.

Finalmente, apelaram os promitentes compradores, pedindo a elevação do valor dos lotes para Cr\$ 36.000,00.

Foram apresentadas contra-razões pelas partes e, nesta instância, a Subprocuradoria opinou pelo provimento da apelação da PETROBRÁS.

É o relatório.

#### VOTO

O Sr. Ministro Armando Rollemberg (Relator): 1. Em 10-2-78, José Olympio de Castro Filho apresentou quesitos suplementares, que foram respondidos pelo Perito Oficial em 25 do mesmo mês.

Intimado de tais respostas, no dia 13 de março requereu ele nova pericia, pedido que, despacho publicado no dia 1º de abril, teve como não passível de deferimento.

O requerente se manteve silente a propósito, e, em 4 de maio, apresentou novo requerimento, formulando dois quesitos a serem respondidos em audiência, requerimento ao qual se referiu o MM. Juiz em despacho de fl. 815, acentuando já estar intimado o Perito Oficial.

No dia 10 do mesmo mês de maio de 1978, realizou-se a audiência, à qual o Perito não compareceu, ausência que o MM. Juiz declarou «superada», porque já respondidos os quesitos primeiramente formulados e inaceitáveis os últimos por se constituírem em quesitos novos, não correspondendo a esclarecimentos do laudo.

Dessa decisão foi interposto agravo de instrumento retido, ao argumento de que importara em cerceamento de defesa.

Examino tal recurso.

Ao agravante cabia, sem dúvida, o direito de formular quesitos a serem respondidos pelo Perito em audiência (art. 435 do CPC).

Ditos quesitos, entretanto, poderiam ser indeferidos pelo Juiz, se impertinentes (art. 426, I, do CPC).

Ora, nos quesitos que pretendeu fossem respondidos na audiência de instrução e julgamento, o agravante pedia que o Perito esclarecesse qual o valor de então dos lotes expropriados, mantida a avaliação da data do laudo por ele apresentado, maio de 1967, e, ainda que, considerando ser o Bairro Petrolândia fronteiro ao Bairro Petrolina, expropriado, dissesse o mesmo vistor se os valores dos lotes do primeiro eram, em média, inferiores, superiores ou equivalentes aos do último.

Quanto à indagação sobre o valor dos lotes na oportunidade da audiência, era sem dúvida impertinente frente ao disposto no art. 26 do Decreto-Lei nº 3.365/41, pois, de acordo com tal regra, o valor da indenização é contemporâneo da avaliação, e será atualizado, quando decorrido mais de um ano entre a data da mesma avaliação e a decisão final, com o que de nenhuma utilidade se mostrava a atualização do valor apontado no laudo pericial para a data da realização da audiência.

Também sem pertinência se mostrava o pedido de comparação entre os valores dos lotes de dois bairros diferentes, porque, em relação àqueles objeto da desapropriação, haviam sido efetuadas transações e proferidas decisões judiciais nas quais se mencionara os seus valores.

Não ocorreu, assim, o cerceamento de defesa alegado, tendo o MM. Juiz agido com apoio em faculdade atribuída no Código de Processo Civil.

Nego provimento ao agravo.

2. Examino a apelação de José Olimpyo de Castro Filho e sua mulher.

Pretendem eles a reforma da sentença para atribuir-se aos lotes desapropriados, considerada a posição respectiva, os valores de Cr\$ 50.000,00, Cr\$ 36.000,00 e Cr\$ 25.000,00, de acordo com a avaliação de seu assistente técnico, ao invés de Cr\$ 17.000,00, Cr\$ 14.000,00 e Cr\$ 13.000,00, como estimado pelo Perito Oficial.

Examinando-se os diversos laudos vê-se que, além de tais preços, foram apontados, pelo assistente técnico do expropriante, os de Cr\$ 9.680,00, Cr\$ 8.229,00, Cr\$ 6.915,00 e Cr\$ 5.531,00.

O Perito Oficial apoiou-se, para a sua avaliação, em preços apontados em outras ações de desapropriação relativas à mesma área por avaliadores que mencionou, e alegou que fizera farta pesquisa a propósito, sem indicar, quanto a esta, quais as fontes consultadas.

Num primeiro exame poder-se-ia ter como inaceitável dito laudo por que pouco fundamentado.

Existem nos autos, entretanto, elementos que convencem da razoabilidade da estimativa ali feita.

De fls. 628 a 639 dos autos, estão cópias de contratos apresentadas pe-

lo assistente técnico dos expropriados como justificacão para seu laudo, pelas quais se verifica que, em março de 1977, data em que foram celebrados tais contratos, lotes foram vendidos por Imobiliária Filadélfia Ltda. pelo preço de Cr\$ 33.000,00 cada, a ser pago em 60 (sessenta) prestações, o que basta para tornar inaceitável a avaliação feita pelo mesmo assistente técnico que, em junho de tal ano, atribuiu a lotes do mesmo loteamento os valores de Cr\$ 50.000,00, Cr\$ 36.000,00 e Cr\$ 25.000,00, quando, na desapropriação, se há de ter em conta o valor do bem para pagamento à vista, inferior de muito àquele alcançado nas vendas para pagamento a longo prazo, como no caso sob apreciação.

Além das transações referidas, o assistente técnico dos expropriados trouxe aos autos apenas documentos referentes à compra e venda de lotes de outros bairros, que não se prestam para exata comparação.

De outro lado, excessivamente baixos se mostram os preços atribuídos aos lotes pelo assistente técnico da expropriante, que se valeu de transações relativas a bairros próximos, especialmente existindo elementos para avaliação referentes ao próprio loteamento desapropriado.

Traz dito laudo, entretanto, elemento que vem em apoio da avaliação feita pelo Perito Oficial, tal seja cálculo do valor ao qual corresponderia, à data de sua apresentação, 19 de setembro de 1977, o preço pelo qual haviam sido vendidos lotes nas Quadras 29 e 30, pela Imobiliária Filadélfia Ltda., em 1970 e 1973, mostrando serem ditos preços de Cr\$ 18.936,00 e Cr\$ 14.910,00, respectivamente (fl. 759), bem próximos, portanto, da estimativa do Perito Oficial que atribuiu aos lotes de tais Quadras, em 13 de maio de 1977, quatro meses antes, o valor de Cr\$ 17.000,00. Cabe acentuar que tal cál-

culo foi feito atendendo quesitos do curador dos expropriados revéis.

Tenho, assim, como justos os preços estabelecidos pela sentença.

3. Quanto aos lotes 1 a 5 da Quadra 23 e 1 a 61 da Quadra 37, a PETROBRÁS os apontou, na inicial, como pertencentes à Prefeitura Municipal de Ibitité, mas, posteriormente, exibindo certidão do Cartório do Registro de Imóveis, mostrou inexistir transcrição de tais terrenos em nome da Prefeitura e requereu retificação da mesma inicial para fazê-los constar como de propriedade de José Olympio de Castro Filho, requerimento homologado pelo Juiz que então presidia o feito, embora sob fundamento diverso (fls. 386 e 390), e sem determinação quanto à atribuição da propriedade respectiva ao expropriado referido.

De relação a tais lotes e às áreas destinadas a ruas e praças, decidiu a sentença:

«Ocorreu, ainda, desistência da ação contra a Prefeitura Municipal de Ibitité, em relação aos lotes nºs 1 a 5 da Quadra 25 e 1 e 61 da Quadra 37, pretendida porque não estariam esses terrenos transcritos em nome daquela Prefeitura, mas permanecendo o depósito dos valores respectivos a favor do Dr. José Olympio de Castro Filho, o que foi deferido por este Juízo, que homologou a desistência, não pelo fundamento dado, mas, como se vê à fl. 390, por força do art. 2º, § 2º, do Decreto-Lei nº 3.365, de 1941, e do art. 4º do Decreto-Lei nº 271, de 1967.

E assim deveria ser, porque a expropriante não dispunha de autorização legislativa para a ação contra a Prefeitura Municipal de Ibitité, como exigida no § 2º do art. 2º da Lei de Desapropriações, como porque incorporadas já ao patrimônio municipal as vias e praças e as áreas destinadas a

edifícios públicos e outros equipamentos urbanos, constantes do projeto e do memorial descritivo do loteamento atingido desde a data da inscrição do loteamento, como dito na lei, não haveria como atribuir ao Dr. José Olympio de Castro Filho o valor depositado, salvo reintegração regular do domínio desses terrenos, nas condições inscritas na lei referida, o Decreto-Lei nº 271, de 1967.

Por outro lado, é de notar-se aqui que não ofereceu a expropriante qualquer indenização em referência às áreas das «vias e praças» a que se refere a lei, ficando, assim, a Prefeitura Municipal de Ibitité, ou o Dr. José Olympio de Castro Filho, com direito a, pela via própria, obter, não só quanto às mesmas, mas também quanto aos lotes que lhe foram atribuídos aqui, a indenização a que faz jus, desde que desistiu a expropriante da ação contra ela.

Face ao acima exposto, há de entender-se que o termo de retificação de fl. 458 só alcança a exclusão da ação da Prefeitura Municipal de Ibitité, sem atribuição da propriedade dos lotes já incorporados ao patrimônio público municipal ao Dr. José Olympio de Castro Filho, que não promoveu, de qualquer modo, a reintegração dos mesmos ao seu domínio na área loteada, como prevê a lei.».

A solução dada pelo MM. Juiz encontra apoio no disposto no art. 4º do Decreto-Lei nº 271/67, que estabeleceu:

«Desde a data da inscrição do loteamento passam a integrar o domínio do Município as vias e praças e as áreas destinadas a edifícios públicos e outros equipamentos urbanos constantes do projeto e do material descritivo.

Parágrafo único. O proprietário ou loteador poderá requerer ao

Juiz competente a reintegração em seu domínio das partes mencionadas no corpo deste artigo quando não se efetuarem vendas de lotes.»

O direito que porventura coubesse aos desapropriados José Olympio de Castro Filho e sua esposa em relação a tais áreas, portanto, isto é, as dos lotes 1 a 5 da Quadra 23, 1 a 61 da Quadra 37, e a correspondente a ruas e praças, teria que ser buscado por via de ação de reintegração, como previsto na disposição transcrita, reintegração que, já agora, se mostra impossível, dada a ocupação da área com a ampliação da Refinaria Gabriel Passos, com o que o reconhecimento do direito que porventura lhes assista há de ser obtido por outra via, incomportável que é a discussão a propósito no curso da ação de desapropriação (art. 20 do Decreto-Lei nº 3.365/41).

Não há como prover, assim, a apelação de José Olympio de Castro Filho, quer em relação aos lotes mencionados, quer quanto às áreas destinadas a ruas e praças.

4. Igualmente sem procedência é a pretensão dos apelantes no sentido de lhes ser atribuída, por inteiro, a indenização relativa a lotes em relação aos quais foram celebrados contratos de promessa de compra e venda não cumpridos, e, por isso, rescindidos, desde que tal rescisão ocorreu após a propositura da ação de desapropriação e esta teria que ser examinada, como o fez o MM. Juiz, considerando a situação dos bens na oportunidade do respectivo ajuizamento.

5. Razão assiste aos expropriados apelantes, porém, quando pleiteiam indenização correspondente às prestações não recebidas dos lotes que pometeram vender, com os acréscimos legais, pegando-se aos promitentes compradores os quantitativos relativos àquelas prestações que houverem saldado.

A sentença entendeu diferentemente ao fundamento de que «o contrato de promessa de compra e venda, devidamente inscrito no Registro de Imóveis, tem efeito de direito real oponível a terceiros» e, portanto, acrescentou, muito mais haveria de ter contra o promissário vendedor que não quisera receber as prestações que lhe eram devidas, argumentando que os contratos teriam sido rescindidos pela desapropriação.

A solução dada pelo MM. Juiz seria exata se apreciado caso de cumprimento do contrato com a antecipação do pagamento das prestações, hipótese em que ao promissário comprador cabe o direito de exigir a escritura de compra e venda, como estabelecido no art. 15 do Decreto-Lei nº 58/37.

No caso dos autos, entretanto, a obtenção da outorga da escritura de compra e venda tornou-se impossível em razão da desapropriação, que, conseqüentemente, operou como causa superveniente de ineficácia dos contratos de promessa de venda, pela impossibilidade de serem cumpridos, cabendo aos promitentes compradores o recebimento da indenização na proporção dos pagamentos feitos, e, ao promitente vendedor, de acordo com as importâncias a serem recebidas.

6. Já a apelação da PETROBRÁS não merece provimento em qualquer ponto, pois, como antes exposto, o preço adotado pela sentença se mostra justo, e, de relação às despesas com o pagamento do salário do assistente técnico dos expropriados, correm à conta do desapropriante, como assentado na Súmula 69 deste Tribunal.

7. Igualmente sem procedência pelas razões já expostas é a pretensão dos demais apelantes de verem alterado o valor dos lotes desapropriados.

8. Meu voto, assim, é provendo parcialmente a apelação de José Olympio de Castro Filho e sua mulher, para determinar que a indenização relativa aos lotes objeto de contrato de promessa de compra e venda seja entregue aos promitentes compradores na proporção do que houverem pago, considerando o preço previsto no contrato, e, aos apelantes, proporcionalmente às importâncias por receber, corrigidas monetariamente ambas as parcelas a partir da data do laudo do Perito Oficial, e negando provimento aos demais recursos.

#### VOTO

O Sr. Ministro Carlos Mário Velloso: Sr. Presidente, no que tange ao valor da indenização, ponho-me de acordo com o voto de V. Exa., que analisou proficientemente os laudos, concluindo por entender acertada a adoção, por parte da sentença recorrida, do laudo do vistor judicial.

No tocante aos terrenos reservados para as vias públicas, e no que tange aos lotes de terrenos que teriam sido reservados ao Município de Ibitité, pensava eu que a avaliação deveria, também abrangê-los e, no momento do levantamento do preço, seria discutida a questão do domínio.

No caso de dúvida fundada, as partes seriam remetidas às vias próprias, ficando em depósito o preço. Mas — esclarecido ficou — o Dr. Juiz já decidiu a questão, a avaliação não abrangeu tais terrenos, e as partes foram remetidas à ação própria.

Finalmente, em relação ao preço a ser destinado aos promitentes vendedores e aos promitentes compradores dos lotes de terreno, parece-me que V. Exa. deu solução adequada à controvérsia.

Com essas breves considerações, adiro ao douto voto de V. Exa., Ministro Armando Rollemberg.

### VOTO

O Sr. Ministro Bueno de Souza: Senhor Presidente, em relação ao agravo retido nos autos, observo que o fato de o ilustre Magistrado, diante do requerimento de intimação do perito para comparecer à audiência e prestar esclarecimentos, ter-se limitado a consignar que a providência já fora dada, deixando de se pronunciar quanto à adequação das perguntas apresentadas em forma de quesitos, na forma da lei, tenho como certo que S. Exa. poderia (como fez) reservar-se para, em audiência, deliberar quanto à adequação, dos quesitos. Assim, era razoável repudiá-los, na audiência, tornando, portanto, sem consequência prática a falta de comparecimento do perito.

No tocante ao critério do ilustre julgador, ao apreciar a adequação dos quesitos, tenho por irrespondíveis as apreciações resumidas no douto voto de V. Exa.

Fico, por isso, de acordo, ao também negar provimento ao agravo.

Passando à apelação, acentuo a segurança das conclusões do douto

voto em que V. Exa. se houve, com lucidez e precisão, no julgamento de causa em que se entrelaçam tantas e intrincadas questões, suscitadas por ambos os recorrentes.

Penho-me, também aqui, de inteiro acordo com V. Exa.

### EXTRATO DA MINUTA

AC nº 61.243-MG — Rel.: Sr. Min. Armando Rollemberg. Aptes.: Petróleo Brasileiro S.A. — PETROBRÁS, Imobiliária Filadélfia Ltda., José Olympio de Castro Filho e s/mulher, Jaciel Martins Simão e outros. Apdos.: Os mesmos.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo retido, deu provimento parcial à apelação de José Olympio de Castro Filho e sua mulher e negou provimento aos demais recursos. Sustentou oralmente o Dr. Antônio Vilas Boas Teixeira de Carvalho (Em 17-8-83 — 4ª Turma).

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

### APELAÇÃO CÍVEL nº 61.261 — MG

Relator: O Sr. Ministro Flaquer Scartezzini

Apelante: Maria de Lourdes Santos Miranda

Apeladas: União Federal e Faculdade Federal de Odontologia de Dia-

### EMENTA

Administrativo. Funcionário. Decreto nº 74.448/74.

— O arredondamento, determinado pelo § 2º do art. 6º do Decreto nº 74.448/74, é efetivado nos demais casos em que não impliquem a fixação de lotação superior a 25% para a classe final da respecti-

va categoria funcional, eis que a norma principal, que é o caput do artigo, veda expressamente que se ultrapasse este percentual.

— Sentença mantida.

## ACÓRDÃO

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

Decide a 3ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, negar provimento à apelação, na forma do relatório e notas taquigráficas anexas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 7 de dezembro de 1982 (Data do julgamento) — Ministro Carlos Madeira, Presidente — Ministro Flaquer Scartezzini, Relator.

## RELATÓRIO

O Senhor Ministro Flaquer Scartezzini: A espécie foi assim relatada pelo Dr. Juiz da Seção Judiciária de Minas Gerais:

(Sentença de fls. 59/63 — lê).

A seguir o Dr. Juiz, entendendo que a regra do parágrafo 2º do art. 6º do Decreto nº 74.448/74, que prevê o arredondamento para maior, deve ser interpretada como dependente da regra mestra, que é o caput do artigo, e este veda tal arredondamento, não viu ilegalidade no reconhecimento da existência da sexta vaga pretendida, para a classe de Agente Administrativo C, razão pela qual julgou improcedente a ação.

Houve apelo (fls. 67/69).

A União pede a remessa dos autos à Instância Superior, esperando seja confirmada a sentença recorrida.

A douta Subprocuradoria-Geral da República opina no sentido da manutenção da r. sentença.

E o relatório.

## VOTO

O Senhor Ministro Flaquer Scartezzini: Senhor Presidente, trata-se, como já visto no relatório, de ação proposta contra a União Federal e a Faculdade de Odontologia de Diamantina-MG, para o fim de que seja acrescida de 1 (uma) vaga a classe «C» de Agente Administrativo, Código SA 801.4, na forma do Decreto nº 74.448/74, para onde espera ser promovida a ora apelante, na condição da 1ª classificada na classe anterior B.

Verificados os autos, depreende-se que a apelante, interpretando o art. 6º do Decreto nº 74.448/74, conclui que para a classe final C o número de vagas deve corresponder a 25% da lotação da categoria funcional. Sendo 21 o número de funcionários da categoria, 25% deste total corresponderia a 5,25, número ao qual, aplicando-se o arredondamento previsto para mais, elevaria para 6 o número de vagas da classe final, e não 5, como atualmente.

Com este raciocínio, se a autora é a 1ª da classe imediatamente abaixo e deve ser criada mais uma vaga na classe final, espera que seja promovida para ocupá-la.

Vejamos o texto do art. 6º do Decreto nº 74.448/74:

«Art. 6º A distribuição, por classes, dos cargos ou empregos globalmente previstos na lotação de cada categoria funcional, deverá atender:

I — na classe final, as necessidades da organização no tocante às atividades de supervisão e planejamento de maior complexidade, de-

vendo corresponder, estritamente, ao número de unidades organizacionais de atribuições correlatas à da categoria, acrescido de quantidade destinada a compensar ausências eventuais obrigatórias, não podendo, de modo algum, ultrapassar os seguintes limites:

a) 25% (vinte e cinco por cento) da lotação da categoria funcional, no caso de constituir-se esta de três ou mais classes».

A autora argumenta que a permissibilidade de aumentar-se a lotação advém da regra do § 2º do mesmo artigo 6º, que reza:

«§ 2º No cálculo dos percentuais de que trata este artigo será feita a aproximação para maior, quando ocorrer resultado fracionário».

Da leitura dos textos acima reproduzidos, vê-se vedada a distribuição, por classes, dos cargos ou empregos que ultrapassar, na classe final, a 25% na lotação da categoria funcional.

É evidente que o disposto no § 2º determina o arredondamento, mas o parágrafo é norma dependente da

regra geral, no caso o **caput** do artigo, que veda terminantemente uma lotação maior que 25%, e, se feito o arredondamento, como pretende a autora, estaríamos ultrapassando este percentual.

Logo, não vejo qualquer ilegalidade na negativa de reconhecimento do suposto direito da autora, pelo qual nego provimento ao seu apelo de fls., mantendo, desta forma, a r. decisão monocrática, que bem apreciou a matéria.

E o meu voto.

#### EXTRATO DA MINUTA

AC 61.261-MG — Rel.: Sr. Ministro Flaquer Scartezini. Apte.: Maria de Lourdes Santos Miranda. Apeladas: União Federal e Faculdade Federal de Odontologia de Diamantina.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação (3ª Turma — 7-12-82).

Votaram de acordo com o Relator os Srs. Ministros Carlos Madeira e Adhemar Raymundo. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Carlos Madeira.

#### APELAÇÃO CÍVEL Nº 61.363 — RN

Relator: O Sr. Ministro José Cândido

Remetente **Ex Officio**: Juiz Federal do Estado

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

Apelado: Sebastião Alexandre de Melo

#### EMENTA

Previdenciário. Contagem de tempo para aposentadoria. «Colportor».

Se a prova demonstra que realmente o autor prestou os serviços de vendedor de livros e publicações religiosas, mediante comissão, está caracterizada sua condição de segurado obrigatório da Previdência Social.

Confirmação da sentença.

Não provimento da apelação do INPS.

## 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, e não conhecer da remessa necessária, por incabível na espécie, 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 fevereiro de 1984 (Data do julgamento) — Ministro William Patterson, Presidente — Ministro José Cândido, Relator.

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Cândido: Sebastião Alexandre de Melo moveu ação contra o Instituto Nacional de Previdência Social (INPS), com o fim de anular o ato que lhe negou a contagem de tempo de serviço prestado no período de janeiro de 1941 a abril de 1948, para fins de aposentadoria, quando diz haver trabalhado como vendedor de literatura religiosa, profissão conhecida, à época, como «colportor».

Em sentença de fls. 97/100, o MM. Juiz Federal na Seção Judiciária do Rio Grande do Norte julgou procedente a ação, nos termos da inicial.

Insurge-se o INPS e apela da sentença, oferecendo razões de fls. 102/107, afirmando que a prova foi testemunhal; que o autor era tido como ministro da confissão religiosa e, como tal, contribuinte facultativo da Previdência; que a comprovação desse tempo não partiu de razoável início de prova material; que Certificado de Reservista e Certidão de Casamento não são meios idôneos para comprovar tempo de serviço como vendedor de livros e agente de publi-

cações; que as atas da Igreja dão o autor como «colportor»; que membros de confissão religiosa não são enquadrados em segurados obrigatórios da Previdência Social, mas como segurados facultativos dela.

Contra-razões de fls. 109/112.

Parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República, de fls. 116/118, pelo provimento do recurso.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro José Cândido (Relator): A sentença se apoiou na seguinte fundamentação, para conceder o que o autor pediu:

«A prova testemunhal confirmou haver o autor trabalhado no período de janeiro de 1941 a abril de 1948, como vendedor à comissão de literatura religiosa, atividade de caráter profissional, como único meio de subsistência do autor àquela época.

No primeiro requerimento ao INPS, o autor juntou cópias dos seus certificados de reservista, expedido em 29-12-41, e de sua certidão de casamento, celebrado em 24 de outubro de 1944, e, em ambos esses documentos, coincidentes com o período em que o autor trabalhou como vendedor de livros, consta menção de atividade idêntica, ou seja, praticista, no primeiro documento, e agente de publicações, no segundo». (fls. 99/100)

Como se observa da transcrição acima, o tema decisivo é saber se o autor, como «colportor», desempenhou atividade de segurado obrigatório da Previdência Social.

Creio que sim, porque ficou evidente o desempenho de serviços de venda de livros e publicações, mediante comissões. Não importa que essas obras tivessem caráter religio-

so e que recebesse singular designação da seita adventista a função de vendedor. O importante é que ocorreu trabalho subordinado, remunerado, de natureza não eventual.

Adoto as razões da sentença, que confirmo.

Nego provimento à apelação do INPS.

Remessa incabível.

É o meu voto.

#### EXTRATO DA MINUTA

AC. nº 61.363-RN — Rel.: Sr. Min. José Cândido. Remte.: Juízo Federal

no Estado. Apte.: IAPAS. Apdo.: Sebastião Alexandre de Melo.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso do IAPAS, para confirmar a sentença, e não conheceu da remessa necessária, por incabível na espécie. (Em 17-2-1984 — 2ª Turma).

Os Srs. Mins. Costa Lima e William Patterson votaram com o Sr. Min.-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Min. Gueiros Leite. Presidiu o julgamento o Sr. Min. William Patterson.

#### APELAÇÃO CÍVEL Nº 66.243 — CE

Relator: O Sr. Ministro Geraldo Sobral

Remetente: Juízo Federal da 2ª Vara — CE

Apelante: União Federal

Apelado: Francisco Eudes Ximenes

#### EMENTA

Tributário. Imposto de renda. Ações ao portador. Inobrigatoriedade de declaração. Princípio da legalidade. Exigência fiscal ilegítima.

I — A obrigação tributária (principal ou acessória) é ex lege (CTN, arts. 113, parágrafos 1º e 2º, 114 e 115), reportando-se o lançamento à data da ocorrência do fato gerador da obrigação, sob a regência da lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada (CTN, art. 144, caput).

II — Na vigência do Decreto nº 51.900/63, se o contribuinte não se identificasse, as ações ao portador pagavam imposto de renda na fonte, sem que o mesmo contribuinte ficasse obrigado a fazer declaração de que adquirira títulos dessa natureza. Somente com o advento do Decreto-Lei nº 1.351/74 tornou-se obrigatória a inclusão, na declaração de bens das pessoas físicas, dos títulos ou valores mobiliários ao portador. Precedentes do TFR.

III — In casu, a declaração de rendimentos do embargante refere-se ao exercício de 1967, ano-base de 1966, não podendo ser atingido pelos dispositivos da legislação nova. Afigura-se, pois, ilegítima a atuação fiscal contra ele dirigida.

IV — Remessa de ofício e apelação desprovidas. Sentença confirmada.

## ACÓRDÃO

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

Decide a 5ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, negar provimento à remessa ex officio, bem como ao recurso voluntário da União Federal, 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 dezembro de 1983 (Data do julgamento) — Ministro Moacir Catunda, Presidente — Ministro Geraldo Sobral, Relator.

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Geraldo Sobral: Francisco Eudes Ximenes apresentou embargos do devedor à execução fiscal que lhe move a Fazenda Nacional, visando receber a importância de Cr\$ 99.852,00 (noventa e nove mil, oitocentos e cinquenta e dois cruzeiros), relativa a imposto de renda e demais acréscimos legais do exercício de 1967, ano-base de 1966.

O embargante alega, em síntese, que

«a) foi autuado pelo fisco com fundamento no art. 407, letra c do Decreto-lei nº 58.400 (RIR vigente à época), por ter subscrito ações ao portador da Empresa Mercantil São José S.A., deixando de relacioná-las em sua declaração de bens do exercício de 1967, bem ainda de demonstrar a origem dos recursos que lhe possibilitaram a subscrição;

b) a Lei nº 4.154 dispensava os proprietários de ações ao portador da obrigação de declará-las ao fisco, quando optassem pelo anônimo, com tributação exclusiva na fonte, e a autuação procedida só seria possível, nos termos dos artigos 408, § 1º, e 106 do RIR, cit., se

fosse comprovada inexistência a declaração, não sendo lícito «pretender ser inexistente a não-inclusão de títulos ao portador que a própria lei estatua um regime especial de tributação e exclua da obrigatoriedade da declaração»; (fl. 4)

c) só com o advento do Decreto-Lei nº 1.351, de 24-10-74, tornou-se obrigatória a denúncia da propriedade de tais títulos, excluída qualquer ação fiscal se esses papéis fossem deixados sob custódia de uma instituição financeira, por um ano (art. 6º), o que fez o embargante (processo de execução, fls. 8/10).

Assim, concluiu a inicial, indemonstrada a efetiva ocorrência do fato gerador, tendo a lei nova deixado de definir o fato como infração ou de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão (CTN, art. 106, II, a e c), a par de inexistir norma legal ordenando a inclusão de ações ao portador na declaração de bens, indevida a exigência fiscal». (Cfr. relato judicial de fls. 88/89)

Impugnando os embargos, a União Federal sustentou ser cabível a execução, uma vez que restou comprovado que o embargante era detentor de ações ao portador, sendo que não mencionou estes valores mobiliários em sua declaração de rendimentos, incidindo, dessarte, em inexatidão.

O MM. Juiz Federal da 2ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Ceará, após reconhecer que a matéria discutida era exclusivamente de direito, julgou procedentes os embargos, condenando a União Federal em verba advocatícia, bem como no ressarcimento das custas expendidas pelo embargante. Submeteu, ainda, à apreciação desta Corte, sua decisão.

Irresignada, a Fazenda Nacional interpôs apelação, pleiteando a re-

forma integral da sentença monocrática (fls. 96/97).

Recebido o recurso (fl. 97v), vieram as contra-razões de fls. 100/103, onde o embargante-apelado, sustentando sua tese inicial, pede a confirmação da sentença.

Subiram os autos a este colendo Tribunal, em virtude da remessa oficial e do recurso voluntário.

A ilustrada Subprocuradoria-Geral da República, em seu parecer, manifestou-se pelo provimento da remessa *ex officio* e da apelação.

É o relatório, sem revisão, nos termos regimentais (art. 33, IX).

### VOTO

O Sr. Ministro Geraldo Sobral (Relator): O ilustre Juiz Federal da Segunda Vara da Seção Judiciária do Ceará, Dr. Silvio Dobrowolski, bem decidiu a controvérsia, nestes termos:

«A pretensão do embargante, de ser desnecessário declarar, ao imposto de renda, a propriedade de ações ao portador, e a conseqüente inadmissibilidade de considerá-las o fisco como indício de acréscimo patrimonial indemonstrado, já receberam acolhida do Egrégio Tribunal Federal de Recursos, como se vê da ementa a seguir (AC nº 35.136-CE Rel.: O Em. Min. Amarílio Benjamin in DJU 5-11-75, pág. 8152):

«Ação anulatória fiscal. Imposto de Renda. Consideração indevida de «ações ao portador». Procedência do pedido. Não havendo o contribuinte se identificado, as ações ao portador pagam imposto de renda na fonte. Do mesmo modo, não está obrigado a fazer declaração de que se adquiriu títulos dessa natureza».

Vale recordar que a técnica de declaração de bens foi sendo intro-

duzida na prática do imposto sobre a renda brasileira em etapas, permitindo-se, nos primeiros anos, a inclusão de elementos patrimoniais, mesmo sem elucidar a origem dos recursos que permitiram sua aquisição, ou, excluindo-se itens, como foi o caso dos títulos mobiliários, no regime do Decreto nº 51.900.

Convém rememorar, por outro lado, o interesse do governo federal na aplicação de poupanças (mesmo aquelas de origem dúbia) em ações e títulos ao portador, para melhorar a captação de recursos pelo mercado de capitais, evitando evasão de recursos nacionais, através de depósitos no exterior ou pela compra de moeda forte.

Tudo isso justifica o entendimento do Acórdão, confirmado pela norma legal do art. 6º do Decreto-Lei nº 1.351, de outubro de 1975, concedendo remissão ao imposto sobre a renda decorrente do aumento patrimonial da pessoa física revelado pela inclusão, agora sim obrigatória, de títulos e valores mobiliários na declaração de bens.

O argumento da D. Procuradoria da República, de ser o comando em tela apenas confirmatório da obrigação de declarar tais papéis, não precisa exame porque a regra de anistia do § 3º é ampla, alcançando mesmo o embargante:

«A inclusão dos títulos não ensejará instauração de processo fiscal com base em acréscimo patrimonial a descoberto, ficando o declarante dispensado de justificar a origem dos recursos».

Não se fez menção, aí, somente daqueles que não tivessem sido identificados pelo fisco, mas, sim, de todos que não haviam declarado esse item patrimonial.

Feita semelhante distinção, o fim da norma não seria alcançado,

isto é, a remissão fiscal teria âmbito restrito, com ofensa do preceito da isonomia, e conferir-se-ia prêmio aos que tivessem conseguido ocultar ações ao portador, resultado imoral, evidentemente não querido pelo legislador.

Do exposto, acolho os embargos e julgo improcedente a execução fiscal.

A União ressarcirá as custas pagas pelo embargante e lhe pagará honorários advocatícios, arbitrados (CPC, art. 20, § 4º) em um valor de referência vigente nesta Capital». (SIC — fls. 92/94).

A respeitável sentença de primeira instância encontra-se incensurável.

Pelo exame da legislação atinente à espécie, conclui-se que o apelado não estava obrigado a declarar as ações ao portador, quanto detinha.

O Decreto nº 51.900/63 (RIR) previa, em seu texto legal, que o contribuinte não estava obrigado a incluir em sua declaração de rendimentos as ações ou quaisquer títulos mobiliários ao portador, quanto preferisse não ser identificado (inciso IV, parágrafo 3º, artigo 64).

Posteriormente, com o advento do RIR de 1966 (Decreto nº 58.400), tal dispositivo foi suprimido, o que levou a Fazenda Nacional a presumir, equivocadamente, data venia, que o contribuinte estaria obrigado a declarar referidos títulos ao portador.

Não creio que a simples omissão, no texto legal, possa criar uma obrigação fiscal para o contribuinte. Ao contrário, a legislação só poderá obrigar o apelado se assim vier a dispor de forma objetiva e precisa, na data da ocorrência do fato gerador (CTN, art. 144).

Ressalte-se, ainda, que tal exigência só se deu com o advento do Decreto-Lei nº 1.351, de 24 de outu-

bro de 1974, quando, em seu artigo 6º, assim, dispõe:

«Art. 6º É obrigatório a inclusão na declaração de bens da pessoa física dos títulos ou valores mobiliários ao portador, possuídos pelo declarante no ano-base.

§ 1º No exercício financeiro de 1975, não será tributado o aumento patrimonial da pessoa física decorrente da inclusão, na declaração de bens, os títulos ou valores mobiliários de que trata este artigo, não incluídos na declaração de bens do exercício anterior, desde que esses títulos ou valores mobiliários sejam colocados em custódia em instituição financeira, em nome do declarante, até 31 de dezembro de 1974, pelo prazo mínimo de um (1) ano.

§ 2º Ocorrendo o vencimento de títulos ao portador, no decorrer do período da custódia, deverá ser providenciada a sua substituição por título de valor igual ou superior, o qual somente poderá ser liberado após decorrido o período complementar da custódia.

§ 3º A inclusão dos títulos não ensejará instauração de processo fiscal com base em acréscimo patrimonial a descoberto, ficando o declarante dispensado de justificar a origem dos recursos».

Portanto, tenho para mim que a exigência de declarar os títulos mobiliários ao portador só surgiu no ano de 1974, com o Decreto-Lei nº 1.351, sendo que antes desse período o contribuinte não estava obrigado a declarar que adquiriu ou que possuía bens dessa natureza.

No caso em exame, a União Federal atuou o embargante por possuir ações ao portador, as quais foram omitidas na sua declaração de rendimentos do exercício de 1967, quando não havia nenhum dispositivo legal que o obrigasse a assim proceder.

pois o contribuinte não se identificou, tendo sofrido o desconto do imposto de renda na fonte.

Nesse entendimento já se pronunciou o eminente Ministro Moacir Catunda, nesta colenda 5ª Turma, quando do julgamento unânime da Apelação Cível nº 48.372-CE, que ficou assim ementada:

«Tributário. Imposto de Renda. Ações ao Portador, Decreto nº 51.900/63, arts. 64, § 3º, IV e 96, § 3º. Decreto-Lei nº 1.351/74, art. 6º.

Não havendo o contribuinte se identificado, as ações ao portador pagavam imposto de renda na fonte. Do mesmo modo, não estava o contribuinte obrigado a fazer declaração de que adquirira título dessa natureza.

A inclusão, na declaração de bens das pessoas físicas, dos títulos ou valores mobiliários ao portador, só se tornou obrigatória com o advento do Decreto-Lei nº 1.351/74, sendo inaplicável ao caso o seu art. 6º.

Antecedentes do TFR.

Apelação a que se nega provimento». (DJ de 6-8-81)

Ante o exposto, nego provimento à remessa ex officio e ao recurso voluntário, para manter a respeitável sentença, por seus doutos fundamentos.

E o meu voto.

#### EXTRATO DA MINUTA

AC nº 66.243-CE — Rel.: O Sr. Ministro Geraldo Sobral. Remte.: Juízo Federal da 2ª Vara-CE. Apte.: União Federal. Apdo.: Francisco Eudes Ximenes.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à remessa ex officio, bem como ao recurso voluntário da União Federal (Em 7-12-83 — 5ª Turma).

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

### APELAÇÃO CÍVEL Nº 66.381 — DF

Relator: O Sr. Ministro Jesus Costa Lima

Apelante: IAPAS

Apelados: Alexandrino de Farias Braúna e cônjuge

#### EMENTA

Ação possessória. Discussão envolvendo o domínio. Respeito ao Registro Público.

Se a discussão envolve necessariamente o domínio, não cabe a ação possessória. Caso em que, além disto, a posse dos réus se ampara em título dominial devidamente registrado.

#### 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 do IAPAS, 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, 10 de fevereiro de 1984 (Data do julgamento) — Ministro Evandro Gueiros Leite, Presidente — Ministro Jesus Costa Lima, Relator.

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Jesus Costa Lima: Sob alegação de que a venda, que fizera, de imóvel seu em Brasília, fora anulada, voltando o ex-comprador, funcionário público, à anterior condição de simples ocupante, donde resultaria a ilegitimidade da posterior cessão do dito imóvel a seus atuais possuidores, o IAPAS ajuizou ação de reintegração de posse que foi assim desacolhida pelo MM. Juiz da 2ª Vara Federal do Distrito Federal, Dr. Dario Abranches Viotti:

«Ao transcrever parecer da Caixa Econômica, que concluía pela nulidade da primeira escritura, parece que o digno signatário da petição inicial teve pudor de transcrever o artigo que, segundo o parecer, acarretava a nulidade da venda. O artigo, não transcrito na inicial, é o seguinte:

«As entidades proprietárias abrangidas pelo disposto no art. 65 da Lei nº 4.380, de 21 de agosto de 1964, comunicarão, no prazo de dez dias, à Caixa Econômica Federal de Brasília as novas condições que devam constar da escritura-padrão» (art. 21 do Decreto nº 61.863, de 6-12-67).

Como se vê, este artigo é impertinente à questão em debate. Diz respeito a um ofício que o IPASE devia enviar à CEF. Se não enviou, o que têm os réus a ver com isso?

Com essa argumentação, de todo inconvincente, conseguiu a Caixa que um certo Sr. Elyσιο Benedito Costa, usando procuração que lhe fora conferida a 20 de julho de 1966, assinasse, a 27 de dezembro

de 1967, escritura de anulação da venda que, em nome do IPASE, a Caixa fizera a José Pereira de Araújo. O Sr. Elyσιο Benedito Costa aceitou devolução da quantia que a Caixa havia recebido (fls. 22/23).

Traslado da procuração, de que se serviu o Sr. Elyσιο Benedito Costa, se encontra à fl. 13. Recebeu de José Pereira de Araújo e sua mulher

«poderes para representá-los ... assinando e requerendo o que necessário for e tudo o mais praticar ao completo desempenho deste mandato e que se relacionam com o imóvel sito à av. W-3, quadra 48, bloco 4, casa nº 32, assinando (sic) a escritura que se fizer necessário (sic) com as demais cláusulas do estilo, pagando e recebendo quitação...»

Recebeu o procurador poderes para receber quitação e não para receber pagamento, para comprar e não para vender, e muito menos para desistir, transigir, fazer acordo.

Pelos documentos apresentados (e não especificou novas provas documentais) o IAPAS não provou que José Pereira de Araújo tivesse concordado com a anulação da compra.

Parece ter o próprio a. duvidado do cabimento da presente ação, pois tolerou, durante 10 anos, que a casa fosse utilizada, sem o pagamento da taxa de ocupação (cf. fls. 2 e 37).

A casa está transcrita, no registro de imóveis, como sendo de propriedade dos réus. O a. não pleiteou a anulação desse registro, que se presume válido (art. 859 do Código Civil).

De acordo com o art. 252 da Lei nº 6.015, de 31-12-1973, «o registro, enquanto não cancelado, produz to-

dos os seus efeitos legais ainda que, por outra maneira, se prove que o título está desfeito, anulado, extinto ou rescindido».

Incumbe ao autor, na ação de reintegração de posse, provar o esbulho.

Pelo exposto, julgo improcedente a ação e condeno o a. a pagar 10% (dez por cento) de honorários de advogado, calculados sobre o valor dado à causa» (fls. 70/72).

2. Inconformado, o IAPAS apelou com as longas razões de fls. 80/86 onde, em síntese, sustenta que tanto a escritura de compra e venda como a de anulação foram assinadas pelo mesmo mandatário dos compradores, pelo que válida a anulação e, conseqüentemente, a posterior escritura pessoalmente outorgada aos réus, pelos ditos ex-compradores de nada vale.

A respostas dos réus está às fls. 89/90.

3. A douda Subprocuradoria-Geral da República oficiou às fls. 96/97, pela assistente União Federal, pedindo o provimento.

É o relatório.

#### VOTO

O Sr. Ministro Jesus Costa Lima (Relator): Como se viu, a questão dos autos se prende mesmo ao domínio do imóvel, embora a autarquia apelante, vítima do gigantismo a que a centralização levou a Previdência, com a natural dispersão das informações e conseqüente lentidão no julgamento dos problemas internos, haja optado pela possessória.

O próprio apelante reconhece essa sua desvantagem quando alega:

«A prevalecer a decisão apelada, estariam não somente os apelados, como os seus comparsas, a serem beneficiados pela própria torpeza, o que não se admite, além de um imoral e repugnante enriquecimento ilícito, às custas da administração pública, que terá descurado os seus interesses no caso, em virtude mesmo do seu gigantismo e, principalmente, das enormes e radicais alterações havidas na Previdência Social principalmente, com a extinção de órgãos, absorção de uns por outros, fusão e criação de sistemas, criando grande dificuldade a um perfeito e permanente controle dos inúmeros interesses em causa». (Fl. 82)

2. Que fazer, porém, se há, como bem ressaltou a sentença, um registro público cujo valor, talvez prevenido mesmo esses constantes e tumultuários remanejamentos de estrutura, a lei manda respeitar enquanto não desfeito pelo legítimo processo legal?

3. Com essas considerações, nego provimento ao apelo.

#### EXTRATO DA MINUTA

AC nº 66.381-DF — Rel.: O Sr. Min. Jesus Costa Lima. Apte.: IAPAS. Adpos.: Alexandrino de Farias Braúna e cônjuge.

Decisão: Por unanimidade, a Turma negou provimento ao recurso do IAPAS, para confirmar a sentença, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator (Em 10-2-84 — 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.

## EMBARGOS NA APELAÇÃO CÍVEL Nº 67.831 — MG

Relator: O Sr. Ministro Carlos Mário Velloso

Embargante: IAPAS

Embargado: Ivo Lopes Veludo

### EMENTA

Tributário. Contribuições previdenciárias. Prescrição. Lei nº 3.807, de 26-8-1960, artigo 144. CTN, art. 174. Lei nº 6.830, de 22-9-1980, artigo 2º, § 9º.

I — As contribuições previdenciárias, até a vigência da Lei nº 6.830, de 22-9-1980, estavam sujeitas à prescrição quinquenal do artigo 174, do CTN.

II — Prescrição quinquenal, no caso, consumada antes da vigência da Lei nº 6.830, de 1980, pelo que esta não seria aplicável.

III — 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 maioria, vencidos os Srs. Ministros Justino Ribeiro, Romildo Bueno de Souza, Armando Rollemberg, Moacir Catunda e José Dantas, rejeitar os embargos, na forma do relatório e notas taquigráficas anexas, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 26 de maio de 1981 (Data do julgamento) — Ministro Jarbas Nobre, Presidente — Ministro Carlos Mário Velloso, Relator.

### RELATÓRIO

O O Sr. Ministro Carlos Mário Velloso: Na Turma, a espécie foi assim relatada pelo eminente Ministro José Dantas:

«O executivo fiscal por dívida previdenciária de Cr\$ 30.096,74, sem embargos, afinal foi julgado procedente (fl. 12), e assim levado

à praça o bem penhorado, arrematado por Cr\$ 1.445,00 (fl. 41), quantia que apenas deu para o pagamento das custas, conforme o último despacho de expedição da carta de arrematação, datado de 18-12-73 — fl. 51.

Vai daí que, em maio deste ano, o devedor, ora apelado, requereu a declaração da prescrição intercorrente, consoante o decurso do quinquênio contado daquele último ato processual — fl. 58.

Deu-lhe razão o Juiz a quo, Comarca de Uberaba-MG, pelo fundamento da natureza tributária das contribuições previdenciárias — fl. 94v.

Por isso, apelou o IAPAS, firme na defesa da prescrição trintenária assegurada pelo art. 144 da LOPS, e pela qual se recusa ao caso a aplicação do art. 174 do CTN — fl. 97.

Contra-arrazoada (fl. 103), a apelação foi processada de acordo com o RI, art. 33, IX, e 63, § 2º». (fls. 111/112)

S. Exa. votou, em seguida, sustentando ser correta a afirmativa no

sentido de que a execução prescreve no mesmo prazo da ação. Todavia, no tocante ao prazo a ser observado, quanto ao crédito previdenciário, S. Exa. entendeu que, para as contribuições previdenciárias o prazo é o de 30 (trinta) anos, na forma do art. 144 da LOPS. Para justificar esse ponto de vista, o eminente Ministro reportou-se ao voto que proferiu na AC nº 56.631-SP, assim:

«Senhores Ministros, peço vênia à Egrégia Turma, de cujos componentes conheço o entendimento divergente do meu, para aludir aos fundamentos com que rejeito a prescrição quinquenal da dívida previdenciária.

Faço-o da forma como o votei na AC nº 40.183, 4ª Turma, 10-10-79, consoante à argumentação que alinhavo a seguir.

Conheço os escólios doutrinários da chamada corrente tributarista. Dentre nós, releva notar, pela síntese de seu conteúdo, o excelente parecer do Professor Geraldo Ataliba, publicado na Revista dos Tribunais (Vol. 492/43). Ao ver do emérito tributarista, a consulta ao direito positivo pertinente levaria à conclusão de que, desde o seu traço de compulsoriedade e pecuniariedade, amoldado ao Sistema Tributário na forma do art. 21, § 2º, I, da Constituição, defrontando-se a mesma formalística fiscal, distendida do lançamento à cobrança, tudo isso estaria a identificar a natureza tributária da contribuição previdenciária.

A partir daí, seria de ver-se que as regras fiscais da Lei nº 3.807/60 não teriam subsistido às normas gerais do CTN, senão que nos pontos compatibilizáveis, dentre os quais, certamente, não se comportaria o art. 144 da LOPS, tocante à prescrição trintenária, pois que afrontaria a prescrição quinquenal estabelecida pelo art. 174 do CTN.

Não há negar-se a inteligência dessa construção fiscalista, rica em argumentos.

Ouso, contudo, negar a premissa básica desse doto raciocínio, no que parto do art. 21, § 2º, I, da Constituição. No que essa norma pudesse servir à contribuição para atender diretamente à parte da União no custeio dos encargos da Previdência Social, a sua literalidade, porém, não alcançaria as contribuições integrantes das duas outras partes no custeio dos encargos da Previdência Social. Antes de integrarem-se ao Sistema Tributário, tais contribuições mais se autorizam como direito assegurado aos trabalhadores pela Constituição, num elenco assistencial que se abre com o salário mínimo, salário-família, férias, descansos remunerados e encargos outros prestados diretamente pelo empregador, e que se inteira com a garantia da Previdência Social, mediante contribuição triplíce, da União, do empregador e do empregado — art. 165, XVI.

Nessa triplicidade, há distinguir-se, antes da relação tributária que possa qualificar a quota devida pela União, a relação securitária que ressalta da destinação das contribuições previdenciárias, a termo de uma solidariedade social que a Constituição impõe no campo da ordem econômica, sem laço de maior ligação com o poder de intervenção e custeio a que alude o art. 163 e seu parágrafo.

Em face dessa destinação, à qual se vinculam os contribuintes empregado-empregador, a favor do associado nominal da previdência se abre a correspondente contraprestação, assim delineado o caráter securitário que distancia, a meu pensar, a indagada relação tributária, cuja marca de generalidade não se concilia com a nomi-

nalidade assistencial passiva daquela contraprestação.

Volto, pois, ao direito positivo consultado. D.m.v., não vejo como o art. 174 do CTN, prestante ao regulamento da prescrição do crédito tributário, à força dos conceitos próprios ali inseridos sobre os tributos, e sem outra linha de referência às peculiaridades do seguro social — senão que a ligeira ressalva de seu art. 218, inciso II, limita unicamente às «quotas de previdência» que se destinam à contribuição da União para a Previdência Social (redação do Decreto-Lei nº 27/66) —, repito, d.m.v., não vejo como o art. 174 do CTN tenha implicado na revogação do art. 144 da LOPS, hoje na redação do art. 221 da CLPS.

Ademais, convenha-se em que, a estabelecer regras de prescrição, o Código Tributário Nacional corre no leito das leis ordinárias, desinvestido, assim, da hierarquia constitucional complementar que somente detêm para o trato das normas gerais de direito tributário» (CF, art. 78, § 1º), matéria evidentemente estranha à prescrição, ainda mais se pretendida estender ao especialíssimo campo da Previdência Social e seus encargos.

Registre-se, por fim, que, relativamente às contribuições de que ora se cuida, integradas da suada quota dos empregados, o contribuinte empregador a deve até como simples depositário, cuja infidelidade não cabe acobertar-se da prescrição a nível de obrigação tributária».

.....  
(fls. 113/116).

Prevaleceu no julgamento, todavia, o voto do Sr. Ministro Wilson Gonçalves, à fl. 117, com a adesão do Sr. Ministro Miguel Ferrante, pelo que lavrou-se aresto de fl. 121, com a seguinte ementa:

«Contribuições previdenciárias — Decadência e prescrição.

O crédito previdenciário é de natureza tributária, sujeito, portanto, ao regime instituído pelo Código Tributário Nacional, inclusive quanto aos prazos de decadência e prescrição, regulados pelos seus artigos 173 e 174.

Improvemento do recurso».

Os embargos infringentes do IAPAS, às fls. 123/130, pugnam pelo prevalecimento do r. voto vencido.

Os embargos não foram impugnados.

A ilustrada Subprocuradoria-Geral da República oficiou às fls. 135/136 dizendo-se assistente da embargante e externando «a esperança de que, no caso, em definitivo, prevaleça o ponto de vista advogado pelo embargante».

E o relatório.

#### VOTO

O Sr. Ministro Carlos Mário Velloso (Relator): Começo por acentuar, por primeiro, que a contribuição previdenciária tem natureza tributária, assim sujeita às regras legais atinentes ao tributo, inclusive aquelas que dizem respeito aos institutos da decadência e da prescrição do crédito fiscal (CTN, arts. 173 e 174).

Reporto-me, no particular, ao decidido pela Egrégia 3ª Turma, na AC nº 41.990-SP, de que fui relator. No voto que então proferi invoquei e fiz anexar cópia de voto que ditei na AMS nº 79.964-SP, em que a questão foi também debatida («Rev. do TFR», 67/65).

Por ocasião do julgamento do incidente de uniformização de jurisprudência havido na AC nº 58.664-SP, que acabou não se ultimando, por entender esta Egrégia Seção que não seria oportuna a uniformização, ten-

do em vista a edição da Lei nº 6.830, de 1980, deixei claro o meu pensamento a respeito. Faço anexar cópia do referido voto, para boa compreensão da matéria.

Em resumo, o que sustento é o seguinte: com a edição do CTN., Lei nº 5.172, de 1966, com vigência a partir de 1-1-67 (art. 218), tendo em vista a natureza tributária das contribuições previdenciárias, o art. 144, da LOPS, cedeu o passo aos arts. 173 e 174 do mencionado CTN. Vale dizer, ficou o crédito previdenciário sujeito aos prazos de decadência e de prescrição inscritos no CTN, arts. 173 e 174. Vindo a lume a Lei nº 6.830, de 22-9-1980 (art. 2º, § 9º), que entrou em vigor no dia 23-12-1980, restaurou-se a prescrição trintenária, sem alteração, todavia, no que diz respeito ao prazo de caducidade do direito de constituir o crédito (decadência), que continua quinquenal, na forma do artigo 173, CTN.

## II

Já por duas vezes esta Egrégia Segunda Seção reconheceu que o prazo de prescrição do crédito previdenciário é o do art. 174, CTN.

De feito.

Nos EAC nº 40.694-SP, de que fui relator, decidimos:

«Tributário. Contribuição previdenciária. Decadência e prescrição. LOPS, art. 144. CTN arts. 173 e 174. Cód. Civil, art. 168, IV.

I — Contribuição previdenciária é tributo, assim sujeita às regras de decadência e prescrição dos arts. 173 e 174 do Código Tributário Nacional, que revogam o art. 144 da LOPS.

II — Impossibilidade de distinção entre a contribuição do empregador e do empregado, de forma a fazer prevalecer, quanto a esta última, o art. 144 da LOPS, com base no art. 168, IV, do Código Civil.

## III — Embargos rejeitados».

.....  
Nos EAC nº 50.134-SP, Relator: o Sr. Ministro Miguel Ferrante, esta Egrégia Segunda Seção reiterou o entendimento. No EREO nº 63.572-PR, esta Egrégia Seção assim decidiu.

## III

Reconheço que, com a edição da Lei nº 6.830, de 22-9-80, com vigência a partir do dia 23-12-80, restaurou-se a prescrição trintenária (Lei nº 6.830/80, artigo 2º, § 9º). É o que sustento no voto cuja cópia está anexa (Inc. de unif. de jurisprud. na AC nº 58.664-SP).

A prescrição, no caso, todavia, consumou-se antes da vigência da Lei nº 6.830/80, pelo que não é possível a sua invocação.

## IV

Diante do exposto, rejeito os embargos.

## INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA NA AC Nº 58.664-SP

## VOTO

O Sr. Ministro Carlos Mário Velloso (Relator): Impõe-se, em verdade, a uniformização da jurisprudência do Tribunal, tendo em vista a divergência ocorrente a respeito do tema, conforme esclarecido no relatório.

Conheço, de conseguinte, do incidente.

## II

Neste voto, procuraremos equacionar a questão nos seus diversos aspectos, presente, inclusive, a Lei nº

6.830, de 22-9-1980, publicada no DO de 24-9-1980, que entrou em vigor 90 (noventa) dias após a data de sua publicação.

1. As contribuições previdenciárias: natureza jurídica.

A contribuição previdenciária tem natureza tributária (Constituição Federal, art. 165, XVI, art. 21, § 2º, I, sem a EC nº 8, de 1977; CTN, art. 217). Se assim não fosse, inconstitucional seria ela, leciona Geraldo Ataliba, porque «qualquer exigência de dinheiro que faça o Estado aos sujeitos à sua soberania, somente pode configurar tributo, requisição ou confisco». «Banco Nacional da Habitação — Contribuição dos Empregadores — Natureza Jurídica — Fato Gerador», RDA, 83/408. Exigida compulsoriamente, ajusta-se à definição de tributo (CTN, art. 3º), irrelevante a destinação legal do produto da sua arrecadação para a conceituação de sua natureza específica (CTN, art. 4º, II).

De um modo geral, ensina o saudoso Rubens Gomes de Souza («Natureza Tributária da Contribuição do FGTS», RDA, 112/27; RDP, 17/305), tanto na doutrina nacional quanto na estrangeira, é dominante a tese no sentido de que o gênero tributo se triparte em impostos, taxa e contribuições. Pontes de Miranda, entretanto, adota a divisão bipartida do tributo em impostos e taxas. Nas taxas, faz incluir as contribuições. Estas seriam uma subespécie daquelas («Comentários à Constituição de 1967, com a EC nº 1/69», II/362-363 e 371).

Geraldo Ataliba sustenta que os tributos são vinculados ou não vinculados, segundo a consistência da hipótese de incidência, ou fato gerador («Hipótese de Incidência Tributária», RT 1973, págs. 131 e segs.; «Apontamentos de Ciência das Finanças, Dr. Dir. Financeiro e Tributário», RT, 1969, págs. 192 e segs.

«Considerações em torno da teoria jurídica da Taxa», RDP, 9/43). Esse critério distintivo foi adotado por Hector Villegas («Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario», págs. 74 e segs.) e acolhido por Rubens Gomes de Souza (RDA, 112/33-34; RDP, 17/309). Não vinculado é o tributo cuja hipótese de incidência independe de qualquer atividade específica do Estado em relação ao contribuinte, ou cuja hipótese de incidência é um fato qualquer que não seja atuação estatal. Vinculado é aquele cuja hipótese de incidência seja uma atividade específica do Estado.

Escreve Ataliba:

«Em outras palavras: a materialidade do fato descrito na h. i. (aspecto material da h.i.) de todo e qualquer tributo ou é uma (1) atividade estatal ou (2) outra coisa qualquer. Se for uma atividade estatal ou tributo será (1) vinculado. Se um fato qualquer, o tributo será (2) não vinculado.» (Geraldo Ataliba, «Hipótese de Incidência Tributária, cit., pág. 141).

Os tributos não vinculados são os impostos; os vinculados são as taxas e as contribuições especiais. Estas, as contribuições, se distinguem das taxas no seguinte: «A hipótese de incidência da taxa é uma atuação estatal diretamente, imediatamente referida ao obrigado. A h. i. da contribuição é uma atuação estatal indireta, mediamente referida ao obrigado». («Hip. de Incid. Trib.», pág. 164).

Entende Ataliba, pois, que «as contribuições não se confundem com as taxas, nem com os impostos, mas também não constituem gênero que a eles se oponha. São espécies de tributo vinculado, ao lado da taxa. Desta se distingue por um *quid plus* na estrutura da materialidade da h.i.» («H.p. de Incid. Trib.», pág. 193).

Mas, pela exposição que vimos de ver, sem embargo de Ataliba considerar as taxas e as contribuições espécies de tributo vinculado — e os tributos, para esse autor, são vinculados e não vinculados, tão-só pode-se afirmar não ser desarrazoada a tripartição do gênero tributo nas espécies: impostos, taxas, contribuições.

O saudoso Rubens Gomes de Souza, que acolhe a concepção tripartida, entende que «a contribuição é um gênero de tributo suscetível de subdivisão em várias espécies. E isto em face do que dispõem (genericamente) a Constituição Federal no art. 21, § 2º, I, e (especificamente) a mesma Constituição Federal nos arts. 163, parágrafo único, 165, XVI e 166, § 1º, e o CTN no art. 217, I e V» (RDA, 112/39; RDP, 17/314).

Então, acrescentamos, 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.

Assenta-se, relativamente à contribuição previdenciária, como premisa fundamental, que é ela um tributo. Alguns autores, como Ataliba, já falamos, classificam-na ou como imposto (a contribuição do empregador), ou como taxa (a contribuição do empregado), presente a divisão dos tributos em vinculados e não vinculados («Hip. de Inc. Trib.», pág. 193; «Sistema Const. Trib. Brasileiro», 1968, págs. 184 e segs.). Este é, também, o entendimento de Marco Aurélio Greco, conforme exposto na RDP, 19/385.

Esses autores não estão errados. A conclusão a que chegam está embasada em dados científicos. Entretanto, acho que, diante do direito positivo brasileiro (CTN, art. 217), as contribuições previdenciárias, que são tributos, podem e devem ser classificadas ou como contribuições, ou co-

mo contribuições parafiscais, observada, todavia, a lição de Ataliba:

«A designação contribuição parafiscal 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 ...» («Hip. de Inc. Trib.», pág. 201).

Conceituada, pois, como tributo, genericamente, ou como contribuição, ou contribuição parafiscal, in specie, mas sem caráter parafiscal autônomo, ao contrário, pois, da doutrina exposta por Morselli, que foi repudiada, no Brasil, entre outros, conforme esclarece Rubens Gomes de Souza (RDA, 112/pág. 43; RDP, 17/316), por A. Baleeiro («Uma Introdução à Ciência das Finanças», «Limitações Const. ao Poder de Tributar»), Ulhoa Canto («Alguns Aspectos Jurídico-Conts. da Parafiscalidade do Brasil», *Arquivo Financiar*, 5/36), A.A. Becker («Teoria Geral do Dir. Trib.», pág. 349), Geraldo Ataliba («Regime Const. da Parafiscalidade», RDA, 86/16) e pelo próprio Rubens Gomes de Souza (RDA, 112/27; RDP, 17/305), desta forma tributo, pois, ditas contribuições estão sujeitas às regras legais atinentes ao tributo, já que integram o sistema tributário (A. Baleeiro, «Dir. Tribut. Brasileiro», Forense, 1ª ed., 1970, págs. 68/571; Geraldo Ataliba, «Hip. de Incid. Trib.», pág. 201; Rubens Gomes de Souza, «A Prev. Social e os Municípios», RDA, 115/41).

I.I. A Emenda Constitucional nº 8, de 1977.

A Constituição de 1967, com a EC nº 1, de 1969, dispunha, no seu art. 21, § 2º, I:

«Art. 21. ....

§ 2º A União pode instituir:

I — contribuições, nos termos do item I deste artigo, tendo em vista

intervenção no domínio econômico e o interesse da Previdência Social ou de categorias profissionais»;

Essa disposição constitucional, art. 21, § 2º, I, está-se a ver, liquidava, irremediavelmente, com as opiniões dos que negavam o caráter tributário das contribuições previdenciárias.

Por tal razão, percebeu-a o eminente Ministro Moreira Alves, em voto proferido no RE nº 86.595-BA (RTJ 87/271), «e para retirar delas o caráter de tributo, a Emenda Constitucional nº 8/77 alterou a redação desse inciso, substituindo a expressão «e o interesse da previdência social» por «e para atender diretamente à 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 art. 43 da Emenda nº 1/69 («Art. 43. Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente: ... X — contribuições sociais para custear os encargos previstos nos arts. 165, itens II, XIII, XVI e XIX, 166, § 1º, 175, § 4º, e 178»)...

E concluiu o douto Ministro que a alteração «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 nº 27 à Emenda Constitucional nº 8), contribuições como a devida ao FUNRURAL tinham a natureza tributária. Deixaram de tê-la, a partir da Emenda nº 8».

Concordo com o eminente Ministro Moreira Alves, que é dos maiores juristas do país, quando S. Exa. escreve que o elaborador da Emenda Constitucional nº 8, ao mudar a redação do inciso I, do § 2º, do art. 21, da EC nº 1, pretendeu retirar da con-

tribuição previdenciária o seu caráter tributário. Divirjo, todavia, data venia, quando S. Exa. conclui no sentido de que o legislador constituinte conseguiu o seu intento.

É que, como ensina o saudoso Rubens Gomes de Souza, «o enquadramento da previdência social no sistema tributário é decorrência lógica, senão necessária, da sua conceituação como atividade própria do Estado.» (RDA, 115/84). Assim ocorre no direito tributário comparado, nos dá notícia Rubens, que cita alguns exemplos ilustrativos, mencionando a Itália, a França, a Espanha e a América espanhola, para concluir:

«Essa é, efetivamente, a orientação dominante, para não dizer pacífica, aqui e no estrangeiro, portanto sem vinculação a um sistema jurídico determinado. Em toda a pesquisa que pude fazer, só encontrei Lionello Levi Sandri, autor não tributarista, que atribuisse, especificamente ao financiamento da previdência social, um caráter que, por ser parafiscal, o colocaria numa categoria própria de receitas — de resto não cabalmente definida, mas distinta das receitas tributárias.» (RDA, 115/87).

A teoria de Emanuelle Morselli («Le Finanze degli Ente Publici non Territoriali», Pádua, 1943), no sentido de que seria possível a distinção do tributo fiscal do tributo parafiscal, no sentido de que este seria regido por normas especiais, encontrou, já mencionamos, tanto na doutrina estrangeira, quanto na brasileira, franca oposição. Na Itália, pátria de Morselli, busco em Rubens Gomes de Souza a informação, «os tributaristas ... são unânimes em definir as exações parafiscais, previdenciárias ou outras, como tributos. Assim, Giannini, Cocivera, Micheli, Ingrosso (Giovanni), Ingrosso (Gustavo), Zingali, e outros que seria fastidioso enumerar ...» «Na França, Laufen-

burger polemizou diretamente com Morselli. Além dele, Jean-Guy Merigot, Laferrière-Waline, Trotabas, Duverger e Lucien Mehl, todos concluíram que o chamado tributo parafiscal é imposto com destinação determinada...» («Na Espanha, entre os comentaristas da Lei de Reforma Tributária de 1958, Vicente-Arche afirma a natureza tributária das cotas de previdência social e a impossibilidade de defini-las como categorias jurídicas de outra natureza. E, em estudo especificamente dedicado às exações parafiscais, Vicente Torres Lopes esclarece que quanto a elas o objetivo da citada lei de 1958 foi quádruplo: a) suprimir de maneira categórica (de modo tajante) a possibilidade de serem criadas a não ser por lei votada pelas Cortes, b) delegar por prazo certo ao executivo a revalidação por decreto das existentes cuja revogação tácita pudesse ocasionar «problemas insuperáveis», c) considerar «suprimidas e portanto ilegais» as não revalidadas pelo executivo no prazo previsto, d) submeter as assim revalidadas ao regime normal aplicável aos tributos». No Brasil, ainda em 1954, quando Morselli aqui esteve, proferindo conferência no Rio de Janeiro, foi ele duramente contestado; anteriormente, Milton Campos já apontava o equívoco do professor italiano («Instituto do Açúcar e do Alcool — Fixação de sobrepreço — Inconstitucionalidade.» Rev. Forense, Rio, 1953, vol. 145, pág. 69, ap. Rubens Gomes de Souza, ob. cit., RDA, 115/91). «Posteriormente» escreve Rubens Gomes de Souza, «além dos escritos de Balleiro já referidos (6.2.5), a doutrina brasileira firmou sua posição em vários trabalhos, nos quais se percebem ecos do debate havido em 1954 com o próprio Morselli. Assim, cronologicamente: Sylvio Santos Faria, Buys de Barros, Gilberto de Ulhoa Canto, Alfredo Augusto Becker, Walter Barbosa Corrêa, Geraldo Ataliba» e o próprio Rubens Gomes de

Souza. «Todos esses trabalhos, sem discrepância, concluem pela natureza tributária das exações parafiscais, cuja validade constitucional depende de se qualificarem como impostos ou como taxas: embora alguns admitam tratar-se, em certos casos, de tributos *sui generis* reunindo características de uma e de outra daquelas figuras, como nota Becker sem concordar». (RDA 115/90-92).

Deste último, Alfredo Augusto Becker, convém que se transcreva a lição, para boa percepção do seu pensamento. Escreve:

«A doutrina tem demonstrado que as «contribuições parafiscais» não constituem uma natureza jurídica de tributo *sui generis* nem tributo de natureza mista, porém, em determinados casos, são simples impostos com destinação determinada, e, noutros, verdadeiras taxas.

E a «contribuição parafiscal» possui a referida natureza jurídica porque a destinação do tributo, a sua maior ou menor proporção (em relação à base de cálculo) e a posição do sujeito passivo em relação à hipótese de incidência do tributo, não exercem qualquer influência sobre a natureza jurídica do tributo». (Alfredo Augusto Becker, «Teoria Geral do Direito Tributário», Saraiva, 2ª ed., 1972, pág. 350).

O simples fato, pois, de ter a EC nº 8, de 1977, alterado a redação do inciso I, do § 2º, do art. 21, da EC nº 1, de 1969, dali retirando a contribuição previdenciária, não seria suficiente para alterar-lhe a natureza jurídica. Não seria colocando um nome de mulher num homem, que este deixaria de ser homem.

O que importa, repito, é a natureza jurídica do instituto.

Este, como vimos, define-se em razão de certos princípios científicos, e o tributo é caracterizado pela

sua essência jurídica, vale dizer, «ser prestação pecuniária compulsória em favor do estado ou de pessoa por este indicada (parafiscalidade), que não constitua sanção de ato ilícito (não seja multa), instituída em lei (não decorrente de contrato). Sendo tal, a prestação pecuniária será tributo e estará sob a disciplina dos princípios jurídico-tributários inseridos na Constituição e nas leis de normas gerais complementares», leciona a Sacha Calmon Navarro Coelho, ao comentar o acórdão do Supremo Tribunal, no RE nº 86.595-BA (Revista da Faculdade de Direito da UFMG, Belo Horizonte, nº 21, maio/79, pág. 463).

Perfeita a colocação do mestre mineiro, ao escrever:

«Considerar que uma prestação pecuniária compulsória imposta unilateralmente aos cidadãos, tendo por causa ou «fato gerador» uma situação lícita qualquer (ter renda, ser proprietário, exportar, ser empregador, possuir o estabelecimento mais de 100 empregados, ter imóvel valorizado por obra pública, receber serviços do Estado) ora é tributo, ora não o é, desorganiza a tarefa, por si só árdua, de aplicação do direito à vida. A grande valia do Código Tributário Nacional foi ter sistematizado a disciplina jurídica básica do tributo, dando-lhe organicidade e condições de aplicação. Superou, por assim dizer, o caos que vigia antes da sua implantação, quando a União, os Estados e os Municípios, aos milhares, cada qual possuía a «sua legislação», com os seus «conceitos» e os «seus prazos» e onde cada tributo tinha a «sua lei e o «seu regulamento». (Ob. e loc. cit., pág. 464).

O que ocorreria, em razão da alteração promovida pela EC nº 8, de 1977, antevê-se, é uma situação pior para a previdência social. É que, com a redação do art. 21, § 2º, I, da

EC nº 1, de 1969, poderia o Executivo, através de ato seu, nas condições e nos limites estabelecidos em lei, alterar as alíquotas e bases de cálculo da contribuição previdenciária (art. 21, I, ex vi do disposto no § 2º, I, do mesmo artigo, sem a EC nº 8, de 1977).

Não se legisla, em verdade, impunemente.

2. A Decadência e a prescrição das contribuições previdenciárias.

Anteriormente ao CTN, os institutos da decadência e da prescrição eram tratados de maneira não uniforme.

No que tange às contribuições previdenciárias, no regime anterior à LOPS, o saudoso Ministro Oscar Saraiva preconizou que a elas se aplicavam as mesmas regras que vigoravam para a prescrição da dívida ativa da União, lembra Albino Pereira da Rosa («Das Autarquias Federais em Juízo», monografia inédita que o autor remeteu-se).

Escreveu o Ministro Oscar Saraiva, a respeito:

«1. As instituições de previdência social são órgãos delegados da União Federal e por ela criadas para atender aos seguros sociais cuja manutenção a Constituição prevê. E as relações desses organismos com os particulares alcançados pelo seu regime decorrem de lei e não de simples atos de vontade. No que toca às contribuições devidas aos Institutos e Caixas da Aposentadoria e Pensões, elas se equiparam àquelas devidas ao próprio Estado, tanto que a respectiva cobrança se faz pela via do executivo fiscal aos juízos da Fazenda Pública, sendo privilegiados nos processos de falência os créditos delas decorrentes.

«2. Frente a esses postulados, que hoje constituem verdades pacíficas ao alcance de todos, seria

descabido, conforme se pretende, aplicar-se à prescrição das contribuições devidas às instituições de previdência, e no caso o Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Marítimos, ante a omissão da lei, as regras do art. 178, § 1º, incisos II e III, do Código Civil, que alcançam as obrigações de natureza privada, quando o certo é que se lhe devem aplicar as mesmas regras que vigoram para a prescrição da dívida ativa da União Federal, dos Estados e dos Municípios, isto é, das pessoas de direito público interno, entre as quais se alinham, sem qualquer dúvida, as autarquias.

«3. Assim, nesse terreno, caberia apenas questionar-se a prescrição que vigora, se é a trintenária prevista no art. 179 do Código Civil, o qual alude às obrigações não especificadas, se a do Decreto nº 857, de 12 de novembro de 1851, que estabelece o prazo prescricional de 40 anos, ou se são imprescritíveis os créditos da Fazenda». (Previdência Social-Prescrição da Dívida Ativa das Autarquias, in RDA, vol. I, Fasc. II, pág. 716).» (Ap. Albino Pereira da Rosa, ob. cit.).

Tal como ocorreu com os créditos tributários de modo geral, em que «chegou-se, com apoio de autoridade não menor que a de Clóvis Beviláqua, à tese de serem tais direitos e ações imprescritíveis», pelo fato de «serem os bens públicos inalienáveis a não ser nos termos de lei expressa» (Rubens Gomes de Souza, «A Prev. Social e os Municípios», RDA 115/94), tal como ocorreu, repito, com os créditos tributários de modo geral, também com relação às contribuições previdenciárias não faltou quem sustentasse a sua imprescritibilidade. Neste sentido opinou Moacyr Velloso Cardoso de Oliveira: «as contribuições devidas aos Institutos e Caixas pelos empregadores

que lhes são filiados, mesmo quando se trata de pessoas de direito público, são imprescritíveis, ex vi do art. 168, IV, do Cód. Civil, pelo caráter de «mandatários» legais, de que se revestem os empregadores perante aquelas instituições, a esse respeito.» «A Prescrição das Contribuições Devidas aos Institutos e Caixas», in «Industriários», 7/23-27 e 32; Ap. Albino Pereira da Rosa, ob. cit.).

Com o advento da LOPS, Lei nº 3.807, de 26-8-1960, art. 144, estabeleceu-se a prescrição trintenária para a dívida ativa da previdência social.

Vindo a lume o Código Tributário Nacional, Lei nº 5.172, de 25-10-1966, com vigência a partir de 1º de janeiro de 1967, que estabeleceu prazos de extinção dos direitos, substantivos ou de ação (CTN, art. 173 e art. 174), fixou-se a doutrina, de forma praticamente unânime, no sentido de que tais prazos, de decadência e de prescrição, atingiam, também, as contribuições previdenciárias, tendo em vista a natureza tributária destas; noutras palavras, o art. 144, da LOPS, «cedeu o passo ao CTN, inclusive quanto aos sujeitos passivos não estatais, ante a configuração tributária das obrigações a que se refere a LOPS» Rubens Gomes de Souza, ob. cit., RDA 115/101), revogado, assim, pelo CTN, arts. 173 e 174, o art. 144 da LOPS.

Esta sempre foi a minha opinião, manifestada em votos, no Tribunal Federal de Recursos, como, por exemplo, nas AACC nºs 41.990-SP, 50.134-SP, 42.410-MG, 45.591-RS, 37.674-CE, 49.059-DF e AMS nº 79.964-SP, que contaram com a anuência dos meus eminentes pares. Nas AACC nºs 40.694-SP, Relator Ministro Décio Miranda, e 47.631-RS, Relator Ministro Jarbas Nobre, não foi outro entendimento da 2ª Turma (Ap. Jorge Franklin Alves Felipe, «Previdên-

cia Social», 1979, nota 28, págs. 138/139).

Nos EAC n.ºs 40.694-SP, de que fui Relator, o Plenário da Segunda Seção ratificou o entendimento (Julg. de 9-9-1980). Também no EAC n.º 50.134-SP, Relator Ministro Miguel Ferrante, o Plenário da Segunda Seção reiterou tal modo de entender.

No EAC n.º 40.694-SP, ficou assim ementado o Acórdão:

«Tributário. Contribuição Previdenciária. Decadência e Prescrição. LOPS, art. 144, CTN, arts. 173 e 174. Cód. Civil, art. 168, IV.

I — Contribuição previdenciária é tributo, assim sujeita às regras de decadência e prescrição dos arts. 173 e 174 do Código Tributário Nacional, que revogam o art. 144 da LOPS.

II — Impossibilidade de distinção entre a contribuição do empregador e do empregado, de forma a fazer prevalecer, quanto a esta última, o art. 144 da LOPS, com base no art. 168, IV, do Código Civil.

III — Embargos rejeitados».

2.1. O § 9.º, do artigo 2.º, da Lei n.º 6.830, de 1980: Disposição inovadora — Prescrição Trintenária.

Acontece que o § 9.º, do art. 2.º, da Lei n.º 6.830, de 22-9-80, dispôs:

«Art. 2.º .....

§ 9.º O prazo para a cobrança das contribuições previdenciárias continua a ser o estabelecido no art. 144 da Lei n.º 3.807, 26 agosto de 1960».

O que quer dizer, afinal, a lei, em termos assim cabalísticos, no que tange à prescrição das contribuições previdenciárias?

Para os que sustentam, sob o ponto de vista formal, que o CTN é lei complementar, todo ele, o § 9.º, do art. 2.º, da Lei n.º 6.830, de 1980, não

quer dizer nada, por isso que não poderia a lei ordinária alterar a lei complementar. No conflito, pois, entre essa disposição legal, § 9.º do art. 2.º, da Lei n.º 6.830/80, com o art. 174, CTN, prevalece este.

Para nós, todavia, que analisamos o CTN sob o ponto de vista material, no sentido de que somente as regras postas no CTN, que configuram normas gerais de direito tributário, é que constituem lei complementar (CF, art. 18, § 1.º), as demais, que não se incluem nessa categoria, não passam de lei ordinária, a questão não se resolve com simplicidade.

A primeira indagação que devemos responder é se o § 9.º, do art. 2.º, da Lei n.º 6.830, de 1980, constitui norma legal interpretativa.

Pensamos que não.

Porque a lei interpretativa deve declarar, de regra, expressamente, que ela assim o é, ou no seu texto, ou mesmo no seu preâmbulo.

A Lei n.º 6.830, de 1980, não contém tal declaração.

De outro lado, ao que vimos de ver, a doutrina, praticamente unânime, sustenta o caráter tributário das contribuições previdenciárias, de modo a sujeitá-las aos princípios e regras do sistema constitucional tributário e do Código Tributário Nacional. Geraldo Ataliba lembra que Baleeiro escreveu que «as contribuições parafiscais, em resumo, são tributos e, como tais, não escapam aos princípios da Constituição» (Direito Tributário Brasileiro, 7.ª ed., pág. 571). Esta consideração levou Rubens Gomes de Souza a observar que «... a frase de Baleeiro pode ser assim explicitada: as exações parafiscais são tributos e, como tais, isto é, como impostos, ou taxas, ou contribuições, não escapam aos princípios da Constituição» (RDP 17/317)». (Geraldo Ataliba, «Estudos e Pareceres de Dir. Tributário,» RT, 1978, pág. 26).

Ora, a frase no sentido de que o legislador pode tudo, há de ser entendida em termos. O legislador não pode interpretar uma lei já revogada, com o fito de dizer que tal revogação não existiu. O que pode ele fazer, em caso assim, é inovar, restaurando a norma revogada, mas, jamais, dizer que uma lei revogada continua em vigor, mesmo porque a conceituação de uma lei como interpretativa tem conseqüência séria: a lei interpretativa é retroativa (Betti, «Interpretazione della legge e degli atti giuridici», Milano, 1949, § 26; Roubier, «Le droit transitoire», Paris, 1960, pág. 56), ou, na lição de Savigny («Syst del Dir. Rom.», 1886, § 32) e de Gierke («Deutsches Privatrech», § 18), citados por R. Porchat («Curso Elementar de Dir. Romano», Duprat & Cia., 1907, I/418), é uma «nova lei, com cunho de obrigatoriedade, que estende os seus efeitos ao passado, fazendo com que a lei antiga seja entendida e aplicada no sentido prescrito», assim exceção ao princípio da irretroatividade da lei.

O que entendemos, pois, é que a Lei nº 6.830, de 1980, art. 2º, § 9º, contém regra inovadora, no sentido de que restaura a eficácia do art. 144 da LOPS. O CTN, no seu art. 174, o revogara. Lei posterior, todavia, a Lei nº 6.830, de 1980, art. 2º, § 9º, lei de direito substantivo processual, o restaurou. Como nos incluímos entre os que entendem que a disposição inscrita no art. 174, CTN, é de direito substantivo processual, e não norma geral de direito tributário (CF, art. 18, § 1º), assim lei ordinária, admitimos possa lei ordinária estabelecer prazo de prescrição diferente para determinado tributo.

A conclusão a que chegamos, pois, é que o crédito decorrente das contribuições previdenciárias, inobstante o seu caráter tributário, a partir da vigência da Lei nº 6.830, de 1980, fica sujeito à prescrição trintenária.

2.2. A Decadência do crédito previdenciário e o § 9º, do artigo 2º, da Lei nº 6.830, de 1980.

O que se disse, acima, no tocante à prescrição, não se aplica, todavia, ao instituto da decadência do direito à constituição do crédito previdenciário.

O § 9º, do art. 2º, da Lei nº 6.830, de 1980, diz respeito, apenas, ao prazo para a cobrança das contribuições previdenciárias, vale dizer, cuida, tão-só, da extinção temporal da ação de cobrança. Prevalece, então, a regra inscrita no art. 173 do CTN, que estabelece prazo de caducidade do direito de constituição do crédito tributário.

O lançamento do crédito previdenciário dá-se por homologação. Reporto-me, no particular aos votos que proferi, com o acolhimento dos meus eminentes pares, nas AACCC nºs 41.990-SP; 50.134-SP, 47.730-SP e AMS nº 78.381-RJ.

Essa interpretação parece-nos harmonizar-se com a disposição inscrita no parágrafo único do art. 80, da LOPS, Lei nº 3.807, de 1960, que estabelece que as empresas sujeitas ao seu regime deverão guardar, durante cinco anos, os comprovantes dos lançamentos, para os efeitos do artigo 81.

### 3. CONCLUSÃO

Meu voto, em conclusão, é no sentido de que, com a vigência do Código Tributário Nacional, ficaram as contribuições previdenciárias sujeitas aos prazos de prescrição e de decadência ali previstos (CTN, arts. 173 e 174). Todavia, vindo a lume a Lei nº 6.830, de 22-9-1980, publicada no DO de 24-9-80, que entrou em vigor 90 (noventa) dias após a data de sua publicação, restaurada ficou a prescrição trintenária referente às contribuições previdenciárias, sem inovação, entretanto, com relação à decadência, que continua regida pelo art. 173, CTN.

Proponho, de conseguinte, que a Eg. Corte edite súmula com o seguinte enunciado:

As contribuições previdenciárias, até a vigência da Lei nº 6.830, de 22-9-1980, estavam sujeitas à prescrição quinquenal do artigo 174, do Código Tributário Nacional.

Referência:

Código Tributário Nacional, artigo 174. Lei nº 3.807, de 26-8-1960, art. 144. Lei nº 6.830, de 22-9-1980, art. 2º § 9º. Incidente de uniformização de jurisprudência na AC nº 58.664-SP.

A Secretaria da Eg. Segunda Seção dará cumprimento ao disposto no art. 109 do Regimento Interno. Os autos, após a publicação do Acórdão, voltarão à Turma, para julgamento da causa.

#### VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Romildo Bueno de Souza: Recebe os embargos, nos termos do voto que proferi nos Embargos Infringentes na Remessa Ex Offício nº 63.572-PR.

#### VOTO

O Sr. Ministro Romildo Bueno de Souza: Senhor Presidente, as contribuições previdenciárias são contraprestações cuja realização gera direito subjetivo a benefícios previstos em lei e minuciosamente regulamentados em favor de pessoas perfeitamente individuadas. Estes benefícios são tradicionalmente prestados (e mesmo contemporaneamente) mediante contratos de prestação de serviços tradicionalmente feitos com entidades de Direito Privado.

Só recentemente o Estado passou a intervir na área dessas relações jurídicas e a assumir a responsabilidade pela prestação desses serviços com o escopo específico de tutelar interesses de ordem predominate-

mente social, a refletir a evolução das idéias predominantes.

O caráter eminentemente sinalagmático da relação jurídica material em cujo contexto emerge o débito por contribuições é por demais manifesto para admitir as controvérsias tão vivazes que se testemunham ainda hoje, ao se pretender inculcar a tais contribuições a natureza de tributos.

A contraprestação do benefício é concretamente exigível pelo contribuinte ou beneficiário, seja por pretensão direta e imediata perante a própria autarquia previdenciária, seja por pretensão indireta e mediata, através de ação judicial.

Estas características da contribuição previdenciária bastam, a meu ver (e com a devida vênia das doutras opiniões contrárias) para evidenciar que elas não constituem imposto, instituto que repele, de qualquer modo, qualquer traço de sinalagmaticidade.

Taxas, por sua vez, as contribuições previdenciárias não são porque não há lei que cogite de prestação de serviços e de realização de benefícios mediante esta possibilidade de exigência especificada, individualizada e personalizada de contraprestações, de forma concreta, através de ação judicial. Por isso, sua definição não se comporta no âmbito do art. 77 do Código Tributário.

Acrescente-se que tais contribuições se destinam a custear serviços e benefícios que se prolongam no tempo e não se sujeitam à previsão orçamentária.

Acresce que a dúvida que assaltou ilustres intérpretes do Código Tributário ao ver no seu art. 174 norma revogadora do art. 144 da Lei Orgânica da Previdência Social não se compadece com o caráter especial da norma sobre prescrição contida na citada lei orgânica.

De fato, tínhamos já no Código Civil a norma geral de que a prescrição das obrigações pessoais se verificava ao fim de trinta anos.

Não era necessário, portanto, que a lei orgânica dispusesse sobre prescrição trintenária do crédito por contribuições. Ela o fez, por conseguinte, para instituir norma especial (se cuidasse apenas de referendar norma geral teríamos o legislador a empregar expressões desnecessárias).

Acresce que as dúvidas que emergiram após a promulgação do Código Tributário estão agora afastadas pelo pronunciamento do legislador, ao dizer que a norma do Código Tributário não teve o efeito de revogar o art. 144 da Lei Orgânica.

Insisto: a norma do art. 174 do Código Tributário está ali enxertada por uma questão de conveniência e de utilidade, mas não se trata de norma geral de direito tributário, senão de norma versante simplesmente com prescrição, que não constitui tema de direito tributário, mas de disposições genéricas da ordem jurídica como um todo.

São estas as ponderações que me levam a pedir vênias ao eminente Ministro Carlos Mário Velloso e aos doutos Pares que prestigiam a interpretação por S. Exa. defendida e, acompanhando o voto do Sr. Ministro-Relator José Dantas, também acolher os embargos para que prevaleça o voto do Sr. Ministro Armando Rollemberg, na assentada da apelação.

#### VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Armando Rollemberg: Recebo os embargos, nos termos do voto que proferi nos Embargos Infringentes na Remessa Ex Officio n.º 63.572, nesta assentada de julgamento, e do qual farei juntar cópia.

#### EMBARGOS NA REMESSA EX OFFICIO N.º 63.572 — PR

#### VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Armando Rollemberg: Dispôs a Lei n.º 3.807/60, no seu art. 156:

«Aplicam-se às instituições de previdência social os prazos de prescrição de que goza a União Federal, ressalvado o disposto nos arts. 57 e 144».

De sua vez estabeleceu o último dos dispositivos referidos:

«O direito de receber ou cobrar as importâncias que lhe sejam devidas, prescreverá, para as instituições da previdência social, em trinta anos.»

Ao entrarem em vigor tais disposições não existia regra estabelecendo especificamente o prazo de prescrição dos direitos do Estado em matéria de tributos, aplicando-se, por isso, à hipótese, o art. 177 do Código Civil, onde é previsto o prazo prescricional de 20 anos (Rubens Gomes de Souza, Compêndio de Legislação Tributária, 3ª edição, pag. 103).

Tem-se, assim, que o legislador, quando estabeleceu o prazo de trinta anos para a prescrição do direito de as instituições de previdência social receberem ou cobrarem as importâncias que lhes fossem devidas, deu tratamento especial a tais créditos, em relação aos da União, conseqüentes de tributos.

Essa omissão da legislação a propósito do prazo de prescrição do direito a cobrança, pelo Estado, de créditos oriundos de tributos, foi suprida pelo Código Tributário Nacional quando, no art. 174, fixou dito prazo em cinco anos.

A regra aí contida, entretanto, pela sua generalidade, não poderia ter o efeito de revogar disposição especial, como a do art. 144 da LOPS, do que resulta que, mesmo se admitin-

do, como muitos o fazem, que a contribuição previdenciária seja tributo, ainda assim teria permanecido em vigor a norma excepcional.

Que esse entendimento procede mostra-o o fato de o Decreto-Lei nº 66, de 21 de novembro de 1966, e, portanto, posterior ao Código Tributário Nacional, promulgado em 25 de outubro do mesmo ano, haver conservado a disposição, como a conservaram diplomas legais posteriores que alteraram a Lei nº 3.807/60, inclusive a Lei nº 5.890/73.

A correção dessa interpretação, aliás, veio a ser afirmada já agora pela Lei nº 6.830/80, de natureza interpretativa inegável, ao dispor no art. 2º, par. 9º:

«O prazo para a cobrança das contribuições previdenciárias continua a ser o estabelecido no artigo 144 da Lei nº 3.807, de 26 de agosto de 1960.»

Ante tais considerações o meu voto é recebendo os embargos para, afastada a arguição de prescrição da ação, na forma por que o fez o voto vencido, determinar o retorno dos autos à Turma para apreciação das demais questões postas nos autos».

#### VOTO VENCIDO

**O Sr. Ministro José Dantas:** Senhor Presidente, recebo os embargos, nos termos do conhecido voto proferido na AC nº 67.730, 6ª Turma, 4-5-81, e de cuja cópia farei oportuna juntada.

É como voto.

#### VOTO VENCIDO

**O Sr. Ministro José Dantas (Relator):** Senhores Ministros, volta à baila a questão prescricional das obrigações previdenciárias de há tempos controvérsia sobre a revogação do art. 144 da LOPS com o advento do CTN, art. 174. Volta, porque o incidente de uniformização instaurado

com o fim de solver a persistente controvérsia — AC nº 58.664. Segunda Seção — findou por se prejudicar, em face da sobrevinda Lei nº 6.830/80, cujo art. 2º, § 9º, em fazendo remissão àquele dispositivo da LOPS, alterou o estado da divergência jurisprudencial que se houvesse de pacificar com o julgamento do incidente; objetou-se, com razão, a inconveniência de editar-se súmula em matéria da prescrição previdenciária assentada à luz de norma recente, a respeito da qual as Turmas ainda não lançaram interpretação.

Traçado esse quadro atual da pendência, posto em aguardar interpretação da mencionada regra legal sobrevida, começo por relembra o meu conhecido ponto de vista, tocante à plena vigência do art. 144 da LOPS, como segue:

«Faço-o da forma como votei na AC nº 40.183, 4ª Turma, 10-10-79, consoante a argumentação que alinhoo a seguir.

Conheço os escólios doutrinários da chamada corrente tributarista. Dentre nós, releva notar, pela síntese de seu conteúdo, o excelente parecer do Professor Geraldo Ataliba, publicado na Revista dos Tribunais (Vol. 492/43). Ao ver do emérito tributarista, a consulta ao direito positivo pertinente levaria à conclusão de que, desde o seu traço de compulsoriedade e pecuniariedade, amoldado ao Sistema Tributário na forma do art. 21, § 2º, I, da Constituição, defrontando-se a mesma formalística fiscal, distendida do lançamento à cobrança, tudo isso estaria a identificar a natureza tributária da contribuição previdenciária.

A partir daí, seria de ver-se que as regras fiscais da Lei nº 3.807/60 não teriam subsistido às normas gerais do CTN, senão que nos pontos compatibilizáveis, dentre os quais, certamente não se compor-

taria o art. 144 da LOPS, tocante à prescrição trintenária, pois que afrontaria a prescrição quinquenal estabelecida pelo art. 174 do CTN.

Não há negar-se a inteligência dessa construção fiscalista, rica em argumentos.

Ouso, contudo, negar a premissa básica desse duto raciocínio, no que parta do art. 21, § 2º, I, da Constituição. No que essa norma pudesse servir à contribuição para atender diretamente à parte da União no custeio dos encargos da Previdência Social, a sua literalidade, porém, não alcançaria as contribuições integrantes das duas outras partes no custeio dos encargos da Previdência Social. Antes de integrarem-se ao Sistema Tributário, tais contribuições mais se autorizam como direito assegurado aos trabalhadores pela Constituição, num elenco assistencial que se abre com o salário mínimo, salário-família, férias, descansos remunerados e encargos outros prestados diretamente pelo empregador, e que se inteira com a garantia da Previdência Social, mediante contribuição triplice, da União, do empregador e do empregado - art. 165, XVI.

Nessa triplicidade, há distinguir-se, antes da relação tributária que possa qualificar a quota devida pela União, a relação securitária que ressalta da destinação das contribuições previdenciárias, a termo de uma solidariedade social que a Constituição impõe no campo da ordem econômica, sem laço de maior ligação com o poder de intervenção e custeio a que alude o art. 163 e seu parágrafo.

Em face dessa destinação, à qual se vinculam os contribuintes empregado-empregador, a favor do associado nominal da previdência se abre a correspondente contraprestação, assim delineado o

caráter securitário que distancia, a meu pensar, a indagada relação tributária, cuja marca de generalidade não se concilia com a nominalidade assistencial passiva daquela contraprestação.

Volto, pois, ao direito positivo consultado. D.m.v., não vejo como o art. 174 do CTN, prestante ao regulamento da prescrição do crédito tributário, à força dos conceitos próprios ali inseridos sobre os tributos, e sem outra linha de referência às peculiaridades do seguro social - senão que a ligeira ressalva de seu art. 218, inciso II, limita unicamente às «quotas de previdência» que se destinam à contribuição da União para a Previdência Social (redação do Decreto-Lei nº 27/66), repito, d.m.v., não vejo como o art. 174 do CTN tenha implicado na revogação do art. 144 da LOPS, hoje na redação do art. 221 da CLPS.

Ademais, convenha-se em que, ao estabelecer regras de prescrição, o Código Tributário Nacional corre no leito das leis ordinárias, desinvestido, assim, da hierarquia constitucional complementar que somente detêm para o trato das «normas gerais de direito tributário (CF, art. 78, § 1º), matéria evidentemente estranha à prescrição, ainda mais se pretendida estender ao especialíssimo campo da Previdência Social e seus encargos».

Permaneço nesse entendimento, pois que, apesar do judicioso voto do Ministro Carlos Mário, lido à Segundo Seção, no ensejo das preliminares de julgamento daquele incidente de uniformização de jurisprudência, tenho dificuldade em entender como os aludidos escólios doutrinários, concernentes aos tributos, sirvam, per se, à conclusão da derrogação da LOPS, no tocante à prescrição.

É que, em derradeira instância, ad argumentandum, ao possuir pura

natureza tributária a contribuição previdenciária, isso não basta à solução da controvérsia, como objetivamente está posta. Os próprios defensores da revogação tácita do art. 144 da LOPS, deveras, admitem a compatibilidade de uma regra de prescrição especial com a disposição geral demarcatória do quinquênio instituído pelo art. 174 do CTN — tanto que afirmam poder a lei ordinária voltar a dispor sobre prescrição trintenária (relembre-se, no ponto, o brilhantíssimo voto do Ministro Carlos Mário, já citado).

Portanto, tenho dificuldade em compreender porque havia de dizer-se necessariamente derogada a lei ordinária, então vigente no advento do CTN; se compatibilidade há para idêntica disposição da lei nova, com igual razão havia para a disposição especial anterior, sob pena de contrariedade ao princípio de que *lex posterior generalis non derogat priori speciali*, aforismo segundo o qual a lei especial sucedida por uma lei geral com esta coexiste, salvo revogação expressa.

Seria o caso da plena coexistência da norma geral de Direito Tributário confiada ao CTN, ao lado da norma especial da prescrição trintenária da contribuição previdenciária, previamente confiada à LOPS.

Mas, a inclinar-se para outro lado uma respeitável corrente de opinião, examine-se o subsídio legislativo fornecido pela Lei nº 6.830/80. Eis o § 9º de seu art. 2º:

«O prazo para a cobrança das contribuições previdenciárias continua a ser o estabelecido no art. 144 da Lei nº 3.807, de 26 de agosto de 1960».

Repita-se que, a esta altura, não se nega força à lei ordinária para versar matéria de prescrição, ainda que posta ao lado das normas gerais relativas às obrigações tributárias, para cujo campo se entenda de con-

duzir as contribuições previdenciárias, na sua atipicidade.

Logo, não há negar-se hierarquia à examinada Lei nº 6.830 para dispor sobre a prescrição previdenciária, nem há duvidar-se da oportunidade do tratamento dessa matéria, no contexto destinado à regência da cobrança judicial da Dívida Ativa, medida naturalmente compatível com regramento da ação de execução ali estabelecida, tal como foi incluída, via do substitutivo oferecido pelo Relator do Projeto, na Comissão Mista do Congresso Nacional — Senador José Lins (DCN de 3-9-80, pág. 2210/11).

A partir dessa afirmativa, o que resta examinar é a qualificação do novo dispositivo, sobre ser de natureza interpretativa o seu mandamento previdenciário, ou se apenas inovadora do direito positivo inerente a prescrição tributária, com a qual veio a ser confrontado.

Mais uma vez se anote, por importante que a revogação do artigo 144 da LOPS nunca fora expressa, senão que fora afirmada à força de elucubrações teóricas, as quais, por serem brilhantes, afinal lastrearam o dissenso jurisprudencial.

Na verdade, dispersaram-se as opiniões, pelos campos de um escorço que assim pode ser traçado: na órbita da Administração, o Poder Executivo posicionou-se em ignorar a versão revocatória, dado que baixou novo regulamento da LOPS, reproduzindo os dizeres do art. 144, como ainda hoje se encontram no art. 420 do Decreto nº 72.771/73; e mais, em 1976, veio a consolidar a dita regra legal, através do art. 221 da CLPS expedida pelo Decreto nº 77.077; no âmbito do judiciário, a situação foi de resistência inicial àquela versão, tal como se vê da antiga jurisprudência do TFR, a qual, porém, findou por ceder, após as composições mais recentes de suas Turmas, a

ponto de configurar-se a divergência noticiada pelo prefalado incidente de uniformização; enquanto isso, no que lhe compete aplicar a discutida norma, no pormenor da prescrição da contribuição para o FGTS, evidentemente filiada ao gênero das contribuições previdenciárias, o TST persiste na sua invariável orientação sumulada no verbete 95, consoante o seguinte enunciado:

«É trintenária a prescrição do direito de reclamar contra o não recolhimento da contribuição para o fundo de Garantia por Tempo de Serviço».

A defrontar essa testilha armada em torno da comentada regra de direito previdenciário, evidentemente que ao legislador assistia interferir, no interesse geral de fazer cessar a instabilidade decorrente de tão densa divergência. Ao que melhor parece, em face das circunstâncias, fê-lo o legislador a modo da interpretação autêntica, inerente às chamadas leis interpretativas.

No tema, é consabido que dentre os diversos requisitos que se prestam a anunciá-lo, o caráter interpretativo de uma lei pode resultar retratado no próprio texto, até mesmo pela referência tácita da nova fonte a uma preexistente situação normativa duvidosa (tomem-se as lições arroladas na Enciclopédia Saraiva, Verbetes no vol. 49/50). Se assim acontece a uma referência tácita, melhor acontecerá retratada a natureza interpretativa da nova fonte, quando expressa for a referência, na forma de remissão à considerada situação normativa preexistente, objeto de alentada discussão sobre sua vigência.

No caso, foi exatamente isso que fez o legislador, no tocante ao dispositivo legal em causa. No momento em que ganhava vulto o questionamento da revogação tácita do art. 144 da LOPS, o caráter interpretativo do superveniente texto remitente

se afigurou nítido, quer pelo expreso conteúdo da referência, quer pela forma da remissão. Ali não se preceituou que a prescrição das contribuições previdenciárias ocorrerá em trinta anos, como se se tratasse de inovar uma situação legislativa presente, ou de dar efeitos de convalidação ao antigo dispositivo (no que, aliás, se cometeria imperdoável impropriedade); não, ao valer-se do significativo verbo continuar, com a precisão com que se valeu, a letra legislativa se inteirou da mais clara alusão a um preceito anterior, acentuando-lhe imperativamente a vigência e a operosidade, no pressuposto das conhecidas dúvidas levantadas pela doutrina e pela jurisprudência desavindas.

Veja-se que o texto não revela qualquer preceito novo, senão que a determinação interpretativa de que a espécie continua regida pela norma remetida. Pela precisão vernacular do verbo continuar, não se há de entender a continuação de uma regência legal que perdera vigor — a vigência continuada de um dispositivo que já fenecera no seu ciclo vital fechado pela revogação! Carente de preceito autônomo, o novo dispositivo não terá alcance, que não pela evidente *ratio legis* de espancar as dúvidas sobre a derrogação da LOPS, no particular do seu art. 144, ao qual fez a mais propositada remissão, assinalando, pois, a intocada vigência do preceito ali agasalhado, isto é, o da prescrição trintenária da cobrança das contribuições previdenciárias.

Lógica e sistematicamente interpretada a nova lei, vê-se que lhe faltará função, se lhe for negado o detectado caráter interpretativo, do qual emana a carga de seus efeitos instantâneos, como a de sua aplicação imediata a todos os casos pendentes.

Em conclusão, com a devida vênias dos que ainda entendam que a LOPS

resultou derrogada pelo CTN, continuo a lhes fazer respeitosa oposição, agora reforçada pela examinada norma interpretativa — Lei nº 6.830/80, art. 2º, § 9º

Pelo exposto, dou provimento à apelação, para reformar integralmente a sentença e julgar improcedente os embargos, invertidos os ônus da sucumbência.

#### EXTRATO DA MINUTA

EAC nº 67.831-MG — Rel.: O Sr. Min. Carlos Mário Velloso. Embte.: IAPAS. Embdo.: Ivo Lopes Veludo.

Decisão: A Segunda Seção, por maioria, vencidos os Srs. Ministros, Justino Ribeiro, Romildo Bueno de Souza, Armando Rollemberg, Moacir Catunda e José Dantas, rejeitaram os embargos (26-5-81).

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Sebastião Alves dos Reis, Miguel J. Ferrante, Pedro da Rocha Acioli, Américo Luz e Antônio de Pádua Ribeiro. Ausente, por se achar licenciado, o Sr. Ministro Wilson Gonçalves. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Jarbas Nobre.

#### APELAÇÃO CÍVEL Nº 68.414 — RJ

Relator: O Sr. Ministro William Patterson

Revisor: O Sr. Ministro José Cândido

Apelantes: Caixa Econômica Federal e Zuccolo Imóveis S.A.

Apelados: Os mesmos

#### EMENTA

Civil. Perdas e danos. Contrato de mútuo. Obrigação.

Comprovado que a Caixa Econômica Federal, ao se recusar a proceder à lavratura das duas últimas escrituras de venda, apoiou-se em cláusulas do contrato de mútuo, demonstrando que a autora estava inadimplente, na ocasião, não se há de impingir-lhe reparação por danos que, inclusive, não restaram provados, posto que elementos constantes dos autos infirmam a assertiva segundo a qual a insolvência da empresa decorreu daquela recusa.

Ação improcedente.

#### ACÓRDÃO

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

Decide a 2ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, preliminarmente e por unanimidade, negar provimento ao agravo retido, e no mérito, também por unanimidade, dar provimento ao recurso da Caixa Econômica Federal, para julgar improceden-

te a ação, prejudicado o recurso da autora, 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 dezembro de 1981. (Data do julgamento) — Ministro Evandro Gueiros Leite, Presidente — Ministro William Patterson, Relator.

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro William Patterson: A matéria foi assim exposta pelo eminente Ministro Américo Luz, quando no exercício da 5ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro.

«Zuccolo Imóveis S.A., estabelecida nesta cidade, tentou ação ordinária contra a Caixa Econômica Federal, sob a alegação de que foi difamada comercialmente pela suplicada, o que lhe causou danos patrimoniais e morais, sem justa causa, devendo esta ser condenada a pagar-lhe a competente indenização acrescida de lucros cessantes, juros compostos e correção monetária, tendo em vista que se trata de dívida de valor oriundo do ato ilícito praticado, reembolso das custas despendidas e honorários advocatícios de 20% sobre o montante da condenação.

Na petição inicial, instruída com os documentos de fls. 16/89, alega a autora, em resumo:

— a suplicada concedeu-lhe, por escritura lavrada no 18º Ofício de Notas desta Capital, um empréstimo no valor inicial de Cr\$ 1.925.400,00 (um milhão, novecentos e vinte e cinco mil e quatrocentos cruzeiros), para a construção de edifício na rua São Francisco Xavier nº 989, após proceder a ampla investigação sobre a idoneidade moral, técnica e financeira da empresa, bem como de acurado estudo do projeto, sendo que as lojas e os dois apartamentos da cobertura não foram objeto do financiamento;

— a construção ficou concluída, com «Habite-se» total, em 29-5-1970, no prazo previsto, sob a fiscalização permanente do Serviço de Engenharia da Caixa, cujos laudos fundamentaram o pagamento das parcelas do financiamento e o acei-

te final da obra pela suplicada, com investimento total superior a Cr\$ 4.000.000,00 (quatro milhões), que lhe ensejaria lucro livre acima de Cr\$ 100.000,00 (cem mil cruzeiros), em 1971;

— à medida em que iam sendo lavradas as escrituras de transferência das unidades construídas, nos termos das cláusulas VII e X do contrato de mútuo, assinadas pela autora, a suplicada e os adquirentes, a primeira ia abatendo a sua dívida na Caixa, de modo que em meados de 1971, essa dívida estava reduzida a cerca de Cr\$ 100.000,00 (cem mil cruzeiros), sendo marcadas as datas para a assinatura de duas escrituras, cujo produto cobriria esse saldo devedor;

— entretanto, tais escrituras não foram lavradas, face à declaração do então Gerente da Carteira Hipotecária da CEF, José Lambert de Mattos Dodibeí, de que a financiadora havia sobrestado a lavratura de novas escrituras, devido a denúncias de irregularidades na obra, sem que se revelasse à autora a origem dessas denúncias;

— do contrato de mútuo em dinheiro, a juros, com obrigações e hipoteca, celebrado entre a autora e a suplicada, consta que, durante o período da construção, aquela poderia prometer vender, pelo valor venal básico fixado na cláusula V, as futuras unidades autônomas, mediante intervenção e consentimento da CEF, como consta, também, que o empréstimo fora efetuado pelo prazo de 24 meses, a contar de 25-9-1968, e que seria aumentado para 180 meses por ocasião da transferência aos adquirentes das unidades residenciais autônomas e, finalmente, que as importâncias levantadas seriam corrigidas trimestralmente, prevendo-se que os juros e as taxas devidas,

que não fossem pagos pontualmente, ficariam elevados em mais de 1% ao ano, sem prejuízo das demais cominações estipuladas;

— a suplicada, que firmara com a autora e os interessados as escrituras de promessa de compra e venda a que se refere a cláusula VII do contrato de mútuo, colocou a empresa demandante em situação difícil, quando sobrestou a lavratura das escrituras definitivas de compra e venda, acarretando-lhe conseqüências danosas, pelo inadimplemento de suas obrigações de promitente vendedora;

— após diversos ofícios da autora, todos sem respostas, pedindo providências à suplicada, inclusive a dispensa da correção monetária sobre o débito, por atraso a que não dera causa, a CEF abriu sindicância para apurar as denúncias e chegou à conclusão de que elas não tinham fundamento;

— a partir de 1972, a autora passou a receber notificações e interpelações judiciais, diligenciadas pelos interessados, inclusive os adquirentes de lojas não financiadas pela suplicada, mas hipotecadas e, portanto, não liberadas, por força do débito de Cr\$ 100.000,00 (cem mil cruzeiros) não quitado e cada vez maior (corrigido monetariamente), o que tornou a sua situação na praça, nos meios imobiliários e financeiros, cada vez pior em razão da inexecução de suas responsabilidades para com terceiros e dos vários expedientes promovidos por credores prejudicados, tendo sofrido, inclusive, protestos de títulos, mas apesar de todas as dificuldades, pagou mais de Cr\$ 300.000,00 (trezentos mil cruzeiros) daquele débito corrigido;

— antes desse financiamento, complicado por denúncias infundadas, mas acolhidas pela CEF, a autora desfrutava de excelente conceito, pois sempre cumpriu fiel-

mente seus compromissos nas numerosas incorporações levadas a efeito nas Avenidas Copacabana e Princesa Isabel, na rua Prado Junior, no bairro do Flamengo e em diversos outros logradouros desta Capital, porém a sua situação financeira piorou de tal maneira que foi obrigada a promover concurso de credores, em tramitação na 22ª Vara Cível, paralisando as suas operações, praticamente, desde o 2º semestre de 1971, tendo a suplicada assistido impassivelmente à desagregação da empresa;

— em 28-2-1975, a suplicante, tendo em vista o procedimento da suplicada, requereu à direção desta uma composição por perdas e danos, mas o pedido não foi solucionado.

Defende a autora, na peça vestibular, a existência de amparo legal à sua pretensão, trazendo à colação doutrina e jurisprudência dos Tribunais do País, e findando o seu pedido com razões sobre o respectivo mérito como se lê às fls. 13/15.

Regularmente citada, a ré apresentou a contestação de fls. 96/127, a que juntou os documentos de fls. 129/160, argumentando, em síntese:

— a queixa da autora surgiu de consulta formulada ao presidente do Banco Nacional da Habitação por Alvaro Ferreira Gonçalves, promissário comprador do apto. 1.002 do «Edifício Luiz Cardoso», na Rua São Francisco Xavier nº 989 (transcrito às fls. 100/102);

— considerando a determinação do BNH, o gerente da Carteira Hipotecária da contestante, ouvidos os órgãos de assessoramento e acolhendo os pronunciamentos dos departamentos de apoio, determinou o sobrestamento da assinatura das duas escrituras, que poderiam ser concretizadas por financiamento

de outro agente, até a apuração das denúncias;

— no decorrer do incidente houve acordo entre a a. e o condomínio. A CEF «esmerou-se em defendê-la na conclusão das razões finais do processamento na apuração das denúncias, por determinação do BNH, qualificando, ao final, a autora como organização que agiu com toda lisura no empreendimento, linha de conduta, de moral e de decência dos funcionários da CEF e até de diretores, que agora a própria Incorporadora invoca para tentar obter da CEF uma indenização Injusta, Ilegal, e Imoral» (sic. fl. 103);

— a situação econômico-financeira da a. vinha mal desde longa data e o «concurso de credores» que requereu foi uma confissão de insolvência do seu Diretor Superintendente, Sr. Adolpho Zuccolo, declarada em 30-5-1974, conforme transcrição de fl. 104;

— o processo originário da incorporação, ao que consta, foi destruído no incêndio da Filial da CEF, à Av. Rio Branco nº 174, ocorrido em 14-1-74, de modo que a situação criada pela a. pode ter sido adredemente preparada para tentar futura pretensão indenizatória.

De fls. 107/127, a ré desenvolve razões de direito, no sentido de negar a existência de sua responsabilidade na espécie, pretendendo o chamamento à lide do BNH e do «Condomínio do Edifício Luiz Cardoso».

Réplica às fls. 162/174.

Especificadas as provas, foram conferidas as fotocópias no termo de fl. 179.

Despacho saneador às fls. 180 verso/181, rejeitando as preliminares da contestação, pertinentes às nomeações à autoria, «porquanto a

res in judicio deducta, que se compreende da exposição feita na inicial, documentos que a acompanham e da própria defesa da ré, diz respeito à relação de direito material e, futuramente, conforme a sentença de mérito, que vier a ser proferida, poderá caracterizar, via de consequência, responsabilidade daquelas pessoas».

Deferiu-se no aludido despacho a especificação de provas de fls. 127/128 e 177.

A prova pericial contábil realizou-se segundo as formalidades legais. Laudo do perito do Juízo subscrito pelo assistente-técnico da a., às fls. 253/260 instruído com os documentos de fls. 261/348; laudo complementar deste último às fls. 351/358 (documentos de fls. 359/384).

A perícia para arbitramento resultou no laudo de fls. 387/390, também assinado pelo assistente-técnico da a., o qual apresentou, todavia, trabalho autônomo às fls. 392/394.

Sobre as perícias pronunciaram-se as partes (fls. 396/400, 402 e 404/405).

Havendo a a. protestado por esclarecimentos dos técnicos (fls. 411/412), realizou-se a audiência de instrução e julgamento, de conformidade com a ata de fl. 424 e depoimentos de fls. 425/426.

Memorial da a. às fls. 428/429, e da ré às fls. 437/459.

A União Federal, assistente obrigatória da ré, oficiou nos autos, representada pelo ilustrado Doutor Procurador da República.

Sentenciando, julgou procedente, em parte a ação, para condenar a ré ao pagamento da importância arbitrada pelo Perito do Juízo (fl. 389), ou seja, Cr\$ 1.571.087,74, incidindo correção monetária desde a data do laudo e juros contados da citação,

além dos consecutórios legais (fl. 474).

Inconformada, recorreu a Caixa Econômica Federal, com as razões de fls. 477/491, pedindo a reforma do decisório. Também apelou a autora (fls. 501/505), pretendendo a ampliação do valor da condenação.

Contra-razões às fls. 496/498 e 508/510, respectivamente.

À fl. 185 foi formalizado agravo retido nos autos, onde a Caixa reage ao despacho saneador que não acolheu as preliminares suscitadas na contestação.

Neste Tribunal, após distribuição, vieram-me os autos conclusos (fl. 517).

É o relatório.

#### VOTO

O Sr. Ministro William Patterson: Não merece prosperar o agravo de fl. 185. O MM. Juiz a quo decidiu, de modo correto, as preliminares suscitadas na contestação, com os seguintes fundamentos:

«Rejeito as preliminares da contestação pertinentes à nomeação à autoria do Banco Nacional da Habitação e do Condomínio do Edifício Luiz Cardoso, porquanto a res in judicio deducta, que se depreende da exposição feita na inicial, documentos que a acompanham e da própria defesa da ré, diz respeito à relação de direito material e futuramente, conforme sentença de mérito que vier a ser proferida, poderá caracterizar, via de consequência, responsabilidades daquelas pessoas».

Entendo, igualmente, que os interesses conflitantes e a questão juris submetidos a exame do Judiciário, neste processo, não autorizam o chamamento das entidades referenciadas.

No que tange ao objeto da ação, estou de acordo com o v. decisório de primeiro grau, apenas quanto à colocação jurídica oferecida no trato da natureza do pedido, merecendo destaque o seguinte lance daquela peça:

«Não se cuida, todavia, de reconhecer à autora direito à indenização por danos morais que a doutrina e a jurisprudência brasileiras, no âmbito da responsabilidade civil, reputam, compreendida nas perdas e danos previstos nos arts. 1.059 a 1.061 do Código Civil. Não se trata, na espécie, de inexecução de obrigação resultante de ato ilícito, restrita aos casos tipificados nos arts. 1.537 a 1.553 do aludido diploma legal. Aliás, a diferença entre culpa in concreto e os denominados atos ilícitos vem muito bem dilucidada por Pontes de Miranda, in Tratado de Direito Privado», Parte Especial, Tomo LIII, págs. 80/81, 3ª edição, verbis:

«A culpa in concreto, ou diligentia quam suis, nada tem, em geral, com os fatos ilícitos absolutos. É excepcional, mesmo nos negócios jurídicos...»

«Os atos ilícitos, de que aqui tratamos, são os atos ilícitos absolutos, e não os atos ilícitos relativos, cuja ilicitude concerne à vinculação negocial que se infrinuiu».

Identificada a pretensão, porém, como indenização por perdas e danos, sem que a autora reagisse a esse critério, em seu apelo, tenho, ao contrário do entendimento esposado pelo ilustre sentenciante, como não configurada a hipótese, em face da precariedade das provas coligidas, sob certos aspectos, e sua total ausência em outros, de capital importância para o deslinde da questão.

São incontroversas, para mim, as seguintes situações fáticas:

a) As partes celebraram instrumento de mútuo em dinheiro a juros com obrigações e hipoteca, pelo qual a autora receberia da ré a importância de Cr\$ 1.925.400,00 (um milhão, novecentos e vinte e cinco mil e quatrocentos cruzeiros), a ser empregada na construção do prédio situado na Rua São Francisco Xavier nº 989, na cidade do Rio de Janeiro (cfr. fls. 19/26);

b) O valor do empréstimo foi totalmente liberado, na conformidade das disposições constantes do documento contratual, sendo certo, ainda, que o «habite-se» do imóvel foi concedido em 29-5-70 (fl. 84), quando já atendida pela ré a sua obrigação;

c) A autora não vendeu todas as unidades no prazo estipulado na cláusula XX da Escritura, nem liquidou o débito restante, na forma determinada.

A partir destes dados, contra os quais inexistem impugnações convincentes, tem-se que a inadimplência da firma estava caracterizada, razão pela qual não é lícito censurar as medidas tomadas pela ré para proteger o seu patrimônio. Reza a citada cláusula XX:

«Se 6 (seis) meses depois de terminado o prazo de conclusão da construção não tiverem sido vendidas todas as unidades residenciais, a hipotecante devedora deverá liquidar os respectivos débitos no máximo em 6 (seis) prestações mensais acrescidas dos juros de 10% ao ano, da taxa mensal de custeio dos serviços cobrados nas operações da Carteira de Habitação da Caixa, além da correção monetária».

Inocorrendo a alienação dos imóveis no prazo prefixado, nem quitada a dívida, como alternativa oferecida, para fiel observância de regra resultante da livre manifestação de vontade dos pactuantes, seria inconcebível que se exigisse da Caixa a

obrigação de assinar escrituras de vendas, após a recalcitrância da empresa, em atender a compromisso firmado, nos moldes assinalados. Não importa o valor do débito. O certo é que estava a ré em situação jurídica favorável, de sorte a poder, se o quisesse, e o quis, recusar a complementação operativa de negócios, em circunstâncias desta ordem.

Não pode prevalecer o argumento segundo o qual a negativa da Caixa em lavrar as duas últimas escrituras de venda conduziu a prejuízos que merecem ser reparados. Ainda que dessa atitude possam ter ocorrido os danos alegados, *ad argumentandum*, ainda assim a responsabilidade pelos mesmos somente seria cabível se o procedimento da Caixa infringisse norma jurídica ou de natureza contratual, o que não aconteceu, na espécie, como visto. Muito pelo contrário, a amparar a medida está o seguinte dispositivo do Código Civil, de perfeita adequação ao caso:

«Art. 1.092. Nos contratos bilaterais, nenhum dos contraentes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento do outro».

Ora, não seria justo exigir-se da ré o cumprimento de compromisso, se a autora era a única contratualmente inadimplente. Não importam, para o Direito, apelos de ordem sentimental, principalmente quando invocados para pedir indenização à qual não está obrigada a parte adversa.

Demais disso, a condenação em perdas e danos, na forma da conclusão da r. sentença, estaria vinculada, se fosse o caso, à comprovação cabal dos prejuízos decorrentes de ato ilícito. Primeiro, não houve ato ilícito, consoante demonstrado; segundo, as provas carreadas ao processo não conduzem ao seu convencimento firme.

Discute-se muito a respeito de uma possível insolvência da autora resultante da repercussão da falta de lavratura das escrituras. Isto não está provado. É verdade que o perito do Juízo, ao responder o quesito 15 (fl. 259) atesta, de forma simplista, que do ato em alusão decorreu a insolvência, fazendo remissão, para justificar a afirmativa, aos Anexos 15 e 16, que correspondem ao pedido judicial de concordata. É ver-se que tal elemento não pode se constituir em prova absoluta, para os fins desejados. Aliás, a petição com a qual a autora solicitou a decretação de sua insolvência (fl. 139) infirma a assertiva, ao proclamar, em suas alegações, verbis:

«2) De algum tempo a esta data, encontra-se a referida firma, malgrado os esforços e o trabalho incansável do suplicante e seus auxiliares, em difícil situação financeira, em decorrência da crise por que atravessa o mercado imobiliário, agravada pela notória inflação que onera o país».

Do próprio laudo oficial, verifica-se que a insolvência da empresa não poderia ser creditada ao procedimento da ré, posto que decorria ela de um processo anterior de dificuldades financeiras. Com efeito, o balanço de 1968 já apresentava déficit, o qual, evidentemente, não pode ser atribuído ao fato realçado (cfr. fl. 254).

Restaria indagar: qual o prejuízo a ser reparado? Houve contratos rescindidos ou não celebrados, por força da medida imposta pela Caixa? A indenização sugerida pela perícia importaria, tão-somente, em cobrir os déficits da sociedade, no período a que se refere a declaração de fls. 387/390, vale dizer, abrangendo todo o prazo de instabilidade financeira e econômica, para o qual inexistem provas de ter sido a recusa legítima da CEF a motivadora do processo

gradual de insolvência iniciado em 1968, quando se sabe que somente em meados de 1971 aconteceu a negativa para a lavratura das escrituras.

Como visto, não há base sólida, fática ou jurídica, para a condenação cogitada.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo retido da ré e dou provimento ao apelo da mesma, para julgar a ação improcedente, condenando a autora nas custas e honorários, que fixo em 10% sobre o valor dado à causa, prejudicado, em consequência, o seu recurso.

### VOTO

O Sr. Ministro José Cândido (Revisor): Também nego provimento ao agravo retido. No mérito, entendo que não estão configuradas as hipóteses sugeridas pelo autor, como causas determinantes de sua difícil situação econômica, por cuja responsabilidade deva responder a suplicante.

De fato, observa-se que nenhum dano foi praticado pela Caixa Econômica Federal, em razão da denúncia do Banco Nacional da Habitação, motivada pela carta de Álvaro Ferreira Gonçalves (doc. de fl. 144).

Evidencia-se, pelas demais provas dos autos, que não houve, por parte da ré, qualquer difamação que lhe possa ser imputada.

Também não vejo como o fato ocorrido com a venda de duas unidades do Ed. São Francisco Xavier nº 989 tenha ocasionado o desequilíbrio econômico-financeiro da suplicante.

Em virtude dessas circunstâncias, estou inteiramente de acordo com as razões expendidas pela Caixa Econômica Federal, logo após transcrever os balanços da firma suplicante, entre os anos de 1968 a 1975. A sua situação já se mostrava deficitária

«antes de obter o financiamento da Caixa Econômica Federal» (fl. 450).

E do memorial da ré, essa passagem:

«A continuidade dos prejuízos nos exercícios subseqüentes também não se justifica, pois, é sabido e notório que as vendas continuaram tendo o total atingido a 110 unidades (doc. de fls. 282/285), em 31-12-81. Por esse motivo, cabe a pergunta: o que foi feito com os lucros dessas vendas e onde foram aplicados esses recursos? É curial a afirmativa de que o Sr. Adolpho Zuccolo, na qualidade de principal acionista da firma, prestou-lhe aval (como pessoa física) para socorrer a empresa em suas dificuldades financeiras e, por isso, sendo forçado a declarar sua própria insolvência, culpando a ré desse infortúnio».

Por essas considerações, e por tudo mais que dos autos consta, dou provimento ao recurso da Caixa Econômica Federal para julgar im-

procedente a ação. Condene a suplicante ao pagamento de custas e honorários advocatícios à base de 10% sobre o valor atribuído à causa. Prejudicado o recurso da autora.

É o meu voto.

#### EXTRATO DA MINUTA

AC nº 68.414-RJ — Rel.: O Sr. Min. William Patterson. Aptes.: Caixa Econômica Federal e Zuccolo Imóveis S.A. Adpos.: Os mesmos.

Decisão: A Turma, preliminarmente e por unanimidade, negou provimento ao agravo retido e, no mérito, também por unanimidade, deu provimento ao recurso da Caixa Econômica Federal, para julgar improcedente a ação, prejudicado o recurso da autora. (Em 11-12-81 — 2ª Turma).

Os Srs. Mins. José Cândido e Evandro Gueiros Leite votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Evandro Gueiros Leite.

#### APELAÇÃO CÍVEL Nº 69.801 — RN

Relator: O Sr. Ministro Adhemar Raymundo

Apelante: União Federal

Apelado: João Marcelino de Sales

#### EMENTA

Direito civil.

Ação de reintegração de posse. Indispensável ter o autor perdido a posse, via esbulho do réu. Se este ocupa o imóvel, de boa-fé, caracterizada está a posse, ante a ausência de vícios. Cumpre à União, pelo órgão competente, Serviço de Patrimônio, promover o levantamento dos terrenos ocupados, para fins de inscrição e cobrança da taxa de ocupação, a teor do disposto no art. 2º do Decreto-Lei nº 1.561/77.

#### 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 ao agravo retido e à apelação, na forma do re-

latório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 18 de outubro de 1983. (Data do julgamento). — Ministro Carlos Madeira, Presidente, Ministro Adhemar Raymundo, Relator.

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Adhemar Raymundo (Relator): A União Federal propôs ação contra João Marcelino Sales, visando a reintegrar-se na posse de uma área de terreno de marinha.

Alegou que o réu requereu ao Delegado do Serviço do Patrimônio da União, em 29 de dezembro de 1976, o aforamento de uma área medindo 4 hectares e 2 mil metros, situada na praia «Barra do Rio», no município de Extremoz-RN, ao argumento de que a tinha beneficiado com plantação de coqueiros e com cerca de madeira.

Em razão disso, determinou aquela autoridade diligência para verificação, *in loco* do alegado pelo réu, tendo os funcionários que a realizaram informado que, presumivelmente, tratava-se de área de propriedade da União, e que as benfeitorias eram recentes.

Por isso, foi intimado o invasor por Edital, para exibir os títulos comprobatórios de seus direitos, transcorrendo o prazo de 60 dias, sem que o mesmo atendesse à intimação, considerando-se, assim, a ilegalidade da ocupação, materializada em esbulho a menos de ano e dia.

Inicial instruída com os docs. de fls. 10/53.

Contestou o réu, sustentando, preliminarmente, a existência ou conflito de competência, pois requereu a reunião de todas as ações existentes no município de Extremoz, tendo por objeto terrenos de marinha situados na praia «Barra do Rio», e, ainda, a extinção do processo, por falta de interesse legítimo para agir de parte da União, uma vez que, após a vigência do Decreto-Lei nº 1.561/77, o interesse da União nessas ações desapareceu, e que a posse não é clandestina e nem ilegal, pois a repartição competente foi informada no pedido de aforamento, com planta e documentos que mencionavam a área e suas limitações.

No despacho saneador o Dr. Juiz Federal repeliu as preliminares argüidas.

Realizou-se a audiência de instrução e julgamento, ocasião em que as partes apresentaram suas alegações finais, em forma de memoriais.

Do despacho saneador, o réu interpôs agravo retido.

Sentenciando, o Dr. Juiz Federal julgou improcedente o pedido.

Inconformada, apelou a União.

Contra-arrazoou o réu.

A douta Subprocuradoria-Geral da República opinou pelo provimento da apelação.

É o relatório.

### VOTO

O Sr. Ministro Adhemar Raymundo (Relator): Tenho como renunciado o agravo retido.

O argumento único da inicial, via da qual a União propôs ação de reintegração de posse contra o réu, ocupante de terreno de marinha, é o de que a sua posse está viciada pela clandestinidade. Como demonstrado, na sentença, ante a lição dos mestres, na hipótese inexistente este vício. Como provado, nos autos, «o réu não procurou ocultar a sua posse da autora. Tanto não o fez que, em data de 29 de setembro de 1976, requereu o aforamento, juntando planta da área e declarando a existência de benfeitorias». A assertiva do digno e culto magistrado do primeiro grau assenta em prova documental (V. fl. 11). Evidentemente, a ocupação não se fez à sorrelfa, como dito pela autora.

Mas além de embasar a sua pretensão nesse fato, clandestinidade da posse, descaracterizado ante os elementos probatórios, invoca-se o artigo 71 do Decreto-Lei nº 9.760, de 1946, que soa:

«Ocupante de imóvel da União sem assentimento desta poderá ser sumariamente despejado...»

Parágrafo único. Excetua-se dessa disposição os ocupantes de boa-fé, com cultura efetiva e moradia habitual...»

Induvidosamente, quem ocupa terreno de marinha e pede, via requerimento, seja legalizada a sua situação junto ao Serviço de Patrimônio da União, como fizera o réu, age de boa-fé.

Finalmente, com a edição do Decreto-Lei nº 1.561, de 1977, torna-se evidente o propósito do Poder Público em admitir qualquer ocupação dos terrenos de marinha, contanto que o ocupante pague a respectiva taxa. Proibida, pois, como expresso no artigo 1º, a ocupação gratuita. Igualmente, na linha dessa estatuição normativa, o artigo 2º do diplo-

ma legal citado é explícito em determinar que o Serviço de Patrimônio da União promova o levantamento dos terrenos ocupados, para efeito de inscrição e cobrança da taxa de ocupação.

Do expendido, certa a conclusão de que a ocupação da área considerada de propriedade da União, por ser terreno de marinha, podia ser efetivada pelo réu, sem que constitua ato clandestino, ante a sua manifesta vontade de legalizar essa ocupação, máxime, em se tratando de terreno sobre o qual a União garante o exercício de posse, ainda que sobre ele tenha direito dominial.

A pretensão reintegratória da posse há de ser protegida, judicialmente, quando o autor prova ter sido esbulhado. Se isso inoocorre, não há como acolher-se o pedido. Não se argumente que o domínio é da União. Certo. Mas, dada a peculiaridade da situação fática, pertinente a terreno de marinha, legítima a posse do ocupante, sem que esse direito (para mim real) exclua o domínio do ente público. O direito de propriedade, por si só, na hipótese, não legitima o uso da ação possessória, quando o ocupante tem posse de boa-fé.

Diante do expendido, nego provimento à apelação.

É o meu voto.

#### EXTRATO DA MINUTA

AC nº 69.801-RN — Relator: Sr. Ministro Adhemar Raymundo. Apte.: União Federal. Apdo.: João Marcelino de Sales.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo retido e à apelação. (3ª Turma, em 18-10-83).

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 70.075 — MG

Relator: O Sr. Ministro Carlos Mário Velloso

Apelante: IAPAS

Apelada: Cia. Siderúrgica Belgo-Mineira

## EMENTA

Tributário. Contribuições previdenciárias. Decadência. Prescrição. Carvoeiros. Relação de emprego. Segurado obrigatório.

I — Contribuição previdenciária é tributo, sujeita, como tal, às regras legais atinentes ao regime tributário, inclusive quanto aos prazos de decadência e de prescrição do CTN, artigos 173 e 174.

II — O crédito tributário se constitui pelo lançamento (CTN, art. 142), que lhe imprime condição de exigibilidade, formalizando-se em auto de infração ou notificação fiscal (Decreto nº 70.235/72, art. 9º). Os recursos, na esfera administrativa, são formas de suspensão da exigibilidade do crédito fiscal (CTN, art. 151, III). Se há apenas suspensão da exigibilidade do crédito fiscal, constituído, então, já se encontra este quando da interposição dos recursos administrativos. Destarte, enquanto os recursos administrativos estão pendentes, não há mais que se falar em decadência (CTN, art. 173). Essa causa de suspensão da exigibilidade do crédito fiscal é, também, causa de suspensão da prescrição, em obséquio ao princípio da actio nata, que comanda o instituto da prescrição.

III — Inocorrência, no caso, de prescrição.

IV — Pequeno empregado — carvoeiro da Cia. Sid. Belgo-Mineira — sem capacidade econômica para arcar com os riscos do negócio, que trabalhava na fabricação de carvão em terrenos e matas da companhia siderúrgica, era, em realidade, empregado desta. E não podia ser considerado trabalhador rural, porque exercia o seu trabalho numa atividade essencial da indústria. Sua sujeição, portanto, ao regime previdenciário.

V — Recurso provido.

## ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos, em que ficam fazendo parte integrante os acima indicados:

Decide a 4ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, dar provimento ao apelo, na forma do relatório e notas taquigráficas anexas que ficam fazendo parte do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 11 de maio de 1981 (Data do julgamento) — Ministro Carlos Mário Velloso Presidente e Relator.

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Carlos Mário Velloso: A r. sentença recorrida, às fls. 138/142, assim relata a espécie:

«A Companhia Siderúrgica Belgo-Mineira, devidamente qualificada nos autos, propõe Ação Anulatória de Débito Fiscal contra o Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social — IAPAS, pelos seguintes fundamentos:

1. Expediu-se contra a requerente o Auto de Infração e respectivos Termos de Verificação de Débito, como especificado. A suplicante recorreu à via administrativa, tendo o Instituto mantido a cobrança. Argüi-se a nulidade do Auto de Infração, pois não se mencionam os nomes dos empregados a que se referem. Ocorreu a decadência ou prescrição, pois o Auto de Infração nº 28.772, de 15 de junho de 1962, foi aprovado pelo IAPAS após 13 (treze) anos de sua expedição, pela Decisão — Notificação nº 32/75, de 15-12-75. No mérito, não há que se falar em empregados, pois os carvoeiros nunca o foram da autora. A produção de carvão é atividade rural, tendo sido «carvoeiros» excluídos da vinculação ao antigo IAPETC. Com o advento do Estatuto do Trabalhador Rural passaram os rurais a serem amparados, mas pela Previdência Rural. Cita doutrina e jurisprudência. Pela Lei Complementar nº 16, de 30 de outubro de 1973, os trabalhadores rurais tiveram seu enquadramento no PRORURAL. Cita a Lei Complementar nº 11, de 25 de maio de 1971. Pelo que requer a procedência da ação anula-

tória de débito fiscal. Procuração e documentos às fls. 16/54.

2. Contestação: Não houve prescrição, pois que em curso o pertinente processo administrativo. Deve-se rejeitar a arguição de nulidade. É destituída de interesse a tese da não-vinculação trabalhista dos carvoeiros. Cita o Parecer nº ATJ — 570/78 da Assessoria Jurídica do Conselho de Recursos da Previdência Social. Pede a improcedência da ação»

..... (fls. 138/139).

A sentença, ao cabo, acolheu a preliminar de prescrição do crédito fiscal. Examinou, todavia, o mérito da questão e deu pela procedência da ação.

Assim o dispositivo da sentença:

«Por estes fundamentos e pelo que consta dos autos, acolho a preliminar de prescrição, e, no mérito, julgo procedente a ação, pelo que cancelo o Auto de Infração nº 28.772, de 15 de junho de 1962, desconstituindo o crédito tributário lançado, e condeno o Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social ao pagamento de honorários do advogado da autora, à razão de 10% (dez por cento) do valor dado à causa, e ao pagamento de honorários periciais, no valor adiantado pela autora, como reembolso. Isento de custas na forma da lei».

.....  
Argumentou, basicamente:

«Vê-se, portanto, que, constituído o crédito tributário pelo lançamento, contra o qual se apresentou reclamação e recurso, deixou o Instituto fluir o prazo prescricional, sem interpor medida hábil para interrompê-lo, qual seria, nos termos do art. 174, parágrafo único, inciso II, o protesto judicial.

Pelo que declaro prescrito o débito ora exigido»

.....  
(fl. 140).

«No mérito, o problema se envolve com a discussão da existência de vínculo empregatício, quanto aos trabalhadores rurais.

As contribuições aqui cobradas se referem a período anterior ao da edição da Lei nº 4.214/63, como consta dos documentos de fls. 18/19, ou seja, são cobradas contribuições referentes a 1960 e 1961. Não se pode nem mesmo invocar a Lei Complementar nº 11, de 25 de maio de 1971.

Esta lei complementar foi que estendeu ao trabalhador rural o Programa de Assistência ao Trabalhador Rural. Se antes dela os trabalhadores rurais não gozavam dos benefícios previdenciários, não se vê como pudessem as empresas estarem vinculadas a recolhimentos a tais títulos.

Somente através da Lei nº 4.214/63 é que se configurou juridicamente a figura do trabalhador rural, definida no artigo 2º. No mesmo diploma no § 1º do art. 3º, é que se deu relevância jurídica à atividade agroindustrial.

Não há, pois, amparo legal, de ordem trabalhista ou previdenciária, para cobrança dos débitos levantados»

.....  
(fl. 141).

Apelou o IAPAS (fls. 144/150 - lê).  
Resposta às fls. 152/161.

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

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Carlos Mário Veloso (Relator): Começo por acentuar, por primeiro, que a contribuição previdenciária tem natureza tributária, assim, sujeita às regras legais atinentes ao tributo, inclusive aquelas que dizem respeito aos institutos da decadência e da prescrição do crédito fiscal.

Reporto-me, no particular, ao decidido pela Eg. 3ª Turma, na AC nº 41.990-SP, de que fui Relator. No voto que então proferi, invoquei e fiz anexar cópia de voto que ditei na AMS nº 79.964-SP, em que a questão foi também debatida (Rev. TFR, 67/65).

Mais recentemente, nas AACC nºs 62.738-SP, 47.985-SP, 58.907-RS, 63.533-SP e 59.829-SP, voltei a reexaminar o assunto.

Por ocasião do julgamento do incidente de uniformização de jurisprudência havido na AC nº 58.664-SP, que acabou não se ultimando, por entender a Eg. Segunda Seção que não seria oportuna a uniformização, tendo em vista a edição da Lei nº 6.830, de 1980, deixei claro o meu pensamento a respeito. Faço anexar cópia do referido voto, para boa compreensão da matéria.

## II

In casu, o lançamento fiscal ocorreu em 15-6-62, tendo havido recursos na área administrativa, recursos que só foram solucionados em janeiro de 1979 (fl. 87).

Na AC nº 41.990-SP, acima mencionada, pretendi deslindar a questão da contagem dos prazos de decadência e de prescrição no lançamento das contribuições previdenciárias (Rev. TFR, 67/65).

Reitero o entendimento lá sustentado.

## III

Convém não deslembrar, por outro lado, que o CTN, Lei nº 5.172, de 1966, entrou em vigor a partir de 1-1-67 (art. 218).

Até então, tinha vigência o art. 144 da LOPS, que sem distinguir, estabelecia em 30 (trinta) anos os prazos de decadência e de prescrição do crédito previdenciário.

Sabe-se que a lei nova que abrevia prazos de decadência e de prescrição deve ser interpretada e aplicada assim: a) se o saldo do prazo, segundo a lei velha, é inferior ao prazo da lei nova, observa-se o prazo da lei nova, observa-se o prazo da lei antiga; b) se o saldo é superior ao prazo da lei nova, observa-se o prazo desta, a partir da entrada em vigor da lei nova.

No caso, tem-se a hipótese sub b, suso.

Até 1-1-67, vigorando o art. 144 da LOPS, tinha-se que o saldo do prazo era superior ao prazo de 5 (cinco) anos da lei nova, artigos 173 e 174, CTN.

Feito o lançamento em junho de 1962, o prazo de prescrição de cinco anos, do art. 174, CTN, contar-se-ia, em princípio, a partir de 1-1-67. E já não seria correto falar-se em decadência, por isso que o lançamento já fora realizado, vale dizer, o débito já fora constituído em junho de 1962.

Contar-se-ia, em princípio, o prazo de 5 (cinco) anos, a partir de 1-1-67.

Acontece, todavia, que os recursos interpostos pela embargante, na área administrativa, após a realização do lançamento, por constituírem causa de suspensão da exigibilidade do crédito (CTN, artigo 151, III), constituíram-se, também, em obséquo ao princípio da *actio nata*, que comanda o instituto da prescrição, em causa de suspensão desta.

Neste sentido, aliás, é pacífica a jurisprudência deste Egrégio Tribu-

nal. Na AC nº 51.308-MG, de que fui Relator, decidiui a Egrégia 3ª Turma:

Tributário — Decadência — Prescrição — Recurso Administrativo — Princípio da *actio nata* — CTN, arts. 142, 151, 173 e 174 — Decreto nº 70.235/72, art. 9º.

I — O crédito tributário se constitui pelo lançamento (CTN, art. 142), que lhe imprime condição de exigibilidade, formalizando-se em auto de infração ou notificação fiscal (Decreto nº 70.235/72, art. 9º).

II — As reclamações e os recursos, na esfera administrativa, são formas de suspensão da exigibilidade do crédito tributário (CTN, art. 151, III). Se há apenas suspensão da exigibilidade do crédito tributário, constituído então, já se encontra este quando da interposição da reclamação ou do recurso administrativo. Destarte, enquanto os recursos administrativos estão pendentes, no Conselho de Contribuintes, não há falar em decadência (CTN, art. 173).

III — Tendo em vista o princípio da *actio nata*, que comanda o instituto da prescrição, suspensão da exigibilidade do crédito tributário (CTN, art. 151, III), não é possível falar-se em prescrição, cujo prazo somente começa a fluir a partir do momento em que o crédito se torna exigível, vale dizer, após a solução definitiva do recurso administrativo interposto pelo contribuinte. Inteligência dos arts. 174 e 151, III, CTN.

IV — Recurso provido.»

Ora, se os recursos da apelada, na área administrativa, somente foram resolvidos, definitivamente, em janeiro/1979, a partir daí é que começou a fluir o prazo prescricional do art. 174, CTN. Ajuizada a ação anulatória em outubro do mesmo ano, é

fácil verificar que prescrição não ocorreu, in casu

Dou provimento, no particular, ao apelo do IAPAS.

#### IV

No mérito, o lançamento diz respeito ao período setembro de 1960 a dezembro de 1961, incidente sobre pagamentos feitos pela autora, ora apelada, a carvoeiros, pessoas que trabalhavam na produção de carvão vegetal e que a apelada denomina «empreiteiros», ou que seriam, no entendimento desta, trabalhadores rurais.

O laudo pericial, às fls. 112/118, esclarece que «os pagamentos relacionados pela fiscalização em seu relatório não se referem a pagamento de salários a trabalhadores mas a pagamentos a empreiteiros de carvão», que recebiam «um pagamento normal pelo fornecimento de carvão e ainda prêmios de produção e outros valores pela construção de barracos, conservação de estradas, construções de fornos e serviços correlatos» (fl. 113).

Acontece que tais serviços — produção de carvão — são essenciais à atividade da autora-apelada, uma siderúrgica que utiliza, em seus altos fornos, o carvão vegetal.

Isto é fora de dúvida.

Os carvoeiros, por outro lado, que a apelada denomina de empreiteiros, são pessoas humildes, que habitam o interior de Minas, comumente na região onde o carvão vegetal é produzido, e que, na realidade, não tinham condições de assumir empreitada nenhuma. Sob esse nome, tenta-se mascarar uma realidade.

É o que deflui da prova pericial.

Os «empreiteiros» recebiam os pagamentos mensalmente (fl. 116); não

havia contrato escrito de empreitada (fl. 117), certo que os pagamentos eram registrados «em livro especial denominado Diário dos Carvoeiros» (fl. 116). Esses pagamentos, outrossim, feitos mensalmente, caracterizavam: produção de carvão, reparo de cercas, reparação de benfeitorias, transporte de carvão, construções de fornos, prêmios de produção de carvão (fl. 116). De outro lado, «a madeira empregada na fabricação de carvão pertence, ou melhor, é plantada em terrenos de propriedade da autora. A autora também adquire matas em pé de propriedade de terceiros...» (fl. 116).

A prova pericial é expressa no afirmar que os carvoeiros, que a apelada denomina «empreiteiros», «são pessoas sem condição econômico-financeira». É verdade que acrescenta: «mas que podem trabalhar com a ajuda de companheiros na produção de carvão e assim cumprir o compromisso com a autora de apresentar um número de metros cúbicos de carvão, de acordo com as necessidades a que se propôs junto à autora» (fl. 117). Esta afirmativa, todavia, reforça o entendimento de que não passavam esses carvoeiros de miseráveis indivíduos, autênticos cumpridores de ordens da apelada, assim autênticos empregados desta, «empreiteiros», que, por não poderem contratar empregados a fim de atenderem às necessidades da autora, podiam «trabalhar com a ajuda de companheiros na produção de carvão e assim cumprir o compromisso com a autora...» (fl. 117). Essa «ajuda de companheiros», aliás, decorre de mera presunção do perito, já que este não aponta o dado objetivo em que se fundamentou para fazer a afirmativa. O que deflui da prova pericial é, em verdade, o seguinte: o que os miseráveis carvoeiros empreitavam nada mais era senão a sua força de trabalho.

Os carvoeiros, empreiteiros de uma única coisa que dispunham, a sua força de trabalho, assim os seus braços e o seu suor, não passavam, em realidade, de empregados da apelada. É que o contrato de trabalho, todos sabemos, é um contrato realidade.

Ademais, os Tribunais têm decidido, num rol de casos, iterativamente, que os pequenos empreiteiros, pessoas sem condição econômica de assumirem os riscos de um contrato de empreitada, não passam de simples empregados, ou empreiteiro-operário (CLT, art. 652, III).

## V

De outro lado, o entendimento no sentido de que os carvoeiros da apelada seriam trabalhadores rurais, assim excluídos do regime da Previdência Social, não encontra amparo na legislação vigente à época da prestação do trabalho (1960/1961).

É que essa prestação de trabalho dava-se numa atividade essencial da apelada. Esta, conforme já falamos, é uma siderúrgica, que utiliza, nos seus altos fornos, o carvão vegetal. Sem esse carvão a atividade industrial da apelada não prosperaria. Observada, então, a finalidade do trabalho desenvolvido pelos carvoeiros, devem os mesmos ser enquadrados, para fins previdenciários, como industriários, ou empregados de uma indústria, assim segurados obrigatórios do INPS.

Tenho como acertada a exegese posta nas razões de recurso, às fls. 149/150, nestes termos:

.....

«Face ao período a que se refere ao levantamento do débito, ora sub *judice*, o exame da questão não pode ser feito senão à luz das disposições legais, aplicáveis à espécie,

na época do fato gerador do débito. A LOPS, Lei nº 3.807, de 26 de agosto de 1960, na sua primitiva redação dispunha que seriam excluídos do seu âmbito os trabalhadores rurais, assim entendidos, os que cultivam a terra.

Claro está que a fabricação de carvão (atividade típica do carvoeiro), embora exercida em área rural e mediante processo rudimentar, não era e não é atividade caracterizada como rural, para fins previdenciários, filiando-se, portanto, à época, ao ex-IAPI, estando, neste caso, não só o «carvoeiro» como o oleiro, o carpinteiro, o eletricitista, o tratorista, etc.

Não obstante, o artigo 3º do Regulamento da LOPS (Decreto nº 48.959-A, de 1960) em fazendo menção ao artigo 7º, letra b, da CLT, dava preponderância à finalidade das operações da empresa. Seja por uma ou outra interpretação, porém, não podem ser considerados trabalhadores rurais os relacionados no levantamento do débito, cuja anulação é objeto desta ação, a uma porque não cultivam a terra e a duas porque, notoriamente, a apelada Cia. Siderúrgica Belgo-Mineira, como o próprio nome indica, sem dúvida é uma indústria de siderurgia, e, como tal, abrangida pelo regime da LOPS.

Em suma, a própria lei a ser aplicada (artigo 3º da LOPS) se encarregou de aclarar o texto por exclusão, pois somente os trabalhadores rurais que cultivassem a terra não seriam filiados ao Instituto de Previdência. Os outros, porém, seriam, obviamente, como os carvoeiros. Frise-se que a filiação à Previdência Social decorre automaticamente do exercício da atividade remunerada, compreendida no regime da LOPS (art. 6º da Lei nº 3.807/60). Portanto, qualquer ar-

razoado, decisão, pareceres, jurisprudência com fulcro em leis ou decretos posteriores, tratando da espécie, como pretende a apelada, são despiciendos e de nenhum valor para o desate justo da questão.

Finalmente, com respeito à dúvida levantada pela apelada (não examinada e apreciada pelo MM. Juiz a quo), se os carvoeiros seriam empregados ou empreiteiros, há que se ver que os ditos carvoeiros tinham vínculo empregatício com a apelada, caracterizados que são os requisitos do artigo 3º da CLT. É irrelevante a ausência de contrato de trabalho, devidamente formalizado, mesmo porque qualquer avença (contrato de empreitada entre as partes, firmada, escrita ou verbalmente, será nula de pleno direito, desde que venha desvirtuar as normas tutelares trabalhistas (artigo 9º da CLT).

Nas respostas aos quesitos constantes do laudo de fls. 112/118, transluz-se a condição de autênticos empregados. De fato, é difícil conceber os cognominados carvoeiros como empreiteiros se seus serviços são dirigidos, fiscalizados e remunerados pela empresa, a apelada, seja na produção do carvão, produzido este em terras da própria Companhia, ou em «matos em pé», adquiridos de terceiros, além de que todo material e mão-de-obra, como seja: construção de fornos, barracas e limpeza de estradas, linhas etc., são fornecidos e pagos pela Companhia».

## VI

Diante do exposto, dou provimento ao apelo, para o fim de julgar improcedente a ação, invertidos os ônus da sucumbência: a apelada pagará as custas, salário dos peritos e honorários advocatícios de 10% (dez por cento) do valor da causa.

## INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA NA AC Nº 58.664 — SP

### VOTO

O Sr. Ministro Carlos Mário Velloso (Relator): Impõe-se, em verdade, a uniformização da jurisprudência do Tribunal, tendo em vista a divergência ocorrente a respeito do tema, conforme esclarecido no relatório.

Conheço, de conseguinte, do incidente.

### II

Neste voto, procuraremos equacionar a questão nos seus diversos aspectos, presente, inclusive, a Lei nº 6.830, de 22-9-1980, publicada no DO de 24-9-1980, que entrou em vigor 90 (noventa) dias após a data de sua publicação.

#### 1. As contribuições previdenciárias: Natureza Jurídica.

A contribuição previdenciária tem natureza tributária (Constituição Federal, art. 165, XVI, art. 21, § 2º, I, sem a EC nº 8, de 1977; CTN, art. 217). Se assim não fosse, inconstitucional seria ela, leciona Geraldo Ataliba, porque «qualquer exigência de dinheiro que faça o Estado aos sujeitos à sua soberania, somente pode configurar tributo, requisição ou confisco. «Banco Nacional da Habitação — Contribuição dos Empregadores — Natureza Jurídica — Fato Gerador», RDA, 83/408. Exigida compulsoriamente, ajusta-se à definição de tributo (CTN, art. 3º), irrelevante a destinação legal do produto da sua arrecadação para a conceituação de sua natureza específica (CTN, art. 4º, II).

De um modo geral, ensina o saudoso Rubens Gomes de Souza («Natureza Tributária da Contribuição do

FGTS», RDA, 112/27; RDP, 17/305), tanto na doutrina nacional quanto na estrangeira, é dominante a tese no sentido de que o gênero tributo se triparte em impostos, taxas e contribuições. Pontes de Miranda, entretanto, adota a divisão bipartida do tributo em impostos e taxas. Nas taxas, faz incluir as contribuições. Estas seriam uma subespécie daquelas («Comentários à Constituição de 1967, com a EC nº 1/69», II/362-363 e 371).

Geraldo Ataliba sustenta que os tributos são vinculados ou não vinculados, segundo a consistência da hipótese de incidência, ou fato gerador («Hipótese de Incidência Tributária», RT, 1973, págs. 131 e segs.; «Apontamentos de Ciências das Finanças, Dir. Financeiro e Tributário», RT, 1969, págs. 192 e segs. «Considerações em torno da teoria jurídica da Taxa», RDP, 9/43). Esse critério distintivo foi adotado por Hector Villegas («Curso de Finanzas, Derecho Financiero Y Tributário», págs. 74 e segs.) e acolhido por Rubens Gomes de Souza (RDA, 112/33-34; RDP, 17/309). Não vinculado é o tributo cuja hipótese de incidência independe de qualquer atividade específica do Estado em relação ao contribuinte, ou cuja hipótese de incidência é um fato qualquer que não seja atuação estatal. Vinculado é aquele cuja hipótese de incidência seja uma atividade específica do Estado.

Escreve Ataliba:

«Em outras palavras: a materialidade do fato descrito na h. i. (aspecto material da h.i.) de todo e qualquer tributo ou é uma (1) atividade estatal ou (2) outra coisa qualquer. Se for uma atividade estatal o tributo será (1) vinculado. Se um fato qualquer, o tributo será (2) não vinculado. «Geraldo Ataliba» «Hipótese de Incidência Tributária, cit., pág. 141).

Os tributos não vinculados são os impostos; os vinculados são as taxas e as contribuições especiais. Estas, as contribuições, se distinguem das taxas no seguinte: «A hipótese de incidência da taxa é uma atuação estatal diretamente, imediatamente referida ao obrigado. A h. i. da contribuição é uma atuação estatal indireta, mediadamente referida ao obrigado» («Hip. de Incid. Trib.», pág. 164).

Entende Ataliba, pois, que «as contribuições não se confundem com as taxas, nem com os impostos, mas também não constituem gênero que a eles se oponha. São espécies de tributo vinculado, ao lado da taxa. Desta se distingue por um *quid plus* na estrutura da materialidade da h.i.» («Hip. de Incid. Trib.», pág. 193).

Mas, pela exposição que vimos de ver, sem embargos de Ataliba considerar as taxas e as contribuições espécies de tributo vinculado — e os tributos, para esse autor, são vinculados e não vinculados, tão-só pode-se afirmar não ser desarrazoada a tripartição do gênero tributo nas espécies: impostos, taxas, contribuições.

O saudoso Rubens Gomes de Souza, que acolhe a concepção tripartida, entende que «a contribuição é um gênero de tributo suscetível de subdivisão em várias espécies. E isto em face do que dispõem (genericamente) a Constituição Federal no art. 21, § 2º, I, e (especificamente) a mesma Constituição Federal nos arts. 163, parágrafo único, 165, XVI, e 166, § 1º, e o CTN no art. 217, nºs I a V» (RDA, 112/39; RDP, 17/314).

Então, acrescentamos, 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.

Assenta-se, relativamente à contribuição previdenciária, como premis-

sa fundamental, que é ela um tributo. Alguns autores, como Ataliba, já falamos, classificam-na ou como imposto (a contribuição do empregador), ou como taxa (a contribuição do empregado), presente a divisão dos tributos em vinculados e não vinculados («Hip. de Inc. Trib.», pág. 193; «Sistema Const. Trib. Brasileiro,» 1968, págs. 184 e segs.). Este é, também, o entendimento de Marco Aurélio Greco, conforme exposto na RDP, 19/385.

Esses autores não estão errados. A conclusão a que chegam está embasada em dados científicos. Entretanto, acho que, diante do direito positivo brasileiro (CTN, art. 217), as contribuições previdenciárias, que são tributos, podem e devem ser classificadas ou como contribuições, ou como contribuições parafiscais, observada, todavia, a lição de Ataliba:

«A designação contribuição parafiscal 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...» («Hip. de Inc. Trib.», pág. 201).

Conceituada, pois, como tributo, genericamente, ou como contribuição, ou contribuição parafiscal, *in specie*, mas sem caráter parafiscal autônomo, ao contrário, pois, da doutrina exposta por Morselli, que foi repudiada, no Brasil, entre outros, conforme esclarece Rubens Gomes de Souza (RDA, 112/pág. 43; RDP, 17/316), por A. Baleeiro («Uma Introdução à Ciência das Finanças », «Limitações Const. ao Poder de Tributar»), Ulhoa Canto («Alguns Aspectos Jurídico-Const. da Parafiscalidade do Brasil», *Arquivo Financeiro*, 5/36), A.A. Becker («Teoria Geral do Dir. Trib.», pág. 349), Geraldo Ataliba («Regime Const. da Parafis-

calidade», RDA, 86/16) e pelo próprio Rubens Gomes de Souza (RDA, 112/27; RDP, 17/305), desta forma tributo, pois, ditas contribuições estão sujeitas às regras legais atinentes ao tributo, já que integram o sistema tributário (A. Baleeiro, «Dir. Tribut. Brasileiro,» Forense, 1ª ed., 1970, págs. 68 e 571; Geraldo Ataliba, «Hip. de Incid. Trib.» pág. 201; Rubens Gomes de Souza, «A Prev. Social e os Municípios», RDA, 115/41).

I.I. — A Emenda Constitucional nº 8, de 1977.

A Constituição de 1967, com a EC nº 1, de 1969, dispunha, no seu art. 21, § 2º, I:

«Art. 21. ....  
§ 2º A União pode instituir:

I — contribuições, nos termos do item I deste artigo, tendo em vista intervenção no domínio econômico e o interesse da previdência social ou de categorias profissionais»;

Essa disposição constitucional, art. 21, § 2º, I, está-se a ver, liquidava, irremediavelmente, com as opiniões dos que negavam o caráter tributário das contribuições previdenciárias.

Por tal razão, percebeu-a o eminente Ministro Moreira Alves em voto proferido no RE nº 86.595-BA (RTJ 87/271), «e para retirar delas o caráter de tributo, a Emenda Constitucional nº 8/77 alterou a redação desse inciso, substituindo a expressão «e o interesse da previdência social» por «e para atender diretamente à 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 art. 43 da Emenda nº 1/69 («Art. 43. Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, dispor sobre todas as matérias de competência da União, es-

pecialmente ... X — contribuições sociais para custear os encargos previstos nos arts. 165, itens II, XIII, XVI e XIX, 166, § 1º, 175, § 4º, e 178»....»

E concluiu o douto Ministro que a alteração «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 nº 27 à Emenda Constitucional nº 8), contribuições como a devida ao Funrural tinham a natureza tributária. Deixaram de tê-la a partir da Emenda nº 8».

Concordo com o eminente Ministro Moreira Alves, que é dos maiores juristas do país, quando S. Exa. escreve que o elaborador da Emenda Constitucional nº 8, ao mudar a redação do inciso I do § 2º do art. 21 da EC nº 1, pretendeu retirar da contribuição previdenciária o seu caráter tributário. Divirjo, todavia, data venia, quando S. Exa. conclui no sentido de que o legislador constituinte conseguiu o seu intento.

É que, como ensina o saudoso Rubens Gomes de Souza «o enquadramento da previdência social no sistema tributário é decorrência lógica, senão necessária, de sua conceituação como atividade própria do Estado» (RDA, 115/84). Assim ocorre no direito tributário comparado, nos dá notícia Rubens, que cita alguns exemplos ilustrativos, mencionando a Itália, a França, a Espanha e a América espanhola, para concluir:

«Essa é, efetivamente, a orientação dominante, para não dizer pacífica, aqui e no estrangeiro, portanto sem vinculação a um sistema jurídico determinado. Em toda a pesquisa que pude fazer, só encontrei Lionello Levi Sandri, autor não tributarista, que atribuisse, especificamente ao financiamento da previdência social, um caráter

que, por ser parafiscal, o colocaria numa categoria própria de receitas — de resto não cabalmente definida, mas distinta das receitas tributárias» (RDA, 115/87).

A teoria de Emanuele Morselli («Le Finanze degli Ente Publici non Territoriali», Pádua, 1943), no sentido de que seria possível a distinção do tributo fiscal do tributo parafiscal, no sentido de que este seria regido por normas especiais, encontrou, já mencionamos, tanto na doutrina estrangeira, quanto na brasileira, franca oposição. Na Itália, pátria de Morselli, busco em Rubens Gomes de Souza a informação, «os tributaristas ... são unânimes em definir as exações parafiscais, previdenciárias ou outras, como tributos. Assim, Giannini, Cocivera, Micheli, Ingrosso (Giovanni), Ingrosso (Gustavo), Zingali, e outros que seria fastidioso enumerar ...» «Na França, Laufenburger polemizou diretamente com Morselli. Além dele, Jean-Guy Merigot, Laferrière-Waline, Trotabas, Duverger e Lucien Mehl, todos concluíram que o chamado tributo parafiscal é imposto com destinação determinada...» («Na Espanha, entre os comentaristas da Lei de Reforma Tributária de 1958, Vicente-Arche afirma a natureza tributária das cotas de previdência social e a impossibilidade de defini-las como categorias jurídicas de outra natureza. E, em estudo especificamente dedicado às exações parafiscais, Vicente Torres Lopes esclarece que quanto a elas o objetivo da citada lei de 1958 foi quádruplo: a) suprimir de maneira categórica (de modo tajante) a possibilidade de serem criadas a não ser por lei votada pelas Cortes, b) delegar por prazo certo ao executivo a revalidação por decreto das existentes cuja revogação tácita pudesse ocasionar «problemas insuperáveis», c) considerar «suprimidas e portanto ilegais» as não revalidadas pelo executivo no prazo previsto,

d) submeter as assim revalidadas ao regime normal aplicável aos tributos». No Brasil, ainda em 1954, quando Morselli aqui esteve, preferindo conferência no Rio de Janeiro, foi ele duramente contestado; anteriormente, Milton Campos já apontava o equivoco do professor italiano («Instituto do Açúcar e do Alcool — Fixação de sobrepreço — Inconstitucionalidade». Rev. Forense, Rio, 1953, vol. 145, pág. 69, ap. Rubens Gomes de Souza, ob. cit., RDA, 115/91). «Posteriormente», escreve Rubens Gomes de Souza, «além dos escritos de Baleeiro já referidos (6-2-5), a doutrina brasileira firmou sua posição em vários trabalhos, nos quais se percebem ecos do debate havido em 1954 com o próprio Morselli. Assim, cronologicamente: Sylvio Santos Faria Buys de Barros, Gilberto de Ulhoa Canto, Alfredo Augusto Becker, Walter Barbosa Corêa, Geraldo Attaliba» e o próprio Rubens Gomes de Souza. «Todos esses trabalhos, sem discrepância, concluem pela natureza tributária das exações parafiscais, cuja validade constitucional depende de se qualificarem como impostos ou como taxas: embora alguns admitam tratar-se, em certos casos, de tributos sui generis reunindo características de uma e de outra daquelas figuras, como nota Becker sem concordar» (RDA 115/90-92).

Deste último, Alfredo Augusto Becker, convém que se transcreva a lição, para boa percepção do seu pensamento. Escreve:

«A doutrina tem demonstrado que as «contribuições parafiscais» não constituem uma natureza jurídica de tributo sui generis nem tributo de natureza mista, porém, em determinados casos, são simples impostos com destinação determinada, e, noutros, verdadeiras taxas.

E a «contribuição parafiscal» possui a referida natureza jurídica

porque a destinação do tributo, a sua maior ou menor proporção (em relação à base de cálculo) e a posição do sujeito passivo em relação à hipótese de incidência do tributo, não exercem qualquer influência sobre a natureza jurídica do tributo». Alfredo Augusto Becker «Teoria Geral do Direito Tributário», Saraiva, 2ª ed., 1972, pág. 350).

O simples fato, pois, de ter a EC nº 8, de 1977, alterado a redação do inciso I do § 2º do art. 21 da EC nº 1, de 1969, dali retirando a contribuição previdenciária, não seria suficiente para alterar-lhe a natureza jurídica. Não seria colocando um nome de mulher num homem que este deixaria de ser homem.

O que importa, repito, é a natureza jurídica do instituto.

Este, como vimos, define-se em razão de certos princípios científicos, e o tributo é caracterizado pela sua essência jurídica, vale dizer «ser prestação pecuniária compulsória em favor do estado ou de pessoa por este indicada (parafiscalidade), que não constitua sanção de ato ilícito (não seja multa), instituída em lei (não decorrente de contrato). Sendo tal, a prestação pecuniária será tributo e estará sob a disciplina dos princípios jurídico-tributários inseridos na Constituição e nas leis de normas gerais complementares», leciona Sacha Calmon Navarro Coelho ao comentar o acórdão do Supremo Tribunal, no RE nº 86.595-BA (Revista da Faculdade de Direito da UFMG, Belo Horizonte, nº 21, maio de 1979, pág. 463).

Perfeita a colocação do mestre mineiro, ao escrever:

«Considerar que uma prestação pecuniária compulsória imposta unilateralmente aos cidadãos, tendo por causa ou «fato gerador» uma situação lícita qualquer (ter renda, ser proprietária, exportar,

ser empregador, possuir o estabelecimento mais de 100 empregados, ter imóvel valorizado por obra pública, receber serviços do estado) ora é tributo, ora não o é, desorganiza a tarefa, por si só árdua, de aplicação do direito à vida. A grande valia do Código Tributário Nacional foi ter sistematizado a disciplina jurídica básica do tributo, dando-lhe organicidade e condições de aplicação. Superou, por assim dizer, o caos que vigia antes de sua implantação, quando a União, os Estados e os Municípios, aos milhares, cada qual possuía a «sua legislação», com os seus «conceitos» e os «seus prazos» e onde cada tributo tinha a «sua lei e o seu regulamento» (Ob. e loc. cit., pág. 464).

O que ocorreria, em razão da alteração promovida pela EC nº 8, de 1977, antevê-se, é uma situação pior para a previdência social. E que, com a redação do art. 21, § 2º, I, da EC nº 1, de 1969, poderia o Executivo, através de ato seu, nas condições e nos limites estabelecidos em lei, alterar as alíquotas e bases de cálculo da contribuição previdenciária (art. 21, I, ex vi do disposto no § 2º, I, do mesmo artigo, sem a EC nº 8, de 1977).

Não se legisla, em verdade, impunemente.

## 2. A decadência e a prescrição das contribuições previdenciárias.

Anteriormente ao CTN, os institutos da decadência e da prescrição eram tratados de maneira não uniforme.

No que tange às contribuições previdenciárias, no regime anterior à LOPS, o saudoso Ministro Oscar Saraiva preconizou que a elas se aplicavam as mesmas regras que vigoravam para a prescrição da dívida ativa da União, lembra Albino Pereira da Rosa («Das Autarquias Fede-

rais em Juízo», monografia inédita que o autor remeteu-me).

Escreveu o Ministro Oscar Saraiva, a respeito:

«1. As instituições de previdência social são órgãos delegados da União Federal e por ela criadas para atender aos seguros sociais cuja manutenção a Constituição prevê. E as relações desses organismos com os particulares alcançados pelo seu regime decorrem de lei e não de simples atos de vontade. No que toca às contribuições devidas aos Institutos e Caixas da Aposentadoria e Pensões, elas se equiparam àquelas devidas ao próprio Estado, tanto que a respectiva cobrança se faz pela via do executivo fiscal aos juízos da Fazenda Pública, sendo privilegiados nos processos de falência os créditos delas decorrentes.

«2. Frente a esses postulados, que hoje constituem verdades pacíficas ao alcance de todos, seria descabido, conforme se pretende, aplicar-se à prescrição das contribuições devidas às instituições de previdência, e no caso o Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Marítimos, ante a omissão da lei, as regras do art. 178, § 1º, incisos II e III, do Código Civil, que alcançam as obrigações de natureza privada, quando o certo é que se lhe devem aplicar as mesmas regras que vigoram para a prescrição da dívida ativa da União Federal, dos Estados e dos Municípios, isto é, das pessoas de direito público interno, entre as quais se alinham, sem qualquer dúvida, as autarquias.

«3. Assim, nesse terreno, caberia apenas questionar-se a prescrição que vigora, se é a trintenária prevista no art. 179 do Código Civil, o qual alude às obrigações não especificadas, se a do Decreto nº 857, de 12 de novembro de 1851,

que estabelecia o prazo prescricional de 40 anos, ou se são imprescritíveis os créditos da Fazenda» (Previdência Social-Prescrição da Dívida Ativa das Autarquias» in RDA, vol. I, Fasc. II, pág. 716) (Ap. Albino Pereira da Rosa, ob. cit.).

Tal como ocorreu com os créditos tributários de modo geral em que «chegou-se, com apoio de autoridade não menor que a de Clóvis Beviláqua, à tese de serem tais direitos e ações imprescritíveis», pelo fato de «serem os bens públicos inalienáveis a não ser nos termos da lei expressa» (Rubens Gomes de Souza, «A Prev. Social e os Municípios,» RDA 115/94), tal como ocorreu, repito, com os créditos tributários de modo geral, também com relação às contribuições previdenciárias não faltou quem sustentasse a sua imprescritibilidade. Neste sentido opinou Moacyr Velloso Cardoso de Oliveira: «as contribuições devidas aos Institutos e Caixas pelos empregadores que lhes são filiados, mesmo quando se trata de pessoas de direito público, são imprescritíveis, ex vi do art. 168, IV, do Cód. Civil, pelo caráter de «mandatários» legais, de que se revestem os empregadores perante aquelas instituições, a esse respeito. «A Prescrição das Contribuições Devidas aos Institutos e Caixas», in «Industriários», 7/23-27 e 32, ap. Albino Pereira da Rosa, ob. cit.).

Com o advento da LOPS, Lei nº 3.807, de 26-8-1960, art. 144, estabeleceu-se a prescrição trintenária para a dívida ativa da previdência social.

Vindo a lume o Código Tributário Nacional, Lei nº 5.172, de 25-10-1966, com vigência a partir de 1º de janeiro de 1967, que estabeleceu prazos de extinção dos direitos, substantivos ou de ação (CTN, art. 173 e art. 174), fixou-se a doutrina, de forma praticamente unânime, no sentido de que tais prazos, de decadência e de pres-

crição, atingiam, também, as contribuições previdenciárias, tendo em vista a natureza tributária destas, noutras palavras, o art. 144 da LOPS, «cedeu o passo ao CTN, inclusive quanto aos sujeitos passivos não estatais, ante a configuração tributária das obrigações a que se refere a LOPS» (Rubens Gomes de Souza, ob. cit., RDA 115/101), revogado, assim pelo CTN, artigos 173 e 174, o artigo 144 da LOPS.

Esta sempre foi a minha opinião, manifestada em votos, no Tribunal Federal de Recursos, como, por exemplo, nas AACC nºs 41.990-SP, 50.134-SP, 42.410-MG, 45.591-RS, 37.674-CE, 49.059-DF e AMS nº 79.964-SP, que contaram com a anuência dos meus eminentes pares. Nas AACC 40.694-SP, Relator Ministro Decio Miranda, e 47.631-RS, Relator Ministro Jarbas Nobre, não foi outro entendimento da 2ª Turma (Ap. Jorge Franklin Alves Felipe, Previdência Social», 1979, nota 28, págs. 138/139).

No EAC nº 40.694-SP, de que fui Relator, o Plenário da Segunda Seção ratificou o entendimento (Julg. de 9-9-1980). Também no EAC nº 50.134-SP, Relator Ministro Miguel Ferrante, o Plenário da Segunda Seção reiterou tal modo de entender.

No EAC nº 40.694-SP, ficou assim ementado o acórdão:

«Tributário. Contribuição Previdenciária. Decadência e Prescrição. LOPS, art. 144, CTN, arts. 173 e 174. Cód. Civil, art. 168, IV.

I — Contribuição previdenciária é tributo, assim sujeita às regras de decadência e prescrição dos artigos 173 e 174 do Código Tributário Nacional, que revogam o art. 144 da LOPS.

II — Impossibilidade de distinção entre a contribuição do empregador e do empregado, de forma a fazer prevalecer, quanto a esta úl-

tima, o art. 144 da LOPS, com base no art. 168, IV, do Código Civil.

### III — Embargos rejeitados».

2.1. O § 9º do artigo 2º da Lei nº 6.830, de 1980: Disposição inovadora — prescrição trintenária.

Acontece que o § 9º do art. 2º da Lei nº 6.830, de 22-9-80, dispôs:

«Art. 2º .....

§ 9º O prazo para a cobrança das contribuições previdenciárias continua a ser o estabelecido no artigo 144 da Lei nº 3.807, de 26 agosto de 1960».

O que quer dizer, afinal, a lei, em termos assim cabalísticos, no que tange à prescrição das contribuições previdenciárias?

Para os que sustentam, sob o ponto de vista formal, que o CTN é lei complementar, todo ele, o § 9º do art. 2º da Lei nº 6.830, de 1980, não quer dizer nada, por isso que não poderia a lei ordinária alterar a lei complementar. No conflito pois, entre essa disposição legal, § 9º do art. 2º da Lei nº 6.830/80, com o art. 174, CTN, prevalece este.

Para nós, todavia, que analisamos o CTN sob o ponto de vista material, no sentido de que somente as regras postas no CTN, que configuram normas gerais de direito tributário, é que constituem lei complementar (CF, art. 18, § 1º), as demais, que não se incluem nessa categoria, não passam de lei ordinária, a questão não se resolve com simplicidade.

A primeira indagação que devemos responder é se o § 9º do art. 2º da Lei nº 6.830, de 1980, constitui norma legal interpretativa.

Pensamos que não.

Porque a lei interpretativa deve declarar, de regra, expressamente, que ela assim o é, ou no seu texto, ou mesmo no seu preâmbulo.

A Lei nº 6.830, de 1980, não contém tal declaração.

De outro lado, ao que vimos de ver, a doutrina, praticamente unânime, sustenta o caráter tributário das contribuições previdenciárias, de modo a sujeitá-las aos princípios e regras do sistema constitucional tributário e do Código Tributário Nacional. Geraldo Ataliba lembra que Baleeiro escreveu que «as contribuições parafiscais, em resumo, são tributos e, como tais, não escapam aos princípios da Constituição» (Direito Tributário Brasileiro, 7ª ed., pág. 571). Esta consideração levou Rubens Gomes de Souza a observar que «...a frase de Baleeiro pode ser assim explicitada: as exações parafiscais são tributos e, como tais, isto é, como impostos, ou taxas, ou contribuições, não escapam aos princípios da Constituição» (RDP 17/317). Geraldo Ataliba, «Estudos e Pareceres de Dir. Tributário» RT, 1978, pág. 26).

Ora, a frase no sentido de que o legislador pode tudo, há de ser entendida em termos. O legislador não pode interpretar uma lei já revogada, com o fito de dizer que tal revogação não existiu. O que pode ele fazer, em caso, assim, é inovar, restaurando a norma revogada, mas, jamais, dizer que uma lei revogada continua em vigor, mesmo porque a conceituação de uma lei como interpretativa tem consequência séria: a lei interpretativa é retroativa (Betti, «Interpretazione della legge e degli atti giuridici», Milano, 1949, § 26, Roubier «Le droit transitoire», Paris, 1960, p. 56), ou, na lição de Savigny («Syst del Dir. Rom.», 1886, § 32) e de Gierke («Deutsches Privatrech.», § 18), citados por R. Porchat («Curso Elementar de Dir. Romano», Duprat. & Cia., 1907, I/418), é uma nova lei, com cunho de obrigatoriedade, que estende os seus efeitos ao passado, fazendo com que a lei antiga seja entendida e aplicada no sentido pres-

crito», assim exceção ao princípio da irretroatividade da lei.

O que entendemos, pois, é que a Lei nº 6.830, de 1980, art. 2º, § 9º, contém regra inovadora, no sentido de que restaura a eficácia do art. 144 da LOPS. O CTN, no seu art. 174, o revogara. Lei posterior, todavia, a Lei nº 6.830, de 1980, art. 2º, § 9º, Lei de direito substantivo processual, o restaurou. Como nos incluímos entre os que entendem que a disposição inscrita no art. 174, CTN, é de direito substantivo processual, e não norma geral de direito tributário (CF, art. 18, § 1º), assim lei ordinária, admitimos possa lei ordinária estabelecer prazo de prescrição diferente para determinado tributo.

A conclusão a que chegamos, pois, é que o crédito decorrente das contribuições previdenciárias, inobstante o seu caráter tributário, a partir da vigência da Lei nº 6.830, de 1980, fica sujeito à prescrição trintenária.

2.2. A decadência do crédito previdenciário e o § 9º do artigo 2º da Lei nº 6.830, de 1980.

O que se disse, acima, no tocante à prescrição, não se aplica, todavia, ao instituto da decadência do direito à constituição do crédito previdenciário.

O § 9º do art. 2º da Lei nº 6.830, de 1980, diz respeito, apenas, ao prazo para a cobrança das contribuições previdenciárias, vale dizer, cuida, tão-só, da extinção temporal da ação de cobrança. Prevalece, então, a regra inscrita no art. 173 do CTN, que estabelece prazo de caducidade do direito de constituição do crédito tributário.

O lançamento do crédito previdenciário dá-se por homologação. Reporto-me, no particular, aos votos que proferi, com o acolhimento dos meus eminentes pares, nas AACC 41.990-SP; 50.134-SP, 47.730-SP e AMS 78.381-RJ.

Essa interpretação parece-nos harmonizar-se com a disposição inscrita no parágrafo único do art. 80 da LOPS, Lei nº 3.807, de 1960, que estabelece que as empresas sujeitas ao seu regime deverão guardar, durante cinco anos, os comprovantes dos lançamentos, para os efeitos do artigo 81.

### 3. CONCLUSÃO

Meu voto, em conclusão, é no sentido de que, com a vigência do Código Tributário Nacional, ficaram as contribuições previdenciárias sujeitas aos prazos de prescrição e de decadência ali previstos (CTN, artigos 173 e 174). Todavia, vindo a lume a Lei nº 6.830, de 22-9-1980, publicada no DO de 24-9-80, que entrou em vigor 90 (noventa) dias após a data de sua publicação, restaurada ficou a prescrição trintenária referente às contribuições previdenciárias, sem inovação, entretanto, com relação à decadência, que continua regida pelo art. 173, CTN.

Proponho, de conseguinte, que a Eg. Corte edite súmula com o seguinte enunciado:

As contribuições previdenciárias, até a vigência da Lei nº 6.830, de 22-9-1980, estavam sujeitas à prescrição quinquenal do artigo 174 do Código Tributário Nacional.

Referência:

Código Tributário Nacional, artigo 174. Lei nº 3.807, de 26-8-1960, artigo 144. Lei nº 6.830, de 22-9-1980, artigo 2º, § 9º Incidente de uniformização de jurisprudência na AC nº 58.664-SP.

A Secretaria da Eg. Segunda Seção dará cumprimento ao disposto no art. 109 do Regimento Interno. Os autos, após a publicação do acórdão,

voltarão à Turma, para julgamento da causa.

#### EXTRATO DA MINUTA

AC nº 70.075-MG — Rel.: O Sr. Min. Carlos Mário Velloso. Apte.: IAPAS. Apda.: Cia. Siderúrgica Belgo-Mineira.

Decisão: A Turma, por unanimidade deu provimento ao apelo. 11-5-81 — 4ª Turma.

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

#### APELAÇÃO CÍVEL Nº 70.278 — MG

Relator: O Sr. Ministro Geraldo Sobral

Apelante: Parma S.A. Indústria e Comércio

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

#### EMENTA

Processual civil. Nulidade. Ausência de prejuízo.

I — Não pode argüir nulidade a parte que lhe deu causa (CPC, art. 243).

II — Não se repetirá o ato, nem se lhe suprirá a falta, quando não prejudicar a parte (CPC, art. 249, § 1º).

III — Apelação desprovida.

#### ACÓRDÃO

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

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

Custas como de lei.

Brasília, 23 de maio de 1983 (Data do julgamento) — Por motivo de licença deixa o presente Acórdão de ser assinado pelo Sr. Ministro-Presidente. Ministro Moacir Catunda, Presidente — Ministro Geraldo Sobral, Relator.

#### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Geraldo Sobral (Relator): Parma S.A. Indústria e Co-

mércio apela da sentença prolatada pelo Juízo de Direito da Segunda Vara da Comarca de Ubá, do Estado de Minas Gerais, que julgou improcedentes os embargos opostos à execução fiscal promovida pelo IAPAS.

A recorrente alega que a citação e a penhora realizadas pelo Sr. oficial de justiça são nulas, por não ter sido testemunhada a recusa do representante legal da executada em apor o ciente no mandato judicial, bem como por não constar do auto de penhora o nome correto do instituto exequente (fl. 49).

Recebido o apelo e apresentadas as contra-razões de fls. 52/53, foram remetidos os autos a este egrégio Tribunal.

É o relatório, sem revisão, nos termos regimentais (art. 33, IX, do RI/TFR).

## VOTO

O Sr. Ministro Geraldo Sobral (Relator): O apelo da embargante não pode prosperar, em face do que dispõe o art. 243 do Código de Processo Civil, in verbis:

«Art. 243. Quando a lei prescrever determinada forma, sob pena de nulidade, a decretação desta não pode ser requerida pela parte que lhe deu causa».

O mesmo princípio acha-se inscrito nas letras do art. 203 do Código de Processo Civil Português, litterim:

«Não pode argüir a nulidade a parte que deu causa a ela ou que renunciou à argüição, expressa ou tacitamente».

Dizem os doutos: Nemo de improbitate sua consequituractionem.

Se a parte motivou a nulidade, não poderá alegá-la, posteriormente, a seu favor.

Ademais, a alegada nulidade formal não lhe trouxe qualquer prejuízo.

O representante legal da executada, em tendo recusado apor o seu ciente no mandato judicial, não deixou de ser citado, posto que, de tudo

ciente, embargou a execução, no prazo legal.

Os franceses afirmam, com razão:

«Pas de nullité sans grief».

O parágrafo 1º do artigo 249 do Código de Processo Civil pátrio estabelece:

«O ato não se repetirá nem se lhe suprirá a falta quando não prejudicar a parte».

Como se vê, não tem razão a recorrente.

Isto posto, nego provimento ao recurso.

## EXTRATO DA MINUTA

AC nº 70.278-MG — Rel.: O Sr. Ministro Geraldo Sobral. Apte.: Parma S.A. Indústria e Comércio. Apdo.: Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social — IAPAS. Advs.: Drs. José Teixeira Pires (Apte.) e Rodrigo Domingos Peluso (Apdo.).

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso (Em 23-5-83 — 5ª Turma).

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

## APELAÇÃO CÍVEL Nº 74.696 — RS

Relator: O Sr. Ministro Carlos Augusto Thibau Guimarães

Apelante: Instituto Nacional de Previdência Social — INPS

Apelado: Ruy Gaspar Martins

## EMENTA

## Administrativo.

Aposentadoria, por tempo de serviço, de médico estatutário do antigo IAPI que ingressou na extinta autarquia como credenciado e também acumula proventos de Coronel Médico da mesma Brigada Militar do Estado do Rio Grande do Sul. Possibilidade de tal acumulação, posto que o servidor não é mais oficial médico da ativa. Entendimento do disposto nos pará-

grafos 4º e 9º do art. 93 da Constituição, combinados com o disposto no inciso IV do artigo 99 da Lei Maior. Se o médico é oficial da reserva desde junho de 1957, quando entrou para o IAPI como credenciado, nada obsta a que seja contado, para efeito da aposentadoria respectiva, o tempo de serviço que prestou à autarquia, desde aquele momento, tanto mais que ele foi beneficiado pela Lei nº 3.483/54.

Apelação a que se nega provimento.

### ACORDÃO

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, 2 de dezembro de 1983 (Data do julgamento) — Ministro Washington Bolívar de Brito, Presidente — Ministro Carlos Augusto Thibau Guimarães, Relator.

### RELATÓRIO

O Sr. Min. Carlos Augusto Thibau Guimarães: Trata-se de apelação em ação ordinária proposta por Ruy Gaspar Martins contra o Instituto Nacional de Previdência Social — INPS, objetivando a retificação dos proventos de sua aposentadoria como médico da autarquia.

Aposentado compulsoriamente, a partir de 10 de março de 1980, pelo INPS, como médico lotado na Coordenadoria Regional de Perícias Médicas (RS), com proventos proporcionais de 5/35 de seus vencimentos mensais, acrescidos de 10% da gratificação por tempo de serviço, alegou o autor que o órgão previdenciário computou, tão-somente, o tempo compreendido entre 17-5-75 a 10-3-80, quando o seu tempo de serviço, para efeito de aposentadoria, remontaria

a 30 de junho de 1957, quando ingressou no ex-IAPI.

Esclareceu que é coronel médico da reserva da Brigada Militar do Rio Grande do Sul a partir de 12-6-57 e professor estadual aposentado, a partir de 5-10-68, tendo requerido cancelamento de tal aposentadoria para permanecer apenas com duas situações funcionais.

E que, mantendo anteriormente três acumulações, recebeu do INPS determinação para optar, excluindo uma delas, preferindo, então, em dezembro de 1970, impetrar mandado de segurança que viesse a assegurar-lhe a manutenção das três acumulações.

Na via mandamental foi-lhe concedida medida liminar suspendendo-se-lhe o prazo para a opção, que era de 30 dias. O referido mandado de segurança foi julgado em janeiro de 1975, tendo sido negada a segurança e cassada a liminar.

Em decorrência, em 27-2-75, efetivou a opção, solicitando o cancelamento da aposentadoria de professor da Escola Superior de Educação Física da Secretaria de Educação e Cultura do Estado do Rio Grande do Sul, permanecendo, assim apenas com duas acumulações, quais sejam:

a) médico do INPS em atividade até 10-3-80;

b) coronel médico da reserva da Brigada Militar.

Sustenta o autor que o INPS não poderia considerar para aposentadoria somente o tempo de serviço que

se inicia a partir de 17-5-75, data em que foi publicado o cancelamento de sua aposentadoria como professor, já que seu ingresso no IAPI ocorreu em 30-6-57. Daí a ação.

Regularmente citado, o INPS contestou, alegando que, de 1-6-57 a 1-6-62, o autor prestou serviços como médico credenciado do IAPI, sendo equiparado a médico extranumerário mensalista, na forma da Lei nº 3.483/58 e de acordo com a Portaria nº 72.631/62, passando, assim, a servidor estatutário. Desta forma, tal período não poderia ser considerado tempo de serviço para aposentadoria.

Quanto ao tempo anterior a 17-5-75, não poderia ser computado sob pena de dar-se guarida a uma situação irregular do autor, que acumulava os proventos de coronel médico da reserva da Brigada Militar com os do cargo de médico da Previdência Social e de Professor da Escola Superior de Educação Física.

Estaria, assim, correto o entendimento aplicado na aposentadoria do autor (fls. 23/30).

As fls. 64/105 foi juntada cópia do processo administrativo, da qual as partes tiveram vista.

As fls. 110/115 o MM. Juiz Federal, Dr. Eli Goraieb, julgou a ação procedente.

Em suas razões de decidir entendeu o magistrado que a aposentadoria remontava a 30 de junho de 1957, pois que o cargo de médico do INPS foi acumulado de boa fé. Citou o magistrado a ementa do acórdão proferido na AC nº 52.253 — Relator o Sr. Ministro Washington Bolívar (DJ 13-11-1980, pág. 9 428). Entendeu, ainda, ser o período de médico credenciado computável para fim de aposentadoria, e mencionou a ementa do acórdão proferido no RO nº 812-MG — Relator o Sr. Ministro Armando Rollemberg — (DJ 8-4-74, pág. 2.186).

Inconformado, apelou o INPS às fls. 117/122, tendo o Autor apresentado suas contra-razões às fls. 124/126.

Nesta instância, pelo autor, foi juntada nova promoção à fl. 131.

É o relatório.

### VOTO

O Sr. Min. Carlos Augusto Thibau Guimarães (Relator): Deseja o autor, ora apelado, que o apelante considere, para sua aposentadoria, o tempo de serviço prestado à Previdência Social desde o momento de seu ingresso no antigo IAPI, como médico credenciado, em 30-6-57 (há divergência com relação a essa data pois o próprio réu afirma que essa admissão ocorreu em 1-6-57), até o dia 17-5-75, data a partir da qual a autarquia passou a computar o respectivo tempo de serviço.

Embora não haja qualquer documento nos autos que comprove haver o apelado passado para a reserva como coronel médico da Brigada Militar do Rio Grande do Sul, o apelante aceitou como válida a alegação do interessado de que tal fato ocorreria a 12-6-57. Tenho, assim, como provada essa alegação (art. 334, III, do CPC).

Nesse mesmo mês de junho de 1957 (no dia 1º, segundo o INPS, ou no dia 30, segundo o apelado), o autor passou a prestar serviços à autarquia como médico credenciado até que, em 1-6-62, foi equiparado à condição de médico extranumerário mensalista, nível 17, passando, em consequência, a ser considerado servidor estatutário do IAPI.

Como acumulasse seus proventos de coronel médico da reserva da Brigada Militar com vencimentos do cargo de médico autárquico, bem como com proventos de aposentadoria de professor estadual, foi obrigado a renunciar a uma das três situações e

abrir mão dessa última, já que não lograra êxito no mandado de segurança que impetrara na Justiça Federal.

Haveria mais uma quarta acumulação, a de médico clínico da Secretaria de Educação e Cultura, de que, no entanto, o autor se desvencilhara, segundo o próprio INPS.

Em vista dessa opção que o autor fizera, concluiu o INPS pela licitude da acumulação de proventos de oficial médico da reserva da Brigada Militar com vencimentos do cargo de médico autárquico (fls. 24/25) até que essa declaração de licitude, meses depois, foi anulada pela entidade previdenciária sob o fundamento de que a ressalva constitucional, quanto à proibição de acumular, de médicos militares, não se aplicaria ao apelado por não ser ele ocupante de cargo em comissão ou contratado para prestação de serviços técnicos ou especializados, mas sim ocupantes de cargo estatutário (Emenda Constitucional nº 1/69, art. 93, § 9º).

Estava assim posta a questão quando sobreveio a aposentadoria do apelado, que foi atingido pela compulsória em 10-3-80.

Resolveu então a autarquia pagar-lhe proventos correspondentes a 5/35 do respectivo vencimento por entender que só deveria ser computado o tempo de serviço estatutário a partir de 17-5-75, incoerentemente, aliás, com o novo entendimento que passou a adotar, de que o servidor sempre incorrera em acumulação proibida de cargos.

Se ele sempre incidira em acumulação ilícita, não seria a partir de 17-5-75 que essa acumulação se tornaria lícita para permitir-lhe validamente computar o quinquênio que remanesceu até o momento de sua aposentadoria. Aliás, a considerar-se ilícita tal acumulação nem essa aposentadoria seria viável.

Ocorre que o INPS não está interpretando corretamente os artigos 93, parágrafos 4º e 9º, da Emenda Constitucional nº 1/69, porque esqueceu-se de conjugá-lo com o artigo 99, inciso IV, do Estatuto Maior.

Somente interpretando-se sistematicamente tais dispositivos é que se poderá fazer uma correta exegese da proibição constitucional de acumulação de cargos, quando se tratar de médico militar, até porque os dois últimos Estatutos dos Militares (Leis nºs 5.774/71 e 6.880/80), em seus artigos 33, § 3º, e 29, § 3º, respectivamente, ressalvam a possibilidade de acumulação do posto militar com atividade técnico-profissional no meio civil, não sendo esse o ponto de divergência na jurisprudência deste Tribunal, mas outro, como veremos a seguir.

O dissenso que havia na 1ª Seção deste Tribunal diz respeito apenas à possibilidade de o oficial médico da ativa acumular o posto com o cargo ou emprego de médico no serviço público.

Filio-me à corrente que conclui pela negativa e que, aliás, predominou no incidente de uniformização de jurisprudência apreciado pela Primeira Seção em 15-6-83, cujo veículo foi a AMS nº 94.649-PA, distribuída à 2ª Turma, e cujo Relator foi o eminente Ministro Gueiros Leite.

Naquela assentada, a Seção, por maioria, decidiu que é impossível a acumulação se o oficial médico estiver na ativa, vencidos os Senhores Ministros Gueiros Leite, José Cândido e Leitão Krieger.

No caso dos autos, o interessado é coronel médico da reserva da Brigada Militar do Rio Grande do Sul que, como Polícia Militar que é, considerada reserva do Exército, traz seus integrantes subordinados à mesma disciplina, inclusive no tocante ao que estabelece a Constituição Federal (art. 13, § 4º).

O apelado está na reserva desde junho de 1957.

Nada obsta, portanto, a que ele acumule proventos da reserva com vencimentos do cargo, até a data em que se aposentou neste último, momento em que passará a acumular proventos com proventos.

Mesmo no tocante ao período em que ele foi credenciado do IAPI, de junho de 1957 a junho de 1962, tal acumulação é permitida, pelo menos a partir de 30-6-57, sendo nesses meses e ano que ele foi transferido para a reserva.

O apelante contestou que esse credenciamento pudesse ser considerado uma prestação de serviço sob a forma de vínculo empregatício.

Ocorre que tal credenciamento ensejou a equiparação do apelado aos extranumerários mensalistas e, conseqüentemente, a efetivação.

Essa equiparação foi determinada em conformidade com a Lei nº 3.483/54, diz o documento de fl. 34,

tendo beneficiado a empregados da União e de suas autarquias. O seu artigo 1º, parágrafo único, excluiu de sua incidência todos aqueles que prestavam serviços sem qualquer vínculo.

Ora, se o próprio IAPI considerou o apelado alcançado pela Lei nº 3.483/54, não há o que se discutir, ele era empregado.

Por todos esses fundamentos, nego provimento à apelação.

É o meu voto.

#### EXTRATO DA MINUTA

AC nº 74.696-RS — Relator.: O Sr. Min. Carlos Thibau. Apelante: INPS. Apelado: Ruy Gaspar Martins.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação (Julg.: 2-12-83 — 1ª Turma).

Os Srs. Ministros Washington Bolívar e Leitão Krieger votaram de acordo com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Washington Bolívar.

#### APELAÇÃO CÍVEL Nº 74.764 — SE

Relator: O Sr. Ministro Carlos Augusto Thibau Guimarães

Apelante: Maria Ilza de Almeida Carmelo

Apelada: União Federal

#### EMENTA

Previdenciário. Pensão militar. Viúva eclesiástica de militar falecido que era desquitado de outra mulher.

Direito que se reconhece, ao benefício em favor da companheira que, com o de cujus, viveu maritalmente durante muitos anos, com quem teve dois filhos, que por ele foi expressamente designada, de acordo com o parágrafo 3º do artigo 5º da Lei nº 4.069/62, e também nomeada sua testamenteira e legatária de toda a parte disponível de sua herança. Transferência da integralidade do pagamento das prestações do benefício da viúva do militar, também falecida, para a companheira, a partir do óbito daquela, já que a filha legítima do casal extinto, apesar de regularmente citada para integrar a lide, não se interessou pela questão.

## ACÓRDÃO

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

Decide a 1ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, dar provimento à apelação da autora para condenar a União Federal a pagar-lhe a pensão que antes era recebida por Natália Pizzi Gomes, a partir do óbito desta, tudo com juros de mora, contados da citação inicial, correção monetária a partir da vigência da Lei nº 6.899/81, honorários advocatícios de 15% (quinze por cento) sobre o que se apurar em liquidação e reembolso das custas, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 4 de outubro de 1983. (Data do julgamento) — Ministro Washington Bolívar de Brito, Presidente — Ministro Carlos Augusto Thibau Guimarães, Relator.

## RELATÓRIO

O Sr. Min. Carlos Augusto Thibau Guimarães: Trata-se de apelação em ação sumaríssima proposta por Maria Ilza de Almeida Carmelo contra a União Federal, objetivando recebimento de pensão militar.

Alegou a autora que viveu maritalmente com o General-de-Brigada José de Brito Carmelo, com quem era casada eclesiasticamente, desde 28 de dezembro de 1956. Com o militar falecido em 20 de março de 1978 a autora teve dois filhos: Jorge Augusto, nascido em 17 de dezembro de 1957, e Cristiane, nascida em 15 de janeiro de 1960.

Seu companheiro era desquitado de Natália Pizzi Gomes, desde 21 de novembro de 1956, a quem pensionava com 20% (vinte por cento) de seus vencimentos, e com quem tivera uma filha, Yeda Martins.

Por ocasião do falecimento do de cujus, pleiteou pensão junto ao órgão militar onde era dependente declarada, sendo-lhe negado o benefício, vez que o mesmo vinha sendo pago, proporcionalmente dividido, à ex-esposa, à filha desta, e à sua própria filha.

Entretanto, a ex-esposa do de cujus veio a falecer, em 27 de setembro de 1980, ocasião em que a autora voltou a pleitear a pensão, novamente negada pelo órgão militar, sob a alegação de que, tendo o de cujus sido casado civilmente excluído estaria o direito da esposa eclesiástica.

Terminou a autora por pedir que fosse a União Federal compelida a pagar-lhe a pensão deixada pelo General José de Brito Carmelo, na proporção do que sobejasse àquela parte que vem sendo paga à sua filha, ou que fosse a ela revertida a cota que cabia à ex-esposa (4/6) — fls. 2/6.

Junto documentos — fls. 8/21.

Realizada a audiência de conciliação (fls. 29/30) não houve possibilidade de acordo. A União Federal impugnou o valor da causa, em incidente que foi decidido em apartado, tendo o MM. Juiz fixado o valor em Cr\$ 142.719,84 (cento e quarenta e dois mil, setecentos e dezenove cruzeiros e oitenta e quatro centavos), sem que desse despacho houve recurso (fls. 11/11v do apenso).

Ainda em audiência, o Dr. Procurador da República fez juntar sua contestação escrita (fls. 31/32).

Na peça contestatória, a União Federal alegou que a pretensão da autora não encontraria guarida na legislação pertinente à matéria, ou seja, a Lei nº 5.774/71, art. 78, §§ 1º e 2º.

O feito prosseguia em seus trâmites normais quando o MM. Juiz Federal, verificando que a cota parte da falecida esposa desquitada do de cujus revertera em favor da filha de ambos, Yeda Martins, determinou à

autora que promovesse sua citação para integrar a lide como litisconsorte passiva (fl. 43v).

Citada, por carta precatória, para comparecer à audiência designada, a litisconsorte deixou de atender ao chamamento, tornando-se revel. Na referida audiência houve debate oral, reiterando as partes seus pronunciamentos anteriores (fls. 61/62).

A fls. 66/70, o MM. Juiz Federal, Dr. José de Castro Meira, julgou a ação improcedente.

Entendeu S. Exa. que a expressão «poderá destinar», contida no artigo 78, caput, da Lei nº 5.774/71, contém uma faculdade que não foi exercitada pelo de cujus, mesmo porque haveria o impedimento do § 2º do mesmo artigo, pois o ex-companheiro da autora fora compelido, judicialmente, a prestar alimentos à ex-esposa.

Inconformada, apelou a autora às fls. 74/76, tendo a União Federal contra-arrazoado às fls. 82/85.

Nesta instância, a douta Subprocuradoria-Geral da República, não tendo atentado para o incidente de impugnação ao valor da causa, em apenso, opinou pela aplicação do art. 4º da Lei nº 6.825/80, vez que o valor atribuído na inicial era de Cr\$ 20.000,00 (vinte mil cruzeiros) em dezembro de 1980 (fls. 89/90).

Sem revisão, ex vi do art. 33, inciso IX, do Regimento Interno desta Corte.

É o relatório.

#### VOTO

O Sr. Min. Carlos Augusto Thibau Guimarães (Relator): Pelo que se verifica dos autos, a apelante casou-se eclesiasticamente com seu companheiro em 28-12-56, com ele teve dois filhos, nascidos em 17-12-57 e 15-1-60, e sob sua dependência econômica viveu até a morte do militar, ocorrida em 20-3-78.

O companheiro inscreveu-a e as filhas como suas dependentes, perante o Instituto de Previdência do Estado de Sergipe (fl.12).

Pelo companheiro a autora foi também nomeada sua beneficiária da pensão militar, para os efeitos do parágrafo 3º do artigo 5º da Lei nº 4.069, de 11-6-62, tendo expressamente declarado, no respectivo documento, que assim o fazia por haver impedimento legal para o casamento civil dos dois (fl. 14).

E por ele foi ainda nomeada sua testamenteira e legatária de toda a parte disponível de sua herança (fls. 18).

O parágrafo 2º do artigo 78 da Lei nº 5.774/71 (Estatuto dos Militares) tem redação semelhante à do parágrafo 5º do artigo 5º da Lei nº 4.069/62, in verbis:

«Art. 5º —

§ 5º O servidor civil, militar ou autárquico, que foi desquitado, somente poderá valer-se do disposto nos parágrafos anteriores se não estiver compelido judicialmente a alimentar a esposa».

A 3ª Turma deste Tribunal, na Apelação Cível nº 62.920-RJ, Relator o eminente Ministro Lauro Leitão, por unanimidade, inobstante, decidiu o seguinte:

«Pensão — Companheira de Militar Reformado.

Companheira, por mais de 20 anos, de militar reformado e desquitado, em face do falecimento deste, propôs ação sumaríssima, a fim de habilitar-se ao recebimento da pensão militar, que já havia sido deferida em favor da ex-esposa do oficial falecido e das filhas do casal. A ação foi julgada procedente, em parte, para determinar-se a divisão da pensão entre a companheira e a esposa desquitada, com o que ficou ressalvada a parcela que esta recebia, em vida, em razão do desquite, e se atendeu ao disposto no

artigo 5º, § 5º, da Lei nº 4.069/63, e, ainda, à jurisprudência deste Egrégio Tribunal» (in Emen.: Jurisprudência TFR 37/210).

Essa é a jurisprudência deste Tribunal, que está atento ao fim social a que se dirige à lei e às exigências do bem comum.

Ao contrário do que entendeu o MM. Juiz a quo, o militar expressamente instituiu a autora como sua beneficiária da pensão militar (fls. 14).

Por outro lado, o óbito da viúva do General José de Brito Carmelo, ocorrido em 27-9-80, afasta qualquer argumento que, porventura, pairasse contra a pretensão da autora, cumprindo lembrar que a filha do casamento legítimo do militar, Yeda Martins, foi citada para integrar a lide no pólo passivo, mas deixou correr o processo à revelia, o que demonstra o seu desinteresse na respectiva solução.

Dou, por isso, provimento à apelação da autora para condenar a União Federal a pagar-lhe a pensão que antes era recebida por Natália Pizzi Gomes, a partir do óbito desta, tudo com juros de mora, contados da citação inicial, correção monetária a

partir da vigência da Lei nº 6.899/81, honorários advocatícios de 15% (quinze por cento) sobre o que se apurar em liquidação e reembolso das custas.

É o meu voto.

#### EXTRATO DA MINUTA

AC nº 74.764 -SE — Relator: O Sr. Ministro Carlos Augusto Thibau Guimarães. Apelante: Maria Ilza de Almeida Carmelo. Apelada: União Federal.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento à apelação da autora para condenar a União Federal a pagar-lhe a pensão que antes era recebida por Natália Pizzi Gomes, a partir do óbito desta, tudo com juros de mora, contados da citação inicial, correção monetária a partir da vigência da Lei nº 6.899/81, honorários advocatícios de 15% (quinze por cento) sobre o que se apurar em liquidação e reembolso das custas (Data do Julgamento em 4-10-83 — 1ª Turma).

Os Srs. Ministros Washington Bolívar e Leitão Krieger votaram de acordo com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Washington Bolívar.

#### APELAÇÃO CÍVEL Nº 74.900 — CE

Relator: O Sr. Ministro William Patterson

Apelante: Departamento Nacional de Obras Contra as Secas — DNOCS

Apelado: José Ferreira da Silva

#### EMENTA

Administrativo. Funcionário. Abandono de cargo. Demissão.

Comprovado que o servidor sofria de distúrbios mentais, o que ensejou a alteração de comportamento funcional, a culminar com a ausência prolongada ao trabalho, impõe-se o reconhecimento de não ter havido o desejo de abandonar o cargo.

Concepções doutrinárias sobre o conceito do ilícito.

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 do DNOCS, para confirmar a sentença e julgar procedente a ação, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgamento.

Custas como de lei.

Brasília, 15 de dezembro de 1981 (Data do julgamento) — Ministro Evandro Gueiros Leite, Presidente — Ministro William Patterson, Relator.

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro William Patterson: A matéria foi resumida nestes termos, pelo eminente Juiz Federal da Seção Judiciária do Estado do Ceará, Dr. Vicente Leal de Araújo:

«José Ferreira da Silva, qualificado à fl. 2, por meio de procurador regularmente constituído, promove Ação Ordinária contra o Departamento Nacional de Obras Contra as Secas — DNOCS, objetivando ser reintegrado em cargo público que ocupava naquela autarquia.

Na peça inaugural, alega o promovente, em síntese: a) que ingressou nos quadros do DNOCS em 17-6-1956, passando a sofrer de «problemas psiquiátricos» (sic) a partir de 1977, o que o levou a procurar tratamento em clínicas e hospitais da especialidade; b) que, mesmo assim, permaneceu em atividade, porém, sua enfermidade agravou-se em 1979, vindo a ser internado no Instituto de Psiquiatria do Ceará, no período de 17 a 20 de maio, e na Casa de Saúde São Gerardo, no período de 20 de maio a 8

de junho daquele ano; c) que tais internamentos foram comunicados ao órgão competente do promovido; d) que ainda não se encontra curado e continua o tratamento sob a orientação e acompanhamento do médico; e) que, inobstante a lamentável situação do promovente, conhecida pela administração do promovido, o Diretor-Geral da autarquia ordenou a instauração de processo administrativo, sob a alegação de abandono de cargo por parte do promovente; f) que a Comissão encarregada do procedimento opinou, no final, pela submissão do autor a exame perante junta médica, para constatar a presença ou não de alienação mental; g) que, do resultado deste procedimento administrativo, somente agora teve ciência o autor, quando soube de sua estranha e injustificável demissão, ocorrida em 12-6-1979; h) que durante o curso do processo administrativo, no qual não foi ouvido e considerado ausente, o autor se encontrava entorpecido e mentalmente perturbado, em decorrência do seu estado clínico e dos remédios ingeridos, «estando, portanto, completamente privado dos sentidos e da inteligência, razão por que foi-lhe negado o direito de defesa ampla, como lhe assegura o art. 153, § 15, da Lei Maior do País, fato que torna aquele procedimento viciado, ilegal e, conseqüentemente, nulo» (sic).

No final, pede que seja declarada a nulidade do aludido procedimento, determinando, em consequência, a reintegração do promovente no cargo que antes ocupava, com o pagamento integral dos vencimentos e vantagens vencidos no período do afastamento, restaurando todos os seus direitos.

Pede, ainda, que o réu seja condenado a pagar custas processuais, honorários de advogado, juntando

ao pedido os documentos de fls. 7/23 dos autos.

Citados o DNOCS e a União Federal, aquele contestou a ação, sustentando, em resumo: a) que o pedido não tem procedência, pois o autor não fez prova do alegado, sendo imprestáveis os documentos particulares acostados à inicial; b) que, de outra parte, o art. 98 da Lei n.º 1.711/52, estatui que o atestado ou laudo passado por médico particular só é admitido com firma reconhecida e após homologado pelo serviço médico da repartição; c) que os atestados médicos exibidos pelo autor não têm validade, seja porque não foram homologados, seja porque o promovido tem serviço médico próprio, seja por não apresentarem firma reconhecida; d) que o autor deixou de procurar o serviço médico da autarquia, sendo certo que o mesmo deixou o cargo premeditadamente, com o intuito de furtar-se ao pagamento de pensão à sua esposa; e) que não há nulidade no processo administrativo, pois o autor dele teve ciência, não tendo atendido à citação, em razão do que lhe foi designado defensor *ex officio*, que apresentou defesa; f) que, durante o procedimento, o autor foi submetido à junta médica que concluiu pela sua capacidade laborativa.

Pede no final, que a ação seja julgada improcedente com a inversão do ônus da sucumbência.

O autor, em réplica, refuta os termos da contestação, em peça de fls. 33/35 dos autos.

O processo foi saneado por despacho de fl. 37, que transitou irrecorrido.

Na audiência de instrução e julgamento, foram ouvidas três testemunhas arroladas pelo autor (fls. 41/44 e 49) e duas arroladas pelo réu (fls. 51/57). A seguir, foi acostado aos autos o procedimento ad-

ministrativo (fls. 61/148). No final, as partes juntaram memoriais, sustentando os mesmos argumentos expendidos na fase postulatória do processo (fls. 151/163).

Concluindo, julgou procedente a ação.

Inconformado, apelou o DNOCS, com as razões de fls. 178/181, através das quais insiste na tese de ter havido o abandono de cargo, ao fundamento de que a ausência do servidor se deu para fugir da responsabilidade do pagamento da pensão alimentícia à sua esposa. Tece críticas aos depoimentos colhidos na instrução processual. Nega a possibilidade de distúrbios mentais, baseado em laudo que o *v. decisório* desprezou. censura a sentença ao apoiar-se em determinados elementos, assinalando contradição em suas conclusões. Pede a reforma do *decisum*, para julgar improcedente a ação, ou, pelo menos, a anulação do processo, a partir da instrução, por não ter o MM. Juiz providenciado a perícia psiquiátrica que disse entender necessária.

Contra-razões às fls. 185/188.

É o relatório, dispensada a revisão, nos termos do art. 33, item IX, do Regimento Interno.

## VOTO

**O Sr. Ministro William Patterson:** O ilícito administrativo denominado «abandono de cargo» situa-se numa faixa especial de concepção jurídica, onde as teses desenvolvidas são colocadas sobre o tema da necessidade ou não de dolo na ação do agente.

As posições a respeito do assunto ficaram magistralmente expostas no Parecer n.º L-191, da douta Consultoria-Geral da República, da lavra do atual Ministro do Egrégio Supremo Tribunal Federal, Rafael Mayer, quando titular daquele Ór-

gão, merecendo destaque o seguinte trecho:

«A matéria — abandono de cargo — envolve sempre aspectos peculiares, a exigir um esforço constante do intérprete na busca dos elementos essenciais à configuração do ilícito. O fato de se requerer o *animus* para a sua integração, como entendem alguns, inclusive este Órgão, sujeita o instituto a cuidados relevantes, de sorte a exigir que a análise das provas transcenda o critério puramente objetivo.

É verdade que correntes, onde se filiam doutrinadores da estirpe de Basavilbaso, sustentam a impropriedade da requisição do dolo na ação do agente. «La dimisión presenta, emergente ex rebus ipsis, de abandonar definitivamente el servicio, da derecho a la administración pública a tenerla como representada, y a proceder unilateralmente», no dizer do insigne mestre argentino («Derecho Administrativo», vol. 3, pág. 573).

Esta Consultoria-Geral, todavia, vem se colocando ao lado dos que entendem ser delito de natureza dolosa (cfr. Parecer nº H-241). Por sua vez, a Consultoria Jurídica do DASP, e os administrativos Conreiras de Carvalho, Themistocles Cavalcanti e Manzini defendem a tese, bem expressa em Acórdão do Egrégio Tribunal Federal de Recursos, assim ementado:

«O crime de abandono de função pública é de natureza dolosa; só se caracteriza ou integra com a existência do dolo, ou seja, a vontade deliberada do funcionário de abandonar o cargo fora dos casos permitidos em lei». (in Rev. Dir. Adm., Vol. 24, pág. 125).

Caio Tácito adere a idêntico pensamento e, com apoio em Nino Lei, proclama «que não se confundam o abandono doloso com a simples au-

sência do serviço, o critério distintivo está no *animus revertendi*, que inexistente no primeiro caso e configura a segunda hipótese». (Rev. Dir. Adm. Vol. 1 — Fac. 1, pág. 210).

Tratando-se, pois, de orientação normativa, caberá aos encarregados de apurar faltas desta natureza usar de toda cautela no sentido de colher, através de todos os instrumentos de prova, o verdadeiro propósito do servidor acusado, pois a norma positiva impõe a sanção quando o comportamento do agente se evidencia contrário à sua permanência no serviço público.

É certo, igualmente, que o processo deverá conter todos os elementos que conduzam o julgador a uma firme convicção, quer da inexistência do *animus* do abandono, ou do *animus revertendi*, no dizer de Caio Tácito — caso em que compete ao funcionário comprovar — quer, ao invés, da intenção de ruptura do vínculo empregatício. A materialidade da ausência continuada ao trabalho autoriza a Administração a tomar as providências para afastar o funcionário de seus quadros, mas esse propósito disciplinar, entretanto, deverá ceder diante da comprovação de não ter havido a vontade de abandonar o serviço, ou em razão de acontecimentos que justificasse, cabalmente, aquele afastamento, ou quando o conjunto de fatos indica, pelo menos, uma óbvia inadequação entre os motivos da conduta e a representação mental de suas consequências. Tudo isso deveria ser suscitado nos autos, de modo a que a sensibilidade dos membros da Comissão e do próprio julgador seja capaz de apreender a definição mais justa da hipótese.

Na verdade, a atitude do faltoso, envolvendo diretamente seu meio de subsistência, protegido pelo di-

reito natural, deve ser ponderada com sensibilidade. Não se chegaria, decerto, ao ponto de inconsiderar o direito positivo perante aquele, como, por certo, sustentaria a doutrina jusnaturalista (cfr. Hans Kelsen, in «A Justiça e o Direito Natural», pág. 5), mas é recomendável o exame da conciliação entre o preceito e o comportamento, antes que se busque o conflito inevitável a sugerir a punição».

Sempre me filiei à corrente que defende a teoria da caracterização do dolo, vale dizer, do desejo de abandonar o cargo público, ou, pelo menos, a comprovação da indiferença ao retorno, de sorte a ensejar a aplicação da punibilidade. Cada caso, portanto, deve ser analisado percutientemente, de sorte a permitir uma avaliação correta da intenção do funcionário. As causas da ausência ao serviço são os elementos que irão indicar se o comportamento configura a infração. Não basta a simples e fria evidência da consumação do abandono para se imputar ao empregado o ilícito, principalmente quando este reage à proclamação, na tentativa de provar que não pretendeu desligar-se do serviço. O emprego, nesses dias de dificuldades, é um patrimônio que só se renuncia em último caso. Na função social do Estado está incluída a preocupação de evitar o desemprego. Seria incoerente forçar um problema que cabe ao próprio Poder Público resolvê-lo. Nunca esteve tão presente a necessidade de consagração da exigência do dolo, em casos que tais, como nesses momentos, onde as agruras financeiras e econômicas impõem o apego à fonte de renda que garante a sobrevivência da família.

No particular, o eminente sentenciante foi completo e objetivo em sua fundamentação, tornando claro e evidente que o autor ausentou-se do trabalho em decorrência de abalo no seu estado psíquico. O culto Ma-

gistrado esmerou-se no exame das provas, de forma a esclarecer que o procedimento do funcionário no serviço a partir de certa época, mesmo antes do afastamento, já vinha sendo pontilhado de atitudes anormais e estranhas, consoante as declarações das testemunhas ouvidas. Por outro lado, ficou constatado que o mesmo estava em tratamento especializado. É o que se lê desse lance:

«Analisada em seu conjunto, a prova dos autos oferece, num contexto harmônico e lógico, fortes indícios de que o promovente foi acometido de enfermidade mental e de que esta enfermidade, deteriorando-lhe a personalidade psíquica, sem, entretanto, destruí-la, desordenou-lhe o comportamento, alterou-lhe a estrutura volitiva e, por isso mesmo, erigiu-se em causa autônoma de abandono de cargo.

A literatura forense é rica na catalogação de casos semelhantes, daí não ser difícil ao próprio leigo identificar, em casos concretos, a presença de algumas enfermidades desse tipo, pela mudança e pelas peculiaridades do comportamento do enfermo».

A seguir, com apoio em literatura pertinente, discorre sobre a anormalidade do comportamento do suplicante, para demonstrar que o seu estado psíquico estava afetado, justificando a atitude comprometedora da permanência no emprego. E assinala, ainda:

«Analisando-se o comportamento de José Ferreira da Silva, autor desta ação, como noticiado nos autos, à luz desses abalados ensinamentos, afigura-se credível e aceitável a tese de haver ele sido acometido de uma dessas enfermidades, cuja influência desordenadora de sua capacidade psíquica o excluiria da imputabilidade, seja na

esfera do Direito Penal, seja na do Direito Administrativo.

No curso do inquérito administrativo instaurado contra o autor e de que lhe resultou o ato demissório atacado, a notícia dessa anomalia psíquica veio à tona (depoimentos de fls. 85/93 e 101/108) e o defensor dativo do indiciado a invocou como argumento de defesa, pleiteando se lhe reconhecesse a situação de doente mental, «procedendo-se na forma dos artigos 102 e 203, do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União» (sic — fl. 121).

As objeções contidas na peça recursal não podem prosperar. Não haveria necessidade de atestado de insanidade mental, ou mesmo de um decreto de interdição, para se afastar a dolosidade da ação. O que se busca, na espécie, é a convicção de inexistir o animus do abandono, para permitir o retorno do funcionário ao seu cargo, mesmo porque a comprovada alienação serviria para a inativação do servidor.

As provas coligidas foram suficientes a formar um convencimento firme da inexistência do desejo de afastamento. As críticas à sentença, nessa parte, são improcedentes. As contradições inócurrem, também. O

eminente julgador referiu-se à insanidade mental, a ser apurada em perícia, como reforço à tese que sustentava, isto é, de anormalidade do estado mórbido, capaz de justificar a incompreensível atitude do servidor. Por outro lado, ninguém foge do compromisso judicial de pagamento de prestações alimentícias, abandonando o emprego, se se está em perfeitas condições de saúde mental.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso, para confirmar a sentença de primeiro grau.

#### EXTRATO DA MINUTA

AC nº 74.900-CE — Rel.: O Sr. Min. William Patterson. Apelante: Departamento Nacional de Obras Contra as Secas — DNOCS. Apelado: José Ferreira da Silva.

Decisão: A 2ª Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação do DNOCS, para confirmar a sentença e julgar procedente a ação. (Em 15-12-81 — 2ª Turma).

Os Srs. Mins. Jesus Costa Lima e Evandro Gueiros Leite votaram com o Relator. Ausente, ocasionalmente o Sr. Ministro José Cândido. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Evandro Gueiros Leite.

#### APELAÇÃO CÍVEL Nº 78.652 — RJ

Relator: O Sr. Ministro Pedro da Rocha Acioli

Apelante: Cia. de Navegação Marítima Netumar

Apelada: União Federal

#### EMENTA

Tributário. Imposto de importação. Fato gerador. Decadência. Falta de mercadoria importada, verificada pela autoridade aduaneira. Responsabilidade fiscal do transportador.

1. Tendo sido o contribuinte notificado do lançamento antes de decorrido cinco anos do fato gerador, não há falar em decadência.

2. A mercadoria constada como importada e cuja falta ou extravio venha a ser apurado pela autoridade aduaneira, será considerada como entrada no território nacional, para efeito de configuração do fato gerador do imposto de importação (Decreto-Lei 37/66, art. 1º, parágrafo único).

3. Enquanto a mercadoria sob controle aduaneiro estiver em trânsito, o transportador por ela é responsável, como fiel depositário, e, nesta qualidade, responde, quanto às obrigações fiscais, por eventual liquidação. Por outro lado, a isenção, desde que concedida sob condições, isto é, vinculada à destinação ou à qualificação do importador, não pode beneficiar ao transportador, quando responsável por obrigação fiscal, decorrente de extravio ou falta de mercadoria não justificada. Por fim, é de ver-se que as diferenças, para mais ou para menos, no peso ou no volume manifestado, dentro dos limites legais toleráveis, afasta a cominação de penalidade pecuniária, não, porém, o tributo devido.

4. Improvimento da apelação.

## ACÓRDÃO

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

Decide a 5ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, rejeitar a preliminar e, 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, 7 de novembro de 1983 (Data do julgamento) — Ministro Sebastião Reis, Presidente — Ministro Pedro da Rocha Acioli, Relator.

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Pedro da Rocha Acioli: Ação anulatória de crédito tributário julgada improcedente, de cuja sentença apelou a autora. A sentença relata a espécie nestes termos:

«Trata-se de Ação Ordinária movida por Cia. de Navegação Maríti-

ma Netumar contra a União Federal, pelos seguintes motivos:

Da autora foi cobrada, pela Delegacia da Receita Federal da cidade de Santos, a quantia de Cr\$ 160.348,95, por ter a Cia. Docas de Santos indicado à repartição fiscal, diferenças encontradas entre o peso/volume manifestado e o descarregado, de várias qualidades de mercadorias a granel, transportadas pelo navio «Vibeke.»

Diz a autora já ter ocorrido a decadência quinquenal do direito da Fazenda exigir o pagamento do Imposto de Importação e acessórios, posto que da data da descarga, 22-12-73, ou mesmo do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, ou seja, 1973, já se passaram cinco anos. A carga foi importada sob regime de isenção tributária, sob alíquota negativa, o que equivale à alíquota zero, sendo essa isenção qualidade das mercadorias e não um benefício ao importador.

As leis tributárias específicas para a importação e as normas de direito aplicáveis à espécie, prevêm a transferência da obrigação tributária ao transportador, ou ao responsável por algum prejuízo causado à Fazenda Nacional, desde que, tal prejuízo seja real. No caso em tela, isso não ocorre, posto que não é devido o imposto. Mas, a administração, baseando-se no Decreto-Lei nº 63.431/68, regulamento do Decreto-Lei nº 37/66, decidiu que o transportador marítimo não pode se beneficiar da isenção ou redução.

As diferenças, para mais ou para menos, no peso ou volume manifestado, até o limite de 5% ou 10% do valor, não constituirão infrações às leis da importação, o que ocorre no caso discutido nos presentes autos.»

.....  
Contestou a União, sustentando que:

«A alegação de decadência não se compatibiliza com os prazos para tal previstos no CTN, porquanto o crédito tributário que se pretende declarar ilegal, foi constituído, e notificado, em 21-12-1978, data da lavratura e ciência do auto de infração, estando dentro do prazo de cinco anos do artigo 173 do Código Tributário Nacional e estabelecido para a Fazenda constituir o crédito tributário. Mesmo que o termo inicial seja contado da data de 22-12-1973, o prazo de prescrição ainda não se completou. É bom lembrar que o prazo prescricional interrompe-se, retomando-se daí a contagem de mais cinco anos para cobrança do crédito tributário, conforme o art. 174, do CTN, e é certo que a própria autora ofereceu dois recursos administrativos, que possuem o efeito de suspender a contagem do prazo prescricional.

O fato típico tributável tem sua previsão legal nos arts. 41 e 60 do Decreto-Lei nº 37/66, que estipula ainda que o responsável pelo extravio ou perda da mercadoria fica responsável pelo imposto devido, não fazendo distinção entre a forma como a mercadoria é transportada, se a granel em caixas, sacos, etc.

Também não aproveita ao transportador a eventual isenção que favoreça à mercadoria importada, condicionada a uma especial finalidade ou destinação, pois a mercadoria extraviada e considerada entrada no território nacional para efeito de fato gerador, não pode cumprir a condição isencional prevista em lei.» (fls. 57/59)

O Dr. Juiz rejeitou a preliminar de decadência; reconheceu a responsabilidade do transportador pelo pagamento dos tributos devidos, decorrentes do extravio da mercadoria apurado (Decreto-Lei nº 37/66, arts. 41 e 60); negou ao transportador o benefício da isenção. Condenação em custas e verba advocatícia, esta arbitrada em 10% sobre o valor da causa.

No seu apelo, a autora insiste nos mesmos pontos e fundamentos articulados na inicial.

Contraditado e preparado o recurso, subiram os autos, dos quais teve vista a SGR, manifestando-se confiante na confirmação da sentença recorrida (fl. 87).

É o relatório.

#### VOTO

O Sr. Ministro Pedro da Rocha Acioli (Relator): Sobre a preliminar de decadência, razão tem a União. Não há dizer que decorrido prazo su-

perior de cinco anos entre a ocorrência do fato gerador e a decisão final administrativa consumou-se a decadência. Esse entendimento está superado em face da atual tendência da jurisprudência do STF.

## II

É de ver que, no caso, a exigência fiscal diz respeito tão-somente ao imposto de importação, tendo sido dispensada a multa do art. 106 do Decreto-Lei nº 37/66 em razão de as faltas verificadas serem inferiores a 5% da carga manifestada, tudo conforme registro constante do auto de infração (fls. 26/27).

## III

O Decreto-Lei nº 37/66 dispõe que:

«Art. 41. Para efeitos fiscais, os transportadores respondem pelo conteúdo dos volumes, quando:

.....  
 III — o volume for descarregado com peso ou dimensão inferior ao manifesto ou documento de efeito equivalente, ou ainda do conhecimento de carga.»

A falta, no peso ou dimensão, da mercadoria descarregada, para efeitos fiscais, é considerada extravio (art. 60 II, Decreto-Lei nº 37/66).

Na hipótese, o extravio não prejudica a ocorrência do fato gerador do imposto de importação, a teor do disposto no:

«Art. 1º. O imposto de importação incide sobre mercadoria estrangeira e tem como fato gerador sua entrada no território nacional.

Paragrafo único. Considerar-se-á entrada no território nacional, para efeito de ocorrência do fato gerador, a mercadoria que consta

como tendo sido importada e cuja falta venha a ser apurada pela autoridade aduaneira.» (Decreto-Lei nº 37/66).

Enquanto a mercadoria sob controle aduaneiro estiver em trânsito, o transportador por ela é responsável, como fiel depositário, e, nesta qualidade, responde, quanto às obrigações fiscais, por eventual liquidação.

A isenção, desde que concedida sob condições, isto é, vinculada à destinação das mercadorias ou à qualidade do importador, não pode beneficiar ao transportador, quando responsável por obrigação fiscal, decorrente de extravio de mercadoria não justificado.

Assim, acertada a decisão recorrida, lançada nestes termos:

«Rejeito a preliminar de decadência, pois o crédito foi constituído e notificado em 21-12-78, data da lavratura do auto de infração. Atende pois o lançamento ao prazo quinquenal do art. 173 do CTN.

O Decreto-Lei nº 37/66, nos seus arts. 41 e 60 estipula que o responsável pelo extravio da mercadoria é responsável pelos tributos devidos, não distinguindo entre transporte a granel ou por volumes. Por outro lado, não aproveita ao transportador a isenção que, porventura, venha beneficiar o importador, pois a isenção é condicionada a uma finalidade específica ou a determinada condição. Por isso, não é transferível ao transportador. Assim, sendo, considera-se que a mercadoria extraviciada ingressou no território nacional, ocorrendo, destarte o fato gerador do imposto de importação.

Isto posto, julgo improcedente o pedido. Condeno a autora no paga-

mento dos honorários advocatícios que arbitro em 10% (dez por cento) do valor da causa.

Custas pela Autora.

P.R.I.» (fls. 59/60).

Neste sentido decidiu a Eg. 4ª Turma na AC nº 54.083-RS, DJ de 11-6-81, Relator o Min. Carlos Mário Veloso.

Afirmou S. Exa.:

«Apurados os danos, ou a avaria, ou o extravio, em processo regular, na forma prevista no regulamento, caberá ao responsável indenizar a Fazenda Nacional do valor dos tributos que, em consequência, deixarem de ser recolhidos.

Tem-se, pois, que a lei quer que o responsável pela avaria, ou o extravio, pague aquilo que deixou de ser pago pelo importador. É que o dispositivo legal, parágrafo único do art. 60, do Decreto-Lei nº 37, de 1966, é expresso no prescrever que caberá ao responsável indenizar a Fazenda Nacional do valor dos tributos que, em consequência, deixarem de ser recolhidos.

Não há que se falar, destarte, como quis a sentença, em caracterização do fato gerador do imposto de importação, em relação ao transportador. O fato imponible, em caso assim, se põe a cavaleiro da questão. Sua ocorrência não se discute: ela se deu. Acontece que, em razão de extravio da mercadoria, ou de avarias, exime-se o importador do pagamento dos tributos aduaneiros (Decreto-Lei nº 37/66, art. 28,II). O responsável pelos danos, pela avaria, ou pelo extravio, o que será apurado na forma prevista no regulamento, simplesmente indenizará a Fazenda Nacional do valor dos tributos que, em consequência da avaria ou do extravio, deixaram de ser pagos.

Essa apuração, ou o procedimento regular dessa apuração, está regulado no Decreto nº 63.431, de 16-10-68, que regulamenta: a vistoria de mercadoria estrangeira e a referência final de manifesto pelas repartições aduaneiras.

No caso, essa vistoria se fez (fls. 64/71), resultando a responsabilidade do transportador (Decreto nº 63.431/68, artigos 22 a 24).

Se a autora não conseguiu, no procedimento administrativo, elidir tal responsabilidade, não escaparia da obrigação que tem de indenizar a Fazenda Nacional do valor dos tributos que, em consequência da avaria, deixaram de ser recolhidos.

É verdade que, posta a questão em Juízo, poderia a autora, ora apelante, através dos meios de prova adequados, demonstrar que não foi sua a responsabilidade. Isto, todavia, no caso, não foi feito.»

Não foi outro, também, o entendimento da Eg. 6a. Turma, na AC nº 74.237-RJ. in DJ de 22-4-82, Rel.: Min. José Dantas.

Por todo o exposto, rejeito a preliminar de decadência e nego provimento ao recurso.

É o voto.

#### EXTRATO DA MINUTA

AC nº 78.652-RJ — Rel.: O Sr. Min. Pedro da Rocha Acioli. Apte.: Cia. de Navegação Marítima Netumar. Adpa.: União Federal.

Decisão: Por unanimidade, rejeitou-se a preliminar e de meritis, negou-se provimento ao recurso. (Em 7.11.83 — 5ª Turma).

Os Srs. Ministros Geraldo Sobral e Sebastião Reis votaram com o Sr. Ministro-Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Sebastião Reis.

## APELAÇÃO CÍVEL Nº 80.623 — PR

Relator: O Sr. Ministro Torreão Braz

Relator para Acórdão: O Sr. Ministro Wilson Gonçalves

Remetente: Juízo Federal da 2ª Vara

Apelante: União Federal

Apelados: Renato Ribas Vaz e outros

## EMENTA

Tributário. Imposto de Renda. Omissão de receita. Creditamento em contas correntes bancárias, conjuntas, em nome dos sócios da pessoa jurídica. Lançamento ex officio de caráter reflexivo, baseado em lucro presumido. Honorários. Correção monetária.

A presunção de ocorrência de rendimento reflexo, em lançamento dessa natureza, deve ser acompanhada de um começo de prova ou, pelo menos, de certos indícios que tornem lógica e aceitável a presunção do fisco. No caso, há um elemento relevante contra essa suposição. É que a autoridade administrativa julgadora do processo relativo à pessoa jurídica reconheceu «que os comprovantes de receita eram todos eles emitidos em nome da sociedade», o que afasta a pretensão de caracterizar o fato como empréstimo.

Por outro lado, é pacífica a jurisprudência no sentido de que é ilegítimo o lançamento ex officio, que se embasa apenas em extratos ou depósitos bancários (AC nº 41.984-RJ, DJ de 5-11-81).

Verba honorária de acordo com o art. 20, § 4º, do CPC, e correção monetária a partir da vigência da Lei nº 6.899/81.

Provimento parcial da apelação na forma explicitada, ressalvada à Fazenda Nacional a possibilidade de apurar, na forma legal, a ocorrência de eventual saldo entre o valor total dos recursos depositados em bancos em nome dos sócios e o montante, à conta deles, empregado pela pessoa jurídica em seus gastos gerais ou de custeio, para efeito de novo procedimento.

## ACÓRDÃO

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

Decide a 6ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por maioria, dar

parcial provimento à apelação para fixar a verba advocatícia em 10% sobre o valor dado à causa, como pedido na inicial, bem assim para que a correção monetária dos honorários advocatícios seja contada da data da aludida Lei nº 6.899, mantida no

mais, quanto à conclusão, a sentença remetida com a ressalva constante do voto vencedor, 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 dezembro de 1983 (Data do julgamento) — Ministro Antônio Torreão Braz, Presidente — Ministro Wilson Gonçalves, Relator p/Acordão.

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Antônio Torreão Braz: O Dr. Juiz Federal da 2ª Vara do Paraná expôs a controvérsia nestes termos (fls. 695/699): (lê).

A sentença julgou a ação procedente in totum quanto aos autores Renato Ribas Vaz, Cixares Libero Vargas, Oriovisto Guimarães, José Rosa de Campos, Carlos Roberto de Carvalho, João Pedro Pontes Câmara, Harold Brand e Ruben Tadeu Coninck Formiglieri e procedente em parte de referência a Samuel Ramos Lago, prevalecendo a exigência fiscal fundada no art. 32, g, do RIR/75, condenando a ré nas custas e em honorários advocatícios de «20% sobre os tributos ilegalmente exigidos, devidamente atualizados pela correção monetária» e Samuel Ramos Lago nas custas proporcionais e em honorários de «20% do tributo que pretendia anular..., também corrigido», entendendo que a imposição fiscal não encontrava amparo em nenhum dispositivo legal válido; a alegada omissão de receita na pessoa jurídica não acarretou a desclassificação de sua escrita, tanto que seu lucro tributado não foi presumido nem arbitrado, mas real; o art. 34 do RIR/75 só autorizava o cômputo na cédula F, do lucro presumido ou arbitrado, não do operacional ou constante da escrita contábil da empresa; seria impossível exigir a inclusão na cédula

F de rendimentos decorrentes de omissão de receita apurada somente em 1980; restara improvado que os autores manipularam as contas bancárias conjuntas como se particulares fossem, usando-as livremente; se aumento patrimonial fosse constatado, em relação a cada postulante, caberia a instauração de processo regular, com base no art. 39, letra c, do citado regulamento; os valores depositados nas contas conjuntas jamais poderiam exprimir lucro ou renda disponível, em favor dos sócios titulares, por serem distintos os conceitos de receita omitida e lucro não declarado (fls. 699/702).

Houve remessa de ofício e apelação da União Federal, com as razões de fls. 704/707, insistindo nas alegações antes aduzidas e pleiteando a redução da verba advocatícia, incidindo sobre o valor da causa e atualizada somente a partir da vigência da Lei nº 6.899/81.

Contra-razões às fls. 710/721.

A Subprocuradoria-Geral da República opinou pela improcedência da ação (fls. 724/729).

Sem revisão (RI, art. 33, IX).

É o relatório.

### VOTO

O Sr. Ministro Antônio Torreão Braz (Relator): Eis o *modus operandi* da omissão de receita: a pessoa jurídica emitia carnê com o qual os alunos pagavam suas mensalidades em bancos credenciados e ordenava a estes que o numerário recebido fosse creditado parte em nome da empresa, parte em nome dos sócios. Os créditos da pessoa jurídica foram regularmente contabilizados, mas os dos sócios foram omitidos.

Aduzem os autores que, instaurado o procedimento fiscal contra a pessoa jurídica, ele se exaure com o

lançamento, não sendo lícito investir contra os sócios por «ação reflexa», como se se tratasse de distribuição disfarçada de lucros. E acrescentam, mais adiante, que a ação fiscal contra a pessoa jurídica Sociedade Anônima Educacional Positivo, sucessora de Sociedade Educacional Positivo Ltda., ainda não se findara quando foi expedido o lançamento reflexo contra as pessoas físicas dos sócios.

A decisão do Delegado da Receita Federal em Curitiba põe luz sobre os fatos e responde, com exatidão, às objeções dos autores, como se vê da passagem que peço vênia para transcrever (fls. 29/30):

«As omissões de receita apuradas na pessoa jurídica constituem, para seus sócios, uma disponibilidade geradora de rendimento tributável, presunção relativa que o defendente não conseguiu afastar. No caso dos autos, essa omissão de receita foi detectada através de levantamento feito nas próprias contas conjuntas dos sócios, daí por que não tem força capaz de infirmar o lançamento e argumento levantado pelo impugnante de que não ocorreu o fato gerador do tributo, definido o art. 43 do Código Tributário Nacional, como sendo a aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica de rendimento.

O mérito da tributação imposta à pessoa jurídica já foi apreciado por esta DRF em Curitiba (fls. 235/252), tendo sido integralmente mantido na parte que teve por base a omissão de receita. Dessa decisão, conquanto feita a juntada de sua cópia ao processo, vale a pena aqui transcrever trechos:

«O levantamento de valores omitidos pela empresa e relativos aos registros feitos nos diversos bancos não merece reparos. Os depósitos correspondentes às mensalidades, cobradas pelos estabelecimentos

bancários, e creditados em contas conjuntas de sócios, componentes da sociedade, estão devidamente identificados e relacionados nos autos». (v. fl. 243).

«É importante salientar que a empresa não nega a omissão; sua preocupação é minimizar os efeitos causados pelos substanciais valores de receita omitida no decurso do período focalizado». (v. fl. 244).

«...comprovada a omissão de receita, e não esclarecida satisfatoriamente qualquer parcela que admitisse a redução dos valores originalmente apurados, a manutenção da exigência do imposto sobre a omissão de receita é indubitosa». (v. fl. 245).

Sem condições de se defender da omissão de receita que lhe foi imputada, tal a evidência da infração por ela cometida, não negou a empresa o fato, na fase impugnatória, nem recorreu ao Egrégio Primeiro Conselho de Contribuintes da decisão que manteve a tributação naquela fundamentada. O recurso de ofício interposto pela autoridade singular (v. fl. 252), por outro lado, teve sua origem em matéria que não influiu na tributação das pessoas físicas dos sócios.

Assim, mantida a exigência fiscal no processo matriz não há como fugir ao seu reflexo na pessoa física do contribuinte uma vez que entre este processo e o que lhe deu origem existe íntima relação de causa e efeito».

Por aí se vê que não têm a menor consistência as alegações dos promoventes. Apurada na pessoa jurídica a omissão de receita ou o desvio de receita. Conseqüência lógica é o seu reflexo automático nos rendimentos dos sócios, na proporção de sua participação no capital da empresa. Como anota José Luiz Bulhões Pedreira («Imposto sobre a Renda — Pessoas Jurídicas», Adcoas, 1979, vol.

I/188), «o fundamento legal para o lançamento é a omissão de receita na escrituração», exatamente a hipótese dos autos.

No atinente à tributação da pessoa jurídica, vale acentuar que a decisão se tornou definitiva ante a falta de interposição de recurso no Primeiro Conselho de Contribuintes. E tanto isso é verdade que a empresa, em 29-10-81 (fl. 649) reconheceu o débito e requereu o seu parcelamento, antes, portanto, do lançamento reflexo contra os autores, levado a efeito em abril de 1982 (v. documentos acostados à inicial).

A não escrituração da receita gera a presunção de que ela foi distribuída, como lucro, aos sócios da pessoa jurídica, presunção que há de ser excluída pelo contribuinte, mediante prova inequívoca.

Ora, os autores limitaram-se a juntar documentos que não se prestam a tal finalidade e, às fls. 691/694, atravessaram petição requerendo o julgamento antecipado da lide, sob o argumento de que não havia necessidade de prova (CPC, art. 330, I).

A r. sentença apelada, transferindo o ônus da prova da omissão de receita à Fazenda Pública, não há de subsistir, por contrária à lei e à jurisprudência formada sobre a matéria.

Isto posto, dou provimento à apelação para reformar a sentença remetida e julgar a ação improcedente, condenados os autores nas custas e na verba honorária de 10% (dez por cento) sobre o valor atribuído à causa.

#### VOTO VISTA

O Sr. Ministro Wilson Gonçalves: Em uma das sessões anteriores, ocorrida no mês de novembro próximo passado, após o douto voto do Sr. Ministro-Relator, pedi vista deste processo para examinar alguns as-

pectos da questão aqui discutida, os quais me pareceram de real importância. Hoje, trago-o com o meu voto para que se prossiga no julgamento.

Os apelados, autores da ação anulatória de débitos fiscais, resumiram a controvérsia a três pontos essenciais:

a) A pessoa jurídica de direito privado Sociedade Anônima Educacional Positivo, no processo administrativo principal, reconheceu e confessou a omissão de receita e a autoridade fiscal admitiu que a quase totalidade da receita omitida fora exaurida com despesas gerais ou de custeio da própria empresa;

b) o creditamento em contas correntes bancárias, conjuntas, em nome dos sócios da pessoa jurídica, longe de significar disponibilidade daqueles sobre recursos que a esta pertenceriam, configurou apenas e exclusivamente o meio de efetivação da sonegação, por parte da sociedade; ou em outras palavras, os referidos sócios, individualmente, com esse procedimento, não receberam efetivamente tais valores em seu provento pessoal; e

c) a União Federal, através de seus diversos Procuradores da República, não impugna a assertiva constante da alínea a acima, limitando-se a caracterizar dito exaurimento como hipotético «empréstimo» das pessoas físicas à pessoa jurídica, o que contestam ante às circunstâncias dos fatos.

Não ocorre a menor dúvida de que o processo ou expediente utilizado pela pessoa jurídica, recebendo, em contas-correntes paralelas, as mensalidades de seus alunos mediante carnês, parte depositada em seu nome e parte em nome de seus sócios, constitui inequívoco e evidente desvio de receita visando à sonegação de impostos. Tanto que, apanhada em cheio pela fiscalização, reconheceu e confessou a evasão de receita

e procurou o meio de pagar o débito com os acréscimos legais. Essa matéria compõe o processo administrativo principal.

No caso, trata-se de lançamento ex officio de caráter reflexivo, baseado em lucro presumido. Creio, data venia, que o ponto nuclear da questão reside em constatar se a sonegação da pessoa jurídica produziu efetiva repercussão financeira em favor de seus sócios individualmente considerados.

A autoridade fiscal julgadora, decidindo o processo administrativo referente à pessoa jurídica, ao apreçar o comportamento desta para efeito de graduação da multa, afirmou *in verbis*:

«A aplicação da pena prevista no art. 534, b, do Regulamento do Imposto de Renda então vigente, se afigura cristalina; a omissão da receita foi convenientemente demonstrada e comprovada como exaustivo trabalho da fiscalização; todavia, seria temerário, com as provas existentes nos autos, assegurar que houve um desvio fraudulento, mediante utilização de artifício doloso de receitas. Houve, isto sim, omissão de receitas que a empresa certamente exauriu em grande parte com despesas gerais ou de custeio, mas que não foram contabilizadas; o volume de omissões, de receitas, realmente decorreu do rápido crescimento da sociedade, que atua num campo em que a clientela é cada vez mais acentuada. A sonegação repetitiva, por si só, não pode caracterizar fraude, ainda mais em se levando em conta que os comprovantes de receita eram todos eles emitidos em nome da sociedade» (fls. 642/643).

Segundo os apelados, o reconhecimento insuspeito de que a empresa certamente exauriu grande parte das receitas omitidas em despesas

gerais ou de custeio, constitui fato incontroverso, pois não sofreu, nesse tocante, nenhuma contestação.

Ora, se grande parte desses recursos, recebidos em nome da empresa, foi gasta por ela em suas despesas gerais ou de custeio, na pior das hipóteses, a totalidade desses recursos não poderia, logicamente, reverter em favor dos autores apelados como pretendem os representantes da União. Sendo assim, se o fisco pretendia agir, em ação reflexa, contra os mencionados sócios, estaria obrigado a apurar, previamente, o montante dos gastos da empresa e, em consequência, determinar com exatidão qual a parcela que teria, porventura, restado em benefício de cada um dos sócios, vez que o tributo somente poderá ser exigido e calculado em relação ao rendimento realmente auferido. Entretanto, fez-se vista grossa sobre essa particularidade tão importante quanto indispensável e pretende-se fazer incidir a iniciativa fiscal sobre o total dos aludidos recursos.

Demais disto, a autoridade fazendária iniciou o processo ou processos de lançamento reflexivo, antes de conhecido o resultado final do processo administrativo aberto contra a pessoa jurídica.

É o que se deduz do próprio texto da decisão fiscal, nesta passagem:

«Não procede a arguição de inoportunidade do reflexo, na pessoa física do contribuinte, sócio da empresa, da tributação procedida naquela pessoa jurídica. Isso por que, o fato ali apurado — omissão de receita operacional decorrente de mensalidades arrecadadas por estabelecimentos bancários — deu nascimento a obrigações tributárias diferentes, podendo haver, legalmente, concomitância de lançamentos. Nesse sentido existe pacífica e torrencial jurisprudência administrativa.

O lançamento na pessoa física dos sócios, inclusive, previne a decadência do direito da Fazenda Nacional. De fato, se a repartição não providenciaria desde logo o lançamento decorrente, no aguardo de desfecho do processo-mor, correrá o risco de não mais poder efetuar-lo pelo decurso do prazo» (fl. 71).

Daí a incongruência entre a constatação constante do processo administrativo principal e o critério adotado no prosseguimento do processo relativo aos sócios.

Diante da falta da mencionada providência preliminar — base imprescindível à correta continuação do procedimento acessório — torna-se desnecessário aditar que a presunção relativa de rendimentos reflexos, em lançamento dessa natureza, deve ser acompanhada de um começo de prova ou, pelo menos, de certos indícios que tornem lógica e aceitável a presunção do Fisco. Aqui, há um elemento relevante contra essa presunção, o qual consiste na afirmação da autoridade administrativa julgadora do processo contra a pessoa jurídica de «que os comprovantes de receita eram todos eles emitidos em nome da Sociedade» (fl. 643). Essa circunstância choca-se, a meu ver, com a pretensão de caracterizar o fato como empréstimo.

Além disto, a jurisprudência tem-se cristalizado no sentido de que é ilegítimo o lançamento *ex officio*, que se embasa apenas em extratos bancários, ou em depósitos bancários (AC nº 41.984-RJ, 4ª Turma, Relator Ministro Carlos Mário Velloso, in DJ de 5-11-81).

Por outro lado, razão cabe à apelante quanto ao percentual de 20% dos honorários de advogado sobre o montante dos tributos atualizados, bem como no que tange ao início da contagem da correção monetária.

Com efeito, a percentagem dos honorários advocatícios deve observar o preceito do art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil.

A correção monetária da verba honorária deverá ser calculada a partir da vigência da Lei nº 6.899, de 8 de abril de 1981.

Por estes fundamentos, e com a devida vênia do eminente Ministro-Relator, dou provimento, em parte, à apelação para fixar a verba advocatícia em 10% (dez por cento) sobre o valor dado à causa, como pedido na inicial, bem assim para que a correção monetária dos honorários advocatícios seja contada da data da aludida Lei nº 6.899, mantendo no mais, quanto à conclusão, a respeitável sentença remetida. Ressalvo à Fazenda Nacional a possibilidade de apurar, na forma legal, a ocorrência de eventual saldo entre o valor total dos recursos depositados em bancos em nome dos sócios e o montante, à conta deles, empregado pela pessoa jurídica em seus gastos gerais ou de custeio, para efeito de novo procedimento.

#### EXTRATO DA MINUTA

AC nº 80.623-PR — Rel. Originário: O Sr. Min. Torreão Braz. Rel. p/Acórdão: O Sr. Min. Wilson Gonçalves. Remte.: Juízo Federal da 2ª Vara. Apte.: União Federal. Apdos.: Renato Ribas Vaz e outros.

Decisão: A Turma, por maioria, deu parcial provimento à apelação para fixar a verba advocatícia em 10% sobre o valor dado à causa, como pedido na inicial, bem assim para que a correção monetária dos honorários advocatícios seja contada da data da aludida Lei nº 6.899, mantendo no mais, quanto à conclusão, a sentença remetida com a ressalva constante do voto vencedor. Vencido o Sr. Ministro-Relator que dava provimento à apelação para reformar a

sentença remetida e julgar a ação improcedente. Lavrará o Acórdão o Sr. Min. Wilson Gonçalves. Sustentou oralmente pelos apelados o Dr. Pedro Henrique Xavier.

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Wilson Gonçalves e Miguel Ferrante. Presidiu o julgamento o Senhor Ministro Torreão Braz.

### APELAÇÃO CÍVEL Nº 81.676 — RJ

Relator Originário: O Sr. Ministro Miguel Jerônimo Ferrante

Relator Designado: O Sr. Ministro Américo Luz

Apelante: Cris — Ind. e Com. Ltda.

Apelado: Instituto Nacional de Propriedade Industrial — INPI

#### EMENTA

Propriedade industrial. Notificação feita pela Portaria nº 40, de 4-11-1970, do INPI. Registro da marca Cristofoli.

É ilegal a notificação feita pela aludida Portaria, de mais de duzentos mil interessados, entre os quais a apelante.

Provimento da apelação, para julgar procedente a ação, determinando-se, em consequência, o prosseguimento do pedido de registro da marca supra referida.

#### ACÓRDÃO

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

Decide a 6ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por maioria, dar provimento à apelação para julgar a ação procedente, invertido os ônus da sucumbência, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, em 26 de setembro de 1983, (Data do julgamento) — Ministro Wilson Gonçalves, Presidente — Ministro Américo Luz, Relator Designado.

#### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Miguel Jerônimo Ferrante: Cuida-se de ação ordinária movida, perante a 7ª Vara da Seção

Judiciária do Estado do Rio de Janeiro, por Cris — Indústria e Comércio Ltda. (antes Cristofoli — Indústria e Comércio Ltda.) contra o Instituto Nacional de Propriedade Industrial, visando tornar nulo o despacho que determinou o arquivamento da marca Cristofoli, sob o termo nº 712.715/65, e o prosseguimento de pedido de registro da referida marca.

Consta do relatório da sentença monocrática (fls. 153/156):

«A autora, a fim de se assegurar, quanto a expressão de fantasia de que se compõem sua denominação social, depositou a marca Cristofoli na antiga classe II. O pedido de registro vinha sendo processado normalmente quando, por despacho publicado no DOU de 16-12-71, foi arquivado, pondo fim, irrecorrivelmente, à pretensão da autora, por falta de atendimento

da Portaria nº 40, de 4-11-70. No entanto, a autora ficou totalmente impossibilitada de cumprir a exigência, pois dela não tomou conhecimento. A Portaria nº 40 notificava genericamente os interessados no andamento dos processos de números compreendidos entre 700.000 e 942.000 a apresentar, no prazo de 60 dias, comprovação do ramo de atividade e do número de inscrição no CGC. É bem verdade, que muitos interessados acudiram ao chamado, inclusive o escritório, como alega a impetrada, do advogado da impetrante. Mas tal fato não invalida o ato em relação a ela, autora, que não foi eficazmente notificada».

A ação foi julgada improcedente, condenada a autora nas custas do processo e em honorários advocatícios de Cr\$ 5.000,00.

Irresignada, apelou a sucumbente, com as razões de fls. 159/164 (lê:).

Contra-razões às fls. 167/168.

Parecer da ilustrada Subprocuradoria-Geral da República, às fls. 174/175 (lê:).

Pauta sem revisão.

É o relatório.

### VOTO VENCIDO

**O Sr. Ministro Miguel Jerônimo Ferrante:** Através de mandado de segurança impetrado perante o Juízo Federal da 7ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro, a ora apelante se insurgiu contra ato do Presidente do Instituto Nacional da Propriedade Industrial, que deferiu o registro da marca Cristofle, requerido por Orféverrie Cristofle.

Da sentença que lhe denegou a ordem em primeira instância, interpôs apelação, improvida por esta Egrégia Turma, à unanimidade, na assentada de 8 de junho de 1981 (AMS nº 88.822-RJ).

Naquela ocasião, na qualidade de Relator, adotei como razões de decidir o parecer da ilustrada Subprocuradoria-Geral da República, posta, quanto ao mérito, nestes termos:

«A impetrante requereu em 27-9-65 o registro da marca Cristofoli para as atuais classes 20 e 34.

O pedido foi mandado arquivar em 16-6-71, por falta de cumprimento do disposto na Portaria nº 40/70, do INPI.

Inconformada, ajuizou a impetrante ação ordinária visando obter o desarmamento do processo, mas incompreensivelmente só o fez quatro anos após publicada a decisão que o mandara arquivar.

Entrementes, a sociedade francesa Orféverrie Cristofle depositou, em 16-6-71, pedido de registro da marca Cristofle, na atual classe 8, que veio a ser deferido. Entende a autora que o seu arquivado pedido de registro constitui impedimento à concessão da marca Cristofle, uma vez que o problema do arquivamento encontrava-se *sub judice*.

Na verdade, se o pedido de registro da marca Cristofoli não estivesse arquivado, a marca Cristofle não poderia ter sido concedida antes de examinado e decidido aquele pedido, anteriormente depositado, dada a manifesta colidência entre as marcas em questão (art. 65, inciso 17, do CPI), que visam assinalar artigos pertencentes a ramos de atividades afins (cf. docs. de fls. 79/80).

Todavia, em sua contestação o INPI, após ressaltar que mais de 4 anos se passaram «desde que a medida judicial ordinária foi proposta», pondera, ao nosso entender com razão, que:

«... a propositura de uma ação judicial não pode e nem deve sus-

pende o exame de outros pedidos, acaso considerados correlatos, ficando os titulares desses últimos ao sabor de inesgotáveis controvérsias criadas, muitas vezes até propositadamente, no curso de uma ação judicial.

Incalculáveis seriam nesse caso, os prejuízos econômicos sofridos por partes que nada têm a ver com o litígio» (fl. 69).

O acórdão foi lavrado com a seguinte ementa:

«Mandado de segurança — Registro de Marca. Inexistência de respaldo para a pretensão de ver cassado ato do INPI, concessivo de registro de marca, com base na lei. Sentença que se mantém. Apelação improvida».

Ora, diante do exposto, afigura-se que perde relevo a questão relativa à eficácia da notificação determinada pela Portaria nº 40 de 4-11-70.

Com efeito, a manutenção do registro da marca Cristofle, contra a qual se insurge a apelante na referenciada segurança, implicitamente refletiu-se na sua pretensão de desarquivar e dar prosseguimento ao registro da marca Cristofoli, termo nº 712.715/65, em face da notória colidência entre elas.

Por outro lado, a despeito da orientação jurisprudencial trazida à colação, entendo não padecer de ilegalidade a notificação efetivada, no caso, através da mencionada Portaria nº 40.

Deveras muitos interessados acudiram ao chamamento, inclusive clientes do escritório de advocacia que representava a apelante. Daí correta a conclusão sentencial de que, na conjuntura, não restava «ao réu outra alternativa do que a aplicação, na forma do art. 145 do CPI, da pena de arquivamento previsto em lei».

Com essas considerações, nego provimento ao apelo.

#### VOTO

O Sr. Ministro Américo Luz: Senhor Presidente. Com a devida vênia do eminente Ministro-Relator, mantenho o entendimento que manifestei por ocasião do julgamento que foi anulado.

Acompanho a jurisprudência da Casa, no sentido de que essa portaria é ineficaz. A intimação pura e simples de mais de duzentos mil interessados, através de uma portaria que não identifica precisamente cada um deles, afigura-se-me nula de pleno direito.

De maneira que, data venia, e como vejo que o objeto da ação é justamente a declaração de nulidade dessa portaria, para que o pedido de registro tenha prosseguimento, dou provimento à apelação, e julgo a ação procedente, invertendo os ônus da sucumbência.

#### VOTO

O Sr. Ministro Wilson Gonçalves: Em face da divergência, embora não tenha participado do julgamento anterior, uma vez que fora realizado em 1981, ocasião em que me encontrava hospitalizado no Rio de Janeiro, se bem compreendi, o objeto da ação ora em julgamento é o de declarar a nulidade da Portaria nº 40 para obter o prosseguimento do processo administrativo.

Entendo que o outro aspecto da questão vai depender exatamente, na hipótese de se dar provimento à apelação, da verificação de identidade entre a marca registrada nesse interregno e o que se pretende registrar com a declaração de nulidade da portaria intimatória.

Creio que, com a devida vênia do eminente Ministro-Relator, exami-

nar essa identidade agora é antecipar um julgamento posterior, porque o prosseguimento do processo de exame da marca dará lugar a apreciar essa questão em relação ao depósito da marca feita no interregno.

De modo que, **concessa venia**, acompanho o voto do Sr. Ministro Américo Luz, para dar provimento à apelação no sentido de que se prosiga no processo administrativo do INPI, nos termos do pedido.

#### EXTRATO DA MINUTA

AC nº 81.676-RJ — Rel. Originário: O Sr. Ministro Miguel Jerônimo Ferrante. Rel. Designado: O Sr. Mi-

nistro Américo Luz. Apte.: Cris — Ind. Com. Ltda. Apdo.: Instituto Nacional da Propriedade Industrial — INPI.

Decisão: A Turma, por maioria, vencido o Sr. Ministro-Relator, deu provimento à apelação para julgar a ação procedente, invertido os ônus da sucumbência. Lavrará o Acórdão o Sr. Ministro Américo Luz. (Em 26-9-83 — 6ª Turma).

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

#### APELAÇÃO CÍVEL Nº 82.173 — RJ

Relator: O Sr. Ministro Bueno de Souza

Apelante: Departamento Nacional de Estradas de Rodagem

Apelados: Benedito Marcelino de Souza e outros

#### EMENTA

Processual Civil. Desapropriação. Liquidação de sentença. Depósito da oferta pelo expropriante, à ordem de Juízo, na CEF. Correção monetária.

1. O fato de a apelante haver depositado a oferta inicial (sem que os expropriados tenham levantado) e o fato de o depósito vencer juros ou correção monetária (ou ambos) são inoponíveis aos apelados.

2. Desde que o valor do depósito não foi levantado pelos expropriados, impossível imputá-lo no pagamento do débito total apurado na liquidação.

3. Não tendo havido tradição de valor depositado, continua este a pertencer, com seus acréscimos, ao expropriante (depositante).

4. A correção monetária, mera atualização de valor, pode, contudo, ser considerada como partida da sentença, tanto que, em desapropriação, nem sempre é devida.

5. Não é razoável impor ao expropriado duas formas de receber seu crédito: o precatório e o levantamento de depósito na CEF. É conveniente evitar as delongas da verificação do valor atualizado de depósito; bem como a necessidade de se dirigir o expropriado (que não é depositante) à presença da depositária, com quem nada contratou.

## 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 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, 29 de agosto de 1983 (Data do julgamento) — Ministro Armando Rollemberg, Presidente — Ministro Bueno de Souza, Relator.

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Bueno de Souza: O cálculo de liquidação em desapropriação (fl. 109) deduziu do valor do débito da autarquia o do depósito inicial da oferta.

Esta o impugnou (fl. 111), por não ter também abatido a correção monetária respectiva.

A sentença (fl. 114) desprezou a impugnação e homologou o cálculo.

Daí a apelação do expropriante, respaldada em precedente da Egrégia 6ª Turma (AC nº 71.683-RJ, Relator o Sr. Ministro Américo Luz).

Contra-razoado o recurso, subiram os autos.

Dispensei revisão.

Relatei.

## VOTO

O Sr. Ministro Bueno de Souza (Relator): Senhor Presidente, assinale-se que não houve levantamento, nem mesmo parcial, da oferta; e, ainda mais, que a sentença (fl. 84) não mandou imputar o depósito no pagamento da indenização.

Vê-se, assim, que o valor da oferta, não tendo havido tradição, per-

manece pertencente, tão-só e unicamente, à depositante, que é a autarquia. Com efeito, os autos não dão notícia de título jurídico algum, mercê do qual a propriedade desse numerário tenha deixado de tocar ao expropriante.

Se devesse esse valor ser imputado no pagamento do débito, deste também deveria ser abatido o da respectiva correção monetária: ubi eadem ratio, ibi eadem depositio.

Contrapõe-se que a correção monetária não constituiu realidade nova, per se stante...

Redarguo que, para certos efeitos, como tal deve ser considerada. Basta ver que, vez por outra, é negada; ou, então, assegurada, consoante a lei.

Logo, deve tratar-se a questão como autônoma, para certos fins.

No caso, não foi ainda expedido o ofício precatório; não se sabe qual seja o valor atualizado do depósito; este permanece íntegro.

Eis por que me parece mais apropriado expurgar do cálculo qualquer referência a seu valor: assim se evita, de um lado, que o expropriado deva valer-se de dois procedimentos, para o recebimento de seu crédito e, por outro lado, que deva dirigir-se à CEF para verificar o montante ali existente: afinal, o expropriado não é o depositante. Assim, não deve sofrer incômodos, nem ser constrangido a entender-se com o depositário.

O expropriante, depois de pago o débito, levantará o depósito e seus acréscimos.

Dou provimento, portanto, à apelação, para mandar que o cálculo não se refira ao depósito.

É como voto.

## EXTRATO DA MINUTA

AC nº 82.173-RJ — Rel.: O Sr. Min. Bueno de Souza. Apte.: DNER.

Apdos.: Benedito Marcelino de Souza e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento à apelação. (Em 29-8-83 — 4ª Turma).

Os Srs. Mins. Antônio de Pádua Ribeiro e Armando Rollemberg votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Armando Rollemberg.

### APELAÇÃO CÍVEL Nº 82.606 — SP

Relator: O Sr. Ministro Miguel Jerônimo Ferrante

Apelante: Embalagens São Luiz Ltda.

Apelada: União Federal

### EMENTA

Embargos à execução. IPI. ISS. Serviços de composição gráfica, litográfica e fotolitográfica.

— A jurisprudência do Egrégio Supremo Tribunal Federal é forte no sentido de que os serviços de composição gráfica, litográfica, fotolitográfica, etc., só estão sujeitos à incidência do Imposto Sobre Serviços — ISS e não do Imposto sobre Produtos Industrializados — IPI. Entendimento consolidado na Súmula nº 143 do TFR.

— O lançamento da parcela deste tributo nas notas fiscais ocorreu por equívoco da apelante, não podendo daí advir qualquer direito para a Fazenda Pública. Falta, no caso, a ratio agendi, o interesse legítimo, protegido pela lei, a justificar a ação. Não há justa causa de pedir porque inexistente a obrigação tributária, e, ademais, padece de absoluta falta de respaldo legal a condição de substituta do cliente a que, na emergência, se arroga a apelada.

— Apelação provida.

### ACÓRDÃO

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 à apelação para reformar a sentença e julgar procedentes os embargos, invertidos os ônus da sucumbência, na forma do relatório e notas taquigráficas retro que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 8 de fevereiro de 1984 (Data do julgamento) — Ministro

Antônio Torreão Braz, Presidente —  
Ministro Miguel Jerônimo Ferrante,  
Relator.

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Miguel Jerônimo Ferrante: Embalagens São Luiz Ltda., qualificada nos autos, opõe, perante o Juízo Federal da 1ª Vara Cível da Comarca de Marília-SP, embargos à execução que a Fazenda Nacional lhe move para haver a quantia de Cr\$ 97.947,20 referente a Imposto sobre Produtos Industrializados e multa.

Alega, em síntese, a embargante: que é prestadora dos serviços de composição gráfica, litográfica e fotolitográfica, resultantes de encomendas específicas de diversos clientes na feitura de impressos; que a Fazenda Nacional pretende executá-la a pretexto de que deve imposto oriundo de suas atividades; que os serviços dela, embargante, estão sujeitos exclusivamente ao Imposto sobre Serviços de qualquer natureza; que a jurisprudência dos tribunais é mansa e pacífica no tocante à não-pertinência da cobrança do IPI, em casos análogos; que, caso não seja adotado o laudo pericial que anexa, protesta pela conversão do julgamento em diligência a fim de comprovar-se que, naquele período a embargante não promoveu qualquer industrialização sujeita ao IPI; que, realmente, a embargante, ainda na fase administrativa, declarou o IPI constante da presente execução, o que fez por ignorância dos preceitos legais e que, por carecer a embargada do direito pretendido na ação, impõem-se que seja decretada essa carência.

A Fazenda Nacional impugnou, à fl. 53 verso.

Os embargos foram julgados improcedentes pela sentença de fls. 112/115, segundo a qual, apesar de não devido o IPI em razão dos serviços executados pela embargante, deve ela recolhê-lo, se o repassou a seus clientes.

Inconformada, a sucumbente apela com as razões de fls. 119/122 (lê:).

Contra-razões, às fls. 128/131.

Nesta Instância, a Subprocuradoria-Geral da República opina pela confirmação da sentença.

Pauta sem revisão.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Miguel Jerônimo Ferrante: A prova pericial realizada é conclusiva no sentido de que a apelante presta serviços de impressão gráfica, pelo processo de litografia, exclusivamente sob encomenda. São produtos — explícita o laudo — «personalizados» ou seja, levam uma característica do próprio encomendante, não havendo condições de mantê-los em depósito ou aproveitá-los para outro cliente (fls. 91/92).

Ora, a jurisprudência do Egrégio Supremo Tribunal Federal é forte em inadmitir a exigência do imposto sobre Produtos Industrializados na hipótese. Serviços de composição gráfica, litografia, zincografia, fotografia, clicheria, etc., só estão sujeitos à incidência do Imposto sobre Serviços — ISS. Esse entendimento consolidou-se, igualmente, nesta Corte, na Súmula nº 143, verbis:

«Os serviços de composição e impressão gráficas, personalizados, previstos no artigo 8º, § 1º, do Decreto-Lei nº 406, de 1968, com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei nº 834, de 1969, estão sujeitos apenas ao ISS, não incidindo o IPI».

Destarte, improcede a exigência fiscal.

Também não merece prosperar a pretensão, acolhida no decisório monocrático, de haver da apelante o quantum relativo ao IPI que ela teria cobrado de seus clientes.

Deveras, a parcela desse encargo eventualmente repassado, compõe o preço do produto, porquanto é meramente comercial a relação que se estabelece, entre o contribuinte de jure e o cliente. Nessa situação resultante das contingências do mercado, assiste a este último, indubitavelmente, o direito de haver daquele a repetição do que pagou a mais, o plus acresci-

do ao preço do produto a título de imposto indevido.

Não poderia, porém, fazê-lo a Fazenda Pública, mesmo à invocação da predominância do interesse coletivo sobre o individual, como quer a decisão singular.

É que se o imposto é indevido impõe-se a inarredável conclusão da carência de legitimidade da apelada para cobrá-lo. O Fisco não pode atuar em desarmonia com as normas legais a que está vinculado. O lançamento da parcela do tributo nas notas fiscais ocorreu por equívoco da apelante, não podendo daí advir, é óbvio, qualquer direito para a Fazenda Pública. Na realidade, falta, no caso, a *ratio agendi*, o interesse legítimo, protegido pela lei, a justificar a ação. Não há justa causa de pedir porque inexistente a obrigação tributária, e, ademais, padece de absoluta falta de respaldo legal a condição de substituta do cliente a que, na emergência, se arroga a apelada.

A propósito da asseveração de que na conjuntura «é mais aceitável o locupletamento pela Fazenda Pública pelo reconhecimento do império da coletividade sobre o indivíduo», permito-me, por oportuno, reportar-me ao seguinte escólio de Gilberto de Ulhôa Canto:

«Dizer-se que é mais justo deixar tais ou quais quantias ou valores

em mãos de A do que nas de B, não se coaduna com o julgamento de uma questão de direito. O Estado não pode invocar razões de equidade — mesmo que elas sejam procedentes, o que nem sempre acontece — para furtar-se à solução jurídica da controvérsia. Seria invocar a própria torpeza, ainda que para evitar a torpeza de outrem — se provada» («Restituição de imposto indireto pago indevidamente» RDP — jul/set 1967, vol. 1, página 98).

A essas considerações, dou provimento à apelação para reformar a sentença monocrática, em ordem a julgar procedentes os embargos, invertidos os ônus da sucumbência.

#### EXTRATO DA MINUTA

AC nº 82.606-SP — Rel.: O Sr. Ministro Miguel Jerônimo Ferrante. Apte.: Embalagens São Luiz Ltda. Apda.: União Federal.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento à apelação para reformar a sentença e julgar procedentes os embargos, invertidos os ônus da sucumbência (Em, 8-2-84 — 6ª Turma).

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

#### APELAÇÃO CÍVEL Nº 82.686 — PR

Relator: O Sr. Ministro Sebastião Alves dos Reis

Apelante: Perfilados Paraná Manufaturados de Aço Ltda.

Apelada: União Federal

#### EMENTA

Tributário. Imposto de renda. Decreto-Lei nº 1.704/79 (art. 1º). Ciclo do fato gerador. Período-base.

O art. 1º do Decreto-Lei nº 1.704/79 teve em mira o período-base em curso, pendente, in fieri à data da

publicação respectiva (24/10/79) e não o já encerrado, em seu ciclo formativo, como acontece no caso concreto, cujo aperfeiçoamento ocorreu em 31 de janeiro anterior.

A partir do CTN, o fato gerador do imposto de renda passou a identificar-se com a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica do rendimento, no seu fluxo continuado até o encerramento do seu ciclo (art. 116, I), o que veio afastar a legislação anterior, orientada no sentido de que a renda auferida no ano-base seria apenas «padrão de estimativa» da renda ganha no exercício financeiro, ou simples valor de referência apresentando-se hoje tal aquisição no período-base como o próprio fato gerador.

Inaplicabilidade da Súmula nº 584 do Alto Pretório, pois a mesma foi construída à luz da legislação anterior referida, em conflito com a sistemática do CTN posterior.

Deu-se provimento ao recurso voluntário.

### ACÓRDÃO

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

Decide a 5ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, dar 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, 26 de março de 1984. (Data do julgamento) — Ministro Moacir Catunda, Presidente — Ministro Sebastião Alves dos Reis, Relator.

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sebastião Alves dos Reis: Perfilados Paraná Manufaturados de Aço Ltda. propõe contra a União Federal ação declaratória de nulidade de lançamento suplementar do imposto de renda e PIS correspondente ao exercício de 1980, ano-base 79, na importância de Cr\$ 1.673.250,00, incluídos juros, correção monetária e multa, por infra-

ção ao disposto no art. 405 do RIR que tem como fundamento o art. 1º do Decreto-Lei nº 1.704, de 24-10-79, sob a alegação da inaplicabilidade da alíquota de 35% de que trata o Decreto-Lei nº 1.704/79, calculado sobre o «lucro real» no valor de Cr\$ 14.143.343,00.

Argumenta a autora que, como pessoa jurídica, encerra seu exercício social em 31 de janeiro de cada ano, quando realiza o balanço geral e que a declaração de rendimentos entregue em 1980 se refere ao período-base 1-2-78 a 31-1-79, com o imposto calculado à base de 30% sobre a renda, com o que não concordou o Fisco, exigindo-lhe o cálculo de 35% constituído pelo lançamento suplementar de Cr\$ 1.673.250,00 e acréscimos, com base no decreto-lei supracitado que estabeleceu nova alíquota de imposto devido sobre a renda a contar do exercício financeiro de 1980, ano-base 1979, e não sobre o de 1978.

Alega, outrossim, que quando do advento do decreto-lei em questão, 24-10-79, já se encontrava pronto o balanço da empresa, relativo ao ano-

base de 1978, com os lucros já apurados e calculado o imposto de renda incidente representando, portanto, ato jurídico perfeito e acabado, o que implica por parte da autoridade fiscal, em relação à lei nova, uma interpretação extensiva, abrangente de fatos geradores já ocorridos.

Citada, respondeu à União (fls. 38/40) louvando-se em subsídios da Delegacia da Receita Federal em Curitiba (fls. 42/47) argüindo:

«a) Falta do pressuposto processual pela ausência do depósito ao qual se refere o art. 38 da Lei nº 6.830/80.

b) não podem prevalecer as razões da autora, em pretender identificar período-base de 1979 com ano calendário ou civil de 1979, uma vez que este corresponde ao período de apuração de imposto correspondente ao exercício financeiro da União, de 1980, independentemente deste período-base coincidir ou não com o ano calendário segundo seja ou não o ano social da empresa correspondente ao ano calendário de 1979;

c) para fins de imposto de renda, o período-base de 1979, identificável em função do exercício em que o tributo é devido, nem sempre coincide com o ano calendário;

d) não ter sido retroativo a aplicação do Decreto-Lei nº 1.704/79, tendo em vista os termos da Súmula nº 584, do STF».

As fls. 49/60, com a efetivação do depósito e a sua suplementação, foi superada a preliminar de ausência de pressuposto processual.

Instruem os autos cópia do contrato social da autora, com as respectivas alterações (fls. 11/21) e cópia autenticada da declaração de rendimentos de 1980 (fls. 24/31), notificação do lançamento suplementar (fls. 32/33).

As fls. 63/64, o MM. Juiz Federal, Dr. Manoel Lauro Volker de Castilho, julgou improcedente a demanda, determinando a conversão do depósito em renda e condenando a autora ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios que arbitrou em 20% (vinte por cento).

Inconformada, apela a empresa requerente (fls. 67/71) limitando-se a desenvolver as alegações da inicial para, no fim, pedir a redução da verba honorária do mínimo legal, uma vez que a demanda teve decisão prematura e sem instrução, tendo a Procuradoria intervindo pouquíssimas vezes no feito.

Contra-razões da União apresentadas às fls. 73/74.

Neste Tribunal, oficiou a douta Subprocuradoria-Geral da República manifestando-se pela confirmação da sentença de 1º grau.

É o relatório.

#### VOTO

O Sr. Ministro Sebastião Alves dos Reis (Relator): O MM. Juiz Federal da Seção Judiciária do Paraná, Dr. Manoel Volkmer de Castilho, ao julgar improcedente a demanda, assim entendeu às fls. 63/64:

«O ponto realmente controvertido parece ter sido bem sintetizado pelas partes nos excertos que faço transcrever em seguida:

Diz a a., verbis, na réplica (fl. 52):

«O art. 1º do Decreto-Lei nº 1.704, de 24-10-79 mandou incidir o imposto à razão de 35% sobre os rendimentos auferidos no período-base de 1979. A declaração de rendas da autora tinha por base, como teve, o ano de 1978, nunca o de 1979, conforme se pode observar à fl. 22 e seguintes. Quando surgiu esse decreto, em 24 de outubro de 1979, a

autora já estava com seu balanço pronto, há muitos meses (em obediência inclusive ao art. 189 da Lei das Sociedades Anônimas), posto que o seu exercício social havia terminado em 31 de janeiro de 1979.

Adotando-se a tese da ré, ter-se-ia que perguntar o seguinte: como poderia a autora quando elaborou o seu balanço em 31-1-79 — momento em que o imposto deveria ser calculado à base de 30% conforme determinava a lei então em vigor — prever o aumento da alíquota que iria acontecer em 24 de outubro de 1979?»

Respondeu a ré, adotando as informações da autoridade fiscal (fls. 45/46):

«Não podem prevalecer as razões da autora em pretender identificar período-base em 1979 com ano calendário ou civil de 1979. Período-base de 1979 corresponde ao período de apuração de imposto correspondente ao exercício financeiro da União, de 1980, independentemente deste período-base coincidir ou não com o ano calendário, segundo seja ou não o ano social da empresa correspondente ao ano-calendário de 1979.

Para fins de imposto de renda, o período-base de 1979, identificável em função do exercício em que o tributo é devido, nem sempre coincide com o conceito de ano calendário».

A controvérsia está apenas em se saber quando a disponibilidade se tem por ocorrida ou quando se considera a aquisição da renda, já que não há qualquer dispositivo que vede a incoincidência do ano civil em o exercício social e sendo certo que aplica-se a lei vigente no ano de exercício financeiro.

Ou seja, quando ocorre o fato gerador do imposto anual sobre renda para que ajuíze a aplicabilidade ou não do Decreto-Lei nº 1.704/79 — que vigeu a partir de 1-1-80.

A referência feita pela ré à inclinação jurisprudencial de que o fato gerador termina no início de cada exercício parece não desgarrar do bom direito. Assim, o fato gerador do IR no exercício financeiro de 1980 foi o último de 1979.

No caso presente, conclui a ré (fl. 45):

«Quando a empresa apresentou a declaração de rendimentos referentes ao exercício financeiro da União de 1980, correspondente a seu exercício social, compreensivo de um período não coincidente com o ano calendário de 1979, mas com os resultados apurados em balanço de 1979, elegeu então o período-base de 1979 que corresponde ao exercício financeiro da União de 1980».

A autora não fez qualquer tipo de consideração a respeito da data da ocorrência do fato gerador, ou quando se o tem por ocorrido, nem esclareceu por que razão encerra seu ano social em 31 de janeiro.

Tendo como certo que o encerramento do ano social da empresa aconteceu em 31-1-79, aí ocorreu o fato gerador do tributo devido no exercício seguinte de 1980.

A lei é objetiva e clara, embora não impeça a adoção de outro período, não coincidente, para eleição como ano social, arcando o contribuinte com as conseqüências de sua conduta.

Não há aí, também, irretroatividade do Decreto-Lei nº 1.704 ao dispor a alíquota de 35% sobre a renda para cálculo do imposto, vez que tal endereçou ao exercício seguinte em atenção ao preceito constitucional. Não ofendeu qual-

quer direito nem desatendeu seus próprios princípios, como é bem de ver.

Face ao exposto, tendo como ocorrido o fato gerador do imposto sobre a renda do exercício de 1980 no último dia do ano social da a. julgo improcedente a demanda porque legalmente exigível o lançamento suplementar decorrente da elevação da alíquota e determino a conversão do depósito em renda, transitada esta em julgado.»

A r. decisão recorrida, como se vê da transcrição ao julgar improcedente a ação, fê-lo sob a premissa básica de que in casu, havendo o ano social da autora encerrado em 31-1-79, nesse momento completou-se o fato gerador do tributo respectivo, devido no exercício de 1980, daí concluindo pela aplicação à espécie do Decreto-Lei nº 1.704/79, não havendo falar-se em irretroatividade, porque publicado antes do início do exercício pertinente.

Dispõe o Decreto-Lei nº 1.704/79, no seu art. 1º verbis.

«O imposto de renda das pessoas jurídicas, seja comercial ou civil o seu objeto, devido sobre o lucro real ou arbitrado, será apurado à razão de 35% (trinta e cinco por cento), a partir do exercício financeiro de 1980, período-base de 1979.»

A matéria em torno do momento em que o ciclo de formação do fato gerador do imposto de renda se perfaz tem sido objeto, entre nós, de estudos amplos, antes e depois do CTN, como se vê em Rubens Gomes de Sousa (RDA 12/32 — 58), Araújo Falcão (Fato Gerador da Obrigação Tributária, pág. 143), Sampaio Dória (Lei Tributária no Tempo, pág. 167), Alfredo Becker (Tema geral do Direito Tributário, pág. 302/367) Fábio Fanucchi (Curso de Direito Tributário Brasileiro II/77 — 92), e, nesse ponto, estou de acordo com o julgado

recorrido, quando entende que, na espécie, a hipótese de incidência se compôs no último dia do ano social (31-1-79), mas divirjo, na parte em que dá como legitima a aplicação daquele diploma legal, pois, a meu juízo, o seu art. 1º teve em mira o período-base em curso, pendente, in fieri à data da publicação respectiva (24-10-79) e não o já encerrado, em seu ciclo formativo, como acontece no caso concreto, cujo aperfeiçoamento ocorreu em 31 de janeiro anterior.

Sublinhe-se que essa é a interpretação que se afina com o CTN, pois a partir da Lei nº 5.172/66, o fato gerador do imposto de renda passou a identificar-se com a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica do rendimento, no seu fluxo continuado até o encerramento do seu ciclo (art. 116, I), o que veio afastar a legislação anterior, orientada no sentido de que a renda auferida no ano-base seria apenas «padrão de estimativa» da renda ganha no exercício financeiro, ou simples valor de referência apresentando-se hoje tal aquisição no período-base como o próprio fato gerador (Cf. Bulhões Pedreira, Imposto sobre a Renda — Pessoa Jurídica I/110).

Friso que a hipótese não convém ao enunciado da Súmula nº 584 do Alto Pretório, pois a mesma foi construída à luz da legislação anterior referida, em conflito com a sistemática do CTN.

À luz dessas considerações e atento ao disposto no art. 144 do CTN, é de prover-se o recurso voluntário para julgar procedente a ação, invertidos os ônus da sucumbência.

#### EXTRATO DA MINUTA

AC nº 82.686-PR — Rel.: Ministro Sebastião A. dos Reis. Apte.: Perfildos Paraná Manufaturados de Aço Ltda. Apda.: União Federal.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso voluntário, para julgar a ação procedente, invertidos os ônus da sucumbência. (Em 26-3-84, 5ª Turma).

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

### APELAÇÃO CÍVEL Nº 82.834 — SP

Relator: O Sr. Ministro Flaquer Scartezzini

Apelante: IAPAS

Apelada: Josefina Bussola Morelli

### EMENTA

Previdência social. Renda mensal vitalícia.

O art. 73 da CLPS assegura aos maiores de setenta anos ou aos definitivamente incapacitados para o trabalho, que não exerçam atividades remuneradas e que não sejam dependentes de outrem, o amparo da Previdência Social, desde que provem ter exercido, no mínimo por cinco anos, atividade incluída na previdência urbana ou rural.

Sentença mantida.

### ACÓRDÃO

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

Decide a 3ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, negar provimento à apelação, na forma do relatório e notas taquigráficas anexas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 27 de maio de 1983 (Data do julgamento) — Ministro Carlos Madeira, Presidente — Ministro Flaquer Scartezzini, Relator.

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Flaquer Scartezzini: Trata-se de ação de percepção de benefício, sob o rito ordinário, que move Josefina Bussola Morelli contra o Instituto Nacional da Previdência Social, pleiteando receber renda mensal vitalícia nos termos do art. 74 da CLPS.

Alega que conta com a idade de 62 anos e que é portadora de diversos males, ou sejam: reumatismo, hipertensão arterial e bursite, tornando-se assim, total e definitivamente incapacitada para o trabalho.

Pleiteou administrativamente, tendo seu pedido sido indeferido, razão do pedido na esfera judiciária.

Citado, contesta o Instituto, pedindo a improcedência da ação, uma vez que a autora tem condições para exercer a atividade remunerada compatível com sua condição física. Ademais, ainda que incapacitada total e definitivamente, deve ela preencher outros requisitos, ou seja, não auferir rendimentos superiores a 50% do salário mínimo, não ser mantida por pessoa de que dependa obrigatoriamente e não ter outro meio de prover o próprio sustento.

Laudos periciais às fls. 29/32.

O Dr. Juiz, à vista dos laudos apresentados, à fl. 41, sentenciou,

julgando a ação procedente, entendendo que a autora se enquadra na hipótese do art. 73, segunda parte, e seu inciso II da CLPS, pelo que, condenou o Instituto a conceder-lhe renda mensal vitalícia, nos termos da Consolidação das Leis da Previdência Social, a partir da data do pedido administrativo, benefício este que será reajustado na forma da Previdência Social. Condenou ainda o Instituto com as custas da serventia não-oficializada e com os honorários advocatícios fixados em 15% sobre o montante vencido e mais sobre uma prestação anual vincenda. Juros de mora incidirão a partir da citação sendo que, englobadamente, sobre o montante vencido até a sentença e após, mês a mês.

Apela o Instituto com as razões de fls. 47/48, devidamente contra-arrazoado à fl. 50.

Subiram os autos e nesta Superior Instância a douta Subprocuradoria-Geral da República se pronuncia no sentido do prosseguimento do feito, sem prejuízo de manifestação posterior, se necessário.

É o relatório.

### VOTO

O Senhor Ministro Flaquer Scartezini: Sr. Presidente, a autora se dizendo inválida e com a idade de 62 anos, pleiteia no Judiciário, o recebimento de renda mensal vitalícia, nos termos do art. 73 da CLPS, que lhe havia sido negado na esfera administrativa.

Diz o art. 73 e seu inciso II da CLPS:

«Art. 73. O maior de setenta anos de idade ou inválido definitivamente incapacitado para o trabalho, que, num ou noutro caso, não exerça atividade remunerada,

não aufera qualquer rendimento superior ao valor da renda mensal fixada no art. 74, não seja mantido por pessoa de quem dependa obrigatoriamente e não tenha outro meio de prover ao próprio sustento, será amparado pela previdência social desde que:

I — .....

II — tenha exercido atividade remunerada atualmente abrangida pelo seu regime, embora sem inflação à previdência social, no mínimo por cinco anos, consecutivos ou não».

O laudo do Sr. Perito Judicial que se encontra à fl. 29, concluiu que está a autora incapacitada total e permanentemente para o trabalho, eis que é portadora de radiculopatia cervilo-dorso-lombar e hipertensão arterial, e, com tal quadro, seria muito difícil manter-se em algum emprego, vez que o mesmo é progressivo.

Por outro lado, tem a autora 62 anos de idade, está inativa e não possui renda ou meios de subsistência, situação comprovada pelo atestado de pobreza, passado pela Delegacia de Polícia de sua cidade (fl. 8), e pela prova testemunhal que se encontra nos autos.

Exerceu, comprovadamente, a atividade de empregada doméstica por mais de 5 (cinco) anos conforme declaração de fl. 9, do processo administrativo.

Com estes dados, enquadra-se a autora na hipótese do artigo 73, segunda parte e seu inciso II, pelo que, nego provimento ao apelo da autarquia, para confirmar totalmente a r. sentença monocrática.

É o meu voto.

**EXTRATO DA MINUTA**

AC nº 82.834-SP — Rel.: O Sr. Ministro Flaquer Scartezzini. Apte.: IAPAS. Apda.: Josefina Bussola Morrelli.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação (3ª Turma — 27-5-83).

Votaram de acordo com o Relator os Srs. Ministros Hélio Pinheiro e Carlos Madeira. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Carlos Madeira.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 82.948 — SC**

Relator: O Sr. Ministro José Cândido

Remetente: Juízo Federal em Santa Catarina

Apelantes: União Federal, IAPAS e Adélia dos Santos Coelho

Apelados: Os mesmos, Hélio Severino dos Reis e outros

**EMENTA**

Ex-combatente. Acumulação de aposentadoria previdenciária com pensão militar (art. 30 da Lei nº 4.242/63).

Foi indevida a supressão da aposentadoria previdenciária, em virtude de pensão militar concedida a ex-combatentes.

A pensão militar é que não poderia ter sido concedida, por ausência do pressuposto da miserabilidade, mas isso foge ao tema dos pedidos e dos recursos.

Sentença mantida, com esclarecimentos sobre correção monetária e prescrição.

Apelações da União e INPS não providas.

Apelação da autora, viúva do ex-combatente, provida.

**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 maioria, vencido, em parte, o Sr. Ministro Gueiros Leite, negar provimento aos recursos da União Federal e do IAPAS, enquanto julgava prejudicada a remessa de ofício, tida como se declarada

fora, e dava provimento ao recurso da autora Adélia dos Santos Coelho, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 9 de dezembro de 1983 (Data do julgamento) — Ministro **Evandro Gueiros Leite**, Presidente — Ministro **José Cândido**, Relator.

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Cândido: Hélio Severino dos Reis, Benjamim Amaro Pires, Luiz Thomé da Rocha, Moysés Francisco da Costa e Adélia dos Santos Coelho propuseram contra o INPS e a União Federal ação de procedimento sumaríssimo, para obter, os quatro primeiros, a liberação de verbas retidas pelo INPS e o restabelecimento de suas aposentadorias, a partir das datas de sua supressão, com declaração da nulidade da opção feita por imposição da União Federal, com pagamento de atrasados. A quinta autora, viúva do ex-combatente Júlio Francisco Coelho, como o foram os quatro autores, requer o restabelecimento da aposentadoria do seu finado marido, a partir da data da supressão até o seu falecimento e, a partir daí, a conversão em pensão.

Em sentença de fls. 110/115, o MM. Juiz Federal no Estado de Santa Catarina julgou procedente o pedido, em parte, para decretar a nulidade da opção manifestada pelos autores, exceto a do falecido marido da quinta autora concedeu a aposentadoria e, com relação ao autor Luiz Thomé da Rocha, falecido no curso da ação, mandou que fosse transformada em pensão, com juros e correção monetária.

A União Federal apelou, com as razões de fls. 131/132, alegando, em preliminar, rito impróprio, face ao valor da causa. No mérito, diz que não pode ser parte, pois o pedido se refere só ao INPS e nunca deixaram os autores de receber dos cofres públicos.

O INPS, via IAPAS, apelou, com as razões de fls. 134/136, dizendo que os autores optaram pelo recebimento de pensão militar, renunciando à do INPS, conforme art. 30 da Lei nº 4.242/63; que essa lei proíbe o recebimento de qualquer importância pe-

los cofres públicos; que os autores não exerceram dois cargos, daí não podem acumular duas aposentadorias.

A autora Adélia dos Santos Coelho apelou, com as razões de fls. 138/143, dizendo que o INPS suspendeu a aposentadoria do seu extinto marido por ter ele se habilitado a pensão especial militar; que a aposentadoria e pensão previdenciárias têm caráter oneroso e são custeadas por contribuições mensais, inclusive do servidor; que o art. 29 da Lei nº 3.765/60 permite acumulação de pensões (militar e civil); que o Decreto nº 83.080/74 c/c art. 218 da Lei nº 6.439/77 e Lei nº 2.752/56 também garantem a acumulação de aposentadoria.

Contra-razões a essas apelações às fls. 118/119 (União); 121/123 (INPS) e fls. 125/126 (os 4 autores).

Parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República, de fls. 167/173, pelo provimento dos recursos da União Federal e do INPS e pelo não provimento do recurso de Adélia dos Santos Coelho.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro José Cândido (Relator): A preliminar suscitada pela apelante União Federal, de não obediência ao rito correto, porque aplicado o sumaríssimo em lugar do ordinário, dada a elevação no valor da causa, não merece prosperar.

A elevação se deu por via de decisão, na impugnação ao valor da causa (apensos). Já se havia instalado o rito sumaríssimo, quando veio a decisão.

Não tendo havido prejuízo na elaboração da defesa nem cerceado o direito à produção de provas, não há por que anular o processo.

Descarto a preliminar.

Passo ao mérito das três apelações.

O problema básico sobre que versam estes autos é saber se o aposentado pela Previdência Social faz jus à pensão militar, instituída pelo art. 30 da Lei nº 4.242/63 aos ex-combatentes.

Realmente essa pensão militar toma por base a falta de meios para prover à subsistência do beneficiário.

Quando ela foi concedida, seria o caso de a União Federal ter feito impugnação, já que os autores e marido falecido da autora percebiam aposentadoria previdenciária e não preenchiam, ao que se afigura, esse requisito de miserabilidade.

Se a pensão militar não é objeto de pedido, nesta ação, apenas o tema entra em linha de conta, dela não se cuida.

Então, a supressão da aposentadoria previdenciária não teve razão de ser, porque o fato de receberem, os autores, dos cofres públicos (admitido que os da Previdência o sejam) não tem a conotação emprestada pelo INPS, visto como os benefícios previdenciários constituem contraprestação, de natureza obrigacional, um verdadeiro *ut des*, para os quais se contribui durante largo tempo de vida.

A opção feita pelos autores, mesmo sem coação ou imposição da União Federal ou do INPS, não tem qualquer valor, porque feita para atender a exigência, sem o que não teriam eles recebido a pensão militar de ex-combatente.

Nesse sentido, já proferi voto na Remessa Ex Officio nº 89.305 — SC, sobre o mesmo tema nestes autos, cuja ementa se transcreve:

«Previdência Social. Aposentadoria Previdenciária e Pensão Militar de ex-combatente. Restabelecimento. Não se confundem os insti-

tutos da aposentadoria previdenciária e o da pensão militar, por isso que irregular o corte do benefício previdenciário, à contada incompatibilidade da manutenção de dupla aposentadoria. Sentença confirmada (DJ 20-5-82).

Por essa razão, as apelações da União Federal e INPS não merecem provimento, pelo acerto da sentença e porque, se erro houver, é com relação à pensão militar, não com as aposentadorias previdenciárias, que não deveriam ter sido suspensas ou retiradas pelo INPS.

Reconheço que a União Federal é parte no feito, porque o MM. Juiz a quo declarou nula a opção manifestada pelos autores ora apelados, perante a repartição militar, para se habilitarem à pensão.

Quanto à apelação de Adélia dos Santos Coelho, viúva de Júlio Francisco Coelho, deve ser provida, pois a situação do falecido é idêntica à dos quatro autores. A anulação da opção não está a depender da presença do optante. Ela tem sentido, porque foi desnecessária a opção, que o próprio MM. Juiz reconheceu ser destituída de qualquer eficácia e inadmissível.

Ante o exposto, nego provimento às apelações da União Federal e do INPS, mantida a sentença no particular, com o esclarecimento de que a correção monetária obedece à Súmula nº 71 deste Egrégio Tribunal, até o advento da Lei nº 6.899/81 e a partir desta, de acordo com ela, observada a prescrição do art. 109 da CLPS.

Dou provimento à apelação da autora Adélia dos Santos Coelho, concedendo-lhe as mesmas vantagens atribuídas ao autor Luiz Thomé da Rocha, ou seja, aposentadoria da data da supressão até o falecimento e pensão, dessa data em diante, com a mesma observação acima, sobre

correção monetária e prescrição (art. 109 da CLPS).

Prejudicada a remessa de ofício, como se declarada fora.

É o meu voto.

### VOTO VISTA

O Sr. Ministro Evandro Gueiros Leite: Os autores querem anular a opção que fizeram, renunciando ao benefício previdenciário em troca da pensão militar da Lei nº 4.242/63, art. 30, pois são ex-combatentes. O Dr. Juiz acolheu o pedido, certamente por admitir a pretendida acumulação e sustentar que os benefícios têm custeio e origens diferentes.

Não penso assim, contudo. Estaria de acordo com a respeitável sentença *in totum*, não fora a superveniência da Lei nº 6.592/78, que vedou a cumulação, equiparando, certa ou erradamente não interessa, na expressão cofres públicos, o Tesouro Nacional e os recursos previdenciários.

E ler-se:

«Art. 2º A pensão especial de que trata esta lei é intransferível e inacumulável com quaisquer rendimentos recebidos dos cofres públicos, inclusive pensão previdenciária, ressalvado o direito de opção.»

Como fundamento deste voto, transcrevo outro, de minha lavra, na REO nº 95.203-SC, a saber:

«O Dr. Juiz acolheu a preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam*, exceto quanto ao impetrante Moisés Francisco da Costa, porque este vinha, realmente, recebendo os benefícios através do 5º Distrito Naval. Rejeitou, porém, a impugnação do valor dado à causa, por inobservância do procedimento específico. No mérito decidiu assim: «Daí porque, em sendo de ordem securitária o benefício previdenciário, não há como iden-

tificarem-se as fontes de pagamento, de vez que uma provém do Tesouro Público e a outra origina-se das contribuições vertidas pelos próprios segurados, o que, aliás, se harmoniza com regra específica, quando estabelece o limite de cumulação de duas pensões militares ou de uma delas com os proventos de disponibilidade, reforma, vencimentos, aposentadorias ou pensões, resultantes de um único cargo civil (art. 30, parágrafo único, Lei nº 4.242/63 c/c art. 31, § 2º, *in fine*, e art. 29, letras a e b, da Lei nº 3.765/60). (Omissis).» (Fl. 113). Em princípio estou de acordo com os argumentos da respeitável sentença. De fato não é possível confundirem-se os benefícios de ordem securitária, como é o previdenciário, e aqueles provenientes dos cofres públicos, como é o caso da pensão destinada ao ex-combatente, nas condições da Lei nº 4.242/63, art. 30. É sabido que a aposentadoria previdenciária não é paga pelos cofres públicos, no caso o Tesouro Nacional, pois a União apenas entra no seu custeio com a menor parcela. Daí não ser possível negar-se a cumulação da pensão com a aposentadoria previdenciária apenas com fulcro no citado art. 30, do seguinte teor: «Art. 30. É concedido aos ex-combatentes da Segunda Guerra Mundial, da FEB, da FAB e da Marinha, que participaram ativamente das operações de guerra e se encontram incapacitados, sem poder prover os próprios meios de subsistência e não percebem qualquer importância dos cofres públicos, bem como a seus herdeiros, pensão igual à estipulada no art. 26 da Lei nº 3.765, de 4 de maio de 1960.» Acontece, porém, que a matéria passou a ser regida, posteriormente, pela Lei nº 6.592/78, não referida na respeitável sentença, e que proíbe a cumulação, *verbis*:

«Art. 2º — A pensão especial de que trata esta lei é intransferível e inacumulável com quaisquer rendimentos recebidos dos cofres públicos, inclusive pensão previdenciária, ressalvado o direito de opção.» Não há dúvida que essa pensão da Lei nº 6.592/78 reproduz a mesma da Lei nº 4.242/63, art. 30, só que vinculada às disposições da Lei nº 5.315/67, sobre a condição de ex-combatente, e fixada desde logo em seu valor que não tinha antes. A sua finalidade foi sempre a mesma, pois destinada ao ex-combatente, incapaz e necessitado, isto é, que não percebesse qualquer outra importância dos cofres públicos. A nova lei veio definir o necessitado — o ex-combatente cuja situação econômica comprometa o atendimento às necessidades mínimas de sustento próprio e da família (art. 1º, § 1º) — e acrescentar à expressão «cofres públicos» a expressão «pensão previdenciária», ressalvando o direito de opção (art. 2º). Os impetrantes habilitaram-se à percepção da pensão especial da Lei nº 4.242/63, mediante opção, pois já eram aposentados previdenciariamente como ex-combatentes. Trocaram, pois, a pensão pelos proventos da aposentadoria, sendo-lhes expedidos os respectivos títulos pela Pagadoria de Inativos e Pensionista do Ministério da Marinha. Todavia, recorreram eles junto ao INPS, a aposentadoria desde fevereiro de 1981. Quando o fato foi comunicado à Pagadoria, esta suspendeu o pagamento das pensões, por entender ilegítima a cumulação pretendida. Não vejo, pois, como confirmar-se a respeitável sentença; a simples faculdade de opção por um dos benefícios facultada na Lei nº 6.592/78, impede, logicamente, a simultaneidade da sua percepção. Se tal opção foi manifestada à época da Lei nº 6.592/78 e por força dela,

não há, *data venia*, como admitir-se a cumulação pretendida, não sendo crível que o impetrante, no caso Moisés Francisco da Costa, tenha sido compelido a manifestá-la. Por tais razões, acolho a remessa de ofício e reformo a respeitável sentença a quo, a fim de denegar a segurança e cassar a medida liminar, condenando o impetrante nas custas. É como voto.»

Não reformo, porém, integralmente a sentença, pois acho que os autores podem retratar a opção feita pela pensão militar e permanecer no gozo da previdenciária.

Dou parcial provimento aos recursos do INPS e da União Federal, para reformar a sentença, quando admite a possibilidade de acumulação dos benefícios, confirmando-a, contudo, no pertinente à anulação das opções, a fim de que os autores permaneçam recebendo as aposentadorias previdenciárias. Por essa razão, os atrasados serão reduzidos à diferença (se houver) entre o valor da aposentadoria previdenciária e o da pensão militar, a ser apurada em liquidação por arbitramento. A reforma da sentença atinge, igualmente, os honorários advocatícios, que devido à sucumbência recíproca, se compensam. E quanto aos juros de mora, reduzo-os aos limites legais, de 0,5% ao mês.

No tocante à apelação da autora Adélia dos Santos Coelho, dou-lhe provimento igualmente parcial, para anular a opção inquinada, dado que o seu marido Júlio Francisco Coelho era aposentado pelo antigo IAPM. Quando este foi extinto, passou a receber pelo Ministério dos Transportes, mas voltou aos cofres da Previdência unificada no período de 1975 a 1977 (fl. 139).

Julgo prejudicada a remessa de ofício.

É como voto, *data venia*.

## EXTRATO DA MINUTA

AC nº 82.948-SC — Rel.: O Sr. Min. José Cândido. Aptes.: União Federal, IAPAS e Adélia dos Santos Coelho. Apdos.: Os mesmos, Hélio Severino dos Reis e outros.

Decisão: A Turma, prosseguindo no julgamento, por maioria, vencido, em parte, o Sr. Ministro Gueiros Leite, negou provimento aos recursos

da União Federal e do IAPAS, enquanto julgava prejudicada a remessa de ofício, tida como se declarada fora, e dava provimento ao recurso da autora Adélia dos Santos Coelho. (Em 9-12-83 — 2ª Turma).

O Sr. Ministro William Patterson votou com o Sr. Ministro-Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Evandro Gueiros Leite.

## APELAÇÃO CÍVEL Nº 83.076 — RJ

Relator: O Sr. Ministro Wilson Gonçalves

Apelante: DNER

Apelados: Ninah Almeida Martins Rodrigues e outros

## EMENTA

Desapropriação. Conta de liquidação. Oferta inicial. Correção monetária.

A correção monetária sobre o depósito inicial, parte integrante do pagamento da indenização, pertence por inteiro aos expropriados, pois é paga pela Caixa Econômica Federal, e não pelo órgão expropriante.

Improvemento do recurso.

## ACÓRDÃO

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

Decide a 6ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, negar provimento à apelação, 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 dezembro de 1983 (Data do julgamento) — Ministro Antônio Torreão Braz, Presidente — Ministro Wilson Gonçalves, Relator.

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Wilson Gonçalves: O Departamento Nacional de Estradas de Rodagem interpõe o presente

recurso, inconformado com a r. sentença que homologou a conta de liquidação referente à ação expropriatória movida contra Ninah Almeida Martins Rodrigues e outros.

Insurge-se, em síntese, o apelante, com a não inclusão, nos cálculos do contador, da verba correspondente à correção monetária da oferta inicial.

O apelo foi contra-arrazoado às fls. 216/217, vindo, em seguida, os autos à apreciação desta instância revisora.

Dispensada a revisão, nos termos do art. 33, IX, do Regimento Interno.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Wilson Gonçalves: É pacífica a jurisprudência desta ilustrada Turma no sentido de que a

correção sobre o depósito inicial, parte integrante do pagamento da indenização, pertence por inteiro aos expropriados. Tanto que é paga pela Caixa Econômica Federal, e não pelo órgão expropriante.

A conta de fls. 201/204, a que se prende o presente recurso, levou em consideração o montante da indenização e desta deduziu o valor da oferta preliminar, encontrando, assim, a respectiva diferença. Apenas sobre essa diferença é que calculou a correção monetária, aplicando o índice correspondente.

Verifica-se, dessa maneira, que o cálculo da correção monetária constante da mencionada conta não compreendeu o valor do depósito prévio.

Ora, se o próprio apelante reconhece «que o depósito é início de pagamento» (fl. 212), é lógico que os acréscimos dele decorrentes passam ao patrimônio dos apelados, sabido que a correção monetária apenas atualiza o valor da indenização, corroido pela onda inflacionária.

Não há como falar-se em enriquecimento sem causa. Ilícito seria se o expropriante, imitado na posse da área expropriada, início litis, ainda recebesse o valor da correção monetária de um depósito que oficialmente destinou aos desapropriados a título de pagamento.

Deste modo, não há o que deduzir no cálculo em apreço. Nego provimento à apelação.

#### EXTRATO DA MINUTA

AC nº 83.076-RJ — Rel.: O Sr. Ministro Wilson Gonçalves. Apte.: DNER. Apdos.: Ninah Almeida Martins Rodrigues e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação. (Em 5-12-83 — 6ª Turma).

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

#### APELAÇÃO CÍVEL Nº 83.792 — DF

Relator: O Sr. Ministro Miguel Jerônimo Ferrante

Revisor: O Sr. Ministro Américo Luz

Apelante: Instituto Brasileiro do Café — IBC

Apelados: Timber S.A. Indl. Coml. e Exportadora e outro

#### EMENTA

Ação ordinária. Julgamento extra petita. Exportação de café. Resolução nº 22/77 do Instituto Brasileiro do Café. Quota de contribuição. Reaproveitamento. Honorários advocatícios.

— Inocorrência de julgamento extra petita, porque a sentença não excedeu o pedido, nem dele se alheou. O Juiz não está vinculado, na fundamentação do decisório, à argumentação das partes e aos fundamentos jurídicos postos em debate, assistindo-lhe enfrentar com largueza a questão proposta em toda a complexidade com que ela se oferece, e expandir as razões de seu convencimento. O que lhe é defeso é ir além ou aquém do pedido, ou proferir sentença diversa do mesmo.

— O poder de polícia, de que está investido o IBC para reprimir a generalidade das ofensas às normas disciplinadoras do abastecimento e comercialização do café, não pode extrapolar os limites da legalidade, sob pena de erigir-se em arbítrio.

— A Resolução nº 22/77 se oferece de duvidosa validade no tópico em que dispõe sobre a não-restituição de quantia adiantada a título de quota de contribuição, quando a Declaração de Venda venha a ser cancelada. Falta de respaldo jurídico do procedimento que assume, no contexto, nítidos contornos de confisco com afronta à garantia constitucional (§ 11, do art. 153, da CF). Inexistência de previsão legal que autorize a apropriação do adiantamento, na hipótese.

— Possibilidade do aproveitamento ou recuperação dos valores antecipados em outros embarques, tanto mais que o IBC já autorizou esse reaproveitamento, em casos idênticos ao dos autos.

— Incidência do percentual arbitrado a título de honorários advocatícios sobre o valor dado à causa, com correção monetária a partir da Lei nº 6.899, de 1981.

— Apelação parcialmente provida.

### ACÓRDÃO

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

Decide a 6ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, desacolher a questão de ordem suscitada pelo Subprocurador-Geral da República concernente à competência da Segunda Seção e dar parcial provimento à apelação, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, e notas taquigráficas retro que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 29 de fevereiro de 1984 (Data do julgamento) — Ministro Antônio Torreão Braz, Presidente — Ministro Miguel Jerônimo Ferrante, Relator.

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Miguel Jerônimo Ferrante: Timber S.A. Industrial, Comercial e Exportadora e Agepa

S.A. Industrial, Comercial e Exportadora, qualificadas nos autos, ajuizaram, perante o Juízo Federal da 2ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, ação ordinária contra o Instituto Brasileiro do Café — IBC, alegando, em síntese, que, em 1977, as suplicantes registraram no IBC declarações de vendas (DVs) de 7.500 sacas de café cada uma, com embarque programado para dentro de 90 dias; que, dentro das subsequentes 48 horas, de acordo com disposições baixadas pela Resolução nº 22/77, hoje revogada, as suplicantes vieram a recolher a parte antecipada da quota de contribuição, fixada à época em US\$ 20.00 por saca de café a ser exportada; que esse recolhimento foi a US\$ 150.000.00 para cada uma das apelantes totalizando US\$ 300.000.00; que a chamada quota de contribuição na sistemática anterior sempre foi paga pelo importador, de modo integral quando do pagamento do saque e após o embarque, razão

pela qual o exportador recebia o contravalor da cambial em cruzeiros, já deduzido aquele valor que era, então, repassado pelo banqueiro, ao Banco Central do Brasil; que, pelo novo critério adotado com o advento da Resolução nº 22/77, passou o IBC a exigir a antecipação, pelo exportador brasileiro, desta parcela, da qual só será ressarcido pelo importador quando da total «performance» do embarque, cobrança do saque e conseqüente recebimento das cambiais; que, porém, por razões de mercado, diversos importadores deixaram de honrar seus saques, motivo que levou vários exportadores brasileiros, dentre os quais se incluem as suplicantes, a solicitar a prorrogação de vendas, de modo a tentar encontrar outros compradores, que pudessem saldar seus compromissos; que o IBC chegou a conceder diversas prorrogações, porém, por uma razão arbitrária e unilateral, resolveu não mais fazê-lo, o que resultou em deixar a citada parcela de US\$ 20.00 por saca sem a respectiva vinculação a café exportado; que, a partir daí, passaram as suplicantes a pleitear, não a devolução do dinheiro pago, mas, sim, o direito de reaplicar os valores antecipadamente recolhidos em outros embarques; que este pedido formou processo administrativo no IBC, o qual indeferiu a pretensão, sem maiores delongas; que não se tratou de venda fria como quis insinuar a autarquia, sendo inadmissível que a mesma se valha de pretexto para apropriar-se da parcela sem a legítima contrapartida da exportação.

As fls. 39/42, a autarquia contestou, aduzindo em suma que o pretendido direito das autoras é inexistente.

Manifestação do Banco Central do Brasil, às fls. 110/116.

A seguir, sobreveio a sentença de fls. 128/136, que julgou procedente o

pedido, condenando a ré em honorários de advogado, fixados à base de 10%.

Inconformada, apelou a autarquia sucumbente, com razões de fls. 138/147, aditadas às fls. 153/155 (lê:).

Contra-razões, às fls. 183/189.

As fls. 193/196, a Subprocuradoria-Geral da República pede o provimento do recurso, reduzida, porém, a verba honorária.

É o relatório.

### VOTO

**O Sr. Ministro Miguel Jerônimo Ferrante:** As apeladas registraram, no Instituto apelante, declarações de vendas (DVs) de 7.500 sacas de café, cada uma, com embarque previsto para noventa dias. A seguir, em obediência à então vigente Resolução nº 22/77 da autarquia, cada qual recolheu US\$ 150.000.00 a título de parte antecipada da chamada quota de contribuição, fixada, à época, em US\$ 20.00 para saca do produto, exportada.

A exportação, porém, não se efetivou em razão da retratação dos importadores estrangeiros, face às oscilações do mercado internacional do café, resultando daí a pretensão das apeladas de compelir a apelante a lhes garantir o direito de reaplicar os valores recolhidos.

A sentença monocrática dispõe no sentido de acolher a pretensão, como especificada na vestibular. Vale dizer, para que seja assegurada às autoras o direito de utilizar os valores recolhidos em futuras vendas e embarques de café para o exterior.

A apelante, contudo, sustenta, em preliminar, que houve julgamento extra petita e, no mérito, a improcedência do pedido, porquanto, a teor da citada Resolução nº 22/77, os valores antecipados da parcela da quota-contribuição não serão restituídos.

qualquer que seja o motivo do cancelamento da declaração de venda.

Ora, a esse enfoque, de plano se constata a inoportunidade de julgamento extra petita.

Na realidade, a sentença não excedeu o pedido, nem dele se alheou. Sem alterar a lide ou decidir fora de suas lindes, desenvolveu-se sua fundamentação que remata no dispositivo posto em julgar «procedente o pedido para condenar o R. como nele especificado». O fato de seu ilustre prolator tecer considerações, que o tema lhe sugeriu não merece ser invocada como demonstração de julgamento extra, citra ou ultra petita. O Juiz não está vinculado, na fundamentação do decisório, à argumentação das partes ou aos fundamentos jurídicos postos em debate, assistindo-lhe enfrentar, com largueza, a questão proposta em toda a complexidade com que ela se oferece, e expender as razões de seu convencimento. O que lhe é defeso é ir além ou aquém do pedido, ou proferir sentença diversa do mesmo. E isso, à evidência, não ocorre na hipótese dos autos.

No mérito, o ponto modal da questão reside na ressalva contida na mencionada Resolução nº 22, de 1977, de que a quantia relativa à antecipação da quota de contribuição «não será devolvida mesmo que a Declaração de Venda venha a ser cancelada por qualquer motivo» (sic).

Ora, é irrecusável que a autarquia-apelante está investida, nos termos da Lei nº 1.779, de 22 de dezembro de 1952, que a criou, de poderes especiais para realizar a política econômica do café brasileiro, no país e no estrangeiro. No âmbito de sua competência, cabe-lhe expedir regulamentos e resoluções necessários à execução de suas atribuições específicas de que cuida a legislação de regência. A lei lhe dá competên-

cia para estabelecer penalidades, dentro dos parâmetros que traça, para as infrações às normas que disciplinam o abastecimento do consumo interno, a comercialização interna e a exportação do café (Decreto-Lei nº 47, de 18 de novembro de 1966). Arma-a de um poder de polícia tendente a reprimir a generalidade de ofensas a esses atos e para obstar as práticas dolosas, que tragam danos ao mercado e perturbem a política de crédito desse produto básico de nossa economia.

Inobstante, há de se convir que esse poder de polícia não poderá extrapolar os limites da legalidade, sob pena de erigir-se em árbitro.

Em si, a questionada Resolução nº 22, de 1977, se nos afigura de duvidosa validade no tópico em que dispõe sobre a não-restituição de quantia adiantada a título da mencionada quota de contribuição, quando a Declaração de Venda venha a ser cancelada por qualquer motivo.

Deveras, não carece de respaldo jurídico tal procedimento, que assume, no contexto, nítidos contornos de confisco em afronta à garantia constitucional (§ 11, do art. 153, da Constituição Federal). Inexiste, ademais, previsão legal que autorize a apropriação desse adiantamento, no caso de cancelamento da Declaração de Venda de que se cuida. E até mesmo não há como se admitir a disciplina da resolução em comento quando se considera o fato de não se ter efetivado a exportação do produto. Isso porque, indubitavelmente, a paga da contribuição está vinculada à venda do café ao importador estrangeiro. Assim, nas circunstâncias, uma vez que não houve exportação, indevido será o próprio recolhimento antecipado da quota de contribuição, resultando daí, incensurável, a meu sentir, a assertiva sentencial, nesse sentido: «A restituição do que foi antecipado pelos AA. por exportação não

concretizada, impunha-se ao R. como obrigação inelutável».

Pondere-se, contudo, que, apesar dessa colocação, os apelados não pleiteiam a devolução das quotas adiantadas.

Postulam, apenas, como já ressaltado, o aproveitamento ou a recuperação dos respectivos valores em outros embarques, sob a forma usual de Avisos de Garantia, o que se me afigura justo, tanto mais quando se verifica que a apelante, em casos idênticos aos dela, autorizou o pretendido reaproveitamento, em resguardo, segundo sua própria justificativa, «do princípio de equidade no tratamento dispensado pelo IBC às firmas exportadoras em geral» (fl. 17).

Destarte, não colhe a ampla rebelião da apelante contra a sentença, a não ser, no meu entender, em um ponto, a saber, no tocante ao dispositivo referente à verba advocatícia. Deveras, creio merecer reparo no particular, para evitar distorções que não se ajustam aos regramentos processuais pertinentes à matéria. A meu sentir, o percentual arbitrado a esse título deve incidir sobre o valor dado à causa, com correção monetária a partir do advento da Lei nº 6.899, de 1981.

A essas considerações, dou parcial provimento à apelação em ordem a reformar a sentença no tópico relativo a honorários advocatícios, como acima explicitado, mantido no mais o *decisum*.

É o voto.

#### QUESTÃO DE ORDEM

O Sr. Ministro Américo Luz (Revisor): Realmente, como já antecipei, o § 3º, inciso II, do art. 10 do nosso Regimento Interno diz:

«A Segunda Seção cabe o processo e julgamento dos feitos relati-

vos a contribuições de qualquer natureza».

No caso, trata-se de quota de contribuição, de maneira que, a meu ver, a competência é, inegavelmente, da Segunda Seção e, portanto, no caso, desta Turma.

Rejeito a questão de ordem.

#### VOTO PRELIMINAR

O Sr. Ministro Miguel Jerônimo Ferrante: Senhor Presidente, preliminarmente tenho que não procede a questão de ordem suscitada pelo eminente Subprocurador-Geral da República, Dr. José Arnaldo Gonçalves de Oliveira, porquanto a matéria em exame se insere na competência da Segunda Seção, com fundamento no art. 10, § 3º, item II, do Regimento Interno da Corte.

Daí porque a indefiro.

#### VOTO REVISÃO

O Sr. Ministro Américo Luz: Sr. Presidente.

I — Rejeito a preliminar pertinente a julgamento extra petita, pois não o vislumbro. O MM. Juiz de primeira instância decidiu a matéria questionada com inegável proficiência jurídica. Não poderia deixar de proceder ao estudo conceitual da malsinada quota de contribuição, para colocá-la ou não fora do alcance do CTN e, é preciso que se diga, a função do Juiz não se limita aos estreitos lindes da interpretação e consequente aplicação dos textos legais. Todavia, se constitui, também, de sentido social, abrangente da crítica a certos procedimentos que se afastem do direito ou o infringjam.

II — Cumpre-me o dever de pôr em relevo, face ao brilhantismo das considerações expendidas pelo ilustre julgador de primeiro grau, os seguintes tópicos da sentença sub examen (fls. 132/135):

«Na verdade, a *lex legum*, ao tratar das contribuições especiais, denominadas constitucionalmente de contribuições de intervenção no domínio econômico, só faz alusão a um fato gerador específico. O CTN, de sua vez, — «lei complementar de normas gerais de Direito Tributário... que limitará constitucionalmente o poder de tributar» (art. 18, § 1º, da Carta Magna) — permanece desatualizado, prevenido como tributos apenas o imposto, a taxa e a contribuição de melhoria, em seu art. 5º (Sobre Fato Gerador Geral e Específico, cf. Moreira, J. B., *Trat. de Dir. Trib. Bras.*, vol. VIII, pág. 132, coment. 2, 4, 43 e segs.).

Ora, por força da norma do art. 3º que consagra o princípio da segurança em matéria tributária — e ainda do que dispõe no art. 142, o CTN não somente impede que o tributo possa ser cobrado e lançado sem que haja uma atividade administrativa plenamente vinculada, mas também diz, a **contrario sensu**, que não é obrigação tributária aquela que prescindir dessa plena vinculação.

E outra coisa não significa essa vinculação senão que a hipótese fática e demais características tributárias devem estar previamente previstas na lei. É que repugna ao direito tributário a insegurança e a indefinição, sendo seu ponto forte, ao revés, a certeza.

Portanto, se a vaguidade e a indefinição partem da letra constitucional, há de ter-se a norma da Carta como uma programação, uma norma programática que a Lei Complementar deveria ter ultimado em hipótese fática. Não havendo complementação, a norma, mesmo em se tratando de mandamento da *Grundsgesetz*, não passa de uma norma em branco.

É o caso de chamada quota de contribuição, cujos pressupostos fáticos não se encontram definidos em lei, não podendo, portanto, ser considerada tributo, não bastando, para que tal fosse considerado, a natureza compulsória com que é imposta pelo IBC. A obrigação compulsória, para ser legítima, há de ter amparo legal, ou constitucional. *In casu*, não há nenhum.

Em contrapartida, há assecuratórios constitucionais no art. 153, § 36, que nos leva a crer que, embora temperado pelas soluções humanísticas e pelas modernas restrições de natureza social, o regime vigente no País é o capitalista; que a livre empresa é permitida e garantida; que o lucro é legal; que as especulações, elemento integrante da estratégia operacional das empresas, são legítimas e justas, tal como alegam as AA à fl. 6, item 12. E que, conseqüentemente, o confisco não é permitido.

Além do mais, a propriedade privada, sobre os diferentes bens, é respeitada. Mais do que isso, é sagrada desde a Constituição Francesa de 1791, que reproduziu o art. 17 da Declaração dos Direitos do Homem, onde se proclama a plenitude do Direito de Propriedade contra o Princípio do Domínio Eminente da Coroa — que abrangia, então, até o *jus primae noctis* — ou, como explica melhor, o próprio Louis XIV, em suas «Instruções ou Delfim»: «*Tout ce qui se trouve dans l'entendue de nos États, nous appartient au même titre, de quelque nature qu'il soit... les rois sont seigneurs absolus et ont la disposition pleine et entière de tous les biens qui sont possédés (par lessudites)...*» (Moreira, J. B., *op. cit.*, coments. 3.1.12 e 4.5.33, *in fine*, págs. 170 e 366).

Ora, a não exportação do café, por parte das AA, deveria ter sido

punida, se fosse o caso, mediante a aplicação, pela Administração, de uma pena qualquer pertinente, previamente descrita em lei. Nunca, porém, pelo confisco de um depósito antecipado de valores, relativos a uma exportação que não se deu por fato alheio a sua vontade, o que caracteriza locupletação indébita.

Ou seja, a norma baixada pelo IBC extrapola o simples poder de polícia administrativo e viola o direito de propriedade, inclinando-se à mera vontade do administrador e não à vontade da lei, o que não é possível tolerar, sob pena de consagração de um intervencionismo não capitulado pela lei, mas surgido de normas menores.

O que se pretende com essa norma, na verdade, é o absurdo de obrigar as empresas privadas a «criarem» o fato exportação, sob pena de confisco de bens de sua propriedade, quando a própria ação administrativa do órgão normador, com os tratados e cartéis a nível de governo, não é capaz de inverter a realidade inexorável dos fatos e criar conjunturas favoráveis ao comércio internacional.

Tem-se, portanto, que a cláusula final da letra b, do art. 2º, da Resolução nº 22/77, do IBC, que prevê a não devolução da parcela antecipada, «mesmo que a declaração de venda venha a ser cancelada por qualquer motivo» (sic) não pode prevalecer, por consagrar enriquecimento sem causa legítima, violando um dos princípios basilares de nosso sistema jurídico, que, como se viu, se acha insculpido na própria Constituição. Trata-se de cláusula não somente ilegal, mas inconstitucional».

Considero irrespondíveis tais asseverações, mormente porque, sem restringirem o conceito do que seja tributo, dão à quaestio juris tratada

nos autos o seu verdadeiro significado jurídico, demonstrando que a imposição, por si só, não é suficiente para caracterizar determinada obrigação contributiva aos cofres públicos. É imprescindível que ela decorra de norma legal expressa e definida e que tenha respaldo na Constituição Federal.

Por isso, data venia de abalisadas opiniões em contrário, pode-se dilatar o restrito âmbito do Código Tributário Nacional em seu art. 5º, conforme afirmou o ilustre Magistrado sentenciante, colocando sob sua égide, além do imposto, a taxa e a contribuição de melhoria, outras espécies de contribuições impostas pelo Estado ao contribuinte, *verbí gratia* a contribuição previdenciária. Todavia, para que tal equiparação se legitime, repita-se, é necessário que a imposição provenha de lei, e de lei constitucional, o que não acontece com a chamada quota de contribuição exigida pelo Instituto Brasileiro do Café, objeto da espécie em exame.

A douda sentença recorrida merece confirmação. Apenas entendo que a verba de honorários advocatícios, fixada em 10%, haverá de ser calculada sobre o valor dado à causa na petição inicial e corrigida monetariamente a partir da vigência da Lei nº 6.899/81.

Portanto, nos termos acima enunciados, dou parcial provimento à apelação.

#### EXTRATO DA MINUTA

AC nº 83.792-DF — Rel.: O Sr. Ministro Miguel Jerônimo Ferrante. Rev.: Sr. Ministro Américo Luz. Ap.te.: Instituto Brasileiro do Café — IBC. Apdos.: Timber S.A. Ind. Com. e Exportadora e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, desacolheu a questão de ordem suscitada pelo Subprocurador-Geral

da República, concernente à competência da Segunda Seção, e deu parcial provimento à apelação, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator (Em 29-02-84 — 6ª Turma).

Sustentação oral: Dr. Arnaldo Brandão, pelo apelante, Dr. José Ar-

naldo Gonçalves de Oliveira, como assistente, e Dr. José Luiz Clerot, pelos apelados.

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

#### APELAÇÃO CÍVEL Nº 84.706 — SP

Relator: O Sr. Ministro Washington Bolívar de Brito

Apelantes: Floripes de Paiva Batista e outro e INPS

Apelados: Os mesmos

#### EMENTA

Previdenciário e Processual Civil. Trabalhador rural. Lei Complementar nº 11/71. Pensão. Menor. Prescrição.

1. O benefício deve ser pago a partir da data do despacho que ordenou a citação (CPC, art. 219, § 1º) e não a contar da efetivação desta, como dispunha o CPC anterior (art. 166, V. CPC de 1939). Citação que se efetivou dentro do prazo legal (CPC, art. 219, § 4º).

2. Se o menor era absolutamente incapaz, à data do óbito do rurícula, a prescrição somente começou a fluir quando completou dezesseis anos, podendo completar a incapacidade relativa de agir mediante assistência, como ocorreu no processo (art. 169, c/c o art. 5º, I, do Código Civil).

3. Os juros moratórios são devidos a partir da citação.

4. A Lei Complementar nº 11/71, concedendo o pagamento dos benefícios a partir de janeiro de 1972, inclusive pensão, compreende os dependentes dos trabalhadores rurais, ainda que falecidos antes dessa data, por se tratar de legislação de assistência social e não de previdência social; a restrição se prende ao momento em que é devida a prestação e não ao nascimento do próprio direito, que se materializa com a reunião dos requisitos legais.

5. Apelos simultâneos parcialmente providos.

#### ACÓRDÃO

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

Decide a 1ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade,

preliminarmente, não conhecer do agravo retido por se ter como renunciado, dar provimento parcial ao apelo dos autores e também, por unanimidade, dar provimento parcial ao apelo do réu, 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, 20 de setembro de 1983. (Data do julgamento) — Ministro Washington Bolívar de Brito (Presidente e Relator).

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Washington Bolívar de Brito: Floripes de Paiva Batista, por si e assistindo seu filho menor impúbere Ismael Batista Ferreira, qualificados na inicial e beneficiários da justiça gratuita, moveram ação ordinária contra o Instituto Nacional de Previdência Social, sucessor do FUNRURAL, visando a obter pensão previdenciária, na qualidade de dependentes de João Batista Filho, trabalhador rural falecido em 7-2-66.

Acolhida a impugnação do valor dado à causa (autos em apenso), a autarquia contestou o pedido (fls. 16/18), postulando, preliminarmente, a carência de ação da autora, porquanto seu marido faleceu anteriormente à vigência da Lei Complementar nº 11. No mérito, sustentou a inexistência de comprovação da alegada condição de rurícola. Entretanto, caso a ação seja julgada procedente — o que admite apenas para argumentar —, pleiteou o reconhecimento da prescrição quinquenal das parcelas vencidas.

Réplica à fl. 20/20v.

O MP opinou à fl 21v.

Saneador à fl. 22/22v.

Irresignado com o despacho que indeferiu a preliminar de carência de ação, agravou o IAPAS (fl. 26).

Após a audiência (fl. 41/41v.), na qual resultou infrutífera a concilia-

ção, prestaram depoimento as testemunhas (fl. 42/42v.).

O MM. Juiz de Direito da Comarca de Pedregulho-SP, Dr. Celso Nunes da Silva, julgou procedente, em parte, a ação a fim de condenar o Instituto-réu a conceder à autora pensão previdenciária, com o pagamento das prestações vencidas a partir de 30-4-77, todas de uma só vez, na base de 50% (cinquenta por cento) do salário mínimo vigente à época da liquidação. As prestações vencerão juros, mês a mês. A carga da autarquia as custas que lhe couberem, além da verba honorária à razão de 15% (quinze por cento) da soma das prestações vencidas até a data da sentença e mais um ano das vincendas.

Apelou a autora (fls. 48/49), pleiteando:

— início do benefício, a partir de 1-1-72, uma vez que existe menor beneficiário contra o qual não corre prescrição;

— aumento da verba honorária para 20% (vinte por cento) e incidência sobre as parcelas vencidas até a data da liquidação; e

— juros de mora desde o início do benefício.

Igualmente inconformada, apelou a autarquia (fls. 51/53), alegando que os autores nada requereram na esfera administrativa. Além disso, o de cujus faleceu antes do advento da Lei Complementar nº 11. Caso haja condenação, pediu a dedução das quantias porventura recebidas pela autora. Entende que o início do benefício e da prescrição quinquenal deve ser contado a partir da citação.

Quanto às custas, delas é totalmente isenta. Pleiteou, ainda, a redução do percentual de verba honorária para 10% (dez por cento) sobre as prestações devidas até a data da sentença mais um ano de vincendas.

Finalmente, que os juros moratórios sejam devidos a contar da citação, mês a mês e de forma decrescente.

Contra-arrazoaram o INPS (fl. 56) e os autores (fl. 59/59v.), sustentando, estes, preliminarmente, a intempestividade do recurso do Instituto e, no mérito, alegaram que as preliminares formuladas na apelação do réu foram decididas no saneador (fl. 22/22v.). Pretende o Instituto que o benefício seja pago a partir da citação, o que não foi objeto da contestação. O réu pediu (fl. 17) apenas a prescrição quinquenal das parcelas vencidas; assim, não há como atender essa pretensão. Após pedir a prevalência do seu apelo, arrematarem postulando a improcedência do recurso do INPS.

Sem revisão, nos termos do art. 33, IX, do Regimento Interno.

É o relatório.

#### VOTO

O Sr. Ministro Washington Bolívar de Brito (Relator): Preliminarmente, não conheço do agravo retido (fl. 26), por motivo de ordem técnica, pois o tenho como renunciado, por não haver a autarquia-apelante, quer nas suas razões (fls. 52/53), quer nas contra-razões (fl. 56) pedido, expressamente, sua apreciação pelo Tribunal, por ocasião do julgamento da apelação, a teor do disposto no art. 522, § 1º, 2ª parte, do CPC. Ademais, a matéria que desenvolve está decidida com o mérito — a preliminar de carência de ação — por ser o óbito anterior a 31-12-71.

Há apelos simultâneos.

Os autores pleitearam a reforma da sentença, na parte em que se julgam desfavorecidos, para que:

1º) A data do benefício retroaja a 1º de janeiro de 1972, pois existe menor beneficiário, contra o qual não corre qualquer prescrição; caso não

se entenda assim, que a prescrição deva ser considerada como interrompida na data do despacho que ordenou a citação — 13-4-82 — e não da efetivação desta.

2º) Os honorários advocatícios sejam elevados para 20% (vinte por cento) e abranger as prestações vencidas até a data da liquidação, mais um ano das vincendas.

3º) Os juros moratórios incidam desde o início do benefício, por ter sido a decisão omissa, no particular.

Examinemos, por partes, os itens do apelo.

I — A prescrição quinquenal foi corretamente aplicada em relação à viúva do rurícola, já que não é beneficiária de nenhuma causa impeditiva, suspensiva ou extintiva. Tem parcial razão, entretanto, quanto à data do início da contagem, que não é a da efetivação da citação (como dispunha o art. 166, V, do CPC, de 1939), mas a do despacho que a ordenou (CPC atual, art. 219, § 1º), o que ocorreu no dia 20 de abril de 1982 (fl. 9), expedindo-se carta precatória-citatória, sendo certo que a citação se efetivou no dia 29 dos referidos mês e ano (dentro do prazo, portanto, a que se refere o § 4º, do mesmo art. 219, do CPC). A data para início da contagem do prazo, assim, é 20 de abril de 1982, quando se ordenou a citação, na forma da lei processual vigente.

Por outro lado, quanto ao menor beneficiário, tem razão integral, já que era absolutamente incapaz à data do óbito, pois nasceu no dia 4-10-65 (fl. 7) e o óbito do seu genitor se deu no dia 7-2-66 (fl. 5). O direito à ação nasceu da condição de rurícola e do óbito do pai do referido menor. Sendo ele, então, absolutamente incapaz, a prescrição somente começou a fluir quando completou 16 anos, tornando-se apenas relativamente incapaz e podendo completar essa capacidade de agir com a devida assis-

tência, como ocorreu neste processo. É o que dispõe o art. 169, c/c o art. 5º, inciso I, do Código Civil.

Convém explicitar, entretanto, que a pensão que lhe for devida, a partir de 1º de janeiro de 1972, somente deverá ser paga até completar 18 (dezoito) anos, salvo se inválido (CLPS, art. 18, item V).

II — Os honorários foram fixados em 15% (quinze por cento) das prestações vencidas até a data da sentença e mais um ano das vincendas. Corretos o percentual — pois os autores são beneficiários da justiça gratuita, regida pela Lei nº 1.060, de 1950 — e o critério (CPC, art. 20, § 4º). Desacolho o apelo, nesta parte.

III — Os juros moratórios incidem a partir da citação (art. 219, *caput*), isto é, a contar de 30 de abril de 1982. Também não merece acolhida a apelação, neste item.

Quanto ao apelo do réu, rejeito, preliminarmente, a arguição dos autores de que seria intempestiva, já que houve obstáculo legal à continuação, na causa, do seu procurador, eleito e empossado Prefeito Municipal, dando ensejo ao pedido de restituição do prazo — com expressa anuência do advogado dos autores, o que foi deferido pelo Juiz (fl. 47).

No tocante ao mérito, dou-lhe parcial provimento, tão-somente para excluir as custas — de que está isento — da condenação e quanto aos juros moratórios, que de fato, como disse anteriormente, são devidos a partir da citação.

Este Tribunal tem decidido que é devido o benefício aos dependentes do rurícola falecido antes de 31-12-71, isto é, a partir de janeiro de 1972.

Na Apelação Cível nº 70.443-MG, de que fui Relator, esta mesma 1ª Turma decidiu:

«FUNRURAL — Pensão — Leis Complementares nºs 11/71 e 16/73.

1º) Uma vez que a Lei Complementar nº 11, de 1971, concedeu pagamento dos benefícios por ela assegurados a partir de janeiro de 1972, inclusive pensão, beneficiou os dependentes dos trabalhadores rurais já falecidos antes dessa data. A restrição se prende ao momento em que é devida a prestação e não ao nascimento do próprio direito. Por conseqüência, a Lei Complementar nº 16/73, não pode alcançar o direito adquirido desse modo para exigir a comprovação da atividade rural, pelo menos nos três (3) últimos anos que antecedem à data do pedido do benefício.

2º) O direito à pensão não nasceu à data da citação, mas do evento morte e da condição de rurícola do marido da autora.

3º) Precedentes do TFR.

4º) Apelo denegado.»

Por outro lado, a Primeira Seção, em mais de uma oportunidade, também confirmou tal entendimento (Cf. Embargos nas Apelações Cíveis nºs 44.007-SP, 77.470-MG, 78.658-MG e 80.137-MG).

Assim, em conclusão, dou parcial provimento ao apelo dos autores, reconhecendo, apenas, que não incide a prescrição quanto ao menor impúbere e que o prazo da prescrição, quinquenal, em relação à viúva, deve retrotrair a partir de 20 de abril de 1982, data em que se ordenou a citação, rejeitando os pedidos de reexame da decisão no tocante ao cálculo dos honorários e início da contagem dos juros; e dou, igualmente, parcial provimento ao apelo do réu, para excluir as custas da condenação, porque delas é isento, e para declarar que os juros moratórios são devidos a partir da citação.

É o meu voto.

## EXTRATO DA MINUTA

AC nº 84.706-SP (Ag. Retido) — Rel.: O Sr. Ministro Washington Bolívar de Brito. Aptes.: Floripes de Paiva Batista e outro e INPS. Aposdos.: Os mesmos.

Decisão: A Turma, por unanimidade, preliminarmente, não conheceu do agravo retido por se ter como re-

nunciado, deu provimento parcial ao apelo dos autores e, também, por unanimidade, ao apelo do réu, nos termos do voto do Relator. (20-9-83 — 1ª Turma).

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

## APELAÇÃO CÍVEL Nº 85.623 — MG

Relator: O Sr. Ministro Evandro Gueiros Leite

Apelante: INAMPS

Apelado: Roberto Magno Pucci

Ag. Retido: INAMPS

## EMENTA

Previdência Social. Interpretação e aplicação da CLPS, art. 70 (assistência médica e reembolso de despesas).

O art. 70 da CLPS, embora rígido, admite a exceção que indica, mas dentro dos limites resultantes dos valores que o órgão previdenciário teria despendido, caso houvesse prestado o serviço diretamente ao beneficiário (Russomano, Comentários à CLPS, 2a. ed., RT, págs. 224/228). Embora seja a administração previdenciária o Juiz da existência de força maior, prevista no artigo 70, esse Juízo administrativo pode ser controlado jurisdicionalmente.

## ACÓRDÃO

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

Decide a 2ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade e preliminarmente, negar provimento ao agravo retido, e, no mérito, dar provimento ao recurso do INAMPS e reformar a sentença, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator e de acordo com as notas taquigráficas precedentes que integram o presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 9 de dezembro de 1983 (Data do Julgamento) — Ministro

Evandro Gueiros Leite, Presidente-Relator.

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Evandro Gueiros Leite (Relator): Julgando ação ordinária, proposta por Roberto Magno Pucci contra o Instituto Nacional de Previdência Social (INPS), em que postula o reembolso de despesas médico-hospitalares, o Dr. Antônio Pereira Gatto, Juiz de Direito em Monte Santo de Minas, deu pela procedência e condenou o réu a pagar ao autor, em reembolso, as despesas por ele efetuadas relativamente à

cirurgia a que se submeteu (fls. 77/78).

O autor teve de submeter-se a uma cirurgia ocular de urgência devido a descolamento de retina. Fê-lo em Campinas, no Instituto Burnier, centro especializado. Após a operação, que não comportava qualquer adiamento, procurou a Previdência Social, onde lhe foi dado obter apenas o reembolso da importância de sete mil e oito cruzeiros, enquanto havia desembolsado trinta mil cruzeiros, afora despesas de viagem.

O Instituto contestou, alegando preliminarmente a incompetência do Juízo de Direito em face do art. 125, § 3º, da Constituição Federal, a teor de que o reembolso de despesas médicas e hospitalares não se enquadraria como benefício de natureza pecuniária. No mérito, sustentou a validade do reembolso já feito de acordo com a CLPS, tratando-se de pagamento de importância correspondente ao que teria despendido, se tivesse prestado o serviço diretamente.

A preliminar de incompetência do Juízo foi repelida no saneador e dessa decisão manifestou agravo retido o Instituto, reiterado na apelação, às fls. 80/86. O Instituto se opôs à sentença e pediu nova decisão. Aparelhado o recurso com as contrarrazões de fl. 90, os autos subiram ao Tribunal, onde foi dispensada a audiência da douta Subprocuradoria-Geral da República, ex vi do disposto no art. 63, § 2º, do Regimento Interno.

Pauta sem revisão.

É o relatório.

#### VOTO

O Sr. Ministro Evandro Gueiros Leite (Relator): O art. 125, § 3º, da Constituição cogita das causas em que for parte instituição de previdência social e cujo objeto for benefício

de natureza pecuniária. O autor, que se beneficia com o foro do seu domicílio, deve ser segurado ou beneficiário, tratando-se na hipótese de assistência médica-hospitalar cabível no âmbito das prestações do regime de previdência social.

Daí por que nego provimento ao agravo retido.

O ilustre Dr. Juiz, ao apreciar o mérito da causa, argumenta com a evidência de que a cirurgia apenas poderia ter eficácia se realizada em curto espaço de tempo, não sendo razoável exigir do paciente enfrentasse a burocracia do órgão para ser atendido, com risco de perder a visão. Ademais, conforme consta às fls. 52/53, o próprio Instituto somente reembolsou parcialmente o autor por reconhecer a urgência da operação, validando o seu comportamento.

E conclui:

«Assim, a situação de fato no caso dos autos há de ser relevada para o fim de se reconhecer a legitimidade do procedimento do autor, procurando assistência médica à revelia do Instituto, por necessária e urgente, o que, além de admitido pela autarquia-ré, está fartamente provado pelos documentos acostados aos autos e pela indubitosa prova testemunhal colhida, às folhas 67 e seguintes dos autos. Não vem a pêlo o argumento do Instituto de que o segurado se deu ao luxo de procurar hospital sofisticado, bem como atendimento médico de custo elevado, bastando simplesmente considerar o estado de premente necessidade em que se encontrava, na iminência de perder uma das vistas. Logo, e ao contrário do que afirma o Instituto, o Acórdão invocado pelo autor ajusta-se perfeitamente ao caso em tela: «Previdência Social — Despesas hospitalares — Reembolso — Cabe ao INPS arcar com as despesas efetuadas por seus segu-

rados estando provada a necessidade e premência na prestação do atendimento, mesmo que executado em hospitais que não tenham convênio com a autarquia» (Acórdão transcrito à fl. 71 — Tribunal Federal de Recursos)»(fl. 77).

Estou de acordo com a sentença quando ressalta a legitimidade do procedimento do autor, no sentido de que não agiu de má fé, quando procurou assistência médica à revelia do Instituto, por ser a mesma necessária e urgente. Nem vem a pêlo o possível argumento de que o autor se dera ao luxo de procurar um hospital sofisticado, bem como atendimento de custo elevado, porque estava em jogo, sem dúvida, a preservação de uma de suas vistas.

A CLPS dispõe, no art. 70, que o INPS não se responsabilizará por despesas de assistência médica realizadas pelo beneficiário sem sua prévia autorização, mas se razões de força maior justificarem o reembolso, este será feito. Só não vejo como transpor a barreira da limitação estabelecida no texto, quando reza que esse reembolso «será feito em valor igual ao que o INPS teria despendido se tivesse prestado diretamente o serviço».

Tenho lido em certos comentários à CLPS a certeza de que o Instituto reembolsará as despesas feitas nesses casos, mas de acordo com as suas tabelas de pagamento (Farid Salomão-José, Comentários Práticos à CLPS, 2ª ed., LTr, pág. 77). E confiro, no art. 118 da mesma Consolidação, que até mediante convênio a prestação de assistência médica, nos termos do art. 68, obedecerá aos padrões fixados pela previdência social. Não fora assim e estar-se-ia agindo ao arrepio do art. 156, parágrafo único, da CLPS, com responsabilização civil ou criminal por desvio das importâncias destinadas ao custeio da assistência médica, pois,

«... a despesa do INPS com a prestação da assistência médica (art. 23, item III, letra a) não poderá exceder à percentagem anualmente estabelecida pelo Ministério da Previdência e Assistência Social, em função das contribuições efetivamente arrecadadas dos segurados e empresas, bem como da parte da receita do seguro de acidentes do trabalho a ela destinada, acrescida de 40% (quarenta por cento) do superavit deste» (art. 156, parágrafo único).

No mesmo sentido escreve Russo-mano, ao comentar os arts. 68 e 69 da CLPS, onde o legislador previdenciário, depois de avançar tanto, recuou apressadamente, ao condicionar a execução dos seus ambiciosos projetos assistenciais aos recursos disponíveis. Há norma restritiva e cautelosa que se vincula a esse problema, que é o art. 70, diz ele, e que embora rígido admite a exceção que indica, mas dentro do limite resultante do valor que o próprio órgão oficial teria despendido, caso houvesse prestado o serviço diretamente ao beneficiário (Comentários à CLPS, 2ª ed., 1981, RT, págs. 224/228).

É certo, diz ele ainda, que o único juiz da existência das poderosas razões contidas no citado art. 70, e que autorizaria o reembolso, seria a administração da Previdência Social. Não há dúvida quanto a isso. Mas esse juízo administrativo pode ser controlado jurisdicionalmente, como no caso, para dizer-se se o beneficiário ou segurado agiu razoavelmente ao procurar assistência fora da área do Instituto e sem a sua prévia autorização. A sentença o disse e nós a confirmamos, à exceção do limite máximo dos gastos.

Aqui no Tribunal, a Egrégia 3ª Turma assim decidiu na AC nº 73.116-RJ. Pela ementa não se particulariza a hipótese. Mas o Relator,

Ministro Cid Flaquer Scartezzi, foi claro em seu voto, a saber:

«Se necessária era a intervenção cirúrgica, reembolsada deve ser a autora das importâncias expendidas. Entretanto, da forma como foi determinada, ou seja, no mesmo valor que a autarquia pagaria para idêntica cirurgia levada a efeito em nosocômio com o qual estabelecer convênio» (AC nº 73.116-RJ, DJ de 2 de dezembro de 1982).

No mesmo sentido as decisões nas Apelações Cíveis nºs 41.116-RJ, DJ de 31-5-82, sendo Relator o Ministro José Cândido, 2ª Turma; 69.006-RJ, DJ de 29-10-81, sendo Relator o Ministro Bolívar de Brito, 1ª Turma; e 51.454-SP, DJ de 6-8-81, sendo Relator o Ministro Peçanha Martins, 1ª Turma. Em sentido contrário, Apelação Cível nº 44.271-SP, DJ de 26-11-76, sendo Relator o Ministro Amarílio Benjamin, antiga 2ª Turma.

A matéria dos autos relaciona-se também com o custeio da modalidade assistencial, pois a lei fala em dedução no ato do recolhimento das contribuições (CLPS, art. 118, parágrafo único). Vale repetir o que consta do art. 156, onde está dito que as importâncias destinadas ao custeio do INPS são de sua exclusiva propriedade e em caso algum terão aplicação diversa da que tiver sido estabelecida nos termos da Consoli-

dação, pelo que serão nulos de pleno direito os atos em contrário e sujeitos os responsáveis a sanções penais e civis.

A questão, como é sabido, desborda da esfera legal comum e tem previsão constitucional, ex vi do disposto no art. 165, parágrafo único, da Constituição Federal.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso do INPS e reformo a respeitável sentença, invertendo os ônus da sucumbência, isto é, custas e honorários advocatícios pelo autor, estes à base de 10% sobre o valor dado à causa.

É como voto.

#### EXTRATO DA MINUTA

AC nº 85.623-MG — Rel.: O Sr. Ministro Evandro Gueiros Leite. Apte.: INAMPS. Apdo.: Roberto Magno Pucci. Ag. Retido: INAMPS.

Decisão: A Turma, por unanimidade e preliminarmente, negou provimento ao agravo retido, e, no mérito, deu provimento ao recurso do INAMPS e reformou a sentença, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator (Em 9-12-83 — 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.

#### APELAÇÃO CÍVEL Nº 85.736 — SP

Relator: O Sr. Ministro Jesus Costa Lima  
 Apelante: INPS  
 Apelado: Octávio Rodrigues de Carvalho  
 Ag. Retido: INPS

#### EMENTA

Previdência Social. Pensão. Prescrição. Correção Monetária.

1. Não tem sentido argüir, contra o herdeiro exequente de sentença favorável ao beneficiário de pensão, prescrição «de prestações», visto que o jus heredis é sobre o crédito reconhecido na sentença e, não, sobre o direito à pensão.

2. Se a sentença exequenda não deferiu correção monetária, esta incide somente por força da Lei no 6.899/81 e a partir de sua vigência.

### ACÓRDÃO

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

Decide a 2ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, preliminarmente negar provimento ao agravo retido e, no mérito, dar parcial provimento à apelação, no pertinente à incidência da correção monetária, no mais mantendo 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, 14 de outubro de 1983. (Data do julgamento) — Ministro Evandro Gueiros Leite, Presidente — Ministro Jesus Costa Lima, Relator.

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Jesus Costa Lima: Trata-se de apelo do INPS contra sentença de homologação de cálculos. Insurge-se o apelante contra a inclusão de correção monetária, expressamente excluída no v. julgado exequendo, acrescentando que, no máximo, se poderia aplicar a Lei nº 6.899/81, com a correção a partir de sua vigência. Argüi, outrossim, a nulidade da sentença por falar em simples homologação quando houve controvérsia entre as partes e prova pericial (fls. 156/158).

O apelo foi respondido (fls. 162/163).

2. Há agravo retido (fl. 130), a respeito de prescrição, reiterado no apelo.

É o relatório.

### VOTO

O Sr. Ministro Jesus Costa Lima (Relator): A hipótese é de liquidação de sentença, confirmada pelo acórdão de fl. 82, que reconheceu o direito a pensão previdenciária à viúva de segurado, excluídas as prestações atingidas pela prescrição quinquenal. O Acórdão transitou em julgado em 21-5-81 (fl. 84), após o óbito da autora, ocorrido em 17-5-78 (fl. 96). A execução foi promovida pelo irmão desta, na qualidade de herdeiro que se habilitou em 30-4-82 (fl. 98).

2. O agravo retido, por cujo exame instou o apelo do INPS, pretende que nova prescrição de prestações se reconheça em relação ao herdeiro (fls. 122v./123 e 130). Destarte, este só receberia as prestações compreendidas no quinquênio precedente à sua habilitação.

3. Não procede, porém, a preliminar. O irmão não herdou a pensão, mas o crédito da autora contra o INPS. Prescrição haveria — não só de prestações, mas do todo — se decorridos cinco (5) anos do trânsito em julgado do Acórdão, visto que o falecimento da autora se deu antes.

4. Quanto ao mérito, tem razão o apelante, em parte. A sentença de fl. 153v. homologou os cálculos de fls. 145/146 que, inspirados no de fl. 134,

incluem correção monetária desde 1963. Tal não é possível, pois o decisorio exequendo excluiu expressamente a correção, só se devendo levar em conta a incidência da Lei nº 6.899/81, aplicando-se a correção a partir de sua vigência.

Aceito o alvitre, que é favorável ao apelante, deve-se desprezar a outra preliminar, referente à nulidade da sentença. Nesse sentido dispõe o art. 249, § 2º, do Código de Processo Civil.

5. Em conclusão, rejeitado o agravo retido, referente à preliminar de prescrição e, desprezada a nulidade da sentença, dou provimento em parte ao apelo quanto ao mérito, para determinar o refazimento dos cálculos, observada a correção somente a partir da Lei nº 6.899/81.

E o voto.

## EXTRATO DA MINUTA

AC nº 85.736-SP — Rel.: O Sr. Min. Jesus Costa Lima. Apte.: INPS. Apdo.: Octávio Rodrigues de Carvalho. Ag. Retido: Inst. Nac. da Prev. Social.

Decisão: A Turma, por unanimidade, preliminarmente negou provimento ao agravo retido e, no mérito, deu parcial provimento à apelação, no pertinente à incidência da correção monetária; no mais, manteve a sentença (Em 14-10-83 — 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 86.448 — MG

Relator: O Sr. Ministro José Cândido

Apelante: Justo Roberto Monje Verastegui

Apelado: Conselho Regional de Odontologia de Minas Gerais

## EMENTA

Administrativo. Conselho Regional de Odontologia. Infração ao Código de Ética. Utilização de estagiário na rede de consultórios dentários.

Se o próprio autor não nega o fato de estudante estagiário, ainda sem habilitação legal para o exercício da profissão de dentista, ter praticado a arte dentária, sendo esse autor o proprietário dos consultórios, é curial que tem responsabilidade na irregularidade, que feriu o Código de Ética. Legalidade do auto de infração do CRO-MG.

Apelação do autor não provida.

## ACÓRDÃO

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

Decide a 2ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimi-

dade, negar provimento ao recurso, 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, 17 de fevereiro de 1984.  
(Data do julgamento) — Ministro  
William Patterson, Presidente — Mi-  
nistro José Cândido, Relator.

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Cândido: Justo Roberto Monje Verastegui promoveu ação contra o Conselho Regional de Odontologia de Minas Gerais para ver declarada a nulidade do auto de infração, que originara o Procedimento nº 1.139/81, para apuração de infração ética, que teria sido cometida pelo autor, na qualidade de dentista, responsável técnico por diversos consultórios dentários, onde trabalhava estagiário, que não tinha habilitação para o exercício dessa profissão.

Em sentença de fls. 139/144, o MM. Juiz Federal da 2ª Vara, na Seção Judiciária de Minas Gerais, julgou a ação improcedente.

Inconformado, o autor apelou, oferecendo as razões de fls. 149/154, quando enuncia que a punição sofrida foi injusta, pois não ocorrera o falado acumpliciamento com o estudante que estaria exercendo ilegalmente a profissão; que o acontecimento em sua clínica não foi fato típico; que, sendo boliviano, não ignora as leis brasileiras, como insinuou a sentença; que pela Lei nº 5.081 não constitui irregularidade fazer orçamento, pois não é ato privativo do odontólogo.

Contra-razões de fls. 171/176.

É o relatório.

### VOTO

O Sr. Ministro José Cândido (Relator): Foi assim que o julgador fundamentou sua decisão:

«O autor pede, objetivamente, seja cancelado o auto de infração.

O Termo de Visita nº 2.216 constata apenas a presença no consultório dentário de Flávio Geraldo Duarte, estudante, que fazia orçamento. O demais ali constante é suspeito. A partir daí partiu o processo administrativo. O Parecer de fl. 9 do Administrativo já fala em questão de placa e sugere a instauração do administrativo. O Parecer da Comissão de Ética já afirma que o autor se acumpliciou com Flávio Geraldo Duarte para o exercício da profissão de não inscrito no Conselho. O auto de infração foi lavrado sob o fato: «a cúmplicar-se, por qualquer forma, com os que exercem ilegalmente a odontologia e outras profissões de saúde».

O autor esclarece que admite estagiários e neste sentido é a carta de Flávio Geraldo Duarte e daí prosseguiu o processo o seu curso.

A censura pública foi decidida por acórdão com base no art. 3º, alínea g, do Código de Ética Odontológica, aprovado pela Resolução CFO-102 e nos termos do art. 18 alínea c da Lei nº 4.324 de 14-4-64 e do art. 29 alínea c do Código de Ética Odontológica.

O advogado do autor teve acesso ao processo e nele atuou, havendo até recurso devidamente julgado.

Não houve arbítrio, excesso, arbitrariedade. O autor confirmou o exercício da profissão por estagiário, só no Consultório, sendo que a acusação inicial era apenas referente a fazer orçamento. Nada há a corrigir na ação do Conselho, mesmo porque a penalidade é prevista em norma legal, o que não foi contestado pelo autor.

A pena é prevista em lei. Houve liberdade de defesa. Não há ofensa à lei. Não se aceita a alegação do autor de, sendo estrangeiro, ignorar a lei brasileira. Nemo legem ignorare consetur. A ninguém é

permitido desconhecer a lei. E o autor embora estrangeiro já estava no Brasil há alguns anos e nele atuando. Tinha obrigação de procurar conhecer a lei».

Como se depreende das próprias alegações, o autor, na inicial e apelação, não nega peremptoriamente o fato de a fiscalização do Conselho Regional de Odontologia em Minas Gerais ter encontrado o estudante (estagiário) fazendo orçamento para cliente, em consultório de propriedade desse autor, tendo sido legítima a contratação do auxiliar.

Se esse estagiário não tinha habilitação legal, é compreensível que agia em consonância com o autor ou com o consentimento deste, o que faz surgir sua responsabilidade, no campo do direito disciplinar, a cargo do órgão incumbido da fiscalização da profissão, que deve zelar para o fiel e legal exercício da arte dentária.

É claro que a Lei nº 5.081, de 1966, que regula o exercício da Odontologia, não precisaria incluir incisivamente, no elenco da competência do profissional (art. 6º), a expressão «fazer orçamento», porque isso está compreendido no campo do inciso I,

quando diz: «praticar todos os atos pertinentes à Odontologia...», porque é próprio da atividade do profissional liberal ajustar preços e condições de pagamento, com seus clientes, ato vedado a quem decididamente não tem habilitação legal, como é o caso do estagiário flagrado nesse mister.

Não há o que emendar na sentença, que confirmo.

Nego provimento à apelação.

É o meu voto.

#### EXTRATO DA MINUTA

AC nº 86.448-MG — Rel.: Sr. Ministro José Cândido. Apte.: Justo Roberto Monje Verastegui. Apdo.: Conselho Regional de Odontologia de Minas Gerais.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, para confirmar a sentença. (Em 17-2-84 — 2ª Turma).

Os Srs. Ministros Costa Lima e William Patterson votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gueiros Leite. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro William Patterson.

#### APELAÇÃO CÍVEL Nº 87.051 — CE

Relator: O Sr. Ministro Carlos Madeira

Apelantes: Francisco de Assis Luna e outros

Apelado: INPS

#### EMENTA

Prescrição. Pretensão à revisão de enquadramento no NPCC.

Se a pretensão dos autores diz respeito a correção de seu enquadramento no NPCC, está implícito que querem a anulação desse ato com o reconhecimento do direito a nível mais elevado, na Categoria Funcional a que pertencem. Decorridos mais de cinco anos do ato de enquadramento, é evidente que está prescrita a ação em relação a ele. Não se pode ter como prescritas, no caso, apenas as prestações vencidas antes do quinquênio, pois tanto importaria em reconhecer o efeito sem a causa.

## 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, 7 de fevereiro de 1984. (Data do julgamento) — Ministro Carlos Madeira, Presidente e Relator.

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Carlos Madeira (Relator): Agentes de Portaria, funcionários da Previdência Social, propuseram ação contra o IAPAS, em outubro de 1982, pleiteando a anulação do ato administrativo de suas reclassificações no nível 2, daquela categoria, levadas a efeito nos termos do Decreto-Lei nº 1.341/74 e Decreto nº 76.766/75, para que lhes seja assegurada a reclassificação correta no cargo de Agente de Portaria nível 4, com revisão das situações posteriores, pagamento das diferenças salariais vencidas e vincendas até a sua inclusão em folha de pagamento na referência correta e atual, sem prejuízo das majorações salariais que forem atribuídas ao cargo no futuro.

Pleitearam, ainda, honorários de advogado e a juntada, pelo IAPAS, dos seus currículos.

Alegaram os autores que ignoram o critério adotado nas reclassificações, pois, o servidor Francisco Paulo Nascimento, com menos tempo de serviço, foi melhor classificado. Houve também o caso da servidora Nilza de Melo e Silva, corrigido por decisão judicial.

Contestou o Instituto, argüindo, preliminarmente, a necessidade da denunciação à lide do INAMPS e do INPS, por haver entre os autores, funcionários dessas autarquias e, ainda, a prescrição quinquenal. No mérito, assegurou o cumprimento da normatividade na reclassificação dos suplicantes.

Responderam os autores.

Instadas as partes a especificarem provas, os autores pediram o julgamento antecipado da lide, por se tratar de matéria puramente de direito. O instituto não se manifestou.

O Juiz Federal Silvio Dobrowolski, louvando-se em decisões de Tribunais Superiores e na AC nº 79.567, Relator o Eminentíssimo Ministro José Cândido, julgada em 1-3-83, idêntica ao caso presente, reconheceu a prescrição, julgando os autores carecedores de ação, condenando-os nas custas e honorários fixados em Cr\$ 2.000,00 para cada um dos promoventes.

Apelaram os autores.

O Juiz Federal Hugo de Brito Machado julgou deserto o recurso em relação a Josué Marques da Costa, baseando-se no art. 1º, II da Lei nº 6.032/74.

Contra-arrazoou o INPS.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Carlos Madeira (Relator): Aplica-se ao caso, com precisão, o acórdão no RE 80.913, Relator Ministro Rodrigues Alckmin, julgado no Pleno do E. Supremo Tribunal Federal em 10 de agosto de 1977:

«Prescrição. Pretensão a reenquadramento, de que adviriam melhores proventos. Prescrição que não se restringe a parcelas dos proventos, somente, mas que se re-

fere à pretensão ao reenquadramento » (RTJ 34/193).

Os autores foram enquadrados como Agentes de Portaria nível 2, pelo Decreto nº 76.766/75, com efeito a partir de 1º de novembro de 1974. Em outubro de 1982 ajuizaram esta ação postulando a revisão do seu enquadramento, que teria sido feito erroneamente. E sustentam, na apelação, que seu direito a nível superior não foi negado, pois o que houve foi simples erro de enquadramento.

Ora, tenha ou não havido erro no enquadramento dos autores na categoria funcional, o que pretendem é que seja o mesmo anulado e se lhes reconheça direito a enquadramento em nível mais elevado.

A lição contida na ementa no RE nº 51.813, da lavra do saudoso Ministro Luiz Gallotti, afasta qualquer dúvida a respeito:

«Quando é um direito reconhecido, sobre o qual não se questiona, aí, são as prestações que vão prescrevendo; mas se o direito às prestações decorre do direito à anulação do ato, é claro que prescrita a ação em relação a este, não é possível julgar prescritas apenas

as prestações, porque prescreveu a ação para o reconhecimento do direito, do qual decorreria o direito às prestações. Do contrário, seria admitir o efeito sem a causa » (RTJ-52/673).

Na realidade, para corrigir-se o alegado erro no enquadramento dos autores, ter-se-ia que anular o ato de enquadramento anterior. E para tanto, seria necessário que não houvesse ocorrido a prescrição quinquenal, em favor da Fazenda Pública.

Tal, porém, já ocorrera em 1982, relativamente ao ato de 1975.

Nego provimento à apelação.

#### EXTRATO DA MINUTA

AC nº 87.051-CE — Rel.: O Sr. Ministro Carlos Madeira. Aptes.: Francisco de Assis Luna e outros. Apdo.: INPS.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação. (Em 7-2-84 — 3ª Turma).

Os Srs. Ministros Adhemar Raymundo e Flaquer Scartezini votaram de acordo com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Carlos Madeira.

### APELAÇÃO CÍVEL Nº 87.087 — SP

Relator: O Sr. Ministro Wilson Gonçalves

Apelante: INCRA

Apelada: Prefeitura Municipal de Pindamonhangaba

#### EMENTA

Imposto Territorial Rural. Retenção de 20% (vinete por cento) efetivada pelo INCRA. Inconstitucionalidade. Restituição. Correção monetária. Honorários advocatícios. Artigo 20, § 4º, do CPC.

A retenção da quota de 20% do Imposto Territorial Rural uma vez proclamada a inconstitucionalidade dos dispositivos legais que a autorizavam, equivale, em essência, à figura do pagamento indevido, cuja restituição é acrescida de reajustamento consoante a Súmula nº 46 desta Corte.

Num e noutro caso, trata-se de tributo pago ou retido indevidamente.

O § 4º do artigo 20 do CPC, pela sua redação, apresenta-se dirigido à hipótese em que o interesse público contende com o interesse privado onde aquele tem inequívoca predominância.

Aqui, a controvérsia estabeleceu-se entre duas entidades públicas, cada uma com as suas prerrogativas próprias.

É razoável a fixação de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, em razão da natureza e importância da tese jurídica discutida.

Improvemento da apelação.

### ACÓRDÃO

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

Decide a 6ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, à unanimidade, negar provimento à apelação, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 27 de fevereiro de 1984. (Data do julgamento) — Ministro Antônio Torreão Braz, Presidente — Ministro Wilson Gonçalves, Relator.

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Wilson Gonçalves: A Prefeitura Municipal de Pindamonhangaba propôs a presente ação contra o INCRA, objetivando, em síntese, fossem consideradas nulas as retenções efetivadas pelo réu incidentes sobre o Imposto Territorial Rural, devolvidas à suplicante, por consequência, todas as parcelas já retidas, acrescidas as importâncias dos juros de mora, a contar das retenções, e dos honorários advocatícios à base de 20% sobre o valor da condenação.

A ação foi julgada procedente, condenado o suplicado a devolver à autora as importâncias retidas, des-

de cinco anos anteriores à data da distribuição, acrescidas de correção monetária desde a época das retenções e de juros de mora contados da citação inicial, além de honorários de advogado à razão de 10% do valor da condenação.

A sentença foi exposta ao duplo grau de jurisdição.

Dessa decisão recorreu o INCRA, pugnando pela incidência da correção monetária a contar da Lei nº 6.899/81, e sejam os honorários de advogado fixados em conformidade com o § 3º do art. 20 do CPC.

Contra-arrazoado o recurso, subiram os autos à apreciação deste Tribunal.

Dispensada a revisão a teor do art. 33, IX, do RI.

É o relatório.

### VOTO

O Sr. Ministro Wilson Gonçalves: A doutra sentença apelada, após salientar a decisão do Colendo Supremo Tribunal Federal que considerou inconstitucionais o art. 4º do Decreto-Lei nº 57/66 e o § 3º do artigo 85 do Código Tributário Nacional, concluiu, em sua parte dispositiva, por condenar o réu a devolver à autora as importâncias retidas, desde cinco anos anteriores à data da dis-

tribuição do presente feito, acrescidas de correção monetária incidente a partir da época da retenção e de juros moratórios, contados da citação inicial, além de honorários advocatícios arbitrados em 10% (dez por cento) do valor da condenação, nos termos do art. 20, §§ 3º e 4º do CPC (fl. 92).

O INCRA apelou em parte, pleiteando que a correção monetária seja calculada a partir da data da entrada em vigor da Lei nº 6.899, de 6 de abril de 1981, e que, à vista do § 4º do art. 20 do Código de Processo Civil, se reduza o percentual da verba honorária.

No tocante ao primeiro ponto, invoca o apelante algumas decisões da 1ª Turma do Excelso Pretório, dentre elas a proferida no Recurso Extraordinário nº 97.594-2 — Emb. Decl. de São Paulo, de que foi Relator o eminente Ministro Moreira Alves, segundo as quais a correção somente é devida a partir da vigência da Lei nº 6.899, de 1981. Creio que há equívoco do recorrente. A hipótese ali apreciada é diferente do caso em apreço.

Com efeito, a parcela da correção monetária foi expressamente incluída na condenação sentencial, o que não ocorreu no caso apontado pelo apelante.

Eis o lúcido voto do preclaro Ministro Moreira Alves, na íntegra:

«O acórdão recorrido se adstringiu a restabelecer a sentença de primeiro grau, que não concedeu correção monetária, por entendê-la inaplicável, uma vez que, na espécie, se trataria de dívida de dinheiro.

Dessa decisão não houve apelação por parte das ora embargantes, razão por que essa questão não podia voltar a ser discutida no recurso extraordinário.

Sucedem, porém, que, sendo a Lei nº 6.899/81 posterior àquela sentença, e sendo ela aplicável aos feitos pendentes, têm razão as recorrentes em parte, ou seja, no tocante à correção monetária a partir da vigência da citada lei.

Em face do exposto, recebo, parcialmente, os presentes embargos para acrescentar à condenação o valor correspondente à correção monetária a partir da data da entrada em vigor da Lei nº 6.899/81 (DJ de 22-4-83 e Ementário nº 1.291-3).

Na espécie vertente, como já ressaltado, o encargo em tela constitui parte integrante da condenação, e, por isso mesmo, deve ter tratamento diferenciado, segundo a jurisprudência dominante.

A retenção da quota de 20% do Imposto Territorial Rural, uma vez proclamada a inconstitucionalidade dos dispositivos legais que a autorizavam, equivale, em essência, à figura do «pagamento indevido», cuja restituição é acrescida de reajustamento, consoante a Súmula nº 46 desta Corte, in verbis:

«Nos casos de devolução do depósito efetuado em garantia de instância e de repetição do indébito tributário, a correção monetária é calculada desde a data do depósito ou do pagamento indevido e incide até o efetivo recebimento da importância reclamada».

Num e noutro caso, trata-se de tributo pago ou retido indevidamente.

Relativamente aos honorários advocatícios tenho minhas dúvidas sobre se é legítima a aplicação pretendida da regra de abrandamento contida no § 4º do mencionado art. 20, em favor da Fazenda Pública.

O dispositivo em foco, pela sua redação, apresenta-se dirigido à hipótese em que o interesse público contende com o interesse privado, onde

aquele tem inequívoca predominância.

Aqui, a controvérsia estabeleceu-se entre duas entidades públicas, cada uma com as suas prerrogativas próprias.

Demais, dadas a natureza e importância da tese jurídica discutida, despertando fundamentadas e profundas divergências entre os doutos e os próprios tribunais, a causa exigiu maior trabalho e tempo do advogado, parecendo-me razoável a fixação de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

Diante do que acima fica exposto, nego provimento à apelação.

#### EXTRATO DA MINUTA

AC nº 87.087-SP — Rel.: O Sr. Min. Wilson Gonçalves. Apte.: INCRA. Apda: Prefeitura Municipal de Pindamonhangaba.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação (Em 27-2-84 — 6ª Turma).

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

#### APELAÇÃO CRIMINAL Nº 5.019 — PE

Relator: O Sr. Ministro Hélio Pinheiro

Revisor: O Sr. Ministro Carlos Madeira

Apelantes: Justiça Pública e Ederlindo Clementino dos Santos

Apelados: Os mesmos e João Marques de Oliveira Filho, Jesualdo Soares de Albuquerque, Antônia Brana Victor da Silva e Maria José Vasconcelos da Silva

#### EMENTA

##### Criminal.

É do fato narrado na denúncia que se defende o réu, conseqüentemente só de tal fato pode cogitar o julgador ao prolatar a sentença. Descabida, portanto, a irresignação do órgão acusador quando da sentença apela buscando vê-la reformada para a condenação do réu por fato de que não se cogitou na denúncia, ainda que dele dê notícia elementos de prova carreados para os autos. Ao MP cumpria, para lograr êxito na sua pretensão, ter aditado a denúncia, mas se não o fez há de se contentar com a restrita incriminação que imputou ao acusado. Apelação do réu a que se dá parcial provimento para reduzir a pena a ele imposta. Apelação do MP a que também se dá parcial provimento, tão-só para reformar a sentença que absolveu um dos acusados quando a prova dos autos convencia da participação deste no único crime descrito pela denúncia, o de estelionato.

#### ACÓRDÃO

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

Decide a 3ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, dar parcial provimento à apelação do Ministério Público, para reformar

a sentença e condenar o réu João Marques de Oliveira Filho à pena de um ano e quatro meses de reclusão, pela infração do art. 171, § 3º, do Código Penal, e igualmente dar provimento à apelação de Ederlindo Clementino dos Santos, para reformar a sentença e reduzir a pena de reclusão a um ano e quatro meses, também por aplicação do art. 171, § 3º, do Código Penal, a ambos os réus concedendo a suspensão condicional da pena, pelo prazo de dois anos, segundo condições estabelecidas pelo Min.-Relator, delegando ao Juiz Federal a quo a competência para realizar a audiência admonitória, 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 outubro de 1983 (Data do julgamento) — Ministro Carlos Madeira, Presidente — Ministro Hélio Pinheiro, Relator.

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hélio Pinheiro: O Ministério Público Federal ofereceu denúncia contra Ederlindo Clementino dos Santos, Maria José Vasconcelos da Silva, João Marques de Oliveira Filho, Jesualdo Soares de Albuquerque e Antônia Brana Victor da Silva, então funcionários do INPS, dizendo que eles:

«... no período de 1969 e 1970, quando exerciam as suas funções no grupamento de acidentes do trabalho (GAT) do INPS, causaram por meio fraudulento e, em troca de propina, prejuízo financeiro àquele órgão previdenciário, no valor de Cr\$ 42.893,69 (quarenta e dois mil, oitocentos e noventa e três cruzeiros e sessenta e nove centavos) consoante perícia contábil de fl. 548 dos autos.

A fraude consistia, na falsificação da assinatura do médico assistente do segurado e no pagamento indevido de diárias aos beneficiários, em troca de propinas. O fato delituoso era praticado em comum acordo entre os denunciados, conforme confissão dos mesmos nos autos do processo, o que motivou a demissão de Ederlindo Clementino dos Santos e João Marques de Oliveira Filho, através de inquérito administrativo, instaurado pela direção do INPS.

Pela prática de tais fatos foram eles, na peça acusatória, apontados como incurso nas penas dos arts. 171, § 3º, e 317, c/c o art. 25 do Código Penal (fls. 2/3).

Firmou-se a denúncia em inquérito administrativo instaurado pelo INPS e ao final dirigido à Procuradoria da República, em Pernambuco, que o remeteu à Delegacia Regional do DPF para a instauração de inquérito policial.

No curso deste, testemunhas já ouvidas no procedimento administrativo, que compõe o 1º e parte do 2º volume destes autos foram novamente inquiridas, bem como os acusados Jesualdo Soares de Albuquerque, Maria José do Nascimento e João Marques de Oliveira Filho (fls. 537/538, 530 e 691/692). Realizou-se perícia grafotécnica, no material referido à fl. 573, constando o laudo às fls. 568 usque 595, ilustrando-o o material de fls. 596/689, 3º volume.

Ao término do inquérito, encaminhados os autos respectivos à Justiça Federal contra os acusados foi oferecida a denúncia já acima referida, recebendo-a o MM. Juiz Federal por despacho datado de 7 de fevereiro de 1973 (fl. 2).

Interrogados foram, então, os acusados João Marques de Oliveira Filho (fl. 729/729v.), Jesualdo Soares de Albuquerque (fl. 730) e Maria José Vasconcelos da Silva (fl. 731), ne-

gando os três, tal como o fizeram no inquérito policial, qualquer participação no fato noticiado pela denúncia.

Em favor desses acusados defesa prévia foi apresentada pelos advogados que os assistiram no curso do processo (fls. 733 e 736, 740/742 e 743/745).

Requeru o defensor de Jesualdo a juntada dos documentos que constam de fls. 748/752.

Por edital foi citado, posto que revel, o acusado Ederlindo Clementino dos Santos, isso porque procurado no local apontado como da sua residência ali não foi encontrado, certificando o meirinho que ele se achava em lugar incerto e não sabido (fl. 724v).

Interrogada foi, outrossim, a acusada Antônia Brana Victor da Silva, inadmitindo sua participação no fato objeto da denúncia (fl. 755), defesa prévia sendo em seu favor apresentada pelo advogado cujo nome indicou no interrogatório (fl. 756).

Realizada a instrução criminal foram no seu curso ouvidas as testemunhas arroladas pela acusação, sendo a de nome Maria dos Prazeres substituída por Elsa Costa da Silva (fls. 765/766v, 769/769v, 770, 771 e 790/790v).

Ouidas foram, igualmente, testemunhas arroladas pela defesa dos acusados (fls. 811, 812, 813 e 814), e sem que as partes protestassem pela realização de diligências apresentaram alegações finais, o Ministério Público postulando pela condenação dos acusados (fls. 818/823), os patronos desses últimos pleiteando fosse a denúncia tida por improcedente (fls. 829 a 830, 831 a 833, 834 a 836, 840 e 846).

Na sentença deu o juiz pela parcial procedência da denúncia condenando Ederlindo Clementino dos Santos a dois anos, cinco meses e dez dias de reclusão, como incurso no art. 171, § 3º do Código Penal.

Por insuficiência de provas o absolveu, com apoio no art. 386, VI, do Código de Processo Penal, da imputação que lhe era também feita na denúncia, relativamente ao crime definido no art. 317 do estatuto punitivo (fls. 850/851).

Por deficiência de provas absolveu os demais acusados (fls. 848/852).

Irresignado apelou o Ministério Público Federal (fl. 854), nas razões do recurso buscando ver reformada a sentença para o fim de ser agravada a pena imposta a Ederlindo Clementino dos Santos e condenado João Marques de Oliveira Filho pelos crimes que lhe são imputados na denúncia (fls. 859/861).

Da sentença que lhe foi adversa apelou Ederlindo deferindo-lhe o Juiz o direito de fazê-lo em liberdade, por ser primário e portador de bons antecedentes (fl. 879).

Constam as razões do seu recurso às fls. 883/885.

Contra-razões dos apelados e de quem, por absolvido não tinha por que fazê-lo (fls. 872/873).

Nesta instância a douta Subprocuradoria-Geral da República em parecer do ilustre Subprocurador-Geral, Dr. Antão Vallim Teixeira, manifestou-se pelo parcial provimento do recurso do órgão da acusação (fls. 894/895).

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Hélio Pinheiro (Relator): Restrita está a apelação do Ministério Público aos acusados Ederlindo Clementino dos Santos e João Marques de Oliveira Filho, no tocante ao primeiro buscando alcançar a reforma da sentença para que agravada seja a pena a ele imposta pela prática do crime definido no art. 171, § 3º, do Código Penal, e condenado resulte como incurso no art. 317 do mesmo estatuto punitivo.

Relativamente ao segundo acusado para que, pela reforma da sentença seja condenado pela prática dos dois crimes acima mencionados.

Não há assim, por que examinar as descabidas contra-razões apresentadas em favor de Antônia Brana Victor da Silva (fl. 872), Maria José Vasconcelos da Silva (fls. 873/877), e de Jesualdo Soares de Albuquerque (fl. 868), pois absolvidos foram e com essa conclusão da sentença conformou-se o órgão de acusação.

No que tange aos apelados Ederlindo e João Marques sustenta o ilustre representante do Ministério Público Federal, nas razões de fls. 859/861, que a prova dos autos tornava indiscutível a prática por ambos dos delitos que lhes foram imputados na denúncia.

Teriam falsificado assinaturas de médicos do antigo INPS, propiciando por essa forma o pagamento de diárias indevidas a beneficiários do Instituto, recebendo em contrapartida propinas.

Quanto à pena aplicada a Ederlindo, «que confessou perante a Comissão de Inquérito a falsificação de assinatura dos médicos da autarquia e inclusive recebeu propina de um acidentado representada por um aparelho de televisão, não correspondeu à intensidade do dolo, bem assim as circunstâncias que revestiram o fato delituoso». (fl. 860)

Prosseguindo, aduz, o apelante, que a prática do crime de corrupção passiva se encontra provada nos autos, pois recebeu, de um acidentado do instituto, um aparelho de televisão.

Não poderia, outrossim, prevalecer a sentença no pertinente à absolvição de João Marques de Oliveira Filho, provado que estava nos autos o fato de ter ele recebido «propinas em troca de atendimento preferencial de segurados», como também «providenciou pagamento de diárias

com base em assinaturas falsificadas». (fl. 860)

Esses os fundamentos da apelação com que o inconformado órgão da acusação busca alcançar a parcial reforma da sentença, tão-só no tocante a Ederlindo Clementino dos Santos e João Marques de Oliveira Filho.

Examinando-se a prova carreada para os autos, no curso da instrução criminal, e a prova técnica, consistindo no laudo de perícia grafotécnica constantes de fls. 571/689, chega-se à lamentável conclusão que, no tocante a esta última, falharam os peritos que a subscreveram e a autoridade policial que presidiu o inquérito, aqueles como este último no que se devia apurar através daquela perícia.

Assim é que, por ela, como se verifica lendo-se o laudo, buscou-se tão-só constatar se as rubricas inscritas nos documentos submetidos a exame grafotécnico haviam sido ou não produzidas pelo punho gráfico dos médicos que serviam no Grupamento de Acidentes do Trabalho — GAT, do INPS, em Pernambuco. Verificou-se que não.

Deixou-se, contudo, no curso dos inquéritos administrativo e policial de colher material gráfico dos indicados na tentativa de apurar se ao punho de qualquer deles poder-se-ia atribuir os grafismos constantes dos documentos periciados.

Dessa omissão resultou o convencimento de que falsificação houve, sem que à perícia se tornasse possível indicar quem a praticou.

Diz a testemunha Sadoc Cunha da Câmara, que presidiu a comissão de inquérito administrativo instaurado para apurar os fatos ensejadores da denúncia, que tais fatos:

«foram levados ao conhecimento da Direção do INPS pelo funcionário ora denunciado João Marques

de Oliveira Filho; que prestou declarações perante os funcionários Alcione Lopes e Moacir, o primeiro responsável e o segundo assistente pelo grupamento de assistente do trabalho; que em consequência dessas declarações foi constituída a comissão de inquérito e o depoente ao tomar conhecimento dos termos das declarações de João Marques estranhou que o mesmo se acusasse além de acusar colegas; que o depoente estranhou o fato de João Marques haver se acusado, o que não é comum acontecer, e supôs que tivesse havido coação pelo que chamou o mesmo João Marques e perguntou se ele confirmava as declarações perante os funcionários acima referidos; que João Marques passou cerca de duas horas lendo as declarações que salvo engano estavam contidas em duas laudas de papel; que depois de tanto tempo o depoente insistiu para João Marques se pronunciar, isto é, se confirmava ou não as declarações; que João Marques fez duas ou três retificações sem importância e atribuiu a modificação a erro datilográfico; que João Marques acusou Ederlindo de falsificação de assinaturas ou rubricas dos médicos, acusou também Jesualdo de recebimento de propina e também d. Maria José, enfermeira, de falsificação de rubricas; que também houve outras acusações de segurados cujos nomes o depoente não se recorda; que a comissão não pediu perícia nas rubricas tidas como falsificadas porque atribuiu a existência de total desorganização ou de falta de organização no setor de acidente do trabalho, dado que o funcionário encarregado de conferir o cartão de abono do período em que o segurado deveria permanecer em gozo de benefício do acidente do trabalho não dispunha de fichário de assinaturas, de rubricas do sem-número de

médicos que trabalhavam tanto no quadro como nas casas de saúde credenciadas; que além disso os médicos colocavam nos cartões simples rabiscos e houve uma que o médico chegou a negar haver colocado o rabisco em um cartão de um segurado e depois dizer que enganou-se e que na realidade o rabisco era de sua autoria», (fl. 765 e vº).

E mais adiante:

«que perante a comissão de inquérito, Ederlindo, ao lhe serem apresentados cartões de atendimento médico nos quais continham rubricas que se diziam falsificadas por Ederlindo, o mesmo confirmou que falsificara indo além, indicando outras rubricas sob as quais não tinha sido inquirido, dizendo que também falsificara aquelas; que as rubricas eram de médicos; que a acusada Maria José Vasconcelos da Silva foi indiciada no inquérito administrativo mas o relatório não concluiu pela sua participação nos fatos; que a acusação que pesava contra d. Maria José era de haver recebido propina e desviado fichas, possivelmente adulteradas para evitar que se apurasse os fatos, mas que a comissão tudo fez para encontrar as referidas fichas sem obter êxitos; que a comissão não apurou o desaparecimento de fichas; que a comissão, quanto a João Marques de Oliveira Filho a comissão se baseou no seu próprio depoimento em que confessava receber propina, não sendo apurado que o mesmo houvesse cometido falsificações; que não foi apurado o motivo das gratificações recebidas por João Marques mas era estranhável que o funcionário recebesse gratificação pois o bom e normal atendimento é dever do funcionário; que Ederlindo e João Marques foram demitidos (...). (fl. 766 e vº).

Por outro lado a testemunha Ivete Ferreira Vanderley, que funcionou como vogal da aludida comissão de inquérito, ouvida em Juízo declarou:

«que o processo para pagamento de acidente do trabalho corre da seguinte maneira: o empregador remete uma guia acompanhando o acidentado o qual é submetido a exame médico fixando esse profissional o prazo do gozo de benefício; que é confeccionado um cartão onde é registrado o benefício com o seu prazo e posteriores prorrogações se houverem; que as prorrogações são dadas pelos médicos rubricando os ditos cartões; que a fraude consistia em fazer registrar nos referidos cartões prorrogações de benefícios falsificando as rubricas dos médicos; que a direção do INPS teve conhecimento da irregularidade através de denúncia formulada pelo acusado João Marques de Oliveira Filho o qual disse que todo mundo se aproveitava dessas irregularidades e que ele entrou na avalanche»; (fl. 769).

Disse, por seu turno, a testemunha Elza Costa da Silva, nada saber de ciência própria sobre os fatos referidos na denúncia e tendo secretariado a comissão de inquérito podia tão-só esclarecer que os depoimentos perante esta prestados o foram:

«em clima de liberdade, nada havendo de coação quanto às testemunhas» (fl. 790).

Nas declarações prestadas pelas testemunhas Sadoc Cunha da Câmara, que presidiu a comissão de inquérito, e Elza Costa da Silva, que secretariou os trabalhos pela referida comissão realizados, firmou-se o convencimento do douto prolator da respeitável sentença apelada para condenar Ederlindo Clementino dos Santos como incurso no art. 171, § 3º, do Código Penal.

Diz S. Exa. na sentença:

«O depoimento da testemunha Sadoc Cunha da Câmara que presidiu o inquérito, num clima de liberdade, sem exercer coação (v. fl. 790, depoimento de Elza Costa Silva) me convenceu da culpa daquele denunciado». (fl. 850).

Em verdade convincentes se apresentam as declarações da referida testemunha, mas se ela merece crédito no que concerne ao acusado Ederlindo, há de também merecer no que tange ao acusado João Marques de Oliveira Filho que negou em Juízo sua participação no crime noticiado pela denúncia, mas a confessou ao ser ouvido no processo administrativo que, tal como esclarecido pela testemunha acima mencionada, só foi instaurado porque o referido acusado denunciou a prática das fraudes que vinham sendo praticadas no Grupo de Acidentes do Trabalho (GAT) do INPS, sem ocultar ao fazê-lo a participação que teve em tais fatos.

Ora, se o douto prolator da respeitável sentença apelada reconhece e proclama ter sido o inquérito administrativo realizado «num clima de liberdade», sem coações, e se teve por válida a palavra do presidente da referida comissão de inquérito, para nela firmar o seu convencimento quanto à procedência da denúncia no tocante ao acusado Ederlindo, não tinha por que negar-lhe validade nas referências que fez ao acusado João Marques de Oliveira Filho.

A atuação desse acusado está bem descrita no depoimento da testemunha Sadoc Cunha da Câmara ao focalizar as circunstâncias em que João Marques de Oliveira Filho confessou a sua participação nos fatos noticiados pela denúncia e a perplexidade dos membros da comissão de inquérito diante da confissão espontânea por ele feita, realçando não ser comum tal fato. Mostra ainda a referida testemunha que ao referido acusado se deu a insistente oportuni-

dade de voltar atrás no que havia dito a seu desfavor, sendo-lhe entregue as laudas de papel em que datilografadas as declarações por ele prestadas, ocorrendo que este, após permanecer cerca de duas horas lendo e relendo o que havia dito, tudo confirmou, limitando-se a fazer «duas ou três retificações sem importância e atribuiu a modificação a erro datilográfico». (fl. 765 v.).

Também a testemunha Ivete Ferreira Vanderley, em suas declarações deixa evidenciada a participação do acusado João Marques de Oliveira Filho quer quando esclarece que ele ao denunciar as irregularidades que ocorriam no Grupamento de Acidentes do Trabalho do INPS, confessou que «todo mundo se aproveitava dessas irregularidades e que ele entrou na avalanche», como quando, ao término do seu depoimento acentua que

«João Marques Confessou que recebia dos beneficiários almoço e cervejas». (fl. 775 v.).

Entendo, assim, que a prova dos autos tanto convence da procedência da denúncia no tocante a Ederlindo Clementino dos Santos quanto no que diz com o acusado João Marques de Oliveira Filho, relativamente ao crime de estelionato que lhes é imputado, isso por que, quando no exercício de funções que desempenhavam no Grupamento de Acidentes do Trabalho (GAT) do INPS, em Pernambuco, para a obtenção de vantagem ilícita por eles realmente auferida, levaram a autarquia, usando para tanto de meio fraudulento, a pagar auxílio-doença a segurados que não tinham por que recebê-lo a percepção por estes do indevido benefício causando ao INPS, entre 1969 a 1970, prejuízo patrimonial no valor de Cr\$ 42.893,69 (quarenta e dois mil, oitocentos e noventa e três cruzeiros e sessenta e nove centavos).

No que tange ao crime de corrupção passiva, e que teria consistido no pedido feito pelo acusado Ederlindo Clementino dos Santos a Milton Belarmino de Souza, por este atendido, presenteando-o com um aparelho de televisão, não tem o Ministério Público como pretender resulte em condenação.

É que esse crime não se encontra descrito, sequer remotamente na denúncia. Nesta não se atribui ao referido acusado o fato de haver solicitado ou recebido para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou que tenha aceito promessa de tal vantagem.

A conduta que tipifica o crime definido no art. 317 do Código Penal de nenhum modo é mencionada na denúncia, que somente descreve uma conduta fraudulenta, por parte dos acusados, como meio de obter vantagem ilícita para eles próprios, a fraude consistindo no induzimento em erro da administração de um órgão do INPS, de sorte a proporcionar para terceiros, benefícios previdenciários indevidos, com prejuízo patrimonial da autarquia.

Nada mais do que isso diz a denúncia e é do fato nela descrito que o réu se defende como do fato nela narrado que há de cogitar a sentença. Na hipótese em exame, no tocante ao pretendido crime de corrupção passiva, estar-se-ia frente a uma denúncia sem acusação, que é, como diz José Frederico Marques em seu «Elementos de Direito Processual Penal», vol. 2, pág. 421, 2ª ed., ato inexistente, bastante para justificar arguição de nulidade, por incidência do art. 564, III, letra a, do Código de Processo Penal, ou seja, por falta de denúncia.

Se queria o Ministério Público imputar ao acusado Ederlindo o crime de corrupção passiva, silente que a

respeito se apresentava a denúncia, cumpria aditá-la, mas tanto não fez. Há de se conformar, portanto, com a acusação nos termos em que posta.

Da respeitável sentença que lhe foi adversa apelou também Ederlindo Clementino dos Santos buscando vê-la reformada para que absolvido.

A esse apelo dou parcial provimento, por entender que houve excesso na dosimetria da pena a ele imposta, em face mesmo das considerações tecidas pelo douto Juiz monocrático ao fixá-la.

Assim é que, considerou S. Exa. não registrar o referido acusado antecedentes penais, sendo normal a sua personalidade. Entendeu, é verdade, ter sido intenso o seu grau de culpa, expressão que, in casu, doloso o crime, apresenta-se, data maxima venia, inadequada. Entendeu, porém, «que os motivos foram de certa forma justificáveis, por se tratar de homem pobre, ganhando pouco». A essas considerações e por ser de certo vulto o prejuízo dado pelo acusado ao INPS, fixou a pena-base em 660 dias, acrescentando-a de um terço (§ 3º do art. 171 do CP), para torná-la definitiva em 2 anos, 5 meses e 10 dias de reclusão.

Ora, primário o réu, sendo bons os seus antecedentes e pelas demais considerações feitas pelo MM. Juiz monocrático na aplicação da pena, reformo no particular a sentença para impor ao acusado Ederlindo Clementino dos Santos pena que, basicamente, fixo em 1 (um) ano de reclusão, acrescentando-a de um terço para torná-la definitiva em 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão, pela prática do crime definido no art. 171, § 3º, do Código Penal.

Dou, outrossim, parcial provimento à apelação do Ministério Público Federal para, reformando a sentença, no que concerne ao acusado João Marques de Oliveira Filho, julgar procedente a denúncia no que se re-

fere ao crime de estelionato por ela descrito e condená-lo à pena que, basicamente, fixo em 1 (um) ano de reclusão, acrescentando-a de um terço para torná-la definitiva em 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão, pela prática do crime definido no art. 171, § 3º, do Código Penal.

Considerando por fim que ambos se encontram na situação prevista pelos incisos I e II do art. 57 do Código Penal concedo-lhes o benefício da suspensão condicional da pena pelo prazo de dois anos sob a condição de se apresentarem de seis em seis meses ao MM. Juiz Federal da 2ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco, a este comunicando eventual mudança de residência, não se ausentando da capital do Estado sem prévia licença da referida autoridade judiciária.

É o meu voto.

#### VOTO

O Sr. Ministro Carlos Madeira (Revisor): A sentença condenou Ederlindo Clémentino dos Santos a dois anos, cinco meses e dez dias, pela infração do art. 171 c/c o seu § 3º. Mas absolveu-o da imputação da prática de corrupção passiva, por não considerar suficiente a prova para a condenação.

Entretanto, toda a prova dos autos conduz a presumir-se que o réu recebia propinas dos segurados, para mantê-los no gozo de benefícios acidentários indevidos.

Se a falsificação dos documentos configurava a fraude, a paga por esta era a propina que recebia dos segurados.

Quanto a João Marques de Oliveira Filho, apesar da retratação, desde a polícia, do depoimento que prestou perante a comissão de sindicância, não foi feita nenhuma prova de que não recebia propinas dos segurados em troca das fraudes em que colaborava.

Dou parcial provimento ao apelo de Ederlindo Clementino dos Santos e reformo no particular a sentença, para aplicar-lhe a pena que basicamente fixo em um ano de reclusão, acrescentando-a de 1/3, para torná-la definitiva em um ano e quatro meses de reclusão pela prática do crime definido no art. 171, § 3º, do Código Penal. Dou igualmente parcial provimento à apelação do Ministério Público Federal para, reformando a sentença, no que concerne ao acusado João Marques de Oliveira Filho, julgar procedente a denúncia, no que se refere ao crime de estelionato, por ela descrito, e condená-lo à pena que basicamente fixo em um ano de reclusão, acrescentando-a de 1/3 para torná-la definitiva em um ano e quatro meses de reclusão, pela prática do crime definido no art. 171, § 3º, do Código Penal. Concedo a ambos a suspensão condicional da pena pelo prazo de dois anos, nos termos do voto do Ministro-Relator.

#### EXTRATO DA MINUTA

ACr nº 5.019-PE — Rel.: Min. Hélio Pinheiro. Rev.: Min. Carlos Madeira.

Aptes.: Justiça Pública e Ederlindo Clementino dos Santos. Apdos.: Os mesmos e João Marques de Oliveira Filho, Jesualdo Soares de Albuquerque, Antônia Brana Victor da Silva e Maria José Vasconcelos da Silva.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu parcial provimento à apelação do MP, para reformar a sentença e condenar o réu João Marques de Oliveira Filho à pena de um ano e quatro meses de reclusão, pela infração do art. 171, § 3º, do C. Penal. Igualmente, deu provimento à apelação de Ederlindo Clementino dos Santos, para reformar a sentença e reduzir a pena de reclusão a um ano e quatro meses, também por aplicação do art. 171, § 3º, do C. Penal. A ambos os réus a Turma concedeu a suspensão condicional da pena, pelo prazo de dois anos, segundo condições estabelecidas pelo Min.-Relator, delegando ao Juiz Federal a quo competência para realizar a audiência admonitória. (Em 25-10-83 — 3ª Turma).

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Carlos Madeira e Adhemar Raymundo. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Carlos Madeira.

#### APELAÇÃO CRIMINAL Nº 5.226 — PI

Relator: O Sr. Ministro Evandro Gueiros Leite

Apelantes: Justiça Pública e José Bezerra Veras

Apelados: Os mesmos

#### EMENTA

Criminal. Calúnia contra funcionário público (CP, arts. 138 e 141-II).

Se a acusação é negada, peremptoriamente, pelo acusado, e a única prova contrária ao mesmo repousa em depoimento de uma só testemunha, de crédito relativo, não há como ensejar-se veredicto condenatório. Depoimento único, apto a gerar suspeita, não constitui prova suficiente à edição de sentença condenatória (TFR, ACr nº 3.777, DJ 19-12-79, pág. 9.596).

Sentença condenatória reformada.

## 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 acusado, para reformar a sentença e julgar improcedente a denúncia, enquanto julgava prejudicada a apelação do Ministério Público, nos termos do voto do Ministro-Relator e de acordo com as notas taquigráficas precedentes que integram o presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 17 de junho de 1983. (Data do julgamento) — Ministro Evandro Gueiros Leite, Presidente-Relator.

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Evandro Gueiros Leite (Relator): José Bezerra Veras foi denunciado como incurso nas penas dos arts. 138, 139 e 140, c/c o art. 141, II, do Código Penal, porque assacou contra José Luiz Sampaio Moura, funcionário público federal, a suspeita de falta de lisura em procedimento de licitação pública, afirmando que o mesmo havia sido comprado pela firma vencedora e isso na presença de terceiros.

O MM. Dr. Juiz Federal relatou e decidiu o processo da seguinte maneira:

«Denúncia do Ministério Público Federal, recebida em 17 de abril de 1980 (fl. 39), pleiteia a condenação de José Bezerra Veras nas penas dos arts. 138, 139, 140 e 141, II, do Código Penal, por conduta assim descrita: «Consta do incluso inquérito policial que o ora denunciado assacou contra José Luiz Sampaio Moura, funcionário público federal, lotado no órgão do Ministério da Fazenda neste Estado, e Delegado substituto do mesmo,

além de Presidente da Comissão de Licitações da referida entidade federal, a suspeita de lisura quanto ao desenvolvimento de uma licitação, afirmando para outrem ouvir, que a vítima na qualidade de funcionário público federal, e, em razão de suas funções de presidente da Comissão de Licitações do Ministério da Fazenda, havia sido «comprado» pela firma vencedora da licitação — COREMA Comércio Representação e Máquinas Ltda. A imputação de «comprado» à vítima foi proferida no dia 1º de dezembro de 1979, no escritório da firma SERVI-SAN, sita no Edifício Palácio do Comércio nesta Capital, perante Manoel Evaldo Vieira, qualificado à fl. 16, pelo denunciado José Bezerra Veras, sócio da empresa SERVI-SAN, perdutora de uma licitação no Ministério da Fazenda (Tomada de Preços), para prestação de serviços de limpeza, manutenção e vigilância do referido órgão». Recebida a denúncia, desencadeou-se a instrução, com interrogatório do acusado (fls. 51/53), apresentação de defesa prévia (fls. 54/58) e inquirição de quatro testemunhas (fls. 92/96 e 109/110), após o que as partes arrazoaram, o MPF pedindo a condenação (fls. 118/122), e a defesa a absolvição (fls. 124/130). Segundo o MPF, «tendo o réu agido com vontade de ofender, da intenção de denegrir a honra do ofendido, imputando-lhe fato definido como crime e ofensivo a sua reputação, dignidade e decoro, agindo com animus injuriandi e diffamandi consumando-se a ação delitativa com o conhecimento de outrem, e trazendo a circunstância de ter cometido o delito contra funcionário público em razão de suas funções, incidiu o mesmo nas sanções previstas nos arts. 138, 139, 140 c/c 141, II do Código Penal.» A defesa pondera que «a origem espúria do pro-

cesso está a denunciar, a todas as luzes, uma trama sórdida com o propósito de envolver a pessoa do acusado, atribuindo-lhe declaração que jamais fizera como aliás enfatiza no seu depoimento pessoal às fls. 51/53. «É, resumido, o relatório. Decido. Em qualquer circunstância processual, a primeira obrigação do Juiz é decidir sobre a própria competência. No caso dos autos, a competência é mesmo do Juiz Federal: «Competente é a Justiça Federal para processar e julgar os crimes contra a honra de funcionários públicos» (HC nº 4.561-BA, TFR, 4ª Turma, Relator o Sr. Ministro Carlos Madeira, unânime, DJ de 17-10-79, Ementário nº 5, pág. 55). Outra questão que de logo se coloca a exame do julgador se prende à inobservância do disposto no artº 520 do CPP, segundo o qual, «antes de receber a queixa, o Juiz oferecerá às partes oportunidade para se reconciliarem». Quer a defesa se trate de nulidade insanável (fl. 143). Não tem, porém, razão. «Uma exceção, e muito importante, se há de reconhecer à admissibilidade da providência preliminar da tentativa de reconciliação. É preciso que se trate de processo para cuja instauração tenha sido oferecida queixa da parte privada, e não denúncia... Então, não tendo o promotor poder para tomar atitude conciliatória, mas devendo promover a apuração de um fato, que se tornou de interesse público verificar, é excluída toda tentativa de reconciliação. O infrator, se quiser livrar-se da pena que se retrate, como a lei lhe permite» (Eduardo Espínola Filho, Código de Processo Penal Brasileiro Anotado, vol. V, pág. 200, Editora Rio, 1976). No mesmo sentido, Magalhães Noronha: «Acreditamos já se ter subentendido que a audiência de reconciliação só tem lugar na ação privada» (Curso de

Direito Processual Penal, Saraiva, 8ª edição, 1976, pág. 284). Também sem razão a alegação da defesa, de que o Ministério Público «só atuará, assumindo o comando da ação penal, na ocorrência da hipótese já mencionada, ou seja, a do art. 140, § 2º, do C. Penal» (fl. 142). A afirmação é inexata, porque omite preceito contido no parágrafo único do art. 145 do Código Penal, de que se procede «mediante representação do ofendido, no caso do nº II do mesmo artigo (141)». Aliás, o próprio autor citado pela defesa é taxativo em que a ação penal é pública — condicionada à apresentação de representação do ofendido —, quando a ofensa for praticada contra «funcionário no exercício de suas funções, conforme dispõe o parágrafo único do art. 145. A ação, nesses casos, é pública, mas depende de requisição do Ministro da Justiça, quando a ofensa for contra o Chefe da Nação ou contra o de governo estrangeiro, e do funcionário quando for o ofendido, nas circunstâncias apontadas. A ação agora é pública, mas depende dessas condições de procedibilidade» (op. cit., págs. 283/284). Superadas as preliminares, passa-se ao exame do mérito. Com efeito, o acusado praticou o fato narrado na denúncia. Ele próprio o admitiu, na polícia, ao afirmar que «não seria imprudente de fazer tais afirmações sem provas» (fl. 27). Ainda na polícia, formulou outras graves acusações contra a vítima, dentre as quais destaco as seguintes: 1. «o acusado deseja afirmar que o senhor José Luiz Sampaio Moura não tem o devido respaldo moral para representar contra sua pessoa (fl. 27); 2. que José Luiz Sampaio Moura fora flagrado na repartição mantendo colóquio amoroso com uma servente, «em uma mesa para exames ginecológicos» (fl. 28); 3. «o acusado in-

forma ainda que a conduta de nenhuma probidade por parte de José Luiz Sampaio Moura vai mais além, uma vez que é fato conhecido e notório na cidade de Campo Maior/PI a sua constante embriaguez e estado alcoólatra» (fl. 28); 4. «o José Luiz era um ladrão porque pegava os «tickets» de gasolina do Ministério da Fazenda e os colocava (sic) no seu veículo particular, fato esse que tem condições de provar se necessário for» (fl. 28). Está, pois, à toda evidência, demonstrada a ofensa à honra da vítima, sobretudo porque o acusado não quis ou não pôde invocar a *exceptio veritatis* para provar as graves acusações formuladas. Não se trata sequer de hipótese de prova insuficiente, «voix d'un», vez que o acusado — ele próprio — admite a imputação (fls. 27/28), presenciada e testemunhada, na polícia (fl. 20) e em juízo (fl. 92), por Manoel Evaldo Vieira, «que ouviu a alegação de Veras sobre a compra de José Luiz, no próprio escritório de Veras, no Palácio do Comércio, aqui na Capital» (fl. 92). A conduta do acusado, que tenho como provada, pelas razões expostas, constitui crime de calúnia, por constituir falsa imputação a alguém de fato definido como crime, vale dizer, falsa imputação de corrupção passiva (art. 317, CP). «Calúnia é a falsa imputação a alguém de fato definido como crime. Da definição destacam-se como elementos: a falsidade da imputação e o fato típico, isto é, tido legalmente como delito» (Magalhães Noronha, *op. cit.*, pág. 282). No caso dos autos, ambos os elementos se encontram presentes. A falsidade da imputação decorre da circunstância de o acusado não ter sequer tentado prová-la, como, aliás, se propusera (fl. 27). A tipicidade do fato imputado é evidente: «Art. 317, Cód. Penal — Solicitar ou receber, para si

ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem». Pelas razões expostas, dando como provada a denúncia, julgo procedente a ação para, tendo o acusado como incurso apenas nas sanções dos arts. 138 e 141, II, do Código Penal, condená-lo às penas mínimas de 6 (seis) meses de detenção e Cr\$ 2.000,00 (dois mil cruzeiros) de multa, assim fazendo por entender que, analisadas globalmente, não lhe são desfavoráveis as circunstâncias judiciais do art. 42 do Código Penal. Aumento as penas de um terço, por força do disposto no art. 141, II, CP, fixando a condenação definitiva em 8 (oito) meses de detenção e Cr\$ 2.666,66 (dois mil seiscentos e sessenta e seis cruzeiros e sessenta e seis centavos) de multa. Condeno-o, ainda, no pagamento das custas do processo, concedendo-lhe, porém, o «sursis», com as seguintes condições: a) pagar as custas do processo; b) manter-se, como se encontra, em ocupação lícita; c) não se mudar, sem prévia autorização judicial; d) comparecer, nas primeiras quinzenas dos meses de julho e dezembro, à Secretaria deste Juízo, para verificação do cumprimento das condições impostas. O «sursis» não abrange nem a pena de multa, nem as custas processuais. Inscreva-se o nome do réu no rol dos culpados. A audiência admonitória será designada oportunamente, conforme disponibilidade da pauta» (fls. 145/150).

O Ministério Público e o réu apelaram, pleiteando a reforma da sentença. O primeiro pela exacerbação da pena e, o segundo, pela sua absolvição (fls. 161/162 e 164/171). Contra-razões do Ministério Público (fls. 178/180). Subiram os autos e aqui no Tribunal a douta Subprocuradoria-

Geral da República opinou no sentido de negar-se provimento aos recursos (fls. 192/194).

Pauta sem revisão (RI, art. 249).

É o relatório.

### VOTO

O Sr. Ministro Evandro Gueiros Leite (Relator): O acusado apelou da sentença, pois, dada como provada, em parte, a denúncia, foi tido como incurso nas sanções do art. 138 (calúnia) e do art. 41, inciso II, este último como majorante, por se tratar de crime contra funcionário público, em razão de suas funções. O Dr. Juiz aplicou o mínimo como base (seis meses de detenção), aumentando-a de um terço (1/3) e concretizando-a em oito (8) meses, com multa de Cr\$ 2.666,66.

Sustenta o apelante que o ilustre julgador, abandonando a declaração de fl. 11 — a que não fez sequer referência — apegou-se, tão-só, à declaração do próprio acusado na polícia, da qual, em boa lógica, não se podia concluir conforme foi feito. O trecho em referência do depoimento do acusado é aquele em que ele diz o seguinte:

«Que, a respeito dos fatos objeto da presente representação, o acusado informa à autoridade que não tem procedência nenhum dos termos da referida representação, conforme fará prova a seu tempo, e uma vez, não seria imprudente de fazer tais afirmações sem provas...» (fls. 165/166).

A douta sentença, para chegar à conclusão a que chegou, teria fracionado o texto, e isolado apenas um dos seus elementos, que é o seguinte: «... não seria imprudente de fazer

tais afirmações sem provas» (fl. 148). Ante esse trecho isolado, concluiu, então, a sentença, verbis:

«Com efeito, o acusado praticou o fato narrado na denúncia. Ele próprio o admitiu, na polícia, ao afirmar que «não seria imprudente de fazer tais afirmações sem provas». (fl. 166).

Contra a ilação tirada dessa frase isolada, extraída de um contexto que, no seu todo, conduziria a conclusão diversa, apresenta o acusado a 1ª parte do texto, onde ele nega valor à representação de fl. 11 e, portanto, aos próprios termos da denúncia.

Toda a prova se reduz, no entender do apelante, a uma declaração ineficaz, por isso que resultou de um ardid a cuja evidência se rendeu a sentença. E o que é mais estranho é que o Dr. Juiz marginalizou as demais provas colhidas na instrução, sobretudo porque essa prova conflitaria com a denúncia, negada peremptoriamente pelo acusado em seu depoimento prestado na Justiça (fls. 51/53).

De fato, assim aconteceu. O ilustrado julgador isolou, na sentença, uma parte apenas das declarações prestadas perante a autoridade policial, a qual, de nenhum modo, levaria à confissão do crime. Pelo contrário, disse o apelante que não seria um imprudente para fazer afirmação sem provas. Não pretendeu ele dizer, com isso, que tinha provas contra o funcionário. É certo que contra este manifestou a sua ira, ainda na polícia, mas não pelo motivo indicado na denúncia. Como forma de defesa, afirmou apenas que José Luiz Sampaio Moura não teria o devido respaldo moral para repre-

sentar contra a sua pessoa, justificando a sua afirmativa, **verbis**:

«2. Que José Luiz Sampaio Moura fora flagrado na repartição mantendo colóquio amoroso com uma servente, «em uma mesa para exames ginecológicos» (fl. 28); 3. «o acusado informa ainda que a conduta de nenhuma proibidade por parte de José Luiz Sampaio Moura vai mais além, uma vez que é fato conhecido e notório na cidade de Campo Maior/PI a sua constante embriaguez e estado alcoólatra» (fl. 28); 4. «o José Luiz era um ladrão porque pegava os «tickets» de gasolina do Ministério da Fazenda e os colocava (sic) no seu veículo particular, fato esse que tem condições de provar se necessário for» (fl. 28)» (fls. 148/149).

Assim, não posso comungar da opinião da sentença, quando afirma que, «à toda evidência (estaria) demonstrada a ofensa à honra da vítima, sobretudo porque o acusado não quis ou não pôde invocar a *exceptio veritatis*, para provar as graves acusações formuladas» (fl. 149). Ora, não poderia o ilustre Dr. Juiz afastar-se dos termos da denúncia, para adotar outros contidos nas declarações do réu perante a autoridade policial. Anote-se, ainda, que o acusado negou, em Juízo, a imputação feita (fl. 31), pois jamais afirmou «haver sido o Sr. José Luiz Sampaio Moura comprado pela empresa vencedora da licitação».

A sentença afirma, contudo, que o réu teria confirmado a acusação em Juízo, o que não é certo. Ele, é certo, não arrefeceu quanto ao conceito que faz do acusado, porém fora do contexto da denúncia. Está dito, por ele, à fl. 31, nada ter contra as testemunhas arroladas pelo ofendido, além do fato de haverem sido compelidas a depor contra ele. Uma des-

sas testemunhas, por nome Manoel Evaldo Vieira, foi indicada pela sentença como respaldo da acusação. De fato disse a mesma testemunha, às fls. 92/93, ter ouvido do acusado que José Luiz Sampaio Moura fora comprado pela COREMA, a firma vencedora da licitação. É certo, contudo, que essa testemunha deixara a SERVI-SAN (a firma perdedora) e trabalhava para a COREMA, o que a deixa em situação de relativo descrito. Depoimento único, apto a gerar suspeita, não constitui prova suficiente à edição de sentença condenatória. É a lição dos julgados (Cf. ACr 3.777/DF, TFR, DJ 19-12-79, pág. 9596, apud fl. 168).

A respeito da mesma matéria, a opinião da melhor doutrina, citada pelo acusado, **verbis**:

«Faltando à prova o caráter de integridade e certeza, a condenação não pode ser considerada justa, como resulta claro da doutrina esposada por C.J.A. Mitermaier, in Tratado de la Pueba en Matéria Criminal, editorial Reus. Madrid, 1929, pág. 341: «Sabido es que la condición esencial de toda condena es la demonstración completa de los hechos imputados; que mientras no sea plena y cabal, el acusado debe ser tenido por inocente». Tal doutrina resulta da parêmia latina: *accusatore non probante, accusatus, absolvitur*. Ainda por ter sido única a prova e essa mesma, como já se demonstrou, eivada de contradições, cabe a lição de Darcy Arruda Miranda, in Repertório de Jurisprudência do Código de Processo Penal, Max Limonad Editora, 1953, pág. 279: «Para que haja valor no depoimento de uma só testemunha, é preciso que tal seja o seu mérito que ofusque o mérito das outras testemunhas, ou que, na ausência de outras testemunhas, tenha aquela tanta idonei-

dade, tanto conhecimento dos fatos, que o seu depoimento possa como que ditar a própria sentença». É fácil pois concluir, com base no que ficou demonstrado, nesta parte das razões do acusado, o que em caso semelhante concluiu o Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. v. Darcy A. Miranda, op. cit, pág. 284: «Não pode o Juiz alicerçar o seu convencimento para um veredicto condenatório, em conjecturas vagas, presunções, hipóteses tortuosas, devendo, ao contrário, firmar-se em razões de fato, básicas do julgado» (fls. 168/169).

Quanto à *exceptio veritatis*, é como disse o acusado. Desnecessário seria preocupar-se com ela, quando em Juízo negou o fato e nos depoimentos do processo estava descaracterizada a denúncia. Nem por isso deixou, entretanto, o acusado de focalizar o processo de licitação e demonstra com sentença do mesmo ilustre Juiz, no cível, que a mesma estava pejada de irregularidades, tanto que foi julgada ineficaz (fls. 172/176).

É ler-se:

«A sentença junta e que fica fazendo parte integrante dessas razões mostra, a toda evidência, que realmente a licitação encampada pelo Sr. José Luiz de Sampaio Moura, suposta vítima, estava pejada de irregularidades tais que foi julgada ineficaz pelo mesmo julgador da presente ação penal. As irregularidades se prendem especificamente a rasuras e emendas na proposta da empresa beneficiada — COREMA, que outra não é senão a firma empregadora da testemunha Manoel Evaldo Vieira (depoimento fl. 92), o mesmo signatário do documento de fl. 11. Foram

as irregularidades apontadas que conduziram o Meritíssimo Juiz, como se vê da sentença junta, a considerar desrespeitadas as cláusulas editalícias e proclamar «nulo todo o procedimento licitatório e, face à nulidade reconhecida, proclamá-lo ineficaz para a seleção de qualquer dos dois concorrentes». Ora, quem deu causa à nulidade proclamada foi a comissão de licitação presidida pelo Sr. José Luiz de Sampaio Moura, o que mostra que, na decisão do processo licitatório, não prevaleceu a lei, mas o interesse em beneficiar a empresa COREMA» (fl. 170).

Por tais razões, dou provimento ao recurso do acusado, para reformar a respeitável sentença e julgar improcedente a denúncia. Enquanto isso, julgo prejudicada a apelação do Ministério Público, parte em que a sentença deveria ser reformada, a fim de exacerbar-se a pena fixada.

É como voto.

#### EXTRATO DA MINUTA

ACr nº 5.226-PI — Rel.: O Sr. Ministro Evandro Gueiros Leite. Aptes.: Justiça Pública e José Bezerra Veras. Apdos.: os mesmos.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso do acusado, para reformar a sentença e julgar improcedente a denúncia, enquanto julgava prejudicada a apelação do Ministério Público, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. (Em 17-6-83 — 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**.

## APELAÇÃO CRIMINAL Nº 5.546 — SP

Relator: O Sr. Ministro Leitão Krieger

Revisor: O Sr. Ministro Carlos Augusto Thibau Guimarães

Apelante: Antônio Roberto Mastrocola

Apelada: Justiça Pública

### EMENTA

**Penal.**

Aplicação da Súmula nº 146 do STF, porque os fatos delituosos ocorreram em data anterior à vigência da Lei nº 6.416, de 24-5-77.

Decretada a prescrição da pretensão punitiva, em face da pena concretizada na sentença.

Deu-se provimento à apelação.

### ACORDÃO

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

Decide a 1ª Turma do Tribunal Federal de Recursos por unanimidade, julgar extinta a punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva, determinando-se, ainda, a imediata soltura do réu, se por aí não estiver preso, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 18 de novembro de 1983 (Data do julgamento) — Ministro Washington Bolívar, Presidente — Ministro Leitão Krieger, Relator.

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Leitão Krieger: O Representante do Ministério Público, no Estado de São Paulo, ofereceu denúncia contra Antônio Roberto Mastrocola e Clóvis de Lima Paiva Filho, como incurso nas sanções dos arts. 171, 299 e 304, c/c os arts. 51, caput, e 25, todos do Estatuto Penal, pelos fatos seguintes:

«No segundo semestre do ano de 1974, mais precisamente entre os

meses de setembro e outubro, em dia não precisado, o acusado Clóvis de Lima Paiva Filho prontificou-se a conseguir, e conseguiu, com terceira pessoa, que apontou nos autos pelo prenome «Telles», um formulário, próprio para confecção de cédula de identidade, passando-a ao acusado Antônio Roberto Mastrocola.

Ambos agindo, então, de comum acordo, falsificaram o formulário conseguido, conforme ficou constatado no laudo de fls. 42/43. Preencheram-no com dados fictícios, em nome de «Alonso Dias Moelas», em todos os respectivos claros, apondo, afinal, no local próprio, a fotografia de Antônio Roberto, que, com esse falso documento, passou a identificar-se como «Alonso Dias Moelas.»

Consta, ainda, que, pronta dita cédula, Antônio Roberto foi ter ao escritório de Ivo Gonçalves de Freitas, onde conseguiu fazer com que o empregado dessa pessoa, menor de idade, plastificasse o documento falso.

Em seguida, com a cédula falsa, foi ao escritório «Contábil Siqueira», da Avenida Sapopemba nº 8.083, nesta Capital, onde fez

preencher uma declaração de rendimentos, em nome de «Alonso Dias Moelas», fazendo-a, ainda, entregar na repartição competente da Secretaria da Receita Federal, cuja declaração recebeu o nº 704 136 148 — 91, conforme se vê de fl. 21, passando a ser esse o número de inscrição de «Alonso Dias Moelas» no Cadastro de Pessoas Físicas, como o respectivo CIC de mesmo número.

Portando referidos documentos — cédulas de identidade falsa e recibo de entrega de declaração de rendimentos conseguido com o uso do documento falso — induziu, Antônio Roberto Mastrocola, em erro a Jaime Bernardino Salles, mediante expediente fraudulento, abaixo descrito, agindo em concurso com Clóvis de Lima Paiva Filho, obtendo, ambos, vantagem ilícita de Cr\$ 500,00 em moeda corrente nacional.

Ficou apurado que Antônio Roberto e Clóvis, ao conhecerem a vítima, ficaram sabendo de seu interesse na aquisição de residência própria. Entabularam, com ela, negociações, comprometendo-se a vender-lhe imóvel que não possuíam. Antônio Roberto levou-a, então para «ver o imóvel», mostrando-lhe a casa onde ele, acusado, morava. Iludido e satisfeito com a oferta, concordou com o negócio, sendo, então, lavrado o instrumento particular que se encontra às fls. 22/23 dos autos, pelo que assinou a vítima, além desse instrumento, mais notas promissórias e fez o pagamento da quantia de Cr\$ 500,00 em dinheiro a Antônio Roberto.

Obtiveram, ambos, assim, ilícita vantagem, em prejuízo alheio, com o uso do expediente fraudulento descrito, no montante de Cr\$ 500,00 » (fls. 2/3)».

Recebida a denúncia em 19 de maio de 1976, foram os acusados interrogados às fls. 95/99, respectivamente. Cada um nega a autoria do crime. O segundo réu diz conhecer ligeiramente o primeiro. Este diz terem ocorrido os fatos, mas teria sido uma trama do segundo réu e vários policiais, que falsificaram inclusive passaportes. Defesa prévia de Clóvis de Lima Paiva Filho à fl. 62.

As testemunhas arroladas na denúncia foram inquiridas à fl. 103 e seguintes.

As testemunhas arroladas pela defesa de Clóvis, prestaram esclarecimentos a prol do acusado e historiam a prisão, tendo o acusado feito confissão sob ameaça de tortura.

As fls. 172/174, alegações finais do Ministério Público, dizendo que não ficou provada a atividade delituosa de Clóvis, apesar de ter péssimos antecedentes; quanto a Antônio, participou, pelo menos, da contrafação da cédula de identidade de fl. 9, com materialidade, pelo laudo de fls. 45/47, utilizada para obter o recibo da entrega de declaração de rendimentos e o número no CIC; por fim, pediu o deslocamento do feito para a Justiça Federal.

Nas alegações finais em favor de Antônio, fls. 175/177, pedem a remessa dos autos à Justiça Federal, vez que o delito que teria sido cometido pelo réu atinge serviço custeado e mantido pela União. Quanto ao mérito, inexistente prova de ter ele inserido no documento de fls. os dados lá constantes e praticado, com tal procedimento, o delito de falsidade ideológica, tipificado no art. 299, do CP. Quanto ao crime previsto no art. 171 do CP, a prova é precária. Admitiu, entretanto, o uso de falso (art. 304 CP), devendo ser relevado, por ser pessoa de boa formação moral e estar arrependido.

As alegações finais em favor de Clóvis (fls. 179/181), esperam sua

absolvição, como já pediu o Ministério Público.

O MM. Juiz de Direito, acolhendo a manifestação de fls. 172/174 do MP, declarou-se incompetente e determinou a remessa dos autos à Justiça Federal.

O Ministério Público Federal ratificou a denúncia, endossou alegações finais e pediu a condenação do réu Antônio (fls. 182 v.).

A sentença de fls. julgou improcedente a denúncia, com relação ao réu Clóvis de Lima Paiva Filho, que ficou absolvido por insuficiência de provas (art. 386, VI, CPP); mas julgou procedente, em parte, a denúncia oferecida contra Antônio Roberto Mastrocola, que usa também os nomes de Antônio Mastro Páscoa e Alonso Dias Moelas, pela prática do crime do art. 304 do CP, condenando-o à pena de 2 anos de reclusão e multa de Cr\$ 2,00, metade das custas pelo réu condenado, cujo nome será inscrito no rol dos culpados.

Dessa decisão recorre a defesa, apresentando sumárias razões de fls. 198, pedindo absolvição. Argüiu prescrição da pena e requereu alvará de soltura.

A fl. 208, o apelante requereu desistência do recurso, pelas razões ali expressas.

A douta Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se às fls. 211/212. Aduz que a desistência requerida pelo apelante carece dos requisitos essenciais à sua homologação. Estando comprovada a materialidade do delito, o recurso merece ser improvido, mantendo-se a respeitável sentença.

É o relatório.

#### VOTO

O Sr. Ministro Leitão Krieger (Relator): No presente caso, deixo de

considerar o pedido de desistência do recurso feito pelo apelante. Embora fosse possível sanar as falhas apontadas pela douta Subprocuradoria-Geral, deixo de tomar providências nesse sentido porque tal somente redundaria em prejuízo do próprio condenado, como se verá.

Os fatos, segundo a denúncia, ocorreram no segundo semestre de 1974. A denúncia foi recebida, na Egrégia Justiça local, em 19 de maio de 1976, sendo certo que o Magistrado daquela, já em fase de sentença, declinou da competência a prol da Justiça Federal. Para esta foram remetidos os autos, onde o Ministério Público Federal, em 23 de agosto de 1977 (fl. 182v.), ratificou a denúncia oferecida na Justiça do Estado, tendo se limitado o ilustrado Magistrado Federal a apor o seu «ciente», em 24 daquele mesmo mês, mas tomando outras providências para prosseguimento. A 8 de março de 1982 foi publicada sentença, que condenou o apelante a dois anos de reclusão e multa.

Ao que se vê, tomado aquele «ciente» como recebimento da denúncia, entre esta e a respeitável sentença condenatória decorreram mais de quatro anos. Ora, como a condenação não excedeu dois anos; como não tenha havido recurso do Ministério Público; ainda porque os fatos delituosos tenham ocorrido anteriormente à vigência da Lei nº 6.416, de 24 de maio de 1977, quando ainda merecia plena aplicação a Súmula 146 do Colendo Supremo Tribunal Federal, que estatuiu: «A prescrição da ação penal regula-se pela pena concretizada na sentença, quando não há recurso da acusação»; considerando que merece aplicação princípio mais benévolo ao acusado, declaro extinta, pela prescrição, a pretensão punitiva, ou seja, a ação penal, para

empregar a linguagem da mencionada súmula.

Dou, assim, provimento ao recurso, para determinar a imediata soltura do acusado, se por al não estiver preso.

É o meu voto.

#### VOTO

O Sr. Ministro Carlos Thibau (Revisor): «Dou provimento ao recurso, para determinar a imediata soltura do acusado, se por al não estiver preso.»

#### EXTRATO DA MINUTA

ACr nº 5.546-SP Rel.: O Sr. Ministro Leitão Krieger. Apte.: Antônio Roberto Mastrocola. Apda.: Justiça Pública. Revisor: O Sr. Ministro Carlos Thibau.

Decisão: A Turma, por unanimidade, julgou extinta a punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva, determinando-se, ainda, a imediata soltura do réu, se por al não estiver preso (Em 18-11-83 — 1ª Turma).

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

#### APELAÇÃO CRIMINAL Nº 5.651 — SE

Relator: O Sr. Ministro Carlos Madeira

Apelante: Justiça Pública

Apelado: João Batista Franca de Andrade

#### EMENTA

**Criminal. Perda do bem. Concurso formal. Extinção de punibilidade.**

I — A perda do bem que serviu de instrumento para a prática criminosa é efeito da condenação.

Extinta a possibilidade jurídica de condenação, não tem o Juiz competência para decretar a perda do veículo apreendido na prática do descaminho. Só na ação fiscal poderá ser decretado o perdimento do bem.

II — Disciplinando o nosso Código Penal o concurso de penas e não o concurso de crimes (artigo 51 e seus parágrafos), não cabe destacar, no concurso formal, o crime de descaminho, cuja punibilidade foi extinta, do de corrupção de menores (Lei nº 2.252, de 1954), para efeito de reconhecer-se a competência da Justiça Estadual para processar este como ato punível distinto na mesma conduta.

#### 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, quanto à apreensão do veículo, e, por maioria, também negar provimento à apelação relativamente ao crime de corrupção; vencido nesta parte o Ministro Flaquer Scartezzini, que

anulava a sentença, para remeter o processo à Justiça Estadual, competente para processá-lo, 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 novembro de 1983 (Data do julgamento) — Ministro Carlos Madeira, Presidente e Relator.

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Carlos Madeira (Relator): O representante do Ministério Público Federal, em Sergipe, denunciou José Anael Franca Lelis e João Batista Franca de Andrade, vulgo «João Muamba», qualificados à fl. 2 dos autos, como incurso nas sanções do art. 334, d, do Código Penal, bem como, em concurso formal, a prática do crime de corrupção de menores, em relação ao segundo acusado, na forma do art. 1º da Lei nº 2.252/54, porque:

«Na manhã do dia 24 de novembro de 1980, Agentes da Polícia Federal, em cumprimento de diligência, dirigiram-se à Transportadora Sergipana Ltda., situada na rua Vitória, nº 646, bairro Siqueira Campos, e, quando daquele local se aproximaram, assistiram à saída de uma Kombi, de cor bege, sem placa, carregada de mercadoria acondicionada em caixas com dizeres que indicavam tratar-se de mercadoria estrangeira. Os agentes perseguiram a Kombi até próximo ao Conjunto Agamenon Magalhães, onde o citado veículo parou e seus dois ocupantes, José Anael Franca Lelis e o menor João Batista Franca Filho, saltaram e, como não possuíam as notas fiscais referentes às mercadorias que transportavam, foram presos em flagrante.

As mercadorias encontradas e apreendidas são as que constam do auto de apresentação de fls. 9/10 (numeração do inquérito) e laudo de exame merceológico de fls. 90/97, sendo todas de procedência estrangeira, conforme conclusão contida no mencionado laudo.

No porta-luvas da Kombi, que tem chassi nº BA 634068 e motor nº BG-037324, foi encontrada uma nota fiscal de nº 43.778, expedida em 5-7-80, pela firma Casa Santa Rosa Ltda. — Ferragens e Material de Construção, em nome de João Batista Franca de Andrade, ora denunciado, pai do menor João Batista Franca Filho e tio do denunciado José Anael Franca Lelis.

O denunciado João Batista Franca de Andrade, já condenado por essa Justiça Federal pela prática de descaminho, confessa no inquérito que é o proprietário da Kombi que transportava a mercadoria apreendida e, com a finalidade de obter a extinção da punibilidade, solicitou ao Delegado da Receita Federal a elaboração do cálculo do tributo devido para posterior recolhimento (fls. 31, 43/47, numeração do inquérito).

Ademais, na mesma data da ocorrência dos fatos ora descritos, foi apreendida na casa do denunciado João Batista Franca de Andrade mercadoria também de procedência estrangeira, objeto do Inquérito Policial nº 71/80 — SR/DPF/SE, no qual sua esposa, D. Edla Maria Santos Franca, foi autuada em flagrante, consoante consta do auto de prisão em flagrante de fls. 67/72 (numeração do inquérito).

Como se vê, os denunciados adquiriram e ocultaram mercadoria estrangeira, desacompanhada de documentação legal, com a participação do menor João Batista Franca Filho» (fls. 2/3).

A denúncia foi recebida em 13-1-81 (fl. 113).

Concluída a instrução, o Juiz determinou diligências, à instância do réu, para que a Superintendência da Polícia Federal esclarecesse quanto ao pedido de pagamento dos tributos incidentes sobre a mercadoria apreendida. Essas diligências resultaram no recolhimento pelo réu do valor dos tributos e multa.

Julgando a causa, o Juiz Federal Geraldo Barreto Sobral declarou extinta a punibilidade dos acusados do delito de descaminho, em razão do pagamento dos tributos, e absolveu João Batista Franca de Andrade da acusação de ter violado o art. 1º da Lei nº 2.252/54, nos termos do art. 386, VI, do CPP.

Recorreu o Ministério Público Federal, arrazoando às fls. 257/261.

Decorrido o prazo legal de oito dias (art. 600, CPP), a defesa não ofereceu contra-razões.

A Subprocuradoria-Geral da República opinou pelo provimento do recurso, para anular a sentença no que se refere ao crime de corrupção de menores, por incompetência da Justiça Federal, remetendo-se os autos à Justiça Estadual, e para determinar que o veículo em questão seja apreendido e colocado à disposição da autoridade fiscal competente.

Sem revisão, por se tratar de questão exclusivamente de Direito.

É o relatório.

### VOTO

O Sr. Ministro Carlos Madeira (Relator): Conformou-se o Ministério Público com a extinção da punibilidade do réu quanto ao crime de descaminho. Mas apelou da parte da sentença que absolveu o réu do crime de corrupção de menores e determinou a restituição do veículo apreendido.

Quanto a essa restituição, afirma o douto Procurador da República que a extinção da punibilidade por crime de descaminho não elide a pena de perda da mercadoria e do veículo transportador.

Teria razão o recorrente, se o veículo tivesse sido incluído no termo de apreensão lavrado pela autoridade fiscal. Mas nesse mesmo termo se lê que: «deixou de ser incluído no processo um veículo automotor, Volkswagen Kombi, ano de fabricação 1980, chassi BH-634068, motor BG-037324, por pertencer a terceiro e estar gravada com alienação fiduciária a favor da Volkswagen S.A. (art. 104, item V, do Decreto-Lei nº 37/66)».

É entendimento deste Tribunal que «a devolução do veículo transportador, quando a apreensão não for mais de interesse do processo-crime, caberá ser postulada na esfera administrativa, na qual o fato tem repercussão, conforme a pena de perdimento prevista no Decreto-Lei nº 1.455/76» (Acórdão da antiga 4ª Turma, na ACr nº 3.822-SC, Relator o Ministro José Dantas).

Com efeito, se extinta a punibilidade pelo pagamento dos tributos, não há mais interesse da Justiça na apreensão do veículo. O que remanesce é o processo fiscal, que examinará a possibilidade ou não da aplicação da pena de seu perdimento.

Não incluindo na autuação fiscal o veículo, não havia por que retê-lo. A perda do bem, que serviu de instrumento para a prática criminosa, é efeito da condenação. Extinta a possibilidade jurídica da condenação, não tem o Juiz competência para decretar a perda do bem. Tratando-se de ilícito fiscal, a competência para tanto é da autoridade administrativa.

No tocante ao delito de corrupção de menor, lê-se do auto de prisão em flagrante, à fl. 7, que João Batista

Franca Filho era, realmente, menor de dezoito anos, na data da infração. Nasceu ele em 30 de agosto de 1963, e o flagrante foi lavrado em 24 de novembro de 1980.

Sustenta o douto Procurador da República que, com a extinção da punibilidade do crime de descaminho, tornou-se a Justiça Federal incompetente para julgar o crime de corrupção de menores. E lembra que aquela extinção não se estende a este crime, a teor do parágrafo único do art. 108 do C. Penal.

Apóia-se o apelante em Acórdão da E. 1ª Turma, no HC 4.840-BA, Relator o Ministro José Pereira de Paiva, que decidiu no sentido da primeira hipótese aventada.

Data venia, estou em que, no caso, trata-se de concurso formal. Magalhães Noronha aponta o exemplo prático desse concurso: «quem furtar, juntamente com o menor, não só incidirá nas penas do furto, mas também nas do art. 1º da Lei nº 2.252, de 1954». Há duas objetividades jurídicas violadas — a posse da coisa móvel e a preservação dos costumes do menor. Mas a ação é uma só.

Ora, no concurso formal, a regra é a cominação da pena mais grave, ou, se idênticas, uma delas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto até metade (art. 51, § 1º, do C. Penal). Destacar-se um crime do outro, para atribuir o de corrupção de menores à competência da Justiça Estadual, seria bipartir a ação em atos distintos, em desfavor do réu. Ação é comportamento voluntário dirigido a um fim. Não se confunde com ato, que é movimento corpóreo. Uma só ação pode ser constituída de vários atos, que ganham unidade por serem uma só manifestação de vontade. A lição é de Heleno Fragoso, que conclui por afirmar que a regra do concurso formal existe para beneficiar o

agente (Lições de Direito Penal, 5ª edição, vol. I, págs. 344/345).

Entendo, assim, que, extinta a punibilidade pelo crime de descaminho, não cabe remeter o processo à Justiça Estadual para que se processe o crime.

Note-se que o Código Penal prevê o concurso de penas e não o concurso de crimes. O Código, como observa Damásio de Jesus, à diferença do Código italiano, entendeu mais importante o efeito que a causa.

Se se extingue a punibilidade do crime de descaminho, que era pressuposto do de corrupção de menores, é óbvio que perde objeto a denúncia quanto a este.

Nego provimento à apelação.

#### VOTO VENCIDO EM PARTE

O Sr. Ministro Flaquer Scartezzini: Sr. Presidente, data venia, discordo de V. Exa., apenas no que tange ao concurso de corrupção de menores. Na realidade, houve um concurso de crimes e tendo a Justiça Federal tornado-se incompetente para decidir e apreciar a matéria, uma vez que ela extinguiu a punibilidade, restou, portanto, apenas o crime de corrupção de menor. Entendo que, no caso, cabe à Justiça Estadual a competência para apreciar e decidir sobre a matéria deste fato delituoso, de modo que, com a devida vênia, anulo a decisão nessa parte.

O meu voto é no sentido de dar provimento ao recurso, para anular a sentença, no que se refere ao crime de corrupção de menores, por incompetência da Justiça Federal.

#### EXTRATO DA MINUTA

ACr nº 5.651-SE — Rel.: O Sr. Ministro Carlos Madeira. Apte.: Justiça Pública. Apdo.: João Batista Franca de Andrade.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação quanto à apreensão do veículo e, por maioria, também negou provimento à apelação relativamente ao crime de corrupção, vencido nesta parte o Ministro Flaquer Scartezzini, que anulava a sentença, para remeter o

processo à Justiça Estadual, competente para processá-lo (Em 29-11-83 — 3ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Adhemar Raymundo e Flaquer Scartezzini. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Carlos Madeira.

### APELAÇÃO CRIMINAL Nº 6.035 — SP

Relator: O Sr. Ministro Leitão Krieger

Revisor: O Sr. Ministro Carlos Augusto Thibau Guimarães

Apelante: Justiça Pública

Apelado: José Antônio Fernandez Verrier

#### EMENTA

**Penal. Entorpecentes.**

A pouca quantidade da substância apreendida não afasta a possibilidade de tráfico, devendo ser consideradas circunstâncias outras, previstas no art. 37 da Lei nº 6.368/76.

Apelação a que se dá provimento, para julgar o réu incurso no art. 12, combinado com o art. 18, da mencionada Lei.

#### 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, 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, 30 de setembro de 1983 (Data do julgamento) — Ministro Washington Bolívar, Presidente — Ministro Leitão Krieger, Relator.

#### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Leitão Krieger: O Ministério Público Federal denun-

ciou José Antônio Fernandez Verrier, nos seguintes termos:

«Aos trinta de março do corrente ano, policiais federais, em cumprimento a determinações superiores, abordaram um indivíduo estrangeiro, e, procedendo a uma revista, lograram apreender em seu poder um frasco, contendo substância que, à análise imediata, constatou-se tratar de cocaína.

O indivíduo identificou-se como sendo Antônio Carlos Valdez Vidal, e foi-lhe dada imediatamente voz de prisão.

Procedendo-se então a uma busca na residência do acusado, na presença das testemunhas constantes do auto de prisão em flagrante, lograram os policiais encontrar: 1 (uma) arma, marca Beretta, calibre 25, e diversos passaportes fal-

sos, com diversos nomes, bem como outros documentos igualmente com diversidade de nomes e nacionalidades, tudo relacionado no auto de apreensão de fls. 11/13.

Ainda em busca, no dormitório do casal, foi encontrado, dentro de um paletó do acusado, um saco plástico contendo substância que, à análise, resultou tratar-se de cocaína.

Foram apreendidos, no total, 24 gramas da substância; o laudo de constatação encontra-se à fl. 10.

Apurou-se então que o verdadeiro nome do acusado é José Antônio Fernandez Verrier, natural de Havana, filho de Aníbal Fernandez e Berta Verrier; que entrou com a família no Brasil usando passaporte e documentos falsos; que várias vezes entrou e saiu do país, com passaportes falsos; que seus documentos verdadeiros estão retidos nos Estados Unidos, de onde fugiu com a família, por estar sendo criminalmente processado.

Sua última entrada no país deu-se em março do corrente ano, usando passaporte falso com o nome de Juan Cotto Rodriguez.

Sem exercer qualquer ocupação lícita no país, adquiriu o acusado, com dinheiro proveniente do tráfico internacional de entorpecentes, ao qual se dedica, um automóvel Mercedes-Benz, por quinze mil dólares, bem como uma área de duzentos e trinta hectares de terras na praia de Itapipoca, em Fortaleza. Residiu, antes de sua prisão, em um apartamento alugado pela quantia de Cr\$ 500.000,00 cruzeiros mensais.

O documento de fl. 43 nos dá conta de que o acusado responde nos Estados Unidos a diversas acusações por tráfico internacional de entorpecentes.

Provado que guardava consigo e mantinha em depósito considerável quantidade de substância entorpecente, dedicando-se habitualmente ao tráfico internacional, e por usar inúmeros passaportes e outros documentos falsos, tudo conforme descrito no auto de fls. 11/13 e no laudo de fl. 10, denuncio a V. Exa. José Antônio Fernandez Verrier como incurso nas penas dos arts. 12 e 18, I, da Lei Federal nº 6.368, de 21 de outubro de 1976, e arts. 299 e 304, todos c/c art. 51 do Código Penal, requerendo seja recebida esta, e processada a ação penal, até final decisão, quando será condenada nas penas dos delitos que lhe são imputados.

Requer-se ainda, desde já, que da sentença condenatória decorra expressamente a perda em favor da União dos bens aqui adquiridos pelo acusado com o proveito do crime, nos termos do art. 74, II, letra b, do Código Penal.

Requerendo, por fim, a oitiva das testemunhas abaixo arroladas,

P. deferimento.

São Paulo, 19 de abril de 1983».

À fl. 52, o ilustrado Juiz Federal da 2ª Vara, doutor J. Kallás, recebeu a denúncia, proferindo o seguinte despacho:

«1. Recebo a denúncia de fls. 2/3;

2. Designo o dia 2 de maio de 1983, próximo futuro, às 14 horas, para o interrogatório do denunciado, que deverá ser citado e requisitado;

3. Requistem-se as folhas de antecedentes e as informações criminais de praxe, bem como as certidões eventualmente conseqüentes;

4. Defiro o pedido formulado pela zelosa Dra. Procuradora da República, para o bloqueio das

contas bancárias referidas na cota retro;

5. No que tange ao seqüestro de bens, deverá o pedido ser formulado em apartado, nos termos do artigo 129 do Código de Processo Penal».

Com a presença de intérprete é o acusado interrogado (fls. 61/63). Confirma os fatos quanto à apreensão da droga em seu poder, o uso de nomes e passaportes falsos, negando que se entregue ao tráfico de entorpecentes, dizendo-se viciado.

É oferecida defesa prévia (fls. 99/100), em a qual, além de arrolar testemunhas, também requer medidas relativas a seu estado de saúde. Mediante autorização judicial, foi o paciente internado em hospital.

A fl. 114 é saneado o processo e determinado exame da dependência, além de outras providências.

Encontram-se nos autos laudo para exame documentoscópico e exame de dependência (fls. 140/145 e 162/166), além de auto de apreensão, laudos de exame de constatação e de exame de substâncias, entre outros.

Na audiência de instrução e julgamento, ausente o acusado, por motivo de saúde, são ouvidas quatro testemunhas da denúncia e uma oferecida pela defesa (fls. 169/175), logo a seguir debatendo as partes. A acusação sustenta que resultaram provados os fatos narrados na denúncia, quer aqueles respeitantes ao uso de documentos falsos, quer os que se relacionam com o tráfico de entorpecentes, razão por que pede a condenação, nos termos da peça inicial. Já a defesa entende não provados os fatos articulados pela acusação, asseverando que o acusado é dependente da droga apreendida, o que se depreende da pequena quantidade de cocaína. Tais circunstâncias se adaptam ao tipo previsto no art. 16 da lei, diz a defesa, pedindo aplica-

ção do art. 19. Quanto às falsidades documentais, se estende no sentido de demonstrar que não teriam ocorrido, quer falsidade ideológica, quer o uso de documento falso. Culmina com pedido de absolvição, ficando ao elevado critério do MM. Julgador o internamento ou não do acusado.

Em longa e fundamentada sentença, o ilustrado Julgador, invocando o art. 383 do Código de Processo Penal e dando nova definição aos fatos descritos na denúncia, sem prejuízo para a defesa, entendendo ainda que as falsidades cometidas constituíram delito-meio para o ingresso e permanência no território nacional, fraudando a lei de estrangeiros, julgou procedente, em parte, a denúncia, para condenar o réu como incurso nas sanções do art. 16 da Lei nº 6.368 e do art. 309 do Código Penal, combinados com o art. 51, *caput*, do mesmo Código. Fixou as penas, quanto ao art. 16 da lei de tóxicos, em sete meses de detenção e 35 dias-multa; e um ano e dois meses de reclusão e multa de sete mil cruzeiros pela infração do art. 309 do Código Penal.

Inconformado, apelou o Ministério Público Federal, pleiteando a reforma da decisão para condenação do réu nas penas do art. 12 da Lei nº 6.368 e, ainda, no mínimo, nas penas do art. 304 do Código Penal. Apresentou o apelado longas contrarrazões, em que pugna pela confirmação da sentença de primeiro grau. Nesta instância, a douta Subprocuradoria-Geral, em manifestação do ilustrado doutor Valim Teixeira, endossa as razões oferecidas com o apelo.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Leitão Krieger (Relator): Quanto ao exame da prova, destaco da respeitável sentença a seguinte passagem:

«Não resta dúvida que o acusado guardava e trazia consigo, para uso próprio, substância entorpecente, sem qualquer autorização, infringindo assim o disposto no artigo 16 da Lei Antitóxicos. Com efeito, na residência do réu foram apreendidos 24 gramas de cocaína, substância entorpecente incluída no primeiro grupo das substâncias entorpecentes em geral e relacionada na Lista I da Portaria nº 19, de 6 de setembro de 1977, da DIMED/MS.

A materialidade do crime resultou sobejamente demonstrada pelo auto de apresentação e apreensão de fls. 14/16 e pelos laudos de exame de constatação de fl. 13 e de exame em substância de fls. 50/51, que concluíram terem resultados positivos para «cloridrato de cocaína» os testes realizados com a substância apreendida.

Por outro lado, dúvida também não subsiste quanto à autoria, pois parte da substância foi encontrada em um dos bolsos do paletó do réu, no vestibulo anexo ao seu quarto e em sua residência. Também em poder do réu foi apreendido um frasco contendo três gramas de cocaína (auto de apresentação e apreensão de fls. 14/16).

Ademais, valem como confissão as declarações do réu em seu interrogatório judicial. Com efeito, eis o que disse em juízo, textualmente: «que realmente foi apreendido em seu poder um frasco de cocaína; que posteriormente foi apreendido em seu apartamento (sic) um saco plástico contendo também cocaína» e «que adquiriu essas substâncias apreendidas em seu poder de um tal de Luiz Palomares, um cidadão espanhol residente nos Estados Unidos, na Flórida» (fl. 62).

Ao que se vê da respeitável decisão recorrida, repeliu ela a ocorrên-

cia de tráfico internacional, em face da quantidade de droga apreendida. Reconheceu, porém, que o acusado não é dependente.

O art. 37 da Lei de Tóxicos fornece, não de forma exaustiva, mas fornece critérios para caracterização dos crimes nela definidos.

Aplicados tais critérios ao caso, chega-se à conclusão outra que aquela adotada pela respeitável sentença.

No que diz com a quantidade e natureza da droga, 24 gramas de cocaína, não é tal quantidade insignificante, mormente em se considerando o poder tóxico e excitante daquele alcalóide. De outro lado, em se tratando de traficante, já poderia ele, anteriormente à apreensão, ter vendido grande parte de seu estoque.

No que respeita às condições e conduta do acusado, tais circunstâncias também não favorecem a versão da douta sentença. Leia-se o documento de fl. 46:

«Brasília, 29 de março de 1983

Ao Senhor

Dr. Hugo Póvoa da Silva

Diretor,

Divisão de Repressão a Entorpecentes

Departamento de Polícia Federal Brasília-DF.

Prezado Dr. Póvoa:

O escritório do Drug Enforcement Administration (DEA) em Brasília apresenta seus cumprimentos ao Departamento de Polícia Federal do Brasil, Divisão de Repressão a Entorpecentes, e tem o prazer de enviar em anexo uma fotografia e cópia das impressões digitais de José Antônio Fernandez, contra quem foi expedida uma ordem de prisão preventiva pelo Governo do Brasil em 25 de março de 1983.

Fernandez nasceu em Cuba a 13 de junho de 1944 e é portador do passaporte americano nº Z-4433949 em nome de Juan Cotto Rodriguez. Usa também o nome de Antônio Carlos Valez-Vidal. Ele é descrito da seguinte maneira: altura, 5,10 pés; peso 160 libras; cabelo preto, com início de calvície frontal; olhos castanhos; bigode e cavanhaque pretos.

Fernandez, que presume-se residir à Rua Mário Reis, 23, Bairro Morumbi, São Paulo, está sendo processado judicialmente através do termo de denúncia nº 81-106A com treze acusações, proferido em abril de 1981 pela Corte Distrital dos Estados Unidos para o Distrito Leste de Louisiana (New Orleans). A denúncia compreende violações à Lei sobre Substâncias Controladas, pelas quais Fernandez e outros foram presos na Flórida quando financiaram centenas de toneladas de maconha da Colômbia para os Estados Unidos, no período de abril de 1980 a abril de 1981. Posteriormente, Fernandez foi preso na Flórida e evadiu-se após ser libertado sob fiança no valor de 1 milhão de dólares.

O escritório do DEA em Brasília reitera sua disposição de prestar ao Departamento de Polícia Federal do Governo do Brasil qualquer assistência que se torne necessária.

Cordialmente,

W. Michael Aldridge,

Adido».

Ainda mais. Encontrava-se o apelado no País, em situação flagrantemente ilegal, para tanto tendo praticado infração penal. Além disso tudo, como o reconheceu o íntegro Julgador a quo, não se trata de um dependente de drogas.

Essas circunstâncias todas, conjugadas a outros elementos de prova,

a meu juízo, tornam indúvidosa a asserção de que se trata de um traficante internacional de drogas.

Dou, assim, provimento parcial à apelação do Ministério Público Federal, por entender o apelado incurso no art. 12, combinado com o art. 18, inc. I, ambos da Lei nº 6.368, de 21-10-76.

Atendendo às circunstâncias do art. 42 do Código Penal, de certa forma já examinadas acima, fixo a pena em quatro (4) anos de reclusão, com base no mencionado art. 12; mais um terço da mesma, ou seja, um ano e quatro meses, em razão da majorante prevista no referido inciso I do art. 18, ficando, assim, a pena definitiva, em cinco anos e quatro meses de reclusão.

Condeno ainda o apelado ao pagamento de 360 dias-multa, à razão de Cr\$ 250,00 o dia, também com majoração de 1/3, perfazendo um total de Cr\$ 120.000,00, dada sua situação econômica.

Quanto à pena aplicada pelo MM. Julgador a quo, com base no art. 309 do Código Penal, mantenho a respeitável sentença.

Oportunamente, comunique-se a S. Exa., o Sr. Ministro da Justiça, o teor desta decisão.

E o meu voto.

#### VOTO

O Sr. Ministro Carlos Augusto Thi-bau Guimarães (Revisor): Sr. Presidente, ouvi com atenção o voto do ilustre Relator e concordo com S. Exa., que examinou com minúcia toda a prova constante dos autos. A referência feita ao art. 37 da Lei de Tóxicos é importante, porque, de certa forma, S. Exa. se submete ao crivo do seu parágrafo único: O Juiz deverá justificar, em despacho fundamentado, as razões que o levaram à classificação legal do fato, mencionando concretamente as circunstâncias referidas neste artigo.

Ao atender, em parte, ao apelo do Ministério Público, o ilustre Relator considerou todas essas circunstâncias, que o levaram à conclusão de que o acusado não é simplesmente um usuário desse tóxico: há indícios veementes de que se utilizava de todo esse poderio econômico para traficar a cocaína. Deste tráfico se beneficiava, tanto é que sua situação econômica era invejável sob todos os aspectos, tendo até chegado a pagar uma fiança bem vultosa nos Estados Unidos, conforme consta do voto de S. Exa.

Concordo inteiramente com o Sr. Ministro-Relator e dou provimento parcial à apelação.

#### EXTRATO DA MINUTA

ACr nº 6.035-SP — Relator: O Sr. Ministro Leitão Krieger. Revisor: O Sr. Ministro Carlos Augusto Thibau Guimarães. Apte.: Justiça Pública. Apdo.: José Antônio Fernandez Verrier.

Decisão: a Turma, por unanimidade, deu parcial provimento à apelação, nos termos do voto do Relator (Em 30-9-83 — 1ª Turma).

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

#### APELAÇÃO CRIMINAL Nº 6.051 — RJ

Relator: O Sr. Ministro Leitão Krieger

Revisor: O Sr. Ministro Carlos Augusto Thibau Guimarães

Apelantes: Mojmir Chalupa, Magali Cueto Melgar e Marcela Chuchvalec

Apelada: Justiça Pública

#### EMENTA

Penal. Tóxicos. Aplicação da Lei nº 6.368, de 21-10-76.

A mesma conduta criminosa não pode acarretar incidência concomitante nos arts. 12, combinado com o art. 18, III, e 14, todos daquela lei. Inexistente, na espécie, o concurso material.

Sentença que se reforma, em parte, para declarar os réus incurso apenas no art. 12, combinado com o art. 18, III, da Lei nº 6.368. Condenado um dos réus ainda como incurso no art. 309 do Código Penal.

#### 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 parcial aos apelos, nos termos do voto do Relator, na forma do relatório e notas taquigrá-

ficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 18 de outubro de 1983 (Data do julgamento) — Ministro Washington Bolívar, Presidente — Ministro Leitão Krieger, Relator.

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Leitão Krieger: Adoto, em parte, o relatório da respeitável sentença recorrida:

«Mojmir Chalupa, que também se identifica como Michael Peter Kant, Miguel Pedro Kapp e Michael Kapp — qualificado sob a primeira identidade à fl. 97 — Marcela Chuchvalec, que também se identifica como Marcela Kozma, Marcela Chvalsv e Marcela Koxma — qualificada sob a primeira identidade à fl. 103 — e Magaly Cueto Melgar, qualificada à fl. 105, estão sendo processados como incurso nas penas dos arts. 12, 14 e 18, I, da Lei n.º 6.368/76 e o primeiro também como incurso nas penas dos artigos 297, 299 e 304 do Código Penal, a pretexto de que, no dia 13 de abril último, «agentes federais prenderam em flagrante os três denunciados pelo tráfico internacional de entorpecentes e uso de documentos falsos, conforme auto de apresentação e apreensão de fls. 16/17 e laudo de exame de constatação de fls. 18/19. Os dois primeiros denunciados foram presos na Avenida Copacabana n.º 1.085, apto. 312, onde residiam, porque, no interior de uma mala de viagem guardada no único quarto ali existente, os agentes federais encontraram grande quantidade de cocaína além de vários documentos falsos, como passaportes e identidades falsas, utilizados pelo primeiro denunciado. Esta mercadoria apreendida foi adquirida da terceira denunciada Magaly Cueto Melgar. Prosseguindo nas investigações os agentes federais apreenderam na residência da terceira denunciada, Magaly Cueto Melgar, à Avenida Ministro Viveiros de Castro n.º 115, apto. 101, outra grande quantidade de cocaína escondida no interior de um aparelho

de ar condicionado em um dos quartos».

Recebida a denúncia, cujo teor acima se transcreve e que veio instruída com os autos do flagrante pertinente, foram interrogados os acusados, convenientemente assistidos por intérpretes e pelos patronos que então constituíram. Manifestaram-se eles em defesa prévia, oportunidade em que, a par de considerações outras, argüiu o primeiro acusado a incompetência do Juízo, no que foi acompanhado pela segunda, que requereu também «diligência no sentido de o perito esclarecer se a substância apreendida examinada é em forma de pasta ou não». Saneado o feito, com o indeferimento da diligência referida e a remessa dos autos para audiência, esta se fez consoante assentadas de fls. 224/237, 253/265 e 308/327, desdobrada em razão do grande número de testemunhas — tendo as partes tido a oportunidade de se manifestarem em alegações finais, além de terem as defesas produzido petições várias, sob também vários pretextos».

A ilustrada doutora Julieta Lídia Machado Cunha Lunz, da 4.ª Vara/2, Seção do Rio de Janeiro, julgou, em parte, procedente a ação penal, para condenar:

«Mojmir Chalupa como infrator dos artigos 299 do Código Penal e 12, 14 e 18, I, da Lei n.º 6.368/76, em concurso material. Em razão do que, atendendo a que se apresenta o acusado como audacioso traficante internacional de entorpecentes, auferindo, soberbamente, lucros com a autêntica exploração comercial da cocaína, circunstância que se reflete em suas próprias declarações nas quais se evidencia sua ramificação em países da Europa e América, tais como Alemanha, Canadá, Bolívia — estabelecido que é na «rota da co-

caína» — aplico-lhe as penas nos graus máximos, por serem os únicos compatíveis com a gravíssima infração praticada, fixando em cinco anos de reclusão, pela infração do artigo 299 do Código Penal. E pela infração do artigo 12 da Lei nº 6.368/76, aplico-lhe a pena de quinze anos; pela infração do artigo 14 aplico-lhe a pena de dez anos que se elevam de um terço para fixar-se em vinte anos pela infração do artigo 12 e treze anos pela infração do artigo 14, tendo em conta o tráfico com o exterior, circunstância sopesada pelo artigo 18, inciso I, da Lei de Tóxicos. Penas que se somam em cúmulo material para totalizarem trinta e oito anos de reclusão. Aplico ainda ao condenado as multas de 360 dias-multa pela infração do artigo 12; 360 dias-multa pela infração do artigo 14 que se elevam de um terço em razão da agravante do tráfico internacional para fixar-se em 960 dias-multa à razão de duzentos e cinquenta cruzeiros o dia-multa.

Já à segunda ré, Marcela Chuchvalec, atendendo que é co-partícipe, sócia em todos os sentidos dos atos praticados pelo primeiro réu, aplico-lhe pela infração do artigo 12 da Lei de Tóxicos a pena de nove anos de reclusão; já pela infração do artigo 14 da mesma lei, aplico-lhe a pena de seis anos de reclusão, penas que se somam e se elevam de um terço em razão da circunstância agravante do artigo 18, inciso I, da referida lei, para fixar-se em vinte anos de reclusão a pena privativa de liberdade e em 360 dias-multa pela infração do artigo 12, e 360 dias-multa pela infração do artigo 14, para totalizarem 960 dias-multa à razão de duzentos e cinquenta cruzeiros o dia-multa.

Quanto à terceira ré Magaly Cueto Melgar, a quem condeno só por infração do artigo 12 da Lei nº 6.368/76, aplico-lhe a pena de nove

anos de reclusão que reduz de um terço em razão de sua idade, fixando em seis anos de reclusão, além de lhe impor o pagamento de trezentos e sessenta dias-multa à razão de duzentos e cinquenta cruzeiros o dia-multa.

Por derradeiro, a todos os condenados que confessadamente usufruem de forma gananciosa e vil do lucro fácil da desgraça de um número incalculável de cidadãos os quais são levados à degradação física e mental — aplico-lhes a perda em favor da União de quantos bens com eles tenham sido apreendidos, posto resultar demonstrado que tais bens foram obtidos com a prática do nefando comércio da cocaína — isto com base no artigo 74, inciso II, do Código Penal».

Inconformados, recorreram os acusados, sustentando a incompetência da Justiça Federal e a desvalia da prova, a qual não autorizava condenação. Estendem-se em considerações várias, para pugnar pela absolvição. Contra-arrazoou o Ministério Público, pedindo a confirmação da sentença.

Nesta instância, a douta Subprocuradoria-Geral, em manifestação do ilustrado doutor Valim Teixeira, opina também pela confirmação da sentença, aduzindo ainda que a apelação interposta por Marcela Chuchvalec o foi fora de prazo, conforme se verifica às fls. 376/455.

E o relatório.

#### VOTO

O Sr. Ministro Leitão Krieger: A respeitável sentença a quo condenou todos os apelantes nas penas dos arts. 12 e 14 da Lei nº 6.368.

Há quem entenda possível o concurso material, nesse caso. Entretanto, em que pese ao respeito que me merecem opiniões nesse sentido, tenho orientação oposta. Assim pen-

so porque, ou ocorre a infração tipificada no art. 14, ou a do art. 12 da mencionada lei. Uma das causas especiais de aumento da pena, prevista naquele diploma, para as demais infrações nele arroladas, consiste justamente na ocorrência de associação, como estatuído na primeira parte do inciso III do art. 18 da Lei de Tóxicos.

Essa forma qualificada parece se confundir com a infração do art. 14: «Associarem-se 2 (duas) ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 12 e 13 desta lei: Pena — Reclusão, de 3 (três) a dez (10) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa».

De duas, uma; repito: ou os agentes associados praticaram um dos crimes previstos nos arts. 12 e 13 da lei, em sua forma qualificada pelo inciso III do art. 18; ou se associaram para o fim de praticar, reiteradamente ou não, tais crimes. Mas uma coisa parece insuscetível de dúvida: a mesma conduta, a mesma atuação, de forma alguma poderia importar em incorrerem os agentes em ambas as figuras penais, em cúmulo material. Parece-me que o que tem levado a perplexidades no aplicar a lei é o emprego pouco feliz da expressão: «reiteradamente ou não...».

Mas o que é indispensável para que se tenha presente a infração prevista no art. 14 é o dolo específico, claramente exigido no texto com as palavras «para o fim especial de...». Necessário é que essas duas ou mais pessoas se associem, não eventualmente, mas em caráter duradouro, mais ou menos permanente, para desfrutar da exploração de substâncias entorpecentes.

O conjunto de circunstâncias no caso não revela associação prevista no art. 14. E tanto assim é que a respeitável

decisão recorrida entendeu a co-ré Magaly incurra apenas no art. 12, justamente a agente que, segundo confessa à fl. 7, foi quem vendeu cocaína, por duas vezes, ao casal também condenado.

Quanto ao réu Mojmir Chalupa, condenou-o ainda a respeitável decisão nas penas do art. 299 do Código Penal, pois que, sem dúvida, praticou várias falsidades, ao que se vê dos autos.

Mas, necessário é recapitular os fatos. Deu ele ingresso no Brasil sob nome falso, Michael Peter Kant, mediante passaporte falsificado no estrangeiro. Aqui, posteriormente, praticou falsidade perante o Registro Civil, Justiça Eleitoral e Ministério da Justiça, logrando obter passaporte brasileiro, como se tal fosse.

É o momento de lembrar o art. 309 do Código Penal:

«Usar o estrangeiro, para entrar ou permanecer no território nacional, nome que não é o seu: Pena — detenção, de um a três anos, e multa, de quatro mil cruzeiros a dez mil cruzeiros».

Ora, toda aquela atividade delituitosa do réu convergia, após ter ingresado no País sob nome falso, para nele permanecer. Nesse caso merece, pois, aplicação o reproduzido dispositivo daquele Código.

Aceito é, neste Egrégio Tribunal, o entendimento do saudoso Ministro Amálio Benjamin, no sentido de que «o que prepondera, dominando as ações, é o intento de regularizar o ingresso e permanência no Brasil. Por isso mesmo, aplica-se o dispositivo da Constituição abrangedor do fato: Art. 125. Aos Juizes Federais compete processar e julgar... Os crimes de ingresso ou permanência irregular de estrangeiro,...» (Conflito de Jurisdição nº 2.844, publicado no Diário da Justiça de 9-3-77, pág. 1263).

Dentro dessa linha de raciocínio também há vários julgados no sentido de que competente é a Justiça Federal para julgar os crimes de falsidade perante o registro civil, entendendo-se que a infração, no caso, foi praticada pelo estrangeiro com o fito de obter a nacionalidade brasileira.

Tal entendimento, portanto, leva à conclusão de que as falsidades se subsumem no crime de ingresso e permanência irregular de estrangeiro.

Tenho entendimento pessoal no sentido de que, em havendo crime eleitoral, essa Justiça especializada, por força de dispositivo constitucional, chamaria a si o processo de todas as infrações conexas. Mas, ao propósito, quedei-me isolado e, com ressalvas, aplico os princípios adotados pelos vencedores.

Como já disse, todos os atos praticados por aquele réu confluem para os desígnios de que cogita o mencionado art. 309 do Código Penal, infração que absorve as demais.

Estou, como acima disse, em que todos os réus praticaram apenas o crime previsto no art. 12 da Lei de Entorpecentes, em sua forma qualificada pelos incisos I e III do art. 18: tráfico com o exterior e circunstância de decorrer de associação.

Além disso, o primeiro deles praticou também o do 309 do CP.

Se é certo que a impunidade constitui um incentivo ao crime, de outro lado, menos certo não é que a punição excessivamente rigorosa, ao revés de propiciar recuperação do criminoso, antes provoca revolta e má vontade quanto à reeducação. Valendo-me da faculdade posta no parágrafo único do art. 50 do Código Penal, limito-me a um só aumento de pena, no que respeita à infração por todos praticada.

Pelas razões dadas, dou provimento às apelações, no que diz com a imposição de pena calçada no art. 14 da referida lei, por entender os apelantes incursos somente no art. 12. Pelas razões mesmas invocadas na sentença e respeitantes ao art. 42 do Código Penal, fixo a pena, em relação a Mojmir Chalupa e Marcela Chuchvalec, em quatro (4) anos de reclusão, a qual aumento de um terço, ou seja, um ano e quatro meses, com o que fica fixada a pena definitiva em cinco anos e quatro meses de reclusão, para cada um deles. Alegou a douta Subprocuradoria-Geral que o recurso desta última ingressou fora do prazo. Entretanto, mesmo assim, é de aplicar-se o disposto no art. 580 do CPP. Quanto à ré Magaly Cueto Melgar, consideradas as ponderações da respeitável decisão recorrida, especialmente sua menoridade, fixo a pena mínima, isto é, três (3) anos de reclusão, também aumentada de um terço, com o que fica condenada a quatro anos de reclusão. Quanto às penas de multa, confirmo aquelas fixadas na decisão recorrida, atentas as condições financeiras que parecem ostentar os réus.

Ainda quanto a Mojmir Chalupa, desclassifico a outra infração porque foi condenado no art. 309 do Código Penal. E dado o intenso dolo com que agiu, não trepidando em usar de fraudes de todo o gênero, no País e no estrangeiro, para lograr seus desonestos propósitos, fixo a pena definitiva, quanto a essa infração, em dois (2) anos de detenção, mais a multa de dez mil cruzeiros, além daquela acima imposta.

Quanto ao efeito da condenação, redundante na perda dos bens ou valores cujo proveito tenha sido auferido pelos réus com a prática dos atos criminosos, será problema a ser provocado, pelos meios legais, pelo diligente Ministério Público Federal.

É o meu voto.

## VOTO

O Sr. Ministro Carlos Augusto Thibau Guimarães (Revisor): Como bem acentuou o eminente Relator, há que se dar provimento parcial às apelações de modo a que, na dosimetria das penas se faça uma aplicação justa da lei penal.

Em primeiro lugar, estou com o Relator no entendimento de que seria uma demasia a aplicação cumulativa das penas previstas nos artigos 12 e 14 da Lei de Entorpecentes, posto que implicaria em bis in idem tal cumulação.

Por outro lado, há que se guardar uma certa simetria na dosagem das penas impostas aos dois primeiros acusados, parecendo-me, também, exagerada a pena imposta ao 1º, comparativamente à 2ª, no tocante ao entorpecente.

Quanto à perda, em favor da União Federal, dos bens dos acusados, observe-se que o artigo 74 do Código Penal estabelece tal providência como efeito da condenação desde que sejam:

1º) instrumentos do crime, se o uso, alienação, porte ou detenção constituir fato ilícito;

2º) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua

proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso.

A sentença, nesse ponto, deveria ter discriminado os bens que seriam confiscados ou, então, omitido tal circunstância, que é uma consequência da condenação e não a própria pena, deixando para a execução a tarefa, já que não se trata de confisco aplicado como medida da segurança prevista nos artigos 100 do CP e 799 do CPP

Com essas observações, acompanho o Relator.

E o meu voto.

## EXTRATO DA MINUTA

ACr nº 6.051-RJ — Relator: O Sr. Ministro Leitão Krieger. Revisor: O Sr. Ministro Carlos Augusto Thibau Guimarães. Aptes.: Mojmir Chalupa, Magaly Cueto Melgar e Marcela Chuchvalec. Apda.: Justiça Pública.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento parcial aos apelos, nos termos do voto do Relator. (Em 18-10-83 — 1ª Turma).

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

## CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 3.758 — RJ

Relator: O Sr. Ministro Moacir Catunda

Suscitante: Ministério Público

Suscitados: Juízo de Direito da 4ª Vara Cível de São Gonçalo, RJ, Juízo Federal da 8ª Vara-RJ

Partes: União Federal e Pedreira Marília Ltda.

## EMENTA

1º. Constitucional e processual.

Compete ao TFR julgar conflitos de competência entre Juiz Federal e Juiz sujeito a outros tribunais, no âmbito da sua jurisdição, sendo indiferente o va-

lor da causa propiciadora do dissídio sobre competência. Constituição, art. 122, I, e.

2º. Execução fiscal. Competência relativa. Prorrogação. CPC de 1939, art. 148, I, CPC de 1973, art. 114.

Face à ordem de citação, e penhora, e porque a devedora não excepcionou o Juízo, nem o foro, firmou-se a competência do Juiz Federal, por prorrogação, não sendo razoável o ato de recusa, editado anos depois. Conflito procedente, proclamando-se a competência do Dr. Juiz Federal, suscitado.

### ACÓRDÃO

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

Decide a Segunda Seção do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, preliminarmente, conhecer do conflito, e, no mérito, julgar procedente, para declarar competente o Juízo Federal da 8ª Vara da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, suscitado, 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 Moacir Catunda, Presidente e Relator.

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Moacir Catunda: Trata-se de conflito de competência entre Juiz Estadual e Juiz Federal, suscitado pelo órgão do Ministério Público Estadual, nos autos do executivo fiscal ajuizado pela Fazenda Federal, perante o Juiz de Direito dos Feitos da Fazenda Pública, em Niterói, contra Pedreira Marília Ltda., em 26 de abril de 1967, para cobrança do débito do valor originário de Cr\$ 1.479,45.

A parte medular da petição com a qual o órgão do Ministério Público Estadual suscitou o conflito é do teor seguinte:

«A Fazenda Nacional, representada pelo Dr. Procurador da República, ajuizou na Vara dos Feitos da Fazenda Pública, hoje 8ª Vara Federal, em Niterói, a presente execução fiscal contra Pedreira Marília Ltda., com endereço no Caminho do Honório 334, Colubandê — S. Gonçalo.

Citada, a executada solicitou o parcelamento do débito (fl. 11), e após a confecção das guias de parcelamento e penhora dos bens para garantir a execução, foram avaliados os bens penhorados (fl. 52).

Vindo aos autos, a executada pede que seja oficiado à Delegacia da Receita Federal em Niterói, RJ, da garantia oferecida, com a penhora dos bens executados, garantindo o débito existente (fl. 48).

Evidentemente, em nenhuma oportunidade em que se pronunciou nos autos, a executada excepcionou o Juízo da 8ª Vara.

Desta forma, segundo o art. 114 do CPC «prorroga-se a competência, se o réu não opuser exceção declinatoria do foro e de Juízo, no caso e prazo legais.»

In casu, não se tratando de incompetência absoluta, mas de incompetência relativa, não pode o Dr. Juiz de ofício, sem que a parte ou Ministério Federal o provoque, declará-la, como o fizera através

da decisão mimeografada de fls. 59/60.

Desta forma, face as razões expendidas, espera o Ministério Público Estadual, a procedência da presente arguição, a fim de ser declarada a incompetência do Juízo da 4ª Vara Cível da Comarca de São Gonçalo e competente o Juízo da 8ª Vara Federal — Seção do Estado do Rio de Janeiro, em Niterói.»

A douta Subprocuradoria-Geral da República, em parecer da lavra do Dr. Arnaldo Setti, aprovado pelo Dr. Geraldo de Andrade Fonteles, Subprocurador-Geral da República, forte nos argumentos do suscitante, opina pela determinação da competência do Juiz Federal, suscitado.

É o relatório.

#### VOTO PRELIMINAR

O Sr. Ministro Moacir Catunda: A dívida do valor de Cr\$ 1.479,45, nos autos de cuja execução suscitou-se o conflito, acha-se extinta pelo Decreto-Lei nº 1.493-81, art. 4º, que manda arquivar os respectivos processos, nas varas de origem.

O disposto nas Leis 6.825/80, art. 4º, 6.830/80, art. 34, de que das sentenças de primeira instância proferidas em execuções de valor igual ou inferior a 50 ORTNs, só se admitirão embargos infringentes e de declaração perante o próprio Juízo recorrido, na verdade suprimiu a competência do TFR, para julgar recursos de sentenças que tais.

Conflito de competência, no entanto, não é recurso processual no sentido técnico, e sim instituto com vista a definir a competência dos juizes para julgar causas, sem limitação do respectivo valor.

A competência do Tribunal Federal de Recursos para processar e julgar, originariamente, os conflitos de jurisdição entre os juizes federais a

ele subordinados e entre juizes subordinados a tribunais diversos, decorre da Constituição, art. 122, I, e, STF, na RTJ, vol. 84, pág. 385.

Por estes motivos, o voto preliminar é conhecendo do conflito.

#### VOTO MÉRITO

O Sr. Ministro Moacir Catunda: No mérito, considerando que se trata de competência relativa e porque a executada não interpôs exceção declinatória do foro, e do Juízo, no prazo legal, ou fora dele, entendo que, em decorrência do despacho de citação, seguido da efetivação da penhora, firmou-se a competência do Dr. Juiz Federal, por prorrogação, não sendo razoável o ato de recusa, editado anos depois e que suscitou o presente conflito, CPC de 1939, art. 148, I e CPC de 1973, art. 114, — como elucidada o parecer da Subprocuradoria-Geral da República, a que me reporto.

Por estes suscintos motivos, conhecimento do conflito, e o julgo procedente, para declarar competente o Dr. Juiz Federal, suscitado, com vistas a declaração de extinção do processo, e seu arquivamento.

#### EXTRATO DA MINUTA

CC nº 3.758-RJ — Rel.: Min. Moacir Catunda. Partes: União Federal e Pedreira Marília Ltda. Suscte.: Ministério Público. Suscdos.: Juízo de Dir. da 4ª Vara Cível de São Gonçalo-RJ e Juízo Federal da 8ª Vara-RJ.

Decisão: «Preliminarmente, a Seção, por unanimidade, conheceu do conflito, e, no mérito, julgou-o procedente, para declarar competente o Juízo Federal da 8ª Vara da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, suscitado.» (Em 20-9-83 — 2ª Seção).

Participaram do julgamento os Srs. Mins. Torreão Braz, Wilson

Gonçalves, Bueno de Souza, Sebastião Reis, Miguel Ferrante, Pedro Acioli, Américo Luz, Antônio de Pádua Ribeiro, Geraldo Sobral e Armando Rollemberg.

Ausente, por motivo justificado, o Sr. Min. Carlos Mário Velloso.

Presidiu o julgamento o Sr. Min. Otto Rocha.

### CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 5.034 — DF

Relator: O Sr. Ministro Washington Bolívar de Brito

Suscitante: Juiz de Direito da 2ª Vara Cível de Brasília-DF

Suscitado: Juiz Federal da 3ª Vara-DF

Partes: Tapiraguaia S.A. — Agrícola e Pecuária, Fundação Nacional do Índio — FUNAI

#### EMENTA

Constitucional. Competência. FUNAI e União Federal. Ação possessória. Competência da Justiça Federal.

1. Proposta ação possessória contra a FUNAI, na qual a União Federal manifestou seu pleno interesse, porque as terras questionadas seriam ocupadas por silvícolas, a competência é da Justiça Federal.

2. Conflito julgado procedente.

#### ACÓRDÃO

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

Decide a Primeira Seção do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, conhecer do conflito e o julgar procedente, para declarar a competência do MM. Juiz Federal da 3ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 14 de dezembro de 1983 (Data do julgamento) — Ministro Lauro Leitão, Presidente — Ministro Washington Bolívar de Brito, Relator.

#### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Washington Bolívar de Brito: Tapiraguaia S.A. Agrícola

e Pecuária, companhia sediada em Luciara, Estado de Mato Grosso, alegando que partes de suas terras foram invadidas pelos índios Tapirapés, propôs contra a FUNAI ação de manutenção de posse ante Juiz Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal.

A Procuradoria da República, chamada a manifestar-se sobre a competência da Justiça Federal, emitiu parecer, demonstrando que a situação comportava o entendimento de que se deveria encaminhar o feito ao Egrégio Supremo Tribunal Federal, porquanto envolvia litígio entre a União e o Estado de Mato Grosso, que alienara as terras à autora, quando tais terras, por serem ocupadas por silvícolas, eram do domínio da União — invocando o art. 119, I, d, da Constituição (fls. 79/83), contra o que se insurgiu a empresa proponente da possessória (fls. 85/87).

O MM. Juiz Federal, entretanto, declinou de sua competência para uma das Varas da Justiça comum do Distrito Federal, ao argumento de que as ações propostas contra Fundações não se inscrevem no âmbito da Justiça Federal — CF, art. 125 (fl. 88).

O MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Cível do Distrito Federal determinou a citação da FUNAI e a intimação da União Federal, para que se manifestasse, tendo em vista o disposto no art. 63, da Lei nº 6.001, de 1-12-73 (fls. 92/94).

O rep. do Ministério Público Federal (fl. 98) reiterou seu pronunciamento anterior, declarando, assim, que o MM. Juiz de Direito era, por igual, incompetente para processar o feito, devendo suscitar-se conflito para este Tribunal.

A FUNAI contestou a causa e reafirmou que as terras pertencem à União (art. 4º, item IV, da CF; fls. 100/115).

O Juiz de Direito declinou, então, de sua competência, por ser a União litisconsorte, segundo resulta expresso dos arts. 36, parágrafo único, e 63, da Lei nº 6.001, de 1973, suscitando o presente conflito (fls. 144/145).

A douta Subprocuradoria-Geral da República, em parecer firmado pelo Dr. Raimundo Francisco Ribeiro de Bonis e subscrito pelo Dr. Paulo Sollberger, considerando que a questão possessória está fundada em alegação recíproca de domínio, pelas partes, e como a autora afirma haver adquirido as terras questionadas do Estado de Mato Grosso, enquanto a ré argúi a ineficácia de tais títulos, entende que há litígio subjacente entre a União e aquele Estado, motivo pelo qual competiria ao Eg. Supremo Tribunal Federal o deslinde relativo à competência, a teor do disposto no art. 119, item I, d, da Constitui-

ção, para o qual os autos deveriam ser remetidos (fls. 153/156).

É o relatório.

### VOTO

O Sr. Ministro Washington Bolívar de Brito (Relator): Preliminarmente, conheço do conflito, pois estou em que a competência para decidi-lo, na posição em que atualmente se encontra a causa, é do Tribunal Federal de Recursos, tendo em vista o disposto no art. 122, I, alínea e, da Constituição, e não do Eg. Supremo Tribunal Federal.

Trata-se de ação possessória, proposta contra a FUNAI, na qual a União Federal manifestou seu pleno interesse, porque as terras questionadas seriam do seu domínio, pois ocupadas por silvícolas. O acenado litígio subjacente entre a União e o Estado de Mato Grosso, que teria alienado tais terras à autora da possessória não pode ser considerado, por enquanto, *data venia*. Para que se estabelecesse tal litígio, necessário seria que o Estado de Mato Grosso, eventualmente chamado à lide, declarasse que tais terras seriam do seu domínio, e por isso as alienou, e não da União.

Por enquanto, discute-se, numa possessória (manutenção), ainda que a título de domínio, entre a empresa e a FUNAI, esta com a assistência da União.

A competência da Justiça Federal, no mérito, é patente, ante o evidente interesse da União, manifestado por seu representante legal, estabelecendo-se o litisconsórcio passivo, aliás necessário, na espécie.

É o caso, portanto, de aplicação da Súmula nº 14, do TFR, entendida a *contrario sensu*.

Não se há de enviar ao Eg. Supremo Tribunal Federal para deslindar questão em que, hipoteticamente,

conflitariam os interesses da União com os de um Estado-Membro. Ademais, se esse Estado, ao que se diz, alienou essas terras e se elas, de fato, não lhe pertenciam, ao fazê-lo, responderia pelo vício da evicção, a deduzir-se em ação própria, pela empresa contra o Estado de Mato Grosso. Nada existe, de concreto, quanto à ingerência do Estado-Membro no presente processo possessório.

Ante todo o exposto, preliminarmente, conheço do conflito e o julgo procedente, para declarar competente o MM. Juiz Federal da 3ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, o suscitado.

É o meu voto.

#### EXTRATO DA MINUTA

CC nº 5.034-DF — Rel.: O Sr. Min. Washington Bolívar de Brito. Susc-

te.: Juiz de Direito da 2ª Vara Cível de Brasília-DF. Suscdo.: Juiz Federal da 3ª Vara-DF. Partes: Tapiraguaia S.A. — Agrícola e Pecuária e Fundação Nacional do Índio — FUNAI.

Decisão: A Seção, por unanimidade, conheceu do conflito e o julgo procedente, para declarar a competência do MM. Juiz Federal da 3ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal. (Em 14-12-83 — 1ª Seção).

Os Srs. Ministros William Patterson, Adhemar Raymundo, José Cândido, Flaquer Scartezini, Costa Lima, Leitão Krieger, Hélio Pinheiro, Carlos Thibau, Carlos Madeira e Gueiros Leite votaram de acordo com o Sr. Ministro-Relator. Não participou do julgamento o Sr. Ministro Jarbas Nobre. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Lauro Leitão.

#### CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 5.370 — CE

Relator: O Sr. Ministro Antônio Torreão Braz

Suscitante: Juízo Federal da 2ª Vara-CE

Suscitado: Juízo Federal da 1ª Vara-CE

Partes: Superintendência Nacional da Marinha Mercante e Casemiro Filho Indústria e Comércio S.A.

#### EMENTA

##### SUNAMAM.

Execuções visando a cobrança de Adicional ao Frete para Renovação da Marinha Mercante, relativo a manifestos de carga diversos.

Ausência de conexão, não se justificando a aplicação do art. 106 do CPC.

Conflito de competência julgado procedente.

#### ACÓRDÃO

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

Decide a Segunda Seção do Tribunal Federal de Recursos, por unani-

midade, julgar procedente o conflito, para declarar competente o Juízo da 1ª Vara-CE, o suscitado, 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 setembro de 1983.  
(Data do julgamento) — Ministro  
Otto Rocha, Presidente — Ministro  
Antônio Torreão Braz, Relator.

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Antônio Torreão Braz: Na execução promovida pela SUNAMAM contra «Casemiro Filho, Indústria e Comércio S.A.» (Processo nº 056/82), o Dr. Juiz Federal da 1ª Vara do Ceará declinou da sua competência, porque ação idêntica, entre as mesmas partes, fora distribuída anteriormente ao titular da 2ª Vara.

Este, recebendo os autos, suscitou o presente conflito negativo, aduzindo no ofício encaminhado ao Ministro Presidente deste Eg. Tribunal:

«São três os títulos em execução nesse feito:

- a) manifesto de carga de junho de 1979 (doc. nº 4);
- b) manifesto de carga de 2 de março de 1982 (doc. nº 5);
- c) manifesto de carga de 27 de março de 1982 (doc. nº 6).

Na segunda execução, o Diretor de Secretaria da 1ª Vara deu, à fl. 18, informação de que o bem nele penhorado teria sido objeto de penhora, na primeira, deste Juízo (doc. nº 7). O MM. Dr. Eustáquio Nunes da Silveira mandou, então, redistribuir o processo para o Juiz 2 da 2ª Vara, e remeteu-me os autos (docs. nºs 8 e 9)».

A seguir, repele a sua competência, dentre outras razões porque, «diversos os títulos sobre os quais se fundam as lides, a simples identidade de partes é insuficiente para gerar a conexidade (Código de Processo Civil, art. 103), ou determinar sua reunião, não se tratando de execuções fiscais e na falta, ademais, de

pedido das partes (Lei nº 6.830, de 22-9-80, art. 28)».

A ilustrada Subprocuradoria-Geral da República, em parecer do Dr. Wagner Gonçalves, aprovado pelo Dr. José Arnaldo Gonçalves de Oliveira, opinou pela competência do Juiz suscitado (fls. 18/20).

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Antônio Torreão Braz (Relator): Não se trata aqui de prorrogação de competência por ato das partes, mas por força da lei, hipótese em que o Juiz pode declarar de ofício a sua incompetência.

Reza o art. 106 do CPC que, correndo em separado ações conexas perante juízes que têm a mesma competência territorial, considera-se prevento aquele que despachou em primeiro lugar.

O ilustre Juiz suscitante realmente se antecipou ao suscitado no particular.

Todavia, salvo engano de minha parte, não vejo caracterizada na espécie a conexão.

Consoante o art. 103 da lei processual, reputam-se conexas duas ou mais ações, quando lhes for comum o objeto ou a causa de pedir.

Objeto, como todos sabem, é o bem que se pretende obter com a sentença. Se as diversas demandas visam ao mesmo bem, o objeto será comum.

A causa de pedir diz com o fato jurídico que serve de suporte à ação. Destarte, nos termos da lição de Liebman, duas demandas têm em comum a causa petendi quando derivam da mesma relação jurídica.

No caso sub judice, a ver pela afirmação do Dr. Juiz suscitante, as

execuções fiscais assentam em manifestos distintos, correspondente cada qual a uma viagem autônoma, sem vinculação com as demais (Cód. Comercial, art. 466, inciso IV), daí resultando a diversidade da causa petendi e do objeto da ação.

É certo que, em se tratando do mesmo credor e do mesmo devedor, seria admissível a reunião dos processos, com a redistribuição de todos ao Juízo da primeira distribuição, a despeito da ausência da conexidade. Tal providência, entretanto, não pode ser ordenada ex officio pelo Juiz, condicionada como está à manifestação da vontade das partes (Lei nº 6.830, de 22-9-80, art. 28).

Isto posto, julgo procedente o conflito e declaro competente o Dr. Juiz Federal da 1ª Vara do Ceará, suscitado.

#### EXTRATO DA MINUTA

CC nº 5.370-CE — Rel.: O Sr. Min. Torreão Braz. Suscte.: Juízo Federal da 2ª Vara-CE. Suscdo.: Juízo Federal da 1ª Vara-CE. Partes: Superintendência Nacional da Marinha Mercante e Casemiro Filho Indústria e Comércio S.A.

Decisão: A Seção, por unanimidade, julgou procedente o conflito, para declarar competente o Juízo Federal da 1ª Vara-CE, o suscitado. (Em 13-9-83 — 2ª Seção).

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

#### HABEAS CORPUS Nº 5.367 — RS

Relator: O Sr. Ministro Otto Rocha  
 Impetrantes: Mário Mello Freire e outro  
 Impetrado: Juízo Federal da 3ª Vara-RS  
 Paciente: Alberto Felipe Haddad

#### EMENTA

Habeas corpus. Denúncia.

Ordem impetrada com o objetivo de se declarar inepta a denúncia por ter classificado erroneamente conduta delituosa resultante de venda fictícia de destilado de vinho.

O Juiz, durante a instrução, pode modificar a classificação penal contida na denúncia, sem que isso importe em torná-la inepta (art. 383 do CPP).

Arguição de prescrição repelida, porque incoerente.

Ordem denegada.

#### ACÓRDÃO

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

Decide a 1ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, denegar a ordem, na forma do relatório e notas taquigráficas constan-

tes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 22 de junho de 1982 (Data do julgamento) — Ministro Lauro Leitão, Presidente — Ministro Otto Rocha, Relator.

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Otto Rocha: Os Bacharéis Mário Mello Freire e Plínio Darci de Barros requereram, **habeas corpus** em favor de Alberto Felipe Haddad que foi denunciado como incurso nos arts. 172, c/c o art. 51, § 2º (expedição de duplicata simulada — crime continuado); 299, c/c o art. 51, 2º (falsidade ideológica — crime continuado) todos do Código Penal; 168 do mesmo Código c/c a letra b do art. 11 da Lei Federal nº 4.357/64 e art. 25 do CP (apropriação indébita de tributos em co-autoria); e art. 1º, II, da Lei nº 4.729/65 c/c o art. 25 do CP (sonegação, fraude fiscal também em co-autoria).

Descreve a denúncia que no período entre 1973/1974, a «Vinhos Luiz Antunes S.A.» registrou em sua escrita notas fiscais de favor, emitidas com as respectivas faturas/ duplicatas pela «Comércio de Produtos Canavieiros Ltda.», da qual o paciente era sócio majoritário e representante legal, duplicatas essas devidamente aceitas pelo sacado no valor de Cr\$ 1.952.100,00, por vendas fictícias de destilado de vinho. Com isso, a fábrica de vinhos creditou-se indevidamente por Cr\$ 506.100,00, relativos ao IPI, crédito a que faria jus se de fato houvesse adquirido de São Paulo o produto referido nas notas fiscais.

Sustentam os impetrantes a existência de um crime único imputável ao paciente, o de sonegação fiscal, previsto no Dec.-Lei nº 4.729, de 1965, posto que os meios utilizados para conseguir a fraude constituem ape-

nas elementos do crime-fim. Afirmando, afinal, que, além de não ter havido fraude, por ter sido a mercadoria efetivamente remetida, a ação penal estaria prescrita, nos termos do art. 109, V. do CP.

Pretendem, através da presente ordem, seja declarada inepta a denúncia, por excesso de acusação e extinta a punibilidade pela prescrição.

Solicitadas informações, prestou-as a digna autoridade coatora à fl. 19, ilustradas pelas peças de fls. 20/43.

Nesta instância, a douta Subprocuradoria opinou pelo indeferimento do «writ», em Parecer emitido às fls. 45/47.

É o relatório.

### VOTO

O Sr. Ministro Otto Rocha (Relator): Sr. Presidente: a denúncia de fls. 10/14 aponta o paciente como incurso nas penas dos artigos 172 (expedição de duplicata simulada), c/c o art. 51, § 2º (crime continuado); 299 (falsidade ideológica), c/c o art. 51, § 2º (crime continuado); 168 (apropriação indébita), todos do CP, combinado com a letra b, do art. 11, da Lei nº 4.357/64 e com o art. 1º, II, da Lei nº 4.729/65; e, finalmente, c/c o art. 25 do estatuto penal.

É o que se lê à fl. 13:

«Assim, pela emissão de duplicatas simuladas (fls. 31/60), Alberto Felipe Haddad, representante legal de «Comércio de Produtos Canavieiros Ltda.», cometeu o crime do art. 172, c/c o art. 51, § 2º do Código Penal, pela emissão de «guias de livre trânsito,» sem correspondência ao efetivo despacho de mercadorias, cometeu o crime do art. 299 c/c o § 2º do art. 51, ambos do Código Penal; por haver concorrido, mediante a emissão de notas

frias, para que a firma de Caxias se creditasse indevidamente pelo IPI incidente sobre vendas supostas de destilado de vinho, cometeu o crime do art. 168 do Código Penal, combinado com a letra b do art. 11 da Lei nº 4.357/64, e com o art. 25 do Código Penal; por haver concorrido, também pela emissão de notas frias, para que a «Vinhos Luiz Antunes S.A.», sonegasse à tributação do IPI a aquisição de destilado de outra origem, sem documentação, cometeu o crime do art. 1º, II, da Lei nº 4.729/65 combinado com o art. 25 do Código Penal.»

O primeiro fundamento da impeção argumenta que a denúncia é inepta, porquanto classificou erroneamente a conduta delituosa, de vez que o único crime imputável ao paciente «outro não podia ser senão o de sonegação fiscal (fraude) — Lei nº 4.729», pois «o que se procurou investigar, comprovar e punir, no caso do negócio de compra e venda entabulado pelas firmas Comércio de Produtos Canavieiros Ltda. e Vinhos Luiz Antunes S.A, foi uma evasão fiscal ilícita».

Neste particular, não assiste razão ao impetrante.

A doutrina e a jurisprudência são acordes no tocante à inépcia da denúncia oferecida, quando esta omite as circunstâncias em que ocorreu o fato criminoso.

«Denúncia — É inepta a que não especifica, nem descreve, ainda que sucintamente, os fatos criminosos atribuídos a dois acusados, limitando-se à referência a outra peça dos autos» (RHC nº 48.283, STF, 1ª Turma, Relator, o saudoso Ministro Aliomar Baleeiro, in «RTJ», vol. 57, págs. 389/391).

«Denúncia — Inépcia — Habeas corpus — Estelionato. Co-Autoria.

Denúncia que narra fato penalmente típico, com todas as suas circunstâncias, e dá, em termos claros e precisos, a participação de cada réu no evento criminoso.

Alegação de inépcia que se repele.

É de afastar-se, por outro lado, a idéia de falta de justa causa quando a peça acusatória, além dos requisitos acima alinhados, tem suporte em inquérito policial e administrativo, não resultando de ato de puro arbítrio do Ministério Público.

Habeas corpus denegado» (HC 4.675 — RJ, Rel.: Min. Torreão Braz, in «Ement. Jurisp. do TFR», nº 9, pág. 54).

Esta, exatamente, a hipótese dos autos, onde a denúncia descreve, minuciosamente, os fatos delituosos imputados ao ora paciente e todos estes fatos encontram suporte nas fases administrativa e policial.

Demais disso, segundo autoriza o art. 383 do CPP.

«O juiz poderá dar ao fato definição jurídica diversa do que constar da queixa ou da denúncia, ainda que, em conseqüência, tenha de aplicar pena mais grave».

Como se vê, pode o juiz, durante a instrução, modificar a classificação penal contida na denúncia, sem que isso importe em declaração de inépcia da mesma.

É o que também tem entendido o Tribunal, como faz certo a decisão proferida nos autos do HC nº 4.703 — CEARÁ, Relator: Ministro Aldir G. Passarinho, em Acórdão com a seguinte ementa:

«Habeas corpus.

Caracterizado na denúncia ilícito criminoso, cuja prática é atribuída ao paciente, com elementos descritivos necessários, não é de se ter a

denúncia como inepta ou inexistir justa causa para a ação penal.

A tipificação penal da denúncia, não sendo a melhor, poderá ser corrigida posteriormente, não havendo, por isso, igualmente, ser ela tida como inepta.

Tratamento diverso que possa ser dado pela Polícia a acusado de outro ilícito, igual, não justifica deixe de ser promovida a ação penal contra o denunciado. Além disso, há falta de prova de existir tal identidade de situações» (ac. pub. no DJ de 16-10-80).

A outra censura à denúncia é a de que: se crime tivesse ocorrido, seria unicamente o de sonegação fiscal, estando o mesmo prescrito, nos termos do art. 108, inc. IV, do CP, porquanto os fatos em questão se deram no período de 1973/1974.

Aqui, também, não assiste razão ao impetrante, pois descreve a denúncia:

«Além disso, no período de agosto de 1975 a janeiro de 1978, a firma Caxias deixou de recolher aos cofres públicos o valor correspondente ao Imposto sobre Produtos Industrializados incidente sobre suas transações, num total, à época, de Cr\$ 2.479.419,82:

E continua a peça acusatória:

«Está evidente que os valores do IPI que deixaram de ser recolhidos aos cofres públicos foram pelos denunciados utilizados em fins diversos de sua destinação legal (art. 2º do Decreto-Lei nº 326/67). Embora a decisão do 2º Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda prolatada em 31 de julho de 1980, nos autos do Processo 1.020-50.815/78, lhes haja sido inteiramente contrária, o débito não foi saldado pelos denunciados (fls. 111 e 113/119).

De outra parte, os valores indevidamente creditados, por não cor-

respondentes a efetivas operações de compra e venda, deixaram de ser recolhidos nos prazos estabelecidos pelo art. 11, letra b da Lei nº 4.357/64».

Neste passo, não há que se falar em extinção da punibilidade pela ocorrência da prescrição; pois esta, em verdade, ainda não se verificou.

Os fundamentos da impetração e os doutos subsídios prestados da tribuna pelo ilustre patrono do paciente, com a vênia devida, não me convenceram a conceder o habeas corpus.

Ante o exposto, denego a ordem.

É o meu voto.

#### VOTO

O Sr. Ministro José Pereira de Paiva: Sr. Presidente, quando da leitura do relatório e voto do Ministro-Relator, Ministro Otto Rocha, e quando da defesa oral produzida da Tribuna, pelo eminente advogado dos pacientes e, também, após as explicações e a defesa oral do eminente Dr. Procurador da República, tomei algumas notas sobre os fatos que antecederam o presente habeas corpus.

Verifiquei, todavia, que em espécie idêntica, julgada nesta Egrégia Turma — Habeas Corpus nºs 5.239 e 5.170 — de que fui Relator, espousei tese no mesmo sentido da do eminente Ministro Otto Rocha. Não tenho aqui anotado, mas ainda está bem presente na memória de todos os habeas corpus que julgamos, mais ou menos parecido com este, do famoso Argos Center, em que fui vencido, como Relator.

Todavia, nos demais habeas corpus requeridos, em que fui Relator, tive o mesmo entendimento agora externado pelo eminente Ministro Otto Rocha. Leio as ementas: (lê)

Descritas na denúncia mais de uma infração, atribuídas ao paciente, inviável o pretendido truncamento da ação penal, ainda que, em relação a uma delas, a peça acusatória não seja suficientemente clara, quanto a sua participação.

Os fatos exigem a apreciação aprofundada das provas, o que impossível através da via excepcional do *habeas corpus*.

Também os antecedentes do paciente não recomendam a sua liberdade provisória.

Ordem denegada.

No presente caso, sobretudo em que o processo corre normalmente, ao Juiz é dado, antes da sentença final, ou dar nova definição jurídica dos fatos penais descritos na denúncia, ou absolver os pacientes da imputação feita na denúncia.

Com esse entendimento, acompanho o voto do eminente Ministro-Relator.

Denego a ordem.

#### EXTRATO DA MINUTA

HC nº 5.367-RS — Rel.: O Sr. Min. Otto Rocha. Imptes.: Mário Mello Freire e outro. Impdo.: Juízo Federal a 3ª Vara-RS. Pacte.: Alberto Felipe Haddad.

Decisão: A Turma, por unanimidade, denegou a ordem. Sustentaram, oralmente, o Dr. José Luiz Clerot e o Dr. Subprocurador-Geral Paulo André Fernando Sollberger (Em 22-6-1982 — 1ª Turma).

Os Srs. Ministros Pereira de Paiva e Lauro Leitão votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Lauro Leitão.

#### HABEAS CORPUS Nº 5.758 — DF

Relator: O Sr. ministro Pedro da Rocha Acioli

Impetrante: Pedro Luiz Leão Velloso Ebert

Impetrado: O Sr. Ministro Otto Rocha

Paciente: Geraldo Santana de Oliveira

#### EMENTA

Processual penal. Competência. Habeas corpus contra ato de Ministro do TFR.

Pedido de que se não conhece, remetendo-o ao conhecimento do STF, com ressalva do ponto de vista do Relator.

#### ACÓRDÃO

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 e remetê-lo ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal, na forma do relatório e

notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 1-12-83 (Data do julgamento) — Ministro José Fernandes Dantas, Presidente — Ministro Pedro da Rocha Acioli, Relator.

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Pedro da Rocha Acioli: Cuida-se de pedido de habeas corpus impetrado por Pedro Luiz Leão Velloso Ebert em favor do cidadão Geraldo Santana de Oliveira, Juiz classista do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. O impetrante indicou na inicial, como autoridade coatora, a «Justiça Pública — Ministério Público Federal». Em atenção ao despacho de fl. 10, emendou-se a petição, declarando-se como autoridade coatora o Sr. Ministro Otto Rocha, na qualidade de Relator da Representação nº 42-SP, em que o ora paciente figura como representado, sendo-lhe (a este) imputada a prática do crime tipificado no art. 299 do Código Penal.

O fundamento da impetração reside na alegação de prescrição da pretensão punitiva, pela pena in abstrato, conforme o aduzido nas razões de fls. 3/6: (lê)

O eminente Ministro Otto Rocha prestou as informações de fls. 15/16, verbis:

«Em atenção aos termos do OF nº 3.072/83-SbP, de 6 de outubro de 1983, presto a V. Exa. as informações necessárias à instrução do Habeas Corpus nº 5.758-DF (Reg. 5.559.626).

A representação cuja prescrição se argüi foi oferecida em 16 de dezembro de 1980 por Montemor — Indústria de Borracha Ltda., contra João Carlos de Mello e Geraldo Santana de Oliveira, este, à época, Juiz classista do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região.

Para melhor esclarecimento remeto, em anexo, cópia da inicial oferecida pela representante. Acolhendo solicitações da Subprocuradoria, constante de fls. 50/51, ordenei a requisição de inquérito policial, sendo os autos da representação encaminhados por ofício ao

DD. Diretor-Geral do Departamento de Polícia Federal, em 19 de junho de 1981.

Instaurado o inquérito sob a presidência do Delegado de Polícia Federal, Dr. Marco Antonio Veronezzi, de São Paulo, foram ouvidos e acareados os indiciados e testemunhas, juntados documentos, colhido material para exame gráfico, e iniciada a identificação criminal dos representados. Os autos estavam neste Tribunal com solicitação, pela segunda vez, de novo prazo para prosseguimento das diligências, quando Geraldo Santana de Oliveira requereu o reconhecimento da incidência da prescrição pela pena in abstrato, em seu grau máximo, com a conseqüente extinção da punibilidade e arquivamento dos autos.

Instada a se manifestar sobre o pedido a Subprocuradoria-Geral da República, em parecer da lavra do ilustre Subprocurador-Geral Dr. A. G. Valim Teixeira, repeliu a argüição de prescrição e sustentou temerário o seu reconhecimento enquanto o fato está em apuração (cópia em anexo).

Conclusos com parecer em 17 de outubro corrente (ontem), extraídos os autos as informações que considerei necessárias à instrução do feito, e ora as encaminho a V. Exa. com meus protestos de elevado apreço e consideração».

A douta SGR, reportando-se aos argumentos inscritos no parecer junto por cópia às fls. 24/5, opinou pela denegação da ordem (fl. 27).

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Pedro da Rocha Acioli (Relator): Senhor Presidente, a orientação da Corte é no sentido de que, sendo apontado como coator um dos seus membros, a competência

para conhecer e julgar o **habeas corpus** é do Col. Supremo Tribunal Federal (HC nº 4.901, Rel.: o Sr. Ministro Torreão Braz, julgado em 18-12-80 e HC nº 5.402, Rel.: O Sr. Ministro Moacir Catunda, julgado em 1-7-82, ambos independente de Acórdão).

A orientação funda-se em que o ato do ministro situa-se no exercício da delegação de atribuição, vale dizer, o ministro instrutor atua por delegação do Tribunal, sendo este coator no caso de alguma constrição oriunda de ato de seu membro, à frente da instrução de processo da competência originária.

Igual entendimento fora adotado pelo STF no HC nº 42.450, Pleno, Rel.: Min. Luiz Galotti, in RTJ 35/337; HC nº 58.074, 2ª Turma, Rel.: Min. Antônio Neder (ou RE nº 77.775), in RTJ 70/558. Neste último caso, ficou vencido o Ministro Xavier de Albuquerque.

Não estou convencido de que possa atribuir a coação ao Tribunal; ademais, o fato de o Ministro do TFR responder penalmente perante o STF não é influente ou relevante a configurar a competência do STF (Pontes de Miranda).

Ora, o ato, no caso, que ensejou a impetração poderia ser revisto pelo Plenário do TFR (RI/TFR, art. 215, parágrafo único, invocado subsidiariamente). Daí se vê que o ato do Ministro do TFR, como juiz da instrução, não está diretamente sujeito à jurisdição do STF, não havendo suficiente razão no meu sentir, para incidência da regra constitucional prevista no art. 119, I, letra h.

O meu ponto de vista pessoal é que a competência é do TFR, concessa venia dos respeitáveis entendimentos em contrário.

É de ver que, em situação semelhante, a 2ª Turma do STF, no RHC nº 60.874-4-MA, recentemente julga-

do, recusou a competência originária daquele Excelso Pretório, tendo sido Relator o eminente Ministro José Carlos Moreira Alves (in DJ de 16-9-83).

Em outra oportunidade, em caso específico, o STF também recusou a sua competência, como se vê do HC nº 60.700, da 1ª Turma, Relator Ministro Oscar Correa, sendo a ementa do Acórdão nos seguintes termos:

«**Habeas Corpus** contra ato do Ministro do Colendo Tribunal Federal de Recursos. Competência daquela Corte para dele conhecer. Matéria exigindo rigorosa apuração e aplicação da lei. Petição de **habeas corpus** não conhecido». (Diário da Justiça de 25-3-83).

Em igual sentido, ver: HC nº 58.465, DJ de 27-2-81, pág. 1304; RHC 55.181, RTJ 88/69; RHC nº 57.739, RTJ 96/1053; RHC nº 57.201, RTJ 95/530; RHC nº 52.902, RHC nº 53.949 e RHC nº 54.895.

Esclarecendo, assim, o meu ponto de vista, que ressalvo, não conheço, contudo, do pedido, em homenagem à orientação (a que empresto adesão) firmada pelo Tribunal Federal de Recursos, determinando a remessa dos autos ao STF.

É o voto.

#### APARTE

O Sr. Ministro Carlos Mário Velloso: Trata-se de ação penal originária que está neste Tribunal. É uma impetração de **habeas corpus**, em que é dado, como autoridade coatora, o Senhor Ministro Otto Rocha.

Senhores Ministros, gostaria de pedir a atenção ao Egrégio Tribunal.

Nós decidimos, recentemente, aqui no Pleno, e interpretando nosso Regimento Interno, que, em caso assim, o competente é o Supremo Tribunal Federal, porque o coator é o

Tribunal Federal de Recursos. De sorte que o Tribunal Federal de Recursos, sendo coator, competente para conhecer e julgar o *habeas corpus* e o Supremo Tribunal Federal.

#### EXTRATO DA MINUTA

HC nº 5.758-DF — Rel.: O Sr. Min. Pedro da Rocha Acioli — Impetrante: Pedro Luiz Leão Velloso Ebert. — Paciente: Geraldo Santana de Oliveira — Impetrado: Sr. Min. Otto Rocha.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, não conheceu do pedido e o remeteu ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal.

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Américo Luz, Antônio de Pádua Ribeiro, Flaquer Scartezini, Costa Lima, Leitão Krieger, Geraldo Sobral, Hélio Pinheiro, Carlos Thibau, Moacir Catunda, Lauro Leitão, Carlos Madeira, Gueiros Leite, Washington Bolívar, Torreão Braz, Carlos Mário Velloso, Wilson Gonçalves, William Patterson, Bueno de Souza, Sebastião Reis, Miguel Jerônimo Ferrante e José Cândido. Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Armando Rollemberg e Adhemar Raymundo. Licenciado o Sr. Ministro Jarbas Nobre. Impedido o Sr. Ministro Otto Rocha. (Em 1-12-83 — 5ª Turma).

#### REMESSA EX OFFICIO Nº 83.991 — RJ

Relator: O Sr. Ministro Lauro Leitão

Remetente Ex Officio: Juiz Federal da 7ª Vara

Partes: Luiz Roberto Nogueira Correa e Estado do Rio de Janeiro

Autoridade Requerida: Diretor do Departamento de Ensino Supletivo da Secretaria de Educação do Estado do RJ

#### EMENTA

Administrativo. Ensino Supletivo de 2º grau. Organização e controle.

Os Estados-membros, quando legislam ou expedem normas relativas ao ensino de 1º e 2º graus, o fazem no exercício da competência que lhes defere o art. 177 da Constituição Federal. Assim, a Lei nº 5.692, de 1971, dispõe, em seu artigo 24, parágrafo único, que o ensino supletivo abrangerá cursos e exames a serem organizados nos vários sistemas, de acordo com as normas baixadas pelos respectivos Conselhos de Educação. In casu, o ato atacado foi praticado por autoridade estadual, mas não por delegação de Poder Público Federal. Por isso, e nos termos do artigo 111, § 2º, do CPC, anula-se a r. sentença proferida pelo MM. Dr. Juiz Federal e, em consequência, determina-se a remessa dos autos à Justiça Comum do Estado do Rio de Janeiro.

#### ACÓRDÃO

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

Decide a 3ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, anular a sentença de 1º grau por incompetência do Juízo Federal e de-

terminar a remessa dos autos à Justiça do Estado do Rio de Janeiro, 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 setembro de 1979 (Data do julgamento) — Ministro Armando Rollemberg, Presidente — Ministro Lauro Leitão, Relator.

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Lauro Leitão: Luiz Roberto Nogueira Corrêa, qualificada na inicial, impetrou mandado de segurança em 15-9-77, perante o MM. Dr. Juiz Federal da 7ª Vara da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, contra o Sr. Presidente do Conselho Federal de Educação e Sr. Diretor do Departamento de Ensino Supletivo da Secretaria de Educação daquele Estado, pelos motivos que assim expôs:

«1. O suplicante é emancipado, conforme documento idôneo que se junta à presente.

2. Sendo emancipado, é maior, para o exercício de todo e qualquer direito que requeira a condição de maioria, salvo o que expressamente seja excluído, por lei, em virtude de condições especialíssimas, de ordem institucional.

3. Não se compreende nessa exceção a matrícula no curso supletivo, que se compreende no elenco de direitos ordinários, principalmente porque, sendo o provimento da educação um dever do Estado, não pode este impedi-lo ou dificultá-lo por interpretação desautorizada pelo Direito:

«O indivíduo emancipado, por qualquer dos modos indicados no art. 9º, diz o sábio Clóvis adquire a plenitude de capacidade civil, como se fosse maior. Cessa a incapacidade, diz a lei. Não é uma

simples ampliação da capacidade restrita do menor.» (Clóvis Beviláqua, comentários ao Código Civil, vol. 1º pág. 211).

4. Desatentas ao instituto da emancipação ou negando-lhe, deliberadamente, os efeitos, as autoridades violando a lei, praticam lesão injusta ao direito do impetrante, ao negarem-lhe, como estão negando, matrícula ao curso supletivo, aferrando-se a interpretação errônea, porque acanhada, da lei, desautorizada pelo ensinamento do próprio autor do nosso Código Civil.

5. Para garanti-lo contra a ilegalidade, requer o impetrante que, processado o seu pedido, com informações das autoridades coatoras e pronunciamento do MP, se digne conceder-lhe a medida liminar, dado o risco de inutilidade da medida se demorada, pois está a esgotar-se o prazo da matrícula, e a ratifique por sentença, após os trâmites legais.

6. Dá à causa o valor de Cr\$ 2.000,00.

P. Deferimento.»

O MM. Dr. Juiz Federal concedeu a medida liminar, nestes termos:

«A. R. Defiro a liminar pelo prazo de 30 (trinta) dias.

Pagas as custas, proceda-se de conformidade com o disposto no inciso I do art. 7º da Lei nº 1.533/51.»

Solicitadas as informações prestou-as o Sr. Coordenador Setorial da Coordenação de Ensino Supletivo, da Secretaria de Educação e Cultura do Estado do Rio de Janeiro, esclarecendo que, no caso, agiu de conformidade com as normas legais.

Com vista dos autos, a douta Procuradoria opinou pelo indeferimento do «writ», nos termos das informações.

O MM. Dr. Juiz Federal, finalmente, concedeu a segurança, condenando os impetrantes nas custas.

Vindo os autos, por força do princípio legal do duplo grau de jurisdição, aqui, a douta Subprocuradoria-Geral da República, oficiando no feito, opina no sentido de que se faça justiça.

É o relatório.

#### VOTO

O Sr. Ministro Lauro Leitão: A segurança foi impetrada contra ato do Sr. Presidente do Conselho Federal de Educação e Sr. Diretor do Departamento de Ensino Supletivo da Secretaria de Educação do Rio de Janeiro, visando a inscrição do impetrante em curso supletivo de 2º grau.

O MM. Dr. Juiz Federal concedeu medida liminar, em 16-9-77, pelo prazo de 30 dias, e solicitou informações.

Prestou-as o Sr. Coordenador Setorial da Coordenação do Ensino Supletivo, da referida Secretaria, esclarecendo que o instituto de emancipação não preenche as exigências da idade estabelecida no artigo 26, § 1º, alíneas a e b, da Lei nº 5.692, de 11-8-71.

O MM. Dr. Juiz Federal, todavia, concedeu a segurança e manteve a liminar, assegurando, assim, ao impetrante, sua inscrição em curso supletivo de 2º grau, para a prestação de exames, independentemente de ter atingido a idade de 21 anos, por considerá-lo na plenitude de sua capacidade civil, obtida através da emancipação legal.

Data venia, a r. sentença foi proferida por Juiz incompetente, e, por isso, é nula.

Com efeito, a Justiça Estadual Comum é que tem competência para apreciar os atos praticados por autoridades estaduais e relativos ao ensino de 1º e 2º graus.

É que os Estados-membros, quando expedem normas relativas aos

ensinos de 1º e 2º graus, inclusive, é evidente, sobre ensino supletivo, o fazem no exercício de sua competência, tal como prevê o art. 177, da Constituição Federal.

De outra parte, a Lei nº 5.692, de 1971, em seu artigo 24, parágrafo único, dispõe que o «ensino supletivo abrangerá cursos e exames a serem organizados nos vários sistemas, de acordo com normas baixadas pelos respectivos Conselhos de Educação.»

Assim, in casu, como demonstrado, o ato impugnado foi praticado por autoridade estadual, mas não por delegação do poder público federal.

A propósito, aliás, é pacífica a jurisprudência deste Egrégio Tribunal.

O Código de Processo Civil, em seu artigo 111, preceitua:

«Art. 111. A incompetência absoluta deve ser declarada de ofício e pode ser alegada, em qualquer tempo e grau de jurisdição, independentemente de exceção.

§ 1º .....

§ 2º Declarada a incompetência absoluta, somente os atos decisórios serão nulos, remetendo-se os autos ao Juiz competente».

Em face do exposto, anulo a sentença de 1º grau, por incompetência de seu digno prolator, e determino a remessa dos autos à Justiça do Estado do Rio de Janeiro, considerando prejudicado, em consequência, o recurso de ofício.

É o meu voto.

#### EXTRATO DA ATA

REO nº 83.991-RJ — Rel.: O Sr. Min. Lauro Leitão. Remte.: Juiz Federal da 7ª Vara. Partes: Luiz Roberto Nogueira Correa e Estado do Rio de Janeiro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, anulou a sentença de 1º grau por

incompetência do Juízo Federal e determinou a remessa dos autos à Justiça do Estado do Rio de Janeiro. (Em 26-9-79 — 3ª Turma).

Os Srs. Mins. Carlos Mário Velloso e Aldir G. Passarinho votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Armando Rollemberg.

### APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 88.198 — RJ

Relator: O Sr. Ministro Américo Luz

Remetente: Juiz Federal da 1ª Vara

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

Apelados: Creonides Antônio Barbosa Pereira e outros

#### EMENTA

Previdência social. Aquisição de imóveis em Brasília. Cláusula de correção monetária. Aplicação do princípio de vacatio legis.

Sendo o pagamento das prestações em trato sucessivo, mês a mês, não há falar-se em decadência do direito à impetração.

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.

Sentença confirmada.

Apelação improvida.

#### ACÓRDÃO

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

Decide a 6ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, negar provimento à apelação e 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, 8 de fevereiro de 1984 (Data do julgamento) — Ministro Antônio Torreão Braz, Presidente — Ministro Américo Luz, Relator.

#### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Américo Luz: Eis como a MMA. Juíza da 1ª Vara Fe-

deral do Rio de Janeiro, Doutora Tania de Melo Bastos Heine, explicitou a questão (fls. 131/133):

«Creonides Antônio Barbosa Pereira, Diógenes Vieitas da Cunha, Irineu Ferreira da Silva, Jorge Tabuquine, Laura Augusta da Costa Albana, Octacílio Alves de Lima, Umberto Faria Zózimo, Silvío Lima de Castro, Sylvia Campos Monteiro, Sonia de Souza Santos, Waldemar Costa Pereira e Zéd Soeiro Pinto devidamente representados, impetram mandado de segurança contra o Instituto Nacional de Previdência Social — INPS pleiteando que o impetrado se abstenha de cobrar a correção monetária tanto nas parcelas de amortização quanto nos saldos devedores das operações imobiliárias a que se refere este mandado.

Sustentam que são promitentes compradores dos imóveis cujas promessas anexam.

As operações ocorreram após reavaliação do preço das unidades habitacionais (Decreto nº 56.793/65), tendo manifestado suas opções entre 7-1-66 e 10-6-66.

A Lei nº 5.049/66, ao determinar a aplicação da correção monetária, ressaltou de sua incidência os que já houvessem optado pela compra do imóvel, ou viessem a fazê-lo até 90 dias após a data da publicação da lei.

Apesar dos impetrantes terem feito a opção antes da Lei nº 5.049/66, o INPS vem cobrando a correção monetária, violando seus direitos líquidos e certos.

Juntam procurações e documentos.

Oficiada, a autoridade impetrada às fls. 114/118 entendeu descabido o «writ», por depender de prova da época da opção, área total de construções e valor da transação.

No mérito, a Resolução nº 101.27, de 2-8-74, prevê as seguintes hipóteses de isenção da correção monetária:

a) opção de compra feita até o dia 3 de julho de 1966, tendo por objeto imóvel cuja área total de construção ultrapasse a 100 metros quadrados e cujo valor da transação seja superior a 200 vezes o maior salário mínimo então vigente; ou

b) opção feita no período de 4 de julho a 29 de agosto de 1966, não importando as áreas nem os valores dos imóveis».

Este entendimento está lastreado na legislação pertinente: Leis nºs 4.380/64, 5.049/66 e Decreto-Lei nº 19/66.

No caso em tela, os requisitos não foram satisfeitos.

O Ministério Público opinou pela denegação da segurança às fls. 120/126.

Os impetrantes prestaram esclarecimentos à fl. 129».

S. Exa., após fundamentar-se, concluiu (fl. 137):

«Concedo a segurança aos impetrantes, a fim de que o INPS se abstenha de cobrar correção monetária nas prestações e no saldo devedor da compra dos imóveis em questão.

Custas ex legis.

Sujeito ao duplo grau de jurisdição».

Apelou o IAPAS (razões de fls. 142/144).

Contra-razões às fls. 147/148.

O parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República é pela improvidade da via eleita (fl. 151).

Relatei.

## VOTO

O Sr. Ministro Américo Luz (Relator): Destaco do dispositivo sentencial estes tópicos (fls. 133/137):

«Os elementos necessários se encontram nos autos, às fls. 27/109.

Todos optaram entre 7-1-66 e 8-6-66.

Em outras ações idênticas, firmei o seguinte entendimento.

Os artigos 5º e 6º da Lei nº 4.380/64 dispõem:

«Art. 5º Observado o disposto na presente lei os contratos de venda ou construção de habitações para pagamento a prazo ou de empréstimos para aquisição ou construção de habitações poderão prover o reajustamento das prestações mensais de amortização e juros, com a conseqüente correção do valor monetário

da dívida, toda a vez que o salário mínimo legal for alterado».

«Art. 6º O disposto no artigo anterior somente se aplicará aos contratos de venda, promessa de venda, cessão ou promessa de cessão ou empréstimo que satisfaçam às seguintes condições:

a) tenham por objeto imóveis construídos, em construção, ou cuja construção seja simultaneamente contratada, cuja área total de construção entendida como a que inclua paredes a quotas partes comuns quando se tratar de apartamento, de habitação coletiva ou vila, — não ultrapasse de 100 (cem) metros quadrados;

b) o valor da transação não ultrapasse 200 (duzentas) vezes o maior salário mínimo vigente no País».

O art. 30 da Lei nº 4.864/65 determinou:

«Art. 30 Todas as aplicações do Sistema Financeiro da Habitação, inclusive entidades estatais, paraestatais e sociedades de economia mista em que haja participação majoritária do Poder Público, em financiamento de construção ou de aquisição de unidades habitacionais, serão obrigatoriamente feitas com correção monetária, de acordo com os artigos 5º e 6º da Lei nº 4.380, de 21 de agosto de 1964, e § 3º do artigo 1º desta lei».

Entretanto, a Lei nº 5.049/66 revogou, expressamente tais disposições, in verbis:

«Art. 3º O artigo 30 da Lei nº 4.864, de 29 de novembro de 1965, passa a vigorar com a seguinte redação:

«Art. 30. Todas as operações do Sistema Financeiro da Habitação a serem realizadas por entidades estatais, paraestatais e

sociedade de economia mista em que haja participação majoritária do Poder Público, mesmo quando não integrantes do Sistema Financeiro da Habitação, em financiamento de construção ou aquisição de unidades habitacionais, serão obrigatoriamente corrigidas, de acordo com os índices e normas fixadas, na conformidade desta lei, revogadas as alíneas a e b do artigo 6º da Lei nº 4.380, de 21 de agosto de 1964.

§ 3º As unidades habitacionais cujos ocupantes hajam optado pela sua compra ou venham a fazê-lo até noventa dias da data da publicação desta lei, são isentas da correção monetária referida neste artigo desde que tenham as mesmas sofrido reavaliação do preço de custo de construção. (Este § 3º que havia sido vetado pelo Presidente da República, tendo sido o voto rejeitado pelo Congresso, foi publicado no DO de 29-8-66)».

Os benefícios da citada lei abrangeriam não somente os que optassem até 90 dias após a data da sua publicação, como também aqueles que já houvessem optado pela compra.

Com relação ao prazo de 90 dias, este ficou reduzido, com o advento do Decreto-Lei nº 19, de 30-8-66.

Interpreta o INPS que só estão isentos da correção monetária aqueles que optaram entre 4-7-66 a 30-8-66, ou seja, da data da publicação da Lei nº 5.049 até a publicação do Decreto-Lei nº 19, para imóveis com área até 100 m<sup>2</sup>, como é o caso dos autos.

No entanto, assim não tem entendido a jurisprudência de nossos Tribunais, conforme, entre outros, os Acórdãos do TFR a seguir transcritos: (lê).

«As opções foram feitas no prazo legal, antes, portanto, da vigência

do Decreto-Lei nº 19, de 30-8-66, estando o preço isento da correção monetária».

Despiciendas as razões recursais, inclusive quanto à alegada inidoneidade da via processual eleita, repilosas, pois a matéria foi tratada no enunciado da Súmula 68 desta Corte, que representa a estratificação de sua maciça jurisprudência:

«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».

Desse modo, confirmo a sentença remetida e nego provimento à apelação.

#### EXTRATO DA MINUTA

AMS nº 88.198-RJ — Rel.: Sr. Min. Américo Luz. Remte.: Juiz Federal da 1ª Vara. Apte.: Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social — IAPAS. Apdos.: Creonides Antônio Barbosa Pereira e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação e confirmou a sentença remetida. (Em 8-2-84 — 6ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Mins. Torreão Braz e Miguel Ferrante. Ausente, justificadamente, o Sr. Min. Wilson Gonçalves. Presidiu a sessão o Sr. Min. Antônio Torreão Braz.

#### REMESSA EX OFFICIO Nº 88.606 — RS

Relator: O Sr. Ministro Armando Rollemberg  
Remetente: Juízo Federal da 3ª Vara  
Partes: Ivo Viegas dos Santos e União Federal

#### EMENTA

Tributário. Perdimento de bens por danos causados ao Erário. Liberação de veículo condutor de mercadorias em situação irregular. Cassação de segurança concedida por sentença que a determinou, por isso que a aplicação da pena prevista no parágrafo único do art. 23 do Decreto-Lei nº 1.455/76, cuja constitucionalidade foi reconhecida em jurisprudência tranqüila independente do julgamento de processo criminal porventura instaurado em razão dos fatos enumerados nos incisos I a IV do mesmo dispositivo, sendo inaceitável o fundamento de que o referido veículo não interessava à apuração dos delitos de contrabando e descaminho.

#### ACÓRDÃO

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

Decide a 4ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade,

reformar a sentença 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, 30 de novembro de 1983 (Data do julgamento) — Ministro Armando Rollemberg, Presidente e Relator.

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Armando Rollemberg: Leio o relatório da sentença:

«Ivo Viegas dos Santos, qualificado na inicial de fls. 2/5, por habilitado procurador (fl. 10), impetrou mandado de segurança contra ato do Sr. Coordenador Regional Policial Federal nesta Capital, invocando a Constituição e a Lei nº 1.533, de 31-12-51, tendo aduzido as razões que assim se sintetizam:

O impetrante, em 12-7-79, foi preso por agentes da Polícia Federal em virtude de trazer consigo cigarros de comercialização proibida no Brasil, ocasião em que também resultou apreendido o automóvel de sua propriedade, marca Ford Corcel, II, Placas BV 0502, e respectiva documentação.

Aponta como ato coator a negativa da autoridade policial de devolver-lhe o veículo, em face de requerimento administrativo (fls. 6/9).

Sustentando a ocorrência de lesão a direito líquido e certo seu de fruir e dispor do veículo, e invocando a respeito do conceito de ilegalidade a opinião doutrinária de Sérgio Sahione Fadel, bem como citando julgado do Eg. TFR, requereu o postulante a distribuição do *mandamus* a este Juízo Criminal, por prevenção de competência e, afinal, a concessão da segurança, para o fim de ser-lhe devolvido o automóvel e respectivos documentos.

Certificada pela Secretaria a distribuição a este Juízo do inquérito policial originário da mencionada apreensão (fl. 11/verso), afirmou

minha competência para o «writ» e mandei pedir informações à autoridade apontada como coatora, as quais vieram, estando às fls. 12/14 dos autos, acompanhadas dos documentos de fls. 15/25.

Nelas se diz, em resumo, que em 11-7-79 o impetrante foi autuado em flagrante pela Delegacia de Polícia Fazendária, por posse e comércio de mercadoria estrangeira sem documentação legal, bem como mercadoria tipo exportação, de venda proibida no Brasil e oriunda do Paraguai, do que resultou a instauração do Inquérito nº 086/79, já remetido a este Juízo. Esta última mercadoria foi encontrada no interior do veículo ora reclamado, conforme laudo de constatação anexo, pelo que foi aquele apreendido «em conformidade com o Decreto-Lei nº 1.455, de 7-4-76 e por infração ao art. 104, inciso V, do Decreto-Lei nº 37/66, ficando à disposição do Exmo. Sr. Ministro de Estado da Fazenda». Informa-se, ainda, que o veículo «foi colocado à disposição do Delegado da Receita Federal, nesta Capital, através do Ofício nº 2.890/79-CART, em 19-7-79 (cópia em anexo)».

O ilustrado Procurador da República, Dr. Amir Finochiaro Sarti, pelo Ministério Público Federal, subscreveu as informações da autoridade impetrada (fl. 26 verso)».

Na decisão que a seguir proferiu o MM. Juiz concedeu o mandado de segurança apoiado na afirmação de que o art. 34, inciso V, do Decreto-Lei 37/66, ao qual faz remissão o Decreto-Lei nº 1.455/76, nos seus arts. 23, parágrafo único, e 24, padece do vício da inconstitucionalidade, e, ainda, considerando que sendo o veículo apreendido comum, isto é, não adaptado para a prática do crime, não interessava ao processo criminal em andamento.

Não houve recurso e, remetidos os autos a este Tribunal para reexame necessário da sentença, a Subprocuradoria ofereceu parecer pela sua reforma.

É o relatório.

### VOTO

O Ser. Ministro Armando Rollemberg (Relator): Este Tribunal ao apreciar o MS nº 81.313 rejeitou a arguição de inconstitucionalidade do art. 23 do Decreto-Lei nº 1.455/76, e, no mesmo sentido, se manifestou o Egrégio Supremo Tribunal Federal, pela sua 1ª Turma, em julgamento ao qual foi aposta a ementa seguinte:

«1. Tributário. Decreto-Lei nº 1.455/76. Importação. Mercadorias importadas e descarregadas no porto a cujo respeito não se iniciou no prazo legal o processo de despacho aduaneiro. Perda de bens em favor da União. 2. O simples decurso de prazo caracteriza o abandono, não havendo na lei qualquer regra que obrigue a prévia notificação do importador. 3. O Decreto-Lei nº 1.455/76 não tem eiva de inconstitucionalidade, porque foi editado na conformidade do art. 55 da Constituição da República; e não ofende o art. 153, § 11, que se refere a perdimento de bens por danos causados ao Erário ou no caso de enriquecimento ilícito no exercício da função pública. 4. A aplicação do Decreto-Lei nº 37/66 não foi prequestionada na decisão recorrida, não tendo a recorrente oferecido embargos de declaração. Súmulas nºs 282 e 356. Recurso extraordinário não conhecido». (RE nº 95.693-0-RS — Rel.: Min. Alfredo Buzaid — DJU 3-9-82, pág. 8502).»

Afastada a inconstitucionalidade das regras referidas não é possível ter-se como admissível o fundamento da sentença para determinar a li-

beração do veículo, isto é, não interessar ele à apuração dos delitos de contrabando e descaminho pois, reza o citado art. 23 do Decreto-Lei nº 1.455/76:

«Art. 23. Consideram-se dano ao Erário as infrações relativas às mercadorias:

I — importadas, ao desamparo de guia de importação ou documento de efeito equivalente, quando a sua emissão estiver vedada ou suspensa na forma da legislação específica em vigor;

II — importadas e que forem consideradas abandonadas pelo decurso do prazo de permanência em recintos alfandegados nas seguintes condições:

a) 90 (noventa) dias após a descarga, sem que tenha sido iniciado o seu despacho; ou

b) 60 (sessenta) dias da data da interrupção do despacho por ação ou omissão do importador ou seu representante; ou

c) 60 (sessenta) dias da data da notificação a que se refere o artigo 56 do Decreto-Lei nº 37, de 18 de novembro de 1966, nos casos previstos no artigo 55 do mesmo decreto-lei; ou

d) 45 (quarenta e cinco) dias após esgotar-se o prazo fixado para permanência em entreposto aduaneiro ou recinto alfandegado situado na zona secundária.

III — trazidas do exterior como bagagem, acompanhada ou desacompanhada e que permanecerem nos recintos alfandegados por prazo superior a 45 (quarenta e cinco) dias, sem que o passageiro inicie a promoção do seu desembaraço;

IV — enquadradas nas hipóteses previstas nas alíneas a e b do parágrafo único do artigo 104 e nos incisos I a XIX do artigo 105, do Decreto-Lei nº 37, de 18 de novembro de 1966.

Parágrafo único. O dano ao Erário decorrente das infrações previstas no caput deste artigo, será punido com a pena de perdimento das mercadorias.»

Como se vê a aplicação da pena prevista no parágrafo único da disposição lida, independe do julgamento do processo criminal porventura instaurado em razão dos fatos enumerados nos incisos I a IV, pois, serão apurados por via do processo fiscal, ao final do qual cabe ao Ministro da Fazenda proferir decisão, em instância única, sobre a aplicação da pena de perdimento (art. 27).

Essa a interpretação que se ajusta ao enunciado da Súmula nº 92, desta Corte, verbis:

«O pagamento dos tributos, para efeito de extinção da punibilidade (Decreto-Lei nº 157, de 1967, artigo

18, § 2º; STF — Súmula nº 560), não elide a pena de perdimento de bens autorizada pelo Decreto-Lei nº 1.455, de 1976, artigo 23.»

Reformo a sentença e caso a segurança.

#### EXTRATO DA MINUTA

REO nº 88.606-RS — Rel.: Min. Armando Rollemberg — Remte.: Juízo Federal da 3ª Vara — Partes: Ivo Viegas dos Santos e União Federal.

Decisão: A Turma, por unanimidade, reformou a sentença e cassou a segurança. (Em 30-11-83 — 4ª Turma).

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

#### REMESSA EX OFFICIO Nº 89.566 — RJ

Relator Originário: O Sr. Ministro Washington Bolívar

Relator para Acórdão: O Sr. Ministro Leitão Krieger

Remetente: Juiz Federal da 9ª Vara

Parte A: Mary Desidério Valverde e outros

Parte R: União Federal

#### EMENTA

Administrativo. Limite de idade para ingresso em função pública. Lei nº 6.334, 31-5-76.

Inaplicável ao cargo de Fiscal de Contribuições Previdenciárias a restrição, quanto à idade, prevista para cargos do Grupo-Tributação, Arrecadação e Fiscalização, entre outros.

#### ACÓRDÃO

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

Prosseguindo-se no julgamento, decidiu a 1ª Turma, do Tribunal Federal de Recursos, por maioria, confirmar a sentença e negar provimento à remessa de ofício, vencido o Re-

lator, 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 fevereiro de 1984 (Data do julgamento) — Ministro Washington Bolívar, Presidente — Ministro Leitão Krieger, Relator.

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Washington Bolívar de Brito: Mary Desidério Valverde e outros impetraram mandado de segurança contra ato do Sr. Coordenador da Coordenação de Recrutamento e Seleção do Departamento Administrativo do Serviço Público, com o objetivo de inscreverem-se no concurso público para provimento do cargo de Fiscal de Contribuições Previdenciárias.

Alegaram que são possuidores de curso superior mas estão impedidos de participar do concurso, porquanto, a autoridade inquinada de coatora estabeleceu, como exigência para inscrição, a idade limite de trinta e cinco (35) anos.

Em 14 de janeiro de 1980, o MM. Juiz Federal Dr. Mário Mesquita Magalhães deferiu a liminar (fl. 15); ingressaram como litisconsortes João Tavares dos Santos e Humberto Hiroshi Yamaguti (fls. 17/18).

Transcorrido o prazo sem que fossem apresentadas as informações (fl. 36), o Ministério Público Federal opinou (fl. 36v.) pela concessão da segurança.

O MM. Juiz Federal Dr. Silvério Luiz Nery Cabral (fls. 42/43) concedeu a segurança, mantendo a liminar, e condenando o impetrado nas custas e em honorários advocatícios de 10% (dez por cento) sobre o valor dado à causa.

A douta Subprocuradoria-Geral da República (fls. 48/49), em parecer subscrito pelo Dr. Paulo A. F. Sollberger, manifestou-se pela cassação do «writ».

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Washington Bolívar de Brito (Relator): A r. sentença remetida tem a seguinte fundamentação (fls. 42/43):

«Trata-se de medida impetrada visando garantir aos requerentes o direito de inscreverem-se no concurso aberto pelo Departamento Administrativo do Serviço Público, a que se refere o edital de fls. 11/13, para o qual a autoridade apontada coatora limitou a idade dos candidatos em trinta e cinco anos.

Conforme se lê do relatório, deferida a medida liminar, para a inscrição dos impetrantes e litisconsortes e solicitadas as informações, deixou de prestá-las o impetrado, ensejando o pronunciamento do Ministério Público pela concessão da medida.

Realmente, não vejo razão para que o impetrado limitasse, como fez, a idade dos candidatos ao serviço público, se não ficou demonstrada a base legal para tal exigência. A ausência de informações, aliás, significou confissão do pedido.

Diante do exposto, e atendendo ao pronunciamento do Ministério Público, concedo a segurança, mantida a liminar, condenando o impetrado nas custas e em honorários de 10% sobre o valor dado à causa.

Esta decisão está sujeita ao duplo grau de jurisdição.»

Em seu parecer, destacou a douta Subprocuradoria-Geral da República que a segurança foi concedida ao singelo fundamento de que não se demonstrou a base legal da exigência da limitação da idade em 35 anos, exigida pelo item 4.3, do Edital de Concurso. Menciona, entretanto, o art. 3º da Lei nº 5.937/73, que transcreve, contendo esse requisito, para ingresso nas classes iniciais das categorias integrantes do Grupo-Tributação, Arrecadação e Fiscalização.

Além disso, argumenta, «a omissão da autoridade impetrada não é

motivo suficiente para desobrigar o Juiz de apreciar o mérito da questão e tampouco se pode aceitar a ausência de informações como confissão do pedido», até porque o silêncio somente surtiria efeitos quanto aos fatos narrados na inicial, jamais em relação ao direito (art. 302, CPC).

Li, atentamente, o memorial que foi distribuído pelo ilustre advogado da impetrante, no qual se assegura que não há previsão legal de exigência de limite de idade em 35 anos. Ao contrário, a Lei nº 6.334, de 31-4-76, em seu artigo 1º, fixa esse limite em 50 anos. Embora o seu art. 3º contenha a limitação em 35 anos, ela somente se refere aos Grupos Polícia Federal, Diplomacia e Tributação, Arrecadação e Fiscalização, sendo certo que o cargo de Fiscal de Contribuições Previdenciárias não pertence a nenhum de tais Grupos. A lei mencionada pelo Ministério Público, em seu parecer de fls. 48/49, contém preceito idêntico ao da Lei nº 6.334/73 (art. 3º), inaplicável à espécie, pois, nos termos da Lei nº 5.645/70, que estrutura o Plano de Classificação de Cargos (art. 3º, inciso VI), verifica-se que o Grupo-Tributação, Arrecadação e Fiscalização somente congrega Agentes Fiscais de Tributos Federais.

Examinei com metuculoso cuidado toda a argumentação desenvolvida, quer pela impetrante, quer pelo juiz, quer pelo Ministério Público.

Como bem acentuou a ilustrada Subprocuradoria-Geral da República a sentença tem fundamentação singela e não se há de supor que o juiz ignore a lei, já que a ninguém é dado ignorá-la. Tampouco se há de colher o resultado de uma confissão ficta, ante o silêncio do impetrado, que não prestou, como deveria fazê-lo, as informações solicitadas. A confissão ficta que de sua omissão poderia resultar há de prender-se aos fatos narrados na inicial (CPC, art.

302), nada tendo a ver, contudo com a liquidez e certeza do direito de quem solicita o writ of mandamus — o qual, uma vez reconhecido, deve ser proclamado pela sentença mandamental, para prestação *in natura*, pelo impetrado.

Lamentavelmente, as afirmações da inicial, fundadas no art. 97 da Constituição, bem assim as do memorial, que analisa a legislação ordinária, não se afinam com a realidade que essa mesma legislação proclama.

No caso da Constituição, porque defere o artigo citado as limitações (requisitos) à lei; e há leis expressas, bem como seus regulamentos, estabelecendo a limitação de 35 anos, para ingresso no Grupo-Tributação, Arrecadação e Fiscalização, de quem não seja servidor de órgão da Administração Federal direta ou de autarquia federal (art. 4º, da Lei nº 6.334/76).

A afirmação de que o Fiscal de Contribuições Previdenciárias não integra o Grupo-Tributação, Arrecadação e Fiscalização distancia-se da legislação pertinente. Com efeito, já o Decreto nº 72.933, de 16 de outubro de 1973, que dispôs sobre esse Grupo, regulamentando o art. 2º da Lei nº 5.645, de 10 de dezembro de 1970 — a que estabelece diretrizes para a classificação de cargos — dispunha, em seus arts. 1º e 3º:

«Art. 1º O Grupo-Tributação, Arrecadação e Fiscalização, designado pelo código TAF-600, compreende categorias funcionais integradas de classes constituídas de cargos de provimento efetivo, a que são inerentes atividades de nível superior da administração tributária, envolvendo planejamento, organização, coordenação, avaliação, controle e execução, relacionados com a tributação, arrecadação e fiscalização de tributos federais, abrangendo, inclusive, as

de fiscalização e controle da arrecadação de tributos de açúcar e álcool e de contribuições previdenciárias».

«Art. 3º O Grupo-Tributação, Arrecadação e Fiscalização é constituído pelas Categorias funcionais abaixo indicadas:

Código TAF-601 — Técnico de Tributos Federais;

Código TAF-602 — Controlador de Arrecadação Federal;

Código TAF-603 — Fiscal de Tributos Federais;

Código TAF-604 — Fiscal de Tributos de Açúcar e Alcool;

Código TAF-605 — Fiscal de Contribuições Previdenciárias».

Mas essa inclusão das contribuições previdenciárias não ficou, somente, no âmbito regulamentar. A Lei nº 6.185, de 11 de dezembro de 1974, que dispõe sobre os servidores públicos civis da Administração Federal direta e autárquica, também especifica as contribuições previdenciárias (art. 2º).

A Lei nº 5.987, de 14 de dezembro de 1973, efetivamente, já dispunha, em seu art. 3º que «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 trinta e cinco anos, que tenham curso superior ou habilitação legal equivalente».

A Lei nº 6.334, de 31 de maio de 1976, que fixou em 50 anos a idade máxima para inscrição em concurso público e restringiu, ela própria, ainda uma vez, quanto ao Grupo-Tributação, Arrecadação e Fiscalização, para trinta e cinco anos, a limitação de idade, e somente abriu exceção para quem já seja servidor federal ou autárquico, como anteriormente se disse (art. 4º). E este, lamentavelmente, não é o caso dos autos.

A jurisprudência deste Tribunal e do Egrégio Supremo Tribunal Federal mantém-se firme, após a modificação do enunciado da Súmula nº 14 do Pretório Excelso, no sentido de considerar constitucional essa limitação. Proclama-se, também, em numerosos precedentes, a legalidade da providência restritiva.

Quanto a mim, sempre deplorei tal situação.

Disse, mesmo, quando do julgamento da Apelação em Mandado de Segurança nº 82.241/RJ, em certo trecho do voto:

«Embora pessoalmente deplore que a Administração Indireta, sob qualquer de suas formas (Decreto-Lei nº 200, art. 5º e seus incisos), não acolha os pedidos de inscrição em seus quadros — através da porta larga e principal dos concursos públicos, que tanto honram a quem a eles se submetem — justamente daqueles que, tudo indica, tenham mais experiência, não reconheço a proclamada ilegalidade nesse procedimento».

Já tive a oportunidade de deplorar, noutro caso que também se me afigurou extremamente penoso à sensibilidade de juiz, que bem apreciaria fosse outra a lei com a qual se defrontava e se via obrigado a aplicar, acatando, entretanto, a lição de Mário Guimarães («O Juiz e a Função Jurisdicional», nº 196, pág. 330):

«Deverá o juiz obedecer à lei, ainda que dela discorde, ainda que lhe pareça injusta. É um constrangimento que o princípio da divisão de poderes impõe ao aplicador».

Em nota a esse texto, sublinhou-se:

«8. «Não existe nenhum sistema jurídico», diz Francisco Campos, «em que se conceda ao juiz permissão para substituir à regra legal a que lhe seja ditada pela sua consciência, ou pelo seu sentimen-

to de justiça, ou pela sua filosofia econômica, política ou social». Revista Forense, Vol. 128, pág. 378»

E esse, talvez, seja o verdadeiro pano de fundo da inquietação e da angústia de todos os juizes.

Antes de concluir, em atenção ao eminente advogado, desejo fazer umas ponderações.

Ninguém mais do que eu examinou este caso com o desejo de ver reconhecido o direito da candidata — que se submetera a concurso e fora aprovada — de continuar a manter essa situação. Estava supondo, tendo em vista o disposto na Súmula nº 14 do Egrégio Supremo Tribunal Federal, que, efetivamente, essa era a situação. Chegara a imaginar que poderia confirmar a sentença, com base naquela Súmula, também invocada, da Tribuna, pelo douto advogado.

Infortunadamente, porém, verifiquei que a Súmula nº 14, do Supremo Tribunal Federal, foi cancelada, por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário nº 74.335, desde 6-12-73. (RTJ 70/147).

Pesquisei a jurisprudência do Supremo Tribunal. A anterior à súmula, é claro, era toda ela favorável à pretensão da candidata, no caso específico. A que se seguiu à revogação da súmula, todavia, ficou, toda ela, adversa. É o que se pode ver, por exemplo, no Recurso Extraordinário nº 74.486, do Rio de Janeiro, da 2ª Turma, em que se diz:

«Concurso Público. Limite de idade fixado em instruções normativas baixadas, com base na lei. Admissibilidade.

II — Recurso conhecido pelo dissídio e provido, revogada a Súmula nº 14».

Reafirma o problema da revogação.

E no Recurso Extraordinário nº 74.355, do Rio de Janeiro:

«Funcionalismo. Concurso. Limite de idade. Delegação.

Fixação, pelo Poder Executivo, em Instruções Especiais, de limite de idade para concurso público. Existência de lei que delegou tal poder. Sua legitimidade. Recurso provido. Votos vencidos.»

E, em sessão plenária (esse é o que revogou a Súmula e provocou séria discussão) o Recurso Extraordinário nº 74.355, do Rio de Janeiro, que data de 6-12-73 (RTJ 70/147 e seguintes). No mesmo sentido, o Recurso Extraordinário nº 88.968, Paraná.

Fiz uma pesquisa exaustiva, essa é a realidade, com a preocupação, pela inquietação de Juiz, de resolver esta situação, que me parece realmente absurda: as pessoas mais experientes não têm a oportunidade de demonstrar essa experiência e de utilizá-la a serviço do Estado.

Ainda em atenção ao mencionado na sustentação do eminente advogado, também pondero que, efetivamente, o conceito de tributo que estava no Código Tributário Nacional cedeu passo, como assinalou Aliomar Baleeiro, quando da emenda constitucional de que resultou a nova redação do § 2º do art. 21 da Constituição, onde se diz:

«§ 2º A União pode instituir:

I — contribuições, observada a faculdade prevista no item I deste artigo, tendo em vista intervenção no domínio econômico ou o interesse de categorias profissionais e para atender diretamente à parte da União no custeio dos encargos da previdência social».

É, realmente, específico o texto.

Por todas essas considerações e especialmente tendo em conta os numerosos precedentes deste Tribunal, como se pode exemplificar com as Apelações em Mandado de Segurança nºs 89.749 — 1ª Turma, Relator o

Sr. Ministro Otto Rocha; 89.501, Relator o Sr. Ministro José Cândido; 89.412, Relator o Sr. Ministro Costa Lima; 89.556, Relator o Sr. Ministro William Patterson, todos da Segunda Turma, vejo-me na penosa contingência de reformar a sentença para casar a segurança. Custas, como de lei; sem honorários (Súmula nº 512-STF).

É o meu voto.

### VOTO

O Sr. Ministro Washington Bolívar de Brito: (Relator): Sinto-me, pessoalmente, rejubilado com o desfecho que teve este caso. Li com atenção o memorial que foi ofertado e não teria dúvida em alterar meu ponto de vista se os eminentes Ministros Leitão Krieger e Carlos Thibau me houvesse convencido de que o decreto-lei sob referência, que distinguiu a categoria de Fiscal de Tributos Federais, daria ensejo, também, à distinção que aqui se procurou fazer.

Verifico, todavia — sem querer continuar a debater, até porque a solução muito me agrada, pessoalmente, como cidadão, como pessoa humana — que o decreto-lei fez uma distinção clara ao dizer que daquele determinado Grupo-Tributação e Fiscalização — do qual faziam parte várias categorias funcionais, distingue, apenas, a categoria funcional daqueles que servem, privativamente, junto à Receita Federal. A lei foi, neste caso, realmente, a meu ver, muito clara e incluiu também no privilégio o Procurador da Fazenda Nacional, que nada tem a ver com esse Grupo, e o Procurador da República, membro do Ministério Público Federal.

Mas, como disse, fico contente que os eminentes colegas tenham encontrado solução mais inteligente, provavelmente muito mais justa do que

aquela que pude desenvolver no meu voto. Alegro-me sobremaneira com essa solução, e como disse, não teria dúvida nenhuma em modificar também o meu ponto de vista se fosse esse o meu convencimento; mas infelizmente, não é.

### VOTO VISTA

O Sr. Ministro Leitão Krieger:erei breve no emitir meu voto. Em última análise, o deslinde da questão se prende a resposta à seguinte indagação: Lei nº 6.334, de 31 de maio de 1976, que fixou em cinquenta anos a idade máxima para inscrição em concurso público, com exceção dos que pretendam integrar o Grupo-Tributação, Arrecadação e Fiscalização, entre outros, para os quais fixou o limite de idade em trinta e cinco anos, é ou não aplicável aos candidatos ao cargo de Fiscal de Contribuições Previdenciárias?

Tenho para mim que sim, Tributo Federal é uma cousa, contribuição outra. Esta última tem caráter completamente diverso, diversos sendo seus fins.

Poupo-me ao trabalho de assinalar tais distinções, já amplamente examinadas pelos doutos. Permito-me apenas lembrar uma distinção que me parece importante. Ao passo que os tributos federais podem incorrer na prescrição quinquenal, já as contribuições previdenciárias, a teor do disposto no art. 221 da Consolidação das Leis da Previdência Social, são exigíveis até trinta anos.

Tenho para mim que o Decreto nº 72.933, de 16 de outubro de 1973, que regulamentou a Lei nº 5.645/70, incluindo o grupo de Contribuições Previdenciárias entre aqueles cargos de Tributação, Arrecadação e Fiscalização, sob esse aspecto emprestou à lei um elastério que seu texto não prescreveu, não merecendo, portanto, aplicação ao caso.

O nobre Advogado lembrou, com muita propriedade, que recente Decreto-Lei nº 2.074 de 20 de dezembro de 1983, atribuiu vantagens de ordem pecuniária ao Grupo Tributação, Arrecadação e Fiscalização, sendo que foi expresso o mencionado diploma no restringir as vantagens «às categorias privativas da Receita Federal».

Por que o discrimine? Ora, porque o próprio legislador distingue aquele grupo de outros, os quais não podem ser confundidos com o primeiro.

Dispensando-me de maiores considerações e pedindo vênia ao eminente Relator, muito embora o brilho de seu voto, qualidade sempre presente em todas suas manifestações, meu voto é no sentido de negar provimento à remessa de ofício, confirmando a respeitável sentença.

É o meu voto.

#### VOTO

O Sr. Ministro Carlos Thibau: Inicialmente, não estava inclinado a acompanhar o eminente Ministro-Relator no sentido de aplicar as regras do grupo TAF ao caso da apelada, que iria ingressar na categoria de Fiscal de Tributos Previdenciários. No entanto, esse argumento impressionou-me bastante, que é justamente o de haver sido expedido decreto-lei recente para beneficiar os Procuradores da Fazenda Nacional e o pessoal do Grupo TAF, assim considerados apenas os Fiscais de Tributos do Ministério da Fazenda,

ficando de fora os fiscais de Previdência Social.

Portanto, apesar de parecer-me que a contribuição previdenciária faz parte do gênero tributo — quanto a isso não tenho a menor dúvida — acho que, no particular, o decreto-lei do final do ano passado, ao fazer a distinção para efeito de aplicação dessa vantagem — exclusiva dessa categoria do Ministério da Fazenda — deixou claro que não se poderia aplicar aos aspirantes a cargos de Fiscais Previdenciários aquelas mesmas restrições com relação à idade, previstas para o grupo TAF *strictu sensu*.

Assim sendo, acompanho o eminente Ministro Leitão Krieger.

#### EXTRATO DA MINUTA

REO nº 89.566-RJ — O Rel. p/Acórdão Sr. Ministro Leitão Krieger. Rel. Originário: Sr. Ministro Washington Bolívar. Remetente. Juiz Federal da 9ª Vara. Parte A: Mary Desidério Valverde e outros. Parte R: União Federal.

Decisão: Prosseguindo-se no julgamento, a Turma na maioria, confirmou a sentença, negando provimento à remessa de ofício, vencido o Relator. (Em 28-2-84 — 1ª Turma).

O Sr. Ministro Leitão Krieger lavrará o Acórdão. Vencido o Sr. Relator, os Ministros Leitão Krieger e Carlos Thibau votaram de acordo. Não compareceu o Sr. Ministro Járbas Nobre por motivo de licença. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Washington Bolívar.

#### APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 90.032 — RJ

Relator: O Sr. Ministro Adhemar Raymundo

Apelante: Claudete de Freitas Baptista

Apelada: Faculdade de Direito Cândido Mendes

#### EMENTA

Mandado de segurança.

Coisa julgada. Identidade de demandas, ante os elementos fáticos que as embasaram. Se, em pleito anterior, a impetrante figurou em ação de segurança, como litisconsorte, logrando matrícula na Universidade, via liminar, a qual foi, posteriormente, cassada, com a denegação do mandamus, não pode, em outra ação, renovar o pedido, que tem o mesmo fundamento jurídico.

### 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, 25 de novembro de 1983. (Data do julgamento) — Ministro Carlos Madeira, Presidente — Ministro Adhemar Raymundo, Relator.

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Adhemar Raymundo (Relator): Claudete de Freitas Baptista impetrou mandado de segurança contra ato do Diretor da Faculdade de Direito Cândido Mendes que lhe cancelou a matrícula na 4ª série de Direito.

Alegou que foi matriculada no prazo estipulado, e fez a entrega da documentação exigida, tendo cursado as 1ª, 2ª e 3ª séries do curso de Direito, matriculando-se em janeiro de 1980 na 4ª série, porém, 34 dias depois, foi chamada à Diretoria para cientificar-se de que sua matrícula fora cancelada, por não constarem, nos arquivos da impetrada, documentos da impetrante, destacando o fato de já ter cursado as 1ª, 2ª e 3ª séries, sem nenhum problema.

Com liminar, foram solicitadas as informações, que as prestou a autoridade coatora, argüindo preliminar

de coisa julgada e esclarecendo que a impetrante se matriculou em 1977, na 1ª série, por força de liminar concedida em mandado de segurança em que ingressou como litisconsorte, por não ter, àquela época, concluído o 2º grau, e, embora denegada a segurança em 6 de setembro de 1978, só chegou ao conhecimento da impetrada nos primeiros dias de 1980, daí por que cancelou a matrícula da impetrante; no mérito, sustentando ser nulo o exame vestibular, pois a impetrante não preencheu, à época do exame, a escolaridade exigida; após transcrever jurisprudência dos tribunais que, entendia, dá guarida a seu ato, findou pedindo a extinção do processo com a conseqüente cassação da liminar.

O Ministério Público oficiou pela denegação do «writ».

O Dr. Juiz Federal denegou a segurança.

Apelou a impetrante.

Contra-arrazoou a impetrada fls. 56/60.

A douta Subprocuradoria-Geral da República opinou pelo improvimento da apelação.

É o relatório.

### VOTO

O Sr. Ministro Adhemar Raymundo (Relator): Com acerto, o douto julgador do primeiro grau não examinou o mérito da causa, por entender haver coisa julgada. De fato, a impetrante, juntamente com outros, obteve matrícula na Faculdade, via liminar em mandado de segurança

ca. Isso, em 1977. Mas, em 1978, o mandado de segurança impetrado, no qual a apelante figurava como litisconsorte, foi denegado. (V. folha nº 22 destes autos). Logo, o dizer-se que a situação é diversa não tem procedência ante os fatos que são incontroversos. Com efeito, a matrícula da impetrante, efetivada por decisão preliminar na ação anterior, perdeu a sua razão de ser com o *decisum* denegatório da segurança. Destarte, o cancelamento da matrícula da impetrante se dera em cumprimento daquela decisão. Renovar-se a questão, que tem os mesmos contornos jurídicos, do ponto de vista das partes, do pedido e da causa de pedir, é juridicamente impossível, ante o obstáculo da coisa julgada.

Nego provimento à apelação.  
É como voto.

#### EXTRATO DA MINUTA

AMS nº 90.032-RJ — Relator: Sr. Ministro Adhemar Raymundo. Apte.: Claudete de Freitas Baptista. Apda.: Faculdade de Direito Cândido Mendes.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação. (3ª Turma, em 25-11-83).

Votaram de acordo com o Relator os Srs. Ministros Hélio Pinheiro e Carlos Madeira. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Flaquer Scarcezini. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Carlos Madeira.

#### REMESSA EX OFFICIO Nº 90.066 — DF

Relator: O Sr. Ministro Evandro Gueiros Leite

Remetente: Juízo Federal da 1ª Vara

Partes Autoras: Ibrahim Wadih Kouri e outros

Parte Ré: Conselho Federal de Corretores de Imóveis — COFECI

#### EMENTA

Processo administrativo. Obediência ao princípio da ampla defesa.

O princípio da ampla defesa, que é universal, não admite postergação, nem restrições na sua aplicação (Meirelles, «Direito Administrativo Brasileiro», 8ª ed., pág. 663). Mesmo no processo administrativo, em que o «due process of law» do direito anglo-americano não deve ser observado em sua maior rigidez, a falta de intimação para o julgamento e a perda do direito à sustentação oral são vícios anulatórios. Concessão da segurança.

#### ACÓRDÃO

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

Decide a 2ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, desacolher a remessa e confirmar a sentença concessiva da segurança,

na forma do voto e notas taquigráficas precedentes que integram o presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 3 de maio de 1983. (Data do julgamento) — Ministro Evandro Gueiros Leite, Presidente-Relator.

## RELATÓRIO

## É o relatório.

O Sr. Ministro Evandro Gueiros Leite (Relator): Os corretores de imóveis Ibrahim Wadih Kouri, Alberto Ribeiro Cruz Júnior e Roberto de Oliveira Dias impetram mandado de segurança contra o Conselho Federal de Corretores de Imóveis (COFECI), objetivando a anulação de julgamento por cerceamento de defesa.

O primeiro impetrante foi nomeado interventor no Conselho Regional dos Corretores de Imóveis da 1ª Região. E no exercício regular de suas funções designou os outros dois para seus auxiliares. Depois, viram-se indiciados em procedimento administrativo e condenados.

É também objetivo do «writ», conforme aditamento à inicial (fls. 55/56), a possibilidade de candidatarem-se os impetrantes às eleições do CRECI, 1ª Região, pois tal como punidos não poderiam fazê-lo. Pediram, por isso, o adiantamento liminar, concedido à fl. 57.

O Conselho prestou informações (fls. 59/62), argüindo preliminar de inexistência de direito líquido e certo. No mérito, após relatar os fatos pelos quais foram condenados a repor os dinheiros do CRECI, o informante justifica a decisão obtida em processo regular.

As fls. 106/108 falou o órgão do Ministério Público, pela denegação da ordem, Sentença do Dr. José Bolívar de Souza concessiva e anulatória do julgamento, a fim de que outro se promova, garantida a sustentação oral dos impetrantes (fl. 115).

O Dr. Osmar Rodrigues de Carvalho, pela Subprocuradoria-Geral da República, pediu fosse acolhida a remessa e reformada a sentença, pois a mera falta de sustentação oral perante o Conselho não levaria ao extremo da anulação do julgamento (fls. 131/133).

## VOTO

O Sr. Ministro Evandro Gueiros Leite (Relator): A questão se prende ao fato de que houve óbice à sustentação oral pelos impetrantes, no julgamento do processo no Conselho Federal de Corretores de Imóveis. Esse óbice estaria comprovado a fl. 49, com a ata dos trabalhos.

A falha, que no entender da respeitável sentença daria lugar, como deu, à renovação do julgamento, resultara de outra, procedimental, a ausência de pauta e realização do julgamento em dia de sábado, do que também não foram cientificados os impetrantes.

Acho, de minha parte, que tais fatos (omissivos e comissivos) podem levar à caracterização do cerceamento de defesa, o qual não se mede por sua maior ou menor importância, mas pela necessidade, na amplitude do princípio consagrado no art. 153, § 15, da Constituição Federal.

O douto parecerista estranha o fundamento da respeitável sentença no art. 153, § 15, como se não bastasse. Acha, inclusive, que não há lei garantindo a sustentação oral. Contudo, basta ler-se o art. 552, do CPC, que se entende combinadamente com o art. 236, § 1º, do mesmo Código.

Os feitos são obrigatoriamente incluídos em pauta, à exceção de alguns poucos, principalmente os em que não se admite, expressamente, a sustentação oral. A pauta é publicada e afixada. E a publicação deve atender ao que manda o texto, sob pena de nulidade (STF, RE nº 91.487-1 MG e RE nº 85.878-4-BA).

Menciona T. Negrão que independentemente do requisito do prequestionamento, a parte prejudicada pode alegar em recurso extraordinário a nulidade do julgamento antecedido

de intimação que desobedecesse ao art. 236, § 1º, ou ao art. 552, § 1º.

Em face do atual Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, em seu art. 325-VII, a questão comporta reexame (Cf. CPC e Legislação Processual em Vigor, 11ª ed. atualizada até 20-8-82, art. 552: 1, pág. 192). Tais princípios aplicam-se subsidiariamente aos demais processos, *modus in rebus*.

Sobre o assunto ressalta Hely Lopes Meirelles que a defesa é garantia constitucional de todo acusado, em processo judicial ou administrativo, e compreende ciência da acusação, vista dos autos, oportunidade de provas, inquirição e reperguntas e observância do devido processo legal («Direito Administrativo Brasileiro», 8ª ed. pág. 663).

Não levamos tão longe a rigidez do devido processo legal anglo-americano. Mas temos de exigir que o princípio não seja postergado, nem restringido na sua aplicação. Proces-

so administrativo sem oportunidade de ampla defesa, ou com defesa cerçada, é nulo.

Nestes termos, desacolho a remessa e confirmo a respeitável sentença, bem como a liminar.

É como voto.

#### EXTRATO DA MINUTA

REO nº 90.066-DF — Rel.: O Sr. Min. Evandro Gueiros Leite. Remete.: Juízo Federal da 1ª Vara. Partes autoras: Ibrahim Wadih Kouri e outros. Parte ré: Conselho Federal de Corretores de Imóveis — COFECI.

Decisão: Turma, por unanimidade, desacolheu a remessa e confirmou a sentença concessiva da segurança. (Em 3-5-83 — 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.

#### APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 91.990 — PR

Relator: O Sr. Ministro Bueno de Souza

Apelante: Therezinha Aparecida Petrini

Apelada: União Federal

#### EMENTA

Administrativo e Processual Civil.

Ato administrativo.

Aplicação de sanções.

Perdimento de mercadorias de procedência estrangeira, apreendidas por terem sido irregularmente introduzidas no território nacional; e, bem assim, do veículo transportador.

Ato ministerial que aplicou as penalidades em procedimento administrativo instaurado contra vários interessados.

Referência, não obstante, no seu próprio teor, aos diversos interessados individualmente nomeados; explicitação, ademais, de que a pena recai sobre as mercadorias e os veículos transportadores,

com fundamento no art. 23 do Decreto-Lei nº 1.445/76, c/c o art. 118 do Decreto-Lei nº 37/66.

Mandado de segurança impetrado apenas contra o ato de execução e que explicitamente ressalva o próprio ato ministerial.

Impugnação, portanto, de ato de mera execução de ordem de superior hierárquico, que se impõe presumir legítima.

Recurso: apelação contra sentença denegatória da segurança.

Inexistência de ofensa a direito certo e líquido.

Desprovimento do 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, 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 — Ministro Bueno de Souza, Relator.

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Bueno de Souza: Therezinha Aparecida Petrini impetrou mandado de segurança de natureza preventiva contra ato do Chefe do Serviço de Atividades Especiais da Delegacia da Receita Federal em Cascavel que, por ofício de 9 de agosto de 1980, «recebido dois dias após» (v. fl. 3), solicitou a entrega, marcando dia e hora, de um caminhão de propriedade da impetrante, devidamente caracterizado na inicial.

Alega a impetrante que referido veículo estava alugado «por contrato escrito» (fl. 2) a Petrini & Cia. Ltda., com sede em Guariba, Estado de

São Paulo; e que, ao transportar uma carga de madeira adquirida pela locatária no Paraguai, foi apreendido, em 19 de outubro de 1979, por agentes fiscais de tributos federais da Delegacia da Receita Federal em Cascavel, juntamente com o carregamento mencionado e, bem assim, vinte e quatro garrafas de «whisky» de procedência estrangeira, desprovidas da necessária documentação, razão pela qual dois processos foram instaurados: a) o processo criminal contra o motorista Luiz Miami dos Santos e seu empregador, Edison Luiz Petrini (não, porém, contra a impetrante). Nos autos desta ação penal obteve «o retorno do mencionado caminhão» (fl. 3), como fiel depositária; e b) o processo administrativo-fiscal para imposição da pena de perdimento do veículo.

Acrescenta que este, abrangendo cerca de cinqüenta casos de apreensão, findou por despacho decisório do Senhor Ministro da Fazenda, de que não cabe recurso, no qual se baseou o ofício inicialmente referido, ao cuidar a autoridade coatora de dar as providências necessárias para levar a leilão o veículo apreendido.

A inicial qualifica essa providência como manifestamente ilegal, seja porque continua como depositária do caminhão, mercê de decisão judi-

cial; seja, ainda, porque o Ministro da Fazenda «só aplicou aos infratores a pena de perdimento das mercadorias contrabandeadas». Assim, atingido não foi o veículo.

Esclarece, enfim, que esta demanda não envolve pedido de «decisão de mérito sobre a legalidade ou não da decisão do Senhor Ministro da Fazenda, ora ampliada por erro de interpretação por parte da digna autoridade coatora, esquecida até de que seu ato importa em verdadeiro desacato a uma determinação judicial» (sic, fl. 4): a decisão sobre isso há de ter lugar futuramente, «ou em ação de depósito, própria para se exigir restituição de coisa depositada, sob pena de prisão», ou «em execução fiscal».

Pediu, assim, o decreto liminar, a fim de não se tornar inócua a providência; e, enfim, que a sentença, ao confirmá-la, mantenha a impetrante na condição de fiel depositária do caminhão, «até que a Fazenda Nacional obtenha por decisão final irrecorrível, numa das ações mencionadas, decisão reconhecendo a legalidade aqui contestada, da pena de perdimento do caminhão» (fl. 5).

Colhidas as informações, a sentença do ilustre Juiz Federal da 3ª Vara do Paraná apreciou as razões das partes, ao escrever (fls. 38/39):

«A douta Procuradoria da República (fls. 30/2) é pela denegação da segurança.

Segundo esse parecer, a decisão do MM. Juiz da ação penal, que autorizou a entrega do veículo à impetrante como fiel depositária, «não obsta o regular andamento do procedimento administrativo-fiscal».

O Sr. Ministro da Fazenda (doc. fls. 13/4), decretou «a pena de perdimento das mercadorias e/ou veículos referidos nos processos correspondentes ...»:

Foi usada a alternativa porque em alguns processos houve só apreensão de mercadoria, o que não é o caso da impetrante, houve apreensão da mercadoria e do veículo.

A autoridade apontada coatora limitou-se a executar a decisão do Sr. Ministro, daí não ser ela parte legítima para figurar no mandado.

A título de esclarecimento, informa que foi instaurado inquérito policial pela recusa de devolução do veículo, inquérito esse distribuído à 2ª Vara Federal de São Paulo, sob o nº 6/81.

Finalmente, não há notícia de cumprimento, pelo subscritor da inicial, do despacho de fl. 21, do qual foi regularmente informado.

Torna a impetrante (fls. 33/7) para insistir na concessão da liminar por ter sido, pela autoridade policial, removido o caminhão para a sede da Delegacia de Polícia Federal de São José do Rio Preto/SP».

Afinal, resumiu S. Exa. a motivação, verbis:

«Caminhão de propriedade da impetrante foi apreendido porque nele se transportava mercadoria de procedência estrangeira, sem nota de importação legal;

o condutor do veículo e seu empregador foram indiciados em inquérito policial;

a impetrante recebeu o veículo como fiel depositária, de acordo com sentença que ressalva o caminhamento do procedimento administrativo fiscal;

neste, o Exmo. Sr. Ministro da Fazenda decretou, juntamente com outros processos, o perdimento de mercadoria e/ou veículos apreendidos;

consta alternativa na decisão porque, nem em todos os processos

houve apreensão de veículo, mas no caso em tela, houve;

autoridade coatora é mera executora da decisão ministerial».

E concluiu:

«Pelo exposto, verificado que o Chefe do Serviço de Atividades Especiais da Delegacia da Receita Federal em Cascavel limitou-se a executar ordem superior, não é parte legítima para figurar neste mandado de segurança».

Apelou a impetrante, insistindo em que o caminhão, ao ser apreendido, não se achava em sua posse, razão pela qual não foi alvo de investigação policial nem de denúncia; que persiste apenas no propósito de permanecer como depositária do veículo.

Contra-arrazoado o recurso, subiram os autos.

Oficiou a Subprocuradoria-Geral da República, verbis:

«1. Trata-se de mandado de segurança contra ato do Sr. Ministro da Fazenda que declarou a perda de veículo transportador de mercadoria alienígena, na forma do parágrafo único do art. 23, c/c o art. 27, ambos do Decreto-Lei nº 1.455/76.

2. Entendeu o douto Juízo singular (fl. 39) haver ilegitimidade passiva, uma vez que o «writ» foi proposto contra o Chefe de Serviço de Atividades Especiais da Delegacia da Receita Federal que «limitou-se a executar ordem superior, não é parte legítima para figurar neste mandado de segurança». Em consequência, julgou extinto o processo com base no art. 267, VI, do CPC.

3. Permissa venia, nada há reparar no *decisum*.

De fato, praticado o ato final do procedimento administrativo-fiscal, iniciado na forma dos arts.

27 e segs. do Decreto-Lei nº 1.455/76, pelo Sr. Ministro da Fazenda, autoridade hierarquicamente superior, torna-se essa legitimada passivamente para responder pelo *mandamus*.

Não seria admissível que, através de mandado de segurança dirigido contra o Juízo singular, se pudesse desconstituir ato emanado do Sr. Ministro da Fazenda, que goza de foro privilegiado — letra a, inc. I, do art. 122, da Constituição Federal.

4. Assim, ratificando as razões de fls. 46/48, opinamos pela manutenção do *decisum*».

É o relatório.

#### VOTO

O Sr. Ministro Bueno de Souza (Relator): O Decreto-Lei nº 37, de 18-11-66, ao dispor sobre o imposto de importação e reorganizar os serviços aduaneiros, prevê as hipóteses em que tem lugar a perda da mercadoria de origem estrangeira, ao lado daquelas em que cabe a perda do veículo transportador.

Indica, a seguir, os casos em que a perda pode abranger a mercadoria de procedência estrangeira e o veículo transportador (arts. 104 e 105), desde que, ao discriminar as diversas penas, esclarece que elas são «aplicáveis separada ou cumulativamente» (art. 96).

2. O mesmo diploma legal cuida também do procedimento administrativo-fiscal (que chama processo) através do qual «a infração será apurada» (art. 118). O preparo do procedimento incumbe à repartição aduaneira (art. 122); «regulamento estabelecerá os prazos não afixados (sic) no decreto-lei» (art. 124, § 2º), o qual disporá ainda sobre «a competência para julgamento do processo fiscal» (art. 125).

Admitem-se pedido de reconsideração e recurso (art. 128).

3. O Decreto-Lei nº 1.455, de 7-4-76, estabelecendo normas «sobre mercadorias estrangeiras apreendidas» (sic, depois de qualificar como «dano ao Erário» as infrações relativas às mercadorias enquadradas nas hipóteses previstas nas alíneas a e b do parágrafo único do art. 104», a seguir, dispõe:

«Art. 24. Consideram-se igualmente dano ao Erário, punido com a pena prevista no parágrafo único do art. 23, as infrações definidas nos incisos I a VI do art. 104 do Decreto-Lei nº 37, de 18-11-66».

Relativamente ao procedimento a observar na apuração do ilícito e aplicação da penalidade, preceitua (art. 27) que o «processo fiscal» terá início pelo auto de infração acompanhado do termo de apreensão e, se for o caso, de termo de guarda. Consoante o § 4º, «o processo será encaminhado ao Secretário da Receita Federal, que o submeterá à decisão do Ministro da Fazenda, em instância única».

4. Assim, definidas por lei as infrações e as sanções aplicáveis, atribuída foi ao Ministro da Fazenda a autorização legal para decidir, sem recurso, no âmbito da administração, sobre a ocorrência do ilícito e sobre a pena impositiva (art. 28).

Em continuação, e através da Portaria nº 271, de 14-7-76, foram baixadas «normas de processo fiscal relativo às mercadorias objeto de aplicação de pena de perdimento, de que tratam os arts. 23 a 31 do Decreto-Lei nº 1.455, de 7-4-76».

5. Como se vê, as regras procedimentais por último referidas especializam para o caso das infrações previstas nos Decretos-Leis nºs 37/66 e 1.455/76, não somente as disposições constantes desses diplomas legais como, também, as contidas no

Decreto nº 70.235, de 6-3-72, que regula o «processo administrativo-fiscal».

Cuida-se de normas sobre a sub-sunção a ser efetuada pela Administração Pública, a saber: a atividade independente de provocação alheia, consistente em tomar conhecimento de fatos configuradores dessas infrações fiscais, comprovar a respectiva prática e aplicar as sanções cabíveis, sem prejuízo do monopólio da jurisdição exercida, a propósito, pelos órgãos do Poder Judiciário, aos quais somente pertence a competência (jurisdição) para a subsunção definitiva e final, mercê de garantia constitucional (art. 153, § 4º), sempre que devidamente solicitada, mediante ação e processo (em sentido próprio).

6. A atividade essencialmente administrativa a que o fato se refere não merece, em verdade, identificação com a função propriamente jurisdicional, o que convém acentuar a fim de conjurar graves equívocos, que o emprego inadequado da terminologia pode acarretar.

Observe-se o uso, na legislação vigente, de expressões como processo fiscal ou processo administrativo-fiscal (Decreto-Lei nº 37/66, arts. 118, 122; Decreto-Lei nº 1.455/76, art. 27; Decreto nº 70.235/72, art. 1º); jurisdição e competência (Decreto-Lei nº 37/66, arts. 33, 147; Decreto-Lei nº 1.455/76, art. 27, § 4º; Decreto nº 70.235/72, art. 25) e ação fiscal (Decreto-Lei nº 1.060, de 21-10-69, art. 3º, § 5º).

Trata-se, não obstante, de função eminente e essencialmente administrativa, muito embora revestida de características que se assemelham à função jurisdicional. Basta ter em vista que, no respectivo desempenho, a Administração Pública atua como juiz em causa própria, por sua iniciativa, não obstante assegurada também a defesa, em face mesmo

da amplitude da garantia da Lei Maior.

7. No desempenho dessa atividade foi que o Senhor Ministro da Fazenda, em procedimento administrativo no qual a apelante consta expressamente nomeada entre os diversos interessados, decidiu, indubitavelmente, aplicar-lhe a pena de perdimento, tanto da mercadoria como do veículo.

Em que pese a presença, nos autos, de indícios que pudessem favorecer a apreciação da conduta da apelante; e sem embargo das reservas com que devem ser recebidos atos administrativos como o ato ministerial referido (que aprecia, conjuntamente, numerosos casos, ensejando o risco de apreciação equivocada de alguma das espécies), certo é, por um lado, que, enquanto não for desfeito, o ato ministerial há de produzir seus efeitos; que não pode o funcionário subordinado deixar de cumprir decisão ministerial concreta e individuada; que, presumindo-se esta legítima, não emerge ofensa a direito certo e líquido da impetrante, por se conduzir disciplinadamente o servidor, aqui demandado como autoridade coatora, no cumprimento de ordem superior.

8. Insista-se, ademais, na reiterada ênfase da apelante, ao dizer que não se insurge propriamente contra o ato ministerial; e acentue-se que este declaradamente se refere à ape-

lante, para lhe impor, sem margem de dúvida, as duas sanções já mencionadas, como se pode ver à fl. 14, verbis:

«Julgo procedentes as respectivas ações fiscais e aplico aos infratores, com fundamento no parágrafo único do artigo 23, do Decreto-Lei nº 1.455, de 7 de agosto de 1976, a pena de perdimento das mercadorias e/ou veículos referidos nos processos correspondentes de conformidade com os Pareceres Conclusivos da 9ª Região Fiscal.

À Secretaria da Receita Federal, para as providências complementares».

Ante o exposto, não há direito certo e líquido a ensejar mandado de segurança; e, assim, não há senão negar provimento à apelação.

É o que faço.

#### EXTRATO DA MINUTA

AMS nº 91.990-PR — Rel.: O Sr. Min. Bueno de Souza. Apte.: Therezinha Aparecida Petrini. Apda.: União Federal.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação. (Em 20-6-83 — 4ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Mins. Antônio de Pádua Ribeiro e Armando Rollemberg.

Presidiu o julgamento o Sr. Min. Armando Rollemberg.

#### APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 92.863 — SP

Relator: O Sr. Ministro Pedro da Rocha Acioli

Remetente: Juízo Federal da 6ª Vara-SP

Apelante: União Federal

Apelada: Martini e Rossi S.A. — Ind. Com. Importação

#### EMENTA

Tributário. Prescrição. Mandado de segurança.

1. A prescrição «verjährung» começa com o nascimento da pretensão «anspruch» à tutela jurídi-

ca (BGB, § 198), vale dizer, a prescrição supõe a existência da pretensão executiva (*actio nata*), isto é, a existência de uma ação exercitável.

2. A simples impetração de mandado de segurança não suspende a exigibilidade do crédito tributário. Caduca a medida liminar (Lei nº 4.348/64, art. 1º, b), concedida sob fiança bancária, pode a Fazenda cobrar o crédito, anteriormente lançado, fluindo concomitantemente, o prazo de prescrição.

3. Prescrição reconhecida em mandado de segurança, por sentença que se confirma; apelação e remessa *ex officio* desprovidas.

### ACÓRDÃO

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

Decide a 5ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, negar provimento ao recurso voluntário e à 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, 14 de dezembro de 1983.  
(Data de julgamento) — Ministro Moacir Catunda, Presidente — Ministro Pedro Rocha Acioli, Relator.

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Pedro da Rocha Acioli: Martini & Rossi S.A. Indústria, Comércio e Importação impetrou mandado de segurança contra ato do Sr. Agente da Receita Federal em São Bernardo do Campo. Referida autoridade notificou a impetrante para pagar a importância de Cr\$ 24.891,00, mais juros e correção monetária, referente a imposto de renda na remessa de juros para o exterior, exercício de 1972.

A impetração tem por objeto o reconhecimento da prescrição da cobrança do crédito tributário. Concedida a segurança, os autos subiram por força do duplo grau necessário

de jurisdição e apelo voluntário da União. Nesta instância, opinou a SGR pela reforma da sentença monocrática, com o parecer da lavra do Procurador Dr. Osmar de Carvalho, aprovado pelo Dr. Oswaldo Degrazia, do seguinte teor:

«A impetração visou a obter o reconhecimento judicial de que o débito reportado no lançamento de cuja notificação a contribuinte fora alvo, pelo decurso de mais de cinco anos de sua constituição, estavam extintos. Sustentou que se não fosse o caso de encontrar-se o crédito respectivo atingido pela decadência, estaria irremediavelmente prescrito.

O emérito julgador de primeiro grau, sensível a tais argumentos assinalou que:

... é fácil verificar que a ação para cobrança do crédito tributário prescreveu pelo decurso do prazo de cinco anos referido pelo art. 174 do CTN, transcrito na inicial. Em março de 1972 foi requerido o mandado de segurança para não pagar o imposto de renda sobre remessa de juros para o exterior. Concedida a liminar, suspendeu-se a exigibilidade do crédito tributário por 120 dias, de acordo com o art. 1º da Lei nº 4.348/64. Em agosto de 1972, caducou a liminar. Daí em diante a Fazenda Nacional poderia cobrar

o crédito tributário até agosto de 1977, pouco importando a existência de impetração de mandado de segurança que, por si só, não suspende a exigibilidade do crédito tributário.

Mas a Fazenda Nacional só expediu a notificação de fl. 11 em 12-9-80; e a intimação de fl. 12 em 18-9-80. Mais de um ano depois de decorridos cinco anos para cobrança. Está prescrita a ação.

Argumenta a autoridade impetrada que a prescrição não ocorre se a questão estava sub judice.

Não tem razão. Já se disse que o simples pedido de mandado de segurança não suspende a exigibilidade do crédito. O que o suspende é liminar ou sentença concessiva. No caso, não existe nem uma nem outra.

Logo, se a Fazenda, podendo cobrar o seu crédito não o fez, no devido tempo, terá de suportar a sua negligência pela intercorrência da prescrição.

Vivamente inconformada, a União Federal recorreu, aduzindo, no mérito, que a espécie, data venia, não caracteriza nem a decadência nem a prescrição invocadas (fls. 29/30).

Prospera, venia concessa, o ponto de vista advogado pela recorrente.

Com efeito, a própria apelada salientara, na intervenção inaugural, que impugnara o lançamento apontado no «writ» administrativamente, ficando o processo em tela tramitando por mais de cinco anos.

Explicitou a apelante as consequências dessa situação, frisando:

Confessa a petição inicial que a matéria que ensejou a posterior cobrança do crédito tributário — incidência de imposto de renda

na remessa de juros para o exterior — esteve sub judice de 1972 a 1979, em mandado de segurança impetrado perante a MM. 1ª Vara desta seção, e a final foi denegado;

Ora, denegada a segurança, e não tendo havido inércia da administração, que apenas se limitou a aguardar a decisão do judiciário, não há como se falar em prescrição.

Prescrição somente poderia ter ocorrido se a matéria não estivesse sendo judicialmente discutida».

Bem a propósito, outra não é a posição assente na jurisprudência iterativa, tanto nessa colenda Corte, como perante o Pretório mais alto, como nos dão conta, entre outros, os arestos inclusos:

AC nº 67.566-PR — Rel.: Sr. Min. Moacir Catunda.

Apte.: Industrial São Luiz Ltda.

Apda.: União Federal.

EMENTA: Tributário. Execução Fiscal. Imposto de Renda. Decadência. Prescrição.

1. Constituído o crédito pelo lançamento, a partir daí, não há falar-se em prazo de decadência, e sim de prescrição, sujeito à suspensão por força de recurso — CTN, art. 142, c/c o 151, III, e 1.567, V — TFR, AMS nº 77.703.

2. Inocorrência de prescrição, no caso, por que não ultrapassado o prazo de 5 anos entre a constituição definitiva do crédito e a citação da executada — CTN, art. 174, II.

3. Alegações de cerceamento de defesa e nulidade do processo administrativo não demonstradas.

4. Apelação a que se nega provimento.

Acórdão: Por unanimidade.

(DJ 24-3-83 — pág. 3.338).

RE nº 99.666-4-SP — Rel.: Sr. Min. Soares Muñoz.

Recte.: Estado de São Paulo.

Recdo.: Casemiro Pires.

Decisão: À unanimidade.

EMENTA: Crédito Tributário. Prescrição.

O prazo prescricional da dívida fiscal começa a correr do dia do auto de infração (art. 174 do CTN), mas se suspende a exigibilidade do crédito durante a tramitação do processo administrativo (art. 151, III, CTN) e recomeça a correr a partir da data em que o contribuinte é notificado da decisão final administrativa. O prazo decadencial é anterior; flui do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado (art. 173, I, do CTN) e se consuma se em cinco anos não é lavrado o auto de infração. Recurso conhecido e provido. (DJ 8-4-83 — pág. 4155).

RE nº 95.517-MG — Relator Sr. Min. Oscar Corrêa Recte.: Elba — Construtora Euler e Barbosa Ltda.

Recda.: União Federal.

Decisão: — Crédito Tributário.

Inocorrência de decadência, suspensa a sua exigibilidade pelo recurso administrativo ao Conselho de Contribuintes.

Negativa de vigência do art. 173 do Código Tributário Nacional incorrente e dissídio jurisprudencial incomprovado.

Recurso Extraordinário não conhecido. (DJ 15-4-83 — pág. 4657).

Nestas condições, o Parecer é pelo conhecimento e provimento do recurso voluntário em apreciação, reformada, de consequência, a honorável decisão monocrática afrontada» (fls. 39/44).

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Pedro da Rocha Acioli (Relator): Não abono o entendimento da SGR; pelo contrário, nego provimento ao recurso voluntário e à remessa de ofício para manter a bem lançada sentença do Dr. José Pereira Gomes Filho, de fls. 23/25, verbis:

«Martini & Rossi S.A. Indústria, Comércio e Importação, devidamente qualificada e «representada, impetra a presente segurança contra ato do Sr. Agente da Receita Federal em S. Bernardo do Campo, alegando, em síntese o seguinte, que, em março de 1972, a impetrante requereu mandado de segurança contra ato da mesma autoridade, ora impetrada, objetivando o não-pagamento do imposto de renda na remessa de juros para o exterior; que processado o feito com o nº 82/73, posteriormente remunerado para 0011576, perante a 1ª Vara Federal, foi deferida a medida liminar, mediante fiança bancária, a qual foi notificada a autoridade impetrada em 24-3-72; que, decorridos mais de sete anos da concessão da liminar, foi proferida a sentença de fl. 13, publicada em 23-7-79, denegando a segurança; que, em consequência, a autoridade impetrada fez expedir a intimação de fl. 12, exigindo o pagamento da importância de Cr\$ 24.891,00, juros de mora e correção monetária; que, todavia, o crédito tributário está prescrito, em face do art. 174, Código Tributário Nacional que, efetivamente, assim é porque o crédito tributário teve sua exigibilidade

suspensa por 120 dias, enquanto duraram os efeitos da liminar, nos termos do art. 1º, b da Lei nº 4.348/64; que, a partir da data em que a liminar caducou, começou a correr o prazo de cinco anos para cobrança do crédito tributário.

Processo o feito com liminar, vieram aos autos as informações de fls. 17/19, alegando a legalidade do ato impugnado.

Manifestou-se a D. Procuradoria da República à fl. 20, opinando pela denegação da segurança.

E o relatório. Decido.

Para comprovar que o crédito tributário de que se trata está prescrito, a impetrante requereu a exibição do Processo Administrativo nº 08101286/77, do qual originou a notificação de lançamento de fl. 11 e a intimação para o recolhimento do tributo e acréscimos de fl. 12.

Entretanto, a autoridade impetrada, recusou-se a enviar o processo administrativo referido, alegando que o mandado de segurança requerido é desprovido de fundamento.

Seja como for, não cabe à autoridade alegar que o processo em causa interessa ou não a este Juízo. Cabe, sim, enviá-lo cumprindo a ordem judicial de que trata o ofício de fl. 15. Se assim não procedeu a autoridade impetrada, é considerada verdadeira toda a inicial.

Quando assim não fosse, é fácil verificar que a ação para cobrança do crédito tributário prescreveu pelo decurso do prazo de cinco anos referido pelo art. 174 do CTN, transcrito na inicial. Em março de 1972 foi requerido o mandado de segurança para não pagar o imposto de renda sobre remessa de juros para o exterior. Concedida a liminar, suspendeu-se a exigibilidade do crédito tributário por 120 dias,

de acordo com o art. 1º, b, da Lei nº 4.348/64. Em agosto de 1972, caducou a liminar. Daí em diante a Fazenda Nacional poderia cobrar o crédito tributário até agosto de 1977, pouco importando a existência de impetração de mandado de segurança que, por si só, não suspende a exigibilidade do crédito tributário.

Mas a Fazenda Nacional só expediu a notificação de fl. 11 em 12-9-80; e a intimação de fl. 12 em 18-9-80. Mais de um ano depois de decorridos cinco anos para cobrança. Está prescrita a ação.

Argumenta a autoridade impetrada que a prescrição não ocorre se a questão estava sub judice. Não tem razão. Já se disse que o simples pedido de mandado de segurança não suspende a exigibilidade do crédito. O que o suspende é liminar ou sentença concessiva. No caso, não existe nem uma, nem outra.

Logo, se a Fazenda, podendo cobrar o seu crédito não o fez, no devido tempo, terá de suportar a sua negligência pela intercorrência da prescrição.

Isto posto, concedo a segurança na forma pleiteada.

Remetam-se os autos, oportunamente, ao E. Tribunal Federal de Recursos, dada à exigência do duplo grau de jurisdição.

P.R.I.O.»

É da teoria geral do direito, conforme proclamado por autorizados juristas pátrios e estrangeiros, que não corre prescrição quando não existe ação. O preceito que está inscrito no § 198 do BGB, está assentado no princípio da actio nata, que, visto ao reverso, permite concluir que presente, em concreto, o direito de cobrar, corre prescrição.

As causas diretas de suspensão da exigibilidade do crédito tributário são (I) a moratória, (II) o depósito do montante integral do crédito tributário, (III) as reclamações e os recursos administrativos e (IV) a concessão de medida liminar em mandado de segurança (CTN, art. 151). No caso, houve concessão de medida liminar, mediante garantia fidejussória. Caducada a medida, podia a União cobrar o crédito, a não ser que a medida liminar tivesse sido garantida pelo depósito integral do crédito. A fiança bancária, outrossim, não tem efeito suspensivo (RTFR 36/64).

Acertada, pois, a sentença de primeiro grau, por isso a confirmo pelos seus próprios fundamentos. Nego

provimento ao apelo voluntário e à remessa ex officio.

É o voto.

#### EXTRATO DA MINUTA

AMS nº 92.863-SP — Relator: O Sr. Min. Pedro da Rocha Acioli. Remetente: Juízo Federal da 6ª Vara-SP. Apelante: União Federal. Apelada: Martini e Rossi S.A. — Ind. Com. Importação.

Decisão: A 5ª Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso voluntário e à remessa ex officio. (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 EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 94.750 — SP

Relator: O Sr. Ministro Adhemar Raymundo

Apelante: Conselho Regional de Farmácia — CRF

Apelado: Alder Comelli

#### EMENTA

##### Mandado de segurança.

Conselho Regional de Farmácia. Provisonamento. Para os fins do art. 57 da Lei nº 6.991/73, a prova de ser proprietário ou co-proprietário de farmácia não se confunde com a licença de autoridade sanitária. Se o provisionado comprova ter pago os tributos relativos ao exercício da atividade de farmacêutico, cumprida está a exigência da lei.

#### 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, 11 de novembro de 1983. (Data do julgamento) — Ministro Carlos Madeira, Presidente — Ministro Adhemar Raymundo, Relator.

#### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Adhemar Raymundo (Relator): Alder Comelli

impetrou mandado de segurança contra ato do Presidente do Conselho Regional de Farmácia — SP, que lhe negou registro na categoria de Oficial de Farmácia.

Alegou que requereu seu registro, administrativamente, mas tempos depois o recebeu de volta acompanhado de um ofício, no qual era exigida xerox autenticada de alvará da farmácia, relativo ao ano de 1960, expedido por órgão sanitário, para que lhe fosse protocolado no Conselho o seu pedido de inscrição, todavia, diz o impetrante, a lei exige apenas a prova de propriedade de farmácia, e isto foi comprovado com o pagamento dos impostos municipais, estaduais e demais comprovantes exigidos pelo art. 59 da Lei nº 5.991/73, restando ao impetrado deferir-lhe o registro o que, obstaculizado administrativamente, fere direito líquido e certo.

Instruindo a peça vestibular vieram os documentos de fls. 12/59.

As informações vieram às fls. 64/69, esclarecendo que o impetrante não fez prova com documento hábil — contrato social de propriedade ou co-propriedade de farmácia — bem como do seu funcionamento no ano de 1960, daí não poder o Conselho Regional de Farmácia registrá-lo, por não ter como cientificar-se se era o impetrante proprietário ou co-proprietário de farmácia àquela data, pois os documentos apresentados por este não preenchem as exigências do art. 59 do Decreto nº 74.170/74.

O Ministério Público opinou pela denegação do mandamus.

Por sentença, o Dr. Juiz Federal concedeu a segurança.

Apelou a autarquia.

Contra-arrazoou o impetrante.

A douta Subprocuradoria-Geral da República opinou pela confirmação da sentença.

É o relatório.

#### VOTO

O Sr. Ministro Adhemar Raymundo (Relator): Quando a lei exige a prova de ser proprietário ou co-proprietário de estabelecimento farmacêutico, ao provisionado o ônus de comprovar que está em pleno exercício da sua atividade, no período assinalado pelo texto legal. Ora, essa prova está nos autos, como demonstrou a douta Juíza. Descabida a exigência de que o provisionado obtenha licença da autoridade sanitária. Firme nos precedentes apontados no Parecer, deste Tribunal, e acolhendo as razões de decidir da sentença, que passam a integrar este voto, nego provimento à apelação.

É como voto.

#### EXTRATO DA MINUTA

Relator: Sr. Ministro Adhemar Raymundo. Apelante: Conselho Regional de Farmácia — CRF, Apelado: Alder Comelli.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação. (3ª Turma, em 11-11-83).

Votaram de acordo com o Relator os Srs. Ministros Flaquer Scartezzini e Hélio Pinheiro. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Carlos Madeira.

**MANDADO DE SEGURANÇA Nº 97.775 — DF**

Relator: O Sr. Ministro Armando Rollemberg

Relator para o Acórdão: O Sr. Ministro Moacir Catunda

Requerentes: Cobesca Manchester Atacadista de Produtos Farmacêuticos S.A. e outras

Requerido: O Sr. Ministro de Estado da Fazenda

**EMENTA**

Constitucional tributário e processual.

1º Mandado de segurança. Lei em tese. Decreto-Lei nº 1.940, de 25-5-82 (FINSOCIAL). Portaria ministerial nº 119, de 22-6-82, que o regulamentou. Ato individualizador da norma. Autoridade coatora.

A portaria ministerial, ao estabelecer, sob pena de sanções e sem possibilidade de recuperação do que for recolhido, «o prazo dentro do qual deverá ser recolhida a contribuição, a forma de cálculo deste e que, se não efetuado dito recolhimento, será o quantitativo respectivo acrescido de correção monetária, juros e multa de mora, tornou concreta a exigência do pagamento respectivo independentemente de atuação de qualquer autoridade, sendo cabível, conseqüentemente, a impugnação de tal exigência ao fundamento de inconstitucionalidade das normas legais instituidoras da contribuição.»

2º Tributo. Instituição por Decreto-Lei. Constituição. Art. 55, II.

Tranqüilo, em jurisprudência, o entendimento de que, cumprido o requisito do art. 55, II, da Constituição Federal, o tributo pode ser criado ou majorado por decreto-lei.

Antecedentes do STF e do TFR.

3º Imposto. Contribuição: Distinção legal e doutrinária das duas figuras.

A exação instituída pelo Decreto-Lei nº 1.940/82, art. 1º e §§, formalmente denominada contribuição, em realidade não reúne os requisitos necessários para ser considerada como contribuição destinada ao custeio da intervenção no domínio econômico; ou o interesse de categorias profissionais, ou, ainda, com as que colimam atender diretamente à parte da União no custeio dos encargos da Previdência Social — Constituição, arts. 21, § 2º e 43, incisos I a X.

4º Investimentos de caráter assistencial em alimentação, habitação popular, saúde, educação e amparo ao pequeno agricultor, a cujo custeio a contribuição em causa se destina, pela natureza mesma

deles, se situam obviamente no campo de atuação da União, seguindo-se porque devem ser atendidos com os recursos provenientes dos impostos previstos em competência ordinária.

5º Sob a qualificação de contribuição, surpreendem-se, no Fundo de Investimento Social — FINSOCIAL, dois impostos genuínos, o primeiro, inominado, mas que se compreende competência residual da União (Constituição — arts. 18, § 5º e 21, § 1º), e o segundo, que configura hipótese típica de adicional do imposto de renda, cujo recolhimento não se permite no mesmo exercício em que tenha sido instituído — Constituição — art. 153, § 29.

Segurança deferida, em parte, em homenagem ao princípio constitucional de anualidade dos tributos, para livrar os contribuintes impetrantes do recolhimento da exação no exercício de 1982.

### ACÓRDÃO

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

Decide o Plenário do Tribunal Federal de Recursos, por maioria, conceder em parte o mandado de segurança para julgar inconstitucional a cobrança do tributo no exercício da sua instituição, vencidos, em parte os Srs. Mins. Armando Rollemberg, Carlos Mário Velloso, Bueno de Souza e Jarbas Nobre que julgavam inconstitucional o Decreto-Lei nº 1.940/82 e, vencidos, integralmente, os Srs. Mins. Washington Bolívar, Miguel Jerônimo Ferrante, Costa Lima e Leitão Krieger que indeferiam 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, 9 de junho de 1983 (Data do julgamento) — Ministro Jarbas Nobre, Presidente (Art. 89, § 2º do RI). — Ministro Moacir Catunda, Relator para o Acórdão

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Armando Rollemberg: Cobesca Manchester Atacadis-

ta de Produtos Farmacêuticos SA. e outras, requereram mandado de segurança para se livrarem da obrigação de recolhimento de 0,5% sobre a receita bruta de cada mês, a título de contribuição para o Fundo de Investimento Social — FINSOCIAL.

Indicaram como autoridade coatora o Sr. Ministro da Fazenda, argumentando que, criada a contribuição aludida pelo Decreto-Lei nº 1.940, de 25 de maio do ano corrente, em 22 de junho a autoridade referida baixara portaria que tomara o número 119 estabelecendo que o recolhimento respectivo deveria processar-se até o dia 20 do mês subsequente à apuração da receita bruta e que, para o exercício de 1982, ditos recolhimentos seriam devidos a partir do mês de julho, calculada a contribuição, nesse caso, sobre a receita bruta do mês de junho.

Com tal ato, sustentaram, tornara-se concreta a obrigação estabelecida para os contribuintes que realizam vendas de mercadorias, como elas impetrantes, assistindo à autoridade que o baixara, portanto, legitimidade para figurar como coatora em mandado de segurança.

Sustentaram depois que:

a) a criação do FINSOCIAL somente poderia se dar por lei elaborada pelo Congresso e sancionada pelo Presidente da República, não sendo possível fazê-lo, como ocorrera, por via de decreto-lei, porque não ajustável às hipóteses de que trata o art. 55, inciso II, da Constituição, por não estar a matéria ali regulada compreendida na expressão finanças públicas;

b) que também não se ajusta a obrigação criada pelo Decreto-Lei nº 1.940 ao art. 21, § 2º da Carta Magna, e, portanto, não poderia ser regulada por decreto-lei;

c) que o Decreto-Lei nº 1.940 não estabelecerá «os critérios e prazos para o recolhimento do tributo» o que fora feito pela portaria do Sr. Ministro da Fazenda, o que, mais uma vez, desatendeu ao princípio da reserva legal;

d) que, se afastadas tais alegações o tributo não poderia ser cobrado no exercício de 1982, em atenção ao princípio de anualidade;

e) que, para fugir a tal proibição, fora afirmado em parecer, sem procedência, que a imposição impugnada não era imposto e sim contribuição, e como tal não estava sujeita ao princípio de anualidade.

Indeferi a liminar requerida ao final da petição, por não ser o ato impugnado daqueles cuja execução tornaria ineficaz o mandado de segurança se afinal deferido e solicitei informações, prestadas pelo Sr. Ministro da Fazenda com o envio de parecer do Coordenador de Representação e Defesa, do Ministério, Dr. Lindemberg da Mota Silveira, aprovado pelo Procurador-Geral da Fazenda Nacional, sustentando:

a) não assistir legitimidade à autoridade impetrada para figurar na relação processual, pois o Sr. Ministro da Fazenda se circunscrevera a

baixar portaria regulamentando decreto-lei, e, portanto, a editar norma geral aplicável a quantos estejam sujeitos ao pagamento da contribuição para o FINSOCIAL, ato que, acrescentou, «é lei em sentido material em que pese não a ser formalmente». Assim sendo, concluiu, a impetração se dirigira contra a lei em tese, finalidade para a qual não se presta o mandado de segurança;

b) descabimento do pedido por ser a contribuição «receita pública derivada, decorrente do poder impositivo estatal», e, conseqüentemente, abrangida no campo das finanças públicas, com o que poderia ser criada, como fora, na forma autorizada pelo art. 55, II, da Constituição;

c) improcedência da alegação de submissão da contribuição instituída ao princípio de anualidade pelas razões do parecer, do qual transcreveu o trecho seguinte:

«No Sistema Constitucional e Legal brasileiro, paralelo aos tributos (impostos, taxas e contribuição de melhoria), coexistem inúmeras imposições pecuniárias obrigatórias, entre as quais as contribuições do FINSOCIAL;

a contribuição do FINSOCIAL, na sua essência, nada tem de tributo, pois constitui, insofismavelmente, uma contribuição social, na acepção da Constituição e do Código Tributário Nacional, inserida no contexto mais amplo de Seguridade Social, exigida das empresas públicas e privadas (Decreto-Lei nº 1.940, de 1982), para custear investimentos de caráter assistencial em alimentação, habitação popular, saúde, educação e amparo ao pequeno agricultor;

tal contribuição, por não ser tributo, mas imposição pecuniária obrigatória, amparada pelo Sistema Constitucional e Legal brasileiro, não se submete ao chamado princípio da anterioridade, nem,

tampouco, ao preceito constitucional que veda a vinculação do produto da arrecadação de qualquer tributo;

admitida, apenas ad argumentandum, que a contribuição do FINSOCIAL de tributo se tratasse, ainda assim não estaria adstrita ao princípio da anterioridade, uma vez que, por força da ressalva do inciso I, § 2º, artigo 21, da Constituição, aplica-se-lhe o mesmo tratamento deferido ao imposto sobre importação de produtos estrangeiros;

demais disso, os preceitos do art. 55 da Constituição, que dispõem sobre a figura do decreto-lei, em face de seus pressupostos de urgência e relevante interesse público, excepcionam não só o processo legislativo ordinário, clássico, como também o princípio da anterioridade;

assim sendo, resta uma última conclusão, qual seja: a perfeita adequação da contribuição do FINSOCIAL ao figurino constitucional pátrio, inexistindo, portanto, direito, muito menos líquido e certo, amparável pela via augusta do mandado de segurança, à abstenção do respectivo recolhimento».

Com vista dos autos a Subprocuradoria ofereceu parecer pelo conhecimento do pedido por entender que, com a portaria do Ministro da Fazenda se caracterizara «um ato administrativo de natureza impositiva».

Discorreu depois, largamente, sobre o mérito, e concluiu:

«De todo o exposto chega-se às seguintes conclusões resumidamente:

I — Preliminarmente: Reconhecer a competência originária do Egrégio Tribunal Federal de Recursos para conhecer e julgar todos os mandados de segurança im-

petrados com motivo de impugnação do FINSOCIAL.

II — FINSOCIAL é contribuição previdenciária ou social, compreendida nas exações parafiscais, e portanto insuscetível de sujeitar-se o seu enquadramento como tributo.

III — A dirimência da vexata questão há de ser encontrada com observância da plena metodologia interpretativa, afastando-se a radicalização da doutrina tributarista.

IV — Precedentes jurisprudenciais do Egrégio Tribunal Federal de Recursos e do Colendo Supremo Tribunal convergem para se firmar o Direito Pretoriano, no sentido afirmado no item II.

Isto posto, reconhecendo a competência originária do Tribunal Federal de Recursos, opinamos pelo conhecimento do mandamus, para, no mérito, julgar irrelevante a inconstitucionalidade das normas legais fustigadas, e, conseqüentemente, denegar a ordem por faltarlhe o amparo dos pressupostos de liquidez e certeza do direito contestado».

É o relatório.

#### VOTO PRELIMINAR

O Sr. Ministro Armando Rollemberg (Relator): O Decreto-Lei nº 1.940, de 25 de maio de 1982, ao instituir a contribuição para o Fundo de Investimento Social — FINSOCIAL, que criou na mesma oportunidade, dispôs que dita contribuição corresponderia a 0,5% (meio por cento) sobre a receita bruta das empresas públicas e privadas que realizam venda de mercadorias, bem como das instituições financeiras e sociedades seguradoras (art. 1º, § 1º).

Acrescentou depois que para as empresas públicas e privadas que realizam exclusivamente venda de serviços, a contribuição seria de 5%

e incidiria sobre o valor do imposto de renda devido, ou como se devido fosse, (art. 1º, § 2º).

A seguir, o diploma legal referido estabeleceu que a arrecadação da contribuição seria feita pelo Banco do Brasil S.A. e pela Caixa Econômica Federal e seus agentes, na forma disciplinada em portaria do Sr. Ministro da Fazenda.

Atendendo a esta última previsão, o Sr. Ministro da Fazenda, em 22 de junho de 1982, baixou a Portaria nº 119, na qual fixou como prazo de recolhimento da contribuição o dia 20 de cada mês subsequente à incidência respectiva, o que se deveria considerar como base impositiva em cada um dos casos, bem como que o não recolhimento no prazo importaria em aplicação de correção monetária e pagamento de juros e multa de mora.

Ao final estatuiu:

«IX — Cabe:

a) ao Ministério da Fazenda diminuir as dúvidas pertinentes à execução do Decreto-Lei nº 1.940, de 25 de maio de 1982;

b) ao Banco do Brasil e à Caixa Econômica Federal baixar instruções relativas ao recolhimento de contribuição social;

c) à Secretaria da Receita Federal, ouvido o Banco Central do Brasil, no caso das instituições financeiras, e à Superintendência de Seguros Privados-SUSEP, no caso das sociedades seguradoras, baixar as instruções necessárias ao cumprimento do disposto nesta portaria.

X — Esta portaria entrará em vigor na data de sua publicação».

Tal portaria, alegou-se na inicial, tornou concreta a incidência da contribuição social ao descrever o fato impositivo, com o que as empresas que realizam vendas de mercadorias, o caso delas, impetrantes, fica-

ram obrigadas ao recolhimento de 0,5% sobre a receita bruta mensal, sob pena de sanções também previstas no diploma legal referido.

Contrapôs-se a tal assertiva o parecer que acompanhou as informações do Sr. Ministro da Fazenda, opinando:

«Há, no caso vertente, mandado de segurança contra lei em tese, o que a jurisprudência não admite.

Com efeito, a autoridade impetrada não praticou e nem praticará nenhum ato exigindo das impetrantes o pagamento da contribuição do FINSOCIAL, até porque sua competência se circunscreve ao poder regulamentar, não lhe cumprindo proceder a lançamento ou qualquer ato que lhe seja equiparado. Enfim, não lhe cumpre a prática de atos de imposição ou de exigibilidade.

A portaria ministerial é mero ato regulamentar; norma geral aplicável a quantos estejam sujeitos ao pagamento daquela contribuição. É lei em sentido material, em que pese não o ser formalmente».

Essas afirmações, no curso das quais foi feita citação de voto do Sr. Ministro Carlos Mário Velloso e comentário de Roberto Rosas à Súmula nº 266 do Supremo Tribunal Federal, impressionam à primeira vista, mas são afastadas por exame mais detido da questão, pois se a portaria ministerial estabeleceu o prazo dentro do qual deverá ser recolhida a contribuição, a forma de cálculo deste e que, se não efetuado dito recolhimento, será o quantitativo respectivo acrescido de correção monetária, juros e multa de mora, tornou concreta a exigência do pagamento respectivo independentemente de atuação de qualquer autoridade, sendo cabível, conseqüentemente, a impugnação de tal exigência ao fundamento de inconstitucionalidade das

normas legais instituidoras da contribuição.

Essa conclusão não é afastada pelo fato de, ao final da portaria do Sr. Ministro da Fazenda, prever-se que seriam baixadas instruções pelo Banco do Brasil, à Caixa Econômica Federal, à Secretaria da Receita Federal e Superintendência de Seguros Privados — SUSEP, sobre o recolhimento de contribuições, pois tais instruções não interfeririam com a obrigação já estabelecida, de forma concreta, na portaria, do recolhimento da contribuição criada pelo Decreto-Lei nº 1.940/82 até o dia 20 de cada mês.

Conheço, assim, do mandado de segurança.

#### VOTO PRELIMINAR DE CONHECIMENTO (VENCIDO)

O Sr. Ministro José Dantas: (Vocal): Senhor Presidente, a primeira preliminar, suscitada pela autoridade informante, também fico em rejeitar, como implicitamente a rejeitou o Sr. Ministro-Relator.

Ao que se vê da inicial, o pedido ataca ato preciso na sua individualização e na sua autoria a Portaria nº 119, de 22-6-82, do Sr. Ministro de Estado da Fazenda. A ser esse ato passível, ou não, de impugnação por meio do «writ» isto constitui outra questão, alheia ao problema da legitimidade de partes.

A segunda preliminar, porém, se presta a maiores reflexões, no tocante à qualificação do discriminado ato, sobre operar como lei em tese.

Deveras, a partir das peculiaridades que possuem, as normas tributárias, ou as parafiscais suas similares, incidem conforme método todo seu. Convieram os tributaristas — na penosa pesquisa da epistemologia da ciência das finanças — que o derivado ramo do Direito Tributário (ou Fiscal, na preferência de outros) ga-

nhara autonomia à luz de institutos próprios, definidos por terminologia específica.

No campo da sua estruturação, dentre os institutos fiscais adquiriu relevo o lançamento, como ação da autoridade para materializar o duplice fenômeno do fato gerador e da hipótese de incidência: o primeiro destes, acontecido na forma natural das coisas; e o segundo, cogitado a tipo de incidência da norma jurídica previsora. Daí, prestar-se o lançamento à individualização da relação jurídica tributária ou parafiscal, somente com a qual há falar-se na exigibilidade do encargo, consoante o dizer dos doutos.

A esse propósito, não conheço melhor didática do que a do Prof. Américo Lacombe, ao versar Kelsen e a individualização da norma, aplicando a teoria ao Direito Tributário, nestes termos:

«4.2 A norma individual é sempre constitutiva. No caso do lançamento tributário, ela não constitui a relação jurídica de débito e crédito (*debitum*, *Shuld*), pois esta se instaura pela incidência do conseqüente da norma geral, tão logo se verifica a ocorrência do fato hipoteticamente previsto no antecedente normativo. Ela constitui a relação jurídica de exigibilidade (*obligatio*, *Haftung*). Tanto isto é certo, que se o sujeito passivo efetuar o pagamento antes da emissão da norma individual tributária (lançamento), mas após o transcurso do prazo de decadência para a referida emissão por parte do sujeito ativo (Estado), terá direito à repetição, uma vez que inexistia a *obligatio*. Não teria, no entanto, o sujeito passivo direito a repetir, caso efetuasse o pagamento após o lançamento, ainda que o Estado tivesse deixado prescrever seu direito de ação. É que nesta última hipótese já estaríamos diante da *obligatio*, plenamente constituída».

— Obrigação Tributária, pág. 77, Ed. Rev. dos Tribunais, S. Paulo, 1977.

Isto é, diga-se que

— «Antes do lançamento existe a obrigação. A partir do lançamento surge o crédito» —

segundo a preleção não menos clara, da lavra do Prof. Hugo Machado (in Curso de Direito Tributário, pág. 89 — Ed. Forense, 1981).

Percebe-se, assim, que antes de acionada a «norma individual», pelo lançamento, há simples abstração de incidência da «norma geral,» insuficiente, contudo, para tornar exigível a obrigação.

Aplicada a lição ao caso dos autos, a meu modesto pensar, a incriminada portaria ministerial não contém nenhuma norma individualizada, senão que, a estilo regulamentar — tão propício e indispensável ao campo tributário ou parafiscal, na linha de decretos, portarias e circulares —, contém simples desdobramento da norma geral instituidora do encargo, sediada esta última no Decreto-Lei nº 1.940/82; e se mais contiver, certamente que o será em caráter geral.

De fato, ainda que bem pormenorizada no seu texto — a termo e modo da arrecadação daquela obrigação —, convenha-se que a indigitada portaria ateve-se a comandos instrutivos genéricos, certos ou errados no seu conteúdo, mas desenvolvos no plano meramente normativo, cometimento que, aliás, validamente ou não, lhe foi expressamente reservado pela lei instituidora — Decreto-Lei nº 1.940, art. 2º.

Definida desse modo, com a devida vênia, não me parece que a qualificação da portaria se afete em face das obrigações formais conferidas aos contribuintes, nos moldes do chamado lançamento por homologação. Tal forma de proceder, ao que

se sabe, em deixando ao nuto do contribuinte realizá-la, só por isso não implica exigibilidade do tributo; escusando-se o sujeito passivo ao autolancamento que a regra formal lhe atribua, ainda aí, não há falar-se em individualização da norma; para tanto, há que sobrevir a ação da Administração Fiscal, em procedendo lançamento de ofício, sucedâneo daquele a que se negou o devedor; assim terá de agir o fisco, ainda que seja pela simplificada forma lançadora prevista na analisada portaria. Lançamentos por homologação há, relativamente aos mais diversos gravames fiscais, sem que o método, em si mesmo, tenha força de exigibilidade da obrigação, antecipando-a à constituição do crédito.

Quem obriga a pagar, segundo a «relação débito-crédito,» é a lei, no seu sentido lato, e não a autoridade; quem constitui a «relação jurídica da exigibilidade» é o lançamento — ato do contribuinte (na espécie homologação), sucedido na sua falta pelo imprescindível lançamento de ofício (aí sim, ato da autoridade).

De tudo isso, perdoem-me a delongia, conluo que a precitada portaria se oferece indene à qualificação de norma individual, ou individualizadora da norma geral cuja natureza ora se escogita ser tributária pura, ou simplesmente parafiscal.

Se assim é, a meu pensar, a impetração está a verberar lei em tese, à distância da exigência concreta de qualquer encargo monetário, a qual, na matéria de que se trata, jamais poderia estar na examinada portaria, cuja autoridade signatária, por sua vez, não detém atribuição para exigir objetivamente dos impetrantes a temida prestação fiscal. O seu receio, se justificável, certo o será em relação a futuros lançamentos compulsórios — procedidos pela singela forma disciplinada na indigitada portaria, mas, somente acionáveis a poder da execução deixada,

exclusivamente, aos agentes fiscais ali relacionados; «singela forma,» porque constante dos simples demonstrativos de débitos; e «exclusivamente.» porque conferido, só e só aos órgãos da Secretaria da Receita Federal, o envio de tais demonstrativos para fins da dívida ativa (Portaria nº 119, item V).

Na esteira dessas considerações, em suma, tenho por incabível o pedido, tal a sua mácula de dirigir-se contra lei em tese.

Não conheço, pois, da impetração; pelo que extingo o processo sem julgamento do mérito.

#### VOTO VISTA

O Sr. Ministro Lauro Leitão: Senhor Presidente, Senhores Ministros, em uma das sessões anteriores, após o brilhante voto dos eminentes Ministros Armando Rollemberg, Relator do Mandado de Segurança nº 97.775, conhecendo da impetração, no que foi acompanhado pelo não menos eminente Ministro Moacir Catunda, bem como do douto voto do eminente Ministro José Fernandes Dantas, não conhecendo do mandado de segurança, pedi vista dos autos.

Estudei-os e hoje os trago, para prosseguimento do julgamento, valendo-me de algumas anotações.

Iniciarei o meu voto lendo o douto pronunciamento do Senhor Ministro Armando Rollemberg, Relator. Diz, pois, Sua Excelência, em voto-preliminar:

«O Decreto-Lei nº 1.940, de 25 de maio do ano corrente, ao instituir a contribuição para o Fundo de Investimento Social — FINSOCIAL, que criou na mesma oportunidade, dispôs que dita contribuição corresponderia a 0,5% (meio por cento) sobre a receita bruta das empresas públicas e privadas que realizam venda de mercadorias, bem como das instituições finan-

ceiras e sociedades seguradoras (art. 1º § 1º).

Acrescentou depois que para as empresas públicas e privadas que realizam exclusivamente venda de serviços, a contribuição seria de 5% e incidiria sobre o valor do imposto de renda devido, ou como se devido fosse (art. 1º § 2º).

A seguir, o diploma legal referido estabeleceu que a arrecadação da contribuição seria feita pelo Banco do Brasil S.A. e pela Caixa Econômica Federal e seus agentes, na forma disciplinada em portaria do Sr. Ministro da Fazenda.

Atendendo a esta última previsão, o Sr. Ministro da Fazenda, em 22 de junho deste ano, baixou a Portaria nº 119, na qual fixou como prazo de recolhimento da contribuição o dia 20 de cada mês subsequente à incidência respectiva, o que se deveria considerar como base imponible em cada um dos casos, bem como que o não recolhimento no prazo, importaria em aplicação de correção monetária e pagamento de juros e multa de mora.

Ao final estatuei:

«IX — Cabe:

a) ao Ministério da Fazenda dirimir as dúvidas pertinentes à execução do Decreto-Lei nº 1.940, de 25 de maio de 1982;

b) ao Banco do Brasil e à Caixa Econômica Federal baixar instruções relativas ao recolhimento de contribuição social;

c) à Secretaria da Receita Federal, ouvido o Banco Central do Brasil, no caso das instituições financeiras, e à Superintendência de Seguros Privados-SUSEP, no caso das sociedades seguradoras, baixar as instruções necessárias ao cumprimento do disposto nesta portaria.

X — Esta portaria entrará em vigor na data de sua publicação».

Tal portaria, alegou-se na inicial, tornou concreta a incidência da contribuição social ao descrever o fato impositivo, com o que as empresas que realizam vendas de mercadorias, o caso delas impetrantes, ficaram obrigadas ao recolhimento de 0,5% sobre a receita bruta mensal, sob pena de sanções também previstas no diploma legal referido.

Contrapôs-se a tal assertiva, o parecer que acompanhou as informações do Sr. Ministro da Fazenda, opinando:

«Há, no caso vertente, mandado de segurança contra lei em tese, o que a jurisprudência não admite.

Com efeito, a autoridade impetrada não praticou e nem praticará nenhum ato exigindo das impetrantes o pagamento da contribuição do FINSOCIAL, até porque sua competência se circunscreve ao poder regulamentar, não lhe cumprindo proceder a lançamento ou qualquer ato que lhe seja equiparado. Enfim, não lhe cumpre a prática de atos de imposição ou de exigibilidade.

A portaria ministerial é mero ato regulamentar; norma geral aplicável a quantos estejam sujeitos ao pagamento daquela contribuição. É lei em sentido material, em que pese não o ser formalmente».

Essas afirmações, no curso das quais foi feita citação de voto do Sr. Ministro Carlos Mário Velloso e comentário de Roberto Rosas à Súmula nº 266 do Supremo Tribunal Federal, impressionam à primeira vista, mas são afastadas por exame mais detido da questão, pois se a portaria ministerial estabeleceu o prazo dentro do qual deverá ser

recolhida a contribuição, a forma de cálculo deste e que, se não efetuado dito recolhimento, será o quantitativo respectivo acrescido de correção monetária, juros e multa de mora, tornou concreta a exigência do pagamento respectivo independentemente de atuação de qualquer autoridade, sendo cabível, conseqüentemente, a impugnação de tal exigência ao fundamento de inconstitucionalidade das normas legais instituidoras da contribuição.

Essa conclusão não é afastada pelo fato de, ao final da portaria do Sr. Ministro da Fazenda, prever-se que seriam baixadas instruções pelo Banco do Brasil, a Caixa Econômica Federal, a Secretaria da Receita Federal e Superintendência de Seguros Privados — SUSEP, sobre o recolhimento de contribuições pois tais instruções não interfeririam com a obrigação já estabelecida, de forma concreta, na portaria, do recolhimento da contribuição criada pelo Decreto-Lei nº 1.940/82 até o dia 20 de cada mês.

Conheço, assim, do mandado de segurança.»

Já o Sr. Ministro José Dantas, em voto-preliminar de conhecimento, diz:

«Senhor Presidente, a primeira preliminar, suscitada pela autoridade informante, também fico em rejeitar, como implicitamente a rejeitou o Sr. Ministro-Relator.

Ao que se vê da inicial, o pedido ataca ao preciso na sua individualização e na sua autoria — a Portaria nº 119, de 22-6-82, do Sr. Ministro de Estado da Fazenda. A ser esse ato passível, ou não, de impugnação por meio do «writ», isto constitui outra questão, alheia ao problema da legitimidade de partes.

A segunda preliminar, porém, se presta a maiores reflexões, no to-

cante à qualificação do discriminado ato, sobre operar como lei em tese.

Deveras, a partir das peculiaridades que possuem, as normas tributárias, ou as parafiscais suas similares, incidem conforme método todo seu. Convieram os tributaristas — na penosa pesquisa da epistemologia da ciência das finanças — que o derivado ramo do Direito Tributário (ou fiscal, na preferência de outros), ganhara autonomia à luz de institutos próprios, definidos por terminologia específica:

No campo da sua estruturação, dentre os institutos fiscais adquiriu relevo o lançamento, como ação da autoridade para materializar o duplice fenômeno do fato gerador e da hipótese de incidência: o primeiro destes, acontecido na forma natural das coisas; e o segundo, cogitado a tipo de incidência da norma jurídica previsora. Daí, prestar-se o lançamento à individualização da relação jurídica tributária ou parafiscal, somente com a qual há falar-se na exigibilidade do encargo, consoante o dizer dos doutos.

A esse propósito, não conheço melhor didática do que a do Prof. Américo Lacombe, ao versar Kelsen e a individualização da norma, aplicando a teoria ao Direito Tributário, nestes termos:

«4.2 A norma individual é sempre constitutiva. No caso do lançamento tributário, ela não constitui a relação jurídica de débito e crédito (*debitum*, *Shuld*), pois esta se instaura pela incidência do conseqüente da norma geral, tão logo se verifica a ocorrência do fato hipoteticamente previsto no antecedente normativo. Ela constitui a relação jurídica de exigibilidade (*obligatio*, *Haftung*). Tanto isto é certo, que se o sujeito passivo efetuar o pa-

gamento antes da emissão da norma individual tributária (lançamento), mas após o transcurso do prazo de decadência para a referida emissão por parte do sujeito ativo (Estado), terá direito à repetição, uma vez que inexistia a *obligatio*. Não teria, no entanto, o sujeito passivo direito a repetir, caso efetuasse o pagamento após o lançamento, ainda que o Estado tivesse deixado prescrever seu direito de ação. É que nesta última hipótese já estaríamos diante da *obligatio*, plenamente constituída». — Obrigação Tributária, pág. 77, Ed. Rev. dos Tribunais, S. Paulo, 1977.

Isto é, diga-se que

— «Antes do lançamento existe a obrigação. A partir do lançamento surge o crédito» —,

segundo a preleção não menos clara, da lavra do Prof. Hugo Machado (in Curso de Direito Tributário, pág. 89 — Ed. Forense, 1981).

Percebe-se assim, que antes de acionada a «norma individual», pelo lançamento, há simples abstração de incidência da «norma geral», insuficiente, contudo, para tornar exigível a obrigação.

Aplicada a lição ao caso dos autos, a meu modesto pensar, a incriminada portaria ministerial não contém nenhuma norma individualizada, senão que, a estilo regulamentar — tão propício e indispensável ao campo tributário ou parafiscal, na linha de decretos, portarias e circulares—, contém simples desdobramento da norma geral instituidora do encargo, sediada esta última no Decreto-Lei nº 1.940/82; e se mais contiver, certamente que o será em caráter geral.

De fato, ainda que bem pormenorizada no seu texto — a termo e modo da arrecadação daquela

obrigação —, convenha-se que a indigitada portaria ateu-se a comandos instrutivos genéricos, certos ou errados no seu conteúdo, mas, desenvolvos no plano meramente normativo, cometimento que, aliás, validamente ou não, lhe foi expressamente reservado pela lei instituidora — Decreto-Lei nº 1.940, art. 2º.

Definida desse modo, com a devida vênia, não me parece que a qualificação da portaria se afete em face das obrigações formais conferidas aos contribuintes, nos moldes do chamado lançamento por homologação. Tal forma de proceder, ao que se sabe, em deixando ao nuto do contribuinte realizá-la, só por isso não implica exigibilidade do tributo; escusando-se o sujeito passivo ao autolancamento que a regra formal lhe atribua, ainda aí, não há falar-se em individualização da norma; para tanto, há que sobrevir a ação da Administração Fiscal, em procedendo lançamento de ofício, sucedâneo daquele a que se negou o dever; assim terá de agir o fisco, ainda que seja pela simplificada forma lançadora prevista na analisada portaria. Lançamentos por homologação há, relativamente aos mais diversos gravames fiscais, sem que o método, em si mesmo, tenha força de exigibilidade da obrigação, antecipando-a à constituição do crédito.

Quem obriga a pagar, segundo a «relação débito-crédito», é a lei, no seu sentido lato, e não a autoridade; quem constitui a «relação jurídica da exigibilidade» é o lançamento — ato do contribuinte (na espécie homologação), sucedido na sua falta pelo imprescindível lançamento de ofício (aí sim, ato da autoridade).

De tudo isso, perdoem-me a de longa, concluo que a precitada por-

taria se oferece indene à qualificação de norma individual, ou individualizadora da norma geral, cuja natureza ora se escogita ser tributária pura, ou simplesmente para-fiscal.

Se assim é, a meu pensar, a impetração está a verberar lei em tese, à distância da exigência concreta de qualquer encargo monetário, a qual, na matéria de que se trata, jamais poderia estar na examinada portaria, cuja autoridade signatária, por sua vez, não detém atribuição para exigir objetivamente dos impetrantes a temida prestação fiscal. O seu receio, se justificável, certo o será em relação a futuros lançamentos compulsórios — procedidos pela singela forma disciplinada na indigitada portaria, mas, somente acionáveis a poder da execução deixada, exclusivamente, aos agentes fiscais ali relacionados; «singela forma», porque constante dos simples demonstrativos de débitos; e «exclusivamente», porque conferido, só e só aos órgãos da Secretaria da Receita Federal, o envio de tais demonstrativos para fins da dívida ativa (Portaria nº 119, item V).

Na esteira dessas considerações, em suma, tenho por incabível o pedido, tal a sua mácula de dirigir-se contra lei em tese.

Não conheço, pois, da impetração; pelo que extingo o processo sem julgamento do mérito».

Senhor Presidente, lidos os brilhantes votos, passo a proferir o meu:

Preliminarmente, farei algumas digressões.

A Constituição Federal, em seu artigo 46, «Do Processo Legislativo», diz:

«Art. 46. O processo legislativo compreende a elaboração de:

I — emendas à Constituição;

II — leis complementares à Constituição;

III — leis ordinárias;

IV — leis delegadas;

V — decretos-leis;

VI — decretos legislativos; e

VII — resoluções.»

Cumpra frisar que o legislador, ao elaborar o referido artigo, não teve a preocupação de obedecer a uma hierarquia decrescente das leis ou das normas jurídicas. Mas, apenas, cuidou de enumerar aquelas leis que podem ser objeto da elaboração legislativa, sem preocupação de seguir a sua hierarquia em ordem decrescente.

Sabe-se que as emendas à Constituição são elaboradas e promulgadas pelo Congresso Nacional, no exercício do Poder Constituinte derivado ou de segundo grau. A emenda não possui força normativa inferior à Constituição, pois, uma vez promulgada, ela se situa no mesmo plano desta.

As leis complementares, como se sabe, são elaboradas pelo Poder Legislativo e com a exigência de um **quorum** qualificado. Só são consideradas aprovadas quando obtiverem a manifestação favorável da maioria absoluta das duas Casas do Congresso Nacional.

O Código Tributário Nacional tem a categoria de lei complementar. Assim já decidiu o Supremo Tribunal Federal. Não pode, assim, uma lei ordinária alterar a lei complementar. Abaixo vêm as leis ordinárias, que se subdividem em leis ordinárias propriamente ditas, leis delegadas, decretos-leis, decretos legislativos.

Aqui não há hierarquia, mas uma mera enumeração, porque as leis ordinárias propriamente ditas, os decretos-leis, as leis delegadas e os decretos legislativos, todos, têm a

mesma força normativa. Isto significa que uma lei ordinária pode derrogar ou revogar um decreto-lei e vice-versa. Apenas há diferença quanto ao processo de elaboração dessas leis. O decreto-lei, como se sabe, tem essa designação híbrida, de decreto, porque é expedido pelo Presidente da República, e de lei, porque tem a mesma força normativa da lei. Não foi uma criação do Direito Positivo Brasileiro. Alguns países já vinham adotando decretos-leis, como a Itália, França e outros. Foi muito usado durante o Estado Novo, quando o Presidente da República enfeixava em suas mãos o Poder Executivo e o Poder Legislativo: legislava mediante decretos-leis.

A Constituição, no seu art. 55, diz quais as matérias que podem ser objeto de decreto-lei.

O Presidente da República, pois, pode expedir decreto-lei em casos de interesse público relevante, de urgência, em matéria de segurança nacional, finanças públicas, inclusive tributárias. Expede o decreto, que entra em vigor imediatamente e o submete à homologação do Congresso Nacional, que tem um prazo para manifestar-se; não se manifestando no prazo de sessenta dias, será considerado aprovado. O Poder Legislativo só pode homologar ou rejeitar no todo; não pode modificar o decreto-lei.

Esta faculdade que se dá ao Presidente da República responde a uma das contingências, a uma das necessidades do Estado contemporâneo, do Estado positivo, do Estado diferente daquele que vigorou no Brasil, do Estado liberal, do Estado gendarme, que se limitava ao exercício de algumas atividades fundamentais, deixando tudo o mais a cargo da iniciativa privada. Hoje vigora o Estado positivo, o Estado intervencionista, o Estado que cuida da saúde, da educação, dos transportes, da assistên-

cia social, etc. O Presidente, sobretudo onde vigora o Presidencialismo, tem que estar armado de meios para poder acorrer prontamente a estas exigências do Estado contemporâneo, que, hoje, ao lado dos direitos individuais, assegura os direitos sociais e econômicos, que não eram reconhecidos nas Constituições, sobretudo antes da Primeira Grande Guerra Mundial. Após a Primeira Grande Guerra Mundial, houve uma reformulação na declaração dos direitos, pois, ao lado dos direitos individuais, muitos deles supra-estatais, porque anteriores à organização do Estado, este passou a assegurar os direitos sociais e econômicos.

Assim, o Decreto-lei responde a esta exigência do Estado contemporâneo.

Os decretos legislativos são expedidos pelo Congresso Nacional, no exercício da sua competência exclusiva, estão ao lado das leis ordinárias propriamente ditas. Apenas prescinde-se da colaboração do Presidente da República na elaboração deste tipo de lei. É através do decreto legislativo que o Congresso Nacional, no exercício de sua competência exclusiva, aprova um tratado ou um ato internacional, celebrado pelo Presidente da República. Aprovado o tratado, este incorpora-se à legislação interna, tem a mesma força da lei ordinária. No artigo citado não se fala em portarias, não se fala em decretos executivos. É que nem todas as normas jurídicas estão contempladas neste capítulo do Poder Legislativo; não são elaboradas pelo Poder Legislativo.

Sabe-se que, modernamente, nenhum dos Poderes do Estado pratica tão-somente as suas atribuições específicas.

No século XVII, cabia ao Legislativo tão-somente elaborar às leis; ao Executivo, tão-somente executá-las;

ao Judiciário, tão-somente aplicá-las aos casos concretos.

Hoje existe uma verdadeira colaboração entre os Poderes do Estado, há uma interpenetração dos Poderes.

Destarte, cabe ao legislativo a função precípua, mas não exclusiva, de elaborar as leis — as normas gerais abstratas; cabe ao Poder Executivo a função precípua, mas não exclusiva, de executar ou aplicar as leis; cabe ao Judiciário a função precípua, mas não exclusiva, de aplicar as leis, contenciosamente, aos casos concretos ou particulares. O Congresso Nacional, por exemplo, quando julga o Presidente da República por crime de responsabilidade — o processo se inicia na Câmara e é julgado pelo Senado, sob a presidência do Presidente do Supremo Tribunal Federal — está praticando um ato que não seria típico do Poder Legislativo. Este é um ato que seria típico do Poder Judiciário.

Cabe aos Tribunais elaborar seus Regimentos Internos, que são leis no sentido material. Esta, todavia, não seria atribuição típica do Poder Judiciário.

Cabe ao Presidente da República comutar penas e conceder indultos (art. 81, XXII), atribuição que não seria típica do Executivo, mas do Judiciário.

Há certas normas jurídicas ou leis que, realmente, não figuram na enumeração constante do art. 46 da Constituição Federal, mas estão previstas em outros artigos, como, por exemplo, no art. 81, III, que diz que cabe ao Presidente da República expedir decretos e regulamentos para a fiel execução das leis; cabe aos Ministros de Estado expedir instruções para a execução das leis, decretos e regulamentos (art. 85, II). O Ministro de Estado tem esta faculdade constitucional de expedir portarias e instruções, para o fiel cumprimento

das leis. Ora o decreto-lei em causa, ao deferir ao atual Ministro da Fazenda atribuição de disciplinar a arrecadação da contribuição social, não incidiu em inconstitucionalidade. As leis são normas jurídicas. Sabe-se a diferença que existe entre as normas jurídicas, normas religiosas e normas morais. As normas Jurídicas, com efeito, apresentam as características fundamentais de coercibilidade, heteronomia, bilateralidade e generalidade. Enquanto as normas morais e religiosas podem conter algumas dessas características, mas não todas ao mesmo tempo. E, dentre essas características das normas jurídicas, há uma que ganha mais relevo — a generalidade. As normas jurídicas, assim, não dispõem in concreto in caso, mas em tese, genericamente. O ato que dispõe in casu in concreto, não é norma jurídica, mas um ato administrativo. Uma portaria pode constituir-se em norma jurídica quando disciplina, como no caso, a aplicação de uma lei ordinária ou de um decreto-lei. No momento, porém, em que se acomoda a norma abstrata da portaria ao caso concreto, o ato resultante se torna simplesmente ato administrativo.

O nosso Código Tributário Nacional prevê a hipótese de atos normativos, expedidos pelas autoridades administrativas, quando, em seu art. 100, dispõe:

«São normas complementares das leis, dos tratados e das convenções internacionais e dos decretos:

I — Os atos normativos expedidos pelas autoridades administrativas;

II — As decisões dos órgãos singulares ou coletivos de jurisdição administrativa, a que a lei atribua eficácia normativa;

III — As práticas reiteradamente observadas pelas autoridades administrativas;

IV — Os convênios que entre si celebrem a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

Parágrafo único. A observância das normas referidas neste artigo exclui a imposição de penalidades, a cobrança de juros de mora e a atualização do valor monetário da base de cálculo do tributo».

Ademais, no seu artigo 96, preceitua:

«A expressão «legislação tributária» compreende as leis, os tratados e as convenções internacionais, os decretos e as normas complementares que versem, no todo ou em parte, sobre tributos e relações jurídicas a eles pertinentes».

Ora, a Constituição Federal, no seu art. 85, II, preceitua:

«Compete ao Ministro de Estado, além das atribuições que a Constituição e as leis estabelecerem:

II — expedir instruções para a execução das leis, decretos e regulamentos».

Como se vê, é a Constituição que dá essa atribuição ao Ministro de Estado.

Atos normativos são os decretos, os regulamentos, as portarias, as instruções, nos quais se dispõe de um modo geral, para regular atos individuais permitidos ou admitidos por lei. Aliás, ensina o Professor Oliveira Filho, em seu tratado «Quer conhecer a Constituição?», pág. 319: «A palavra «lei» compreende todo ato normativo do poder público, seja lei, seja decreto-lei, decreto legislativo, decreto regulamentar, regimento interno, portaria, parecer normativo». (Professor João de Oliveira Filho, a obra citada, pág. 319).

Além disso, a Súmula nº 266, do Egrégio Supremo Tribunal Federal, enuncia:

«Não se admitirá mandado de segurança contra lei em tese». A expressão «lei em tese» é genérica, compreendendo toda a lei, no sentido amplo. Se não se admite mandado de segurança contra lei em tese, não significa isso que não se possa pleitear a declaração da inconstitucionalidade de uma lei, por outro meio. Nós sabemos que há dois sistemas para o controle da constitucionalidade das leis: por via de exceção ou controle indireto e por via de ação ou controle direto. Nós nos filiamos ao sistema americano. O controle é por via de exceção.

É o controle via de ação é exercido mediante representação do Procurador-Geral da República ao Egrégio STF.

Os Impetrantes, como se viu, arguem a inconstitucionalidade do decreto-lei expedido pelo Presidente da República. Mas este Tribunal não teria competência para decidir sobre este pedido. A competência seria do Supremo, mediante representação formulada pelo Sr. Procurador-Geral da República. A portaria a que me refiro não diz que esta Empresa deve, dentro de tal prazo, pagar o tributo. Com a vênia devida ao eminente Ministro Armando Rollemberg, cujos votos sempre nos encantam neste Tribunal, penso que o eminente Ministro José Dantas feriu, com rara felicidade a questão. Trata-se realmente de lei em tese. Não há norma individualizadora. Não há qualquer determinação para esta ou aquela empresa recolher tributos dentro de determinado prazo. Não há o lançamento. Depois do fato gerador é que vem aquele procedimento — lançamento *ex officio* ou lançamento por declaração do próprio contribuinte. O fato gerador é aquele acontecimento — isso é uma definição minha — em virtude do qual nasce para o fisco o direito de cobrar o tributo e, para o contribuinte, o dever de pagar. Mas, depois, ainda há ou-

tras fases; há a complementação do ato. Há o lançamento; abre-se oportunidade de defesa ao contribuinte. E, se a empresa não pagar, dentro do exercício, virá a execução. Nesta ocasião é que ela poderá arguir a inconstitucionalidade de uma lei, como preliminar.

No caso, trata-se de uma lei em tese, de norma jurídica, dispondo genericamente, não de ato *in concreto*. Assim, data *venia* dos eminentes Ministros Armando Rollemberg e Moacir Catunda, acompanho o voto do eminente Ministro José Dantas, não conhecendo da impetração, porque realmente a portaria dispõe em tese: é norma jurídica, não é ato administrativo, não é norma individualizadora.

É este, pois, o meu voto, aliás composto de improviso, com o auxílio de algumas notas e da Constituição Federal.

#### VOTO

O Sr. Ministro Carlos Madeira. O Decreto-Lei nº 1.940, de 25 de maio de 1982, que instituiu a contribuição social, estabeleceu em seu art. 2º que a arrecadação desta será feita na forma disciplinada em portaria do Ministro da Fazenda.

O Ministro de Estado baixou a Portaria nº 119, de 22 de junho de 1982, cujo item I dispõe sobre:

- a) a base do cálculo;
- b) o prazo para o recolhimento;
- c) início de incidência da contribuição;
- d) definição da receita bruta.

No item II dispõe sobre a base de incidência da contribuição devida pelas empresas que realizam exclusivamente venda de serviços. Nos itens III e IV, trata das instituições financeiras autorizadas a arrecadar a contribuição.

O item V estabelece o procedimento a ser adotado em caso de mora no recolhimento da contribuição.

O item VI define as pessoas jurídicas contribuintes e os itens VII e VIII tratam das isenções.

Contra essa Portaria é impetrado o presente mandado de segurança, inquinando-a de inconstitucional porque, sem estar incluída na hierarquia das leis, atua como instrumento reservado ao decreto regulamentar, e atinge a esfera individual dos contribuintes, pelo seu poder de coerção.

O impetrante admite, portanto, que se trata de um ato normativo. E o mesmo é assim definido na parte final do art. 2º do Decreto-Lei nº 1.940.

A instituição de tributos ou contribuições por meio de decretos-leis tem criado essa perplexidade: como tais diplomas são expedidos pelo Chefe do Poder Executivo, que é também titular do poder regulamentar, a aplicação de suas normas ficam a cargo do poder regulamentar secundário, por meio de portarias, instruções normativas, resoluções e até circulares. Estreita-se a via legislativa e reduz-se o poder regulamentar à órbita das instruções, de que trata o art. 85, II, da Constituição, que não é regra nova, pois que adotada desde a Constituição de 1934; compete aos Ministros expedir instruções para a execução das leis e regulamentos.

A Portaria nº 119 contém, portanto, normas complementares de direito tributário, de acordo com o art. 100 do Código Tributário Nacional e ao nível do art. 85, II, da Constituição.

Dos atos normativos, dizia Tito Rezende, na discussão do Projeto Rubens de Souza, que não obrigam os particulares, mas unicamente os funcionários subordinados às autoridades que as expediram; entretanto, definindo o ponto de vista da admi-

nistração pública, ajudam a entender o sentido e o alcance da lei. Prevaleceu a corrente contrária e eles permaneceram como normas complementares, no Código Tributário Nacional, com eficácia de atos-regra. Sobre esses atos, diz Baleeiro que se revestem de caráter normativo na medida que se conformam com as leis e regulamentos (Direito Tributário Brasileiro, pág. nº 416). É que, embora tenham o caráter de generalidade, não podem acarretar qualquer modificação à ordem jurídica, restringindo-se a interpretá-la com finalidade executiva (cfr. Seabra Fagundes, O Controle dos Atos, 5ª edição, pág. 21).

Exatamente o que ocorre na portaria ora impugnada.

Dessa caracterização dos atos normativos, conclui-se, com Celso Agrícola Barbi, que o que pode constituir violação de direito não é a portaria que disciplinou a arrecadação da contribuição social, mas o ato concreto da sua aplicação. A autoridade coatora será a que a aplicar.

Por esses motivos, data venia do Ministro-Relator, não conheço da impetração, acompanhando o Ministro José Dantas.

#### VOTO VISTA

O Sr. Ministro Evandro Gueiros Leite: Embora ainda incompleta, porque dependerá do *modus operandi* a ser fixado pelo Banco do Brasil, Caixa Econômica Federal, Secretaria da Receita Federal, Banco Central do Brasil e Superintendência de Seguros Privados, a Portaria nº 119/82 (IX, alíneas a, b e c), está, inegavelmente, executando hipóteses de incidência da chamada contribuição social, destinada à formação do Fundo de Investimento Social (FINSOCIAL) e prevista no Decreto-Lei nº 1.940, de 25-5-1982.

De fato, enquanto o Decreto-Lei atua como regra jurídica em abstra-

to, a portaria o concretiza através da descrição do fato imponible, surgindo com ela a obrigatoriedade do recolhimento da contribuição, desde logo devida pelas pessoas jurídicas indicadas, com data certa, a partir do mês de julho para o exercício do corrente ano de 1982, sendo a contribuição exigível, a exemplo do que ocorre com as empresas que realizam, exclusivamente, a venda de serviços, sobre a metade do imposto de renda declarado, e processando-se o seu recolhimento em seis parcelas mensais, iguais e sucessivas, a partir do mês de julho deste ano.

Atuará o contribuinte, conforme o caso, na qualidade de responsável direto ou mesmo substituto. O valor das parcelas não recolhidas nessa primeira etapa e nas épocas próprias, dará lugar à incidência dos mesmos ônus pertinentes à mora tributária, com a conseqüente apuração e inscrição dos débitos como Dívida Ativa da União Federal (Portaria, V).

As impetrantes, empresas produtoras e comerciantes, consideram-se enquadradas como contribuintes para os efeitos da portaria. E se acham, por isso mesmo, ameaçadas pela compulsoriedade dos recolhimentos, a partir daquele prazo, sob pena das sanções a que estarão sujeitas e sem possibilidade de recuperação do que for recolhido.

Assim, o justo receio, em face da irreparabilidade dos prejuízos, levou-as à impetração desta segurança constitucional, preventivamente e com a finalidade de forrarem-se do recolhimento da contribuição, a qual reputam um Imposto disfarçado e por isso mesmo inconstitucional.

Acho que a impetração fulcra-se, corretamente, no art. 1º, da Lei nº 1.533/51, pois é viável o seu ajuizamento sempre que alguém alegue estar sofrendo, ou tenha justo receio de sofrer qualquer tipo de lesão a di-

reito seu reputado líquido e certo, em virtude de ato ilegal ou praticado com abuso de poder.

Tenho para mim, pois, que a Portaria nº 119/82, é auto-exequível e independe de atos executórios ulteriores, de tal sorte que os seus efeitos já se fizeram sentir sobre a vida negocial de que os autos dão conta. Acho viável, em princípio, a impetração do «writ» contra essa norma, se ela, à semelhança mesmo da lei formal, possa violar, de pleno, direito individual.

Filio-me à corrente doutrinária dos que não admitem sejam deixadas à margem do controle judicial certas práticas reputadas ilegais, quaisquer que sejam as suas roupagens. Fujo ao absolutismo da orientação negativista, procurando mitigar a rigidez do sistema, para adequá-lo, aliás em boa companhia doutrinária, às necessidades da prática, evitando permaneçam ao desamparo judicial direitos garantidos pela Constituição.

A incolumidade do sistema permanece, todavia, quando se trata da regra jurídica em abstrato, porque não pode ser havida como ato impugnado, para uso de ação-autônoma. Mas se há ofensa, sim. E se não se dá mandado de segurança para decretar a nulidade de lei, ou decreto, ou outra norma jurídica, a medida é válida, contudo, para evitar os seus efeitos em face daquele que postula.

Esse seria o meio de conciliação entre o princípio tradicional e a garantia do art. 153, § 4º, da Constituição Federal. A sentença judicial não poderá ter nunca o alcance de anular ou aniquilar a lei, como não o poderia ter em relação a qualquer lei. Seu efeito seria apenas o de subtrair o autor da demanda aos efeitos da lei inconstitucional. A lei continuaria válida em relação a outros direitos do demandante, que não tivessem sido deduzidos na ação. E igualmente

continuará válida quanto a outras pessoas que não fossem partes na demanda, porque a sentença não tem poder de fazê-la desaparecer e sim somente de lhe negar aplicação (Cf. Celso A. Barbi, do Mandado de Segurança, 1960, págs. 86/87, nº 120).

É certo que na hipótese dos autos não se cogita de Lei, mas não há dúvida que a questão envolve também norma abaixo da lei, que emane do Poder Público e tenha eficácia erga omnes. Essa norma, a Portaria nº 119/82, poderia permanecer inerte (mas viva) e nada se teria judicialmente contra ela, porque a pretensão dos impetrantes somente surgiria quando ocorresse a lesão.

É como ensina Pontes de Miranda: «A pretensão, tratando-se de atos contrários a direito, lesivos, não exsurge quando o ato, que viola a lei (Constituição, lei ordinária, ou outra regra jurídica, a que tivesse de obedecer), é praticado, mas somente quando invade a esfera jurídica de alguém» (Omissis) (Cf. Comentários, Tomo V, pág. 355).

Conheço do mandado de segurança.

É como voto.

#### VOTO PRELIMINAR

O Sr. Ministro Carlos Mário Velloso: Senhor Presidente, a Portaria nº 119, de 22-6-82, individualiza o ato normativo consubstanciado no Decreto-Lei nº 1.940, de 1982. Por exemplo, no item II, letra d; a Portaria nº 119 estabelece, expressamente: (lê).

Estabelece a citada portaria, pois, as datas-limites dentro das quais o pagamento deverá efetuar-se; e prescreve, mais, no item V (lê). A mencionada Portaria fixou a data até quando o pagamento deveria ser feito e fixou penalidade, se tal pagamento não ocorresse.

Temos, no caso do FINSOCIAL, a hipótese de lançamento por homologação, vale dizer, na forma do Código Tributário Nacional, art. 150, lançamento que exige o pagamento antecipado do imposto pelo contribuinte, sem prévio exame da autoridade, motivo por que é ele denominado, impropriamente, de autolancamento. No caso, pois, o contribuinte deverá antecipar o pagamento do tributo, porque a Portaria já estabeleceu as datas dentro das quais esse pagamento deverá ocorrer. Se não o fizer, incorrerá em penalidade.

Pelo menos, na pior das hipóteses, estará o contribuinte acobertado pela norma inscrita no art. 1º, da Lei nº 1.533/51, que autoriza a impetração da segurança preventiva diante de uma ameaça real e atual a direito. No caso, essa ameaça real e atual a direito está contida na portaria que fixou a data até quando o pagamento do tributo deverá efetivar-se, sujeito o contribuinte, se não efetivar o pagamento, às penalidades estabelecidas na portaria.

Diante dessas considerações, tenho que a Portaria nº 119, do Ministro de Estado, é ato individualizador do Decreto-Lei nº 1.940/82.

O Sr. Ministro Torreão Braz: O fato de a portaria referir-se à data de recolhimento de maneira genérica pode constar até de lei.

O Sr. Ministro Carlos Mário Velloso: Sr. Ministro Torreão Braz, o argumento de V. Exa., data venia, não me impressiona. Uma lei que contivesse as características dessa portaria seria lei puramente formal, materialmente ato administrativo.

V. Exa. sabe que cabe mandado de segurança contra lei em sentido formal, mas materialmente ato administrativo.

V. Exa. há que atentar que se tem aqui um lançamento por homologação, sendo que o pagamento se faz sem a interferência do Fisco. Fi-

xada a data, fixada a penalidade, se o contribuinte não age de acordo com este ato, que é administrativo, sob o ponto de vista material, ele está sujeito às penalidades. Então, cabe, pelo menos, na pior das hipóteses, o mandado de segurança preventivo, por isso que a ameaça existe, ameaça atual.

Com estas breves considerações e com a devida vênia, acompanho o voto do Sr. Ministro Armando Rollemberg. Conheço do Mandado.

#### VOTO (PRELIMINAR)

O Sr. Ministro Wilson Gonçalves: Sr. Presidente, não estive presente no início do julgamento, mas, posteriormente, tomei conhecimento dos dois votos que são pólos da divergência: o do eminente Ministro Armando Rollemberg e o do eminente Ministro José Fernandes Dantas.

Examinei a Portaria nº 119 e me inclino pela interpretação dada pelo eminente Ministro José Dantas. Conseqüentemente, não conheço da impetração.

#### VOTO PRELIMINAR

O Sr. Ministro Bueno de Souza: Sr. Presidente, tenho para mim que a própria preliminar de não conhecer não é rigorosamente cabível. Contudo, não me furto de ponderar que, como juizes, não parece razoável ignorarmos o que está na imprensa diária, isto é, que o FINSOCIAL já vem sendo recolhido e que até mesmo já se cuida da concreta destinação dos recursos por seu intermédio obtidos.

Por outro lado, examinando a portaria ministerial, colhe-se não somente, como salientou o Sr. Ministro Carlos Mário Velloso, que ali se estabelece o termo inicial do débito por

contribuições; como, também, que, necessários embora alguns esclarecimentos complementares do Banco do Brasil no que diz respeito ao recolhimento das contribuições pelas pessoas jurídicas de direito privado, sujeitas às normas relativas ao imposto de renda, de qualquer modo, não nos é dado mais ignorar que essas empresas vêm recolhendo essas contribuições, por onde se impõe presumir que a portaria criou as condições suficientes para que os recolhimentos se efetuassem. Principalmente, cumpre ponderar que a interpretação deste ato deve pairar em nível compatível com a boa fé e com a normal seqüência dos atos administrativos, públicos ou privados.

Enfim, não me parece que os juizes e tribunais devam argumentar, na interpretação da lei, com pequeninas espertezas de contribuintes: mas, ao contrário, que devamos considerar o contribuinte com a dignidade com que ele espera ser tratado, até prova de malícia sua.

Ora, não vejo como presumir razoavelmente que os contribuintes estejam a valer-se de subterfúgios para se expor a sanções, como esclareceu o Senhor Ministro Velloso. Ao contrário, devemos ter em vista o livre jogo das forças que atuam no mercado, presidido pela boa-fé e pelas boas normas de administração, que procuram eximir as empresas às qualificações de morosas, de inadimplentes e, ainda mais, às perigosas e traumatizantes sanções, num sistema monetário como o nosso, agredido pela inflação.

Sabido como é, publicamente, que as empresas estão recolhendo; que o governo já dá providências para a concreta destinação do produto do recolhimento dessas contribuições, venço-me de que, admitida que seja a preliminar, deva ser, então, rejeitada.

## VOTO PRELIMINAR

O Sr. Ministro Sebastião Alves dos Reis: Data venia inclino-me pela tese sustentada pelo Ministro Armando Rollemberg de um lado, porque in casu se cuida de hipótese em que toca ao sujeito passivo da relação jurídica respectiva, o dever de antecipar o recolhimento correspondente, independentemente do exame prévio da autoridade administrativa, descabendo, assim, exigir-se procedimento administrativo posterior, de coação concreta, de outro, porque não colhe o argumento de que a impetração se volte contra norma em tese, visto como a Portaria ministerial nº 119/82 ao baixar instruções para execução do Decreto-Lei nº 1.940/82, sob invocação do art. 85, II da Constituição Federal, se mostra idônea a produzir efeitos jurídicos individuais, a desencadear a coação de que se queixa a impetrante, independentemente de ato de execução ulterior; frise-se que a norma de Serviço da CEF nº 570/82 (DO 24-8-82), se limitou a expedir formulários para recolhimento e regular sistema de contas internas.

Nesse contexto, entendo que a portaria em tela aparelhou o decreto-lei pertinente, preordenando-o a uma operatividade imediata, comunicando-lhe eficácia, para aplicação concreta a situações individuais, tendente ao dever do sujeito passivo, de antecipar o recolhimento respectivo, e, dessarte, legítima a autoridade que a editou como sujeito passivo, para fins de mandado de segurança.

Lembro que o Alto Pretório, já teve oportunidade de apreciar caso de mandado de segurança contra ato normativo que encerra, em si mesmo, medida coercitiva direta, portador da aplicação imediata, admitindo a propriedade da via eleita, como se vê inter plures do acórdão tomado

no RE nº 81.847, da sua Egrégia Segunda Turma, de que foi Relator o eminente Ministro Leitão de Abreu, ementado nesses termos (RTJ 90/90):

«Mandado de Segurança. Seu cabimento para impugnar portaria ministerial que contém, em si mesma, medida coercitiva, podendo independentemente de ato de aplicação, em concreto, da regra nela expressa, produzir efeito lesivo ao direito do impetrante. Inaplicabilidade da Súmula 266.

Recurso extraordinário não conhecido».

Ainda, do Pleno, destaco da ementa constante do MS nº 18.428 (RTJ 54/71):

«.....

2. Embora não caiba o remédio heróico contra a lei em tese, tem o Supremo Tribunal Federal entendido ser o mesmo admissível, quando o ato, por si só, pode produzir ato lesivo ao direito».

Por tais fundamentos, **concessa venia**, dou o Sr. Ministro da Fazenda como legitimado passivo ad causam, para responder no presente pedido de segurança.

Acompanho, no particular, o voto do Ministro-Relator Armando Rollemberg.

## VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Miguel Jerônimo Ferrante: Enquanto mandado de segurança preventivo, estariam presentes os seus pressupostos se perseguisse, tão-somente, ilidir a cobrança da contribuição de que cuida o Decreto-Lei nº 1.940, de 1982.

Deveras, resulta clara a ameaça a direito, quer em face da edição do referido diploma legal, quer em consequência da expedição da Portaria Ministerial nº 119, de 1982, que a instrumentaliza. Induvidosamente, a

obrigatoriedade do recolhimento da contribuição, sob pena de sanções, já bastaria, em princípio, para autorizar o remédio heróico, nos termos da franquia constitucional.

Todavia, tal como vem posta, não me parece possa prosperar a impetração.

É que não se destina a resguardar direito individual, próprio da impetrante, mas se dirige, única e exclusivamente, contra a mencionada Portaria Ministerial nº 119, em ordem a desconstituí-la, sob alegação de eiva de inconstitucionalidade. Com esse propósito, tenho que carece de legitimidade. É verdade que o ato impugnado pode ser de qualquer autoridade na hierarquia administrativa, tanto da superior que o delibera e manda executar, como da inferior que o executa, mas é inquestionável que, em qualquer caso, esse ato deve violar, ou ameaçar violar, diretamente, direito próprio do impetrante. E isso não ocorre na espécie. A malsinada portaria ministerial, expedida com suporte no permissivo do art. 85, item II, da Lei Maior, reveste forma de lei, na medida em que dita normas para a execução do Decreto-Lei nº 1.940. Com efeito, não visando o seu texto, inquinado de inconstitucionalidade, diretamente, o impetrante, ressaí o seu conteúdo de abstração e generalidade.

Destarte, de sua natureza de lei no sentido formal, emerge a impossibilidade de ser anulada por via mandamental. Se extravasa os parâmetros constitucionais, se a autoridade ao expedi-la foi além dos limites de sua competência, é questão que não serve, no âmbito do mandamus, para invalidá-la.

Poder-se-ia, circunstancialmente, recusar aplicação ao ato que padece de eiva de inconstitucionalidade, mas nunca decretar sua nulidade, ao seu exame em abstrato, porquanto

estar-se-ia, consoante a melhor orientação jurisprudencial, a atentar contra o princípio da interdependência dos poderes constitucionais.

Registre-se, mais, que o mandado de segurança, como consabido, não é remédio de natureza declaratória e sua admissibilidade se condiciona à existência de um direito, tido como líquido e certo, diretamente violado ou ameaçado de ser violado por ato de autoridade.

Enfatize-se, ao cabo, que, no caso vertente, se a segurança tivesse sido impetrada na primeira instância, para sustar a exigência da contribuição em tela, a meu ver nenhum óbice haveria à sua admissibilidade. Mas posto, como está, em anular ato administrativo de natureza normativa, não me parece viável.

Daí por que, data venia do ilustre Relator, também não conheço da impetração.

#### VOTO PRELIMINAR

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro: Sr. Presidente, apesar das falhas técnicas consubstanciadas no Decreto-Lei nº 1.940, de 25-5-82 e na Portaria nº 119, de 22-6-82, é possível perceber que a contribuição social questionada configura tributo sujeito a lançamento por homologação. Com efeito, o contribuinte, no caso, deve antecipar-se a qualquer providência da autoridade administrativa, calculando e recolhendo o tributo devido. Por isso mesmo, o lançamento opera-se através de ato da autoridade fiscal que, ao tomar conhecimento da atividade exercida pelo obrigado, expressamente a homologa (CTN art. 150, § 4º).

Por assim entender, afigura-se-me que, na espécie, independentemente de qualquer ato — ou iminência de sua prática — por autoridade outra que não a própria impetrada, isto é, o Sr. Ministro da Fazenda, o contri-

buinte pode sentir-se, de maneira objetiva e atual, ameaçado de se ver ofendido no tocante a direitos de que se julga titular. Tal ameaça decorre concretamente dos termos daquela portaria ministerial, segundo salientado no voto do eminente Relator.

Em face de tais aspectos, com a devida vênia aos que pensam em contrário, conheço da segurança.

### VOTO PRELIMINAR

**O Sr. Ministro Miguel Jerônimo Ferrante (Aparte):** Acho que a impetração foi mal-endereçada: devia ter impetrado a segurança no Juízo de primeiro grau. Aquele juiz que tem a jurisdição sobre a autoridade que vai verificar a homologação de seu lançamento, que é o juiz de primeiro grau. O Tribunal não tem essa competência.

**O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro:** Discordo do eminente Ministro Miguel Ferrante, não apenas pelos fundamentos antes aduzidos, mas também sob o aspecto fundamental. S. Exa. sustenta a impossibilidade de segurança com efeito apenas declaratório e, a meu ver, a segurança pode ter efeito não só declaratório, mas também constitutivo e condenatório.

Ora, no caso concreto, a admitir-se o efeito declaratório, o que se visa é tão-somente a obtenção de uma certeza sobre a existência ou inexistência de uma relação jurídica tributária. Se o fisco entende caracterizada essa relação jurídica e o contribuinte a afirma inexistente, a ameaça aflora de maneira atual, objetiva e concreta.

Por isso, ainda sob esse aspecto doutrinário, discordo do eminente Ministro Miguel Ferrante, para votar de acordo com o eminente Ministro Armando Rollemberg.

### VOTO

**O Sr. Ministro Jesus Costa Lima:** A Portaria nº 119, de 22-6-82, baixada pelo Ministro da Fazenda, visando a dar execução ao Decreto-Lei nº 1.940, de 25-5-82, ao decidir sobre o prazo para o recolhimento da contribuição, ao estabelecer juros, multa, etc. e, ao mandar proceder à inscrição como dívida ativa, nas hipóteses que menciona, perdeu o seu caráter de ato normativo para transformar-se em ato coator.

«Atos de autoridade, escreve Hely Lopes Meirelles — «Mandado de Segurança e Ação Popular», nº 3, são os que trazem em si uma decisão e não apenas execução. Coator é sempre aquele que decide».

Filho-me à corrente que sustenta dever-se considerar como ato violador do direito o que concretiza a norma geral e autoridade coatora aquela que o praticou. Logo, excluídos os pareceres, as instruções gerais, as portarias, etc.

Porém, adverte Agrícola Barbi, «Do Mandado de Segurança» nº 108 — «quando, sob a forma de lei, regulamento ou portaria, encobre-se ato materialmente administrativo, de aplicação mediata, independente de executor, auto-aplicável, portanto, nessa hipótese autoridade coatora será a autoridade que produziu aquele ato».

Foi o que fez o Ministro da Fazenda.

A Portaria nº 119/82 é auto-aplicável. Independe, para a sua execução, de ato da Secretaria da Receita Federal, dos Delegados da Receita, do Banco do Brasil ou da Caixa Econômica.

Prescinde de qualquer outra iniciativa da Administração, porque tudo foi por ela estabelecido.

O ato, portanto, existe e se expressa na portaria.

Assim, de pleno acordo com o eminente Ministro-Relator, acolhendo a competência deste Tribunal para conhecer da segurança, data venia.

### VOTO MÉRITO

O Sr. Ministro Armando Rollemberg (Relator): O Decreto-Lei nº 1.940, de 25 de maio de 1982, foi baixado pelo Sr. Presidente da República no uso de atribuição conferida pelo art. 55, inciso II, e tendo em vista o disposto no parágrafo 2º do art. 21 da Constituição, que rezam:

«Art. 55 O Presidente da República, em casos de urgência ou de interesse público relevante, e desde que não haja aumento de despesa, poderá expedir decretos-leis sobre as seguintes matérias:

.....  
II — finanças públicas, inclusive normas tributárias».

«Art. 21 .....

§ 2º A União pode instituir:

I — contribuições, observada a faculdade prevista no item I deste artigo, tendo em vista a intervenção no domínio econômico ou o interesse de categorias profissionais e para atender diretamente à parte da União no custeio dos encargos da Previdência Social.»

A primeira objeção que é feita ao diploma legal citado reside na afirmação de que não seria possível, por via de decreto-lei, criar-se a contribuição nele prevista, «destinada a custear investimentos de caráter assistencial em alimentação, habitação popular, saúde, educação e amparo ao pequeno agricultor», arguição que não procede, porque, mesmo para os que entendem não ser a contribuição um tributo, estaria a sua instituição por via de decreto-lei acobertada pela referência feita pelo constituinte a finanças públicas, que compreendem,

sem dúvida, a receita pública, seja qual for a sua origem.

De outro lado, não há como se ter por contrária à Constituição a instituição da contribuição para o Finsocial em si, porque prevista, expressamente, no art. 21, § 2º, do texto constitucional, pois pode se entender como intervenção no domínio econômico, considerando especialmente o momento que vive a nação brasileira; investimentos de caráter assistencial em alimentação, habitação popular e amparo ao pequeno agricultor, não sendo possível fazê-lo quanto à educação e saúde, por já serem objeto da atuação normal da União.

Obstáculo que me parece intransponível para admitir-se a constitucionalidade do Decreto-Lei nº 1.940 está em outro ponto, que, embora não relativo à contribuição propriamente, nela se reflete.

A contribuição criada, tendo em vista a intervenção no domínio econômico, se destina, como estabelecido no parágrafo único do art. 163 da Constituição, ao custeio de serviços e encargos referentes a tal intervenção, e, portanto, ao instrumento por via do qual é executada que, estabelece o caput do mesmo art. 163, somente pode ser criado mediante lei federal, não sendo possível fazê-lo, conseqüentemente, por decreto-lei, como ocorreu com o Fundo de Investimento Social — FINSOCIAL.

Tem-se, assim, que, embora a contribuição estabelecida no Decreto-Lei nº 1.940 pudesse ter sido instituída pela forma por que o foi, a sua cobrança contraria a Constituição porque destinada ao custeio de órgão criado com desatenção a norma constitucional expressa.

Por assim considerar, voto concedendo o mandado de segurança nos termos do pedido.

## VOTO VISTA

O Sr. Ministro Moacir Catunda: Vencida a preliminar de conhecimento do pedido, pelas razões da inicial, acatadas pelo parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República — (itens 6, 7, 8 e 9), bem como pelo voto do eminente Relator, que demonstram a índole concreta e individualizadora da Portaria nº 119, de 22-6-82, que regulamenta o recolhimento da contribuição social instituída pelo Decreto-Lei nº 1.940, de 25-5-80, passou o Tribunal ao julgamento do mérito do pedido, com o voto do Relator, deferindo-o, ocasião em que pedi vista dos autos, para conscientizar-me de particularidades e hoje os apresento em mesa, para prosseguimento do seu julgamento.

O diploma legal apodado de inválido, ao argumento de agredir vários preceitos da Carta Magna, é do teor seguinte:

«Decreto-Lei nº 1.940, de 25-5-82 institui contribuição social, cria o Fundo de Investimento Social (FINSOCIAL) e dá outras providências.

Art. 1º É instituída, na forma prevista neste decreto-lei, contribuição social destinada a custear investimentos de caráter assistencial em alimentação, habitação popular, saúde, educação e amparo ao pequeno agricultor.

§ 1º A contribuição social de que trata este artigo será de 0,5% (meio por cento), e incidirá sobre a receita bruta das empresas públicas e privadas que realizam venda de mercadorias, bem como das instituições financeiras e das sociedades seguradoras.

§ 2º Para as empresas públicas e privadas que realizam exclusivamente venda de serviços, a contribuição será de 5% (cinco por cento) e incidirá sobre o valor do imposto de renda devido, ou como se devido fosse.

§ 3º A contribuição não incidirá sobre a venda de mercadorias ou serviços destinados ao exterior, nas condições estabelecidas em portaria do Ministro da Fazenda.

Art. 2º A arrecadação da contribuição será feita pelo Banco do Brasil S.A. e pela Caixa Econômica Federal e seus agentes, na forma disciplinada em portaria do Ministro da Fazenda.

Art. 3º É criado o Fundo de Investimento Social (FINSOCIAL), destinado a dar apoio financeiro a programas e projetos de caráter assistencial relacionados com alimentação, habitação popular, saúde, educação e amparo ao pequeno agricultor.

Art. 4º Constituem recursos do FINSOCIAL:

I — o produto da arrecadação da contribuição instituída pelo artigo 1º deste decreto-lei;

II — recursos de dotações orçamentárias da União;

III — retornos de suas aplicações;

IV — outros recursos de origem interna ou externa, compreendendo repasses e financiamentos.

Art. 5º O Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico (BNDE) passa a denominar-se Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES).

§ 1º Sem prejuízo de sua subordinação técnica à autoridade monetária, o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social fica vinculado administrativamente à Secretaria de Planejamento da Presidência da República (SEPLAN).

§ 2º O Ministro-Chefe da Secretaria de Planejamento da Presidência da República e o Ministro da Indústria e do Comércio adotarão as providências necessárias ao

cumprimento do disposto neste artigo, no prazo de 30 (trinta) dias.

Art. 6º O Fundo de Investimento Social (FINSOCIAL) será administrado pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), que aplicará os recursos disponíveis em programas e projetos elaborados segundo diretrizes estabelecidas pelo Presidente da República.

Parágrafo único — A execução desses programas e projetos dependerá de aprovação do Presidente da República.

Art. 7º Este decreto-lei entrará em vigor na data da sua publicação e produzirá efeitos a partir de 1º de junho de 1982».

Por oportuno, esclareço que algumas impetrantes, que são estabelecidas nos ramos de produtos farmacêuticos, outras, como indústria de papelão, e a última como comércio de automóveis, após longa exposição, concluem no sentido de que o FINSOCIAL é imposto disfarçado sob a denominação de «contribuição», instituído com ofensa às garantias constitucionais de legalidade e anualidade.

Como ressei do preâmbulo, o decreto-lei questionado foi baixado de acordo com a atribuição do inciso II, do art. 55 e tendo em vista o § 2º, do art. 21 da Constituição, a dizer:

«Art. 55. O Presidente da República, em casos de urgência ou de interesse público relevante, e desde que não haja aumento de despesa, poderá expedir decretos-leis sobre as seguintes matérias:

I — omissis

II — finanças públicas, inclusive normas tributárias»;

«Art. 21. Compete à União instituir imposto sobre:

I — importação de produtos estrangeiros, facultado ao Poder

Executivo, nas condições e nos limites estabelecidos em lei, alterar-lhe as alíquotas ou as bases de cálculo;

.....  
§ 2º A União pode instituir:

I — contribuições, observada a faculdade prevista no item I deste artigo, tendo em vista intervenção no domínio econômico ou o interesse de categorias profissionais e para atender diretamente a parte da União no custeio dos encargos da Previdência Social».

Como sabido e ressabido, o sistema tributário nacional se constitui das espécies, a saber: impostos, taxas e contribuições de melhoria, — Constituição, — art. 18 — I e II, e § 5º, e arts. 21 e 22, e CTN — art. 5º, — ao qual o Decreto-Lei nº 24, de 7-1-65, baixado com base no Ato Institucional nº 2 e portanto com força de lei, — acrescentou as contribuições que relaciona —, de natureza social.

A alegação de inconstitucionalidade formal da contribuição, por ter sido instituída por decreto-lei, e não por lei ordinária, não procede, face à menção a finanças públicas e normas tributárias, isto é, tributo em si, que é criação de norma tributária, constante do art. 55, II, da Constituição, expressões que, por sua natureza abrangente, alcançam qualquer providência legislativa visando aumentar a receita pública. E as receitas do FINSOCIAL, por sua natureza pública, integram o conceito de finanças públicas.

Doutrinadores do porte de Fábio Fanunch — «Curso de Direito Tributário — 1ª edição — vol. I — págs. 134/135; Alberto Xavier, — «Os Principios da Legalidade...» — RT — 1978 — pág. 25; — Sebastião de Oliveira Lima, — «O Fato Gerador do Imposto de Importação na Legislação Brasileira» — pág. 32; — Hamilton Dias de Souza; — «Estrutura do

Imposto de Importação no Código Tributário Nacional» — IBDT — pág. 55 e segs.; e também Pontes de Miranda, para quem decreto-lei traduz uma espécie de lei sob condição resolutiva —, admitem a legitimidade da instituição de tributo por decreto-lei, em casos de urgência e interesse público relevante.

Sobre a orientação do Tribunal Federal de Recursos, lê-se no citado parecer, verbis:

«Também o, Egrégio Tribunal Federal de Recursos, ao apreciar a AMS nº 91.322-SP, em composição de Pleno, decidiu que é constitucional a criação ou majoração de tributos mediante decreto-lei. Desse julgamento, vale destacar passagens dos votos proferidos pelos eminentes Ministros Moacir Catunda, José Dantas e Carlos Mário Velloso:

Ministro Moacir Catunda: «Ora, sendo a criação de tributo matéria compreendida, indubitavelmente, na locução normas tributárias, incerteza fundada não pode existir sobre a competência do Executivo, para instituí-lo por decreto-lei, tanto mais que, consoante o § 1º, do art. 55, publicado o texto, que terá vigência imediata, o decreto-lei será submetido pelo Presidente da República ao Congresso Nacional, que o aprovará ou rejeitará, dentro de 60 dias a contar do seu recebimento, não podendo emendá-lo; se nesse prazo não houver deliberação, o texto será tido por aprovado».

Ministro José Dantas: «...na sistemática constitucional de 67, o «decreto-lei» se distingue da «lei» apenas pela excepcionalidade legiferante autorizada ao Presidente da República, segundo conveniência e oportunidade sublinhadas pela urgência e relevância do interesse público, e pela ativação a trato da segurança nacional, finanças

jurídicas, normas tributárias e cargos públicos. Desse enfoque, infere-se que a dita excepcionalidade formal não basta para negar ao decreto-lei os efeitos do princípio da legalidade, relativos ao conceito *stricto sensu* de lei, como não o nega o rito especial da sua elaboração, cumprido a termos formais da chancela posterior do Legislativo, e por conta dos quais o saudoso Pontes de Miranda, na sua conhecida intransigência para com os princípios, rotulou o decreto-lei de «lei sob condição resolutiva. Logo, a reclamar-se do preceito constitucional a regulamentação por lei, materialmente atendido restará o preceito se regulamentado for por decreto-lei, estando em causa as hipóteses do art. 55 da Constituição». — MS nº 90.245-DF, Tribunal Pleno em 11-12-80».

Ministro Carlos Mário Velloso: «Reconheço que a doutrina, praticamente unânime, é no sentido de que o tributo deve ser instituído por lei em sentido formal, não podendo o decreto-lei criar ou instituir tributos. Todavia a jurisprudência não acompanhou a doutrina, no passo. Tanto este Tribunal quanto a Corte Suprema já decidiram que o decreto-lei pode, tanto quanto a lei ordinária, criar ou instituir tributos».

Face ao magistério concordante da doutrina e da jurisprudência, a meu sentir não é possível duvidar que decreto-lei é instrumento constitucional apto a instituir tributo, nos casos de urgência ou de interesse público relevante, a juízo do Executivo, como exposto acima.

A legislação fornece os conceitos dos tributos denominados impostos, taxas, e contribuições de melhoria, — CTN — art. 16; Constituição — art. 18, II; — CTN — arts. 77 e 81, — sendo silente a respeito do conceito de contribuição, no sentido genéri-

co. A doutrina, no entanto, fixou o entendimento de que para a exigência se caracterizar como contribuição há que haver referibilidade pelo menos indireta, no ato instituidor, entre a atuação estatal e o contribuinte, como leciona Geraldo Ataliba, in «Hipótese de Incidência Tributária» — 2ª edição, — págs. 163 e seguintes. Em «Direito Tributário Atual» — pág. 97, escreve o culto advogado — Luiz Mélega, verbis:

«A. V — Embora as contribuições especiais não tenham merecido uma definição na Carta Política e bem assim no Código Tributário Nacional, doutrinariamente são elas consideradas um tributo, porque o seu fato gerador reclama uma atividade específica do poder tributante, que pode ser diretamente relativa a pessoa diversa do contribuinte e apenas indiretamente relativa a este. Difere do imposto, porque o fato gerador deste depende de qualquer atividade específica do governo tributante. Afasta-se da taxa, por ser a vinculação do fato gerador desta específica a uma atividade estatal (exercício do poder de polícia ou prestação efetiva ou potencial de um serviço) diretamente relativa ao próprio contribuinte. Esta é a posição do inesquecível Rubens Gomes de Sousa, que repudia a idéia de um tributo, que possa ser parte — imposto e parte — taxa, ou ora imposto e ora taxa, circunstância que negaria o próprio conceito de contribuição como um **tertium genus** tributário (Monografia citada, págs. 56 e 107/108)».

No mesmo sentido Rubens Gomes de Sousa, in «Natureza Tributária da Contribuição do FGTS,» — RDA — 112/28, bem como Hamilton Dias de Souza, conhecido tributarista paulista, que assinala no estudo sobre — FINSOCIAL:

Dois impostos — um do campo residual, — outro adicional do imposto de renda. Violação ao princípio da anterioridade, in «Direito Tributário Atual», pág. 94 verbis:

«... o que caracteriza a contribuição é a vantagem diferencial em que se coloca o contribuinte face a uma determinada atividade administrativa, a qual, todavia, tem por escopo beneficiar um grupo de pessoas ou toda a coletividade. Alguns autores, como Micheli (16), dão como elemento da hipótese de incidência apenas a vantagem auferida pelo particular em decorrência de uma atividade administrativa. Outros, como A. D. Giannini, salientam que a contribuição ou «tributo speciale», pressupõe ou a vantagem já referida, ou uma maior despesa do ente público em razão de sua atividade.

Pensamos como Giannini, que não só a vantagem diferencial, mas também a maior despesa causada pelo particular são pressupostos da contribuição».

Consoante o art. 1º do Decreto-Lei nº 1.940/82, a contribuição social instituída por ele é destinada a custear investimentos de caráter assistencial, em alimentação, habitação popular, saúde, educação e amparo ao pequeno agricultor.

Pergunto eu, no caso: qual a referibilidade da exigência, às impetrantes, — que atuam no comércio farmacêutico a qualquer um dos objetivos do FINSOCIAL? E respondo: nenhuma, pois não é possível conectar necessidade de pequeno agricultor, e minorá-la, com renda obtida e calculada com base na receita bruta de qualquer uma das impetrantes.

Contribuição social típica, das relacionadas no art. 43, item x, da Constituição, também não o é a instituída pelo FINSOCIAL, tanto assim

que o diploma instituidor não menciona nenhuma delas.

Relativamente às contribuições mencionadas no § 2º, do art. 21, sou porque a concernente a: 1º) interesse de categorias profissionais, — não tem pertinência, visto que pequeno agricultor, juridicamente, não é categoria profissional; 2º) atendimento diretamente da parte da União no custeio da Previdência Social, — também não se adequa ao caso, como é óbvio; restando ao 3º, tocante à intervenção do domínio econômico, facultada pelo art. 163 da Constituição, verbis: «São facultados a intervenção no domínio econômico e o monopólio de determinada indústria ou atividade, mediante lei federal, quando indispensável por motivo de segurança nacional ou para organizar setor que não possa ser desenvolvido com eficácia no regime de competição e de liberdade de iniciativa, assegurados os direitos e garantias individuais».

A regra transcrita concerne à intervenção em indústria ou atividade de natureza privada, — do que sejam exemplos, no Brasil, — o decreto-lei que regula o AFRMM, destinado ao desenvolvimento da indústria naval; — as legislações do IBC; — do Instituto do Açúcar e do Alcool; — da SUNAB, tabelamento de preços, etc.; de sorte que o citado art. 163 da Constituição não tem conexão com os objetivos do FINSOCIAL, os quais, porque ficam situados no campo de atuação da União, em realidade, devem ser atendidos com recursos provenientes dos impostos previstos em competência ordinária.

O § 2º do art. 1º, ao fixar a contribuição em 5%, calculada sobre o valor do imposto de renda, configura uma hipótese típica de adicional do imposto de renda, cujo recolhimento, não é permitido pela Constituição, no exercício de 1982. O fato gerador no

caso, é o mesmo do imposto de renda.

No atinente às hipóteses não ab-sorvidas pelas das empresas que têm impostos de renda a pagar, previstas no § 1º, entendo constituir tributo novo, que encontra amparo na competência residual da União — CF, art. 18, § 5º.

Relativamente ao recolhimento do produto da arrecadação ao Fundo de Investimento Social (FINSOCIAL), — que o administrará (arts. 3º e 6º), — sou porque o próprio decreto-lei instituidor está a indicar sua incompatibilidade frontal com o art. 62, § 2º, da Constituição, que, «ressalvados os impostos mencionados nos itens VIII e IX, do art. 21, e as disposições desta Constituição e de leis complementares», veda a vinculação do produto da arrecadação de qualquer tributo a determinado órgão, fundo ou despesa.

Por estes motivos, e enquadrando a contribuição em causa como imposto genuíno, sujeito à garantia constitucional de anterioridade, concedo a segurança, para anular sua cobrança durante o exercício de 1982, somente.

## VOTO MÉRITO

O Sr. Ministro José Dantas (Vogal): Senhor Presidente, vencido na preliminar, quanto à questão de mérito, sigo os que distinguem nuances próprias nas contribuições sociais, remetendo-as para o campo maior da parafiscalidade, de círculo autônomo, embora que concêntrico aos dos tributos, na mesma concentricidade que harmoniza os círculos do Direito Financeiro e do Direito Tributário; filio-me aos que definem a parafiscalidade como tendência moderna das finanças públicas, de alargar a noção clássica das entradas orçamentárias para admitir as contribuições especiais como fonte de fi-

nanciamento direto da despesa, atreladas à destinação específica de certos serviços econômicos ou sociais do Estado, estes como beneficiários distintos, mas ultimados a favor do interesse geral; dos que as apontam como participantes da natureza do tributo, sem possuírem, no entanto, todos os seus caracteres.

Donde as contribuições parafiscais escaparem a princípios mais rígidos, os quais resultam como que derogados a seu respeito, a rigor da necessidade da intervenção pública no estabelecimento imediato da cotização requerida pelo empreendimento visado (cf. Louis Trotabas, «Droit Fiscal», pág. 98, Dalloz, Paris, 1977); mesmo porque, decorrentes da atividade financeira do Estado, ditas contribuições não se fundam, porém, na capacidade contributiva, mas em princípios éticos da solidariedade social (magistério de Morselli, apud Baleiro — «Uma Introdução à Ciência das Finanças», pág. 285).

A partir dessa perspectiva ontológica da parafiscalidade, até o seu trato específico no direito positivo brasileiro (inaugurado com a Carta de 67), tenho para mim, com a devida vênia da doutrina nacional contrariamente direcionada, que as contribuições sociais foram postas à distância dos tributos propriamente ditos, desde o texto constitucional de origem, pois que antes dele, no regime da Constituição de 46, sequer se cogitou a indagada correlação.

Na verdade, significado algum teria o art. 18 da Carta de 67 — vindo da EC nº 18/65 à Constituição de 1946, e reproduzido no art. 18, incisos I e II, da EC nº 1/69 —, significado não teria o comando em relacionar os ingressos assemelhados aos impostos, para fins de qualificação do sistema tributário, se houvesse o constituinte de também igualar àquela limitada relação dos impostos, taxas e contribuições de melhoria, todas as de-

mais exações das finanças públicas de fins sociais ou econômicos; significado não teria a letra do § 2º do art. 21 da EC nº 1/69, primitiva ou alterada pela EC nº 8/77, se, à longa distância daquela tríplice relação dos tributos, voltasse o constituinte a estabelecer como tipo tributário, indistintamente, ambos os encargos listados nos incisos I e II do dito parágrafo — encargos discriminados entre si mesmos, pois que somente em apreço ao empréstimo compulsório mandou aplicar as disposições constitucionais relativas aos tributos e às normas gerais de direito tributário; se tributos fossem, ainda que por equiparação constitucional, lógico seria que as contribuições do primeiro inciso igualmente se recomendassem à aplicação das disposições constitucionais tributárias, da forma como recomendada expressamente o foi a figura do segundo inciso, isto é, o empréstimo compulsório.

Dizer-se insignificante esse peculiar tratamento da letra constitucional brasileira, a pretexto de que somente o empréstimo compulsório, por força conceptual, exigiria a assinalação da correlação tributária, parece-me especioso, data maxima venia. Deveras, repita-se, cuidadas ao largo da tipicidade tributária sediada no art. 18, certo seria que para assemelhá-las aos tributos, por necessidade sistêmica que fosse, o constituinte teria dado às prefalladas contribuições financeiras a mesmíssima recomendação expressa de sujeição às disposições constitucionais relativas aos tributos e às normas gerais de direito tributário.

A partir dessas desprezíveis considerações, que na verdade nada acrescentam ao erudito debate de tão palpitante tema, no entanto, no plano objetivo, desejo ajudar a compreensão do caso concreto. É que, visualizada através da Portaria nº 119/82, do Ministro de Estado da Fa-

zenda, a contribuição para o FINSOCIAL, na destinação assistencial a que se refere se me afigura indene do vício de «forma» e «incidência», irrogado pelos impetrantes sob o analisado prisma.

De fato, quanto à «forma» da instituição do gravame, inicie-se por ver a natureza substancial da espécie, segundo a sua indiscutível inerência com as finanças públicas, como inerentes a estas já se disse que o são as contribuições para-fiscais, no seu caráter de financiamento específico dos empreendimentos da solidariedade social que as inspira; conseqüentemente, mesmo em não sendo tributo, esta natureza própria do gravame justifica, por si, a sua imposição por meio de decreto-lei, na exata previsão do art. 55, II, da Constituição, também concernente às finanças públicas. Daí que, em relação à contribuição em causa, ainda que proceda delinear-se o seu conceito somente pela nota da intervenção no domínio econômico, à qual alude o art. 163 e parágrafo da Constituição, tenho para mim, com a devida vênia do Senhor Ministro-Relator, que no caso restou satisfeito o princípio da legalidade estrita, através da autorizada forma do decreto-lei.

Por sua vez, quanto à «incidência» da exação, no ponto malsinado pelos impetrantes, verifique-se que o respectivo comando impositivo retrata-se completo no Decreto-Lei nº 1.940, art. 1º e seus §§, ali estabelecido o quadrinômio — sujeito passivo, fato gerador, base de cálculo e alíquota.

Se a indigitada portaria, como norma de caráter secundário e complementar, chegou a cometer excesso regulamentar, sem dúvida que o fez apenas no particular da multa, à qual se referiu sem que a lei a tivesse previsto como carga da mora (item V, *in fine*). Na verdade, estabelecendo-se a multa da mora a-

través de uma simples portaria, violou-se às claras a garantia da reserva legal, oferecida aos contribuintes em nível de direito individual.

Desse modo, mais não caberia socorrer aos impetrantes, nas suas acusações ao impugnado ato do Ministro da Fazenda, senão que nesse único ponto da multa, taxaço evidentemente não prevista no texto-matriz, e que não se compreende implícita na dívida fiscal, como assim se compreendem os juros e a correção monetária, a teor, respectivamente, da Lei nº 4.357/64, art. 7º, e da Lei nº 5.421/68, art. 2º.

Entretanto, se o exame da espécie vai além dos termos da portaria ministerial que foi indicada como ato coator — estendendo-se à exigência fiscal em si mesma, como pediram as partes e consentiu o Senhor Ministro-Relator —, por esse exame mais largo, ainda tenho o que acrescentar à conclusão, pondo-a, agora, sob outro ângulo de visão.

Deveras, inobstante a distinta regularidade da imposição da analisada contribuição através de decreto-lei, vislumbro mácula na sua «vigência imediata»: vejo-a endereçada à formação de um Fundo, somente instituído nos meados do exercício de 1982!

Daí, dever-se considerar que, por sua natureza própria, por manterem-se no círculo definido do Direito Financeiro, naquela concêntrica conotação com o Direito Tributário, não havia a Constituição de deixar ao descontrolé os investimentos dos fundos sociais mantidos pela União. Quis, pois, o legislador constituinte, à força mesmo do princípio da universalidade do orçamento — matéria financeira por excelência —, quis que os ditos fundos também ficassem vinculados à previsão orçamentária anual.

Consulte-se o art. 62 da Carta vigente, na veemência com que esta-

belece que o orçamento anual compreenderá obrigatoriamente as despesas e receitas relativas a todos os Poderes, órgãos e fundos, tanto da administração direta quanto da indireta, excluídas apenas as entidades que não recebam subvenções ou transferências à conta do orçamento.

Relembre-se o magistério de Manuel Gonçalves Ferreira Filho, ao comentar o dispositivo com esta injevável síntese:

«Consagra o texto em exame um dos princípios orçamentários básicos, o princípio da universalidade. Importa esta na inclusão de todas as receitas e de todas as despesas na lei orçamentária (cf. Alberto Deodato, op. cit. pág. 360). Conforme se depreende do texto, do orçamento farão parte a receita estimada não só da União como de todas essas entidades, tenham elas personalidade própria ou não. Com isso visa-se impedir seja subtraída do controle da representação popular qualquer fração do dispêndio público.

Abre, porém, o texto uma exceção. Não farão parte do orçamento a receita e a despesa de entidades públicas que não recebam subvenções ou transferências à conta do orçamento. Portanto, as entidades que não recebam qualquer auxílio ou dotação seja para sua manutenção, seja como investimento (vide Lei nº 4.320/64, art. 12, §§ 2º e 6º)» — Os grifos são da transcrição — **Comentários à Constituição Brasileira**, 2º volume, pág. 75 — Ed. Saraiva, S. Paulo, 1977.

Dissecando a hipótese do FINSOCIAL, em face da analisada norma convenha-se que: a) de «fundo» se trata, conforme rótulo da própria norma de criação; b) dirigido pela administração indireta, ou quiçá pela própria administração direta, pois que, apesar da estrutura descentrali-

zada do BNDES — órgão administrador —, a aplicação de seus recursos será gerida por diretrizes estabelecidas diretamente pelo Presidente da República — Decreto-Lei nº 1.940, art. 6º e parágrafo; c) subvencionado por recursos de dotações orçamentárias da União, di-lo o art. 4º, II, do citado decreto-lei; donde o FINSOCIAL não se comportar na exceção constitucional acima grifada.

Nesse quadro, penso que a colocada norma constitucional impede que o Fundo de Investimento Social tenha ação sobre qualquer de seus recursos, enquanto não arrolado ele próprio para o controle orçamentário, por via da devida previsão ánuua. Possível não é deixá-lo ao largo dos mecanismos da condução orçamentária, a que estão sujeitas todas as taxações compulsórias, fiscais ou extrafiscais; como impossível é deixar os fundos em geral «intocáveis à vigilância do Poder Legislativo», segundo a observação de Rosah Russo-mano (**Anatomia da Constituição** pág. 112 — Ed. Rev. Tribunais, S. Paulo, 1970); ou consentir noutra forma de fiscalização que não seja ancilar da competência do Tribunal de Contas da União, ao querer do art. 74 da Lei nº 4.320/64, norma geral de Direito Financeiro.

Daí que, se a imposição das rendas que lhe dariam vida antecedeu a obrigatória incorporação à receita de orçamento deste exercício de 1982, não pode o fundo intitular-se legítimo exator da respectiva contribuição social — sob pena de intolerável retorno à antigüíssima indistinção entre o «erário» e o chamado «bolsinho imperial» (De Plácido e Silva — **Vocabulário Jurídico** — Tomo II, verbete Fisco).

E não se diga que a remissão ao inciso I, parte final, do art. 21 da Constituição, o libere do regramento orçamentário; de fato, livre de maiores peias das limitações de tributar,

não quer dizer que a permitida alteração de alíquotas, deixada ao arbítrio do Executivo, alcance o próprio ato de instituição da imposição parafiscal, pois que, pela lógica mais simples, só se pode alterar aquilo que se encontre preestabelecido!

Por conseguinte, apesar de louvável a sua criação, no plano da grande mensagem de paz social contida na destinação de seus recursos — valor que não há negar-se ao FINSOCIAL, por feliz lembrança, endereçado inclusive ao amparo da sofrida classe do pequeno agricultor —, a meu pensar, é condição *sine qua non* de sua execução financeira a reclamada previsão orçamentária; desta previsão não poderá esquivar-se a autoridade dirigente, sem que contrarie os mais respeitáveis interesses públicos protegidos pelo vestuário «princípio do consentimento», precursor do moderno princípio da universalidade orçamentária — o qual, no Estado de Direito democraticamente orientado, se alimenta da harmônica diluição do poder pelos seus três grandes canais condutores.

Em suma, por via de abrangência plena, vem ao caso o princípio da anualidade, óbice a que no mesmo ano da criação do FINSOCIAL, jejuno de previsão orçamentária, possa a União arrecadar-lhe e aplicar-lhe a contribuição.

A partir daí, convenha-se no direito líquido e certo oponível pelo contribuinte à exigência da precitada exação, mal posta em antecipação à obrigatória previsão orçamentária, à qual está sujeita porque constitui receita de um fundo subvencionado à conta do orçamento (parcial ou integralmente subvencionado, não o distingue a Constituição, art. 62).

Só por esse ângulo de visualização da hipótese, do qual não tenho a pretensão de convencer o Egrégio Tribunal, é que — a par da inconstitu-

cionalidade da multa instituída pela examinada portaria ministerial (item V, *in fine*) — findo por declarar inconstitucional também a expressão «e produzirá efeitos a partir de 1º de junho de 1982», constante da parte final do art. 7º do Decreto-Lei nº 1.940, de 25-5-82; pelo que concedo, em parte, o mandado de segurança, para livrar os impetrantes da exigência parafiscal em causa, apenas neste mesmo ano de sua instituição sem previsão orçamentária.

### VOTO

O Sr. Ministro Carlos Madeira: A doutrina brasileira, filiando-se à maioria dos autores estrangeiros, fixou-se em que a contribuição parafiscal tem a natureza do tributo, principalmente porque é uma forma coativa de obter recursos, para a qual só é legitimado o Estado. E por ser da natureza do tributo, alguns autores extraem dever ela obediência estrita aos princípios que regem os tributos comuns, equiparando-a, assim, ao chamado imposto fiscal de afetação genérica, que guarda a feição e as limitações do Estado liberal.

Não há negar, porém, a índole intervencionista da contribuição parafiscal, que supera o modelo liberal, pois, tendo origem nos chamados impostos especiais, destinados a custear atividades excluídas do âmbito das finalidades essenciais do Estado, ela se impôs, na realidade financeira, como figura necessária ao cumprimento de obrigações de caráter social e à participação do poder público no ordenamento econômico. De tal maneira se avultou sua prestabilidade, que às que foram arroladas no inventário Schuman, na França de após guerra, muitas se acrescentaram, em países como o nosso, em que os encargos sociais e muitos dos empreendimentos públicos escapam aos limites da receita tributária comum.

A especialidade da imposição, portanto, enseja um tratamento especial da matéria. E não foi com outra preocupação que o legislador ressaltou, no art. 217 do CTN, a incidência e a exigibilidade de várias contribuições sociais, dentro das normas que regem a tributação comum na triplíce figura do imposto, da taxa e da contribuição de melhoria. Essa especialidade, contudo, não se adstringe às contribuições sociais previstas no art. 43, X, da Constituição, mas também às destinadas ao custeio dos serviços e encargos decorrentes da intervenção no domínio econômico, na forma do parágrafo único do art. 163 da Carta. Essas duas disposições dão conteúdo à norma do art. 21, § 2º, da Constituição, que inclui as contribuições no poder tributário comum da União.

É curial que, ante a especificação constitucional, não tenha cabimento a vacilação doutrinária, que ora vê na contribuição uma taxa, ora um imposto. Se se tem como certo que a contribuição é uma consequência do intervencionismo que caracteriza o Estado moderno, será ilógico que se acrisole o seu conceito nos princípios do liberalismo jurídico que informam as normas tributárias comuns. Se se reconhece que, com a receita das contribuições, o Estado cumpre finalidade novas, não se há de exigir que elas guardem as mesmas características dos antigos tributos. Seria uma forma de romantismo jurídico, aceitar-se a realidade nova das contribuições, sem admitir-se a inovação que elas trazem aos velhos moldes da dogmática jurídico-tributária.

Desse modo, é irrecusável que as contribuições, embora sejam receita tributária, não configuram tributos ordinários do tipo tradicional. E que, pela sua criação e pela forma de sua arrecadação e aplicação, elas derrogam vários princípios que regem aqueles tributos. Vale lembrar a ob-

servação de Luís Mateo Rodrigues: «... la exación parafiscal no constituye una categoria en si mesma, sino que, por el contrario, consiste unicamente en un apelativo aplicable a aquellos ingresos públicos que, poseyendo naturalesa jurídico-tributária, reunen unas determinadas notas caracterizadoras que derivan de la inaplicabilidad, al menos parcial, del régimen jurídico que, como consecuencia de su esencia tributária, debería serles aplicado». (La Tributación Parafiscal, Leon, 1978, pág. 78).

As contribuições não são, portanto, definidas pelo fato gerador, mas pela sua destinação, fugindo à principiologia peculiar aos impostos. Elas são criadas tendo em vista uma finalidade, que tanto pode ser a intervenção no domínio econômico, o interesse de categorias profissionais ou o custeio dos encargos da previdência social, na parte da responsabilidade da União. Assim já as definia o Conselho de Estado, na França, em aviso de 11 de maio de 1954: são «les prélèvements obligatoires, recevant une affectation déterminée, institués par voie d'autorité, généralement dans un but d'ordre économique, professionnel ou social, et échappant en totalité ou en partie aux règles de la législation budgétaire et fiscale en ce que concerne les conditions de création de la recette, de détermination de son assiette et de son taux, de la procédure de recouvrement ou de contrôle de son emploi». Essa definição, citada por Maurice Duverger, no seu livro sobre instituições financeiras, pode ser completada com a própria observação desse ilustre publicista, de que «La parafiscalité est la manifestation financière de cette sorte d'éclatement de l'Etat, qui résulte de l'ampleur de tâches qu'il assume». (Institutions Financières, págs. 98 e 101).

Sei que essa posição é vigorosamente contrariada pela corrente dos

tributaristas que, a partir de Berliri, e por força de ver em todo tributo um imposto ou uma taxa, considera ilógico e anticientífico definir a contribuição levando em conta a sua destinação, ou seja, o seu aspecto financeiro, e não dogmaticamente incluída no elenco constitucional dos tributos. Mas, em primeiro lugar, a abstração do aspecto financeiro importa retirar um dado essencial para a compreensão da espécie tributária singular, que é a contribuição. Em segundo lugar, entendo que o disposto no § 2º, alínea I, do art. 21 da Constituição, constitui norma que excepciona o princípio geral de instituição de tributos contido no art. 18 da Carta. Não é esse um procedimento contra a Constituição, pois a doutrina de direito constitucional o admite. Em monografia publicada em Berlim em 1961, depois incorporada à tradução espanhola de sua obra sobre Teoria Constitucional, Karl Lowenstein assinalou que «não se pode impedir ao legislador constitucional «quebrantar» uma norma por ele estabelecida, isto é, fazer uma exceção em casos concretos bem ponderados, mantendo a validade geral daquela, sempre no pressuposto de que a exceção seja inserida desde o primeiro momento com valor constitucional, ou, no caso da necessidade surgir posteriormente, seja evidenciada no texto constitucional» (ob. cit. Barcelona, 1970, pág. 187). No mesmo sentido Carl Schmidt, Teoria de la Constitución, tradução mexicana, 1966, pág. 116.

No caso da contribuição social criada pelo Decreto-Lei nº 1.940, tem ela a destinação expressa de custear investimentos de caráter assistencial em alimentação, habitação popular, saúde, educação e amparo ao pequeno agricultor (art. 1º).

Será ela uma parcela do Fundo de Investimento Social, constituído, também, segundo o art. 4º, por recursos de dotações orçamentárias da

União, do retorno de suas aplicações e de outros recursos internos ou externos, compreendendo repasses e financiamentos.

O FINSOCIAL, para o qual se destina a contribuição, será administrado pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, instituição em que ficou transformado o antigo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico, o qual, pelo que se vê, é agora expressão do «*écatement d'Etat*», de que fala Duverger, num misto de banco de desenvolvimento e de instituto de assistência social.

Tenho, assim, que a contribuição para um fundo criado por lei, a ser administrado por um órgão designado na lei, não é inconstitucional.

O que é inconstitucional é a sua exigência no mesmo exercício em que foi instituída.

É que o princípio do § 29 do art. 153 da Constituição se aplica a toda espécie de tributo, mesmo que se trate de contribuição para fim social. A inspiração solidarista da contribuição não a exclui da rigidez do princípio, que representa uma garantia do contribuinte. E toda garantia constitucional importa limitação do exercício do poder público.

Concedo a ordem, apenas para garantir às impetrantes o direito de não recolherem a contribuição no exercício de 1982.

#### VOTO VISTA

O Sr. Ministro Evandro Gueiros Leite: Para baixar o Decreto-Lei nº 1.940, de 25 de maio de 1982, o Presidente da República se valeu da atribuição que lhe confere o art. 55, II, da Constituição Federal, que alguns comentaristas questionam em face da reserva contida nos arts. 19, I, e 153, § 29. Mas o fato é que este art. 55, II, está na Carta e nela permanecerá até que venha a ser expurgado.

O texto refere-se a finanças públicas e normas tributárias, quaisquer normas.

Isso nos pode dar a idéia de que a natureza do Decreto-Lei nº 1.940 é realmente tributária, mesmo sob a denominação de «contribuição social», mas com destinação própria (art. 1.º), vinculação ao Fundo de Investimento Social — FINSOCIAL (art. 3.º) e administração a cargo do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social — BNDES (art. 6.º), mesmo ao arrepio da vedação contida no art. 62, § 2.º, da Constituição.

Daí por que o Presidente da República não se reporta, no preâmbulo do Decreto-Lei nº 1.940, apenas ao art. 55, II, que lhe outorga o poder de tributar. Mas se reporta, também, ao art. 21, § 2.º Isso significa o conglombamento das atribuições e sua extensão a outras competências, como é o caso das «contribuições», que não são tributos propriamente ditos, mas sim modalidade de obrigação pecuniária *ex lege*, destinada ao custeio de serviços e encargos, como se diz no texto,

«...Tendo em vista a intervenção no domínio econômico e para atender diretamente à parte da União no custeio dos encargos da previdência social» (art. 21, § 2.º, Constituição Federal).

Não sendo, pois, tributo propriamente dito, na modalidade de imposto prevista no art. 62, § 2.º, desapareceria o impedimento da vinculação do produto de sua arrecadação a determinado órgão, fundo ou despesa, podendo a lei estabelecer que a sua arrecadação, parcial ou total, viesse a constituir receita do orçamento de capital, liberada a respectiva aplicação, inclusive, no custeio de despesas correntes. É nessa qualidade que entendo as contribuições, em sua natureza e destinação, previstas, combinadamente, no texto autorizativo

(art. 21, § 2.º, I) e no texto finalístico (art. 163, parágrafo único).

Repito que não vejo como extirparem-se essas normas da Constituição à força de opiniões doutrinárias, respeitáveis, é certo, e mesmo procedentes, se observadas sob o seu aspecto puramente científico. Nem mesmo o Supremo Tribunal Federal poderá fazê-lo, porque uma das suas precípuas finalidades é respeitar a Constituição, á qual poderá amoldar as demais Constituições e as leis, como meio e modo de garantir princípios que ninguém poderá enfrentar, a não ser se alterados pelo processo apropriado.

Bem sei que o decreto-lei mencionado no art. 55, II, somente poderá ser expedido sobre certas matérias, em casos de urgência e interesse público relevante. Não posso (nem devo) discernir, porém, no âmbito do Poder Executivo, em torno do que se tenha como motivo de urgência, ou do que é necessário em face de situações imprevisíveis, de emergências que exijam a expedição imediata de uma norma dessas, para solucionar (ou tentar solucionar) o problema que se apresente instante.

Antonio Manuel Gonçalves diz que poderá fazê-lo, do alto de suas especulações doutrinárias e no plano contemplativo dos que, com a mão em princípios realmente sólidos, se opõem às providências tomadas pelo Governo a nível de reais problemas administrativos. Ele pode, mesmo com razão, sustentar que o art. 51, § 2.º, da Constituição, solucionaria a questão da urgência, quando se fizesse necessário criar ou aumentar tributos.

Assim poderia ser feito pelo envio, pelo Presidente da República ao Congresso Nacional, de projetos de lei sobre qualquer matéria, solicitando a sua apreciação dentro do prazo de quarenta e cinco dias e até mesmo em sessão conjunta do Congres-

so. Aí o conceito de urgência, para efeito de expedição, pelo Presidente, de decretos-leis, não seria tão instantane que não pudesse aguardar aquele prazo. Nada mais coerente, porém inatingível à base de sugestões doutrinárias, pois a realidade está na indiscutível coexistência entre os arts. 51, § 2º, e 55, II, porque ambos integram a Lei Maior.

O Ministro Armando Rollemberg menciona no seu ilustre voto o conhecido princípio da legalidade, utilizando-se do art. 163, onde considera que somente será possível a intervenção no domínio econômico mediante lei federal. Acha, assim, que o decreto-lei não é lei federal bastante (material ou formal) para atender os casos ali previstos. Ora, a ser assim, estaríamos diante de obstáculos intransponíveis em toda a linha, pois também o art. 19, I, veda à União instituir ou aumentar tributos sem que a lei (e lei federal) o estabeleça.

Contudo, não será possível arrear-se, nesse mesmo texto, a ressalva apontada: dos casos previstos na própria Constituição. Não há dúvida que entre essas ressalvas pode ser incluída a expedição de decretos-leis (federais), ex vi do disposto no art. 55, II, c/c o art. 21, § 2º, inciso I, sem qualquer referência ao princípio da reserva legal. Lendo Américo Masset Lacombe, vejo que ele não descarta essa possibilidade do Presidente, de editar decretos-leis, embora salientando que, além da urgência, impor-se-ia que a matéria fosse de interesse público relevante, isto é, conveniente, importante, de grande valor. Assim sendo, o interesse público, que lhe servisse de pressuposto, não seria o comum, mas o incomum ou excepcional.

Ora, como em mandado de segurança se poderá desacreditar o Poder Executivo quando afirma a existência de um interesse incomum? Seria tentar penetrar no âmago até mesmo das razões de Estado, o que

é sabidamente incabível nas atribuições do Poder Judiciário, que não poderá, tampouco, catalogar modalidade de interesse, para dizer, dentro da Constituição (e como pretende o professor Lacombe), que seriam apenas as guerras externas, a subversão interna, a calamidade pública e a intervenção em unidades federativas por motivo de débitos tributários.

O decreto-lei é, para mim, norma tributária federal, pois isso está dito no art. 55, caput, inciso II, da Constituição. Na verdade, se anotarmos a existência de contribuições na esfera de incidência do art. 21, § 2º, inciso I, poderemos dissipar certos preconceitos, com a ajuda dos tributaristas, pois a tarefa é deles, que chamam de práticos e apressados os aplicadores do seu direito tributário, aos que tropeçam, por ignorantes e preconceituosos, na perplexidade que os assalta diante de figuras tributárias de difícil definição (Geraldo Ataliba, *Hipótese de Incidência Tributária*, 2ª ed., 3ª tir., pág. 199).

Seria o caso das contribuições parafiscais, conforme assegura? E que não estão no limbo, mas se caracterizam pela atribuição, por lei, da capacidade de serem sujeitos ativos de tributos que arrecadam em benefício de suas próprias finalidades, pessoas diversas do Estado? Ora, o FINSOCIAL, embora criado pela União, será arrecadado pelos agentes indicados e administrado pelo BNDES, em favor de pessoa pública autárquica-previdenciária.

A par de tudo, isto é, por achar que essa contribuição se encontra perfeitamente enquadrada no nosso sistema tributário, sem afrontar os princípios básicos constitucionais, contudo, e por considerar que a sua simples designação não lhe retira o caráter tributário, pois qualquer que seja o seu nome de batismo, não deixa de ser obrigação pecuniária ex lege, posta em benefício de pessoas

públicas e com finalidades de utilidade pública, submeto-a aos princípios incidentes, que são os da isonomia, da legalidade, da anterioridade ao exercício financeiro respectivo (CF, art. 153, §§ 1º e 2º; art. 19, I, 2ª parte) (Ruy Cirne Lima, *Princípios*, pág. 51).

Pontes de Miranda vai mais longe, quando adverte que as regras jurídicas que criam as contribuições, como a que se examina, têm de respeitar, também, os direitos e as garantias individuais, de modo que os princípios do art. 153 devem ser invocados, evitando-se, por exemplo, o atingimento desapropriativo ou infringente do direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada (*Comentários*, T. VI, RT, 1968, págs. 89/90).

Especificamente destaca-se o art. 153, § 2º, onde está dito que «nenhum tributo será exigido ou aumentado sem que a lei o estabeleça, nem cobrado em cada exercício, sem que a lei que o houver instituído ou aumentado esteja em vigor antes do início do exercício financeiro (omissis)». Este final é o que importa aqui, pois já havendo conhecido o «writ» em voto preliminar, agora defiro-o parcialmente, para reputar inconstitucional a exigência ou cobrança do FINSOCIAL neste mesmo exercício financeiro.

É como voto, com a devida vênia do eminente Relator.

#### QUESTÃO DE ORDEM

O Sr. Ministro Jarbas Nobre: Senhores Ministros, no Mandado de Segurança nº 97.775, do qual é Relator o Sr. Ministro Armando Rollemberg, no momento em gozo de licença para tratamento de saúde, há matéria constitucional a ser resolvida.

Em 14 de outubro último, quando teve início o julgamento desse processo, S. Exa. deferia a ordem.

Concediam a medida, em parte, para julgar inconstitucional a cobrança da contribuição para o FINSOCIAL no exercício de 1982, os Senhores Ministros Moacir Catunda, José Dantas, Carlos Madeira e Gueiros Leite.

Já na quinta sessão, pediu vista o Sr. Ministro Washington Bolívar.

Aguardam os Srs. Ministros Torreão Braz, Carlos Mário Velloso, Otto Rocha, Wilson Gonçalves, William Patterson, Adhemar Raymundo, Bueno de Souza, Sebastião Reis, Miguel Ferrante, José Cândido, Antônio de Pádua Ribeiro, Costa Lima, Leitão Krieger e eu. Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Lauro Leitão, Pedro Acioli, Américo Luz e Flaquer Scartezini.

Assinaiei que está ausente o Sr. Ministro-Relator Armando Rollemberg.

Tal fato, entretanto, não impede que o julgamento tenha prosseguimento, face ao que dispõe o § 1º, artigo 151, do Regimento Interno, verbis: «O julgamento que tiver sido iniciado prosseguirá, computando-se os votos já proferidos pelos Senhores Ministros, mesmo que não compareçam ou hajam deixado o exercício do cargo, ainda que o Ministro afastado seja o Relator».

Como se trata de matéria de alto interesse, concedo a palavra ao Sr. Ministro Washington Bolívar, para proferir o seu voto-vista.

#### VOTO VISTA

O Sr. Ministro Washington Bolívar de Brito: Sr. Presidente, não tomei parte, inicialmente, no julgamento do caso, quando se tratou da matéria pertinente ao conhecimento do mandado de segurança. Parece-me que só na 2ª ou na 3ª sessão do julgamento deste mandado de segurança, quando já vencida esta parte, foi que tive a oportunidade de nele intervir.

De qualquer sorte, como se trata de matéria constitucional e o julgamento ainda continua, acho que devo manifestar-me quanto a esta parte apenas para dizer que também conheço do pedido, tendo em vista que se materializou o preceito legal na ameaça constante da Portaria nº 119 do Sr. Ministro de Estado da Fazenda.

Quanto ao mérito, pedi vista dos autos porque me recordei de que, quando do julgamento do mandado de segurança ou dos mandados de segurança que tratavam do IOF, eu acompanhara o brilhante voto do eminente Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, para denegar a segurança. Preocupado em que houvesse alguma similitude quanto à matéria ora em debate, entendi que deveria solicitar vista, para sobre ela meditar.

Após leitura cuidadosa da petição inicial, das informações, dos doutos pareceres da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e da ilustrada Procuradoria-Geral da República, pude fazer o meu ente de razão.

Discute-se a constitucionalidade da criação do tributo do FINSOCIAL, mediante decreto-lei. Discute-se também, na inicial, o problema, não só neste aspecto da legalidade como também o princípio da anualidade, admitido que pudesse ser criado por decreto-lei, se poderia ser cobrado no mesmo exercício.

Como todos se recordam o Decreto-Lei nº 1.940, de 25 de maio de 1982, tem como fundamento o inciso II do art. 55 e, também, o disposto no § 2º do art. 21 da Constituição.

O art. 55 e seu item II dizem o seguinte:

«Art. 55. O Presidente da República, em casos de urgência ou de interesse público relevante, e desde que não haja aumento de despesa, poderá expedir decretos-leis sobre as seguintes matérias:

II — finanças públicas, inclusive normas tributárias.»

O invocado art. 21, em seu § 2º, incisos I e II, da Constituição, dispõe:

«Art. 21. Compete à União instituir impostos sobre:

.....  
§ 2º A União pode instituir:

«I — contribuições, observada a faculdade prevista no item I deste artigo, tendo em vista intervenção no domínio econômico ou o interesse de categorias profissionais e para atender diretamente à parte da União no custeio dos encargos da previdência social.

II — empréstimos compulsórios, nos casos especiais definidos em lei complementar, aos quais se aplicarão as disposições constitucionais relativas aos tributos e às normas gerais do direito tributário.

Uma das críticas do decreto-lei é a de não ter explicitado qual dos dois itens do § 2º, do art. 21, da Constituição, seria o que justificou a expedição urgente do decreto.

Para louvar o meu entendimento, também no elemento histórico, mandei buscar a mensagem com que o Exmo. Sr. Presidente da República encaminhou à apreciação do Congresso Nacional o texto do Decreto-Lei nº 1.940, de 25 de maio de 1982, publicado no Diário Oficial da União do dia subsequente, que institui a contribuição social.

Diz sua Excelência:

«Nos termos do § 1º do artigo 55 da Constituição, tenho a honra de submeter à elevada deliberação do Congresso Nacional o texto do Decreto-Lei nº 1.940, de 25 de maio de 1982, publicado no Diário Oficial da União do dia subsequente, que institui contribuição social, cria o Fundo de Investimento Social, e dá outras providências.

«O referido diploma versa matéria de finanças públicas, inscrevendo-se, desse modo, no inciso II do artigo 55 da Constituição. Por outro lado, o pressuposto conjuntural da edição do decreto-lei vem a ser, no caso, o relevante interesse público (art. 55, caput) a que atende a iniciativa, em todos os seus termos.

«Destina-se o Fundo de Investimento Social a custear programas e projetos voltados para as necessidades elementares das camadas sociais menos favorecidas, no plano da alimentação, da habitação popular, da saúde, da educação e do amparo ao pequeno agricultor. Cuida-se, pois, uma vez mais, de legislar e administrar com vistas à correção progressiva dos desníveis existentes em nossa sociedade, e à melhor distribuição das riquezas que o País proporciona aos que trabalham. «Para responder basicamente pelos ingressos financeiros do Fundo, o decreto-lei institui uma contribuição social escorada no artigo 21, § 2º, inciso I, da Constituição, e deessarte estranha por fundamento constitucional — se já não o fosse por sua própria natureza — às normas gerais do direito tributário.

«Em bases de irrecusável isonomia e parcimônia, o ônus da contribuição social recai sobre empresas tanto privadas quanto públicas, distinguindo-se apenas, por motivo operacional, a sistemática de sua exigibilidade àquelas que se limitam à prestação de serviços.»

O elemento histórico, assim, está a demonstrar que deve ter havido certamente um lapso na redação do decreto-lei quando se fundamenta, sem explicitar o inciso, no § 2º do art. 21 da Constituição. Aqui está então esclarecido que é o § 2º, inciso I, da Constituição, que releio, para lembrar, onde se diz «contribuições».

«A União pode instituir:

I — contribuições, observada a faculdade prevista no item I deste artigo, tendo em vista intervenção no domínio econômico ou o interesse de categorias profissionais e para atender diretamente à parte da União no custeio dos encargos da previdência social».

Amarrou, aí, portanto, o Executivo o seu decreto.

O critério político de urgência ou de relevância da matéria, a Constituição atribuiu ao Exmo. Sr. Presidente da República. É ele o Juiz da urgência ou da relevância do público interesse ao expedir o decreto-lei, dentro daqueles limites que a Constituição lhe traçou: segurança nacional, finanças públicas, inclusive normas tributárias, criação de cargos públicos e fixação de vencimentos.

Argúi-se, parece-me que no parecer da ilustrada Subprocuradoria-Geral da Fazenda Nacional, que o Judiciário não teria competência para verificação da procedência, ou não, da relevância dos motivos invocados pelo Executivo para expedição do decreto-lei, ou também da sua urgência, dado que a própria Constituição atribui ao Poder Legislativo esse dever, que é o de apreciar politicamente, — política, no sentido helênico do termo, como diria Aliomar Baleeiro — se o critério que o Presidente da República, em momento histórico determinado, aplicou, estava, ou não, corretamente enfocado.

Com a devida vênia, entendo que não somente o Poder Legislativo tem esta obrigação, que aliás é a de aceitar ou rejeitar, sem emendas, o decreto-lei. Também me parece que o Poder Judiciário tem que perquirir dos motivos que levam o Executivo a expedir determinado decreto-lei, quando se discute, como aqui, por inteiro, a matéria constitucional.

Feita esta ressalva, que é apenas de entendimento pessoal, para abreviar, tendo em vista o adiantado da hora, prometendo explicitar em voto escrito meu entendimento, dois pontos impressionaram-me, vivamente, no problema do FINSOCIAL. O primeiro deles é o de que esta Corte (e com ela o Egrégio Supremo Tribunal Federal) já entendeu ser plenamente constitucional a instituição de tributo mediante decreto-lei. Deve-se, inclusive, ao brilhante voto do eminente Ministro José Dantas a explicitação que foi o «leading case» deste Tribunal. Ora, Srs. Ministros, no caso do IOF, que guarda muita semelhança com este, entendeu esta Corte, acolhendo o voto do Sr. Ministro Justino Ribeiro, que o Executivo poderia, como fez, criar, por decreto-lei, aquele tributo. Reconheceu-lhe, portanto, pressuposto, ou os pressupostos de urgência e de interesse público relevante. Mas, ao depois, a meu ver e, data venia, contraditoriamente, entendeu de, em homenagem ao princípio da anualidade, declarar que a cobrança, todavia, não poderia fazer-se no mesmo exercício.

Observação inteligente encontra-se no parecer da douta Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional: se é urgente, se é relevante o interesse público que leva o Presidente da República, como juiz dessa urgência e dessa relevância, a expedir um decreto-lei, que também figura no elenco no processo legislativo, parece-me uma contradição que se lhe negue esta mesma urgência, esta mesma relevância, permitindo a viabilidade da cobrança somente no exercício seguinte, o que faz presumir que, ou não era urgente, ou não era relevante — e aí o decreto-lei não poderia ter sido, sequer, editado — ou é urgente e relevante, e aí tem que ser imediatamente cobrado o tributo instituído.

Não há como sair, data venia, pelo menos no meu modo de entender —

e é possível que eu esteja equivocando, para isto estão aí os constitucionalistas, os doutos tributaristas desta Casa, com quem tanto tenho aprendido, ao longo desses cinco anos — mas a lógica da própria forma de expedir o decreto-lei e os pressupostos que o embasam fazem com que não se possa admitir que, uma vez reconhecida — e o Tribunal já reconheceu — a urgência ou a relevância da matéria, não se pode deixar, também, de concluir que o tributo pode, e deve, ser cobrado no mesmo exercício.

A preocupação com essas expedições de decretos-leis — e todos sabem que o decreto-lei é um instrumento das democracias modernas para dinamizar o Executivo (não vou entrar nisto, para não me alongar demais, e todos sabem o assunto) — essa preocupação com o Executivo forte, não nos deve atingir. O que nos deve preocupar é um Executivo fraco, um Legislativo sem imaginação ou um Judiciário sem independência e sem poder de análise. Estas coisas, sim, nos devem a todos preocupar, como Juizes e como cidadãos. Nunca, em tempo algum, tanto mais que a Constituição revela um momento de inspiração jurídica de um povo, quando inscreveu, dentro dos seus dispositivos, o que permite a urgência da deliberação do Executivo, outro que determina a apreciação dessa urgência pelo Poder Político, e mais um outro que também autoriza o exame, pelo Poder Judiciário, dos direitos e garantias individuais, porventura lesados. Estabelecido, assim, esse estado de direito, tal como está em nossa Constituição, não me parece que mereça preocupação maior, de nossa parte, este assunto, tanto mais que, quanto ao aspecto da anualidade, o art. 153, § 29, da Constituição, deixa uma gama bem ampla, na parte final, ao declarar:

«Nenhum tributo será exigido ou aumentado sem que a lei o estabele-

leça, nem cobrado em cada exercício, sem que a lei que o houver instituído ou aumentado esteja em vigor antes do início do exercício financeiro, ressalvados a tarifa alfandegária e a de transporte, o imposto sobre produtos industrializados e outros especialmente indicados em lei complementar, além do imposto lançado por motivo de guerra e demais casos previstos nesta Constituição.»

A amplitude desta parte final da ressalva permite, perfeitamente, sem nenhuma intranquilidade, a meu ver, que se possa reconhecer, uma vez que se reconheceu a premissa, reconhecer também a conclusão lógica de que o tributo deve, e pode, ser cobrado no mesmo exercício.

A natureza jurídica já foi dita: é uma contribuição. O Decreto-Lei nº 27, de 14 de novembro de 1966, também já dizia:

«O Presidente da República, usando da atribuição que lhe confere o parágrafo único do art. 31 do Ato Institucional nº 2, tendo em vista o Ato Complementar nº 3.

«Considerando a necessidade de deixar estreme de dúvidas a continuação da incidência e exigibilidade das contribuições para fins sociais, paralelamente ao Sistema Tributário Nacional, a que se refere a Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966;

«considerando as patentes implicações das mencionadas contribuições, no tocante à Paz Social, que se reflete necessariamente na Segurança Nacional, etc.»

Esse decreto-lei, como todos sabem, acrescenta à Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, um artigo referente às contribuições para fins sociais. Há um equívoco ao declarar que é o art. 218. Se não me engano, o art. é o 217; mas não importa esse

equívoco na mera enumeração do texto. O que importa é o que ele diz:

«Art. 1º. Fica acrescido à Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, o seguinte artigo, que terá o nº 218, passando o atual art. 218 a constituir o art. 219:

«Art. 218. As disposições desta lei, notadamente as dos arts. 17, 74, § 2º, e 77, parágrafo único, bem como a do art. 54 da Lei nº 5.025, de 10 de junho de 1966, não excluem a incidência e a exigibilidade de:

I — da 'contribuição sindical', denominação que passa a ter o imposto sindical de que tratam os arts. 578 e seguintes da Consolidação das Leis do Trabalho, sem prejuízo do disposto no art. 16 da Lei nº 4.589, de 11 de dezembro de 1964 (9);

II — das denominadas 'quotas de previdência' a que aludem os arts. 71 e 74 da Lei nº 3.807, de 26 de agosto de 1960 (10), com as alterações determinadas pelo art. 34 da Lei nº 4.863, de 29 de novembro de 1965 (11), que integram a contribuição da União para a Previdência Social, de que trata o art. 157, XVI, da Constituição Federal;

III — da contribuição destinada a constituir o 'Fundo de Assistência e Previdência do Trabalhador Rural', de que trata o art. 158 da Lei nº 4.214, de 2 de março de 1963 (12);

IV — da contribuição destinada ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, criada pelo art. 2º da Lei nº 5.107, de 13 de setembro de 1966 (13);

V — das contribuições enumeradas no § 2º do art. 34 da Lei nº 4.863, de 29 de novembro de 1965, com as alterações decorrentes do disposto nos arts. 22 e 23 da Lei nº 5.107, de 13 de setembro de 1966, e outras de fins sociais, criadas por lei.»

Já vimos, então, que essa contribuição, criada por lei, ou por decreto-lei, com força de lei, por motivo de urgência e de relevante interesse público, na verdade, talvez até simbolicamente, seja uma contribuição de economia de guerra. A verdade é que o Decreto-Lei nº 1.940 — 1940 é uma data simbólica, lembra quando o mundo estava inteiramente convulsionado pela Segunda Guerra Mundial, por uma dessas fatalidades que descem do além, como diria o poeta — o Decreto-lei tomou esse número, a indicar que se trata realmente de uma disposição que visa a acalmar, conter, evitar o conflito social que, àquela época, já era iminente e que agora está se revelando publicamente nos mais importantes Estados da Federação. Isto mostra que o Poder Executivo, quando instituiu a contribuição social — a obrigação de uns quantos para o bem-estar de todos — o fez em momento de grande inspiração. Revelou-se, posteriormente, que estava com inteira razão.

Os conflitos aí estão a demonstrá-lo. Esses recursos são indispensáveis, entre outros fins, como está o decreto a dizer, para custear a assistência à alimentação. A fome, como todos sabem, é má conselheira. Nos Estados do Nordeste já têm havido saques. Os fatos são reais; nos Estados mais ricos da Federação há milhares de desempregados; pessoas que não têm condições e não estão conseguindo trabalho, porque a Nação precisa criar 1,5 milhão de novos empregos todo ano, e as dificuldades conjunturais, que têm levado as empresas a demitir até quem já está empregado, quando se deveria admitir quem precisa de emprego — 1,5 milhão de novos empregos! — vêm mostrar que a situação econômica, descrita ou antevista pelo Decreto-lei nº 1.940, é de uma gravidade absolutamente extrema. Não pode o Juiz, a meu ver, como um dos

integrantes de um dos Poderes da República, especialmente num Tribunal como o nosso, de jurisdição nacional, desconhecer as circunstâncias em que são editados os diplomas legais que ele tem obrigação de aplicar. E já demonstrei aqui, lendo a mensagem do Poder Executivo, recordando aos Srs. Ministros, o que vem ocorrendo dentro do País, que, na verdade, estamos vivendo uma economia de guerra. E assim é preciso que seja encarado por este Tribunal — com a devida permissão de quem entende em sentido contrário — como tal e com urgência.

Com essas breves considerações, ou que pensei fossem breves, gostaria que fossem breves, mas a preocupação com o fato, mais ainda, a preocupação com o Direito e, ainda mais, sobretudo, a preocupação com a justiça social que está inscrita na Constituição, levaram-me a fazer esse apelo emocionado à meditação dos eminentes Pares, que me honram com a sua companhia neste Tribunal. É indispensável que o Tribunal Federal de Recursos medite na grandeza e na necessidade deste tributo. Não entremos em discussão. Só parece-me que não se pode, até por coerência, uma vez admitido que o Executivo pôde criá-lo — e não ser inconstitucional, por motivo de urgência, ou de interesse público relevante, ou ambos — forçosamente há de se concluir pela necessidade, também, de cobrá-lo imediatamente, para atender, de pronto, ao relevante interesse social, que o ditou e à urgência, com que foi expedido.

Este é o meu voto, Sr. Presidente: entendo, portanto, em conclusão, que, com a devida vênia, a segurança deva ser denegada.

#### VOTO

O Sr. Ministro Antônio Torreão Braz: Senhor Presidente, o Decreto-Lei nº 1.940, de 25-5-82, em torno do

qual gira a presente contenda, estatui no art. 1º e seus §§ 1º e 2º:

«Art. 1º É instituída, na forma prevista neste decreto-lei, contribuição social destinada a custear investimentos de caráter assistencial em alimentação, habitação popular, saúde, educação e amparo ao pequeno agricultor.

§ 1º A contribuição social de que trata este artigo será de 0,5% (meio por cento) e incidirá sobre a receita bruta das empresas públicas e privadas que realizam venda de mercadorias, bem como das instituições financeiras e das sociedades seguradoras.

§ 2º Para as empresas públicas e privadas que realizam exclusivamente venda de serviços, a contribuição será de 5% (cinco por cento) e incidirá sobre o valor do imposto de renda devido, ou como se devido fosse.»

O ilustre tributarista Luiz Mélega, em estudo sobre a matéria, estampado na «Resenha Tributária» nº 16, páginas 279 e seguintes, após analisar as modificações introduzidas nos arts. 21, § 2º, e 43, da Constituição, pela Emenda nº 8/77, escreve:

«O art. 43 reza que cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente aquelas elencadas nos seus incisos enumerados de I a IX, agora de I a X, por força da alteração introduzida pela referida Emenda Constitucional nº 8/77. É interessante notar que no inciso I estão mencionados os 'tributos, arrecadação e distribuição de rendas'; agora, com o enxerto decorrente da Emenda Constitucional nº 8/77 (inciso X), ficou incluída na competência específica da União a instituição de contribuições sociais para o custeio de encargos previstos

nos arts. 165, itens II, V, XVI e XIX, 166, § 1º, 175, § 4º, e 178.

A primeira observação que ocorre ao intérprete é que o legislador quis efetivamente retirar às contribuições enumeradas no inciso X a sua natureza tributária, já que no inciso I se referiu a tributos e no inciso X aludiu a contribuições, numa clara indicação de que estas não estão compreendidas naqueles. Aceita essa interpretação, presentemente fazem parte do sistema tributário nacional somente as contribuições instituídas tendo em vista a intervenção no domínio econômico ou o interesse de categorias profissionais, e bem assim aquelas cobradas para atender diretamente à parte da União no custeio dos encargos da previdência social.»

Essa exegese me parece incontrastável, considerada a rigidez do sistema tributário brasileiro, que implica afastar do seu círculo tudo o que não esteja incluído, a tal título, na Carta Magna, a despeito da conceituação doutrinária sobre certos tipos de ingresso público.

Feita esta digressão, indaga-se: a exação criada pelo citado Decreto-Lei nº 1.940/82 possui a natureza jurídica de contribuição social, seja de caráter tributário, seja de caráter não tributário?

Inserem-se na primeira, isto é, de feição tributária, as contribuições previstas no art. 21, § 2º, da Constituição, relacionadas com a intervenção no domínio econômico ou o interesse de categorias profissionais, bem assim as que objetivam atender diretamente à parte da União no custeio dos encargos da previdência social.

Integram a segunda, de cunho não tributário, as contribuições referidas no art. 43, inciso X, do Estatuto Político, que são:

— salário-família (art. 165, II);

— integração do trabalhador na vida e no desenvolvimento da empresa, com participação nos lucros (art. 165, V);

— fundo de garantia ao trabalhador (art. 165, XIII);

— previdência social nos casos de doença, velhice, invalidez e morte, seguro-desemprego, seguro contra acidentes do trabalho e proteção da maternidade (art. 165, XVI);

— aposentadoria para a mulher, aos trinta anos de trabalho (art. 165, XIX);

— contribuição para o custeio da atividade dos órgãos sindicais e profissionais (art. 166, § 1º);

— assistência à maternidade, à infância e à adolescência e educação de excepcionais (art. 175, § 4º);

— salário-educação para empregados e seus filhos (art. 178).

A contribuição ao FINSOCIAL, como se percebe ao primeiro lance de vista, não corresponde a qualquer das que vêm de ser arroladas, pertencem elas à primeira ou à segunda categoria. E sendo exaustivo o elenco das contribuições sociais, conforme entendimento indiscrepante, segue-se que a União não poderia criar uma outra, fora da previsão constitucional.

Não apresenta ela vinculação alguma com o custeio da previdência social a cargo da União, nem com o interesse de categorias profissionais, este, aliás, já atendido pela contribuição sindical. Quanto à intervenção no domínio econômico, seria mister, antes de tudo, que ela se efetivasse mediante lei e em setor próprio da iniciativa privada, nos termos do art. 163 da Constituição.

Registre-se, aliás, que existe no nosso ordenamento jurídico a maioria das contribuições assinaladas no pafalado art. 43, X, tais como o salário-família, o PIS, o FGTS, o

salário-educação e outras integradas no sistema previdenciário.

De outra parte, consoante a lição de Geraldo Ataliba («Hipótese de Incidência Tributária», 2ª ed., 1981, pág. 164), — e o dado aqui é de suma importância — sem referibilidade indireta e mediata entre o obrigado e a atividade estatal, não se pode falar em contribuição. Diz ele, após dissertar sobre a distinção entre esta e a taxa: «Nas contribuições, pelo contrário, não basta simples atuação estatal. Só há contribuição quando, entre a atuação estatal e o obrigado, a lei coloca um termo intermediário, que estabelece a referibilidade entre a própria atuação e o obrigado. Daí o distinguir-se a taxa da contribuição pelo caráter (direto ou indireto) da referibilidade entre a atuação e o obrigado».

Qual a relação, no caso, entre uma empresa ou um comerciante e a atividade estatal de prestação de assistência ao pequeno agricultor?

Partindo de tais premissas, — não inclusão da exação questionada no elenco do art. 43, X, da Constituição, que é exaustivo, e ausência de referibilidade entre o contribuinte e a atividade estatal específica — Hamilton Dias de Souza, em excelente estudo («Resenha Tributária», nº 18, págs. 307 e seguintes), concluiu pela criação, na hipótese, de dois impostos: um, que não se confunde com o imposto sobre vendas, visto como incide sobre a receita bruta, e tem arrimo na competência residual da União, ex vi dos arts. 18, § 5º, e 21, § 1º, da Constituição; outro, que se pode conceituar como adicional do imposto de renda.

A propósito, leciona o conhecido jurista:

«Tendo em conta que a hipótese de incidência tem vários elementos, é fundamental analisar o quantitativo, isto é, a base imponible, pois esta, quando não se trata de

tributo fixo ou com alíquotas fixas, define a espécie tributária. Assim, no caso presente, as referências a 'vendas de mercadorias' e 'receita bruta' devem ser confrontadas com a base impositiva. Fosse ela o resultado das vendas ou o faturamento de mercadorias, seria imposto sobre vendas. Como não é, sendo calculado sobre a receita bruta, que compreende as vendas e os serviços, pensamos tratar-se de tributo novo».

E, linhas adiante:

«Outro ponto a ser considerado refere-se à incidência que o decreto-lei em exame reserva às empresas públicas e privadas que só realizam venda de serviços, a qual corresponde a 5% sobre o valor do imposto de renda devido, ou como se devido fosse.

À parte a crítica que pode ser feita à expressão 'venda de serviços', posto que o contrato de prestação de serviços não se confunde com o de venda, nitido é o enquadramento desta incidência como um adicional do imposto sobre a renda. De fato, o § 2º do art. 1º fixa a contribuição em 5% calculados sobre o valor do Imposto de Renda. Esta é a clássica figura tão conhecida da doutrina e que implica em aumento indireto da alíquota do imposto principal (IR). Uma vez que o fato gerador do tributo em exame, para esta hipótese, é ter imposto de renda a pagar, não há como negar sua natureza de adicional».

Dentre todas, esta me pareceu a melhor exegese do texto em discussão, por isso que a natureza específica do tributo é determinada pelo fato gerador da respectiva obrigação, sendo irrelevantes para qualificá-las a denominação e a destinação do produto da arrecadação. Demais disso, a obrigação aqui tem por fato impositivo uma situação relativa ao

contribuinte, independente de qualquer atividade específica estatal (CTN, arts. 4º e 16), que corresponde aos tipos acima mencionados.

Em se tratando de imposto, a cobrança da «contribuição» ao FINSOCIAL há de afeiçoar-se ao princípio da anterioridade, inscrito no art. 153, § 29, da Constituição, porquanto não está compreendida nas ressalvas ali expressamente referidas.

À vista do exposto, concedo em parte a segurança, tão-somente para eximir as impetrantes do recolhimento do tributo no exercício financeiro de 1982.

#### VOTO VISTA

O Sr. Ministro Carlos Mário Velloso: Na sessão em que o julgamento se iniciou, assim relatou a espécie o eminente Ministro Armando Rollemberg, Relator:

«Cobesa Manchester Atacadista de Produtos Farmacêuticos S/A e outras, requereram mandado de segurança para se livrarem da obrigação de recolhimento de 0,5% sobre a receita bruta de cada mês, a título de contribuição para o Fundo de Investimento Social — FINSOCIAL.

Indicaram como autoridade coatora o Sr. Ministro da Fazenda, argumentando que, criada a contribuição referida pelo Decreto-Lei nº 1.940, de 25 de maio do ano corrente, em 22 de junho a autoridade referida baixara portaria que tomara o número 119 estabelecendo que o recolhimento respectivo deveria processar-se até o dia 20 do mês subsequente à apuração da receita bruta e que, para o exercício de 1982, ditos recolhimentos seriam devidos a partir do mês de julho, calculada a contribuição nesse caso, sobre a receita bruta do mês de junho.

Com tal ato, sustentaram, tornara-se concreta a obrigação estabelecida para os contribuintes que realizam vendas de mercadorias, como eles impetrantes, assistindo à autoridade que o baixara, portanto, legitimidade para figurar como coatora em mandado de segurança.

Sustentaram depois que:

a) a criação do FINSOCIAL somente poderia se dar por lei elaborada pelo Congresso e sancionada pelo Presidente da República, não sendo possível fazê-lo, como ocorreria, por via de decreto-lei, por que não ajustável às hipóteses de que trata o art. 55, inciso II, da Constituição, por não estar a matéria ali regulada compreendida na expressão finanças públicas;

b) que, também não se ajusta a obrigação criada pelo Decreto-Lei nº 1.940 ao art. 21, § 2º, da Carta Magna, e, portanto, não poderia ser regulada por decreto-lei;

c) que o Decreto-Lei nº 1.940 não estabeleceria 'os critérios e prazos para o recolhimento do tributo' o que fora feito pela portaria do Sr. Ministro da Fazenda, o que, mais uma vez, desatendeu ao princípio da reserva legal;

d) que, se afastadas tais alegações, o tributo não poderia ser cobrado no exercício de 1982, em atenção ao princípio de anualidade;

e) que, para fugir a tal proibição fora afirmado em parecer, sem procedência, que a imposição impugnada não era imposto e sim contribuição, e como tal não estava sujeita ao princípio de anualidade.

Indeferi a liminar requerida ao final da petição, por não ser o ato impugnado daqueles cuja execução tornaria ineficaz o mandado de segurança se afinal deferido e solici-

tei informações, prestadas pelo Sr. Ministro da Fazenda com o envio de parecer do Coordenador de Representação e Defesa, do Ministério, Dr. Lindemberg da Mota Silveira, aprovado pelo Procurador-Geral da Fazenda Nacional, sustentando:

a) não assistir legitimidade à autoridade impetrada para figurar na relação processual, pois o Sr. Ministro da Fazenda se circunscrevera a baixar portaria regulamentando decreto-lei, e, portanto, a editar norma geral aplicável a quantos estejam sujeitos ao pagamento da contribuição para o FINSOCIAL, ato que, acrescentou «é lei em sentido material em que pese não a ser formalmente». Assim sendo, concluiu, a impetração se dirigira contra a lei em tese, finalidade para a qual não se presta o mandado de segurança;

b) descabimento do pedido por ser a contribuição 'receita pública derivada, decorrente do poder impositivo estatal', e, conseqüentemente, abrangida no campo das finanças públicas, como o que poderia ser criada, como fora, na forma autorizada pelo art. 55, II, da Constituição;

c) improcedência da alegação de submissão da contribuição instituída ao princípio de anualidade pelas razões de parecer, do qual transcreveu o trecho seguinte:

«No Sistema Constitucional e Legal Brasileiro, paralelo aos tributos (impostos, taxas e contribuição de melhoria), coexistem inúmeras imposições pecuniárias obrigatórias, entre as quais as contribuições do FINSOCIAL;

a contribuição do FINSOCIAL, na sua essência, nada tem de tributo, pois constitui, insofismavelmente, uma contribuição social, na acepção da Constituição e do Código Tributário Nacional, inse-

rida no contexto mais amplo de Seguridade Social, exigida das empresas públicas e privadas (Decreto-Lei nº 1.940, de 1982), para custear investimentos de caráter assistencial em alimentação, habitação popular, saúde, educação e amparo ao pequeno agricultor;

tal contribuição, por não ser tributo, mas imposição pecuniária obrigatória, amparada pelo Sistema Constitucional e Legal brasileiro, não se submete ao chamado princípio da anterioridade, nem, tampouco, ao preceito constitucional que veda a vinculação do produto da arrecadação de qualquer tributo;

admitida, apenas ad argumentandum, que a contribuição do FINSOCIAL de tributo se tratasse, ainda assim não estaria adstrita ao princípio da anterioridade, uma vez que, por força da ressalva do inciso I, § 2º, art. 21, da Constituição, aplica-se-lhe o mesmo tratamento deferido ao imposto sobre importação de produtos estrangeiros;

ademais disso, os preceitos do art. 55 da Constituição, que dispõem sobre a figura do decreto-lei, em face de seus pressupostos de urgência e relevante interesse público, excepcionam não só o processo legislativo ordinário, clássico, como também o princípio da anterioridade;

assim sendo, resta uma última conclusão, qual seja: a perfeita adequação da contribuição do FINSOCIAL ao figurino constitucional pátrio, inexistindo, portanto, direito muito menos líquido e certo, amparável pela via augusta do mandado de segurança, à abstenção do respectivo recolhimento.»

Com vista dos autos a Subprocuradoria ofereceu parecer pelo co-

nhecimento do pedido por entender que com a portaria do Ministro da Fazenda se caracterizara um ato administrativo de natureza impositiva.»

Discorreu depois, largamente, sobre o mérito, e concluiu:

«De todo o exposto chega-se às seguintes conclusões resumidamente:

I — Preliminarmente: Reconhecer a competência originária do Eg. Tribunal Federal de Recursos para conhecer e julgar todos os mandados de segurança impetrados com motivo de impugnação do FINSOCIAL.

II — O FINSOCIAL é contribuição previdenciária ou social, compreendido nas exações para-fiscais, e portanto insuscetível de sujeitar-se o seu enquadramento como tributo.

III — A dirimência da vexata quaestio há de ser encontrada com observância da plena metodologia interpretativa, afastando-se a radicalização da doutrina tributarista.

IV — Precedentes jurisprudenciais do Egrégio Tribunal Federal de Recursos e do Colendo Supremo Tribunal convergem para se firmar o Direito Pretoriano, no sentido afirmado no item II.

Isto posto, reconhecendo a competência originária do Tribunal Federal de Recursos, opinamos pelo conhecimento do mandamus, para, no mérito, julgar irrelevante a inconstitucionalidade das normas legais fustigadas, e, conseqüentemente, denegar a ordem por faltar-lhe o amparo dos pressupostos de liquidez e certeza do direito contestado»

.....  
(fls. 163/166).

Superada a preliminar de conhecimento do mandamus, o eminente

Ministro-Relator votou no sentido de deferir o «writ» nos termos do pedido. Já o Sr. Ministro Moacir Catunda votou pelo deferimento parcial do pedido, vale dizer, para julgar inconstitucional a cobrança do tributo no exercício de 1982, acompanhando o os Srs. Ministros José Dantas, Carlos Madeira e Gueiros Leite. O Sr. Ministro Washington Bolívar votou pelo indeferimento do pedido. Votou, em seguida, o Sr. Ministro Torreão Braz, concedendo, em parte, a segurança, tão-somente para eximir as impetrantes do recolhimento do tributo no exercício financeiro de 1982, na linha do voto do Sr. Ministro Catunda.

Assim o voto do Sr. Ministro Armando Rollemberg, Relator:

«O Decreto-Lei nº 1.940, de 25 de maio do ano corrente, foi baixado pelo Sr. Presidente da República no uso de atribuição conferida pelo art. 55, inciso II, e tendo em vista o disposto no § 2º do art. 21 da Constituição, que rezam:

Art. 55. O Presidente da República, em casos de urgência ou de interesse público relevante, e desde que não haja aumento de despesa poderá expedir decretos-leis sobre as seguintes matérias:

.....  
II — finanças públicas, inclusive normas tributárias.»

«Art. 21. ....»

§ 2º A União pode instituir:

I — contribuições, observada a faculdade prevista no item I deste artigo, tendo em vista a intervenção no domínio econômico ou o interesse de categorias profissionais e para atender diretamente à parte da União no custeio dos encargos da previdência social.»

A primeira objeção que é feita ao diploma legal citado reside na afirmação de que não seria pos-

sível, por via de decreto-lei, criar-se a contribuição nele prevista, «destinada a custear investimentos de caráter assistencial em alimentação, habitação popular, saúde, educação e amparo ao pequeno agricultor», arguição que não procede, porque, mesmo para os que entendem não ser a contribuição um tributo, estaria a sua instituição, por via de decreto-lei, acobertada pela referência feita pelo constituinte a finanças públicas, que compreendem, sem dúvida, a receita pública, seja qual for a sua origem.

De outro lado, não há como se ter por contrária à Constituição a instituição da contribuição para o FINSOCIAL em si, porque prevista, expressamente, no art. 21, § 2º, do texto constitucional, pois pode se entender como intervenção do domínio econômico, considerando especialmente o momento que vive a nação brasileira, investimentos de caráter assistencial em alimentação, habitação popular e amparo ao pequeno agricultor, não sendo possível fazê-lo quanto à educação e saúde por já serem objeto da atuação normal da União.

Obstáculo que me parece intransponível para admitir-se a constitucionalidade do Decreto-Lei nº 1.940, está em outro ponto, que, embora não relativo à contribuição propriamente, nela se reflete.

A contribuição criada, tendo em vista a intervenção no domínio econômico, se destina, como estabelecido no parágrafo único, do art. 163, da Constituição, ao custeio de serviços e encargos referentes a tal intervenção, e, portanto, ao instrumento por via do qual é executada que, estabelece o caput do mesmo art. 163, somente pode ser criado mediante lei federal, não sendo possível fazê-lo, conseqüentemente, por decreto-lei, como ocorreu com

o Fundo de Investimento Social — FINSOCIAL.

Tem-se, assim, que, embora a contribuição estabelecida no Decreto-Lei nº 1.940 pudesse ter sido instituída pela forma por que o foi, sua cobrança contraria a Constituição porque destinada ao custeio de órgão criado com desatenção à norma constitucional expressa.

Por assim considerar, voto concedendo o mandado de segurança nos termos do pedido.»

\* \* \*

O voto do Sr. Ministro Torreão Braz tem o seguinte teor:

«Senhor Presidente, o Decreto-Lei nº 1.940, de 25-5-82, em torno do qual gira a presente contenda, estatui no art. 1º e seus §§ 1º e 2º:

«Art. 1º É instituída, na forma prevista neste decreto-lei, contribuição social, destinada a custear investimentos de caráter assistencial em alimentação, habitação popular, saúde, educação e amparo ao pequeno agricultor.

§ 1º A contribuição social de que trata este artigo será de 0,5% (meio por cento), e incidirá sobre a receita bruta das empresas públicas e privadas que realizam venda de mercadorias, bem como das instituições financeiras e das sociedades seguradoras.

§ 2º Para as empresas públicas e privadas que realizam exclusivamente venda de serviços, a contribuição será de 5% (cinco por cento) e incidirá sobre o valor do imposto de renda devido, ou como se devido fosse.»

O ilustre tributarista Luiz Mélega, em estudo sobre a matéria estampado na «Resenha Tributária», nº 16, págs. 279 e seguintes, após analisar as modificações introduzidas nos arts. 21, § 2º, e 43, da Cons-

tituição, pela Emenda nº 8/77, escreve:

«O art. 43 reza que cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente aquelas elencadas nos seus incisos enumerados de I a IX, agora de I a X, por força da alteração introduzida pela referida Emenda Constitucional nº 8/77. E é interessante notar que no inciso I estão mencionados os 'tributos, arrecadação e distribuição de rendas', agora, com o enxerto decorrente da Emenda Constitucional nº 8/77 (inciso X), ficou incluída na competência específica da União a instituição de contribuições sociais para o custeio de encargos previstos nos arts. 165, itens II, V, XVI e XIX, 166, § 1º, 175, § 4º, e 178.

A primeira observação que ocorre ao intérprete é que o legislador quis efetivamente retirar às contribuições enumeradas no inciso X a sua natureza tributária, já que no inciso I se referiu a tributos e no inciso X aludiu a contribuições, numa clara indicação de que estas não estão compreendidas naqueles. Aceita essa interpretação, presentemente fazem parte do sistema tributário nacional somente as contribuições instituídas, tendo em vista a intervenção no domínio econômico ou o interesse de categorias profissionais, e bem assim aquelas cobradas para atender diretamente à parte da União no custeio dos encargos da Previdência Social.»

Essa exegese me parece incontrastável, considerada a rigidez do sistema tributário brasileiro, que implica afastar do seu círculo tudo o que não esteja incluído, a tal título, na Carta Magna, a despeito da

conceituação doutrinária sobre certos tipos de ingresso público.

Feita esta digressão, indaga-se: a exação criada pelo citado Decreto-Lei nº 1.940/82 possui a natureza jurídica de contribuição social, seja de caráter tributário, seja de caráter não tributário?

Inserem-se na primeira, isto é, de feição tributária, as contribuições previstas no art. 21, § 2º, da Constituição, relacionadas com a intervenção no domínio econômico ou o interesse de categorias profissionais, bem assim as que objetivam atender diretamente à parte da União no custeio dos encargos da Previdência Social.

Integram a segunda, de cunho não tributário, as contribuições referidas no art. 43, inciso X, do Estatuto Político, que são:

- salário-família (art. 165, II);
- integração do trabalhador na vida e no desenvolvimento da empresa, com participação nos lucros (art. 165, V);
- fundo de garantia ao trabalhador (art. 165, XIII);
- previdência social nos casos de doença, velhice, invalidez e morte, seguro-desemprego, seguro contra acidentes do trabalho e proteção da maternidade (art. 165, XVI);
- aposentadoria para a mulher, aos trinta anos de trabalho (art. 165, XIX);
- contribuição para o custeio da atividade dos órgãos sindicais e profissionais (art. 166, § 1º);
- assistência à maternidade, à infância e à adolescência e educação de excepcionais (art. 175, § 4º);
- salário-educação para empregados e seus filhos (art. 178).

A contribuição ao FINSOCIAL, como se percebe ao primeiro lance de vista, não corresponde a qual-

quer das que vêm de ser arroladas, pertençam elas à primeira ou à segunda categoria. E sendo exaustivo o elenco das contribuições sociais, conforme entendimento indiscrepante, segue-se que a União não poderia criar uma outra, fora da previsão constitucional.

Não apresenta ela vinculação alguma com o custeio da Previdência Social a cargo da União, nem com o interesse de categorias profissionais, este, aliás, já atendido pela contribuição sindical. Quanto à intervenção no domínio econômico, seria mister, antes de tudo, que ela se efetivasse mediante lei e em setor próprio da iniciativa privada, nos termos do art. 163 da Constituição.

Registre-se, aliás, que existe no nosso ordenamento jurídico a maioria das contribuições assinaladas no prefalado art. 43, X, tais como o salário-família, o PIS, o FGTS, o salário-educação e outras integradas no sistema previdenciário.

De outra parte, consoante a lição de Geraldo Ataliba («Hipótese de Incidência Tributária», 2ª ed., 1981, pág. 164), — e o dado aqui é de suma importância — sem referibilidade indireta e mediata entre o obrigado e a atividade estatal, não se pode falar em contribuição. Diz ele, após dissertar sobre a distinção entre esta e a taxa: «Nas contribuições, pelo contrário, não basta simples atuação estatal. Só há contribuição quando, entre a atuação estatal e o obrigado, a lei coloca um termo intermediário, que estabelece a referibilidade entre a própria atuação e o obrigado. Daí o distinguir-se a taxa da contribuição pelo caráter (direto ou indireto) da referibilidade entre a atuação e o obrigado.»

Qual a relação, no caso, entre uma empresa ou um comerciante e a atividade estatal de prestação de assistência ao pequeno agricultor?

Partindo de tais premissas, — não inclusão da exação questionada no elenco do art. 43, X, da Constituição, que é exaustivo, e ausência de referibilidade entre o contribuinte e a atividade estatal específica — Hamilton Dias de Souza, em excelente estudo («Resenha Tributária», nº 18, págs. 307 e seguintes), concluiu pela criação, na hipótese, de dois impostos: um, que não se confunde com o imposto sobre vendas, visto como incide sobre a receita bruta, e tem arrimo na competência residual da União, ex vi dos arts. 18, § 5º, e 21, § 1º, da Constituição; outro, que se pode conceituar como adicional do imposto de renda.

A propósito, leciona o conhecido jurista:

«Tendo em conta que a hipótese de incidência tem vários elementos, é fundamental analisar o quantitativo, isto é, a base impositiva, pois esta, quando não se trata de tributo fixo ou com alíquotas fixas, define a espécie tributária. Assim, no caso presente, as referências a 'vendas de mercadorias' e 'receita bruta' devem ser confrontadas com a base impositiva. Fosse ela o resultado das vendas ou o faturamento de mercadorias, seria imposto sobre vendas. Como não é, sendo calculado sobre a receita bruta, que compreende as vendas e os serviços, pensamos tratar-se de tributo novo.»

E, linhas adiante:

«Outro ponto a ser considerado refere-se à incidência que o decreto-lei em exame reserva às empresas públicas e privadas que só realizam venda de serviços, a qual corresponde a 5% so-

bre o valor do imposto de renda devido, ou como se devido fosse.

À parte a crítica que pode ser feita à expressão 'venda de serviços', posto que o contrato de prestação de serviços não se confunde com o de venda, nítido é o enquadramento desta incidência como um adicional do imposto sobre a renda. De fato, o § 2º, do art. 1º, fixa a contribuição em 5% calculados sobre o valor do Imposto de Renda. Esta é a clássica figura tão conhecida da doutrina e que implica em aumento indireto da alíquota do imposto principal (IR). Uma vez que o fato gerador do tributo em exame, para esta hipótese, é ter imposto de renda a pagar, não há como negar sua natureza de adicional.»

Dentre todas, esta me pareceu a melhor exegese do texto em discussão, por isso que a natureza específica do tributo é determinada pelo fato gerador da respectiva obrigação, sendo irrelevantes para qualificá-las a denominação e a destinação do produto da arrecadação. Demais disso, a obrigação aqui tem por fato impositivo uma situação relativa ao contribuinte, independente de qualquer atividade específica estatal (CTN, art. 4º e 16), que corresponde aos tipos acima mencionados.

Em se tratando de imposto, a cobrança da «contribuição» ao FINSOCIAL há de afeiçoar-se ao princípio da anterioridade, inscrito no art. 153, § 29, da Constituição, porquanto não está compreendida nas ressalvas ali expressamente referidas.

À vista do exposto, concedo em parte a segurança, tão-somente para eximir as impetrantes do recolhimento do tributo no exercício financeiro de 1982.»

\* \* \*

Pedi vista dos autos e os trago, hoje, com observância do prazo inscrito no art. 151 do Regimento Interno, para que seja retomado o julgamento da causa.

## II

Abrindo o debate, deixo expresso que a contribuição, seja que nome tenha, constitui tributo. E que 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 art. 21, § 2º, I, e (especificamente) a mesma Constituição Federal nos arts. 163, parágrafo único, 165, XVI, e 166, § 1º, e o CTN no art. 217, nºs I a V.» (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 alguns autores, como Geraldo Ataliba, classificam a contribuição ou como imposto, ou como taxa, presente a divisão dos tributos em vinculados e não vinculados (Geraldo Ataliba, «Hipótese de Incidência Tributária», RT, 1973, pág. 193; «Sistema Const. Trib. Brasileiro», 1968, págs. 184 e segs.; Marco Aurélio Greco, «A chamada contribuição previdenciária, caráter tributário...», RDP, 19/385). No mesmo sentido, a lição de Alfredo A. Becker, para quem o tributo ou é imposto ou é taxa («Teoria Geral do Dir. Tributário», Saraiva, 2ª ed., pág. 346).

A conclusão a que chegam esses eminentes doutores, com base na divisão dos tributos em vinculados e não vinculados a uma atuação esta-

tal (Geraldo Ataliba), o que se verifica mediante a análise da hipótese de incidência, está embasada em dados científicos. Entretanto, acho que, diante do direito positivo brasileiro, as contribuições, que são tributos, podem e devem ser classificadas ou como contribuição, ou como contribuições especiais ou parafiscais, observada, todavia, a lição do preclaro Ataliba:

«A designação contribuição parafiscal 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 Incidência Tributária», cit., pág. 201).

Esse caráter tributário da contribuição é, hoje, assinalado pelos melhores doutrinadores do Direito Constitucional Tributário. É conferir, por exemplo, além dos autores já citados: Sacha Calmon Navarro Coelho (Rev. da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, pág. 455), Aliomar Baleeiro («Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar», 5ª ed., Forense, págs. 279/281), Amílcar de Araújo Falcão («Introdução do Direito Tributário», Ed., Rio, pág. 43), Fábio Fanucchi (Curso de Direito Tributário Brasileiro, Ed., Res. Trib., 4ª ed., I/55), Ilves J. de Miranda Guimarães («A Situação Atual da Parafiscalidade no Dir. Tributário», J. Bushatsky Editor, pág. 89), Manoel Gonçalves Ferreira Filho («Comentários à Constituição Brasileira», Saraiva, III/181).

Retomando o fio do raciocínio anteriormente expandido, quando divergíamos dos autores que reduzem os tributos a imposto e taxa, e que entendem que a contribuição ou é imposto ou é taxa, já que sustentamos a divisão tripartite do tributo

nas espécies imposto, taxa e contribuição (v. meu «A decadência e a prescrição do crédito tributário — As contribuições previdenciárias...», in Rev. de Dir. Tributário, nºs. 9/10, pág. 181), invoco o saudoso e eminente Ministro Rodrigues Alckmin, que lecionou: «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, Ed. Res. Trib., São Paulo, 1975). No julgamento do RE nº 75.972-SP, 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 art. 21, VII, da Emenda 1/69. Nesse caso, a União pode exigí-lo de todos, exceto dos que gozam de imunidade, como os editores de jornais e livros, os Estados e Municípios, enfim os beneficiados pelo art. 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 consagra-

do pelos arts. 21, § 2º, I; 163, parágrafo único; 165, XVI; e 166, § 1º, da Emenda 1/69. É isso que nos coloca em posição absolutamnte diversa daquela dos RMS 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 constitucional» (Rodrigues Alckmin, ob. cit., págs. 50/51).

Relembre-se todavia, para evitar dúvida que a divisão triparte do tributo nas espécies imposto, taxa e contribuição não autoriza a afirmativa no sentido de que estas últimas, sob a denominação parafiscais, teriam sistema fiscal autônomo. Não e não. As contribuições, como espécie tributária, estão sujeitas às regras tributárias inscritas na Constituição e no Código Tributário Nacional.

Neste ponto, aliás, é bom esclarecer que o parecer da ilustrada Subprocuradoria-Geral da República cita, erradamente, o Ministro Sebastião Reis, dando a entender que este ilustre magistrado e tributarista teria sustentado que a contribuição parafiscal não se sujeita ao regime tributário (parecer, fls. 155/156). Isto, data venia, não é correto. O eminente Ministro Sebastião Reis apenas sustenta a divisão triparte do tributo nas espécies imposto, taxa e contribuição, tal como também o fazemos. S. Exa. deixa claro, entretanto, que a contribuição está sujeita às regras do regime tributário. Confira-se, por exemplo, o EAC 41.126-MG, de que foi S. Exa. Relator, cuja ementa do Acórdão contém lição de mestre:

«Previdenciário — Execução — Prescrição — Contribuições previdenciárias.

Sob o império da Emenda Constitucional nº 1/69, artigo 21, nº I, as

contribuições, os interesses da previdência social, passaram a integrar o sistema tributário nacional expressamente; de outro lado, a melhor doutrina brasileira é no sentido de que, a partir do Decreto-Lei nº 27/66 que introduziu o art. 217 ao Código Tributário Nacional, as contribuições. — espécie unitária do gênero «tributo» — passaram a integrar a Lei nº 5.172/66, incluindo-se no seu tratamento, como se vê do amplo estudo de Rubens Gomes de Souza sobre a matéria (RDP 17/306; RDA 112/43 de Aliomar Baleeiro, Direito Tributário Brasileiro, pág. 640).

Outrossim, é doutrina hoje generalizada a divisão tripartite do tributo nas espécies imposto, taxa e contribuição todas subdivisíveis, em subespécies, compreendidas nas últimas, ao lado de contribuições de melhoria, outras modalidades, entre as quais a contribuição previdenciária; de outra parte, a existência autônoma da parafiscalidade preconizada por Morrelli é repelida, praticamente, por toda a doutrina autorizada, inserindo-se a mesma em uma das espécies tributárias comentadas.

O perfil técnico-doutrinário da contribuição previdenciária se insere no conceito unitário de «contribuições», espécie do gênero «tributo», e à luz do direito positivo brasileiro, a partir do Decreto-Lei nº 27/66 que introduziu no Código Tributário Nacional o art. 217, a modalidade «contribuições» ali referida, em que se inclui a contribuição previdenciária, incorporou-se ao sistema codificado, sendo irrecusável a sua subsunção no conceito técnico-legal do art. 3º da Lei nº 5.172/66, princípio que veio a ser sancionado no art. 21, § 1º, nº I da Emenda Constitucional nº 1/69; saliente-se, ainda, que descabe qualificar a contribuição previdenciária como simples decorrência

da intervenção do Estado na ordem econômica, no regime da Emenda aludida de um lado, pela sua inserção no capítulo do sistema tributário, de outro, porque a previdência social é hoje em quase todos os países um serviço público, e, no Brasil, resulta de um compromisso constitucional com trabalhadores, exigível, assim, em serviço essencial do Estado.

Precedente da Egrégia Segunda Seção deste Tribunal.

Controvérsia, nesta altura, entre a ocorrência ou não da prescrição.

Prescrição reconhecida de acordo com o voto vencedor na apelação.

Rejeitaram-se os embargos.»

### III

Examinemos, agora, a espécie tributária objeto do presente **mandamus**.

O Decreto-Lei nº 1.940, de 25-5-82, instituiu a contribuição objeto deste mandado de segurança e criou o Fundo de Investimento Social (FIN-SOCIAL). Ao editá-lo, o Chefe do Poder Executivo baseou-se no art. 55, II, da Constituição, invocando, ademais, o disposto no art. 21, § 2º, da Constituição.

Estabelecem o artigo 1º, §§ 1º, 2º e 3º, e artigo 3º:

Art. 1º É instituída, na forma prevista neste decreto-lei, contribuição social, destinada a custear investimentos de caráter assistencial em alimentação, habitação popular, saúde, educação e amparo ao pequeno agricultor.

§ 1º A contribuição social de que trata este artigo será de 0,5% (meio por cento), e incidirá sobre a receita bruta das empresas públicas e privadas que realizam venda de mercadorias, bem como das instituições financeiras e das sociedades seguradoras.

§ 2º Para as empresas públicas e privadas que realizam exclusivamente venda de serviços, a contribuição será de 5% (cinco por cento) e incidirá sobre o valor do imposto de renda devido, ou como se devido fosse.

§ 3º A contribuição não incidirá sobre a venda de mercadorias ou serviços destinados ao exterior, nas condições estabelecidas em portaria do Ministro da Fazenda».

Art. 3º É criado o Fundo de Investimento Social (FINSOCIAL), destinado a dar apoio financeiro a programas e projetos de caráter assistencial relacionados com alimentação, habitação popular, saúde, educação e amparo ao pequeno agricultor».

#### IV

Além da contribuição de melhoria (CF, art. 18, II), a Constituição admite as seguintes outras contribuições: a) as destinadas à intervenção no domínio econômico (CF art. 21, § 2º, I, e artigo 163, parágrafo único); b) as de interesse de categorias profissionais, denominadas contribuições sindicais (CF, art. 21, § 2º, I, e artigos 43, X, e 166, § 1º); c) para atender diretamente à parte da União no custeio da Previdência Social (CF, art. 21, § 2º, I); d) salário-família (CF, art. 43, X, e art. 165, II); e) integração do trabalhador na vida e no desenvolvimento da empresa, com participação nos lucros, a contribuição para o PIS (CF, art. 43, X, e art. 165, V); f) FGTS (CF, art. 43, X, e art. 165, XIII); g) previdência social nos casos de doença, velhice, invalidez e morte, seguro-desemprego, seguro contra acidentes do trabalho e proteção da maternidade, que são as contribuições previdenciárias (CF, art. 43, X, e art. 165, XVI); h) aposentadoria para a mulher aos 30 anos de trabalho, contri-

buição já existente, porque englobada na contribuição previdenciária (CF, art. 43, X, e art. 165, XIX); (as contribuições sindicais, art. 43, X, e art. 166, § 1º, nós já a mencionamos, sob b, acima); i) assistência à maternidade, infância e adolescência e educação de excepcionais (CF, art. 43, X, e art. 175, § 4º); j) salário-educação para empregados e seus filhos menores, contribuição já existente (CF, art. 43, X, e art. 178).

Não custa repetir, para bom entendimento da questão, que todas as contribuições acima mencionadas, sem exceção, são espécies tributárias, têm natureza tributária, estão, por isso mesmo, submetidas ao regime tributário da Constituição e Código Tributário Nacional.

#### V

A contribuição do FINSOCIAL, parece-nos evidente, não se inclui entre as mencionadas no artigo 43, X, da Constituição.

Ela se inclui, em verdade, no art. 21, § 2º, I, da Constituição. O Decreto-Lei nº 1.940, de 1982, que a instituiu, reporta-se, aliás, expressamente, ao artigo 21, § 2º, da Constituição.

O art. 21, § 2º, I, da Constituição, conforme já falamos acima, prevê a instituição de três contribuições: a) a contribuição destinada à intervenção no domínio econômico — CF, art. 163, parágrafo único; b) a de interesse de categorias profissionais — a contribuição sindical, CF, art. 43, X, e art. 166, § 1º; c) a contribuição para atender diretamente à parte da União no custeio da Previdência Social.

A Contribuição do FINSOCIAL destina-se a atender a intervenção no domínio econômico (CF, art. 21, § 2º, I, e artigo 163, parágrafo único).

É, pois, a contribuição do FINSOCIAL, uma contribuição, espécie tributária.

## VI

Apesar de ter eu ponto de vista pessoal no sentido de que o princípio da legalidade tributária exige lei, em sentido formal, para a instituição de tributo, rendi-me à jurisprudência desta Casa e da Corte Suprema, que admite a criação de tributo através de decreto-lei (RE nº 99.697-RJ, Relator o Sr. Ministro Soares Muñoz, DJ de 6-5-83).

Em linha de princípio, pois, poderia o Poder Executivo, com base no art. 55, II, da Constituição, instituir o tributo.

Acontece, entretanto, que a citada contribuição destina-se a atender a intervenção no domínio econômico. Mas a intervenção no domínio econômico só se faz mediante lei federal (CF, art. 163).

A Constituição exige, no particular, lei, lei em sentido formal, que não pode ser substituída por decreto-lei.

Quando do julgamento do MS nº 90.245-DF, de que foi Relator o Sr. Ministro José Dantas, sustentei que quando a Constituição menciona que determinada matéria será definida em lei, ou será regulada em lei, exige a Constituição lei em sentido formal, vale dizer, lei votada pelo Congresso Nacional e sancionada pelo Presidente da República, na forma estabelecida no processo legislativo (CF, arts. 46 e segs.).

O decreto-lei, não obstante ter força de lei, não segue, todavia, no processo de sua elaboração, as regras do processo legislativo atinentes à lei. Por exemplo: no exame do decreto-lei, remetido ao Congresso, nos termos do § 1º do art. 55 da CF, o Congresso poderá, apenas, aprová-lo ou rejeitá-lo, não podendo emendá-lo. Só isso, ao que penso, demonstra que o decreto-lei não substitui a lei, quando a Constituição expressamente exige lei.

A interpretação harmônica do art. 55, II, e do artigo 163, ambos da Constituição, afastaria a competên-

cia do Presidente da República para editar decreto-lei regulador da intervenção no domínio econômico.

Concordo, pois, com o Sr. Ministro Armando Rollemberg, no particular, pelo que o «writ é de ser deferido.

## VII

Mas há mais.

Tem-se, no caso, tributo com vinculação da respectiva arrecadação a determinado fundo.

Sendo assim, ensina Ricardo Mariz de Oliveira, «o instrumento requerido não é nem a lei ordinária, mas, sim, a lei complementar, por expressa exigência do art. 62, § 2º, da CF» («Aspectos Constitucionais da «Contribuição» ao FINSOCIAL...»), in RTJ. Informa», págs. 308/13).

Em verdade, só por lei complementar seria possível a instituição da contribuição em apreço, porque vinculado o produto da sua arrecadação a um determinado fundo (CF, art. 62, § 2º). Exatamente por isso é que a contribuição do PIS foi instituída pela Lei Complementar nº 7, de 1970.

Também por esse motivo o «writ» deve ser deferido, integralmente.

## VIII

Todavia, se ficar eu vencido no deferimento integral do pedido, meu voto conduzirá ao deferimento parcial, que é o voto médio, no sentido de que a cobrança do tributo não poderá ocorrer no exercício de sua instituição, 1982, assim nos termos do voto do Sr. Ministro Catunda, porque as contribuições estão sujeitas ao princípio da anterioridade (CF, artigo 153, § 29).

De feito.

É verdade que as contribuições do art. 21, § 2º, I, da Constituição, podem, por ato do Poder Executivo, ter alteradas as suas alíquotas ou bases de cálculo, nos limites prefixados em lei (CF, art. 21, I, ex vi do

disposto no item I do § 2º do art. 21). Tem-se, com isto, uma exceção parcial ao princípio da legalidade (parcial, porque a exceção não diz respeito à criação do tributo, mas, apenas, à alteração da alíquota e da base de cálculo, observadas, porém, as condições e os limites estabelecidos em lei). Essa exceção parcial ao princípio da legalidade, entretanto, não implica na derrogação do princípio constitucional da anterioridade (CF, art. 153, § 29). As contribuições estão, portanto, sujeitas ao princípio da anterioridade.

### IX

Diante do exposto, defiro o «writ», nos termos do pedido, tal como o faz o Sr. Ministro Armando Rollemberg, Relator.

### VOTO

O Sr. Ministro Otto Rocha: Sr. Presidente: A matéria já foi por demais debatida no Tribunal. Darei apenas a conclusão do meu voto, que é no sentido de conceder parcialmente a segurança, tão-só para anular a cobrança da contribuição social durante o exercício de 1982, acompanhando os fundamentos do voto do eminente Ministro Moacir Catunda, data venia dos doutos votos divergentes.

### VOTO

O Sr. Ministro Wilson Gonçalves: Sr. Presidente, a esta altura, seria veleidade minha trazer algum aspecto novo numa questão tão brilhantemente explanada neste Tribunal, a respeito da matéria que está em debate. Mas, vou apenas resumir o meu pensamento, utilizando o pronunciamento de outros naquilo que coincide com o meu, porque sinto na fisionomia dos eminentes pares um ar de aflição, temendo que eu possa deitar aqui também o que aprendi nesse setor da ciência tributária.

Mas, apenas, quero dizer a V. Exa. e aos eminentes pares que, de todo o debate estabelecido, meu ponto de vista coincide, numa junção harmoniosa, com os votos dos eminentes Ministros Moacir Catunda, Torreão Braz e Sebastião Alves dos Reis, no sentido de que se trata de um duplo tributo, um, ocupando um campo residual, e o outro, com a feição de adicional ao imposto de renda.

Nestas condições, considerando assim matéria tributária, eu adiro àqueles que se atêm ao princípio da anterioridade e, em consequência, concedo em parte o mandado de segurança, no sentido de que não é constitucional a sua cobrança no exercício de 1982.

É o meu voto.

### VOTO VOGAL

O Sr. Ministro William Patterson: Sr. Presidente, o meu entendimento é também na linha de concepção do voto do eminente Ministro Moacir Catunda. Por isso, acompanho-o.

### VOTO

O Sr. Ministro Bueno de Souza: Senhor Presidente, embora não comungue do entendimento segundo o qual as contribuições, quaisquer que sejam, constituem uma das classes abrangidas no gênero tributo, isto não me impede de reconhecer que a disciplina jurídica (notadamente a constitucional) a que se submetem as várias espécies de contribuições é, essencialmente, aquela que a Constituição estabelece para os tributos em geral.

Aliás, não é somente em relação a tributos que a Constituição estabelece a garantia e a ressalva da legalidade, fundada nos princípios basilares do estado de direito que são o da soberania popular e o do exercício temporário, por representação e delegação, das funções de governo.

Esta minha divergência de ordem doutrinária ou científica em relação à douda opinião predominante, pelo menos no âmbito da Segunda Seção, de modo algum me impede de convocar, para qualquer situação concreta em que de contribuição se cogita, a incidência dos princípios constitucionais tributários: porque, a todo modo, sempre se trata de atividade fiscal em sentido amplo, do Estado (atividade administrativo-fiscal).

Em outra ordem de idéias, quando do julgamento do mandado de segurança impetrado contra exigência do imposto sobre operações financeiras a incidir sobre câmbio para importação de mercadorias, não me animei a expor meu entendimento sobre o fundo da questão, desde, na ocasião em que me cumpria votar, a matéria fora já exaustivamente vencida neste Egrégio Plenário; e, também, porque me senti profundamente sensibilizado pela urgência da situação da balança internacional de pagamento que o País enfrentava.

Assim, compreendi que era razoável assentir com o entendimento predominante e reconhecer a urgência em que se achavam as finanças nacionais, de se defender, no contexto da conjuntura econômica e financeira mundial, que já se evidenciava madrastra para o Brasil.

Nesta altura, depois de maior reflexão sobre o tema, a despeito do que acaba de recordar o Senhor Ministro Carlos Mário Velloso, relativamente ao entendimento jurisprudencial, peço vênua para deixar expreso que meu compromisso com os cânones basilares da lei maior em matéria tributária, não rende os espaços para perquirições milimétricas de direito intertemporal.

Tornarei mais claro meu pensamento.

O princípio verdadeiramente fundamental, na matéria, é o da representação popular.

Onde quer que este princípio resulte malferido, ainda que por emendas à Constituição emanada do poder constituinte originário, não há como possa prevalecer a lei menor.

Direi o mesmo noutras palavras.

Nem tudo o que a Constituição enuncia tem o mesmo peso, o mesmo poder de vinculação dos poderes que ela cria e concatena: há hierarquia entre os cânones constitucionais; alguns são de superior eficácia.

Em matéria tributária, regra alguma procedente de emenda pode excluir ou mesmo limitar o comando procedente do poder constituinte originário, que exige e sustenta o princípio da representação popular, cânone constitucional fundamental.

No tocante ao atual julgado de inconstitucionalidade, tenho como suficientes para o caso específico as razões e fundamentos do doudo voto do Senhor Ministro Armando Rollemberg e os complementos significativos trazidos pelo Ministro Velloso. O art. 163 da Constituição é suficientemente explícito ao se reportar à lei para admitir a intervenção no domínio econômico; e, bem assim, ao acentuar a necessidade de serem assegurados os direitos e garantias individuais.

Não me sensibilizam as significativas razões de contingência e de conjuntura econômico-social: fora da observância da lei, não há muita coisa a ser construída no convívio social.

Com estes esclarecimentos, concedo a segurança.

No caso, porém, em que prevaleça a douda opinião que limita os termos da concessão, meu voto há de ser também para este fim computado.

## VOTO VISTA

O Sr. Ministro Sebastião Alves dos Reis: Controverte-se nos autos em torno da legitimidade constitucional

do Decreto-Lei nº 1.940, de 25-5-82, que objetiva instituir contribuição social e criar o Fundo de Investimento Social (FINSOCIAL), alegando as impetrantes, em substância, a prevalência in casu do princípio da legalidade estrita, do primado da lei formal, seja porque a matéria, ali regulada, não tem sede nos domínios das finanças públicas, não se lhe aplicando o art. 55, II, da Constituição Federal, seja porque exorbita do quadro do inciso II do § 2º do art. 21 da Lei Maior, ao lado de estruturar defeituosamente a exação criada, bem como a inidoneidade da portaria ministerial baixada, para na espécie, suprir omissões ou estabelecer penalidade, invocando, ainda, alternativamente, o cânone como da anterioridade da lei, teses contrariadas doutamente nas informações e no parecer da ilustrada Subprocuradoria-Geral da República, firmado pelo eminente Subprocurador-Geral da República, Dr. Geraldo Andrade Fonteles.

Até esta altura, três posições já se afirmaram, neste Plenário, a liderada pelo Relator, Ministro Armando Rollemberg, no sentido da inidoneidade constitucional do decreto-lei para instituir a contribuição em foco, pela circunstância particular de que aquele diploma encerra intervenção na ordem econômica, só legitimável através de lei formal, inobservância procedimental que, por via reflexa, macula a exação instituída; já o Ministro Washington Bolívar, após admitir a adequação do decreto-lei para instituir a contribuição em apreço, sustenta que o «standard» da urgência, ocorrente na espécie, é incompatível com o princípio geral da anualidade, consagrado na primeira parte do § 29 do art. 153 da Lei Máxima, e, à luz desse raciocínio, conclui que a hipótese se insere na exceção compreendida na cláusula «demais casos previstos nesta Constituição», negando, por fim, in totum a segu-

rança; a terceira corrente defere em parte a segurança, para afastar a cobrança respectiva apenas no exercício de 1982, ano da edição do diploma em causa, aplicando ao caso o princípio da reserva da lei anterior.

Assinalo que o Ministro Carlos Velloso, ao filiar-se à tese do Ministro Rollemberg, fê-lo aditando a violação do art. 62, § 2º, da Constituição Federal, por tratar-se de instituição de Fundo, só viável através de lei complementar, no que foi acompanhado pelo Ministro Bueno de Souza, e que a terceira posição, até agora, se bifurca em duas tendências, a que descaracteriza a contribuição em tela para imposto, tendo à frente o Ministro Moacir Catunda, e a que qualifica a exação instituída como contribuição social, enquadrável no campo da parafiscalidade, no círculo das finanças públicas, do Direito Financeiro, como se vê dos votos dos Ministros José Dantas e Carlos Madeira, resguardada, no entanto, a regra da anterioridade da lei instituidora, para efeito de cobrança, considerando o princípio da universalidade do orçamento e tratar-se de «fundo» dirigidado pela administração direta, aplicáveis seus recursos mediante diretrizes estabelecidas diretamente pelo Presidente da República, com subvenção de dotações orçamentárias da União.

Posicionando-me no contexto da controvérsia, inicialmente, acentuo que, embora a parafiscalidade, na sua origem, se tenha apresentado como expediente técnico-político para acudir aos novos compromissos sociais e econômicos assumidos pelo Estado para com a sociedade, posto haja surgido como uma finança paralela, paraorçamentária como uma ruptura com dogmas das finanças clássicas, em particular, com o princípio da universalidade do orçamento público, sem embargo de sua vocação histórica para um regime

jurídico de maior flexibilidade, o certo é que todo esse material elaborado pela ciência das finanças só vale juridicamente nos limites em que for recebido pelo direito positivo de cada país.

No direito brasileiro, a partir do Decreto-Lei nº 27/66, para uns, ou da inovação trazida com o inciso II da letra b do art. 21, pela Emenda Constitucional nº 1/69, para outros, a doutrina e a jurisprudência passaram a revelar nítida tendência em afirmar a integração das contribuições econômicas e sociais na temática tributária consagrada constitucionalmente e só agora com a nova redação dada àquele inciso e com a enunciação do art. 43, inciso X, veiculadas pela Emenda Constitucional nº 8/77, voltou-se a discutir acerca do acolhimento pelo direito positivo brasileiro de uma parafiscalidade, de fisionomia técnica própria, fora dos quadros da tributação, como uma categoria antes de direito financeiro que de direito tributário, uma exação não tributária, mas simplesmente financeira.

Feitas tais considerações prévias, centrando-me na Constituição Federal vigente, vê-se que o nosso Estatuto Maior, ao lado das figuras tributárias tradicionais do imposto, da taxa e da contribuição de melhoria, no inciso I do § 2º do seu artigo 21, no capítulo do sistema tributário, alude a contribuições, tendo em vista a intervenção no domínio econômico ou o interesse de categorias profissionais e para atender diretamente à parte da união, no custeio dos encargos da previdência social e no seu artigo 43, item X, no capítulo seguinte, refere-se a contribuições sociais para custear os encargos previstos nos artigos 114, itens II, V, XIII, XVI e XIX, 168, § 1º, 175, § 4º, e 178, preceito esse em que se insinua a tese da parafiscalidade.

Na espécie, pretende o legislador do Decreto-Lei nº 1.940/82 instituir

«contribuição social, destinada a custear» investimentos de caráter assistencial em alimentação, habitação popular, saúde, educação e amparo ao pequeno agricultor» (art. 1º).

Nesse particular, mesmo que se admita a tese de que, após a Emenda Constitucional nº 8/77, as contribuições sociais ali referidas, passaram a categorias estritamente financeiras ou paratributárias, o certo é que, como o demonstram os votos dos Ministros Torreão Braz e Carlos Mário Velloso, a contribuição sob exame não se identifica com qualquer das figuras ali elencadas.

Tenho que a enumeração respectiva constitui *numerus clausus*, taxativo, quer a consideremos exação tributária ou não tributária, o certo é que representam prestações coativas, limitadoras da propriedade, e por isso, devem ser catalogadas em quadro fechado e não aberto a demaisias, de outro, porque, se pretendesse dar-lhe alcance exemplificativo teria adotado o critério do Decreto-Lei nº 27/66, que, após enumerar várias modalidades de contribuições, completa o rol adotando a cláusula aberta «e outras contribuições sociais criadas por lei».

A toda sorte, pretendesse o constituinte brasileiro dar ao conceito de contribuição um elastério aberto à sua inventiva e às necessidades crescentes do Tesouro, ter-se-ia valido, autorizadamente, do ensinamento originário de Rubens Gomes de Souza, quando definiu as contribuições por exclusão, conceituando-as como a exação que não se identifica nem com taxa, nem com imposto. Acrescente-se que mesmo tecnicamente, a doutrina dominante é no sentido de que a hipótese de incidência da contribuição particulariza-se por uma atuação estatal indireta e mediatamente referida ao obrigado (Geraldo Ataliba «Hipótese de Incidência» — 2ª ed. — 1981, pág. 194);

Edvaldo Brito em «Contribuições Sociais e Econômicas: Natureza Jurídica e Prescrição» — co-edição 1976 — Editora Resenha Tributária — São Paulo; Ives Gandra da Silva Martins em «As Contribuições Especiais numa Divisão Quinquipartida dos Tributos — co-edição 1976 — Editora Resenha Tributária — São Paulo, sendo certo, segundo assinalou o voto do Ministro Moacir Catunda, qualquer vinculação entre o contribuinte *in casu* — por exemplo, as impetrantes — e a atuação estatal consistente em prestar assistência ao pequeno agricultor.

Demonstrado não se cuidar de uma contribuição social, poder-se-á opor que, sem embargo da referência expressa a essa conta, tratar-se-á de espécie criada com fundamento na intervenção no domínio econômico, na forma prevista no art. 163 e seu parágrafo único da Constituição Federal, tendo em vista, em especial, a invocação expressa do seu art. 21, § 2º e não ser caso das duas outras modalidades ali previstas.

Detendo-me nessa objeção, que tem por si o prestígio dos Ministros Rollemberg, Velloso e Bueno de Souza, transcrevamos o art. 163 e seu parágrafo da Constituição Federal.

«Art. 163. São facultadas a intervenção no domínio econômico e o monopólio de determinada indústria ou atividade, mediante lei federal, quando indispensável, por motivo de segurança nacional ou para organizar setor que não possa ser desenvolvido com eficácia no regime de competição e de liberdade de iniciativa, assegurados os direitos e garantias individuais.

Parágrafo único. Para atender à intervenção de que trata este artigo, a União poderá instituir contribuições destinadas ao custeio dos respectivos serviços e encargos, na forma que a lei estabelecer».

Como se extrai do texto transcrito, aqui são previstas duas formas de ingerência do Estado na esfera econômica, a interventiva, efetuada por via indireta, por regulamentação legal, e a monopolística, em que o poder público aparece como sujeito ativo da atuação empresarial.

Celso Antônio Bandeira de Melo, em trabalho da melhor qualidade sobre o tema, ensina:

«Do exposto, é forçoso concluir que o art. 163 contempla, de um lado, a possibilidade do Estado intervir, isto é, disciplinar e fiscalizar a atividade econômica, podendo instituir contribuições para custeio dos encargos e serviços relativos ao cumprimento da missão que lhe seja constitucionalmente irrogada.

Assim, os órgãos e entidades que crie ou serviços que ponha em ação para assegurar tal controle serão suportados por estes recursos compulsoriamente exigidos.

De outro lado, o art 163 contempla a possibilidade do Estado monopolizar dada indústria ou atividade, se isso for requerido, por motivo de segurança nacional ou para organizar setor que não possa eficazmente desenvolver-se, em regime de competição e de liberdade de iniciativa». (RDA 143/45).

No mesmo sentido, Carlos Ayres Brito, (A Intervenção Estadual no Domínio Econômico, *vox legis* nº 148), Tércio Sampaio Ferraz Jr. (Fundamentos e Limites Cons. da Intervenção do Estado no Domínio Econômico (RDP vols. 47/48 pág. 270), Fábio Konder Comparato (Intervenção no Domínio Econômico, Sociedade de Economia Mista — RDA 142/170).

De outro lado, acentuemos que a primeira hipótese do comando constitucional — a intervenção indireta — tem fundamentado ampla legislação entre nós, disciplinadora de livre iniciativa, como se vê na repressão

ao abuso do poder econômico (Lei nº 4.137/62), a Lei Delegada nº 4/62, autorizativa do tabelamento de preços e serviços, o Decreto-Lei nº 808/69, legitimador do Conselho Interministerial de Preços (Celso Antônio Bandeira de Melo. Rev. cit. pág. 48).

Delineada, assim, a área de influência do art. 163 da Constituição Federal, afastada de logo a segunda modalidade — a direta, a monopolística — centremos as atenções na primeira, a indireta, a disciplinadora da atividade econômica, com vista à realização dos objetivos e princípios referidos no artigo 160 antecedente, e, para esse efeito, confrontemos aquele comando constitucional com Decreto-Lei nº 1.940/82:

«Art. 1º É instituída, na forma prevista neste decreto-lei, contribuição social, destinada a custear investimentos de caráter assistencial em alimentação, habitação popular, saúde, educação e amparo ao pequeno agricultor.

§ 1º A contribuição social de que trata este artigo será de 0,5% (meio por cento) e incidirá sobre a receita bruta das empresas públicas e privadas que realizam vendas de mercadorias, bem como das instituições financeiras e das sociedades seguradoras;

§ 2º Para as empresas públicas e privadas que realizam exclusivamente venda de serviços, a contribuição será de 5% (cinco por cento) e incidirá sobre o valor do imposto de renda devido, ou como se devido fosse;

§ 3º A contribuição não incidirá sobre a venda de mercadorias ou serviços destinados ao exterior, nas condições estabelecidas em portaria do Ministro da Fazenda».

Como se infere da transcrição, o diploma normativo em foco, no que interessa ao ponto ora em debate, restringe-se a criar recurso para investimento de caráter assistencial,

nas áreas que indica, não pretendendo disciplinar a iniciativa privada, nos setores mencionados, nem fixar limites de sua intervenção, para assegurar o cumprimento dos objetivos do art. 160 anterior, não comportando a sua linguagem amplamente indeterminada a sua qualificação técnica de instrumento regulador da atividade econômica; outrossim, os setores em que os investimentos — despesa pública — vão atuar não são reservados à iniciativa privada, tais como, saúde, educação, amparo, sobretudo, numa perspectiva meramente assistencial.

Em face de tudo quanto já foi debatido, concluo que a exação em apreço não se identifica com as contribuições sociais arroladas exaustivamente no item X do art. 43 da Constituição Federal, nem se qualifica como contribuição, em razão da ingerência na ordem econômica, por não se encontrar vinculada à interferência indireta, regulatória da iniciativa privada, bem como não reúne os requisitos que condicionam tecnicamente essa figura tributária — a referibilidade indireta, mediata, entre a atuação estatal e o obrigado — princípio hoje sistematizado doutrinariamente, como se vê, em especial, em Geraldo Ataliba («Hipótese de Incidência» — 2ª ed. págs. 164 e 195), desinfluyente o nomen juris dado pelo legislador.

Não se configurando na espécie o perfil técnico-jurídico da contribuição, cabe discutir-se, após a análise feita, se a exação em tela perde por tudo isso consistência jurídica, ou se pode subsistir, juridicamente, sob outro título, enquanto prestação pecuniária compulsória, exigida mediante procedimento administrativo, em função do fato gerador respectivo, no contexto dos arts. 3º e 4º do CTN.

Nas hipóteses identificáveis com o chamado «imposto disfarçado», a jurisprudência do Alto Pretório tem-se

orientado no sentido de desprezar a roupagem formal, o *nomen juris*, para deter-se na consistência material da norma, no fato-tipo ali desenhado, nas suas várias dimensões, admitindo, nesse contexto, a sua sustentação jurídica, sob outra qualificação, em ordem a legitimar a exação, em limites próprios, bastando, para tanto, lembrar as decisões tomadas no RE nº 53.052 e RE nº 64.040, ao propósito das denominadas Taxa de Recuperação Econômica e de Assistência Hospitalar de Minas Gerais, legitimadas como imposto adicional de competência estadual, princípios que vieram a ser estruturados nas Súmulas 144 e 306.

À luz desses pressupostos, cabe examinar-se se a exação em apreço é qualificável, como imposto, e a esse propósito a minha posição coincide com a do eminente Ministro Moacir Catunda, com os desdobramentos postos pelo Ministro Torreão Braz, calcados, nessa parte, em estudo amplo e excelente análise de Hamilton Dias de Sousa, constante da publicação «Direito Tributário Atual» — Ed. Resenha Tributária, onde concluiu pela criação, na hipótese, de dois impostos, um que se não confunde com o imposto sobre vendas, visto como incide sobre receita bruta, com arrimo na competência residual da União (art. 18, § 5º e 21, § 1º, da CF), outro, conceituável como Adicional ao Imposto de Renda.

A esse respeito, destaco do estudo referido:

«Tendo em conta que a hipótese de incidência tem vários elementos, é fundamental analisar o quantitativo, isto é, a base imponible, pois esta, quando não se trata de tributo fixo ou com alíquotas fixas, define a espécie tributária. Assim, no caso presente, as referências a «vendas de mercadorias» e «receita bruta» devem ser confrontadas com a base imponible. Fosse ela o resultado das vendas ou o fatura-

mento de mercadorias, seria imposto sobre vendas. Como não é, sendo calculado sobre a receita bruta, que compreende as vendas e os serviços, pensamos tratar-se de tributo novo».

.....  
 «Outro ponto a ser considerado refere-se à incidência que o decreto-lei em exame reserva às empresas públicas e privadas que só realizam venda de serviços, a qual corresponde a 5% sobre o valor do imposto de renda devido, ou como se devido fosse.

À parte a crítica que pode ser feita à expressão «venda de serviços» posto que o contrato de prestação de serviços não se confunde com o de venda, nítido é o enquadramento desta incidência como um Adicional do Imposto sobre a Renda. De fato, o § 2º do artigo 1º fixa a contribuição em 5% calculados sobre o valor do Imposto de Renda. Esta é a clássica figura tão conhecida da doutrina e que implica em aumento indireto da alíquota do imposto principal (IR) (46). Uma vez que o fato gerador do tributo em exame, para esta hipótese, é ter imposto de renda a pagar, não há como negar sua natureza de adicional». (fls. 111/112).

Estou de acordo com o enfoque desse autorizado jurista, visto como a identificação do tributo se define pelo fato gerador correspondente, irrelevante a denominação e a destinação do produto da arrecadação, perspectiva que reduz o fato jurígeno a uma situação relativa ao contribuinte, independente de atividade estatal específica (CTN, arts. 4º e 16).

De outro lado, qualificada a exação como imposto, a sua instituição por decreto-lei tem apoio da jurisprudência deste Tribunal e do Alto Pretório, reportando-me a essa conta ao voto que proferi na matéria constitucional suscitada na AMS nº

91.322, apreciada por este Plenário, de que extraiu:

«Posicionando-me diante das teses em conflito, inicialmente devo, data venia, antecipar o meu entendimento de que com a adição da cláusula «inclusive normas tributárias» ao art. 55 da Constituição Federal, introduzida pela EC nº 1/69, quis o legislador constituinte erigir o decreto-lei em instrumento formal hábil a instituir tributo ou modificar-lhe a alíquota ou base de cálculo, afastando-se, assim, sob esse aspecto, do critério anterior de compreensão do princípio da legalidade, no seu perfil clássico, estrito, rígido, construído sobre uma realidade histórica e jurídica, sobre uma dinâmica econômica e social, hoje profundamente transformadas.

No particular, afigura-se-me que reduzir o alcance da cláusula referida apenas à edição de normas procedimentais de direito tributário será esquecer-se que essa área se insere nos domínios do direito administrativo formal, e, de outro lado, subtrair-lhe a outorga de competência para criar tributo ou modificar-lhe a alíquota ou base de cálculo será esvaziá-la de conteúdo e minimizar a inovação constitucional introduzida.

Em que pesem autorizadíssimas opiniões em contrário, a partir de mestre Baleeiro (Dir. Trib. Bras. pág. 406 — 1ª ed. Limitações Const. ao Poder de Tributar — pág. 49, 5ª ed.) passando pelos professores Manuel Gonçalves — Curso de Dir. Cons. 4ª ed., pág. 210, Gerd Rothmann — RDA 109/11, Geraldo Ataliba — O Decreto-Lei na Constituição Federal de 1967 e em palestra na Universidade Católica de São Paulo), o certo é que, no momento, o constitucionalismo positivo brasileiro, ultrapassou o princípio da legalidade estrita, como o reconhecem Hamilton Dias de Sousa —

(Estrutura do Imposto de Importação no CTN, pág. 55), Américo Lacombe — (Imposto de Importação, pág. 82) Fábio Fanucchi — (Incentivos Fiscais às Pessoas Físicas, pág. 8), Valter Streicker — (RDP 24/110), Alberto Xavier — (Os Princípios da Legalidade e da Tipicidade da Tributação, págs. 22 e segs.).

Aliás, Hamilton Dias de Sousa, em excelente trabalho de direito comparado, constante da coletânea «Comentário ao CTN», vol. I/28, cap. Sistema Tributário Nacional, desenvolvendo idéias já antecipadas na monografia antes citada, mostra amplamente o evoluir do princípio da legalidade tributária, da sua feição rígida para a flexível, e da prevalência dessa segunda postura, sob pena de estabelecer-se um vazio entre seu conceito doutrinário e a prática observada na realidade jurídica, adiantando que países que adotam a formulação rígida, na prática legislativo-tributária, consagram a adequação do decreto-lei ao contexto da legalidade tributária».

Embora reconheça que o princípio da lei formal represente a nossa tradição constitucional desde o Império e, pessoalmente, me identifiquei com essa orientação, não posso fugir à realidade de que hoje o direito brasileiro oferece uma ordem tributária amplamente construída sobre decretos-leis e, nessa altura, a rejeição desse instrumento poderá acarretar verdadeiro vácuo legislativo, nesses domínios.

Interfere com tal conclusão, a postura assumida pelo Ministro Washington Bolívar, no sentido da inconciliabilidade entre o parâmetro da urgência e o princípio da reserva da lei anterior, e, a esse respeito, peço licença para ponderar que o raciocínio desenvolvido, a construção formulada, embora de relevo, entra em manifesto atrito com a orienta-

ção deste Tribunal e do Alto Pretório, em particular, nos arestos que mandaram aplicar ao IOF o mesmo princípio da reserva da anterioridade da lei tributária quanto ao exercício de cobrança.

Por fim, reconheço que o Fundo respectivo, não tendo sido previsto na Constituição, só poderia ter sido instituído por lei complementar, insuficiente para tanto o decreto-lei, como deflui do art. 62, § 2º, do diploma constitucional, estando, assim, ineficaz a vinculação ali estabelecida.

No particular, no entanto, máxima venia devida aos que pensam em contrário, entendo que a destinação do produto arrecadado e sua consequente vinculação a um fundo não influenciam a relação tributária, para interessar somente a área da despesa, estranha ao círculo do fenômeno tributário, louvando-me para tanto, no ensinamento autorizado de Alfredo Becker, em sua consagrada obra («Tema Geral do Direito Tributário», pág. 261).

Esse é, por igual, o ensinamento do consagrado mestre Rubens Gomes de Sousa:

«A afetação das receitas públicas a determinadas finalidades é evidentemente sem influência para lhes definir a natureza jurídica. Digo «evidentemente» porque aquela afetação logicamente pressupõe a prévia arrecadação da própria receita, isto é, a extinção da relação jurídica que deu origem a sua cobrança. Logo, não poderia atuar sobre aquela relação jurídica, a ponto de integrar-se na definição do tributo, ou do preço público, ou do contrato, ou de qualquer modalidade de atuação do Estado, que lhe tenha dado origem. Em resumo, a destinação da receita é uma providência de tesouraria relacionada com a despesa pública e não com a própria receita, por isso

mesmo enquadrada em outro ramo do direito — o financeiro ou orçamentário — mas não no direito tributário. Aliás, precisamente por esses fundamentos, isso é hoje, entre nós, matéria de lei: o art. 4º nº II do CTN dispõe que «a destinação legal do produto da arrecadação» é irrelevante para qualificar a natureza jurídica específica do tributo de que provenha». (RDA Vol. 112/41 — 1973).

Em face de todas as considerações postas, qualifico a exação examinada como imposto, e, como tal, sujeito ao princípio da reserva da lei anterior, estipulada no § 29 do art. 153 do nosso Estatuto Político, por tratar-se de hipótese ali não excepcionada.

Assim, defiro, em parte, a segunda, para eximir as impetrantes do recolhimento respectivo, tão-só no exercício de 1982.

#### VOTO VOGAL

O Sr. Ministro Miguel Jerônimo Ferrante: Dispõe a Constituição Federal:

«Art. 21. ....

§ 2º A União pode instituir:

I — contribuições, observada a faculdade prevista no item I deste artigo, tendo em vista intervenção no domínio econômico ou o interesse de categorias profissionais e para atender diretamente à parte da União no custeio dos encargos da previdência social».

Art. 55. O Presidente da República, em casos de urgência ou de interesse público relevante, e desde que não haja aumento de despesas, poderá expedir decretos-leis sobre as seguintes matérias:

II — finanças públicas, inclusive normas tributárias».

Com respaldo nesses dispositivos, foi expedido o Decreto-Lei nº 1.940, de 1982, que institui contribuição destinada a custear investimentos de caráter assistencial em alimentação, habitação popular, saúde, educação e amparo ao pequeno agricultor.

O assento constitucional desse diploma legal — § 2º, I, do art. 21 — define, indubitavelmente, a natureza extrafiscal da contribuição que cria, tendo em vista a intervenção no domínio econômico, num quadro de graves dificuldades da vida nacional.

Como observa o Professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho, a intervenção no domínio econômico «é inerente ao Estado-providência» («Com. à Const. Bras.», 3ª ed. 1938 — pág. 675).

Com esse caráter é ela ampla tanto quanto necessária para manter padrões sociais e frear, ou pelo menos minimizar os efeitos cruéis das disparidades econômicas sobre as classes menos favorecidas. O comportamento do Estado, na conjuntura, traduz-se na tutela do bem-estar da população, sob variadas facetas, de modo a evitar o rompimento do equilíbrio social, que dá a tônica do Estado de direito. De fato, o conceito de bem-estar social resume-se, dizia Agamenon Magalhães, a propósito do art. 147 da Carta de 1946 — «no dever do Estado de adotar todas as providências que atenuem as dificuldades que os economicamente fracos sofrem na sociedade capitalista» (apud Zacarias Amaral Vieira, na Rev. Forense — vol. 162, pág. 349). No mesmo sentido pronunciou-se Aliomar Baleeiro:

«Mas no art. 147, a meu ver, o conceito de «bem-estar social» está vinculado à necessidade democrática da mais justa distribuição dos bens econômicos com igual oportunidade para todos. Está expresso

no texto, sem margem a dúvida» (ibidem).

Pois, no resguardo desse bem-estar do povo, pressões políticas e sociais levam o Estado à intervenção que a Lei Maior prevê e disciplina. E o Decreto-Lei nº 1.940, de 1982, nada mais faz do que, nos limites constitucionais, operar essa intervenção, no propósito de preservar a ordem pública e a segurança nacional dos percalços de uma crise econômica sem precedentes, que nos aflige.

A essa constatação — porque esse diploma legal traduz intervenção no domínio econômico — de plano torna-se sem relevo a alegação de que a contribuição por ele instituída fere o princípio da anterioridade, insito no art. 153, § 2º, da Lei Básica, endereçado a tributos.

Deveras, a uma por se cuidar de contribuição que não é imposto, taxa ou contribuição de melhoria.

A duas porque, mesmo que se lhe queira emprestar a natureza de tributo, o seu pressuposto constitucional autoriza seja instituída com suporte na faculdade assegurada no item I do art. 21 da Carta Magna, que retira do regime da anterioridade o imposto sobre importação de produtos estrangeiros.

De outra parte, não comungo, data venia, com a respeitável opinião dos que sustentam que essa contribuição só poderia ser criada mediante lei federal (lei em sentido formal), a teor do disposto no art. 163, caput, da Constituição da República.

Com efeito, ao aludir o texto constitucional de modo genérico à «lei federal», a meu ver manifestamente não exclui de sua abrangência o decreto-lei.

Cabe aqui recordar a oportuna observação de Victor Nunes Leal: «Continua verdadeira a asserção de que a lei é a norma editada pelo Poder Legislativo, mas Poder Legisla-

tivo não significa, neste caso, um órgão específico, mas uma competência constitucional» («Problemas de Direito Público», Forense, 1ª ed., 1960, pág. 68).

A propósito, trago à colação a lição do saudoso Professor Fábio Fanucchi:

«O decreto-lei possui o mesmo efeito da lei de tributação. A diferença entre esta e aquele reside na ordem da apreciação que sofrem por parte do Poder Legislativo. A lei, enquanto projeto, é apreciada pelo Legislativo que aprova a redação e a submete ao Executivo para sanção. Se este aceita o seu texto como conveniente, sanciona a deliberação do Legislativo e surge a lei; se não concorda com a deliberação, o Executivo veta o texto ou não se manifesta tempestivamente sobre ele, podendo o Legislativo substituí-lo na providência, erigindo o texto em lei, através da promulgação. O decreto-lei, por sua vez, surge no mundo jurídico por deliberação inicial do Executivo, que só posteriormente submete o seu texto à apreciação do Legislativo, que pode aprová-lo ou negar-lhe aprovação, sem quaisquer emendas.

Então, a priori, a diferença fundamental entre a lei e o decreto-lei reside no detalhe da apreciação prévia ou posterior, respectivamente, que sofrem seus textos por parte do Poder Legislativo». («Curso de Direito Tributário Brasileiro», 3ª ed., Editora Resenha Tributária, 1975, pág. 135).

Sobre o tema discorre Alberto Xavier, no seu excelente «Os princípios da Legalidade e da Tipicidade da Tributação»:

«Sem dúvida que a «lei» por excelência é a lei ordinária, dimanada do Poder Legislativo, de tal sorte que a ela compete basicamente a criação dos tributos (Const., art.

43, I). Deve, porém, notar-se que ao contrário do que noutras constituições sucede, a Constituição brasileira não reserva expressamente a matéria tributária à competência exclusiva do Congresso Nacional (art. 44), o que desde logo enseja a dúvida de saber se também os decretos-leis poderão instituir ou majorar tributos» (Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1978, pág. 22).

E, após focar a corrente doutrinária que defende o caráter limitado do decreto-lei (Aliomar Baleeiro, Geraldo Ataliba, Ferreira Filho, G.W. Rothmann, Cezar Vieira de Rezende e Paulo de Barros Carvalho), isto é, que «normas tributárias suscetíveis de ser objeto de decreto-lei são todas aquelas que se não traduzem em «instituir ou aumentar tributo», acrescenta:

«Pela nossa parte — acompanhados por Antonio Roberto Sampaio Dória, Fábio Fanucchi, Hamilton Dias de Souza, W. E. Streicher, e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal — não nos convencemos com esta tese, inobstante a autoridade dos que a defendem. Com efeito, o ordenamento constitucional brasileiro conferiu ao decreto-lei, força de lei, introduzindo assim uma exceção ao princípio da rigorosa separação de poderes, nos termos do qual o Poder Legislativo é exercido apenas pelo Congresso Nacional. A função legislativa pode, pois, ser exercida pelo Poder Executivo dentro dos limites e condições que a esse exercício traça a Constituição no seu art. 55, fazendo-o depender de urgência ou de interesse público relevante e submetendo-o à aprovação a posteriori do Congresso.

Ora, que esse exercício da função legislativa pelo Poder Executivo abrange matéria tributária está a revelá-lo bem claramente o pró-

prio n. II do art. 55 cuja nova redação não se limita a mencionar «finanças públicas», antes acrescenta expressamente «inclusive normas tributárias». Tal acrescentamento não faria sentido se dessas normas tributárias estivessem precisamente excetuadas as que visam à instituição e majoração dos tributos e isto por várias razões distintas. Uma, a de que as normas situadas para além do círculo dos elementos essenciais do tributo são, em bom rigor, de «direito administrativo» ou de «direito financeiro» e não de «direito tributário» propriamente dito. Outra, a de que as razões de urgência ou interesse público que condicionam a sua emissão far-se-ão sentir em matéria de criação ou de majoração dos tributos, não se compreendendo facilmente que estejam presentes na regulação dos aspectos acessórios ou instrumentais. Enfim, pode ainda observar-se que a lei constitucional não teria utilizado a expressão genérica «inclusive normas tributárias» se pretendesse restringi-la, excetuando do seu âmbito as normas tributárias por excelência, que são precisamente as que criam tributos ou regem o seu núcleo essencial.

Não concordamos com G. W. Rothmann quando este afirma que, sendo esta a interpretação proposta, «a nada, pelo menos quase nada, se reduz a garantia individual da legalidade da tributação, quando ao Poder Executivo, encarregado da cobrança dos tributos, se permite ao mesmo tempo legislar sobre a matéria». Por um lado, há que ter presente que tal faculdade é estritamente excepcional, estando sempre dependendo da verificação efetiva das cláusulas de urgência e interesse público relevante, que o próprio Poder Executivo deve interpretar criteriosa e restritivamente, enquanto pressuposto do

exercício de uma sua competência de exceção. Por outro lado — e este ponto é fundamental — a função de garantia individual decorrente da participação do órgão representativo é desempenhada pela necessária intervenção a posteriori do Congresso, o qual poderá aprovar ou rejeitar o decreto-lei». (obr. cit. fls. 23/27).

Esse entendimento de que o decreto-lei equipara-se à lei ordinária na criação ou instituição de tributos vem sendo acolhido pela jurisprudência, tanto desta Corte como do Supremo Tribunal Federal. Tem-se decidido, reiteradamente, que a aferição dos pressupostos de «urgência» ou de «interesse público relevante», por assumir caráter político, está entregue ao discricionarismo dos juízos de oportunidade ou de valor do Presidente da República, ressaltada apreciação contrária e também discricionária do Congresso» (RE nº 62.739-SP — Pleno, Rel.: Min. Aliomar Baleeiro, RTJ, 44/54, RE nº 62.731-GB-Pleno, Rel.: Min. Aliomar Baleeiro — RTJ 45/559, RE nº 74/096-SP — 1ª Turma. Rel.: Min. Oswaldo Trigueiro. RTJ 62-/819).

Recentemente, no julgamento, a 8 de abril do corrente ano, do RE nº 99.696-6-RJ, assentou a Suprema Corte, à unanimidade, que a instituição de tributo por via de decreto-lei não fere o princípio da reserva da lei. O Acórdão está assim ementado:

«Decreto-lei e princípio da legalidade em matéria tributária (§ 29 do art. 153 da Constituição da República). Na espécie, não houve ofensa ao art. 97 do CTN. Falta de prequestionamento da matéria relativa ao art. 98 do CTN. Precedentes. Recurso extraordinário não conhecido.»

Por oportuno, transcrevo o voto do Relator, o eminente Ministro Djaci Falcão:

«O que se discute nos presentes autos não é a cobrança do (IOF) Imposto sobre Operações Financeiras, instituído pelo Decreto-Lei nº 1.783/80 e exigido no mesmo exercício da sua criação, desatendendo, assim, o princípio da anualidade do tributo, mas a impossibilidade da criação ou aumento de tributo por meio de decreto-lei.

O v. Acórdão, ao entender legítima a instituição ou majoração do tributo através do Decreto-Lei nº 1.783/80, orientou-se no mesmo sentido da decisão que veio a ser proferida por esta Turma, no RE nº 99.698, em 22-3-83, relatado pelo eminente Ministro Moreira Alves, em aresto assim ementado:

«O decreto-lei e o princípio constitucional da legalidade em matéria tributária (§ 29 do artigo 153 da Constituição).

Em nosso sistema constitucional vigente, observados os requisitos estabelecidos pelo artigo 55 da Constituição, decreto-lei pode criar ou majorar tributos.

Inexistência de ofensa ao artigo 97 do CTN.

Falta de prequestionamento (Súmulas nºs 282 e 356).

Recurso extraordinário não conhecido».

Dentro dessa mesma diretriz os RREE nºs 99.705 e 99.715, também relatados pelo Ministro Moreira Alves.

Em face do exposto, não conheço do presente recurso».

Com essas breves considerações, denego a segurança, data venia das doutas manifestações em contrário.

Ê o voto.

## VOTO

O Sr. Ministro José Cândido: Sr. Presidente, meu voto é em adesão ao voto do eminente Ministro Moacir

Catunda, data venia do eminente Ministro Miguel Ferrante.

## VOTO

O Sr. Ministro Pedro da Rocha Acioli: Senhor Presidente, há três pontos salientes que interessam à solução da controvérsia: (I) a questão de criação de tributo mediante decreto-lei; (II) a discussão sobre a natureza jurídica da exação de que se cuida; e (III) a intervenção no domínio econômico através de decreto-lei.

À parte o meu entendimento pessoal, merece salientar-se, no que concerne ao primeiro ponto, a tendência da jurisprudência brasileira, assim registrada pelo Ministro José Néri:

«É assente, no STF, que, observados os requisitos estabelecidos no art. 55, da Constituição, decreto-lei pode criar ou majorar tributos. Ainda na vigência da Constituição de 1967 — diz S. Excelência — redação original, assim decidiu a Corte, no RE nº 74.096, Relator o ilustre Ministro Oswaldo Trigueiro (RTJ 62/819). Explicitamente, no art. 55, II, da Emenda Constitucional nº 1, de 1969, tal se prevê. Recentemente, nessa linha, reafirmou-se o entendimento, em se versando matéria idêntica à presente, dentre outros, no RE nº 99.698 (segunda Turma) e nos RREE nºs 99.702 e 99.714 (1ª Turma)». (Despacho no Ag nº 92.423-0-RJ, datado de 16 de maio de 1983, publicado no DJ de 26-5-83).

Assim, dispensamos outras considerações para afastar a eiva de inconstitucionalidade, sob esse prisma alegada.

## II

Filio-me à corrente doutrinária do Prof. Geraldo Ataliba (Cf. «Hipótese de Incidência Tributária»), no que

diz respeito ao critério de classificação dos tributos. Aquela doutrina — estou convencido — é a que apresenta maior segurança. Devo dizer, entretanto, que, a nível de direito positivo brasileiro, delineado pelo texto constitucional, tal doutrina sofre exceção.

Vejam que, a aplicar-se mencionada doutrina, sem restrições, no direito brasileiro, teríamos de declarar inconstitucionais vários decretos-leis que, ao longo dos anos, têm redimensionado a exigência das contribuições devidas à Previdência Social.

Sem ilusão, não há afastar, postas à margem as dissensões ideológicas, que o legislador constituinte tudo pode; bastante o seu querer para derrogar toda uma biblioteca.

### III

Defendo que, no direito brasileiro, além das (autênticas) contribuições, existem as contribuições especiais contempladas nominalmente na Constituição.

A distinção das várias espécimes tributárias reveste-se de importância, em face da rigidez que marca o nosso sistema tributário.

O texto constitucional traça facilidades e limitações ao poder de tributar, de aplicação geral ou restrita a determinada espécie tributária. Assim, válida é a lição do Prof. Geraldo Ataliba, no sentido de que «os institutos jurídicos são instrumentais e não podem desservir às finalidades para as quais foram criadas» (ob. cit., 2ª ed., 3ª tiragem, pág. 176).

A Constituição prevê a figura da contribuição (artigos 20, § 2º, I, 43, X; 163, parágrafo único; 165, XVI; 166, § 1º; e 178). É bem verdade que, sob o crivo da classificação seguida pelo Prof. Ataliba, tais contribuições são imposto ou taxa, conforme a referibilidade da estrutura da sua hipótese de incidência.

A positividade da regra jurídica constitucional, no sentido de que a sua existência exprime um poder jurídico efetivo que vincula a todos os destinatários — tal como colocado por Otto Bachof com apoio em Hipfel («Normas Constitucionais Inconstitucionais?», versão portuguesa, pág. 42) — excepciona o modelo doutrinário.

Por isso que, no meu sentir, estamos diante, no caso vertente, de uma contribuição especial instituída para custeio de serviços e encargos decorrentes de intervenção no domínio econômico.

### IV

A intervenção na ordem econômica e social pode ser entendida como a participação do Estado previdenciário social no veio do processo econômico, nas suas diferentes etapas: produção e distribuição de riquezas (desenvolvimento e justiça social).

Em consideração à parte, merece ponderar que um tribunal não pode converter-se num foro político de aprovação ou homologação dos atos do governo. Conquanto o ingrediente político (no bom sentido) possa, em dada situação, permear a convicção do julgador, tal elemento pode atuar — não há negar — porém subsidiariamente, predominando sempre os critérios jurídicos, isto é, os marcos legais ou instrumentais, úteis à solução dos litígios submetidos a julgamento.

### V

Dir-se-ia que a intervenção no domínio econômico só se dá mediante lei federal. Concordo. A expressão «lei federal», entretanto, há de ser entendida em oposição à lei estadual ou municipal. Quero dizer que é possível dar-se a intervenção no domínio econômico mediante decreto-lei do Presidente da República, desde que

observados os requisitos do art. 55 da CF e observada a competência exclusiva do Congresso Nacional no trato de matéria específica.

A intervenção no domínio econômico autorizada pelo Decreto-Lei nº 1.940/82 consiste:

— na criação e cobrança de uma espécie tributária, com vinculação do produto da arrecadação a um «Fundo de Investimento»; e

— em «investimentos de caráter assistencial em alimentação, habitação popular, saúde, educação e amparo ao pequeno agricultor» (arts. 1º e 3º).

Quem recusaria ao Presidente da República tal poder jurídico, em face da jurisprudência da Suprema Corte inicialmente registrada?

É bem verdade que a Constituição veda a vinculação de qualquer tributo a determinado fundo, ressalvadas as exceções constitucionais e as estabelecidas em lei complementar (art. 62, § 2º), como também «nenhum investimento, cuja execução ultrapasse um exercício financeiro, poderá ser iniciado sem prévia inclusão no orçamento plurianual de investimento ...» (art. 62, § 3º). Essas regras, porém, não são suficientes a desautorizar a exigência tributária, isto é, não têm força de inibir o poder tributário do Presidente da República, na quantidade sustentada pela Suprema Corte em face do comando normativo do art. 55 da Carta Política.

No caso em apreço, pois, o contribuinte não pode opor à norma do § 2º do art. 62 da CF para eximir-se da obrigação tributária. As normas de direito financeiro do mencionado art. 62 dizem respeito ao bom uso da receita pública, cuja inobservância material somente pode resultar em crime de responsabilidade.

Assim, ressalvado o meu ponto de vista manifestado na assentada do julgamento da Arg. de Inconstitucionalidade na AMS nº 91.322 — DJ de 18-2-82, julgo válida a instituição da contribuição do FINSOCIAL.

## VI

Referida contribuição, contudo, não escapa ao princípio da anterioridade, posto que a exceção prevista no art. 21, § 2º, I, da CF não se estende à sua instituição.

A esse respeito, diz o Ministro Carlos Mário Velloso:

«As contribuições do art. 21, § 2º, I, da Constituição, podem, por ato do Poder Executivo, ter alteradas as suas alíquotas ou bases de cálculo, nos limites prefixados em lei (CF, art. 21, I, ex vi do disposto no item I, do § 2º, do art. 21). Tem-se, com isto, uma exceção parcial ao princípio da legalidade (parcial, porque a exceção não diz respeito à criação do tributo, mas, apenas, à alteração da alíquota e da base de cálculo, observados, porém, as condições e os limites estabelecidos em lei). Essa exceção parcial ao princípio da legalidade, entretanto, não implica na derrogação do princípio constitucional da anterioridade (CF, art. 153, § 29). As contribuições estão, portanto, sujeitas ao princípio da anterioridade.»

Pelo exposto, julgo inconstitucional a cobrança da contribuição do FINSOCIAL no exercício em que foi instituída, 1982, em face do que defiro, em parte, o «writ».

## VOTO VOGAL

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro: A essa altura da votação, nada tenho a acrescentar aos doutos e eruditos votos, até aqui proferidos, que, sob enfoques diversos, procura-

ram, com sabedoria, dar enquadramento constitucional à denominada contribuição para o FINSOCIAL. Cumpre-me apenas, ao ensejo, optar pelas alternativas alvitradas.

No curso dos debates, três correntes afloraram sobre o assunto. A primeira capitaneada pelo eminente Ministro Armando Rollemberg, sustenta a inconstitucionalidade da questionada contribuição ao argumento de que, destinada a atender a intervenção da União no domínio econômico (Constituição, art. 21, § 2º, I; e art. 163, parágrafo único), só poderia ter sido instituída após a edição de lei interventiva, aprovada pelo Congresso Nacional, como exigido pelo artigo 163, caput, da Carta Magna. A outra posição doutrinária está apoiada no voto do insigne Ministro Moacir Catunda. Argumenta que a contribuição para o FINSOCIAL substancia imposto e, como tal, está sujeita ao princípio da anterioridade, só podendo, por isso, ser exigida no exercício seguinte ao da promulgação da lei que a instituir (Constituição, art. 153, § 29). Finalmente, terceira corrente, chefiada pelo ilustre Ministro Washington Bolívar de Brito, concluiu pela constitucionalidade daquela contribuição.

Ao primeiro exame da matéria, afigurou-se-me que, dentre as hipóteses previstas no § 2º do art. 21 da Constituição, mencionado no preâmbulo do Decreto-Lei nº 1.940, de 25-5-82, só poderia incluir-se a contribuição para o FINSOCIAL dentre aquelas destinadas a custear a intervenção da União no domínio econômico. Com efeito, é óbvio que não se destina a atender a interesses de categorias profissionais (contribuições sindicais), nem à parte da União no custeio da previdência social. A partir de tal raciocínio, por exclusão, a contribuição em exame teria de correlacionar-se com a intervenção no domínio econômico. E, com base nessa premissa, seria inconstitucio-

nal, à falta de lei interventiva, aprovada pelo Poder Legislativo, como o exige o art. 163 da Constituição.

Contudo, aprofundando o estudo do tema, especialmente à vista dos excelentes subsídios trazidos pelos votos, até aqui proferidos, consegui solucionar importante indagativa com que me deparei: será que a contribuição para o FINSOCIAL destina-se a atender ao custeio da intervenção da União no domínio econômico?

Penso que não. E convincente resposta a essa pergunta, foi-me veiculada, hoje, no douto voto do emérito Professor de Direito Tributário, Ministro Sebastião Reis, que após trazer importantes elementos doutrinários sobre o assunto, disse, cotejando o art. 1º e parágrafos do Decreto-Lei nº 1.940/82 com o art. 163 da Constituição:

«Como se infere da transcrição, o diploma normativo em foco, no que interessa ao ponto ora em debate, restringe-se a criar recursos para investimento de caráter assistencial, nas áreas que indica, não pretendendo disciplinar a iniciativa privada, nos setores mencionados, nem fixar limites de sua intervenção, para assegurar o cumprimento dos objetivos do art. 160 anterior, não comportando a sua ligação amplamente indeterminada a sua qualificação técnica de instrumento regulador da atividade econômica; outrossim, os setores em que os investimentos — despesas públicas — vão atuar não são reservados à iniciativa privada, tais como saúde, educação, amparo, sobretudo, numa perspectiva meramente assistencial».

Esclarecido esse ponto crucial da controvérsia, o que resta fazer é desprezar a roupagem formal da norma e deter-se na sua substância, em face do fato-tipo nela descrito, segundo assinalou o Ministro Sebastião Reis.

E, assim procedendo, cheguei, também à conclusão, baseado no excelente estudo feito sobre a matéria pelo Dr. Hamilton Dias de Sousa, de que a contribuição para o FINSOCIAL consubstancia dois impostos, um novo, abrangido pela competência residual da União (Constituição, art. 18, § 5º, e 21, § 1º), incidente sobre a receita bruta, e outro, enquadrável como adicional ao imposto de renda (Direito Tributário Atual, vol. 1, Editora Resenha Tributária, São Paulo, 1982, págs. 109/112).

Diante de tal entendimento, resulta que, em face do princípio da anterioridade da lei tributária, não podiam aqueles impostos ser cobrados no exercício de 1982.

Decorre, ainda, dessa orientação que, vedando a Constituição «a vinculação do produto da arrecadação de qualquer tributo a determinado órgão, fundo ou despesa» (art. 62, § 2º), o art. 4º, inciso I, do Decreto-Lei nº 1.940/82, não encontra respaldo constitucional. Tal questão, contudo, não interfere, diretamente, na apreciação desta segurança.

Com essas breves considerações e com a vênha devida aos que pensam de modo diverso, incluo-me na linha de raciocínio sustentada pelo eminente Ministro Moacir Catunda e aprofundada, com valiosos argumentos, pelos ilustrados Ministros Torreão Braz e Sebastião Reis. Nessas condições, concedo, em parte, a segurança para livrar as impetrantes do pagamento da contribuição para o FINSOCIAL, no tocante aos fatos geradores ocorridos no exercício de 1982.

#### VOTO

**O Sr. Ministro Jesus Costa Lima:** Senhor Presidente, julgamento que prossegue nesta assentada teve início na sessão plenária de 11-11-82, com voto do decano da Corte, o emi-

nente Ministro Armando Rollemberg, concedendo o mandamus.

Seguiram-se diversos pedidos de vista, a partir do eminente Ministro Moacir Catunda, que veio a concluir tratar-se o chamado FINSOCIAL de genuíno imposto, concedendo, em parte, o «writ», a fim de anular a cobrança durante o exercício de 1982.

Apresento escusas aos outros não menos eminentes Colegas que, em eruditos votos, seqüenciaram o julgamento, de não nomeá-los e nem sinalar o que concluíram, pois acabam de ser rememorados pelos eminentes Ministros Sebastião Reis e Antônio de Pádua Ribeiro.

Vejo no fato, ainda uma vez, o cuidado, o zelo, o senso de responsabilidade com que se portam os Ministros desta Casa que, crescendo em número de seus pares, não se arreou de suas altas finalidades, mantendo-se fiel à sua gloriosa tradição.

Peço vênha para concluir com os eminentes Ministros Washington Bolívar e Miguel Jerônimo Ferrante, denegando a segurança ao entender que, no caso, não se trata de tributo, porém de contribuição que se destina ao custeio de programas vitais para a população brasileira, mormente os assalariados, hoje tão atormentados com o que comer, o vestir, o habitar, o transporte e a saúde.

O «Jornal do Brasil», que circulou hoje, registra:

«Para pouco mais da metade dos brasileiros (51%) o salário, ou ganhos mensais, acaba antes do final do mês, ou seja, não é suficiente para cobrir todas as despesas. Para um quarto da população, o dinheiro chega exato até o final do mês, sem sobrar nada, o que ocorre apenas com os 25% restantes. Os percentuais levam à conclusão de que três em cada quatro brasi-

leiros (75%) não têm condições de poupar».

Daí porque entendo tratar-se de contribuição de finalidade de assistência social, dever do Estado e contribuição da comunidade nacional para o bem comum.

A propósito, lembro lições encontradas em Mozart Victor Russomano (Comentário à Consolidação das Leis da Previdência Social — 2ª ed. — RT, pág. 18/19 e 20):

«O mundo contemporâneo abandonou, há muito, os antigos conceitos da Justiça Comutativa, pois as novas realidades sociais e econômicas, ao longo da História, mostraram que não basta dar a cada um o que é seu para que a sociedade seja justa. Na verdade, algumas vezes, é dando a cada um o que não é seu que se engrandece a condição humana e que se redime a injustiça dos grandes abismos sociais.

Não é exato que, no mundo atual, tenhamos direito, apenas, ao que nos pertence. Há necessidades profundas, que precisam ser satisfeitas em nome da dignidade do homem, em função das quais a comunidade e o nosso próximo podem ser compelidos a abrir mão de seus privilégios e, até mesmo, de seus próprios bens.

Se organizássemos o Estado moderno segundo os modelos e as formas da legislação de Justiniano, ele existiria em proveito das minorias, que retêm as vantagens tradicionais e o poder, e, não, como ocorre nos Estados substancialmente democráticos, em função das grandes maiorias, que formam os tecidos mais importantes da sociedade contemporânea.

A organização justa da comunidade, cada vez mais, parece depender do desenvolvimento econômico, cultural e moral, ou seja, de

um desenvolvimento globalista que serve ao homem, como homem e como trabalhador, através de critérios equânimes de melhor distribuição das riquezas nacionais, de oportunidades idênticas para todos e de participação geral nos deslumbramentos e no conforto da civilização.

Não pode haver comunidade justa enquanto perdurarem a miséria popular e o subdesenvolvimento, sem que as necessidades mínimas do povo e do homem possam ser satisfeitas. Mas, quando puderem ser satisfeitas tais necessidades e não o forem, a sociedade não será justa e será imoral.

A sociedade justa — escreveu Mário de La Cueva — é, em última análise, aquela que incorpora em si, em níveis honrosos e honrados, a larga parcela dos trabalhadores que a compõem (Derecho Mexicano del Trabajo, 1º vol., pág. 12, 1943).

Em nome desses princípios e desses sentimentos, sobretudo com o advento da economia industrial, procurou-se criar um sistema nacional de assistência aos necessitados.

Em princípio, todos somos necessitados. Carecemos — através dos anos — de assistência física, econômica, moral e educativa.

Mas, em determinadas situações especialíssimas, por motivos eventuais ou insuficiências de natureza pessoal, essa assistência se torna agudamente indispensável para livrar o homem de seus males físicos, para adaptá-lo ao exercício útil da profissão e, inclusive, para ajudar o desempregado a obter novo emprego.

.....

O liberalismo político, ao contrário do liberalismo econômico, nunca esqueceu os direitos inalienáveis

veis do povo, e, inclusive o dever do Estado de defender esses direitos populares. O art. 21 da Declaração dos Direitos do Homem, por isso mesmo, definiu como dívida sagrada do Estado os socorros públicos em geral, afirmando que a sociedade deve ao cidadão apto para o trabalho a garantia do emprego e, bem assim, deve a subsistência àquele que não esteja em condições de exercer nenhum ofício.

Da idéia de assistência passou-se à idéia de previdência social. A distinção foi traçada, entre nós, dizendo-se que, na primeira, tem-se como preocupação imediata a pessoa do trabalhador, enquanto a previdência social cuida do futuro de quem vive à custa da profissão e procura, inclusive, proteger a sua família (Alonso Caldas Brandão — op. cit., págs. 5 e 6; Moacyr Velloso Cardoso de Oliveira — Noções de Legislação de Previdência e do Trabalho, pág. 7-1937).

A tendência atual da doutrina não é, precisamente, a exposta pelos autores brasileiros. A Assistência Social — devida, indiscriminadamente, a qualquer pessoa necessitada — pressupõe o fato da necessidade insatisfeita e, sem qualquer consideração quanto à situação profissional da pessoa, procura dar-lhe amparo e recursos para sobreviver».

O momento difícil que atravessa o país envolve de modo muito mais forte, sem dúvida, aqueles irmãos nossos que menos ganham ou nada ganham. A contribuição do FINSOCIAL foi instituída como forma de intervenção no domínio econômico precisamente visando a custear serviços e encargos de assistência e de previdência social. Portanto, de evidente natureza extrafiscal, pelo que se extrai do disposto no art. 43, X, c/c o art. 21, § 2º, I, da Constituição.

Com essas breves considerações, denego a ordem, rendendo minhas homenagens aos ilustres Colegas que entendem diversamente.

#### VOTO

O Sr. Ministro Jarbas Nobre (Presidente): Não posso compreender como possível aceitar discussão sobre o FINSOCIAL em processo de mandado de segurança, quando é certo que aqui não existe sequer ato coator concreto da autoridade impetrada, mas mero ato administrativo de natureza normativa.

O que a impetrante na verdade pretende é provocar declaração judicial por vias transversas, o que é inadmissível.

Recordo que há dias atrás o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o pedido de segurança relativo a reajuste salarial, dele não conheceu por atacar lei em tese.

Como Presidente, por força de disposição Regimental, só posso votar sobre matéria constitucional.

Se há tanto não fosse impedido, julgaria a impetrante carecedora da ação.

Passo a examinar o mérito do pedido.

Com o alegado objetivo de custear investimentos de caráter assistencial em alimentação, habitação popular, saúde, educação e amparo ao pequeno agricultor, foi baixado o Decreto-Lei nº 1.940, de 25 de maio de 1982, que instituiu contribuição social incidente sobre a receita bruta das empresas que realizem vendas de mercadorias ou de serviços.

Para o Fisco, esse gravame denominado Fundo de Investimento Social, ou simplesmente FINSOCIAL, é contribuição social.

A impetrante sustenta que aqui se trata de um novo imposto.

Está no artigo 4º do CTN que a «natureza jurídica específica do tributo é determinada pelo fato gerador da respectiva obrigação, sendo irrelevantes para qualificá-lo: «I — a denominação e demais características adotadas pela lei; II — a destinação legal do produto da sua arrecadação.»

Sabido que tributos são os impostos, as taxas e as contribuições, procuremos definir estas últimas.

No ensinamento de Rubens Gomes de Souza, elas são os tributos que não são especificamente impostos ou taxas.

Nesse sentido é também o ensinamento de Alfredo Augusto Decker («Teoria Geral do Direito Tributário», página 346), para quem «no plano jurídico, todo e qualquer tributo pertencerá a uma destas duas categorias: imposto ou taxa».

A propósito, cita Berliri quando sustenta que «ainda que o tributo especial tenha uma disciplina jurídica diversa daquela dos outros impostos, isto não quer dizer que se deva contrapô-lo com um *tertium genus* diante da taxa e do imposto».

O FINSOCIAL não é contribuição. E se o fosse, nem por isto teria deixado de ser tributo ao qual é ausente inclusive a definição do respectivo fato gerador, requisito indispensável, pena de não poder haver a sua cobrança, na advertência de Amílcar de Araújo Falcão em sua obra clássica «Fato Gerador da Obrigação Tributária».

Sob tal enfoque, o Decreto-Lei nº 1.940 agride o princípio constitucional da legalidade ou da reserva legal.

Alega-se que o FINSOCIAL constitui um tipo especial de tributo, cuja instituição estaria dentro da competência residual prevista no artigo 21, § 1º, da Constituição.

Leio o texto:

«A União poderá instituir outros impostos além dos mencionados nos itens anteriores, desde que não tenham fato gerador ou base de cálculo idênticos aos previstos nos arts. 21 e 24.»

No caso presente, o simples enunciado de sua incidência deixa claro que a base de cálculo do FINSOCIAL é coincidente com o ICM e com o imposto sobre serviços.

Tem mais.

A receita do FINSOCIAL está vinculada ao custeio da alimentação, habitação popular, saúde, educação e amparo ao pequeno agricultor.

Tal destinação não é admitida pelo artigo 62, § 2º da Constituição.

Segundo o texto, *verbis*,

«é vedada a vinculação do produto da arrecadação de qualquer tributo a determinado órgão, fundo ou despesa».

O decreto-lei que criou o FINSOCIAL não respeitou o princípio da anterioridade, visto como sua exigência foi determinada para o mesmo exercício financeiro em que foi instituído.

Isto contraria o artigo 153, § 29, da Constituição.

Nem se diga que a contribuição em causa tem finalidade extrafiscal.

Para fulminar o argumento, trago à colocação o sempre lembrado Alomar Baleeiro, ao asseverar que doutrinária e tecnicamente, a contribuição parafiscal «é imposto com aplicação especial...» e como tal não escapa aos princípios da legalidade e da anualidade.

Pelas razões expostas, tenho como inconstitucional a cobrança do FINSOCIAL, inclusive no exercício de 1982.

## EXTRATO DA MINUTA

MS nº 97.775-DF — Rel.: O Sr. Min. Armando Rollemberg. Relator p/o Acórdão: O Sr. Min. Moacir Catunda. Reqtes.: Cobesca Manchester Atacadista de Produtos Farmacêuticos S.A. e outras. Reqdo.: O Sr. Ministro de Estado da Fazenda.

Decisão: O Tribunal, por maioria, concedeu em parte o mandado de segurança para julgar inconstitucional a cobrança do tributo no exercício da sua instituição, vencidos em parte os Srs. Ministros Armando Rollemberg, Carlos Mário Velloso, Bueno de Souza e Jarbas Nobre que julgavam inconstitucional o Decreto-Lei nº 1.940/82 e, vencidos, integral-

mente, os Srs. Ministros Washington Bolívar, Miguel Ferrante, Costa Lima e Leitão Krieger que indeferiram o mandado de segurança. (Tribunal Pleno, em 9-6-83).

Votaram com o Sr. Ministro Moacir Catunda os Srs. Ministros José Dantas, Carlos Madeira, Gueiros Leite, Torreão Braz, Otto Rocha, William Patterson, Sebastião Reis, José Cândido, Pedro Acioli, Antônio de Pádua Ribeiro e Wilson Gonçalves. Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Lauro Leitão, Flaquer Scartezzini, Geraldo Sobral, Hélio Pinheiro, Adhemar Raymundo e Américo Luz. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Jarbas Nobre.

## APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 98.294 — MG

Relator: O Sr. Ministro Hélio Pinheiro

Remetente: Juízo Federal da 5ª Vara

Apelante: Conselho Nacional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia da 4ª Região

Apelado: Humberto Pimenta Soares Filho

## EMENTA

Administrativo. Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia — CREA. Lei nº 5.194/66 e Resolução nº 247, de 16-4-77.

I — Não pode a norma regulamentar sobrepor-se à lei de modo a estabelecer restrições por esta não previstas quanto à responsabilidade técnica de profissional para limitá-la a uma só pessoa jurídica, além da firma individual do profissional.

II — Restrição que ofende o princípio do livre exercício do trabalho, ofício ou profissão assegurado pelo art. 153, § 23, da Constituição Federal, e cujas condições de capacidade só a lei pode estabelecer, ocorrendo que a restrição de que cogita o art. 13 da Resolução nº 247 do CONFEA não encontra respaldo em preceitos da Lei nº 5.194/66, que dispõe sobre o exercício das profissões de engenheiro, arquiteto e agrônomo.

III — Precedentes do TFR (AMS 89.513; AMS 89.159; AMS 77.239; AMS 76.189; AMS 80.599).

IV — Apelação a que se nega provimento.

## 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, 10 de fevereiro de 1984 (Data do julgamento) — Ministro Carlos Madeira, Presidente — Ministro Hélio Pinheiro, Relator.

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hélio Pinheiro: O ilustre Juiz Federal da 5ª Vara, Seção Judiciária de Minas Gerais, Dr. Plauto Afonso da Silva Ribeiro, assim relatou a espécie dos autos:

«Humberto Pimenta Soares Filho, brasileiro, casado, engenheiro agrônomo, residente e domiciliado na cidade de Lavras-MG, com fundamento na Constituição Federal e na Lei nº 1.533, de 31-12-1951, impetra mandado de segurança contra ato do Presidente do Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia do Estado de Minas Gerais, alegando que

«Foi contratado pela Empresa Baiuru S.A. para prestar serviços profissionais de sua especialidade à contratante, como responsável técnico dessa Empresa perante o Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia, ora impetrado. A contratante retramencionada requereu ao CREA o seu registro e indicou o nome do impetrante como seu técnico responsável, mas a indicação foi impugnada e denegado o registro, «tendo em vista que o responsável técnico indicado já se responsabiliza por outra em-

presa, contrariando, assim, o disposto no artigo 13 da Resolução nº 247, do CONFEA». A «outra empresa» por que já se responsabilizou o impetrante é a Fayal Sociedade Anônima, que pertence ao mesmo grupo econômico da Empresa Baiuru S.A. Inconformada, a contratante Empresa Rural Baiuru recorreu do ato denegatório para o Plenário de Conselho e foi confirmada a decisão que indeferiu a anotação do nome do impetrante, porque não foi «comprovada a excepcionalidade prevista no parágrafo único do artigo 13 da Resolução nº 247, do CONFEA» (cf. inicial de fls. 02/03).

Assim, citando o artigo 13 e seu parágrafo único, da Resolução nº 247, do CONFEA, diz que satisfaz as exigências do mencionado parágrafo, sendo, portanto, excepcional o seu caso, pelo que, denegada a sua inscrição, a autoridade impetrada feriu direito seu, líquido e certo, já que «a hipótese excepcional prevista na Resolução corresponde à situação do requerente».

Pede, por isso, a concessão da liminar, para suspensão do ato impugnado, sendo, ao final, deferida a segurança.

A inicial veio acompanhada com a procuração de fl. 6 e com os documentos de fls. 7/15.

A medida liminar foi indeferida à fl. 18 e a autoridade apontada como coatora foi notificada (fl. 20), prestando as informações de fls. 22/30, onde sustenta que o pedido de anotação do impetrante, como responsável técnico da empresa Baiuru S.A., foi denegado pela Câmara Especializada de Agronomia, em virtude do mesmo já ser responsável técnico da firma Fayal Sociedade Anônima, e por não ser permitido, de acordo com o artigo 13, da Resolução nº 247, do Conse-

lho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia, que um profissional, engenheiro, arquiteto ou agrônomo, seja responsável técnico por mais de uma empresa.

Assim, citando, na íntegra, decisões de ilustres juizes federais, sustenta que não ofendeu direito líquido e certo do impetrante, porque a Resolução n° 247, acima mencionada, não contraria a Lei n° 5.194, de 1966, nem a Constituição Federal, pelo que o Conselho, indeferindo o registro do impetrante, agiu com isenção e lisura.

O Ministério Público Federal foi ouvido (fl. 31), manifestando-se às fls. 32/34, pelo acolhimento do pedido» (Fls. 36/37).

Deferiu S. Exa. a segurança por entender que o ato impugnado se apresentava desprovido de fundamentação, devendo por isso mesmo ser anulado. A autoridade coatora que voltasse a apreciar o pedido do impetrante, deferindo-o ou não, mas fundamentando a sua decisão, enfatiza o douto prolator da sentença concessiva da segurança, que a fez submeter ao duplo grau de jurisdição (fl. 39).

Tempestivamente apelou o Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia da 4ª Região, sustentando que a sentença que lhe fora adversa não podia prevalecer por ser fruto de equívoco, pois ao contrário do que nela entendido pelo seu douto prolator apreciado fora, fundamentalmente, o mérito da questão que lhe fora proposta pelo impetrante.

Ocorreu tão-só que:

«Impetrante e impetrado olvidaram-se, seja no pedido vestibular, seja no momento processual de prestar informações ao Juízo requerido, de instruírem o processo com a decisão administrativa proferida, a nível de Plenário, pelo Conselho requerido».

Transcreveu, então, o apelante, nas razões do apelo a decisão administrativa referida na inicial, após fazê-lo realçando que:

«... a decisão de que se recorre não poderia realmente adentrar o mérito da segurança, já que as partes, por omissão, deixaram de levar a conhecimento da digna autoridade judiciária a decisão suso transcrita».

E concluindo:

«Assim sendo, e penitenciando-se pela falha cometida, está este Conselho convicto de que essa Eg. Corte dará provimento ao recurso, a fim de que, denegada a via peregrina, profira o eminente e judicioso magistrado de 1º grau nova sentença» (fls. 43/46).

As razões do apelo encontram-se instruídas com documentos constantes de fls. 47/50.

Pelo improvimento do apelo manifestou-se o impetrado nas contra-razões de fls. 52/53, como também, no mesmo sentido, nesta Instância, a douta Subprocuradoria em parecer do ilustre Subprocurador-Geral da República, Dr. Aristides Junqueira Alvarenga (fl. 57).

É o relatório.

#### VOTO

O Sr. Ministro Hélio Pinheiro (Relator): Nas razões com que manifestada a sua irrisignação diz o apelante que o mérito da questão objeto do pedido não pôde ser examinado porque tanto ele quanto o apelado deixaram de trazer para os autos a decisão administrativa proferida a nível de Plenário, pelo Conselho requerido.

Transcreve, então, a referida decisão para demonstrar que o ato administrativo objeto da impetração fora fundamentado, e em tais circunstâncias dever-se-ia dar provimento à apelação para que, retornando os au-

tos ao primeiro grau de jurisdição, pudesse o Juiz monocrático, em nova sentença, decidir se o censurado entendimento do Conselho violara ou não direito líquido e certo do impetrante.

Tal pretensão se apresenta, porém, de todo desmerecedora de acolhida.

Ao ora apelante cumpria, no momento próprio, ter instruído as informações que prestou com os elementos necessários à apreciação, pelo Juiz, da legitimidade do ato que praticara e era objeto do pedido de segurança a apontá-lo como violador de direito líquido e certo do impetrante.

Se naquela oportunidade, ou mesmo antes da sentença, se omitiu de fazê-lo, não tem como censurar a decisão que lhe foi adversa, pois nela o seu douto prolator, com propriedade, decidiu de acordo com os elementos pelas partes proporcionados.

De qualquer sorte, mesmo que a autoridade impetrada tivesse apresentado, oportuno tempore, a citada decisão, tanto não lhe aproveitaria, é que, como reiteradamente decidido por este Egrégio Tribunal, ilegítima se apresenta a restrição contida no art. 13 da Resolução nº 247/77 do CONFEA, por atentatória ao princípio do livre exercício do trabalho isso por que, sem respaldo em lei, limita a responsabilidade técnica do profissional a uma só pessoa jurídica, além de sua firma individual.

A citada norma não só foi além do que previsto pela Lei nº 5.194/66 que, em seu art. 6º, nenhuma limitação estabelece ao pleno exercício da profissão de engenheiro agrônomo, nem delega aos Conselhos Regionais competência para instituí-las, mas tão-só para fiscalizar o seu regular exercício, como também ofende o princípio consagrado no art. 153, § 23 da Lei Fundamental, que só admite

sejam as condições de capacidade profissional disciplinadas por lei.

Sobre a apreciação da matéria vale, por oportuno, citar decisão proferida no julgamento da AMS nº 76.189-MG, de que foi relator o ilustre Ministro Peçanha Martins, e cujo acórdão tem a seguinte ementa:

«O engenheiro não está impedido de responsabilizar-se, tecnicamente, por duas ou mais pessoas jurídicas. Inconsistência da Resolução nº 214 do Conselho Regional de Engenharia da 4ª Região» (Rev. TFR 50/173).

No mesmo sentido decisão proferida no julgamento da AMS nº 89.513-MG, de que foi Relator o insigne Ministro Otto Rocha, estando o acórdão assim ementado:

«CREA — Responsabilidade — Limitação.

É ilegítima a restrição contida nas Resoluções do Conselho Regional de Engenharia e Arquitetura (CREA), no que respeita à atividade profissional, ao limitar a responsabilidade técnica a uma única pessoa jurídica, além da firma individual do profissional.

Tal restrição constitui ofensa ao princípio constitucional do livre exercício da profissão (CF, art. 153 § 23) e não é prevista na Lei nº 5.194/66, que regula o exercício das profissões de engenheiro, arquiteto e agrônomo.

Precedentes deste Tribunal.

Apelo improvido».

Também na AMS nº 89.159-MG, Relator o preclaro Ministro Washington Bolívar de Brito, verbis:

«Administrativo — Conselho Regional de Engenharia e Arquitetura (CREA) — Registro — Lei nº 5.194/66 — Resolução nº 247.

1) Norma regulamentar não pode ultrapassar o texto legal e os li-

mites de sua competência, atingindo o livre exercício profissional.

2) Precedentes do TFR.

3) Apelo improvido».

No mesmo sentido decisões proferidas no julgamento do AMS nº 77.239, Relator o eminente Ministro Jarbas Nobre, in DJ 23-9-76, pág. 8.244 e AMS nº 80.599, Relator o ilustre Ministro William Patterson.

Por tais fundamentos e entendendo desmerecedoras de acolhimento as razões do apelo interposto pela autoridade impetrada, nego-lhe provimento.

É como voto.

#### EXTRATO DA MINUTA

AMS nº 98.294-MG — Rel.: O Sr. Ministro Hélio Pinheiro — Apte.: CREA — Apdo.: Humberto Pimenta Soares Filho. Remte.: Juízo Federal da 5ª Vara.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação. (Em 10-2-84 — 3ª Turma).

Votaram com o Relator os Srs. Mins. Carlos Madeira e Adhemar Raymundo. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Carlos Madeira.

#### APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 98.657 — SP

Relator: O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro

Remetente: Juízo Federal da 6ª Vara — SP

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

Apeladas: All Latex Indústria de Artigos Esportivos Limitada e outros

#### EMENTA

Tributário. Denúncia espontânea. Aplicação do artigo 138 do CTN e do art. 9º, § 6º, da Lei nº 6.830/80.

I — Se o contribuinte quer pagar apenas aquilo que se lhe afigura devido, não incide a regra do art. 138 do CTN.

II — A espontaneidade da confissão pressupõe a inexistência de início de qualquer procedimento administrativo ou medida de fiscalização.

III — O art. 9º, § 6º, da Lei nº 6.830/80, só é aplicável às execuções fiscais.

IV — Precedentes do TFR.

V — Apelação provida. Segurança cassada.

#### ACÓRDÃO

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

Decide a 4ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, dar provimento ao apelo e cassar a

segurança, na forma do relatório e notas taquigráficas anexas, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 18 de abril de 1983 (Data do julgamento) — Ministro Carlos

**Táριο Velloso, Presidente — Minis-  
ro Antônio de Pádua Ribeiro, Rela-  
tor.**

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro: All Latex Indústria de Artigos Esportivos e outras impetram segurança contra o Superintendente do IAPAS, objetivando o recolhimento de contribuições previdenciárias, cujo débito confessaram para fins de parcelamento, com a exclusão da correção monetária. Invocam em seu favor o artigo 138 do CTN e o artigo 9º, § 6º, da Lei nº 6.830, de 22-9-80.

Apreciando a controvérsia, o MM. Juiz Federal a quo concedeu a segurança e remeteu os autos a esta Corte (fls. 114/117).

Apelou o IAPAS (fls. 119/123). Pe-  
de a reforma da sentença, a fim de  
ser cassada a segurança.

Contra-arrazoado o recurso (fls. 123/128), subiram os autos e, neste Tribunal, manifestou-se a douda Subprocuradoria-Geral da República pela reforma da sentença, para que o remédio heróico seja denegado (fls. 132/136).

É o relatório.

### VOTO

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro (Relator): Entendo que as contribuições previdenciárias têm a natureza tributária, sendo-lhes, pois, aplicável a denúncia espontânea, prevista no art. 138 do CTN. Assim, votei, como Relator, dentre outros casos, nas AMS nºs 85.153-SP (Ac DJ 8-10-81, pág. 10004) e 93.475-SP (Ac DJ 17-3-83, página 2870).

Contudo, a sentença remetida está em choque com precedentes desta Corte, segundo se depreende das ementas abaixo transcritas:

«Tributário. Pagamento de Parcela Incontroversa do Crédito.

Mandado de segurança. Requerido o «writ» para proteção do direito às benesses da «denúncia espontânea» mas bem recusado a esse título, inviável se torna a via mandamental para compelir a Fazenda ao recebimento de parcela do crédito, reputada incontroversa pelo contribuinte, com relevação, porém, da garantia do saldo devedor exigida pela lei de regência do direito admitido — Lei nº 6.830/80, art. 9º, § 6º». (AMS nº 96.476-RJ (4158423) — Rel.: Sr. Ministro José Fernandes Dantas — Julg. 25-8-82 — Publ. DJ de 16-9-82).

«Tributário.

A denúncia espontânea pressupõe a inexistência de início de qualquer procedimento administrativo ou medida de fiscalização, relacionados com a infração (CTN, art. 138, parágrafo único).

O pagamento de parcela da dívida há de efetivar-se nos próprios autos da cobrança judicial, garantida a satisfação do saldo devedor por um dos modos previstos no art. 9º, caput, da Lei nº 6.830/80.

Segurança cassada». (REO nº 97.228-SP-(4.056.400) — Rel.: Sr. Ministro Antônio Torreão Braz — Julgado 27-10-82 — Publ. no DJ 9-12-82).

No último precedente citado, o seu ilustre Relator, Ministro Antônio Torreão Braz, assim fundamentou o seu voto:

«A impetrante e suas litisconsortes pediram a segurança, a fim de compelir a autoridade fiscal a expedir as guias para recolhimento do débito confessado, acrescido unicamente dos juros da mora, sem prejuízo da discussão, em ação própria, de parcelas outras de que a Fazenda se julgue acaso credora.

A origem desse débito varia de postulante a postulante e diz respeito a Imposto sobre Produtos Industrializados, a Imposto sobre Transportes Rodoviários, a Imposto de Renda de Pessoa Jurídica e a Imposto de Renda na Fonte.

A pretensão está escudada no art. 138 do CTN e no art. 9º, § 6º, da Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980.

Ao contrário do que pareceu ao ilustre julgador monocrático, tenho que a hipótese sob exame não se enquadra na moldura das disposições legais invocadas.

A denúncia espontânea há de abranger a totalidade do tributo, não admitindo resíduo cuja apuração deva ficar a cargo da repartição fazendária. Se o contribuinte quer pagar apenas aquilo que se lhe afigura devido, não incide a regra do citado art. 138. Ademais, a espontaneidade da confissão, para o fim aqui visado, pressupõe a inexistência de início de qualquer procedimento administrativo ou medida de fiscalização, relacionados com a infração, a teor do parágrafo único do mesmo art. 138.

A autoridade informante assevera que, à data da denúncia, todos os débitos já eram objeto de processo de cobrança e se compunham de parcelas outras a cujo recolhimento as impetrantes estão obrigadas (fls. 231/248).

Essa só circunstância afasta a liquidez e certeza do direito pleiteado neste «writ».

De outra parte, como é óbvio, o art. 9º, § 6º, da Lei nº 6.830/80, só é aplicável às execuções fiscais em curso.

Destarte, o pagamento de parcela da dívida há de efetivar-se nos próprios autos da cobrança judicial, garantida a satisfação do saldo devedor por um dos modos previstos no caput do dispositivo.

Qualquer outra interpretação, data venia, será arbitrária e não condiz com a mens legis.

A respeitável decisão de primeiro grau, no meu sentir, subverteu os princípios e regras jurídicas que regem o sistema tributário, como bem anotou a doutra Subprocuradoria-Geral da República.

A tal conclusão chegaram, por igual, precedentes desta Eg. Turma (AMS nºs 95.328 e 96.476, Relator Ministro José Dantas).

Com essas considerações, conheço da remessa oficial para reformar a sentença remetida e cassar a segurança».

Os três fundamentos em que se baseou o transcrito voto para denegar a segurança são, a meu ver, irrepugnáveis:

a) Se o contribuinte quer pagar apenas aquilo que se lhe afigura devido, não incide a regra do art. 138 do CTN;

b) A espontaneidade da confissão pressupõe a inexistência de início de qualquer procedimento administrativo ou medida de fiscalização;

c) O art. 9º, § 6º, da Lei nº 6.830/80 só é aplicável às execuções fiscais.

Nesse sentido, votei, como Relator, na REO nº 96.674-SP, segundo se depreende da ementa que encima o julgado então proferido:

Tributário. Denúncia espontânea. Aplicação do art. 138 do CTN e do art. 9º, § 6º, da Lei nº 6.830/80.

I — Se o contribuinte quer pagar apenas aquilo que se lhe afigura devido, não incide a regra do art. 138 do CTN.

II — A espontaneidade da confissão pressupõe a inexistência de início de qualquer procedimento administrativo ou medida de fiscalização.

III — O art. 9º, § 6º, da Lei nº 6.830/80, só é aplicável às execuções fiscais.

IV — Precedentes do TFR.

V — Remessa oficial conhecida. Segurança cassada». (REO 96.674-SP (4.081.617) — Rel.: Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro — 4ª Turma — Julgado em 18-4-83 — Publ. DJ 26-5-83 — pág. 7.430).

À vista dos citados precedentes, dou provimento à apelação para reformar a sentença e cassar a segurança.

#### EXTRATO DA MINUTA

AMS nº 98.657-SP — Rel.: O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Re-

metente: Juízo Federal da 6ª Vara-SP. Apelante: Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social — IAPAS. Apeladas: All Latex Indústria de Artigos Esportivos Ltda. e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao apelo e casou a segurança. (Em 18-4-83 — 4ª Turma).

Os Srs. Ministros Miguel Jerônimo Ferrante e Carlos Mário Velloso votaram com o Relator. O Sr. Ministro Miguel Jerônimo Ferrante compareceu para compor *quorum* regimental. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Carlos Mário Velloso.

#### MANDADO DE SEGURANÇA Nº 99.230 — DF

Relator: O Sr. Ministro Armando Rollemberg

Requerente: Empresa Rápido Yguazu S.A. de Transportes Y Turismo

Requerido: O Sr. Ministro de Estado da Fazenda

#### EMENTA

«Ônibus transportador de mercadorias estrangeiras em situação irregular — Decretação da pena de perdimento pelo Ministro da Fazenda — A prova de que as mercadorias pertenciam a passageiro, e a desproporção entre seu valor e o do veículo tornam injustificável o ato — Mandado de segurança concedido».

#### ACÓRDÃO

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

Decide o Tribunal Federal de Recursos em Sessão Plena, por 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, 9 de junho de 1983 (Data do julgamento) — Por motivo de licença deixa o presente acórdão de

ser assinado pelo Ministro Presidente, Jarbas Nobre — Ministro Armando Rollemberg, Relator.

#### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Armando Rollemberg: Empresa Rápido Yguazu S.A. de Transportes Y Turismo, sediada na cidade de Assunção, Paraguai, e com filial na cidade de São Paulo, impetrou mandado de segurança contra despacho pelo qual o Sr. Ministro da Fazenda decretou o perdimento de ônibus de sua propriedade, apreendido em Foz do Iguaçu

ao fundamento de que transportava mercadoria desacompanhada de documentação.

Argumentou a propósito:

«A impetrante é vítima da ilegalidade pela autoridade apontada como coatora — o preclaro Exmo. Sr. Ministro da Fazenda — posto que, *in causa*, não se justifica a pena de perda do veículo de sua propriedade.

A apreensão do veículo, nos termos da legislação pertinente, só se justifica quando a mercadoria transportada pertencer ao proprietário daquele ou estiver sendo transportada com o seu conhecimento ou anuência. No caso vertente as mercadorias apreendidas compunham a «bagagem de um passageiro» que levado até a Receita Federal, por omissão ou por falta de interesse desta, chegou sequer a ser autuado ou identificado.

A sentença proferida na Ação de Restituição nº 1.168/79 com trânsito em julgado, não só determinou a restituição do veículo, como retirou da esfera administrativa o poder de decisão sobre a determinação do perdimento do mesmo, pois aquela sentença assim se pronunciou:

«Pelas razões esposadas, com o apoio do Ministério Público Federal, em deferir o pedido, em termos, a fim de autorizar a restituição do veículo, descrito na inicial, constituindo a suplicante, na pessoa de seu representante legal, como fiel depositário, até ulterior deliberação judicial, quando do processo criminal respectivo». (doc. 9). Note-se a clareza meridiana da sentença, que determinou a restituição do veículo, condicionando-o e vinculando-o ao eventual resultado do procedimento criminal.

A não-instauração do procedimento criminal, *ex vi* da certidão

inclusa (doc. 8) que manifesta a situação em que se encontra o Inquérito Policial nº 115/79 da DDF-FI, é mais uma prova manifesta da ilegalidade da medida determinada pelo Exmo. Sr. Ministro da Fazenda. Pode-se argumentar que não seguindo a ação penal, conclui-se pela inexistência da ação típica que permitiria à Justiça, «não ao ministro» se o veículo que transportava o passageiro que se fazia acompanhar de mercadorias de procedência estrangeira órfãs de documentação legal, deveria ou não responder por infrações aos dispositivos enunciados na decisão ministerial.

Cumprindo finalmente ressaltar que a suplicada, nenhum contrabando fez, de nenhum crime foi acusada, arquivado o inquérito instaurado contra seus empregados, por não lhe poder a autoridade imputar-lhe o crime de contrabando ou desca-minho, impõe-se a liberação do veículo que nenhuma relação subjetiva tinha com o fato típico pelo qual foi apreendido.»

Distribuído que foi o processo ao Sr. Ministro José Dantas, S. Exa., concedeu a medida liminar para o «efeito de impedir a destinação do bem objeto da pena de perdimento», e determinou fossem solicitadas informações, prestadas com o encaminhamento de parecer da Procuradoria da Fazenda Nacional, onde foi afirmado:

«A impetrante omitiu, no seu petítório, a existência de idêntico pedido de segurança por ela ajuizado, perante a Vara da Justiça Federal, Seção do Estado do Paraná, também contra o fisco federal e pleiteando, igualmente, a restituição do veículo, sob os mesmos fundamentos que alinhou na atual petição (vide em anexo).

Esse pedido de «writ of mandamus» foi denegado em primeira

instância, e encontra-se, agora, em trâmite na mesma Egrégia Corte de Recurso, onde a 4ª Turma julgará o recurso interposto pela impetrante, que é a Apelação em Mandado de Segurança nº 88.904.

No seu R. decisório, o MM. Juiz ponderou que «incontestado está que o veículo foi apreendido quando servia ao transporte de mercadorias estrangeiras, desacompanhadas da documentação exigida para comprovar a regularidade de sua entrada no território brasileiro».

E, afinal, indeferiu a ordem, por estar «obnubilado o fumus boni juris, com a incerteza e liquidez do direito».

Vê-se, assim, que existe, sub judice, processo idêntico ao exercitado perante a Corte de Recursos, entre as mesmas partes e já com decisão de mérito, isto é, trazendo a exame as mesmas questões materiais nele suscitadas.

Há, pois, inegavelmente, litispendência entre o mandado de segurança, em grau de apelação, a ser julgado pela 4ª Turma daquela Corte, e o igual pedido formulado originalmente perante aquele Egrégio Tribunal.

Esta eventualidade, quando ocorre, conduz forçosamente à extinção do processo, sem julgamento do mérito, conforme dispõe o inciso V do art. 267 do Código de Processo Civil.

Confia-se, pois, que a Colenda Corte de Recursos declare extinto o processo, por ser posterior a pedido idêntico já formulado.

O ônibus, objeto da impetração, fazia linha regular de transporte de passageiros entre as cidades de Foz do Iguaçu, no Brasil, e Porto Presidente Stroessner, no Paraguai.

No dia seis de setembro de 1979, já cumprido o percurso Porto P. Stroessner — Foz do Iguaçu, o ônibus foi inspecionado pela fiscalização da Receita Federal, que encontrou, em seu compartimento de bagagem, vários volumes que continham mercadoria estrangeira, desacompanhada da respectiva documentação liberatória.

Não foi possível, todavia, relacionar os volumes encontrados com passageiros de ônibus, pois em nenhum deles estava colada etiqueta que, usualmente, permite ao passageiro coletar sua bagagem no final do percurso.

Havia, porém, escritos nos volumes, nomes e endereços de pessoas residentes em Curitiba, no Paraná.

Sabendo-se que a impetrante estende linhas até São Paulo, foi fácil deduzir que tratava-se de «encomendas» adquiridas pela impetrante para vender com um bom lucro aos interessados, à custa da Fazenda Pública.

Foi feita, então, a apreensão do veículo e mercadorias, e desencana-deu-se, em seqüência, o processo administrativo fiscal, que culminou pela perda do veículo».

Com vista dos autos a Subprocuradoria opinou pelo indeferimento da segurança ao fundamento de que a matéria de fato se apresentava controvertida, exigindo, para o seu esclarecimento, dilação probatória, o que afastava a possibilidade de reconhecimento de direito líquido e certo, e, portanto, da concessão do mandado de segurança requerido.

Considerando informações da secretaria no sentido de que dera entrada neste Tribunal e me fora distribuída apelação cível interposta de sentença que decidira mandado de segurança requerido na Primeira Instância contra a apreensão do veículo cuja perda fora decretada no ato ata-

cado na presente impetração, o Sr. Ministro José Dantas exarou despacho afirmando a existência de prevenção do Relator respectivo sendo-me o processo redistribuído.

E o relatório.

### VOTO

O Sr. Ministro Armando Rollemberg (Relator): Examinando-se as peças constantes dos autos do mandado de segurança sob apreciação e da Apelação em Mandado de Segurança nº 88.904, que se encontram em apenso, vê-se que, apreendido o veículo da Empresa Rápido Yguazu S.A. de Transportes Y Turismo no dia 6 de setembro de 1979 (fl. 22 do AMS); a 15 do mesmo mês requereu ela mandado de segurança contra tal apreensão, (fl. 2 do AMS) que foi indeferido por sentença dada de 18 de outubro seguinte, ao fundamento de que, tendo sido instaurado inquérito policial, o bem apreendido passara à disposição do juízo criminal, somente podendo ser liberado por este (fl. 54 do AMS).

Requereu a interessada então a liberação do veículo ao juiz do processo-crime, sendo o pedido deferido, em 22-1-79, em caráter provisório, até «deliberação judicial» no mesmo processo (fl. 19 do MS).

A 27 de fevereiro de 1980 o representante do Ministério Público que funcionava no processo-crime, requereu o arquivamento dos autos, pedido que foi deferido por sentença que transitou em julgado no dia 8-4-80 (fl. 18 dos autos do MS).

Tem-se, assim, que, o mandado de segurança que deu origem à apelação que neste Tribunal tomou o número 88.904, fora denegado ao fundamento de que a liberação do veículo somente poderia ser deferida pelo juízo criminal e se este a concedera dependendo de decisão finalmente favorável ao impetrante, ficou dito recurso prejudicado, pois desapare-

cera o ato atacado no mandado de segurança requerido na 1ª instância, isto é, a apreensão pelo inspetor da Receita Federal em Foz do Iguaçu.

Ocorreu, entretanto, que ao tempo em que tinha curso o processo criminal, tramitava processo administrativo, decidido o qual o Sr. Ministro da Fazenda, em 27 de julho de 1982, decretou a pena de perdimento do veículo (fl. 21 do MS), ato que foi atacado pelo mandado de segurança posto à nossa apreciação, requerido em 30 de novembro do mesmo ano.

Do escorço feito vê-se que, ao ser requerido o mandado de segurança a este Tribunal, o veículo do impetrante deixara de estar em seu poder livre e desembaraçado em razão apenas do ato ministerial o que torna o mandado de segurança cabível. Dele conheço, portanto.

Conhecido defiro-o, pois a mercadoria, 54 peças de renda e 3 (três) tapetes, foi encontrada, como declarado pelos fiscais apreensores em juízo, no compartimento de carga, em volumes envoltos em papel de embrulho, com endereços que mencionaram, e, ainda, que além do motorista e do cobrador, uma outra pessoa, que não conseguiram identificar, acompanhara o ônibus até a Receita Federal, pessoa que, motorista e cobrador afirmaram ser passageiro e proprietário da mercadoria. Essa circunstância, aliada ao requerimento de arquivamento do inquérito policial feito pelo Ministério Público, basta para a demonstração de que não tinha assento legal a decretação da pena de perdimento de veículo, de valor muito maior, além disso, que as mercadorias apreendidas.

Defiro, assim, a segurança para determinar a entrega do veículo objeto da decisão impugnada à sua proprietária. Quanto aos autos da AMS nº 88.904 deverão ser desapensados e remetidos à 4ª Turma para julgamento do recurso ali interposto.

## EXTRATO DA MINUTA

MS nº 99.230-DF — Rel.: Sr. Min. Armando Rollemberg. Reqte.: Empresa Rápido Iguazu S.A. de Transportes Y Turismo. Reqdo.: Exmo. Sr. Ministro de Estado da Fazenda.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, deferiu o mandado de segurança. (Em 9-6-83 — Tribunal Pleno).

Os Srs. Mins. Moacir Catunda, José Fernandes Dantas, Lauro Leitão, Carlos Madeira, Gueiros Leite, Was-

ington Bolívar, Torreão Braz, Carlos Mário Velloso, Otto Rocha, Wilson Gonçalves, William Patterson, Adhemar Raymundo, Bueno de Souza, Sebastião Reis, Miguel Ferrante, José Cândido, Pedro Acioli, Américo Luz, Antônio de Pádua Ribeiro, Flaqueur Scartezzini, Costa Lima, Leitão Krieger e Geraldo Sobral votaram com o Relator. Não participou do julgamento o Sr. Ministro Hélio Pinheiro. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Jarbas Nobre.

## MANDADO DE SEGURANÇA Nº 100.008 — DF

Relator: O Sr. Ministro Antônio Torreão Braz

Requerente: Concord SLR

Requerido: O Sr. Ministro de Estado da Fazenda

## EMENTA

Tributário.

Mandado de segurança.

Defeito de representação; prova cujo ônus cabe à parte adversa.

Litispendência não configurada, por falta da triplíce identidade de pessoas, de pedido e de causa de pedir.

Pena de perdimento de mercadoria.

Em matéria de trânsito oriundo de tratado internacional, só é cabível em dois casos: a) no trânsito irregular, isto é, quando o veículo não se serve das vias normais ao comércio internacional; b) no desvio da rota legal pelo veículo terrestre, sem motivo justificado, ainda que a mercadoria haja ingressado no Brasil por intermédio dos entrepostos estabelecidos (Decreto-Lei nº 37/66, art. 105, XVII).

Segurança concedida.

## ACÓRDÃO

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

Decide o Plenário do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, conceder o mandado de segurança, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que fi-

cam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 1 de setembro de 1983 (Data do julgamento) — Ministro José Fernandes Dantas, Presidente — Ministro Antônio Torreão Braz, Relator.

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Antônio Torreão Braz: Concord SLR, empresa estabelecida em Puerto Presidente Stroessner, República do Paraguai, requer mandado de segurança contra ato do Ministro de Estado da Fazenda que lhe aplicou a pena de perdimento de dois automóveis, sendo um marca «Chevrolet» e outro marca «Toyota», ambos fabricação de 1982.

Assevera que, com arrimo na legislação aduaneira vigente em seu país, e com passagem pelo território brasileiro, ex vi do Decreto nº 50.259-A, de 28-1-61, regulamentador dos convênios entre Brasil e Paraguai, importou dos Estados Unidos da América do Norte referidos veículos, juntamente com outras mercadorias.

A exportadora «Hilton Import Export Corp», porém, por um lapso, deixou de discriminar os dois veículos no conhecimento marítimo, lapso corrigido via de telex dirigido à aduana de Santos e ao administrador dos portos francos do Paraguai.

A despachante aduaneira, fundada no conhecimento marítimo que acompanhou a carga e sem conhecimento do erro cometido pelo exportador, pleiteou a passagem pelo território brasileiro do «container», sigla CTIU-499958-3, assinalando que o mesmo, transportado pelo vapor «Edita», chegou a Santos em 7-6-82, encerrava mercadorias diversas — sem mencionar, entretanto, os automóveis — em trânsito para o Paraguai, consignadas ao importador com endereço à Ruta Internacional — 7, Km. 10.5 — Zona Franca Internacional, ciudad Presidente Stroessner.

Logo em seguida, tomando ciência da falta praticada pelo exportador, a despachante requereu a sustação provisória de liberação de trânsito do «container». Por sua vez, a adua-

na paraguaia — Administracion Nacional de Navegacion y Puertos — informou haver corrigido o conhecimento marítimo e solicitou que a Receita Federal em Santos considerasse o documento, com vistas à liberação pretendida.

Cumprindo determinação aposta ao pedido de sustação de trânsito, os agentes fiscais lavraram auto de infração e apreensão que culminou com a inflição da malsinada pena de perdimento, com fulcro no art. 23, inciso IV, do Decreto-Lei nº 1.455/76, c/c o art. 105, inciso XII, do Decreto-Lei nº 37/66.

Argúi a ilegalidade do ato impugnado, uma vez que o livre trânsito das mercadorias estava assegurado pelos convênios assinados entre o Brasil e o Paraguai em 14-6-41 e 20-1-56, regulamentados pelo citado Decreto nº 50.259-A, de 1961.

Lembra que, em virtude dos acordos, o Porto de Santos é considerado território paraguaio, tanto que existe lá um representante diplomático do país vizinho, a par do «Entrepósito de Depósito Franco del Paraguay», dirigido por um delegado.

Pelo despacho de fl. 83, concedi a medida liminar, tão-somente para sustar a execução da decisão que aplicou a pena de perdimento.

A ilustre autoridade impetrada prestou as informações de estilo, nestes termos (fls. 88/92), (lê):

A douta Subprocuradoria-Geral da República, em parecer do Dr. João Leoni Taveira, aprovado pelo Dr. Geraldo Andrade Fonteles, opinou pelo não conhecimento da segurança e, se conhecida, pela sua denegação (fls. 95/98).

Na certidão de fl. 99 v., a Secretaria informa que o mandamus mencionado pela autoridade coatora se encontra neste Eg. Tribunal em grau

de apelação, sendo Relator o Ministro Miguel Jerônimo Ferrante.

É o relatório.

### VOTO PRELIMINAR

O Sr. Ministro Antônio Torreão Braz (Relator): A ilustrada Subprocuradoria-Geral da República argúi que a impetrante não faz prova da sua regular constituição; de outra parte, não há indicação de que a pessoa signatária da procuração ao advogado seja o seu representante legal. Ademais, haveria litispendência, por efeito do «writ» aludido nas informações, impondo-se, destarte, a extinção do processo sem julgamento do mérito.

Não me parece assistir razão ao douto órgão do Ministério Público.

O subscritor da petição inicial comparece a este Colendo Tribunal, dizendo-se advogado da postulante e exibindo o instrumento procuratório de fls. 14/16. Não posso duvidar da sua palavra, que merece crédito, em face mesmo do dever de lealdade e boa fé que a lei lhe impõe. A afirmação do causídico me basta, desde que acompanhada do instrumento de mandato, cabendo à parte adversa comprovar a irregularidade da apresentação.

Do mesmo passo, não se há de falar em litispendência, porque as lides não se identificam. Como observa Calmon de Passos («Com. ao Cód. de Proc. Civil», vol. II, págs. 259/260), «a identidade de objeto, para efeito de litispendência, deve ser apreciada sob duplo aspecto», isto é, sob o aspecto do pedido imediato e sob o aspecto do pedido mediato. Aqui, se os veículos constituem objeto do pedido mediato nos dois mandamus, o mesmo não ocorre com o pedido imediato, que tem por conteúdo, na causa primitiva, a desconstituição do auto de infração e, agora, a desconstituição da pena de

perdimento. Daí decorre, logicamente, a diversidade de sujeitos, eis que seria inadmissível igualar, mesmo juridicamente, a pessoa do funcionário que apreende a mercadoria e dá início à ação fiscal à do Ministro de Estado que profere a decisão final.

Rejeito as preliminares.

### VOTO MÉRITO

O Sr. Ministro Antônio Torreão Braz (Relator): Decorra de comisso ou de dano causado ao Erário, a pena de perdimento está sempre relacionada com exportação ou importação, ou seja, com a saída de mercadoria nacional ou nacionalizada e com a entrada de mercadoria estrangeira e sua incorporação à economia interna.

A sanção fiscal incide sempre que o responsável viole preceitos de controle aduaneiro, legalmente estabelecidos.

A punição é cabível no atinente às mercadorias em trânsito? Em princípio, não, porque o trânsito é a passagem inocente e não configura fato imponible do imposto de importação.

Por isso, estudiosos do assunto têm profligado o Título III, Capítulo II, do Decreto-Lei nº 37/66 (arts. 73 e 74), o qual conceitua o regime de trânsito como o de transporte de mercadorias com suspensão de tributos, o mesmo acontecendo de referência ao Decreto nº 79.804, de 13-6-77. É que, conforme anotam Ruy de Melo e Raul Reis («Manual do Imposto de Importação e Regime Cambial Correlato», 1970, RT, pág. 177), não há imposto sobre trânsito, de acordo com a noção de direito internacional, que não se confunde com a mera remoção de mercadorias de uma para outra parte do território nacional.

O ato impugnado teve assento no art. 23, inciso IV, do Decreto-Lei nº

1.455/76, c/c o art. 105, inciso XII, do prefalado Decreto-Lei nº 37/66, que dizem com a mercadoria estrangeira chegada ao país com falsa declaração de conteúdo.

Data venia, isto é um despautério. Excetuado o desvio da rota, as demais situações enfocadas no art. 23 do Decreto-Lei nº 1.455/76 e nos arts. 104, incisos I a VI, e 105, incisos I a XIX, do Decreto-Lei nº 37/66 não possuem vinculação alguma com o trânsito de mercadorias oriundo de tratado internacional, que se rege por normas específicas. O próprio Decreto nº 79.804/77 citado, que embaralhou conceitos, dispensando a mesma disciplina normativa ao trânsito e à remoção de mercadorias dentro do território brasileiro, não esqueceu essa particularidade e resalvou no art. 40, verbis:

«Art. 40. As disposições deste decreto só se aplicarão ao regime de trânsito aduaneiro objeto de acordos ou convênios internacionais, quando não contrariem os referidos acordos ou convênios, bem como sua respectiva regulamentação».

O Decreto nº 50.259-A, de 28-1-61, que regulamentou os convênios firmados a respeito entre o Brasil e a República do Paraguai, dispõe no art. 1º:

«Art. 1º De conformidade com o disposto nos Convênios assinados entre o Brasil e a República do Paraguai, em 14 de junho de 1941 e 20 de janeiro de 1956, ficam estabelecidos entrepostos de depósito franco em Santos e Paranaguá, para o recebimento, a armazenagem e a distribuição das mercadorias de procedência e origem paraguaia, bem como para o recebimento, a armazenagem e a expedição das mercadorias destinadas ao Paraguai. Essas mercadorias ficarão em regime aduaneiro livre, mas sujeitas ao pagamento das taxas

portuárias e alfandegárias devidas pela prestação de serviços».

Os demais dispositivos contêm regras concernentes à fiscalização das autoridades alfandegárias brasileiras, visando a evitar a incorporação dos bens, ou parte deles, à economia interna do país.

Resumindo, em matéria de trânsito, só em dois casos me parece lícita a pena de perdimento: a) no trânsito irregular, que ocorre quando o veículo não se serve das vias normais ao comércio internacional, isto é, dos entrepostos de depósito franco e do trajeto legalmente utilizado; b) no desvio da rota legal pelo veículo terrestre, sem motivo justificado, muito embora a mercadoria haja ingressado no território nacional por intermédio dos entrepostos estabelecidos, ex vi do disposto no art. 105, inciso XVII, do citado Decreto-Lei nº 37/66. Esse tratamento tem sua razão de ser, visto como os fatos mencionados autorizam a presunção de desvio de produtos estrangeiros para consumo interno, mediante fraude, caracterizando o descaminho ou o contrabando.

Fora dessas hipóteses, não vejo como admitir-se a penalidade administrativa, ainda que falhas possam ter lugar, mesmo graves, porquanto os bens se destinam à parte contratante importadora, sem prejuízos ao Erário e à economia do Brasil. Aqui cumpre aos agentes fazendários, no escopo de afastar a burla e cooperar na execução do convênio, acompanharem o veículo até a fronteira.

A vista das razões expostas que, segundo entendo, mostram a ilegalidade do ato increpado, concedo a segurança.

#### VOTO VISTA

O Sr. Ministro Carlos Mário Velloso: A espécie foi assim relatada pelo eminente Ministro Torreão Braz, Relator, na Sessão do dia 16-6-83:

«Concord SLR, empresa estabelecida em Puerto Presidente Stroessner, República do Paraguai, requer mandado de segurança contra ato do Ministro de Estado da Fazenda que lhe aplicou a pena de perdimento de dois automóveis, sendo um marca «Chevrolet» e outro marca «Toyota», ambos fabricação de 1982.

Assevera que, com arrimo na legislação aduaneira vigente em seu país, e com passagem pelo território brasileiro ex vi do Decreto nº 50.259-A, de 28-1-61, regulamentador dos convênios entre Brasil e Paraguai, importou dos Estados Unidos da América do Norte referidos veículos, juntamente com outras mercadorias.

A exportadora «Hilton Import Export Corp.», porém, por um lapso, deixou de discriminar os dois veículos no conhecimento marítimo, lapso corrigido via de telex dirigido à aduana de Santos e ao Administrador dos portos francos do Paraguai.

A despachante aduaneira, fundada no conhecimento marítimo que acompanhou a carga e sem conhecimento do erro cometido pelo exportador, pleiteou a passagem pelo território brasileiro do «container», sigla CTIU-499958-3, assinalando que o mesmo, transportado pelo vapor «Edita», chegou a Santos em 7-6-82, encerrava mercadorias diversas — sem mencionar, entretanto, os automóveis — em trânsito para o Paraguai, consignadas ao importador com endereço à Ruta Internacional — 7, Km 10.5 — Zona Franca Internacional, ciudad Presidente Stroessner.

Logo em seguida, tomando ciência da falta praticada pelo exportador, a despachante requereu a sustação provisória de liberação de trânsito do «container». Por sua vez, a aduana paraguaia — Admi-

nistracion Nacional de Navegacion y Puertos — informou haver corrigido o conhecimento marítimo e solicitou que a Receita Federal em Santos considerasse o documento, com vistas à liberação pretendida.

Cumprindo determinação aposta ao pedido de sustação de trânsito, os agentes fiscais lavraram auto de infração e apreensão que culminou com a inflicção da malsinada pena de perdimento, com fulcro no art. 23, inciso IV, do Decreto-Lei nº 1.455/76, c/c o art. 105, inciso XII, do Decreto-Lei nº 37/66.

Argúi a ilegalidade do ato impugnado, uma vez que o livre trânsito das mercadorias estava assegurado pelos convênios assinados entre o Brasil e o Paraguai em 14-6-41 e 20-1-56, regulamentados pelo citado Decreto nº 50.259-A, de 1961.

Lembra que, em virtude dos acordos, o Porto de Santos é considerado território paraguaio, tanto que existe lá um representante diplomático do país vizinho, a par do «Entrepósito de Depósito Franco Del Paraguay», dirigido por um delegado.

Pelo despacho de fl. 83, concedi a medida liminar, tão-somente para sustar a execução da decisão que aplicou a pena de perdimento.

A ilustre autoridade impetrada prestou as informações de estilo, nestes termos (fls. 88/92): (lê).

A douta Subprocuradoria-Geral da República, em parecer do Dr. João Leoni Taveira, aprovado pelo Dr. Geraldo Andrade Fonteles, opinou pelo não conhecimento da segurança e, se conhecida, pela sua denegação (fls. 95/98).

Na certidão de fl. 99 v., a Secretaria informa que o mandamus mencionado pela autoridade coatora se encontra neste Egrégio Tribunal em grau de apelação, sendo Relator o Ministro Miguel Jerônimo Ferrante».

Votou S. Exa., a seguir, rejeitando as preliminares argüidas e, no mérito, deferindo a segurança.

O voto do Sr. Ministro-Relator pode ser assim resumido: quanto ao defeito de representação, cumpria à parte que argüiu a preliminar o ônus da prova; referentemente à litispendência, esta não ocorre, no caso, por falta da triplíce identidade de pessoas, de pedido e de causa de pedir. No mérito, sustentou que a pena de perdimento de mercadoria «em matéria de trânsito, oriundo de tratado internacional, só é cabível em dois casos: a) no trânsito irregular, isto é, quando o veículo não se serve das vias normais ao comércio internacional; b) no desvio da rota legal pelo veículo terrestre, sem motivo justificado, ainda que a mercadoria haja ingressado no Brasil por intermédio dos entrepostos estabelecidos (Decreto-Lei nº 37/66, art. 105, XVII)».

Assim, o voto do eminente Ministro Torreão Braz:

«A ilustrada Subprocuradoria-Geral da República argüi que a impetrante não faz prova da sua regular constituição; de outra parte, não há indicação de que a pessoa signatária da procuração ao advogado seja o seu representante legal. Ademais, haveria litispendência, por efeito do «writ» aludido nas informações, impondo-se, destarte, a extinção do processo sem julgamento do mérito.

Não me parece assistir razão ao douto órgão do Ministério Público.

O subscritor da petição inicial comparece a este Colendo Tribunal, dizendo-se advogado da postulante e exibindo o instrumento procuratório de fls. 14/16. Não posso duvidar da sua palavra, que merece crédito, em face mesmo do dever de lealdade e boa fé que a lei lhe impõe. A afirmação do causídico me basta, desde que acompa-

nhada do instrumento de mandato, cabendo à parte adversa comprovar a irregularidade da representação.

Do mesmo passo, não se há de falar em litispendência, porque as lides não se identificam. Como observa Calmon de Passos «Com. ao Cód. de Proc. Civil», vol. II, págs. 259/260), «a identidade de objeto, para efeito de litispendência, deve ser apreciada sob duplo aspecto», isto é, sob o aspecto do pedido imediato e sob o aspecto do pedido mediato. Aqui, se os veículos constituem objeto do pedido mediato nos dois mandamus, o mesmo não ocorre com o pedido imediato, que tem por conteúdo, na causa primitiva, a desconstituição do auto de infração e, agora, a desconstituição da pena de perdimento. Daí decorre, logicamente, a diversidade de sujeitos, eis que seria inadmissível igualar, mesmo juridicamente, a pessoa do funcionário que apreende a mercadoria e dá início à ação fiscal à do Ministro de Estado que profere a decisão final.

Rejeito as preliminares».

Mérito:

«Decorra de comisso ou de dano causado ao Erário, a pena de perdimento está sempre relacionada com exportação ou importação, ou seja, com a saída de mercadoria nacional ou nacionalizada e com a entrada de mercadoria estrangeira e sua incorporação à economia interna.

A sanção fiscal incide sempre que o responsável viole preceitos de controle aduaneiro, legalmente estatuídos.

A punição é cabível no atinente às mercadorias em trânsito? Em princípio, não, porque o trânsito é a passagem inocente e não configura fato imponible do imposto de importação.

Por isso, estudiosos do assunto têm profligado o Título III, Capítulo II, do Decreto-Lei nº 37/66 (arts. 73 e 74), o qual conceitua o regime de trânsito como o de transporte de mercadorias com suspensão de tributos, o mesmo acontecendo de referência ao Decreto nº 79.804, de 13-6-77. É que, conforme anotam Ruy de Melo e Raul Reis («Manual do Imposto de Importação e Regime Cambial Correlato», 1970, RT, pág. 177), não há imposto sobre trânsito, de acordo com a noção de direito internacional, que não se confunde com a mera remoção de mercadorias de uma para outra parte do território nacional.

O ato impugnado teve assento no art. 23, inciso IV, do Decreto-Lei nº 1.455/76, c/c o art. 105, inciso XII, do prefalado Decreto-Lei nº 37/66, que dizem com a mercadoria estrangeira chegada ao país com falsa declaração de conteúdo.

Data venia, isto é um despautério. Excetuado o desvio de rota, as demais situações enfocadas no artigo 23 do Decreto-Lei nº 1.455/76 e nos arts. 104, incisos I a VI, e 105, incisos I a XIX, do Decreto-Lei nº 37/66 não possuem vinculação alguma com o trânsito de mercadorias oriundo de tratado internacional, que se rege por normas específicas. O próprio Decreto nº 79.804/77 citado, que embaralhou conceitos, dispensando a mesma disciplina normativa ao trânsito e a remoção de mercadorias dentro do território brasileiro, não esqueceu essa particularidade e ressaltou no art. 40, verbis:

«Art. 40. As disposições deste decreto só se aplicarão ao regime de trânsito aduaneiro objeto de acordos ou convênios internacionais, quando não contrariem os referidos acordos ou convênios, bem como sua respectiva regulamentação».

O Decreto nº 50.259-A, de 28-1-61, que regulamentou os convênios firmados a respeito entre o Brasil e a República do Paraguai, dispõe no art. 1º:

«Art. 1º De conformidade com o disposto nos convênios assinados entre o Brasil e a República do Paraguai em 14 de junho de 1941 e 20 de janeiro de 1956, ficam estabelecidos entrepostos de depósito franco em Santos e Paranaguá, para o recebimento, a armazenagem e a distribuição das mercadorias de procedência e origem paraguaia, bem como para o recebimento, a armazenagem e a expedição das mercadorias destinadas ao Paraguai. Essas mercadorias ficarão em regime aduaneiro livre, mas sujeitas ao pagamento das taxas portuárias e alfandegárias devidas pela prestação de serviços».

Os demais dispositivos contêm regras concernentes à fiscalização das autoridades alfandegárias brasileiras, visando a evitar a incorporação dos bens, ou parte deles, à economia interna do país.

Resumindo, em matéria de trânsito, só em dois casos me parece lícita a pena de perdimento: a) no trânsito irregular, que ocorre quando o veículo não se serve das vias normais ao comércio internacional, isto é, dos entrepostos de depósito franco e do trajeto legalmente utilizado; b) no desvio da rota legal pelo veículo terrestre, sem motivo justificado, muito embora a mercadoria haja ingressado no território nacional por intermédio dos entrepostos estabelecidos, ex vi do disposto no art. 105, inciso XVII, do citado Decreto-Lei nº 37/66. Esse tratamento tem sua razão de ser, visto como os fatos mencionados autorizam a presunção de desvio de produtos estrangeiros para consumo interno, me-

diante fraude, caracterizando o descaminho ou o contrabando.

Fora dessas hipóteses, não vejo como admitir-se a penalidade administrativa, ainda que falhas possam ter lugar, mesmo graves, porquanto os bens se destinam à parte contratante importadora, sem prejuízos ao Erário e à economia do Brasil. Aqui cumpre aos agentes fazendários, no escopo de afastar a burla e cooperar na execução do convênio, acompanharem o veículo até a fronteira.

À vista das razões expostas que, segundo entendo, mostram a ilegalidade do ato increpado, concedo a segurança».

Pedi vista dos autos e os trago, a fim de retomarmos o julgamento da causa.

A primeira preliminar argüida, no sentido de que a impetrante não fez prova de sua regular constituição, e de que não haveria indicação de que a pessoa signatária da procuração ao advogado seja o seu representante legal, não tem procedência. Acólho, no particular, os argumentos postos no voto do eminente Ministro-Relator.

Examino a segunda preliminar, de que ocorre, no caso, litispendência, por efeito do «writ» impetrado perante o Dr. Juiz Federal da 9ª Vara, São Paulo, contra o ato de apreensão da mercadoria.

Opina a douta Subprocuradoria-Geral da República, no particular:

«3. Ainda preliminarmente: A ENSA — Escritório Nacional de Serviços Aduaneiros Ltda., representando a impetrante, requereu segurança junto à Justiça Federal em São Paulo, não tendo obtido êxito. Tal mandamus encontra-se em grau de recurso, interposto pela ENSA, como se vê às fls. 68/80.

Assim, verifica-se em toda a sua extensão a litispendência. Não se alegue, como circunstâncias obstaculativas da litispendência, que diversas seriam as partes, impetrante e impetrada, em ambos os mandamus. Ora, no primeiro mandado de segurança, a firma ENSA era mandatária da empresa paraguaia que aqui reitera a impetração. Por outro lado, embora na primeira segurança o impetrado seja o Delegado da Receita Federal, esta autoridade e o Ministro da Fazenda tiveram uma única linha de atuação, pois uma convalidou as medidas tomadas pela outra autoridade. A atuação dessas autoridades, portanto, se confunde. Os dois mandados de segurança têm o mesmo escopo, ou seja, o rompimento da uniforme linha de atuação do Fisco».

.....  
(fls. 95/96).

Examino a matéria.

Ocorre a litispendência, está na lei processual, quando se reproduz ação anteriormente ajuizada (CPC, art. 301, § 1º), certo que ocorre tal reprodução quando, em ambas as ações são as mesmas as partes, a mesma a causa de pedir e o mesmo o pedido (CPC, art. 301, § 2º). Acrescenta, então, a lei processual, que há litispendência, quando se repete ação, que está em curso (CPC, art. 301, § 3º).

Dissertando a respeito, ensina Calmon de Passos.

«A litispendência como a coisa julgada reclamam identidade da lide. E isso ocorre quando são os mesmos os sujeitos que contêm a respeito do mesmo bem da vida e pela mesma causa. Há, por conseguinte, uma triplice identidade exigida para que se reconheça a identidade das lides: identidade dos sujeitos, identidade do pedido e identidade da causa de pedir. Falando qualquer dessas identidades,

não se pode cogitar, nem de litispendência, nem de coisa julgada». («Comentários ao CPC». Forense, III/259).

Vejamos se, entre esta causa e o «writ» decidido pelo Dr. Juiz Federal da 9ª Vara, de São Paulo, ora em grau de recurso nesta Egrégia Corte, distribuída a apelação ao eminente Ministro Miguel Ferrante (fl. 99v.), há litispendência.

As partes são, em verdade, as mesmas.

Tanto aqui, quanto no «writ» requerido perante a 9ª Vara Federal de São Paulo, a impetrante é a Concord SLR. Na outra segurança, Concord SLR foi representada pela ENSA Escritório Nacional de Serviços Aduaneiros. Isto, aliás, está declarado na inicial daquele mandamus, item 5º, por cópia, às fls. 51/61.

Em ambas as ações é a mesma a causa de pedir, resultante esta «de ser o mesmo o fato jurídico de uma e outra demanda», ou representada a causa de pedir «pelo fato ou pelos fatos que autorizam o pedido». (Calmon de Passos, Ob. e loc. cit., pág. 261).

Finalmente, não há como deixar de reconhecer que há, entre esta ação e o «writ» que foi requerido perante a 9ª Vara Federal de São Paulo, identidade de pedido. É que, em ambas as ações, pede-se a segurança para que sejam desembaraçados os veículos e assegurado livre trânsito dos mesmos até seu destino final.

No primeiro mandado de segurança, atacava-se o ato do Delegado da Receita Federal, que determinara a apreensão dos veículos, para o fim de ser decretada a pena de perdimento dos mesmos, pelo Ministro de Estado. Neste, ataca-se o ato do Ministro de Estado que, com base no procedimento administrativo que teve início com o ato de apreensão, decretou o perdimento, certo que, conforme bem lembra a ilustrada

Subprocuradoria-Geral da República, há uma uniforme linha de atuação do Fisco», ou da Fazenda Nacional, no caso, representada esta, no primeiro «writ», pelo Delegado da Receita Federal e, no segundo, ou nesta ação, pelo Ministro de Estado.

Diante do exposto, com a vênua devida ao eminente Ministro-Relator, reconheço existir, entre esta ação e o «writ» que foi indeferido pelo Dr. Juiz Federal da 9ª Vara, São Paulo, ora em grau de recurso nesta Egrégia Corte, AMS nº 100.390-SP, Relator o Sr. Ministro Miguel Ferrante, litispendência. Por isso, na forma do disposto no art. 267, V, CPC, julgo extinto este processo sem julgamento do mérito.

Senhor Presidente, fiz o voto supra, na suposição de que este Egrégio Plenário não concluíra o julgamento das preliminares. Informado, agora, de que isto já correu, fica sem efeito o meu voto acima.

No mérito, estou inteiramente de acordo com o Sr. Ministro Torreão Braz, Relator. Para evitar fazer tautologia, dispenso-me de considerações outras e ponho-me de acordo com S. Exa., para o fim de deferir o «writ».

#### VOTO VISTA

**O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro:** Pedi vista dos autos para melhor examinar o mérito da controvérsia. Ao fazê-lo, afigurou-se-me correto o voto do eminente Relator, que acompanho.

#### EXTRATO DA MINUTA

MS nº 100.008 — DF. Rel.: O Sr. Ministro Antônio Torreão Braz. Requete.: Concord SLR. Reqdo.: Exmo. Sr. Ministro de Estado da Fazenda.

Decisão: Prosseguindo no julgamento, o Tribunal, por unanimidade, concedeu o mandado de segurança.

Votaram com o Sr. Ministro-Relator os Srs. Ministros Carlos Mário Velloso, Otto Rocha, Wilson Gonçalves, William Patterson, Bueno de Souza, Pedro Acioli, Costa Lima, Américo Luz, Antônio de Pádua Ribeiro, Carlos Thibau, Armando Rollemberg, Gueiros Leite e Carlos Madeira. O Sr. Ministro Costa Lima votou por antecipação e os Srs. Ministros Américo Luz, Carlos Thibau, Carlos Madeira e Gueiros Leite votam de acor-

do com o art. 151 do RI (Em 1-9-83 — Plenário).

Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Adhemar Raymundo, Sebastião Reis, Miguel Jerônimo Ferrante, José Cândido, Leitão Krieger, Geraldo Sobral, Hélio Pinheiro, Jarbas Nobre, Moacir Catunda, Lauro Leitão e Washington Bolívar. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro José Fernandes Dantas.

### APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 101.167 — SP

Relator: O Sr. Ministro Carlos Madeira

Apelante: Conselho Regional de Farmácia — CRF

Apelado: Fernando Machado Gomes

#### EMENTA

Mandado de segurança. Conselho Regional de Farmácia. Devido processo legal.

No processo de mandado de segurança, a prestação de informações é responsabilidade pessoal da autoridade impetrada, não se admitindo que o sejam por procurador. Também não cabe réplica às informações. O rito sumaríssimo e especial do mandado de segurança é consequência da recepção do remédio «non statutory» do dinheiro anglo-americano, que não pode ficar sujeito aos princípios processuais de origem continental européia.

Lei posterior não pode violar direito adquirido sob o império de lei anterior.

As infrações cometidas no exercício profissional devem ser sancionadas de acordo com a graduação prevista na Lei nº 3.820/60, mediante o indispensável procedimento administrativo, com a garantia da defesa.

#### 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 julgamento.

Custas como de lei.

Brasília, 3 de fevereiro de 1984 (Data do julgamento) — Ministro Carlos Madeira, Presidente e Relator.

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Carlos Madeira (Relator): Oficial de Farmácia impetrou mandado de segurança contra o Presidente do Conselho Regional de Farmácia de São Paulo, visando a anulação do ato de cancelamento de sua inscrição, com a restituição das prerrogativas inerentes à profissão, nos termos da Lei nº 3.820/60.

Expôs o impetrante que, nos termos do Acórdão nº 90, publicado no Diário Oficial da União, em 3 de junho de 1964, foi provisionado Oficial de Farmácia e se encontra inscrito no respectivo Conselho sob o nº CRF 8, desde 5 de fevereiro de 1964, estando rigorosamente em dia com todas as obrigações decorrentes da Lei nº 3.820/60.

Entretanto, foi surpreendido com o cancelamento de sua inscrição pelo impetrado, através do ato publicado no DO do Estado, de 10 de novembro de 1977.

Concedida a liminar requerida, a autoridade impetrada informou que o impetrante teve sua inscrição cancelada porque seu provimento se deu através da Lei nº 1.472/51, revogada pela Lei nº 3.820/60 e não preenche ele todos os requisitos do art. 33 dessa lei. Além disso, empresta seu nome a várias farmácias ao mesmo tempo, deixando em esquecimento um estabelecimento farmacêutico, cujo livro de receituário está desconforme há vários dias. A matéria foge ao âmbito do mandado de segurança porque exige prova.

O Juiz Federal Caio Plínio Barreto, considerando não poder prevalecer a alegação de que o impetrante tenha infringido qualquer dispositivo da Lei nº 5.991/73, uma vez que a Decisão de nº 76/77 (fl. 13), ora atacada, foi proferida com base na Lei nº 3.820/60, concedeu a segurança.

Apelou o impetrado, insistindo nas razões da contestação.

Contra-arrazoou o impetrante.

A Subprocuradoria-Geral da República opinou pela confirmação da sentença.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Carlos Madeira (Relator): Verificam-se neste processo, duas distorções processuais que desvirtuam o remédio constitucional do mandado de segurança, transformando-o num procedimento ordinário: as informações foram prestadas por advogado e não pela autoridade impetrada; e o Juiz deu vista das informações ao impetrante, como se em mandado de segurança se admitisse réplica.

Castro Nunes, a propósito do mandado de segurança, esclarecia: «garantia individual que se define como meio de pedir em juízo é garantia judiciária e, portanto, ação no mais amplo sentido, ainda que de rito especial e sumaríssimo» (Do Mandado de Segurança, 7ª edição, pág. 54). E esse rito especial e sumaríssimo se impunha, na recepção do remédio «non statutory», de origem anglo-americana. Foi o que se regulou tanto na Lei nº 221, de 1936, como na Lei nº 1.533, de 1951. Não há como aplicar ao processo de mandado de segurança os princípios de processo de origem continental européia, que não se adaptam à sumariedade necessária à decisão mandamental, de índole constitucional, entre nós.

As informações em mandado de segurança são da responsabilidade pessoal da autoridade impetrada, não podendo ser prestadas por procurador. Assim já decidimos, nesta E. Turma, no Ag. 43.454, do Rio Grande do Sul, julgado recentemente.

Nem há lugar para réplica às informações, no processo de mandado de segurança. O Juiz julga tendo em vista o direito alegado e comprovado pelo impetrante e as informações da autoridade impetrada.

Feitas essas considerações, tenho que, uma vez inscrito na vigência da Lei nº 1.472, de 1951, não pode o impetrante ter cassado seu registro sob color de revogação dessa lei pela de nº 5.991, de 1973. Aplica-se ao caso a garantia constitucional do direito adquirido.

Se o impetrante cometeu infração, responsabilizando-se por três farmácias, caso é de aplicação de sanção disciplinar, mas não de logo a do cancelamento do registro. As sanções são as previstas no art. 30 da Lei nº 3.820, de 1960, com a gradação estabelecida.

Além do mais, foi preterida a defesa do impetrante, em processo administrativo regular, o que torna nula a penalidade.

Nego provimento à apelação.

#### EXTRATO DA MINUTA

AMS-101.167-SP. Rel.: O Sr. Ministro Carlos Madeira. Apte.: Conselho Regional de Farmácia-CRF. Apdo.: Fernando Machado Gomes.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação (Em 3-2-84 — 3ª Turma).

Os Srs. Ministros Adhemar Raymundo e Flaquer Scartezini votaram de acordo com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Carlos Madeira.

#### MANDADO DE SEGURANÇA Nº 101.600 — DF

Relator: O Sr. Ministro Jesus Costa Lima

Requerente: Instituto Brasileiro de Desenvolvimento Florestal — IBDF

Requerido: O Sr. Presidente do Tribunal Federal de Recursos

#### EMENTA

Mandado de segurança contra decisão do próprio Tribunal. Descabimento.

1. Não cabe mandado de segurança contra ato jurisdicional do próprio Tribunal. Exegese do art. 122, I, c, da Constituição.

2. Não conhecimento do pedido.

#### ACÓRDÃO

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

Decide a Sessão Plenária 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, 20 de outubro de 1983 (Data do julgamento) — Ministro José Fernandes Dantas, Presidente — Ministro Jesus Costa Lima, Relator.

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Jesus Costa Lima: Trata-se de mandado de segurança contra decisão pela qual o Egrégio Plenário deste Tribunal, acolhendo agravo de parte interessada, cassou despacho da Presidência, que suspendera os efeitos de sentença concessiva de mandado de segurança.

2. A questão, conforme relata a inicial e pode ser vista nos documentos que a acompanham, resultou de concorrência aberta pelo impetrante, Instituto Brasileiro de Desenvolvimento Florestal — IBDF, com a finalidade de realizar as obras de conclusão de sua sede. Ultimada a licitação, firmas perdedoras impetraram mandado de segurança que foi concedido pelo MM. Juiz da 3ª Vara Federal desta Capital, Dr. Dario Abranches Viotti, para anulá-la (fl. 33).

3. Invocando o disposto no art. 4º da Lei nº 4.348/64, o IBDF pediu a suspensão dos efeitos da sentença, sendo atendido pelo r. despacho trasladado à fls. 44, datado de 1-12-82. No dia seguinte, o impetrante assinou contrato com a firma vencedora e mandou iniciar as obras (fls. 46/60).

4. Sucedeu, porém, que do dito despacho houve agravo e o Egrégio Plenário, em Acórdão de 10-2-83, o reformou, como se disse (fl. 62).

5. Contra este r. julgado, que tem caráter jurisdicional, porque este há de ser o da ação excepcionalíssima de pedir suspensão de segurança que a Lei nº 4.348/64 conferiu à pessoa jurídica de direito público interessada, é que o IBDF vem agora requerer mandado de segurança.

6. Como fundamento do pedido, alega que a sobrevivida do contrato realizado com a empresa vencedora, com apoio no despacho da Presidência, resultou em ato jurídico perfeito e acabado, e de cuja realização teve

conhecimento o Tribunal. Daí, extrai que o V. Acórdão ora impugnado ofendeu o direito certo e líquido nascido desse contrato, já sob a proteção do art. 153, § 4º, da Carta Magna (Inicial — fls. 5/6). Por isto, e pelo fato, antes alegado, de a apelação interposta da sentença de 1º grau não ter efeito suspensivo, pede a segurança, inclusive com a concessão de liminar.

7. A inicial veio instruída com os documentos de fls. 7/76. À fl. 80, foi aditada, vindo outros documentos (fls. 82/105). Nesse aditamento, reitera-se que a paralisação das obras acarreta graves riscos para a economia do impetrante. E esclarece-se, com apoio em pareceres técnicos juntos à petição, que esses riscos decorem da possibilidade de a estrutura e outras partes da obra sofrerem danos pela ação dos elementos naturais.

8. Pelo r. despacho de fl. 108, o Relator originário, eminente Ministro José Dantas, negou a liminar e solicitou as informações de praxe. Estas vieram à fl. 112, nestes termos (lê, fls. 112/113).

9. A douta Subprocuradoria-Geral, da República oficiou pela concessão do «writ». Leio também o parecer do douto órgão, subscrito pelo ilustre Subprocurador-Geral, Dr. Geraldo Andrade Fonteles (lê, fls. 115/119).

10. Por último, devo esclarecer que sou também Relator do Ag. nº 44.144, pelo qual a firma que contratou com o IBDF a realização das obras pretende se casse despacho exarado pelo Dr. Dario Abranches Viotti, após a decisão impugnada por este mandamus.

É o relatório.

## VOTO PRELIMINAR

O Sr. Ministro Jesus Costa Lima (Relator): Há uma questão prelimi-

nar que devo submeter ao exame desse Egrégio Plenário. Antes, porém, cuido que deva fazer algumas observações sobre assertiva contida mais de uma vez nas alegações do impetrante e repetida no pronunciamento, que acabo de ler, da douta Subprocuradoria-Geral da República. Dou-lhe a devida consideração, não tanto por conter velada crítica ao procedimento do Tribunal, pois entendo que o juiz, mesmo não sendo bigorna, não deve altercar com a parte, mas pela importância que lhe dá, abrigando-a, o douto órgão do Ministério Público.

Diz-se, para reforçar a alegação de que o Acórdão sob impetração «não enfrentou as mesmas razões que ensejaram o acatamento do pedido de suspensão dos efeitos da sentença» (fl. 116), que verbis:

«O fundamento em que repousa a decisão do Agravo Regimental, de que não haverá prejuízo para o impetrado, porque cuidava-se de seu recurso próprio, é, data venia, inconsistente, tendo em vista que, na ocasião, era o E. Plenário conhecedor do contrato bilateral operado com respaldo no ato concessivo, o seu desfazimento importaria, como importa, em ressarcimento de danos e prejuízos decorrentes da rescisão unilateral do aludido contrato» (fl. 118).

2. Com a devida vênia, a crítica é desajustada ao fato e injurídica. Desajustada aos fatos, se vale o eufemismo, porque os votos dos eminentes Ministros Moacir Catunda, José Dantas e Carlos Madeira, trazidos às fls. 68/76, não deixam dúvida de que o único fundamento do r. despacho então sob exame — inspirado no argumento ad terrorem de que o IBDF perderia a verba de que dispunha, se não a utilizasse naquele final de exercício de 82, foi examinado nos seus aspectos fáticos e jurídicos, sendo cabalmente refutado. Injurídica, porque pretende que o Tribunal

devesse examinar o fato, superveniente à conta e risco do próprio IBDF, do contrato das obras e autorização de seu início no dia seguinte ao proferimento do citado despacho.

Realmente, como já adiantei no relatório, o despacho de suspensão dos efeitos da sentença traz a data de 1-12-82 (fl. 45) e o contrato e a autorização para início das obras datam de 12-12-82 subsequente (fls. 59/60).

3. Ora, o IBDF tem, como todas as repartições administrativas, competentes órgãos de consulta jurídica, pelo que não podia ignorar a agravabilidade do despacho, prevista no próprio art. 4.º, da Lei n.º 4.348/64, e, de consequência, a relatividade de sua eficácia, enquanto não transitado em julgado. Se ainda assim lavrou o contrato e autorizou o início das obras, por certo considerou — ou devia ter considerado — as consequências da eventual cassação do despacho. É o risco calculado.

Então, de duas uma: ou deliberadamente se despreza, porque ignorar não é possível a órgãos jurídicos, que a este Tribunal não era processualmente permitido, senão com o escárnio à parte contrária, conhecer de fato superveniente ao despacho então agravado ou — o que é muito pior — se pretendeu impor ao Colegiado um fato consumado. Responsável, pois, é ele e só ele pelo desatino que praticou. Tenha coragem de assumir os riscos e os ônus da apressada assinatura do contrato.

4. Peço ao Egrégio Tribunal que me releve o haver antecipado essas observações, que melhor quadriam no exame do mérito. É que, não sabendo o rumo que tomará o julgamento do feito, não julguei dever arriscar a oportunidade de lembrar que a Justiça não pode ultrapassar os limites de sua função de dizer o direito — tão-somente dizer o direito — sem se preocupar com as-

pectos de conveniência e oportunidade. O ato da Presidência suspendendo os efeitos de sentença concessiva de mandado de segurança é mandamental, negativo para o Juiz que a proferiu. Afasta a eficácia de sua sentença, tão-só. A autoridade impetrada cabe decidir, a seu risco e da repartição que dirige, o que deverá fazer, daí por diante, no mundo dos negócios e dos fatos. Até porque, como é sabido, a sentença com efeitos suspensos pode vir a ser confirmada *ex tunc* pelo Tribunal.

5. Isto posto, passo ao exame da preliminar, não suscitada pelas partes, mas cujo exame se impõe. Trata-se de saber se, perante este mesmo Tribunal, cabe impetrar mandado de segurança contra seus atos de natureza jurisdicional.

6. Que a hipótese é de ato jurisdicional, penso não haver dúvida. A ação de pedir suspensão de segurança, excepcionalmente assegurada à pessoa jurídica de direito público pelo art. 4º, da Lei n.º 4.348/64 e dirigida ao Presidente do Tribunal competente para o recurso, é de natureza jurisdicional. Portanto, da mesma natureza há de ser a decisão do Colegiado no agravo assegurado pela mesma lei.

7. Isto assentado, peço licença para transcrever parte de despacho que proferi, em 10 de novembro de 1982, no MS n.º 99.015-DF, requerido contra o v. Acórdão da Segunda Seção e cujos fundamentos se aplicam à hipótese, embora aqui se trate do Plenário:

«Ocorre, porém, que este Eg. Tribunal, mais de uma vez, tem entendido não lhe caber julgamento de mandado de segurança contra ato jurisdicional de suas Turmas ou do Plenário (cf. MS n.º 67.977-DF, julgado em 11 de março de 1971, e MS n.º 75.203-DF, julgado em 15-8-74, ambos relatados pelo eminente Ministro José Néri da Sil-

veira, no 1º por designação), o que, por força de compreensão, hoje se estende aos julgados de suas duas Seções. Tal entendimento está, aliás, refletido no art. 11, inciso III, do vigente Regimento Interno, onde expressamente se fixa a competência do Plenário para julgar mandado de segurança contra ato administrativo dele próprio, de seu Presidente e dos Presidentes das Seções e Turmas, com exclusão, a *contrario sensu*, dos atos jurisdicionais. E, em verdade, esta é orientação que parece resultar da própria lógica jurídica e melhor se compreende na disposição do art. 122, inciso I, letra c, da Constituição Federal, pois não seria razoável que o ato jurisdicional de um órgão judicante fosse submetido, em forma de demanda, a ele próprio, assim convertido em réu e juiz ao mesmo tempo, como ocorreria na ação de mandado de segurança, onde, malgrado alguma discrepância ainda ocorrente na doutrina, se tem entendido que a autoridade coatora assume o papel de réu. Ou, pelo menos, se coloca em situação passiva em relação à ordem ou mandado judicial a ser expedido em decorrência da ação. Ora, quando uma Seção ou Turma deste Tribunal profere decisão em processo judicial, ela o faz em nome do próprio Tribunal, em razão da competência funcional regimentalmente distribuída. Então, o mandado de segurança dirigido contra qualquer delas seria mandado de segurança contra o próprio Tribunal. E o seu julgamento por este iria dar naquele desencontro lógico».

8. Com efeito, a hipótese não se confunde com a ação rescisória ou a revisão criminal. Nestas, o Tribunal pode examinar e desconstituir sua própria decisão; mas a força e os efeitos do julgado se dirigem à parte vencida, são suportados por ela. Já

no caso do mandado de segurança, colocando-se como autoridade coatora o próprio Tribunal, este suportaria, como réu ou que outro nome se lhe queira dar, os efeitos de sua própria decisão. Ora, enquanto isto ocorrer com seus atos administrativos, a que me parece restrito o art. 21, inciso VI, da Lei Complementar nº 35/79, nada a objetar. Não assim, porém, com os atos jurisdicionais, pois, além daquele desencontro lógico, se estaria convertendo o mandado de segurança em sucedâneo da ação rescisória.

9. O despacho a que me referi foi objeto de agravo regimental e este Egrégio Plenário, em decisão unânime de 10-3-83 (ainda sem Acórdão), o confirmou.

10. De sentido ainda mais abrangente é esta outra decisão do Plenário, relatada pelo eminente Ministro José Dantas.

«Mandado de Segurança. Ato Jurisdicional do Tribunal. Incabe o «writ» contra ato jurisdicional praticado pelo Relator de mandado de segurança, qual a decisão concessiva da liminar, configurativa de adiantada prestação de Juízo pelo próprio Tribunal» (MS nº 92.229-DF — Pleno — Maioria — DJ 13-12-81 — EM-45 pág. 207).

11. Se isto não bastasse, caberia ainda considerar que o IBDF não provou que houvesse interposto o competente recurso extraordinário contra o Acórdão em questão. Recur-

so este de cabimento implícito nas próprias razões da impetração e exigido pela jurisprudência deste Tribunal como condição de requerimento do «writ» contra decisão judicial.

12. Assim sendo, preliminarmente não conheço do pedido.

É o voto.

#### EXTRATO DA MINUTA

MS nº 101.600-DF — Rel.: O Sr. Min. Jesus Costa Lima. Reqte.: Instituto Brasileiro de Desenvolvimento Florestal — IBDF. Reqdo.: Exmo. Sr. Presidente do Tribunal Federal de Recursos.

Decisão: Por unanimidade, o Plenário não conheceu do pedido (EM 20-10-83 — Pleno).

Votaram com o Sr. Ministro-Relator os Srs. Ministros Leitão Krieger, Geraldo Sobral, Hélio Pinheiro, Carlos Thibau, Armando Rollemberg, Lauro Leitão, Carlos Madeira, Gueiros Leite, Washington Bolívar, Carlos Mário Velloso, Otto Rocha, Wilson Gonçalves, William Patterson, Adhemar Raymundo, Bueno de Souza, Sebastião Reis, Miguel Jerônimo Ferrante, José Cândido, Pedro Acioli, Américo Luz, Antônio de Pádua Ribeiro e Flaquer Scartezzini. Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Moacir Catunda e Torreão Braz. Licenciado o Sr. Ministro Jarbas Nobre. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro José Fernandes Dantas.

#### APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 101.903 — PB

Relator: O Sr. Ministro Américo Luz

Remetente: Juízo Federal na Paraíba

Apelante: Caixa Econômica Federal — CEF

Apelado: SOLIBRAL — Sociedade Comercial de Livros do Brasil S.A.

#### EMENTA

Certificado de regularidade de situação. Contribuições para o Programa de Integração Social — PIS.

A natureza jurídica das aludidas contribuições faz com que, por analogia, se imponha dar à espécie a solução constante da Súmula 29 do TFR.

In casu, nem mesmo foi apontada a eventual existência de débito da impetrante, para justificar a recusa da autoridade.

Segurança concedida.

Sentença confirmada.

Apelo 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 à apelação e 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, 8 de fevereiro de 1984. (Data do julgamento) — Ministro Antônio Torreão Braz, Presidente — Ministro Américo Luz, Relator.

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Américo Luz: Na decisão de primeiro grau a espécie vem assim sintetizada (fls. 87/88):

«I — Mandado de Segurança. Ato praticado por dirigente da Caixa Econômica Federal, gerindo serviço público — PIS. Ato de autoridade. Cabimento da segurança.

II — Recolhimentos das contribuições do PIS, em estabelecimentos diversos, mas credenciados pela CEF. Negativa de expedição de «Declaração de Regularidade do PIS», não autorizada por lei.

III — Concessão da segurança».

.....  
«SOLIBRAL — Sociedade Comercial de Livros do Brasil S.A.», sediada nesta Capital, através de

advogado, impetrou segurança contra o ato do Sr. Gerente da Caixa Econômica Federal, Filial da Paraíba, que lhe negou «Certificado de Regularização do PIS», sob o fundamento de que os respectivos recolhimentos não foram efetuados na mesma agência bancária em que se dera a entrega da RAIS (Relação Anual de Informações Sociais), como é exigido por norma interna da própria Caixa.

Alega que, estando perfeita e acabada a quitação, tem direito líquido e certo ao «Certificado de Regularização do PIS», independente de terem sido os recolhimentos feitos em um ou mais agente arrecadador — fls. 2/4.

À inicial foram anexados os documentos de fls. 5/60 e 66/67.

A autoridade impetrada prestou informações, aduzindo: 1º) pelas normas do PIS, o endereço de uma empresa será a Agência Bancária onde fora entregue a RAIS, considerando-se irregular a contribuição recolhida em estabelecimento diverso; 2º) que, tendo a impetrante incorrido naquela irregularidade, cumpre à impetrante obter a devolução das contribuições recolhidas de forma incorreta e proceder a novo recolhimento, de forma regular, a fim de ser feita a expedição do documento solicitado — fls. 70/72.

O Ministério Público Federal opinou pela concessão da segurança — fls. 83/85.»

Apelou a Caixa Econômica Federal, com as razões de fls. 95/97 (lê).

Sem contra-razões, subiram os autos.

A douta Subprocuradoria-Geral da República opinou pelo improvidimento do apelo.

Ê o relatório.

### VOTO

O Sr. Ministro Américo Luz (Relator): Do dispositivo sentencial transcrevo (fls. 89/90):

«Ao negar a expedição de «Declaração de Regularidade do PIS», agiu a CEF como delegada do poder público, sendo, pois cabível o mandado de segurança.

O parecer da lavra do Dr. Nereu Pereira dos Santos Filho demonstra que o fato de a impetrante haver procedido recolhimentos em vários estabelecimentos não a impede de obter a declaração solicitada — fls. 84/85:

«Na verdade, o ponto nodal na presente ação de mandado de segurança se situa em saber se as normas de serviço baixadas pelo Presidente da Caixa Econômica Federal — CEF têm a força de obrigar o depositante do PIS, no que se refere ao local de recolhimento das suas contribuições.

No nosso entender, as mencionadas ordens de serviço constituem o que Hely Lopes Meirelles denomina de atos ordinatórios, isto é, aqueles que visam disciplinar o funcionamento da Administração e a conduta funcional de seus agentes. Como acentua o mestre citado, os atos ordinatórios não obrigam aos particulares, posto que são atos inferiores à lei, ao decreto, ao regulamento e ao regimento.

Desta forma, se o Regulamento do PIS (Resolução nº 174, de 25-2-71, do Banco Central do Brasil)

não estabelece a exigência que o recolhimento deva ser efetuado em determinado estabelecimento creditício, sob pena de sua ineficácia, temos que não poderia a norma de serviço ir além do regulamento para determinar quase uma espécie de sanção para aquele que efetuasse o recolhimento em estabelecimento diverso daquele estabelecido na mencionada norma de serviço.

Na verdade, o que importa no caso, é que os recolhimentos sejam feitos no prazo e no quantum devido, ensejando, desta forma, a expedição do Certificado de Regularização do PIS. A única exigência que nos parece legítima é que o recolhimento seja feito nos estabelecimentos que mantenham com a Caixa Econômica Federal convênios para o fim de receber os depósitos relativos ao PIS».

Sem dúvida. A legislação reguladora da espécie não autoriza a punição aplicada pela CEF».

Como as razões recursais nem de leve abalam os fundamentos da sentença, confirmo-a, no âmbito da remessa ex officio, e nego provimento à apelação.

### EXTRATO DA MINUTA

AMS nº 101.903-PB — Rel.: O Sr. Min. Américo Luz. Remte.: Juízo Federal na Paraíba. Apte.: Caixa Econômica Federal — CEF. Apdo.: SOLIBRAL — Sociedade Comercial de Livros do Brasil S.A.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação e confirmou a sentença remetida (Em 8-2-84 — 6ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Mins. Torreão Braz e Miguel Ferrante. Ausente, justificadamente, o Sr. Min. Wilson Gonçalves. Presidiu a sessão o Sr. Min. Antônio Torreão Braz.

## MANDADO DE SEGURANÇA Nº 102.494 — DF

Relator: O Sr. Ministro Moacir Catunda

Requerente: Clélio Teixeira

Requeridos: O Sr. Ministro de Estado das Minas e Energia e o Sr. Ministro de Estado do Trabalho

## EMENTA

Mandado de segurança. Administrativo. Anistia. Lei nº 6.683/79 — art. 3º e Decreto nº 84.143/79 (que a regulamenta), art. 17, §§ 2º e 3º.

Pedido de retorno à atividade.

Interesse público. Face ao disposto no § 3º, do art. 17, do Decreto nº 84.143/79, tem-se que a figura jurídico-administrativa «interesse público», em se tratando de servidor civil que ocupava cargo ou emprego, restou fixada pelo legislador como regra de natureza objetiva, restrita aos requisitos de capacidade (mediante inspeção médica), limite de idade, estabelecido em lei, e escolaridade (mediante verificação do respectivo nível).

Antecedentes do Tribunal.

## ACÓRDÃO

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

Decide o Plenário do Tribunal Federal de Recursos, preliminarmente, por unanimidade, não conhecer do mandado de segurança em relação ao impetrado, o Exmo. Sr. Ministro de Estado do Trabalho; no mérito, também, por unanimidade, deferir o 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 dezembro de 1983 (Data do julgamento) — Ministro José Fernandes Dantas Presidente — Ministro Moacir Catunda, Relator.

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Moacir Catunda: Clélio Teixeira, qualificado nos autos, por seu advogado, impetra man-

dado de segurança contra atos dos Ministros de Estado do Trabalho e das Minas e Energia, alegando que no segundo semestre de 1963 foi eleito diretor do

«Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias de Destilação e Refinação de Petróleo no Estado de Minas Gerais e, com o movimento revolucionário de 1964, houve intervenção no mencionado Sindicato, com a destituição de toda a Diretoria e Conselho Fiscal, sendo o impetrante demitido da empresa, juntamente com outros companheiros, em setembro de 1964.

Com o advento da Lei da Anistia (Lei nº 6.683/79), o impetrante, sentindo-se beneficiário ou destinatário da mesma, em data de 19-12-79 protocolizou pedido do Ministério do Trabalho sob o nº 325.854/79, requerendo a declaração de anistiado e consequentemente a reversão ao serviço ativo da PETROBRÁS — Refinaria Gabriel Passos, em Betim-MG.

Em 1-7-80, Sua Excelência o Ministro do Trabalho declarou-o anistiado, porém, ao invés de determinar que a Petróleo Brasileiro S.A. — PETROBRAS, examinasse os requisitos para a reversão requerida, data venia, por má interpretação do texto legal, determinou a remessa do processo ao Ministério das Minas e Energia, vez que a PETROBRAS é subordinada àquele Ministério.

Em data de 25-5-83, em r. despacho publicado no DOU foi determinado, por Sua Excelência o Ministro de Estado das Minas e Energia, que a anistia fosse transformada em aposentadoria por não haver interesse da PETROBRAS na reversão.

Em seguida invoca a Lei nº 6.683/79 — Lei da Anistia — art. 3º, e o Decreto nº 84.143/79, que a regulamentou, arts. 8º e 17, e seus §§, que transcreve; cita jurisprudência do Tribunal e conclui pedindo o deferimento da segurança

«para determinar o processamento do retorno do impetrante ao serviço ativo na Refinaria Gabriel Passos, da PETROBRAS, atendidas as formalidades inscritas no § 3º do art. 17 do Decreto nº 84.143/79, por ser de direito e de irremediável».

Ao pedido de informações vieram aos autos as do Ministro do Trabalho, suscitando a preliminar de intempestividade, visto que o ato atacado foi publicado no DOU de 1-7-80, bem como a prejudicial de ilegitimidade passiva, pois o impetrante pertence aos quadros da Petróleo Brasileiro S.A. — PETROBRAS, entidade pertinente à Administração Indireta, vinculada ao Ministério das Minas e Energia, e a ação da ilustre autoridade informante é restrita, por lei, aos servidores do Ministério do Trabalho; quanto ao mérito alega (lê fls.), em resumo, que «não há situa-

ção legal preterida pelo ato Ministerial impugnado, o qual, destarte, deixou de violar qualquer direito líquido e certo — fls. 15 e seguintes».

As informações do Ministro de Estado das Minas e Energia, após relatar minuciosamente os fatos, que culminaram no ato atacado, face à inexistência de interesse da administração no retorno do impetrante, evidenciado no pronunciamento da PETROBRAS e ressaltado nos pareceres — Consultoria-Geral da República, nº 39, de 26-6-80, e 1.160/83, de 24-5-83, da Consultoria Jurídica, dizem esperar a denegação do pedido à minguada de qualquer amparo legal — fls. 26 e seguintes.

As informações das duas autoridades ministeriais impetradas acham-se instruídas com documentos pertinentes ao pleito do impetrante.

O parecer da Subprocuradoria-Geral da República, da lavra do douto Subprocurador-Geral, Geraldo Andrade Fonteles, opina pela procedência das preliminares de intempestividade e de falta de legitimidade do Ministro do Trabalho, e, de meritis, no sentido do indeferimento do mandamus, por inexistir, no caso, lesão a direito líquido e certo do impetrante.

É o relatório.

#### VOTO PRELIMINAR

O Sr. Ministro Moacir Catunda: O despacho do Sr. Ministro do Trabalho, mandando remeter o processo contendo o pedido do impetrante para retornar à atividade, ao Sr. Ministro das Minas e Energia, por se tratar de reintegração de servidor em quadros da Petróleo Brasileira S.A. — PETROBRAS, entidade integrante da Administração Pública Indireta, vinculada à última pasta, foi publicado no DOU de 1º de julho de 1980 parte I, pág. 13061, conforme se apura do documento de fl. 22 e o próprio impetrante o assegura, na inicial, item I.

Considerada a data da publicação do ato administrativo atacado como sendo a da ciência afetiva do mesmo, pelo impetrante, tem-se que o pedido ajuizado em 22 de setembro deste ano, cerca de três anos após o decurso do prazo de 120 dias, para impetrar mandado de segurança, previsto no art. 18 da Lei nº 1.533/51, não tem condições de ser conhecido, pois o respectivo direito já caducara, pelo que o voto preliminar não toma conhecimento do pedido de mandado de segurança contra o Sr. Ministro do Trabalho.

### VOTO MÉRITO

No tocante ao mandado de segurança contra o ato do Sr. Ministro das Minas e Energia, foi impetrado para que, atendidas as exigências inscritas no § 3º do art. 17 do Decreto nº 84.143, de 1979, que regulamenta a Lei nº 6.683, de 1979, seja determinado o retorno do impetrante ao serviço ativo, na Refinaria Gabriel Passos, da PETROBRAS. A invocada Lei nº 6.683, de 1979, que concede anistia e dá outras providências, no art. 3º, dispõe que, II:

«O retorno ou a reversão ao serviço ativo somente será deferido para o mesmo cargo ou emprego, posto ou graduação que o servidor, civil ou militar, ocupava na data de seu afastamento, condicionado, necessariamente, à existência de vaga e ao interesse da administração.

O regulamento da referida lei, baixada com o Decreto nº 84.143/79, no art. 17, §§ 2º e 3º, dispõe:

«O retorno ou a reversão, em qualquer caso, fica condicionado à existência de vaga e ao interesse da administração».

#### § 1º omissis.

«§ 2º No caso de servidores civis, observar-se-á o seguinte:

I — o servidor, após o seu retorno, será incluído em quadro suplementar, o qual se constituirá sem prejuízo do número de vagas do quadro permanente;

II — o regime jurídico do servidor, em princípio será o mesmo referido à data de seu afastamento, assegurando-se-lhe o direito de opção pelo regime da legislação trabalhista, se for o caso;

III — Quando se tratar de servidor que integrava quadro ou tabela de órgão ou entidade extintos ou transformados, o retorno ou aposentadoria ocorrerá no mesmo cargo, em quadro suplementar, do órgão ou entidade que absorver suas atividades;

IV — a situação do servidor que tiver seu requerimento deferido, além do previsto neste artigo, obedecerá ao disposto na legislação em vigor;

V — na hipótese de concessão de aposentadoria aos que se encontravam afastados em virtude de demissão ou dispensa, cessará o pagamento da pensão concedida aos beneficiários do servidor, devendo ser calculados os proventos, com obediência às normas deste decreto.

§ 3º O retorno ou reversão de servidor civil fica sujeito à prova de capacidade do requerente, mediante inspeção médica, à observância do limite de idade estabelecido em lei, e, se necessário, à comprovação de nível de escolaridade exigido para o desempenho do cargo ou emprego».

Face ao disposto no § 3º, supra-transcrito, tenho como certo que a figura jurídico-administrativa de interesse público, de avaliação predominantemente subjetiva, em se tratando de servidor civil que ocupava cargo ou emprego, correspondentes a determinado quadro ou tabela, deste ou aquele órgão ou entidades, restou

declarada pelo legislador como regra de natureza objetiva, restrita aos requisitos de capacidade (mediante inspeção médica), limite de idade (estabelecido em lei), e escolaridade (mediante verificação do respectivo nível).

A jurisprudência do Tribunal, citada pelo impetrante, é no sentido de que o interesse da administração, legitimamente, não pode ser considerada ao nuto do administrador, e sim de maneira objetiva, com vistas à verificação dos citados requisitos.

No caso vertente apura-se que o ato atacado foi baixado com base no Expediente PRES nº 937/82, que, tendo em vista a defasagem tecnológica e a desatualização de conhecimentos decorrentes do largo tempo em que o requerente, e outros antigos empregados da PETROBRÁS, se encontram afastados dos empregos, reconheceu o desinteresse da administração no retorno deles à atividade, conforme dispõe o art. 3º, da Lei nº 6.683/79, e o Decreto nº 84.143, de 31-10-79 — fls. 56/69.

O argumento poderá adequar-se à situação de outros servidores relacionados no Expediente PRES nº 973/82, não, porém, à do impetrante, pois este quando foi demitido, exercia na empresa a modesta função de servente, fls. 5/81, para desempenho de cujas funções não se fazem necessários, evidentemente, os conhecimentos técnicos especializados referidos no ato impugnado.

Por estes motivos, concedo o mandado de segurança, nos termos do pedido.

#### EXTRATO DA MINUTA

MS nº 102.494-DF — Rel.: O Sr. Min. Moacir Catunda. Reqte.: Clélio Teixeira. Reqdos.: Exmo. Sr. Ministro de Estado das Minas e Energia e Exmo Sr. Ministro de Estado do Trabalho.

Decisão: O Tribunal, preliminarmente, por unanimidade, não conheceu do mandado de segurança em relação ao impetrado, o Exmo. Sr. Ministro de Estado do Trabalho, no mérito, também, por unanimidade, deferiu o pedido (T. Pleno — Em 19-12-83).

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Lauro Leitão, Carlos Madeira, Gueiros Leite, Washington Bolívar, Torreão Braz, Carlos Mário Velloso, Wilson Gonçalves, William Patterson, Bueno de Souza, Sebastião Reis, Américo Luz, Antônio de Pádua Ribeiro, Flaquer Scartezini, Costa Lima e Hélio Pinheiro, bem como o Sr. Ministro Armando Rollemberg. Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Otto Rocha, Adhemar Raymundo, Miguel Jerônimo Ferrante, José Cândido, Pedro Acioli, Leitão Krieger, Geraldo Sobral e Carlos Thibau. Licenciado o Sr. Ministro Jarbas Nobre. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro José Fernandes Dantas.

#### RECURSO CRIMINAL Nº 1.009 — DF

Relator: O Sr. Ministro Hélio Pinheiro

Recorrente: *Justiça Pública*

Recorrido: Antônio Pinto de Mesquita

#### EMENTA

Processual penal. Crimes de responsabilidade dos funcionários públicos. Procedimento.

A resposta preliminar, nos crimes de responsabilidade dos funcionários públicos, de que cogita o art. 514 do Código de Processo Penal, só deve ensejar a rejeição da denúncia quando dos elementos que proporcione resulte indiscutível a inexistência do crime ou a improcedência da ação. Se os elementos proporcionados no inquérito revelam, quantum satis, a prática pelo indiciado de fato que, em tese, configure o delito a ele imputado na denúncia, prudente se apresenta recebê-la, para que a procedência ou não do ilícito que lhe é imputado resulte plenamente apurada no regular curso do processo.

Recurso a que se dá provimento para receber a denúncia, dando-se prosseguimento ao processo.

### 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 ao recurso e receber a denúncia, para que o feito tenha regular prosseguimento, no Juízo a quo 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 novembro de 1983.  
(Data do julgamento) — Ministro Carlos Madeira, Presidente — Ministro Hélio Pinheiro, Relator.

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hélio Pinheiro: O Ministério Público Federal ofereceu denúncia contra Antônio Pinto de Mesquita, dizendo que:

«No dia 20 de março de 1982, cerca das 14:00 horas, o denunciado Antônio Pinto de Mesquita, que é fiscal da Delegacia Regional do Trabalho, apresentou-se ao gerente do Açougue Sousa, Elivaldo Ribeiro Matias, situado à Quadra 4 Comercial, Lote 5, no Setor Sul desta Cidade, dele solicitando o Quadro de Horário de Trabalho, que a firma ainda não tinha. À guisa de

desculpar a falta da empresa, em razão da própria função, o denunciado exigiu então do gerente, diretamente, para si, dois quilos de alcatra, recebendo-os e retirando-se incontinenti do estabelecimento, quando os guardou no seu próprio veículo, estacionado à frente do comércio, onde foram apreendidos posteriormente por policial em auto próprio.

Em seguida, dirigiu-se o denunciado ao Supermercado Lima, sito no Lote 1 da mesma Quadra, onde, usando do mesmo esquema, em razão da própria função, solicitou ao seu proprietário, diretamente, para si, a quantia de Cr\$ 2.000,00 (dois mil cruzeiros), que não chegou a receber face às imediatas providências do dito proprietário, Wilson Ferreira de Lima, em obter o auxílio policial para flagrar o denunciado.

É certo que tanto a mercadoria exigida e recebida no primeiro procedimento do denunciado, como o dinheiro solicitado no segundo, constituíam-se em indevida vantagem ao denunciado» (fl. 3).

Pelos fatos acima descritos deu-se o acusado como incurso nos arts. 316 e 317 c/c o art. 51, todos do Código Penal.

Firmou-se a denúncia em inquérito iniciado por Auto de Prisão em Fla-

grante, no qual inquirido o acusado e ouvidas seis testemunhas, as declarações de outras duas sendo tomadas no curso da investigação policial (fls. 22/23).

À fl. 25 requerimento de uma das vítimas solicitando devolução de dois quilogramas de carne bovina, em poder do acusado apreendida, a devolução processando-se após haver sido essa mercadoria examinada por peritos do Instituto de Criminalística, signatários do laudo de fls. 29/30vº.

Folha de antecedentes penais (fl. 31) aponta o réu como primário, deferindo-lhe o MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal do Gama — DF o direito de prestar fiança para em liberdade acompanhar o processo (fl. 38).

Recebida a denúncia, por despacho datado de 21 de maio de 1982 (fl. 2) foi ele interrogado, negando nessa ocasião, como já o fizera na Polícia, que tivesse praticado o fato objeto da denúncia (fls. 53/54).

À fl. 56, defesa prévia apresentada pelo advogado cujo nome foi indicado no interrogatório (fls. 56/57), a que se seguiu a realização do sumário, neste sendo ouvidas as testemunhas arroladas pela acusação (fls. 66/66vº, 67/67vº, 68/68vº e 69/69vº), uma das quais por precatória, no Estado do Rio de Janeiro (fl. 79).

Manifestou-se então o Ministério Público no sentido de estar o crime descrito na denúncia capitulado entre os que praticados contra a Administração Pública, ocorrendo que, no caso, vulnerada fora, pela conduta do acusado, a dignidade da função pública federal, tanto importando em deslocar para a Justiça Federal, na forma prevista pelo art. 125, inc. IV, da Lei Fundamental, a competência para o processo e julgamento do crime (fl. 70vº).

Acolhida essa promoção, pelo despacho de fl. 83, foram os autos da

ação penal remetidos para a Justiça Federal — Seção Judiciária do DF, sendo distribuídos à 2ª Vara (fl. 83vº), manifestando-se, então, o Ministério Público Federal no sentido de que fossem anulados os atos praticados a partir do recebimento da denúncia, cujos termos ratificava, e nos termos do art. 514 do Código de Processo Penal, se notificasse o acusado para a apresentação de resposta escrita (fl. 84vº), o que deferido pelo respeitável despacho de fl. 85.

No prazo a tanto destinado apresentada foi a resposta constante de fls. 88/92, que se fez instruir com os documentos de fls. 93/124.

Pela respeitável sentença de fls. 126/127 o MM. Juiz Federal, aceitando a justificativa apresentada, determinou o arquivamento do processo, por entender despidos de tipicidade os fatos apontados como crimes.

Dessa decisão, por irresignado, interpôs o Ministério Público Federal recurso em sentido estrito, as razões com que busca vê-la reformada constando de fls. 131/133.

Contra-razões do recorrido às fls. 137/138.

Nesta instância manifestou-se a douta Subprocuradoria pelo provimento do recurso, em parecer da laura da ilustre Procuradora da República Dra. Maria Alzira de Almeida Martins, aprovado pelo não menos ilustre Subprocurador-Geral da República Dr. Aristides Junqueira Alvarenga.

É o relatório.

#### VOTO

O Sr. Ministro Hélio Pinheiro (Relator): O parecer da douta Subprocuradoria bem posiciona os fatos, demonstrando, com propriedade, e apoiado em boa doutrina, que no delito de concussão a exigência, pelo funcionário, de indevida vantagem

em razão do cargo nem sempre se faz de modo claro.

Tal exigência, no ensinamento de Magalhães Noronha, com oportunidade citado no referido parecer, nem sempre é feita de modo expresso, podendo ao revés o concussionário agir de modo sub-reptício, como diz o mencionado autor, citando Carrara: «o funcionário venal não pede, mas faz compreender que aceitaria; não ameaça, mas faz nascer o temor de seu poder. Agora, o particular (houvesse ou não motivo justo de temer) compreende e teme; e oferece o dinheiro».

Esse é por igual o entendimento de Heleno Fragoso, em citação ao mesmo Carrara que em seu «Programa, § 2.575», dizia: «nem sempre o oficial se dirige a face descoberta contra o particular, dizendo-lhe: dá-me cem ou te ponho no cárcere, ou: dá-me cem ou te dito uma sentença condenatória. Essas maneiras são demasiadamente grosseiras e, por isso mesmo, são precisamente as mais raras».

A forma capciosa, matreira do agente, não intimidando diretamente a vítima, antes limitando-se a nela incutir o sentimento de temor, constitui o que Enrique Ramos Mejía em seu livro «El Delito de Concussión», denomina de concussão implícita ou fraudulenta a concretizar-se pela exigência da indevida vantagem através de uma forma de atuar em que o agente tão-só induz ao sujeito passivo (obra citada, Ediciones Depelma, Buenos Aires, 1963, pág. 66), não o ameaça às escâncaras, de modo expresso.

Ora, das declarações prestadas por testemunhas ouvidas no Auto de Prisão em Flagrante do indiciado resulta enunciada uma conduta que o compromete possibilitando tê-lo como autor de fato a configurar, em tese, o crime de concussão descrito na denúncia que a resposta de fls.

88/92 não se apresenta bastante para ilidir.

O mesmo sucede no tocante ao crime de corrupção ativa, que a testemunha Quintino Simão de Mendonça descreve com precisão à fl. 5:

«que por volta das 12:40 horas o depoente adentrou no Supermercado Lima para fazer compras; que presenciou ter o autuado solicitado de Wilson Lima a importância de Cr\$ 2.000,00 (dois mil cruzeiros), e dizendo ainda estas palavras complementares: «você me dá dois mil cruzeiros e está tudo certo»; que o depoente ouviu Wilson Lima dizer ao autuado que aguardasse um pouco, foi quando telefonou para a Polícia e os policiais chegaram logo em seguida detendo o acusado».

Trata-se de testemunha contra a qual nada se alega e sem nenhuma vinculação com a vítima, o seu depoimento devendo passar pelo crivo da instrução criminal, a prova nesta a ser produzida é que a final deverá evidenciar a procedência ou não das imputações feitas na denúncia ao recorrido.

Não me impressiona, como suficiente para a rejeição da denúncia, nos termos do art. 516 do Código de Processo Penal, o fato de haver o indiciado lavrado Auto de Infração contra o Supermercado referido na denúncia, pois essa autuação pode revestir ardiloso artifício, o que caberá apurar no curso do processo pela prova a ser nele produzida.

Dou assim provimento ao recurso e recebo a denúncia para que ao processo se dê regular prosseguimento.

É o meu voto.

#### EXTRATO DA MINUTA

RCr nº 1.009-DF — Rel.: O Sr. Min. Hélio Pinheiro. Recte.: Justiça Pú-

blica. Recdo.: Antônio Pinto de Mesquita.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso e recebeu a denúncia, para que o feito tenha regular prosseguimento, no

Juízo a quo (Em 25-11-83 — 3ª Turma).

Votaram com o Relator os Srs. Mins. Carlos Madeira e Adhemar Raymundo. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Carlos Madeira.