
JURISPRUDÊNCIA

AÇÃO RESCISÓRIA Nº 698 — RJ

Relator: O Sr. Ministro Antônio Torreão Braz

Autora: Gladys Petrina Estephens

Ré: União Federal

EMENTA

Ação Rescisória por ofensa a literal disposição de lei (CPC, art. 485, V).

Não cabe quando, ao tempo da decisão rescindenda, era controvertida a interpretação do texto legal regente da matéria (STF, Súmula 343).

Ademais, deve o autor indicar, com precisão, a regra jurídica que teria sido vulnerada pelo julgado objeto da impugnação.

Ação julgada improcedente.

ACÓRDÃO

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

Decide o Plenário do Tribunal Federal de Recursos, por maioria, julgar improcedente a ação rescisória, 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 fevereiro de 1982 (data do julgamento) — Ministro Aldir Passarinho, Presidente — Ministro Antônio Torreão Braz, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Antônio Torreão Braz: Arrimada no art. 485, inciso V,

do Código de Processo Civil Gladys Petrina Stephens, qualificada na inicial, quer desconstituir o acórdão proferido pelo Egrégio Tribunal Pleno, em grau de embargos, na Apelação Cível nº 34.694, no tópico em que determinou se submetesse ela à prova de suficiência, como requisito de readaptação.

Diz que o processo de apuração dos requisitos para a readaptação toma por base fatos pretéritos, ocorridos nos períodos de desvio e não posteriormente, não tendo fundamento na Lei nº 3.780/60 a exigência da prova de suficiência, criação inconstitucional do Decreto nº 60.856, de 15-6-67 e do Decreto-Lei nº 625, de 11-6-69. A comprovação de aptidão e habilitação para o exercício do novo cargo cabia ao próprio chefe imediato do funcionário, que procedia *ex officio*,

de acordo com os Decretos nºs 49.370/60 e 57.460/60.

Traz à colação julgados desta Eg. Corte no sentido da sua pretensão e termina por pedir a rescisão do acórdão impugnado e o rejuízo da causa.

Citada, contestou a União Federal, alegando que a autora não apontou, objetivamente, o dispositivo legal acaso violado, e aduzindo o descabimento da rescisória por ser a questão controvertida no Tribunal, como a própria acionante reconhece (fls. 114/115).

Razões finais às fls. 118/122 e 125.

Sem revisor (RI, art. 33, IX).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Antônio Torreão Braz (Relator): Senhor Presidente, o pedido assenta no art. 485, inciso V, do Código de Processo Civil.

A propósito do alcance desse permissivo legal, escrevi eu em voto na Ação Rescisória nº 775:

«Eu sou daqueles que vêem sentido mais elástico nesse pressuposto específico, assimilando-o ao de «direito expresso». Nesta consonância, a mim me parece irrelevante, a vacilação inicial da jurisprudência sobre a exegese de determinada regra jurídica.

Este é o pensamento do mestre Pontes de Miranda («Com. ao Cód. de Proc. Civil», 1975, Tomo VI/296), verbis. «Às vezes, a jurisprudência muda entre o proferimento da sentença e o último dia do biênio. Outras vezes, depois de proposta a ação. De modo que, no momento em que se vai julgar a ação rescisória, o direito já se acha diferentemente revelado. Dois acórdãos do Tribunal da Relação do Rio de Janeiro pretenderam (8 de junho de 1926, 1º de junho de

1928) que, sendo outra a revelação ao tempo da sentença rescindenda, não pode ser julgada procedente a ação rescisória. Estavam em erro. Não só é rescindível tal sentença, como o são quaisquer outras sentenças que tenham revelado erradamente o direito. A nova jurisprudência faz suscetíveis de rescisão a todas e só o biênio pode cobri-las contra o exame rescindente.»

A minha preocupação prendia-se, de começo, à segurança jurídica que deve advir da *res judicata*. Entretanto, afastei o temor quando verifiquei que o curto prazo assinado ao exercício da ação já oferecia escudo razoável no particular.

Concilia-se, destarte, sem maiores arranhões no sistema, o ideal de justiça com o ideal de segurança jurídica, ambos indispensáveis à paz social.

Ocorre que esta Egrégia Corte segue rumo diverso, na linha de entendimento do Supremo Tribunal Federal, cuja jurisprudência, condensada na Súmula nº 343, orientou-se no sentido de que «não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais.»

No RE nº 91.369-6, relatado pelo Ministro Moreira Alves, essa tomada de posição veio a ser confirmada, ut acórdão assim ementado (DJ de 29-2-80, pág. 975):

«Ação rescisória.

Se, ao tempo em que foi prolatada a decisão rescindenda, era controvertida a interpretação do texto legal por ela aplicado, não se configura a violação literal a dispositivo de lei, para justificar sua rescisão (art. 485, V, do CPC), ainda que a jurisprudência do STF venha, posteriormente, a fixar-se em sentido contrário. É

essa, aliás, a orientação seguida na Súmula nº 343. Recurso Extraordinário não conhecido.»

Na espécie concreta, ocorreu o mesmo fenômeno: conflitante a princípio, evoluiu a jurisprudência desta Colenda Corte até firmar-se no entendimento consubstanciado na Súmula nº 11, da inexigibilidade do exame de suficiência nas readaptações disciplinadas pelas Leis nºs 3.780/60 e 4.242/63.

Deste modo, tendo a decisão rescindenda aplicado preceito legal de exegese controvertida, é fora de dúvida que descabe o remédio rescisório fundado no citado art. 485, inciso V, do CPC.

De outra parte, na esteira da corrente dominante que interpreta restritivamente o conceito de «literal disposição de lei», a omissão da autora no apontar o comando normativo porventura vulnerado implica, igualmente, a inviabilidade da rescisória, visto como não se trata aqui de corrigir a inadequada aplicação do direito expresso, em face da narração do fato (*jura novit curia*), mas de remediar o ultraje a texto ou regra jurídica singular, cuja comprovação deve caber ao promovente.

A vista do exposto, julgo improcedente a ação e condeno a autora nas custas e nos honorários de advogado de 20% sobre o valor da causa, revertida em favor da ré a importância do depósito.

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Carlos Mário Velloso: Sr. Presidente, tenho sustentado a tese no sentido de que o dispositivo inscrito no art. 485, V, do Código de Processo Civil, não pode ser interpretado literalmente.

A sentença que viola literal disposição de lei é aquela que revela mal o direito, segundo a lição de Pontes de Miranda, e que o eminente

Ministro-Relator mencionou no seu voto.

Assim, não fico jungido à interpretação restritiva que empresta, a este dispositivo algumas decisões, ao impedir a ação rescisória, com base no art. 485, V, CPC, quando a sentença rescindenda baseou-se em texto legal cuja interpretação teria sido controvertida no Tribunal.

Quando o Tribunal evolui para uma jurisprudência e chega a fixá-la em súmula, tal como ocorre neste caso, acho que se tem uma demonstração cabal no sentido de que o entendimento perfilhado anteriormente revelava mal o direito.

Por outro lado, o objetivo do Tribunal, em primeiro lugar, é fazer justiça, e esse entendimento agrada-me profundamente, porque me permite, na instância da ação rescisória, retomar o passo e corrigir possível injustiça que fora praticada anteriormente.

Assim, com estas breves considerações, e prometendo juntar cópia do voto que preferi recentemente em matéria semelhante, nos EAR nº 410-RJ, meu voto, com a vênia devida ao eminente Ministro-Relator, é no sentido de julgar procedente a ação.

VOTO VOGAL

O Sr. Ministro William Patterson — Sr. Presidente, fui Relator de rescisória, perante este Colegiado, em que se discutia matéria idêntica. Naquela oportunidade, o Tribunal acolheu meu voto, por esmagadora maioria. Decidi atento ao enunciado da Súmula nº 343 do Egrégio Supremo Tribunal Federal, bem assim à recentíssima jurisprudência do Pretório Excelso, interpretando essa mesma Súmula, no que tange ao problema da sumulação do Direito.

Acompanho o eminente Relator.

VOTO

O Sr. Ministro Romildo Bueno de Souza: Senhor Presidente, os critérios que têm orientado a matéria foram estabelecidos numa época em que a jurisdição não era usualmente convocada para resolver litígios susceptíveis de tão freqüentes reiterações.

Toda a doutrina da coisa julgada e dos seus limites subjetivos de eficácia é antiqüíssima, elaborada quando as causas eram em pequeno número e as relações jurídicas se revestiam de características acentuadamente individuadas.

Não admira, portanto, que a função jurisdicional venha a enfrentar grandes dificuldades na administração da justiça em época como a nossa, tão diversa, em que os litígios se multiplicam a respeito de questões muitas vezes em tudo e por tudo semelhantes.

A estas necessidades a jurisprudência tem procurado atender através de construções inovadoras como as súmulas.

Não há dúvida de que, em determinados casos, o juiz tem sua sensibilidade especialmente espiciada por contornos particularíssimos. Mas as alternativas disponíveis são poucas: ou nos dispomos a rever (somente em consideração a um entendimento novo) o que a jurisdição já perfijou em numerosos casos (e, a ser assim, tornamo-nos devedores de idêntica prestação em todos os casos que se apresentarem com especiais características); ou mantemos uma das vigas mestras que orientam a prestação jurisdicional, a coisa julgada.

Ultrapasso as dificuldades apontadas pelo Sr. Ministro Carlos Mário Velloso, atentando para o fato de que, se nos dispusermos a atender às particularidades deste caso, coerentemente deveremos também dispor-

nos a rever os que sejam trazidos pela Procuradoria da República. E, então, a instabilidade se implantará nas decisões do Tribunal.

A coisa julgada, com os seus limites objetivos e subjetivos, impôs-se em prol da estabilidade das decisões, necessidade que vem sendo invariavelmente reconhecida ao longo do tempo.

É por vezes difícil a escolha; mas poderemos também ficar amanhã em dificuldade para manter o mesmo entendimento, quando contrário ao interesse de outro litigante, igualmente débil, econômica e socialmente.

Assim sendo, sensível embora às ponderações (como sempre tão pertinentes) do Sr. Ministro Carlos Mário Velloso (agora perfilhadas pelos Srs. Ministros Justino Ribeiro e Adhemar Raymundo), acompanho o voto do Sr. Ministro-Relator, para julgar a demanda improcedente.

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Pedro da Rocha Acioli: Sr. Presidente, acompanho o eminente Ministro Carlos Mário Velloso, data venia do entendimento do ilustre Ministro Torreão Braz, por entender que o MM. Juiz, na aplicação da lei, procurou atender aos fins sociais a que ela se destina e à exigência do bem comum, em consonância com o art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil.

Trata-se, em verdade, de funcionária que provou desvio de função, a ponto de conduzir o juiz a quo a decidir favorável à requerente. Neste Egrégio Tribunal reformou-se a decisão, a fim de submeter a requerente a exame de suficiência, e já havendo Súmula que dispensa tal exame de suficiência, com base na Lei de Introdução ao Código Civil, onde se estabelece que a Lei se destina aos fins sociais, e, ainda, mais, que o

direito não pode adotar uma posição inerte, voto no sentido da procedência da ação, na conformidade do voto do eminente Ministro Carlos Mário Velloso.

VOTO

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro: Sr. Presidente, embora o eminente Ministro Washington Bolívar tenha pedido vista, já tenho ponto de vista firmado sobre a matéria.

Em tema de rescisória lembra Luiz Eulálio Bueno Vidigal que «as injustiças, que possa acarretar determinado mecanismo de realização do direito, vêm a ser apenas o preço do bem-estar e da tranqüilidade gerais», acrescentando, que, em muitos casos, «no interesse da certeza e segurança do direito, a coisa julgada se torna inatacável e prevalece a injustiça». Daí por que só se justifica a ação rescisória quando a «natureza do vício causador da injustiça é de tal ordem que apresenta inconveniente maior do que o da instabilidade do julgado.» (Comentários ao CPC, Editora RT, 1974, vol. VI, págs. 3 a 5).

Nessa linha, referindo-se ao fundamento político da coisa julgada, ensina Amaral Santos que «a verdadeira finalidade do processo, como instrumento destinado à composição da lide, é fazer justiça pela atuação da vontade da lei ao caso concreto.»

«A procura da justiça, entretanto, não pode ser indefinida, mas deve ter um limite, por uma exigência de ordem pública, qual seja a estabilidade dos direitos, que inexistiria se não houvesse um termo além do qual a sentença se tornasse imutável». (Primeiras linhas de Direito Processual Civil, Saraiva, 3ª edição, 1969, 3º vol. pág. 41).

Dentro dessa orientação filosófica é que deve ser examinada a espécie, que concerne à rescisória fundamentada no art. 485, V, do CPC.

Ao assim proceder, penso que a expressão «violação a literal disposição de lei» não pode ter a extensão preconizada por alguns autores, como Pontes de Miranda, acompanhado, dentre outros, por Barbosa Moreira, para significar «violação do direito.»

A meu ver, o sentido que lhe pretendeu dar o legislador é restrito. Com efeito, bem argumenta Vidigal, que, a não se interpretar restritivamente a expressão «literal disposição de lei», vários itens do art. 485 do CPC se converteriam em disposições ociosas, como os que se referem a sentença proferida por juiz impedido (art. 134 do CPC); por juiz absolutamente incompetente (art. 113); com ofensa à coisa julgada (art. 471). (Opus cit., págs. 101-102).

Contestando o entendimento de Pontes de Miranda no sentido de que a nulidade da sentença decorre da violação do direito e não da violação da lei, aduz aquele ilustre processualista que «no direito moderno, a regra é a imutabilidade do julgado, depois de ter passado pelo crivo do duplo grau de jurisdição, a rescindibilidade a sua exceção.»

Daí porque há de prevalecer o entendimento do excelso Supremo Tribunal Federal, consubstanciado na sua Súmula 343. Tanto mais que tal entendimento foi reafirmado, não apenas num dos julgados citados pelo eminente Ministro Torreão Braz, Relator, mas em vários outros que tenho ensejo de assinalar. Assim, além do RE 89.824-SP (RTJ 91.312), do qual foi relator o eminente Ministro Moreira Alves, cabe citar o RE

89.328 (RTJ 91/970), Relator o eminente Ministro Cunha Peixoto, cuja ementa é de grande expressividade.

Diz o seguinte:

«Ação rescisória — Art. 485, V, do Código de Processo Civil.

Não se caracteriza a violação a literal dispositivo de lei (art. 485, V, do CPC) se, ao tempo em que foi proferida a decisão rescindenda, era controvertida a interpretação do texto legal nela aplicado, ainda que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal venha posteriormente a firmar-se em sentido contrário (Precedentes: RR.EE 89.824 e 89.833).

Recurso Extraordinário não conhecido.»

RE 89.328-SP, 1ª Turma, RTJ-91/970, Relator o eminente Ministro Cunha Peixoto.)

Trata-se, pois, de ementa interpretativa da Súmula 343 incisiva: mesmo que a jurisprudência do Supremo venha, posteriormente, firmar-se em sentido contrário àquela orientação tida por ocasião do proferimento do julgado rescindendo, ainda assim deve prevalecer a coisa julgada. E mais ainda: na Ação Rescisória nº 690-RJ, publicada na RTJ nº 94/481. Relator o eminente Ministro Soares Muñoz, é esse o mesmo entendimento.

No caso, a questão toda diz respeito à ocorrência ou não de violação, ao art. 5º do Decreto-Lei nº 625, de 1969, e, segundo já aqui salientado, à época em que foi proferido o julgado rescindendo, era, no Tribunal, controvertida a interpretação do citado preceito.

Por isso, com a devida vênia, reafirmando ponto de vista já aqui manifestado, acompanho o eminente Ministro Torreão Braz.

VOTO

O Sr. Ministro Aldir G. Passarinho: Sr. Presidente, voto com o eminente Ministro-Relator, não só em atenção a nosso recente julgado em caso idêntico, mas igualmente ao princípio consignado na Súmula 343, do E. Supremo Tribunal Federal, segundo o qual não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda estiver baseada no texto legal de interpretação controvertida nos Tribunais. Permito-me acrescentar que a questão referente a exigência do exame de suficiência era matéria, inclusive, que já se firmara neste Tribunal, embora por maioria, até quando o número de seus Ministros deixou de ser de treze. Depois é que houve a modificação. Mas, na composição anterior, o entendimento jurisprudencial desta Corte era assente no sentido da exigência. Aliás, falar-se em ofensa a literal disposição de lei não se tornaria fácil, de qualquer sorte, pois o que há no Decreto-Lei nº 625-69, conforme seu art. 5º, é exatamente que deve haver a discutida prova, que mais não seria — de acordo com o antigo entendimento desta Corte — senão a fórmula de atender-se ao requisito de aptidão, já previsto no art. 44 do Plano de Classificação de Cargos de 1960.

Assim, acompanho o Sr. Ministro-Relator.

VOTO VISTA

O Senhor Ministro Washington Bolívar de Brito: Senhor Presidente. Trata-se de ação rescisória em que

se pretende desconstituir acórdão do Plenário deste Tribunal, na Apelação Cível nº 34.694 (Embargos), ao fundamento de «violação de literal disposição de lei» (CPC, art. 485, inc. V), versando sobre pedido de readaptação, baseada na Lei nº 3.780/60, insurgindo-se contra a exigência da prova de suficiência que seria criação inconstitucional do Decreto nº 60.856/67 e do Decreto-lei nº 625/69.

Em verdade, a jurisprudência desta Corte, após tormentosas discussões e inúmeros julgados conflitantes, terminou no remanso do enunciado da Súmula nº 11, tendo por não-exigível a prova de suficiência do art. 5º do referido Decreto-Lei nº 625/69.

Pedi vista, não obstante ser o último a votar o presente caso e sem qualquer possibilidade de alterar o resultado, com o meu voto, qualquer que fosse sua inclinação, porque pedira vista, anteriormente, de outros casos semelhantes, quanto ao motivo de rescindir, isto é, ofensa a «literal disposição de lei», quando este Tribunal terminara por pacificar seu entendimento mediante súmulas.

Pondo de parte qualquer discussão doutrinária, já versada, nos autos, com brilho, pelo próprio eminente Relator, concluo, como Sua Excelência, fazendo ressalva do meu ponto de vista que se afeiçoa à tese defendida, entre outros, por Pontes de Miranda, quanto à interpretação da-quele dispositivo processual.

Não posso, todavia, ignorar o enunciado da Súmula nº 343, do Egrégio Supremo Tribunal Federal, confirmado em várias oportuna-

des. A situação que ela descreve é a patenteada nos autos.

Ante o exposto, acompanho o eminente Relator, julgando improcedente a ação, condenando a autora nas custas e honorários advocatícios, no percentual por ele estabelecido, e com igual consequência quanto ao destino do depósito.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

AR 698-RJ — Rel.: Sr. Min. Antônio Torreão Braz. Autora: Gladys Petrina Stephens. Ré: União Federal.

Decisão: Prosseguindo no julgamento, o Tribunal, por maioria de votos, julgou improcedente a ação rescisória, vencidos os Srs. Mins. Carlos Mário Velloso, Justino Ribeiro, Adhemar Raymundo, José Cândido, e Pedro Acioli (Em 25-2-82 — Pleno).

Os Srs. Mins. Otto Rocha, William Patterson, Romildo Bueno de Souza, Pereira de Paiva, Sebastião Reis, Antônio de Pádua Ribeiro, Flaquer Scartezzini, Armando Rollemberg, Moacir Catunda, José Dantas, Lauro Leitão, Carlos Madeira, Gueiros Leite, Washington Bolívar votaram com o Relator. Não participaram do julgamento os Srs. Mins. Peçanha Martins, Wilson Gonçalves, Miguel Jerônimo Ferrante, Américo Luz e Jesus Costa Lima. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Aldir G. Passarinho, Vice-Presidente.

AÇÃO RESCISÓRIA Nº 770 — RJ

Relator: O Sr. Ministro Antônio Torreão Braz

Autora: Júlia da Costa Monteiro

Rês: União Federal e Arthemisia Soares Mendes

EMENTA

Ação rescisória com fundamento no art. 485, incisos V e IX, do Código de Processo Civil.

Ofensa a literal disposição de lei e erro de fato.

Alegação que não procede, visto como o acórdão rescindendo julgou o litígio à luz dos elementos probatórios existentes no processo, dando interpretação razoável ao art. 5º e parágrafos da Lei nº 4.069/62.

Erro quanto a fato amplamente discutido pelas partes não serve de causa à rescindibilidade, refletindo apenas injustiça da decisão.

Ação julgada improcedente.

ACÓRDÃO

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

Decide a 1ª Seção do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, julgar improcedente a ação, condenando a autora nas custas, na reversão do depósito e em honorários de advogado em favor das rês, divididos esses valores entre as mesmas na proporção de 50% para cada uma, 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 outubro de 1981 (data do julgamento) — Ministro Aldir Passarinho, Presidente — Ministro Antônio Torreão Braz, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Antônio Torreão Braz: Júlia da Costa Monteiro, qualificada na inicial, com arrimo no art. 485, incisos V e IX, do Código de Processo Civil, propõe ação rescisó-

ria contra Arthemisia Soares Mendes e a União Federal, com o objetivo de desconstituir o acórdão da Egrégia Quarta Turma, na Apelação Cível nº 55.683, relatado pelo Ministro José Dantas.

Aduz que o aresto impugnado reformou a sentença de primeiro grau e assegurou à ré Arthemisia Soares Mendes metade da pensão deixada por seu companheiro Anastácio da Silva Monteiro, pai dela — autora, louvando-se, para tanto, na prova colhida em justificação requerida pelo instituidor perante Auditoria Militar.

Rebate a veracidade desses elementos probatórios, argumentando:

«É preciso porém, que se diga que, na justificação em causa, há afirmativa falsa, quando o seu requerente declara na petição inicial endereçada ao Dr. Juiz da 1ª Auditoria da 1ª Região Militar, em 8-8-72, verbis:

«O requerente tem dois filhos com Da. Arthemisia Soares Mendes, e de acordo com a sentença que decretou o seu desquite e acórdão que o homologou, não está

obrigado a prestar assistência de qualquer natureza à sua ex-esposa».

Todavia, lendo-se a cláusula 3ª do desquite, referida pelo justificante, a conclusão é outra, e essa falsa declaração se desmente com a transcrição da referida cláusula, verbis:

«III — O mesmo cônjuge se obriga a fornecer à outra a título de pensão alimentícia, a quantia de quinhentos mil réis, mensais, entregues por intermédio do Banco do Brasil, logo depois de efetuado o pagamento dos seus vencimentos militares.»

De outra parte, relegou-se ao menosprezo a lei e a orientação pretoriana no sentido de que a viúva favorecida com alimentos, em cláusula de desquite não anulada pelo Judiciário, tem direito à pensão militar, com reversão às filhas do instituidor, que preferem à companheira.

Salienta que a lei estabelece ordem rígida de preferência no elenco dos beneficiários, escrevendo, em seguida:

«Não se pode admitir, como aconteceu no julgamento da Apelação Cível nº 55.683, aceitar-se que a pensionista esposa que sobreviveu ao seu marido, inocente e beneficiária de pensão alimentícia no desquite, levando vida honesta pudesse ser alijada ou, mais propriamente dito, preterida pela companheira do de cujus, pois, como disse o Egrégio S.T.F., a viúva desquitada, sem culpa, e com alimentos deferidos no acordo de desquite, homologado pelo Poder Judiciário, ou mesmo sem alimentos na sentença de desquite, é credora absoluta da pensão pela presunção de inocência, que só pode ser elidida através de ação própria.»

Terminou pedindo a procedência da ação, com a conseqüente restau-

ração da sentença de inferior instância.

Citadas as rés, declarou a União Federal, que como fonte pagadora, não tinha interesse no desate da questão (fls. 69). Quanto a Arthemisia Soares Mendes, ofereceu a contestação que se vê às fls. 78/80, na qual ressalta que o pai da autora, em documento encaminhado à Secretaria Geral do Ministério da Guerra, «esclareceu que desde 1946 a sua ex-esposa vivia na companhia de Fernando de Oliveira Bacelar». Não poderia, pois, referida senhora receber o questionado benefício, mesmo porque, em 1969, assinou declaração onde afirma, que por livre e espontânea vontade, havia deixado de perceber a pensão alimentícia do seu ex-esposo. «O de cujus — arremata — não preferiu o caminho tortuoso da justificação judicial, para inscrever sua companheira como sua dependente. Esta era e é a única forma legal, já que a ligação de sua ex-esposa com o Sr. Fernando de Oliveira Bacelar era pública e notória e isso afirmaram as testemunhas na justificação feita em 1962. A mãe da autora morreu em 1970 e nunca contestou a suspensão da pensão, face à justificação».

As partes arrazoaram às fls. 113/118 e 120/121.

Sem revisor (RI, art. 33, IX).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Antônio Torreão Braz (Relator): Senhor Presidente: No voto que proferiu, o relator do v. acórdão rescindendo, eminente Ministro José Dantas, após referir-se à obrigação de pensionar a esposa, que o pai da autora se impusera em cláusula de desquite por mútuo sentimento, ressaltou:

«Contudo, deve-se consideração a importantes fatos supervenientes

à sentença, e vinculados estreitamente ao parágrafo daquela cláusula alimentar, fatos esses argüidos em vida pelo marido, como declarados pela própria alimentanda em expressa renúncia à pensão.

Refiro-me, em primeiro plano, ao incontestado fato de que a desquitada veio a viver maritalmente com terceiro, conforme anotação oportunamente feita perante a repartição militar, no concernente à declaração de herdeiros. A tal fato me refiro para vê-lo conotado juridicamente com o citado parágrafo clausular, tocante a não subsistir a obrigação, considerando-se exonerado o desquitando, pela prática de ato da esposa contrário ao bom procedimento moral e ao respeito devido ao outro cônjuge.

É certo que se trata de anotação unilateral. Mas, se a sua veracidade nunca foi contestada — pela esposa ao ser excluída da relação de beneficiária, ou pela filha que integrou esta ação —, parece não se dever desprezá-la como fonte primária da exoneração do marido a prestar alimentos, tanto mais porque, desde ali, considerando-se ele desobrigado, tal como acordara no desquite, notícia não há de que a esposa tenha reclamado contra a exoneração oficialmente consignada para os efeitos em causa.

Doutro lado, e com força absoluta para a confirmação daquela exoneração, sucede a habilitação da desquitada à pensão deixada por morte de um filho do casal. Essa habilitação dependeu de manifesta opção entre os alimentos pactuados no desquite e a pretendida pensão previdenciária.

Considere-se que, no tocante a todos esses fatos, há robusta prova escrita, da qual se deve destacar o documento de fls. 12, datado de 1959, firmado pela desquitada e textual de que deixou de receber

pensão do marido por vontade própria; o documento se casa com o transcrito na sentença a fls. 126, via do qual, naquela mesma época, o marido declarou perante a instituição previdenciária que a esposa deixara de reclamar alimentos desde quando passara a viver da exclusiva dependência econômica do filho».

Trasladei esse longo tópico para deixar às claras os fatos da causa, que não se coadunam com a narrativa da petição inicial, nem autorizam a conclusão de que o v. aresto impugnado se posicionara em frontal antagonismo a literal disposição de lei. Antes, pelo contrário, tal como anotado no voto condutor, ofereceram eles suporte bastante à aplicação do art. 5º parágrafos 3º, 4º e 5º, da Lei nº 4.069, de 11-6-1962, na conformidade da jurisprudência já assente nesta Eg. Corte, por isso que indubitáveis o convívio **more uxorio** por mais de vinte anos e a desobrigação de pensar a ex-esposa.

De todo irrelevante, por isso mesmo, a falsa declaração em que teria incidido o instituidor ao formular o pedido de justificação, de vez que o v. acórdão rescindendo nela não se fundou, mas em documentos e provas outras cuja autenticidade se reputou indiscutível.

Afigura-se-me impertinente, no caso, a alegação de que cláusula de desquite amigável só pode ser alterada por intermédio de ação própria. Seria de observar-se o princípio na hipótese de controvérsia entre o casal, porque até a lógica comum está a indicar este caminho como o único plausível. Aqui, entretanto, a própria esposa é que dispensou a pensão alimentícia e o fez, dentre outras razões, conforme assinalou o acórdão (não se provou o contrário), para poder habilitar-se à pensão deixada por um filho. Ademais, em se tratando de matéria de marcante finalida-

de social, os aspectos formais não de ceder lugar à realidade dos fatos, à qual deve o intérprete afeiçoar o comando legal.

No atinente ao pressuposto do art. 485, inciso IX, do CPC — erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa — só serviria como causa de rescindibilidade se não tivesse havido controvérsia ou pronunciamento judicial sobre esse mesmo fato, a teor do disposto no parágrafo 2º. Ora, os fatos aduzidos pela autora foram amplamente discutidos no processo e neles se louvou a Colenda Turma para lavar o seu veredicto. De resto, ainda que abstraída tal questão preliminar, considere-se a ausência completa de indicação de haver o v. acórdão rescindendo admitido fato inexistente, ou reputado inexistente, fato efetivamente ocorrido, em ordem a configurar o erro de que cogita a citada regra processual.

Diante do exposto, julgo improcedente a ação e condeno a autora nas custas e nos honorários de advogado que arbitro em Cr\$ 2.000,00 (dois mil cruzeiros), revertida em favor das res a importância do depósito. A ver-

ba honorária e o depósito devem ser repartidos entre as rés na proporção de cinquenta por cento (50%) para cada uma.

EXTRATO DA MINUTA

Ação Rescisória nº 770 — RJ —
Rel.: Sr. Min. Antônio Torreão Braz.
Autora: Júlia da Costa Monteiro.
Réis: União Federal e Arthemisia Soares Mendes.

Decisão: A Seção, por unanimidade, julgou improcedente a ação, condenando a autora nas custas, na reversão do depósito e em honorários de advogado em favor das rés, divididos esses valores entre as mesmas na proporção de 50% para cada uma. (Em 21-10-81 — 1ª Seção).

Os Srs. Mins: Otto Rocha, William Patterson, Adhemar Raymundo, Peireira de Paiva, Flaquer Scartezini, Lauro Leitão e Gueiros Leite votaram com o Relator. Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Peçanha Martins, Carlos Madeira e José Cândido. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Min. Aldir Passarinho.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 40.784 — SP

Relator: O Sr. Ministro Justino Ribeiro

Agravantes: SAMCIL S/A Serviços de Assistência Médica ao Comércio, Indústria e outros

Agravada: Caixa Econômica Federal — CEF

EMENTA

Processual. Execução. Dispensa de avaliação. Unicidade da perícia. Honorários de perito e custas.

1) Dispensa de avaliação. Embora o art. 818 do Código Civil esteja superado pelo Código de Processo Civil, diante do art. 681, inciso I, deste, é de se entender a disposição do pacto de garantia feita com base naquele, como estimativa do devedor a ser ratificada ou não em juízo. A avaliação passa, assim, a depender de audiência das partes.

2) Unicidade da perícia. Em face do art. 680 do CPC, não se pode entender a avaliação, que é perícia, senão como um todo. O laudo há de ser uno, abrangendo a totalidade dos bens penhorados. Somente ao Juiz, a pedido da parte, é dado liberar os que excedam a necessidade de garantia da execução.

3) Honorários de perito ou de avaliador. Não integram as custas em sentido estrito, a que se refere o art. 13 da Lei n.º 6.032/74. Por isto, não fica o andamento do processo ou o atendimento a qualquer pedido da parte, condicionado ao seu depósito ou pagamento. Trata-se de interesse de terceiro, com amparo específico (art. 585, V do Código de Processo Civil). De repelir-se, assim, a praxe que a respeito se vem insinuando na 1ª instância.

ACÓRDÃO

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

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

Custas como de lei.

Brasília, 22 de abril de 1981 (data do julgamento) — **Ministro Justino Ribeiro**, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Justino Ribeiro: Em ação executiva proposta aos agravantes pela Caixa Econômica Federal e que, segundo relata a minuta de agravo, estivera suspensa por duas vezes a pedido das partes, o Dr. Juiz, terminado o prazo da segunda suspensão e sem nova manifestação dos interessados, houve por bem mandar avaliar os bens penhorados, constituídos de diversos imóveis.

Surpreendida com essa determinação — segue a minuta — a exequente, que não estaria interessada na

medida, requereu fosse determinada a imediata devolução dos autos por parte do avaliador «independente de avaliação», o que foi deferido pelo Dr. Juiz. Sucede que houve nisto certa demora e, quando os autos voltaram a Cartório, o avaliador fez juntar laudos parciais, compreendendo dois dos imóveis, disse já haver vitória dos outros dois e pediu arbitramento de honorários. Acrescenta a minuta que, não obstante o citado pedido da exequente e vários requerimentos dos executados agravantes, mostrando a inoportunidade da avaliação (inoportunidade esta decorrente não só de o contrato de financiamento haver sido precedido de avaliação dos bens hipotecados, com cláusula de aplicação do art. 818 do Código Civil, mas também de estarem as partes estudando a possibilidade de transação), não obstante isto — é ainda afirmação da minuta — o Dr. Juiz houve por bem determinar, *ad cautelam*, o prosseguimento da avaliação, ao mesmo tempo arbitrando em 1% os honorários a serem pagos ao avaliador por aqueles laudos parciais.

2. Daí o agravo, em que os executados, além de pedirem que seja cancelado esse arbitramento de honorários e a suspensão da avaliação até

que seu prosseguimento seja solicitado pela exequente, querem a reforma da mesma decisão na parte em que, sem audiência da exequente como requereram, mandou excluir da penhora os imóveis referidos na petição trasladada a fls. 68/70.

3. Quanto aos honorários, admitem os agravantes que os imóveis avaliados excedem de muito o valor de dez (10) salários mínimos e que a Tabela V da Lei nº 6.032/74 realmente estabelece, em tal caso, honorários de 1% do valor dos bens avaliados. Mas ponderam que dessa taxa resultam, apenas em relação aos dois imóveis avaliados, honorários de Cr\$ 1.025.485,81, o que daria, ao se completar a avaliação de todos os bens, mais de dez milhões. Consideram isto absurdo em relação aos valores do mercado de trabalho. Assim, entendem que no caso deveriam ser levadas em conta as observações 2 e 3 da referida Tabela.

Para a suspensão da avaliação, invocam a já aludida cláusula 8ª do contrato de financiamento que adotou o valor então encontrado para os imóveis hipotecados e previu que a hipótese se regeria pelo art. 818 do Código Civil, ficando reservado à CEF o direito de pedir nova avaliação. Donde extraem que somente por manifestação expressa da Caixa poderá a avaliação ter prosseguimento.

Finalmente, sobre a parte em que a decisão mandou excluir da penhora os imóveis referidos na petição trasladada a fls. 68/70, dizem que o Dr. Juiz se equivocou. O pedido compreendia não só essa exclusão mas também a substituição desses imóveis por outros bens e, ainda, como não podia deixar de ser, a manifestação prévia da exequente. Querem, pois, que a decisão seja cassada para que o pedido seja reexaminado em forma correta.

4. Intimada, a Caixa não ofereceu contraminuta (fls. 103v).

O Dr. Juiz não se reconsiderou (fls. 104).

5. A douta Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se a fls. 112/117, em minucioso parecer do Dr. Arnaldo Setti. Inicialmente, assinala a existência do Mandado de Segurança nº 88.032 — SP, impetrado perante este Tribunal, versando o mesmo assunto, transcreve o parecer emitido pelo mesmo ilustre Procurador nesse mandado de segurança e diz da conveniência de se reunirem os dois processos para julgamento conjunto. A seguir, passa ao exame do mérito e conclui opinando pelo provimento, pois entende que os agravantes estão cobertos de razão. Transcrevo, no essencial, o parecer, verbis:

«A peça recursal está muito bem posta e demonstra estarem os agravantes cobertos de razão. Verificamos que as partes contendoras encontravam-se em fase de entendimentos para acerto, o que motivava suspensões do curso da ação, quando, sem provocação de nenhuma delas, o MM. Juiz a quo mandou fazer a avaliação de dois dos imóveis penhorados, sendo de notar que existia um valor pré-estabelecido, de comum acordo, no contrato firmado entre as partes, valor esse que poderia ser objeto de nova avaliação se assim o desejasse a Caixa Econômica Federal. Esta, entretanto, não requereu a avaliação que o MM. Juiz a quo mandou fazer em acolhimento a mera e maliciosa informação cartorária.

7. Destaquemos as palavras dos Agtes. sobre o «trabalho» do perito:

«Os «laudos» apresentados

Embora sem pretender, neste Recurso, tecer comentários sobre os laudos de fls., não podemos deixar de observar que a pressa demonstrada pelo Sr. avaliador

em entregar os fragmentos de avaliação de fls. 116/120 e 127/131, resultou na limitação de seu trabalho à simples correção monetária das avaliações procedidas pela CEF, cujos valores são os constantes da escritura de financiamento lavrada em 28-2-75 (fls. 10/30), respectivamente, para os imóveis do «Centro Hospitalar SAMCIL ABCD S.A.», situada em Diadema — SP (fls. 12 Vº) e do «Hospital SAMCIL São Bernardo Ltda», de São Bernardo do Campo — SP (fls. 13).

Aliás, em ambos os casos, depois de uma singela descrição dos imóveis, em parte também copiada da mencionada escritura (fls. 12 vº e 13), o «avaliador» simplesmente acrescenta que «estima o valor mais provável» dos respectivos terrenos e edificações nos montantes ali indicados (cf. fls. 117-120-128 e 131)...»

8. No concernente ao arbitramento da honorária, nós nos defrontamos com um incrível absurdo, ao verificar o montante que o MM. Juiz a quo pretende que se pague ao perito, por uma avaliação que não foi requerida e por um trabalho de cópia, com atualização monetária. Temos, ainda, a destacar, que, a prevalecer o absurdo critério estabelecido pelo MM Juiz a quo o pagamento do perito, após a avaliação de outros imóveis, ascenderia a mais de dez milhões de cruzeiros, o que, decididamente, seria uma insanidade.

9. A fixação da verba honorária por trabalhos periciais há que se pautar sempre pelo bom senso que determina a obediência a vários e importantes fatores, o que não ocorreu no caso em foco. Como se fixar um salário astronômico por um trabalho não pedido e que se limitou a copiar escrituras, com aplicação de correção monetária? Como se pagar um perito, quando

as partes suspendem o curso do litígio para um acerto?

10. Quanto ao segundo item do resp. despacho agravado, temos a considerar a determinativa de exclusão do auto de penhora dos imóveis de fls. 85/11 e 115. A respeito falam os Agtes.:

«Ora, o que pretendeu a executada com sua petição de fls. 85/114 foi simplesmente corrigir um involuntário engano da inicial e, conseqüentemente, do auto de penhora, eis que, conforme documentos juntados, dois dos imóveis deveriam ser excluídos e um terceiro penhorado. Porém, ressalte-se, isso somente após a indispensável concordância da exequente, conforme expressamente requerido (fls. 87) e no intuito de evitar prejuízos, não só das partes, como de terceiros alheios à lide (cf. fls. 122/123).

11. Quanto ao terceiro item do resp. despacho recorrido, precisamos enfatizar que não tem sentido algum o prosseguimento, por cautela, da avaliação dos demais imóveis penhorados, simplesmente, porque a Caixa Econômica Federal, credora, não solicitou avaliação alguma. Muito ao contrário, expressou-se contra sua realização.

12. Algo esquisito, também, existe na determinação do MM. Juiz a quo de determinar o imediato recolhimento dos honorários arbitrados, condicionando coisas que não se relacionam» (fls. 114/116).

6. A respeito do Mandado de Segurança nº 88.032 — SP, inicialmente distribuídos ao eminente Ministro Antônio Torreão Braz e, depois, redistribuído a mim, devo esclarecer que, processado com medida liminar, já foi julgado, tendo a egrégia 2ª Seção acolhido por maioria o voto que proferi. Decidiu-se pelo julgamento autônomo e antecipado da im-

petração, desde que limitada a efeitos que o agravo não podia alcançar, e concedeu-se a ordem em parte, in verbis:

«... tão-só para sustar a ordem de depósito da importância arbitrada e, outrossim, determinar que o Dr. Juiz se abstenha de prosseguir na avaliação e de qualquer outra providência não requerida pelas partes relativamente à mesma, até a solução definitiva e exequível do agravo interposto do despacho objeto da impetração».

(Cf. acórdão da 2ª Seção no MS 88.032 — SP, julgado em 4-11-80).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Justino Ribeiro (Relator): Os traslados noticiam, sem dúvida, fatos que impõem ao espírito certa interrogação, justificando as sugestões, pelos agravantes, de procedimentos menos corretos, e a veemência do parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República. Como exemplo, aponto, em primeiro lugar, o fato de a informação de que os autos se achavam em fase de avaliação (fls. 60), tachada de capciosa no parecer, estar subscrita, não pelo Diretor da Secretaria como pareceria normal, mas por outro funcionário, e de que o Dr. Juiz, a quem os autos foram conclusos, logo a tenha adotado, dispensando-se de ouvir as partes como fizera seu colega ao se vencerem anteriores prazos de suspensão do feito. Em segundo lugar, registro o fato realmente inusitado de, no mesmo dia da publicação do despacho designando o avaliador, haver este sido localizado para assumir compromisso e receber os autos (fls. 61/63), ao passo que para se haver a devolução destes mesmos autos surgiram as dificuldades registradas a fls. 64v/67, inclusive porque no livro de carga de autos

constava telefone diferente do anotado no compromisso (fls. 62 e 64v). Finalmente, anoto, em terceiro lugar, o lapso certificado a fls. 88, pelo qual aconteceu que a petição pela qual a agravante impugnara a junta de laudos parciais com pedido de arbitramento de honorários, deste modo se fragmentando a perícia, só viesse aos autos após a decisão objeto do agravo (fls. 87/91).

2. Todavia, esses fatos, meros indícios de possíveis influências no plano subjetivo, não podem pesar na decisão a ser proferida aqui neste processo cível. Ao que consta de fls. 88, os autos estiveram, na ocasião, na Procuradoria da República, órgão do Ministério Público junto ao Juízo de 1º grau. Teve, pois, o **custos legis** a oportunidade adequada para requerer, ou mesmo promover, com os poderes que a Constituição e as leis lhe conferem, as sindicâncias indispensáveis. Não o fazendo, a questão ficou reduzida a meros indícios que não podem ser considerados aqui.

3. Isto posto, entro no exame objetivo das decisões agravadas que têm os seguintes teores:

«Arbitro em 1% os honorários do avaliador, na forma do Regulamento de custas, relativos aos laudos já vinculados aos autos às fls. 116/120 e 123/131, que deverão ser depositados em cinco dias pela exequente.

Ficam excluídos do Auto de Penhora, referente aos imóveis de fls. 85/114 e 115.

Prossiga-se, ad cautelam a avaliação dos demais imóveis restantes que foram penhorados para garantia do débito ajuizado, uma vez que não existem outras irregularidades.» (fls. 87/88).

«Recolhidos os honorários arbitrados a fls. 134/135, defiro por 30 dias.» (fls. 94).

4. Tendo sido a primeira decisão confirmada a fls. 92, com intimação em 24-5-79, e trazendo a 2ª esta mesma data, é tempestivo o agravo, entrado em 29 subsequente (fls. 2).

5. Conforme traslado a fls. 14/42, constava dos autos o teor do contrato de mútuo, em cuja cláusula 8ª se lê em garantia, com remissão expressa ao art. 818 do Código Civil, que reza:

«É lícito aos interessados fazer constar das escrituras o valor entre si ajustados dos imóveis hipotecados, o qual será a base para as arrematações, adjudicações e remissões, dispensada a avaliação.»

6. Esse dispositivo, uma das muitas incursões do Código Civil no campo do direito processual, há de se ter hoje por superado pelo CPC. Diante, porém, do art. 684, item I, deste, que diz não se proceder à avaliação se, verbis:

«O credor aceitar a estimativa feita na nomeação de bens»,

o contrato feito com remissão a ele deverá, sem dúvida, ser tomado como estimativa do devedor, a ser ratificada ou não em juízo.

Tenho, pois, com a devida vênia, que a nomeação de avaliador sem audiência das partes foi, no caso, medida apressada e sem respaldo legal.

7. Por outro lado, resulta igualmente sem apoio legal o arbitramento de honorários pelos trabalhos parciais apresentados pelo avaliador. Em face do art. 680 do CPC, não se pode entender a avaliação, que é perícia, a não ser como um todo, abrangendo a totalidade dos bens penhorados, pois que seu escopo é a alienação deles para a satisfação do credor e encerramento da execução. O laudo há de ser uno, o que resulta, inclusive, da disposição do § único do art. 681, que autoriza o Perito a sugerir desdobramentos quando o imóvel comportar divisão cômoda mas

não lhe permite apresentar avaliação apenas de uma das partes. Cabe somente ao Juiz, após a avaliação e a requerimento da parte interessada, julgar da suficiência de certos bens para garantia da execução, liberando da penhora os demais.

O laudo, pois, há de ser uno e uma a avaliação. A apresentação de um laudo para cada imóvel e o arbitramento parcial de honorários, como se deu no caso, equivale a fragmentação inadmitida em lei, sendo totalmente nulo.

8. Outrossim, suposto admissível tal procedimento, não poderia o Dr. Juiz condicionar o atendimento de qualquer pedido da parte ao depósito desses honorários. Tal não me parece permitido nem mesmo finda a perícia ou avaliação. Sei que, neste caso, se vem insinuando certa praxe nas Varas Federais. Mas eu a considero resultado de interpretação incorreta do art. 13 da Lei nº 6.032/74, que evidentemente se refere às custas propriamente ditas, devidas à União, e não às despesas processuais que somente entram no conceito de custas lato sensu, por isto que excepcionadas pelo § único do art. 3º da mesma lei.

Relativamente a tais verbas, de interesse de terceiros chamados a colaborar com a Justiça, a lei confere a estes meios próprios de havê-las. São títulos executivos extrajudiciais (art. 585, V, do CPC) e podem ser cobrados em ação executiva autônoma. Considero ilegal e arbitrária, data venia, a determinação do Juiz fixando prazo para que as partes depositem essas despesas, ainda por cima condicionando a isto a marcha do processo.

9. Quanto à taxa estabelecida para tais honorários, não dou razão aos agravantes. Trata-se de mais uma determinação empírica e altamente condenável da Tabela V da Lei 6.032/74, que, no seu item II, letra d,

claramente prevê para o caso essa taxa de 1% (um por cento), e ainda impõe o piso de 1 (um) salário-mínimo. Trata-se de absurdo idêntico ao teto de 3 salários-mínimos para o Perito, previsto no item III da mesma Tabela. É preciso que alguém chame a atenção do legislador para esses disparates que afetam, também, o art. 20, § 3º, do CPC. Mas, enquanto lei, ao Juiz não resta outro caminho senão o de aplicá-la. As observações que acompanham a Tabela não favorecem os agravantes.

10. Todavia, esta questão me parece sem importância porque, como exposto acima, entendo que tanto a nomeação de avaliador como o arbitramento de honorários e a determinação de seu depósito são nulos.

11. Finalmente, quanto à determinação de exclusão de bens da penhora sem audiência da exequente e

sem sua substituição por outros, como requerido pelos agravantes, é também de anular-se, por evidente o equívoco do douto Magistrado ao proferi-la.

12. Ante o exposto, dou provimento integral ao Agravo, para anular as decisões em questão.

EXTRATO DA MINUTA

Ag 40.784 — SP — Rel.: Min. Justino Ribeiro. Ágtes.: SAMCIL S.A. Serviços de Assistência Médica ao Com. Ind. e outros. Agda.: Caixa Econômica Federal — CEF.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao agravo. (Em 22-4-81 — 5ª Turma).

Os Srs. Mins. Sebastião Reis e Pedro Acioli votaram com o Relator. Impedido, o Sr. Min. Moacir Catunda. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro Justino Ribeiro.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 40.833 — SP

Relator: O Sr. Ministro Américo Luz

Agravante: Alzir Schmiedel

Agravada: União Federal

EMENTA

Execução Fiscal. Leilão (artigo 686, inciso VI, do Código de Processo Civil).

Não tendo havido licitantes na 1ª praça, impõe-se a entrega do bem a quem mais der, no leilão que se lhe segue, uma vez cumpridas as formalidades legais antecedentes ao ato.

Decisão reformada.

Agravo provido.

ACÓRDÃO

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

Decide a Sexta Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, dar provimento ao agravo, na forma do relatório e notas taquigrá-

ficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 30 de setembro de 1981 (data do julgamento) — Min. José Fernandes Dantas, Presidente — Min. Américo Luz, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Américo Luz: O agravante rebela-se contra decisão do MM. Juiz de Direito da 2ª Vara da Comarca de Lins (SP), que indeferiu o lance por ele oferecido no leilão, cujo auto está às fls. 22/23, referente à execução fiscal intentada pela Fazenda Nacional contra Cortume São Jorge Ltda.

Alega o recorrente que as normas dos artigos 686 a 707 do Código de Processo Civil não conferem ao Juiz a faculdade de recusar o lance oferecido em leilão, equivalente a 50% (cinquenta por cento) do valor da avaliação; que a decisão agravada fere o artigo 127 do estatuto processual, pois do edital constou, expressamente:

«se na data supra, referidos bens não alcançarem lance superior ao da avaliação, serão levados a segundo leilão, desprezando-se a avaliação, em idêntico local e pelo mesmo leiloeiro.»

Formado o instrumento, manifestou-se o Doutor Promotor Público (fls. 36/37), reconhecendo ter razão o agravante.

O MM. julgador não se reconsiderou (fls. 39/40).

Subidos os autos, a ilustrada Subprocuradoria-Geral da República opinou pelo improvemento do recurso (Parecer de fls. 46/47).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Américo Luz (Relator): Pelo Auto de Praça de fls. 20/21 verifica-se que não houve nela qualquer licitante. O edital, prevendo essa hipótese, estabeleceu a realização de leilão 20 (vinte) dias depois (fl. 19). Neste último (Auto de fls. 22/23), o agravante, em lance inicial, ofereceu pelo bem a importância de

Cr\$ 350.000,00 (trezentos e cinquenta mil cruzeiros) e o pagamento ao credor hipotecário, lance esse majorado para Cr\$ 500.000,00 (quinhentos mil cruzeiros). O MM. Juiz não o aceitou, «por considerá-lo ínfimo mediante a avaliação, e ainda considerando o número de ações existentes na Comarca e Vara, e sendo este bem o único de real valor que ainda resta» (Stc — fls. 23).

O ilustrado 2º Promotor Público da Comarca, em resposta à minuta de agravo, assim se pronunciou (fls. 36/37):

«Pelo tempestivo agravo, pleiteia o recorrente seja acolhido o lance oferecido no pracemento realizado em 23 de agosto de 1979, conforme auto de fls. 22/23 (em xerox), alegando, em síntese, que, além do exequente não ter sido consultado e se manifestado sobre o lance, foi este ofertado regularmente e não poderia, por ter sido o maior, desprezada e negada, pelo ilustre Magistrado, a venda dos bens.

Não obstante a praxe de se auscultar o exequente sobre a conveniência da aceitação do lance e venda — posto que às vezes o lance é irrisório e desinteressante à arrematação —, a lei não exige seja o exequente consultado, tanto é que o art. 694 do Código de Processo Civil preceitua:

«Assinado o auto pelo juiz, pelo escrivão, pelo arrematante e pelo porteiro ou pelo leiloeiro, a arrematação considerar-se-á perfeita, acabada e irretroatável.»

Quisesse o legislador, acaso entendesse necessária a presença e consulta ao exequente, e teria consignado também a assinatura deste no auto. A omissão demonstra até ser prescindível sua presença.

No mérito, tenho que a razão está com o agravante: em praça re-

gular o recorrente ofereceu lance razoável e a lei arrima sua pretensão, conforme se vê pelo artigo 686 do Código de Processo Civil:

«A arrematação será precedida de edital, que conterá:

VI — a comunicação de que, se o bem não alcançar lance superior à importância da avaliação, seguir-se-á, em dia e hora que forem desde logo designados entre os dez (10) e os vinte (20) seguintes, a sua venda a quem mais der.»

E assim foi feito. Como o agravante foi quem mais deu, dele, nos termos da lei, será a venda.»

No despacho de manutenção da decisão agravada, o eminente Magistrado argumentou (fls. 39/40):

«Na realidade, o bem avaliado em Cr\$ 1.267.065,00, na praça não alcançou o valor da avaliação e no leilão, o requerente inicialmente ofereceu um lance de Cr\$ 350.000,00, mais o pagamento do crédito hipotecário. Ante a negativa deste Juiz em receber aquele valor, o suplicante elevou o lance para Cr\$ 500.000,00, mais o pagamento do crédito hipotecário, no valor de Cr\$ 100.000,00, conforme se verifica pelo documento de fls. 28.

Constata-se que o valor oferecido não atinge 50% ao menos da avaliação, e embora apenas o art. 701 do CPC faça referência específica ao valor do lance em imóvel de incapaz, é dever do Juiz diligenciar no sentido de que não haja a venda em hasta pública de bens por valores ínfimos, que sequer cubra uma parte razoável do débito do executado.

Prova evidente desse dever de diligenciar para evitar o praxeamento de bens por preços irrealistas, é que ante a recusa do primeiro lance no valor de Cr\$ 350.000,00, o pró-

prio suplicante o elevou para Cr\$ 500.000,00. Houvesse este Juiz concordado de imediato, e naturalmente não teria havido a elevação. Se houve, é porque realmente valia mais, bem como tinha o suplicante interesse no bem.

Este Juiz tem adotado como critério essa vigilância sobre os lances, permitindo a arrematação por preços inferiores ao da avaliação, nos casos em que o bem não oferece interesse de arrematação, ou quando o lance oferecido se encontra dentro do máximo que as condições da comunidade e sua possibilidade econômica permita.»

Embora louvando o cuidadoso critério seguido pelo douto prolator dessa decisão, entendo não deva ela subsistir. Em primeiro lugar, porque os expressos termos do artigo 686, inciso VI, do estatuto processual não defere ao juiz esse poder. Transcrevo a norma aludida:

«Art. 686. A arrematação será precedida de edital, que conterá:

VI — A comunicação de que, se o bem não alcançar lance superior à importância da avaliação, seguir-se-á, em dia e hora que forem desde logo designados entre os dez e os vinte seguintes, a sua venda a quem mais der.»

Em segundo lugar, considere-se que o agravante ofereceu quase 50% (cinquenta por cento) do valor geral da avaliação (fls. 16), pois além dos Cr\$ 500.000,00 (quinhentos mil cruzeiros) lançados, responsabilizou-se pelo pagamento do débito hipotecário (escritura de fls. 24/27), sendo que o credor a ele transferiu os direitos respectivos (documento de fls. 28). Em terceiro lugar, porque o representante da exequente concordou na entrega do bem ao agravante (fls. 36/37). E, por último, porque o leilão foi precedido do cumprimento de todas as formalidades legais previstas na lei adjetiva civil.

Com essas considerações, provejo o agravo, para reformar a decisão recorrida e determinar que se efetive a venda judicial do bem penhorado e leiloado, ao agravante.

EXTRATO DA MINUTA

Ag 40.833 — SP — Rel.: Exmo. Sr. Min. Américo Luz. Agte.: Alzir Schmiedel. Agda.: União Federal.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao agravo, para reformar a decisão, nos termos do voto do Relator. (Em 30-9-81 — 6ª Turma).

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Mins. José Dantas e Miguel Ferrante. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Min. José Fernandes Dantas.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 41.599 — SP

Relator: O Sr. Ministro Miguel Jerônimo Ferrante

Agravante: União Federal

Agravado: Indústria Nacional de Equipamentos Frigoríficos Inafrig Ltda.

EMENTA

Execução Fiscal. Não localização do executado ou de seus bens. É lícito à exequente obter junto à Fazenda Pública, através de regular requisição judicial, informações sobre o endereço do executado ou eventual existência de bens de sua propriedade. Agravo provido.

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 ao agravo, na forma do relatório e notas taquigráficas retiro, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 9 de novembro de 1981 (data do julgamento) — Ministro José Fernandes Dantas, Presidente — Ministro Miguel Jerônimo Ferrante, Relator.

RELATÓRIO

O Senhor Ministro Miguel Jerônimo Ferrante: A Fazenda Nacional, nos autos de execução que, no Juízo

de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Guarulhos, São Paulo, move contra Indústria Nacional de Equipamentos Frigoríficos Inafrig Ltda., agravo de instrumento do despacho que indeferiu seu pedido de requisição, à repartição fiscal, da declaração de rendimento do executado.

Em suma alega: que a diligência requerida é essencial ao andamento do feito; que, no caso, sua pretensão está de acordo com o interesse da justiça, pelas razões que expende.

Formado o instrumento, e sem resposta, o MM. Juiz a quo manteve a decisão agravada, a fls. 11.

Nesta Instância, a Subprocuradoria-Geral da República opina pelo provimento do recurso, a fls. 14/16.

Relatei.

VOTO

O Senhor Ministro Miguel Jerônimo Ferrante: O Código Tributário Nacional, no seu artigo 198 caput, obsta a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus funcionários, de informação obtida em razão de ofício, «sobre a situação econômica ou financeira dos sujeitos passivos ou de terceiros e sobre a natureza e o estado dos seus negócios ou atividades». Contudo, no parágrafo único desse dispositivo, excetua da vedação os casos que prevê no artigo seguinte, bem como «os de requisição regular da autoridade judiciária no interesse da Justiça.»

Ora, na espécie, a agravante, impedida de obter, diretamente, junto à Secretaria da Receita Federal, face à proibição legal referida, o endereço do executado e informações sobre a eventual existência de bens de sua propriedade, outro caminho me parece não tinha, na emergência, senão o de valer-se, como fez, da requisição da autoridade judiciária,

em ordem a lograr a prestação jurisdicional que pleiteia. Sobrepõe-se aqui o interesse maior de justiça, que está em jogo e que cumpre resguardar.

Aliás, a Turma já se posicionou na esteira desse entendimento, como dá notícia o acórdão no AI nº 40.994 — SP, relatado pelo digno Ministro Américo Luz.

Dou, pois, provimento ao agravo.

EXTRATO DA MINUTA

AI 41.599 — SP — Rel.: Min. Miguel Jerônimo Ferrante — Agte.: União Federal. Agdo.: Ind. Nacional de Equipamentos Frigoríficos Inafrig Ltda.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao agravo. (6ª Turma — Em 9-11-81).

Participaram do julgamento os Srs. Mins. Américo Luz e José Dantas. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro José Fernandes Dantas.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 41.846 — RJ

Relator: O Sr. Ministro Lauro Leitão

Agravantes: Deutscher Luftpool e outros

Agravada: União Federal

EMENTA

Processual civil. Acidente aviatório. Indenização pelas seguradoras à Deutsche Lufthansa A. G. pelo valor do Boeing 707. Ação das sub-rogadas nos direitos indenizatórios relativos ao seguro contra a União Federal.

As ora agravantes, sendo pessoas jurídicas com sede na República Federal da Alemanha, requereram, liminarmente, à Dra. Juíza, que fosse arbitrado o valor da caução a ser depositado, para garantia das custas e honorários advocatícios de eventual sucumbência, nos termos do art. 835, combinado com o art. 20, § 4º, do CPC, e deram à causa o valor de Cr\$ 240.000.000,00 (duzentos e quarenta milhões de cruzeiros), para efeitos fiscais.

A Dra. Juíza, então, fixou o valor da caução em Cr\$ 141.564,00 para as custas e em Cr\$ 48.141.564,00, para honorários de advogado (20%).

Todavia, nos termos da Lei Adjetiva, a caução deve ser apenas suficiente às custas e honorários de advogado da parte contrária, se não tiver no Brasil bens imóveis que lhe assegurem o pagamento. A caução, pois, deverá ser fixada com moderação, isto é, de acordo com os fatos. O Juiz, pois, «não tem arbítrio puro, nem limitado».

Assim, tendo sido fixado o valor máximo de 20% para os honorários advocatícios da parte contrária, dá-se parcial provimento ao agravo, para reduzir-se a 10% o percentual.

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, em parte, ao agravo, para fixar os honorários de advogado em 10% (dez por cento), 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 setembro de 1981 (data do julgamento) — Ministro **Lauro Leitão**, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro **Lauro Leitão**: Deutscher Luftpool e outros, pessoas jurídicas, estabelecidas na República Federal da Alemanha, propuseram, perante o MM. Dr. Juiz Federal da 1ª Vara da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, ação ordinária contra a União Federal, pretendendo o reembolso de seguro que pagaram a Deutsche Lufthansa, em decorrência de acidente aéreo, no valor de Cr\$ 234.857.000,00 (duzentos e trinta e quatro milhões, oitocentos e cinquenta e sete mil cruzeiros), acrescidos de juros legais, correção

monetária, bem como despesas judiciais e verba honorária.

Os autores requereram, ainda, liminarmente, de acordo com o art. 835 do CPC, a fixação da caução de custas.

O MM. Dr. Juiz, desde logo, proferiu a seguinte decisão:

«De acordo com o artigo 835 do CPC, caucione a autora o valor de Cr\$ 141.564,00 (cento e quarenta e um mil, quinhentos e sessenta e quatro cruzeiros) para as custas e Cr\$ 48.000.000,00 (quarenta e oito milhões de cruzeiros) para os honorários advocatícios.»

Deutscher Luftpool e outros, todavia, não se conformando com a r. decisão, dela agravaram de instrumento, sustentando a aplicação, no caso, do art. 20, § 4º, do CPC.

A agravada manifestou-se às fls.

Formado o instrumento, o Dr. Procurador da República, com vista dos autos, afirmou que o quantum arbitrado para caução foi fixado dentro dos parâmetros legais.

O MM. Magistrado manteve a decisão agravada.

Nesta instância, a douta Subprocuradoria-Geral da República, oficiando no feito, opina pelo improvidimento do agravo.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Lauro Leitão: Deutscher Luftpool, organização securitária estabelecida em Von-Der-Tann Strasse 13, Munique, Delvag Luftfahrtversicherungs A.G., empresa seguradora estabelecida em Von-Gablentz-Strasse 2-6, Colônia, e Gerling-Konzern Allgemeine Versicherungen A.G., estabelecida em Postfach 100.808, D-5.000, Colônia, todas na República Federal da Alemanha, propuseram ação ordinária, em 8 de janeiro do corrente ano, perante o MM. Dr. Juiz Federal da 1ª Vara, Seção Judiciária do Rio de Janeiro, contra a União Federal, com o objetivo de compeli-la a reembolsar as autoras das importâncias que pagaram à seguradora Deutscher Luftpool A. G., em Conseqüência do acidente ocorrido com sua aeronave-Boing 707 (cargueiro), na região da Serra dos Macacos, no Estado do Rio de Janeiro, em 26-7-1979.

Esclarecem, na inicial, as autoras, ora agravantes, que, «em suas qualidades e condições de seguradores, indenizaram a Deutsche Lufthansa A.G., do valor do casco desse Boing 707, eis que ocorreu a sua perda total, em DM 7.000.000,00 (sete milhões de marcos alemães) equivalentes, nesta data, a Cr\$ 234.857.000,00 (duzentos e trinta e quatro milhões, oitocentos e cinqüenta e sete mil cruzeiros), à taxa cambial atual de 33,551 por DM 1, ficando os suplicantes sub-rogados nos direitos indenizatórios inerentes a esse seguro, de que era titular a referida empresa de navegação aérea, por força do contrato e da lei.»

«Outrossim, considerando que os suplicantes são pessoas jurídicas com sede na República Federal da Alemanha, que não têm bens imóveis no Brasil, requerem se digne V. Exa., em conformidade com o artigo 835 do CPC, de, liminarmente, arbitrar caução representada por Obri-

gações Reajustáveis do Tesouro Nacional (ORTN), a ser depositada à disposição deste Juízo, e bastante para garantia de custas e honorários de eventual sucumbência dos suplicantes, o que, data venia, não esperam, pedindo seja essa caução em valor módico, eis que as custas federais têm valores totais conhecidos, a verba honorária seria então fixada com modicidade, porque não haveria condenação, face ao § 4º do art. 20 do CPC.»

Conclusos os autos da ação ordinária à MMA. Dra. Juíza, sua Excelência assim decidiu:

«De acordo com o artigo 835 do CPC, caucione a autora o valor de Cr\$ 141.564,00 (cento e quarenta e um mil, quinhentos e sessenta e quatro cruzeiros) para as custas e Cr\$ 48.000.000,00 (quarenta e oito milhões de cruzeiros) para os honorários advocatícios».

Todavia, as autoras, inconformadas com a decisão que arbitrou o quantum para a caução, dela agravaram de instrumento, alegando:

«A respeitável decisão interlocutória da ilustre Juíza a quo, data venia, merece censura e reforma ao fixar a caução, prevista no art. 835 do CPC., em 20% sobre o valor da causa, e mais Cr\$ 141.564,00, o que daria um total a ser depositado de Cr\$ 48.141.564,00, eis que a exigência legal dessa caução colima apenas a garantia do Juízo, e não para penalizar pessoas estrangeiras, que, confiantes, entregam o seu direito à decisão de nosso Poder Judiciário.

Vê-se na lei que essa caução deve ser apenas suficiente, nos claros termos do art. 835 do CPC.

«Art. 835. O autor, nacional ou estrangeiro, que residir fora do Brasil ou dele se ausentar na pendência da demanda, prestará, nas ações que intentar, caução suficiente às custas e honorários de advo-

gado da parte contrária, se não tiver no Brasil bens imóveis que lhe assegurem o pagamento.»

Ora, essa caução não importa em necessidade de sua fixação nos parâmetros máximos de uma sucumbência em honorários advocatícios de 20%, porquanto esse percentual só é possível quando há condenação, pois, quando não há condenação, seja quem for a perdedora da lide, União ou qualquer outra pessoa de direito público ou privado, a regra aplicável é a do § 4º do art. 20 do CPC:

«Art. 20. A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Essa verba será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria.

.....
 § 3º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez por cento (10%) e o máximo de vinte por cento (20%) sobre o valor da condenação, atendidos:

Contudo

§ 4º Nas causas de pequeno valor e nas de valor inestimável, bem como naquelas em que não houver condenação, ou for vencida a Fazenda Pública, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do Juiz, atendidas as normas das letras a a c do parágrafo anterior.»

Portanto, nem se as agravantes vencerem a lide será a União condenada em honorários de 20% por se tratar da Fazenda Pública, e nem se as agravantes perderem a lide serão elas condenadas em honorários de 20%, eis que essa sentença, de improcedência da lide ou de carência da ação, não teria índole condenatória, obviamente.

Nesse último caso, as agravantes apenas subsidiariamente se-

riam condenadas nos consectários legais, custas e honorários, mas não teria essa sentença caráter predominantemente condenatório, o que acontecerá se essa ação for julgada procedente, como se espera.

Assim balizada a questão, se as agravantes perdessem o litígio, deveriam ser condenadas em verba honorária, cuja fixação dependeria de apreciação equitativa do Juiz, o que tem caráter de modicidade, que nunca poderia atingir o percentual máximo de 20%, que aliás é sempre sobre o valor da condenação, que, no caso, seria inexistente...

Veja-se o exemplo da sucumbência da União Federal, por ser a Fazenda Pública, também jamais seria condenada em verba honorária de 20%, e certamente nem de 10%, ficando aquém desse patamar, sendo fixada a verba honorária em cruzeiros, e não em percentual sobre coisa alguma.

E, em ambos os casos acima mencionados, em decorrência da exegese do § 4º do art. 20 do CPC., acima transcrito.

Data venia, essa caução não colima desanimar partes estrangeiras a litigar no Brasil, mas sim razoavelmente garantir os ônus de eventual sucumbência, e deve assim ser arbitrada em limites compatíveis a essa razoabilidade, aliás perfeitamente visível nesses dispositivos de nossa lei adjetiva.

Portanto, face ao valor estimado da causa, razoável seria a fixação da caução, no que concerne à garantia de eventual verba honorária, em Cr\$ 6.000.000,00, o que já seria vultosa verba, que se espera nunca ver recolhida definitivamente aos cofres públicos, eis que a pretensão jurídica das agravantes é das mais justas.»

Razão assiste, em parte, aos agravantes. Com efeito, o **quantum** da caução, para os efeitos do artigo 835 do Código de Processo Civil, deverá ser fixado com moderação, isto é, nos limites do razoável, para garantir os ônus de eventual sucumbência (custas e honorários de advogado).

A suficiência da caução às custas, pois, deve ser apreciada pelo juiz, de acordo com os fatos. «Não tem arbitrio puro, nem limitado». Se, porém, o valor assim arbitrado ficar desfalcado, no curso da ação, o interessado poderá exigir reforço, em petição devidamente fundamentada (art. 837 do CPC).

Ademais, a fixação, desde logo, de valor muito elevado para a caução poderá, inclusive, prejudicar a própria ré, no final, sobretudo no que se refere a honorários de advogado.

O Código de Processo Civil, em seu artigo 20, Preceitua:

«Art. 20. A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Essa verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria.

.....

.....

§ 3º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez por cento (10%) e o máximo de vinte por cento (20%) sobre o valor da condenação, atendidos:

- a) o grau de zelo do profissional;
- b) o lugar de prestação do serviço;
- c) a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo

advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

§ 4º. Nas causas de pequeno valor e nas de valor inestimável, bem como naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das letras a a c do parágrafo anterior.»

Como se vê, os honorários de advogado deverão ser fixados pelo juiz, ao sentenciar, entre o mínimo de 10% e o máximo de 20% sobre o valor da condenação.

Em face do exposto, dou provimento parcial ao agravado, para, modificando a r. decisão agravada, fixar em Cr\$ 24.070.782,00 a importância a ser caucionada a título de honorários de advogado, mantida o valor de Cr\$ 141.564,00, para as custas.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

AI 41.846 — RJ — Rel.: Sr. Ministro Lauro Leitão. Agravantes: Deutscher Luftpool e outros. Agravada: União Federal.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento, em parte, para fixar os honorários de advogado em 10% (dez por cento) (Em 8-9-81 — 1ª Turma).

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

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 42.675 — RJ

Relator: O Sr. Ministro Romildo Bueno de Souza

Agravante: Companhia de Eletricidade do Estado do Rio de Janeiro — CERJ

Agravado: Amarito Nogueira e cônjuge

EMENTA**Processual Civil.**

Honorários profissionais devidos ao perito oficial: critérios e procedimentos a observar, para a respectiva fixação.

1. A retribuição dos peritos (profissionais liberais), em desapropriação ou não, se qualifica como honorários profissionais.

2. Estes devem ser objeto de proposta ou estimativa do próprio perito, submetida à consideração das partes (que, portanto, devem ser ouvidas para que possam expressar sua vontade); quanto a despesas de viagens, hospedagem, transporte, materiais e serviços de terceiros, pode-se dispor que sejam indenizadas, consoante prestação de contas «a forfait».

3. Dadas as necessidades do processo (como instituto de Direito Público), incumbe ao Juiz pronunciar-se, ou para homologar o acordo das partes quanto à proposta do perito ou para efetuar a estimativa razoável dos honorários.

4. O valor destes deve ser recolhido à ordem do Juízo, para que este possa autorizar e assegurar o respectivo levantamento pelo perito, tão logo concluído o serviço (que é o que convém aos peritos, às partes e à Justiça).

5. Tal recolhimento há de ser feito, quanto ao perito do Juízo, pelo autor, responsável provisoriamente por despesas (CPC, art. 19, § 2º; Lei nº 6.032, de 30-4-74, art. 5º).

6. Não há, a propósito, isenção, nem imunidade, eis que o débito é por serviços de pessoas naturais, alheias ao processo (que não são partes, nem servidores ordinários da Justiça).

7. A responsabilidade final ou definitiva será da parte sucumbente, como resultar da coisa julgada.

ACÓRDÃO

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

Decide a quarta Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, dar provimento ao agravo, nos termos do voto do Senhor Ministro-Relator, na forma do rela-

tório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 22 de março de 1982 (data do julgamento) — Ministro Armando Rollemberg, Presidente — Ministro Romildo Bueno de Souza, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Romildo Bueno de Souza: Companhia de Eletricidade do Rio de Janeiro interpôs em tempo hábil (fls. 2 e 21) agravo de instrumento, nos autos da ação de desapropriação que move contra Amarito Nogueira e sua mulher, irresignada com a decisão do MM. Juiz Federal da 1ª Vara do Rio de Janeiro, que arbitrou em Cr\$ 80.000,00 os honorários do perito judicial, tal como por este proposto (v. fls. 21).

Em sustentação da decisão recorrida, a ilustre Magistrada se reportou aos arts. 7º, 8º, 9º e 10 do Regulamento de Honorários do Instituto de Avaliações e Perícias de Engenharia; ressaltou que os honorários em causa se referem a serviços prestados em novembro e dezembro de 1980; frisou que o imóvel vistoriado fica a 300 quilômetros da cidade do Rio de Janeiro e concluiu (fls. 23 vº):

«Sendo assim, não considero excessivos os honorários pleiteados, pelo que mantenho a decisão agravada.»

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Romildo Bueno de Souza (Relator): Acentue-se desde logo que não há razão plausível para que o juiz, a propósito de arbitrar honorários de peritos judiciais, se oriente por critérios outros, que não os constantes da lei.

No caso, sem qualquer justificativa (como se vê), invocaram-se (e

aplicaram-se) recomendações emanadas de entidade de direito privado, voltada (como se há de presumir, por sua própria denominação) à defesa de interesses profissionais de peritos judiciais engenheiros...

Não se trata de desprezar tais proposições: simplesmente, não pode o juiz conferir-lhes eficácia que a lei não lhes reconhece.

2. Em verdade, a lei disciplina a matéria, como procurei demonstrar de modo mais amplo em meu voto de Relator do AG nº 42.173 — RJ, que mereceu a aprovação de meus ilustres Pares na sessão de 26-10-81 (DJU. de 18-3-82).

Brevitatis causa, reporto-me àquele pronunciamento, que faço incluir, por cópia, como parte integrante do presente voto.

E nessa conformidade, dou provimento ao agravo, a fim de cassar a decisão recorrida e determinar ao DD. Juízo a quo que proceda na conformidade do que aqui se recomenda.

É como voto.

VOTO

O Sr. Ministro Romildo Bueno de Souza (Relator): No Ag nº 41.256 — SP, de que sou Relator, em 23 de janeiro do corrente ano, proferi longo voto em que procurei fixar distinções (a propósito da aplicação dos arts. 27 e 29 do Cód. de Processo Civil) entre custas e despesas processuais e entre responsabilidade provisória e definitiva por custas e despesas.

Após meu voto dando provimento àquele agravo, pediu vista o Senhor Ministro Pádua Ribeiro; na sessão de 25 de fevereiro último, S. Exa. votou para negar provimento, enquanto o Senhor Ministro-Presidente Armando Rollemberg pediu vista dos autos.

Daquele pronunciamento (de que faço juntar cópia para mais amplo esclarecimento do assunto) leio o trecho mais pertinente (lê, do voto referido, págs. 6 a 8).

2. No voto a que me reporto, no entanto, não fui ao ponto de me referir ao caso específico da responsabilidade (em sentido amplo) por honorários de peritos em desapropriação, muito embora já pressentisse que o tema viria a solicitar decisão direta; assim também, quando do julgamento de agravos de instrumento aqui relatados por meus doutos Colegas, tenho manifestado alguma reserva quanto ao critério que vem prevalecendo entre nós, de aplicar a Tabela V (Das Avaliações), item II, anexa à Lei nº 6.032, de 30-4-74 (que dispõe sobre o Regimento de Custas da Justiça Federal) ao se decidir sobre o valor dos honorários desses auxiliares eventuais da Justiça.

Na conformidade desta orientação, os honorários dos peritos nas desapropriações vêm sendo fixados segundo os percentuais previstos nas letras a, b, c e d da Tabela V, II, citada, conforme as características de cada caso.

3. Nesta oportunidade, submeto à autorizada consideração da C. Turma meu entendimento sobre o assunto, isto é, sobre honorários de peritos, propriamente; e sobre a responsabilidade pelo respectivo pagamento, bem como pela indenização de despesas.

4. Desde logo, peço vênha para acentuar que mantenho as proposições de ordem geral (ou mais amplas) que delineei em meu citado voto: limito-me apenas a desdobrá-las em aplicações restritas ao tema das despesas com a realização de perícia (seja de avaliação em desapropriação ou de qualquer outra, no âmbito da Justiça da União, impropriamente, aliás, chamada Federal).

5. A seguir, observo que no elenco do art. 2º da Lei nº 6.032, citada, a figura a que se subsumem os honorários do perito é a do inciso IV, dada sua amplitude acentuada pelo confronto com as demais previsões ali contidas.

Ê ler o dispositivo:

«Art. 2º. Consideram-se custas:

I — as taxas previstas nas tabelas anexas a esta lei;

II — as despesas de serviços de comunicações;

III — as despesas de publicações em órgãos de divulgação;

IV — as despesas dos atos processuais de qualquer natureza;

V — as despesas de guarda e conservação dos bens penhorados, arrestados, seqüestrados ou apreendidos judicialmente a qualquer título;

VI — as multas impostas às partes, nos termos das leis processuais.»

Ê, de fato, o que resulta esclarecido e confirmado pelo art. 3º, da mesma lei, assim:

«Art. 3º Salvo disposição em contrário, as taxas fixadas nas tabelas anexas a esta lei abrangem todos os atos do processo inclusive publicação de intimações, remessa, distribuição e julgamento no Tribunal Federal de Recursos, porte e baixa dos autos ao juízo originário.

Parágrafo único. Excluem-se da norma fixada neste artigo os incidentes expressamente previstos nas outras tabelas e as despesas com diligências fora de cartório, perícias e avaliações; a publicação de editais na imprensa, a expedição de cartas de ordem e de sentença, arrematação, adjudicação ou remição, precatórias, e a formação de traslados e certidões em geral.»

6. Com efeito, convém atentar para o fato de que a citada Lei nº 6.032 às vezes se refere a custas (arts. 2º, caput; 4º; 6º etc); outras, a taxa (art. 2º, I), depois, a contribuições (art. 10); e ainda a despesas (arts. 2º, II; 3º, § único; 5º)

Logo se vê que o trato do tema reclama numerosas distinções.

7. Assim é que, a meu ver, a Tabela V cogita apenas de custas em sentido estrito, a serem recolhidas a título específico de taxas. No que toca, portanto, a peritos avaliadores, suas disposições são somente aplicáveis aos que sejam servidores da Justiça (ou da União, em sentido amplo). Amaral Santos, perfilhando sugestão de Frederico Marques, ao classificar os sujeitos de relação processual escreve:

«Em suma, acompanhando Frederico Marques, assim agrupamos os sujeitos do processo: a) sujeitos principais (juiz e partes); b) patronos das partes; c) Ministério Público; d) sujeitos secundários (auxiliares da Justiça e terceiros desinteressados).» (Primeiras Linhas, 6ª ed., Saraiva, 1978, I/266).

Nesta classificação, os peritos (tanto quanto as testemunhas) entram na classe dos sujeitos secundários desinteressados, estranhos ao aparelho orgânico do serviço.

8. Diverso, por conseguinte, é o caso em que o feito (desapropriação ou qualquer outro) solicite serviços de terceiros, juridicamente alheios à estrutura orgânica da Justiça como serviço público: quando isto ocorra, tem-se que o serviço público (no caso, serviço de Justiça) precisa solicitar (e, portanto, retribuir) a colaboração de profissionais liberais.

Se é certo que ninguém se escusa de cooperar com a jurisdição nos termos do art. 339 do Cód. de Processo Civil, não menos verdadeiro também é que a Constituição da Repú-

blica, ao estabelecer as linhas fundamentais da ordem econômica e social, mantém o princípio da livre iniciativa e da liberdade profissional.

Quer isto dizer que, salvo os casos de desapropriação ou requisição (e disso não se cuida), no campo da iniciativa privada somente se admite a disciplina jurídica própria do sistema contratual: o regime estatutário (em que a fixação de normas estritamente unilaterais é admitida) é restrito ao serviço público, exclusivamente (por natureza, concessão ou autorização), onde a fixação de taxas é admitida.

9. Destas considerações, concluo:

a) que a retribuição dos peritos (profissionais liberais), em desapropriação ou não, configura honorários profissionais;

b) que estes honorários devem ser objeto de proposta ou estimativa do próprio perito, a ser submetida à consideração das partes (que, portanto, devem ser ouvidas para que possam expressar sua vontade); quanto a despesas de viagens, hospedagem, transporte, materiais e serviços de terceiros, pode-se dispor que sejam indenizados consoante prestação de contas ou «à forfait»;

c) que, dadas as necessidades do processo (com Instituto de Direito Público), incumbe ao Juiz pronunciar-se, ou para homologar o acordo, ou para efetuar a estimativa razoável dos honorários;

d) que o valor destes deve ser recolhido à ordem do Juízo para que este possa autorizar e assegurar o devido levantamento pelo perito, tão logo concluído o serviço (que é o que convém aos peritos, às partes e à Justiça);

e) que tal recolhimento há de ser feito, quanto ao perito do juízo, pelo autor, responsável provisoriamente por despesas (Cód. de Pro-

cesso Civil, art. 19, § 2º; Lei 6.032, citada, art. 5º);

f) que, a propósito, não há isenção (pois o débito é para com pessoas naturais, alheias ao processo, que não são partes nem servidores ordinários da Justiça);

g) que a responsabilidade final ou definitiva será da parte sucumbente, como resultar da sentença final.

10. Observe-se que, sem dúvida, proponho critérios resultantes de harmoniosa interpretação de normas legais; e, por outro lado, do desempenho de poderes de administração do processo, desde que isto incumbe ao Juiz segundo a regra de que, onde são impostos deveres-fins, autorizados estão os poderes-meio.

11. Aplicando estes princípios ao caso em exame, penso que o recurso merece, em parte, prosperar, isto é: a) para assegurar a oportunidade de manifestação das partes; e b) facultar (e impor) ao agravante o recolhimento imediato do valor fixado, a título provisório (até que sobre isto decida afinal a sentença).

É, aliás, o que foi também previsto pela observação nº 2 sobre a Tabela V, anexa à Lei nº 6.032, citada.

De resto, é o meio único a permitir retribuição adequada dos serviços

prestados, pois esta há de refletir as dificuldades enfrentadas: não se justifica conferir remuneração percentual, às vezes elevadíssimas, por trabalho singelo, quando relativo a bem muito valioso mas de avaliação fácil e cômoda.

Ante o exposto, dou provimento, em parte, ao agravo, para cassar a decisão e determinar que o MM. Juiz do feito ouça as partes sobre a estimativa apresentada pelo perito, decida a questão e determine o recolhimento provisório, pelo agravante, daquilo que foi estipulado.

É o voto.

EXTRATO DA MINUTA

AG 42.675 — RJ — Rel.: Ministro Romildo Bueno de Souza. Agte.: Cia. de Eletricidade do Estado do Rio de Janeiro — CERJ. Agdo.: Amarito Nogueira e cônjuge.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao agravo, nos termos do voto do Senhor Ministro-Relator (Em 22-3-82 — 4ª Turma).

Os Srs. Ministros Antônio de Pádua Ribeiro e Armando Rollemberg participaram do julgamento.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro Armando Rollemberg.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 36.895 — GO

Relator: O Sr. Ministro Miguel Jerônimo Ferrante

Apelante: INPS

Apelada: Prefeitura Municipal de Anápolis

EMENTA

Ação Executiva. Contribuição previdenciária. Correção monetária. As entidades públicas se equiparam aos contribuintes comuns, quando mantêm empregados sujeitos ao regime da Previdência Social. A correção monetária dos débitos é imposição legal, da qual não é lícito subtrair-se o devedor. 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 mandar incluir na execução a discutida correção monetária do débito, na forma do relatório e notas taquigráficas retro que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 19 de outubro de 1981 (data do julgamento). — Ministro **José Fernandes Dantas**, Presidente — Ministro **Miguel Jerônimo Ferrante**, Relator.

RELATÓRIO

O Senhor Ministro **Miguel Jerônimo Ferrante**: O MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Anápolis — Goiás, ao julgar, a fls. 32/33, procedente, em parte, ação executiva proposta pelo Instituto Nacional de Previdência Social contra a Superintendência Municipal de Saneamento, órgão da Prefeitura Municipal de Anápolis, condenou a executada a pagar a quantia de Cr\$ 6.258,95, proveniente de contribuições não recolhidas, acrescida de juros de mora, custas processuais e honorários advocatícios de 10% sobre o montante apurado em execução.

Ainda em vigor o Decreto-Lei 960, de 1938, o exequente interpôs Agravo de Petição, postulando a correção monetária que a decisão de primeiro grau negara.

Contra-minuta, a fls. 38/39.

A fls. 40, manteve o MM. Juiz a quo a decisão agravada.

Parecer da Subprocuradoria-Geral da República a fls. 43, pelo provimento do recurso.

Pauta sem revisão nos termos do § 1º do art. 90, da Lei Complementar nº 35, de 1979.

É o relatório.

VOTO

O Senhor Ministro **Miguel Jerônimo Ferrante**: Proceda a irresignação do recorrente.

O argumento da sentença de que improcede a correção monetária por ser a executada ente público, não procede.

Como bem salienta a ilustrada Subprocuradoria-Geral da República, em seu parecer, as entidades públicas equiparam aos contribuintes comuns, quando mantêm empregados sujeitos ao regime de previdência social.

Por outro lado, a correção monetária dos débitos fiscais é imposição legal, da qual não é lícito subtrair-se o devedor.

Em conseqüência, dou provimento ao recurso para determinar a inclusão da correção monetária na condenação.

É o voto.

EXTRATO DA MINUTA

AC 36.895 — GO — Rel.: Min. Miguel Jerônimo Ferrante. Apte.: INPS. Apda.: Prefeitura Municipal de Anápolis.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento à apelação, para reformar a sentença e mandar incluir na execução a discutida correção monetária. (6ª Turma. Em 19-10-81).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Américo Luz e José Dantas. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro **José Fernandes Dantas**.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 44.457 — RS

Relator: O Sr. Ministro Carlos Mário Velloso

Apelante: Ines Valdez Weigert

Apelado: Instituto de Previdência e Assistência dos Servidores do Estado

EMENTA

Administrativo. Pensão. Ipase. Lei nº 3.373/58, art. 4º; Lei 4.242/63, art. 67. Ensino Superior. RETIDE e CONCRETIDE. Lei nº 5.539, de 1968; Decretos nºs 64.086, de 1968 e 65.610, de 1969. Gratificação de função. Prestações vencidas. Correção monetária.

I. A gratificação de tempo integral e dedicação exclusiva (RETIDE — CONCRETIDE) não remunera serviço extraordinário ou serviço extra, mas corresponde a regime de trabalho (Lei nº 5.539/68, artigo 16, «a» e «b» e artigo 17, parágrafo único). Pode ser classificada, pois, como gratificação de função, por remunerar ou por corresponder a um regime de trabalho em que a função é exercida (Lei 1.711/52, artigo 147).

II. A Lei nº 3.373, de 1958, artigo 4º, fixa em 50% (cinquenta por cento) do salário-base, a pensão à família do funcionário contribuinte. A Lei nº 4.242/63, art. 67, estabelece que o salário-base, para os efeitos do artigo 4º da Lei 3.373/58, compreende, além do vencimento ou remuneração, as gratificações de adicional por tempo de serviço e pelo exercício de função. Inclusão, no salário-base, da gratificação de tempo integral e dedicação exclusiva (RETIDE — CONCRETIDE) percebida pelo pessoal docente de nível superior.

III. Na pensão deixada por docente de nível superior, que, em vida, estava incluído em regime de trabalho de dedicação exclusiva, há de se incluir a gratificação correspondente, observado o percentual fixado no art. 4º da Lei nº 3.373/58.

IV. Prestações vencidas. Incidência da correção monetária, por se tratar de pensão com caráter alimentar, dívida de valor, caso em que não há necessidade de lei expressa a conceder a atualização.

V. Recurso provido.

ACÓRDÃO

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

Decide a Terceira Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, dar provimento à apelação, na forma do relatório e notas taquigráficas anexas que ficam fa-

zendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 1 de outubro de 1979. (data do julgamento) — Ministro Armando Rollemberg, Presidente — Ministro Carlos Mário Velloso, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Carlos Mário Velloso: A sentença de fls. 39/43, lavrada pelo Juiz Federal Costa Fontoura, do Rio Grande do Sul, assim sumariou a espécie:

.....

«— Em síntese, alega ter sido casada com Erwino Weigert, integrante do Quadro do Magistério Público Federal, exercendo suas funções na Universidade Federal de Santa Maria, RS, o qual faleceu em três de abril de mil novecentos e setenta e três. Sua remuneração mensal era de seis mil, duzentos e oito cruzeiros, dos quais quatro mil quatrocentos e um cruzeiros correspondiam à gratificação pelo regime de tempo integral e dedicação exclusiva. Em vista disto e com arrimo no art. 4º da Lei nº 3.373, de 12-3-58, e no art. 39, inc. V, da Portaria nº 3.078, de 11-3-74, do Ministro do Trabalho e Previdência Social, sustenta que a pensão devida pelo falecimento de seu marido deve ser igual à metade do que seria o valor da aposentadoria do mesmo, isto é, incluindo-se a mencionada gratificação na base de cálculo do benefício. Mesmo assim, a autarquia ré não considerou a gratificação como integrada no salário-base, do que resulta uma profunda redução na pensão da autora, sujeitando-a a uma condição humilhante e inaceitável. Alega que o acréscimo decorrente do regime de tempo integral e dedicação exclusiva constitui retribuição

direta da carga horária e do tipo de trabalho prestado pelo professor, tratando-se de autêntico salário básico, que se integra na sua remuneração. Termina por pleitear a condenação do réu a lhe pagar a pensão, com base na soma dos vencimentos e da rubrica alusiva ao aludido regime, desde a data do óbito, com os acréscimos de juros, custas, honorários e correção monetária.

— Citado, o réu contesta, alegando que, na forma do art. 67 da Lei nº 4.242, de 17-7-63, o salário-base, para fins de cálculo de pensão por morte, engloba apenas o vencimento e as gratificações por tempo de serviço e pelo exercício da função, pois o regime de benefícios de família dos segurados do IPASE estabelece a contribuição de cinco por cento sobre o salário-base, a partir do Dec.-Lei nº 3.347, de 12-6-41. Ora, o regime de tempo integral e dedicação exclusiva constitui eventualidade na vida do professor, não podendo a vantagem pecuniária incorporar-se aos vencimentos. Caso contrário, a autarquia deveria ter recebido contribuições com incidência do percentual sobre a parcela do regime, o que não ocorreu, pois os descontos se basearam apenas no vencimento e na gratificação adicional por quinquênio de serviço. Admitindo-se que a autora tivesse razão, nenhuma responsabilidade caberia ao réu, uma vez que este nem tinha conhecimento do regime de trabalho, a que pertencia o finado marido da autora, já que os descontos eram feitos pela Universidade Federal de Santa Maria. Paralelamente, se acolhido o pedido, os cofres públicos seriam credores das quotas não recolhidas, correspondentes aos períodos do regime de tempo integral e dedicação exclusiva. Sustenta, ainda, que os argumentos relativos à figura da

aposentadoria não são válidos, eis que os cálculos para tais benefícios são feitos em fontes diferentes. Efetivamente, os proventos de aposentadoria não dizem respeito ao IPASE, que é entidade de previdência e assistência, ao passo que o INPS é entidade de aposentadoria e pensões. Ademais, quando faleceu, o esposo da autora não estava aposentado. Termina por pedir a improcedência da ação (peça de fls. 23/25). A União Federal retifica a defesa de sua autarquia, (peça de fl. 31).»

.....
A sentença, ao cabo, julgou improcedente a ação, condenada a vencer a pagar as custas e a verba honorária de 10% do valor da causa.

O argumento básico da sentença é o seguinte:

.....
«— Entretanto, é de se salientar que, versando a espécie caso de funcionário e não de servidor celetista, aplicando-se o disposto no art. 4º da Lei nº 3.373/58, combinado com o art. 67 da Lei nº 4.242/63. Por isso, o salário-base, sobre o qual se caucula a pensão por morte do segurado, corresponde ao vencimento somado à gratificação adicional por quinquênio de serviço público, desprezando-se a gratificação pelo regime de tempo integral e dedicação exclusiva, como, aliás, procedeu a autarquia previdenciária acionada, não havendo o que possa desmerecer tal conduta, que encontra estribo no conjunto de normas que regem a matéria.»

.....
(fl. 43).

Apelou a vencida (fls. 46-49).

Respondeu o apelado (fl. 51).

Nesta Egrégia Corte, oficiou a Ilustrada Subprocuradoria-Geral da República, à fl. 55, da seguinte forma:

«1. Incensurável o r. decisório recorrido.

2. De fato, regem a espécie dos autos o art. 4º da Lei nº 3.373, de 12 de março de 1958, e o art. 67 da Lei nº 4.242, de 27 de julho de 1963.

3. O primeiro dos dispositivos legais citados estabelece em 5% sobre o salário-base do servidor o desconto compulsório para Instituto réu, ao passo que o segundo define o salário-base para aquele efeito, ou seja, o vencimento, ou remuneração, acrescido do adicional por tempo de serviço e pelo exercício da função.

4. Não há, pois, como pretender que seja incluída no cálculo da pensão da viúva do servidor a importância por ele percebida a título de gratificação por tempo integral.

5. Diante do exposto, e adotando os fundamentos da contestação de fls. 23/25, somos pela manutenção da r. sentença apelada.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Mário Velloso. (Relator):

I

A Lei nº 3.373, de 12-3-1958, estabeleceu, no seu artigo 4º:

«Art. 4º. É fixada em 50% (cinquenta por cento) do salário-base, sobre o qual incide o desconto mensal compulsório para o IPASE; a soma das pensões à família do contribuinte entendida como esta o conjunto de seus beneficiários que se habilitaram às pensões vitalícias e temporárias.»

Posteriormente, dispôs a Lei nº 4.242, de 17-7-63, art. 67:

«Art. 67. Consideram-se «salário-base», para os efeitos do art. 4º da Lei nº 3.373, de 12 de março de

1958, além do vencimento ou remuneração, as gratificações de adicional por tempo de serviço e pelo exercício de função.»

O de cujus, ao falecer, em abril de 1973, percebia um total de Cr\$ 6.208,00, assim (fl. 12):

	Cr\$
a) Vencimentos	1.467,00
b) Quinquênios	220,00
c) RETIDE	4.401,00
d) Sal.-Família	120,00

Cr\$ 6.208,00

Deseja a autora que a pensão deixada pelo seu falecido marido compreenda a metade do que o mesmo percebia, inclusive a gratificação de RETIDE.

II

O *punctum saliens* da questão, de conseguinte, está no estabelecer a natureza jurídica do Regime de Tempo Integral e Dedicção Exclusiva — RETIDE.

É que, conforme vimos de ver, a Lei nº 3.373, de 1958, art. 4º, fixa em 50% (cinquenta por cento) do salário-base, a pensão em apreço. E a Lei 4.242/63, art. 67, estabelece que o salário-base, para os efeitos do art. 4º da Lei nº 3.373/58, compreende, além do vencimento ou remuneração, as gratificações de adicional por tempo de serviço e pelo exercício de função.

Vencimento, segundo o art. 119 da Lei nº 1.711/52, «é a retribuição pelo efetivo exercício do cargo, correspondente ao padrão fixado em lei», remuneração, outrossim, «é a retribuição paga ao funcionário pelo efetivo exercício do cargo, correspondente a dois terços do padrão do vencimento e mais as cotas ou percentagens atribuídas em lei». (Lei 1.711/52, art. 120).

Gratificação de função, por outro lado, na forma do art. 147 do Estatuto, «é a que corresponde a encargo de chefia e outros que a lei determinar.»

Segundo T. Brandão Cavalcanti, «Gratificação, em nossa técnica administrativa, pode significar ou a remuneração de serviços extraordinários ou a remuneração de serviços extraordinários ou a remuneração de certos cargos em comissão que podem ser preenchidos por funcionários ou pessoas estranhas ao quadro.» (Tratado, 3ª ed., 1956, IV/264). Para Cretella Jr. Gratificação é a «retribuição por serviços ou encargos extraordinários ou pelo exercício de certas e determinadas funções. A função gratificada é desempenhada pelo funcionário como extensão das atribuições próprias ao seu cargo e carreira». («Dicionário de Direito Administrativo», Forense, 3ª ed., 1978, verbete «Gratificação», p. 1.272).

III

Dispõe a Lei nº 5.539, de 27-11-1968, art. 16, alíneas a e b:

«Art. 16. O regime de trabalho do pessoal docente de nível superior abrangerá duas modalidades:

- a) de dedicação exclusiva;
- b) em função do número de horas semanais».

Destarte, assenta-se, como premissa, que o pessoal docente de nível superior trabalha em dois regimes: ou em dedicação exclusiva, ou em função do número de horas semanais.

Acrescenta, em seguida, o art. 17 da citada Lei nº 5.539, de 1968, artigo 17:

«Art. 17. As bases para retribuição dos docentes vinculados ao regime de trabalho semanal e de dedicação exclusiva serão estabelecidas por decreto.»

IV

O Decreto nº 64.086, de 11-2-69, art. 3º, alínea a, b, c e parágrafo único, estabeleceu, regulamentando o art. 17 da Lei nº 5.539/68:

«Art. 3º Para fins de execução do programa, a prestação de serviços no magistério superior federal passa a ser assim considerada:

a) regime de 12 horas semanais efetivas de trabalho;

b) regime de 22 horas semanais efetivas de trabalho; e

c) regime de tempo integral e dedicação exclusiva, em que será exigido o compromisso de trabalho em dois turnos completos, com um mínimo de 40 horas semanais, e o de não exercer outro cargo, função ou atividade remunerada, em órgão público ou privado, ressalvado o disposto no art. 18 da Lei nº 5.539, de 27 de novembro de 1968.

Parágrafo único. O regime de tempo integral e dedicação exclusiva será remunerado com 380% (trezentos e oitenta por cento) do regime de doze (12) horas semanais; e o regime de vinte e duas (22) horas semanais será remunerado com 190% (cento e noventa por cento) do vencimento básico correspondente ao regime de doze (12) horas semanais.»

V

Verifica-se, então, que o pessoal docente de nível superior, que tem dois regimes de trabalho, o de dedicação exclusiva e o em função do número de horas semanais (Lei nº 5.539/68, art. 16), percebe seus vencimentos a partir de um vencimento básico, que é o correspondente ao regime de doze horas (Decreto 64.086/69, art. 3º, parágrafo único).

Legislação posterior, alterou, em certos detalhes, a sistemática sem

contudo, alterar-lhe o fundamental, que é o que nos interessa no caso.

Então, tem-se:

a) o vencimento básico é o correspondente a regime de 12 (doze) horas semanais;

b) o regime de 20 (vinte) horas, corresponderá a um percentual desse vencimento básico;

c) o RETIDE — Tempo Integral e Dedicção Exclusiva — um percentual mais elevado do que o de 20 horas, sobre o vencimento básico.

A Lei nº 5.539/68, no parágrafo único do art. 17, deixa expresso que se trata de gratificação o ganho «correspondente aos regimes referidos nas letras a e b do artigo anterior», vale dizer, aos regimes de dedicação exclusiva, ou em função do número de horas semanais (art. 16, a e b).

Noutras palavras, o regime de 12 (doze) horas, é o básico; ou o vencimento correspondente ao regime de 12 (doze) horas é o vencimento básico; a retribuição ou o ganho correspondente aos regimes de dedicação exclusiva, ou em função do número de horas semanais, corresponde a uma gratificação, que é um percentual do vencimento básico, que compreende, obviamente, o vencimento básico e mais um plus. Este, o plus, é gratificação.

VI

Indaga-se, agora; qual a natureza jurídica desse plus, ou dessa gratificação; ou noutras palavras, que gratificação é essa? Presente a norma do art. 147 da Lei nº 1.711/52, corresponderia ela a uma gratificação de função, ou significa remuneração de serviços extraordinários?

Gratificação por serviços extraordinários, ela não é, ao que me parece.

Porque serviços extraordinário — o nome está a indicar — é serviço excepcional, não compreendido numa jornada considerada normal, serviço extra.

No caso, a gratificação não remunerava serviço extra, serviço excepcional; corresponde, sim, a regime de trabalho (Lei nº 5.539/68, art. 16, a e b, art. 17, parágrafo unico).

Gratificação de função, regra geral, é a correspondente a encargo de chefia (Lei nº 1.711/52, art. 147).

Esta é a regra.

Mas o mesmo artigo 147, da Lei 1.711/52, onde fomos buscar a regra, enuncia: «... e outros que a Lei determinar».

Parece-nos, portanto, que não seria desarrazoado afirmar que a gratificação acima mencionada pode ser classificada como gratificação de função, por remunerar ou por corresponder a um regime de trabalho em que a função é exercida.

Dir-se-á que não é definitiva a vantagem financeira no regime da COPERTIDE, porque sujeita à cláusula legal «somente enquanto nele permanecer.» (Lei nº 5.539/68, art. 19, § 2º, IV; Decreto nº 65.610, de 23-10-69, art. 7º).

Isto, todavia, não infirma a afirmativa anterior.

Porque, sabe-se, a gratificação de função é paga ao funcionário enquanto na função permanecer.

Não tem maior alcance, por outro lado, afirmar-se que a incorporação da gratificação dos regimes referidos à aposentadoria se faz à razão de tantos avos por ano de serviço.

Porque, ao que se sabe, a não incorporação da gratificação à aposentadoria não desfigura a sua natureza da gratificação de função.

A gratificação de função que chamáremos pura, pelo exercício de encargo de chefia, também não se

incorpora de forma definitiva, mas sob condições (Lei nº 1.711/52, art. 180).

VII

Assim posta a questão, de se concluir que a ação tem procedência, motivo por que o recurso é de ser provido.

Acrescenta-se, apenas, por derradeiro: se o IPASE não recebeu contribuição sobre o RETIDE, ou se o órgão de origem, a Universidade Federal de Santa Maria, a qual o de cujus era vinculado, como funcionário estatutário, na qualidade de professor universitário, não fez os descontos, evidentemente que isto não prejudica o direito da autora. A responsabilidade, no caso, é da Universidade. A esta deve o IPASE pedir contas, já que nem o falecido marido da autora e nem esta deram causa à omissão do órgão público.

VIII

A correção monetária é devida.

Tem-se, no caso, pensão com caráter alimentar, dívida de valor. Em caso assim, não há necessidade de lei expressa a conceder a atualização.

Os juros de mora são devidos, a partir da citação para a causa.

IX

Diante do exposto, dou provimento ao apelo, para julgar procedente procedente a ação, condenado o vencido na verba honorária de 10% (dez por cento) sobre a liquidação das prestações vencidas, devendo o vencido reembolsar as custas pagas pela vencedora.

EXTRATO DA ATA

AC 44.457 — RS — Rel.: Sr. Min. Carlos Mário Velloso. Apte.: Ines Valdez Weigert. Apdo.: IPASE.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento à apelação, nos termos do voto do Sr. Min. Relator. (Em 1-10-79 — 3ª Turma).

Os Srs. Mins. Armando Rollemberg e Aldir Passarinho votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Armando Rollemberg.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 45.296 — RJ

Relator: O Sr. Ministro Otto Rocha

Apelante: Departamento Nacional de Portos e Vias Navegáveis — DNPVN

Apelado: Pedro José de Almeida Filho

EMENTA

Funcionário do DNPVN. Demissão. Ato do diretor da autarquia.

Funcionário demitido pela prática de irregularidades apuradas em inquérito administrativo realizado com observância das formalidades legais, inclusive do princípio do contraditório.

Legalidade do ato demissório praticado pelo Diretor da Autarquia / cuja competência para expedir-lo decorre da autorização contida na Lei 4.213/63, art. 9º, «L» e no Decreto nº 58.324/63.

Apelo provido para julgar improcedente a ação.

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 para reformar a sentença de 1º grau e julgar improcedente a ação, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 02 de março de 1982 (Data do julgamento) — Ministro Lauro Leitão, Presidente — Ministro Otto Rocha, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Jorge Lafayette Guimarães (Relator): No relatório

da sentença de fls. 108/111, o Juiz Federal Dr. Virgílio Gaudie Fleury, assim reuniu a hipótese:

«Pedro José de Almeida Filho, qualificado na inicial, move a presente ação ordinária contra o Departamento Nacional de Portos e Vias Navegáveis, alegando e objetivando, o seguinte: a) que o autor era servidor do réu, em 1969, ocupando o cargo de datilógrafo nível 7-A, encontrando-se lotado na 3ª Diretoria de Portos e Vias Navegáveis, Seção do Piauí, quando, pela Portaria «P», nº 57, de 23-1 do mesmo ano, publicada no *D.O.* de 3 de fevereiro, foi demitido da autarquia; b) que a demissão foi imposta, após conclusão de inquérito administrativo, que foi instaurado para apurar irregularidades, que teriam sido cometidas por funcionários da referida autarquia; c) que

nessa época, o autor encontrava-se em gozo de licença para tratamento de negócios particulares, desde janeiro de 1967; d) que foi procurado em sua residência para datilografar as denúncias que alguns funcionários queriam levar ao conhecimento das altas autoridades do país as anomalias existentes na autarquia. Daí ter comparecido à Comissão de Inquérito para «prestar esclarecimentos», sendo, posteriormente, envolvido na qualidade de indiciado no processo administrativo movido contra os denunciantes; e) que sua demissão teve por base no artigo 207-IV, da Lei nº 1.711, que trata de «insubordinação grave em serviço», verificando-se o absurdo de estar na ocasião, em licença, portanto, afastado do serviço; f) que o ato demissório, firmado pelo Diretor-Geral do DNPVN não encontra amparo legal, eis que essa autoridade não tem competência para tanto, segundo estabelece o Regimento Interno, aprovado pelo Decreto nº 51.896, de 9-4-63, explicitamente no art. 34, item VII. Além disso, o processo administrativo deixou de obedecer ao contraditório, na fase da instrução; g) que espera a procedência da ação, com o desfazimento do ato ilegal, restabelecendo-se a situação anterior, com ressarcimento dos prejuízos decorrentes, condenando o réu no pedido, custas e honorários de advogado. Juntou os documentos de fls. 12 a 28. Citação regular, fls. 33. Contestação, fls. 34/36, sustentando que foi regular o processo administrativo, pois o relatório da Comissão de Inquérito demonstra de maneira inquestionável a ocorrência das graves irregularidades que ensejaram a demissão do autor. Sallenta que o ato demissório era da competência do Diretor-Geral da Autarquia, pois o ato de demissão do autor foi prolatado pela autoridade autárquica a que

estava o mesmo subordinado, após as conclusões do Inquérito Administrativo, esperando a improcedência da ação, na forma legal. O M.P. reportou-se, como assistente do réu, à contestação, esperando a improcedência da ação, fls. 37v. Especificadas as provas, foi requisitado o processo administrativo, e dele extraídas as fotocópias que estão às fls. 47/82. Despacho saneador irrecorrido, fls. 87 (fls. 108/109).

Foi julgada procedente a ação, para o fim de ser determinada a reintegração do autor, com ressarcimento dos prejuízos, juros, custas e honorários de advogado, em 10% sobre o valor da causa.

Para assim concluir, considerou a sentença o Diretor-Geral do DNPVN incompetente para o ato de demissão, por força do art. 34, XXII do Regimento Interno, aprovado pelo Decreto nº 51.896, de 1963, segundo o qual compete à referida autoridade impor penas disciplinares, ao pessoal da autarquia, inclusive suspensão de até 30 dias, e representar ao Ministro de Estado, quando a punição for de sua alçada, invocando ainda a Súmula nº 384, do Supremo Tribunal Federal que atribui ao Presidente da República competência para a demissão do extranumerário, equiparado ao funcionário público.

Além disso, fez menção à Súmula nº 20 que exige processo administrativo, com ampla defesa, para a demissão de funcionário admitido por concurso e acentuou resultar do documento de fls. 74, relativo ao inquérito a que respondeu o autor,

«c) que o requerente não assinou essa denúncia; d) que o requerente estava em gozo de licença para tratar de interesses particulares. No inquérito não ficou provado que o requerente tivesse ciência ou su-

gerido a forma irregular do encaminhamento da denúncia e nem que fosse, realmente autor «Intellectual e material» (sic).» (Fls. 110)

Apelou o Departamento Nacional de Portos e Vias Navegáveis (fls. 114-118), sustentando que o funcionário licenciado, segundo ensina Marcelo Caetano, não fica desligado de suas obrigações e responsabilidades para com a administração; que o autor se defendeu no inquérito, e inclusive contratou advogado, tendo sido o mesmo realizado com observância das formalidades legais; que o Diretor da autarquia tinha competência para demitir o autor, sendo de ressaltar que o Decreto-Lei nº 200, de 1967, deu maior flexibilidade aos administradores, para expedir os atos relativos ao pessoal.

Pediu a reforma da sentença.

O apelado ofereceu as razões de fls. 120/121, pela confirmação da sentença, aludindo ao art. 34, XXII, do Regimento Interno do DNPVN, e ao parecer trasladado às fls 72/75, que reconhece não haver ele assinado a denúncia sobre irregularidades existentes na autarquia, nem lhe caber a autoria intelectual da mesma, o que não constituiria infração e declarou ter sido ouvido no inquérito como testemunha, vindo a ser convertido em indiciado, não afastando a irregularidade o oferecimento de defesa, por procurador habilitado, e pleiteou a confirmação da sentença.

Subindo os autos, a ilustrada Subprocuradoria-Geral da República, em seu parecer (fls. 126/127), reportou-se às razões da apelação, e manifestou-se pelo provimento do recurso.

Ê o relatório.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Otto Rocha: A matéria acha-se assim exposta, no rela-

tório do eminente Ministro Jorge Lafayette Guimarães: (lê fls. 130/133).

Por motivo de sua aposentadoria, vieram-me os autos conclusos por redistribuição, e após estudá-los, faço-os conclusos ao ilustre Revisor.

Ê o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Otto Rocha (Relator): Sr. Presidente: Examinei cuidadosamente estes autos e as peças extraídas do processo administrativo que deu origem à demissão do autor, ora apelado.

Verifiquei, Sr. Presidente, que o inquérito administrativo, instaurado para apurar irregularidades na 3ª Diretoria Regional do DNPVN, foi realizado com observância das formalidades legais, revestindo-se do caráter contraditório, como faz certo a contratação, pelo ora Apelado, dos serviços profissionais de advogado, regularmente constituído para promover sua defesa.

Acresce, que esse inquérito administrativo foi instaurado, como acima dito, para apurar irregularidades na 3ª Diretoria Regional do DNPVN e, ali, muitos foram os indiciados, cerca de 18 (dezoito) servidores, incluído o ora apelado, sendo que alguns deles já vieram bater às portas do Tribunal e vez alguma inquinou-se de nulidade o processo administrativo, por inobservância do contraditório.

Em verdade, esta E. Primeira Turma, em sua antiga composição, julgando a AC nº 38.492 — PI, Relator, o eminente Ministro Jorge Lafayette Guimarães, manteve decisão do Juiz Federal do Piauí, Dr. Salmon de Noronha Lustosa Nogueira, que julgara improcedente ação proposta por Pedro Alves da Costa e outros, visando a nulidade dos atos demissórios e a conseqüente reintegração nos cargos que então ocupavam.

O acórdão respectivo tem a seguinte ementa:

«Funcionário autárquico — Demissão.

Sendo a ré — DNPVN — uma autarquia, o seu Diretor tinha poderes para demitir os autores (Lei nº 4.213/63, art. 9º, «L» e Dec. nº 58.324/66, art. 11, § 3º); a aplicação do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis é feita aos funcionários autárquicos atendidas as suas peculiaridades e com as necessárias adaptações (art. 252, II).

Não contém o Estatuto qualquer proibição de ser demitido funcionário licenciado para tratamento de saúde, não podendo ser invocado o art. 476, da CLT em relação a servidores sujeitos ao regime estatutário.»

No que tange à competência do Diretor da Autarquia (DNPVN) para expedir o ato de demissão do autor, ora apelado, o precedente acima expressamente o reconheceu, ao destacar o eminente Relator:

— «Acrescendo, no momento, que a Lei nº 4.213, de 1963, no seu art. 9º, «h», confere à referida autoridade a atribuição de

«expedir todos os atos relativos ao pessoal do DNPVN.»

e aludindo a todos os atos relativos ao pessoal, sem os distinguir, evidentemente abrange a demissão, não podendo prevalecer a competência do Presidente da República (art. 210, I, do Estatuto dos Funcionários), face à autonomia de que goza a ré, como autarquia, entidade dotada de personalidade jurídica própria, de direito público.

Por sua vez, o art. 11, § 3º, do Regimento aprovado pelo Decreto nº 58.324, de 1964, declara ser atribuição do Diretor.

«21. Elogiar e impor penas disciplinares ao pessoal do DNPVN.»

Ainda mais, a aplicação do Estatuto dos Funcionários Civis da União, aos funcionários autárquicos, ordenada no seu art. 252, II, deve ser feita com as necessárias adaptações às suas peculiaridades, estabelecendo o dispositivo citado dita aplicação, «no que couber».

De outra feita, cuidando desta mesma competência, a antiga Segunda Turma, julgando a AMS nº 69.656, Relator o eminente Ministro Décio Miranda, hoje pontificando no Egrégio Supremo Tribunal Federal, entendeu:

— «Funcionalismo. Demissão. Segundo o Regimento do DNPVN aprovado pelo Decreto nº 58.324, de 2-5-66, o Diretor-Geral pode impor penas disciplinares ao pessoal da autarquia, inclusive demissão».

Na assentada de julgamento, o eminente Ministro Décio Miranda, Relator, assim votou:

— «O Sr. Ministro Décio Miranda (Relator): Na sessão de 20-3-72, desta 2ª Turma, na AC 31.924, relator o Sr. Ministro Amarílio Benjamin, acolhemos a nulidade do ato demissório, em caso semelhante.

Mas, ali, o ato fora praticado na vigência do Regimento corporificado no Decreto nº 51.896, de 9-4-63, que, no art. 34, inciso XXII, conferia ao Diretor-Geral a atribuição de «elogiar e impor penas disciplinares, inclusive suspensões até 30 dias, e representar ao Ministro de Estado quando a penalidade não for de sua alçada.»

No caso dos autos, a demissão se fez sob a vigência do Decreto nº 58.324, de 2-5-66, novo Regimento da autarquia, o qual, na disposição correspondente, art. 11, § 3º, a par do item 7, que comete ao Diretor-Geral a atribuição de «expedir todos os atos relativos ao pessoal do DNPVN, de acordo com a legislação em vigor», insere, em vez daquela antiga, esta nova regra, no

item 21: «elogiar e impor penas disciplinares ao pessoal do DNPVN.»

Foi assim, revogada a cláusula do Regimento anterior, que limitava seu poder em relação às penas disciplinares.

E isso não é contrariado pela Lei nº 4.213, de 14-2-63, reorganizadora da autarquia em causa, cujo art. 9º, letra h dá ao Diretor-Geral a atribuição de «expedir todos os atos relativos ao pessoal do DNPVN, de acordo com a legislação em vigor.»

Isto posto, nego provimento ao recurso.»

Exatamente esta a hipótese destes autos, uma vez que o autor, ora apelado, fora demitido pela Portaria nº 57/DG, de 23 de janeiro de 1969, no uso das atribuições conferidas ao Diretor-Geral do DNPVN, pelo art. 11, § 3º, itens 7 e 21, do Regimento aprovado pelo Decreto nº 58.324, de 2 de maio de 1966.

Como se vê, labora em equívoco a respeitável sentença apelada, ao afirmar a incompetência do Diretor-Geral para aplicar a pena de demissão.

Com estas considerações, sou obrigado a reformar a respeitável sentença de primeiro grau, a fim de dar provimento ao recurso, para julgar improcedente a ação, condenado o autor nas custas do processo e honorários de 10% (dez por cento) do valor dado à causa.

É o meu voto.

VOTO VOGAL

O Sr. Ministro José Pereira de Paiva (Revisor): Sr. Presidente, havia escrito o voto confirmando a sentença. Todavia, ouvi com atenção o relatório e voto do eminente Ministro Otto Rocha que trouxe outras nuances e novas provas sobre o pro-

cesso, que haviam me passado despercebidas, como por exemplo: o fato do apelado, ao invés de ajuizar a ação no distrito da culpa civil, ajuizou-a no Rio de Janeiro, sendo certo que ele fazia parte da relação dos indiciados, situado em terceiro lugar dos demais implicados, num total de 18, no mesmo processo administrativo. Logo, se ele, ao invés de ajuizar a ação no lugar certo e, se outros lá ajuizaram a ação, que foi julgada improcedente e confirmada pelo Egrégio Tribunal Federal de Recursos, impõe-se mudar o voto e acompanhar o eminente Ministro Otto Rocha, que examinou com proficiência, com acuidade, toda a prova dos autos, sendo que esta, a que me refiro, confesso, havia me passado despercebido.

Com estas explicações, e fundado no sólido, jurídico e seguro voto do eminente Relator, Ministro Otto Rocha, também reformo a sentença e julgo a ação improcedente.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

AC 45.296 — RJ — Rel.: Sr. Min. Otto Rocha. Apte.: Departamento Nacional de Portos e Vias Navegáveis — DNPVN. Apdo.: Pedro José de Almeida Filho.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento à apelação para reformar a sentença de 1º grau e julgar improcedente a ação. (Em 2-3-1982 — 1ª Turma).

Os Srs. Ministros Pereira de Paiva e Lauro Leitão votaram com o Relator. Não compareceu, por motivo justificado, o Sr. Ministro Peçanha Martins. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro Lauro Leitão.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA AC 46.471 — MG

Relator: O Sr. Ministro Romildo Bueno de Souza

Embargante: Welber Teixeira

Embargado: V. acórdão de fls. 110

EMENTA

Processual Civil e Tributário.

Execução fiscal fundada em diversas certidões de inscrição de dívida ativa.

Processo de execução cumulativo.

Autonomia dos títulos de dívida ativa da União Federal.

Imposto sobre a renda: débitos relativos a exercícios diversos.

Valor de cada um inferior ao contemplado pela anistia fiscal.

Recursos.

Embargos declaratórios oportunamente interpostos: inoccorrência, por conseguinte, de preclusão.

Superveniência do Decreto-Lei nº 1.893, de 16-12-81: anistia fiscal concedida pelo art. 4º, quanto a débitos de valor superior a cada um dos reclamados na execução fiscal cumulativa em causa.

Extinção do processo de execução que se decreta de ofício.

Aplicação dos art. 266, VI, § 3º e 580 do CPC.

Embargos declaratórios prejudicados.

ACÓRDÃO

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

Decide a 4ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, decretar a extinção da execução e ter como prejudicado o recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 24 de março de 1982 (data do julgamento) — Ministro Carlos Mário Velloso, Presidente — Ministro Romildo Bueno de Souza, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Romildo Bueno de Souza: Na sessão de 4 de novembro último, como se vê pelo acórdão de fls. 110, publicado em 3-12-81 (fls. 112), esta 4ª Turma decidiu, por unanimidade de votos, dar provimento à apelação interposta pela União Federal contra sentença do MM. Juiz Federal Substituto da 1ª Vara de Minas Gerais, a qual julgara procedentes os embargos opostos à execução fiscal por Welber Teixeira, ex-sócio da executada Antônio Alves de Souza & Cia. Ltda.

Eis o teor do voto que então preferi, como Relator (lê fls. 104/108).

Em tempo hábil (fls. 113 e ss), Welber Teixeira opôs embargos de declaração.

Sustenta o embargante:

I — que «uma das questões discutidas nos autos foi a de que, não tendo havido extensão ao embargante do processo administrativo em que se apurou a dívida objeto de cobrança, substituindo-se a certidão da dívida, devolvendo-se o prazo de defesa etc., inexistente a dívida do embargante, por ausência mesmo de inscrição e de qualquer participação sua no processo administrativo ou oportunidade de defesa administrativa, preliminar esta também acolhida pela r. sentença de primeiro grau (fls. 68-início) e não abordada pelo v. acórdão embargado»;

II — que é incontroverso tratar-se de execução por dívida de sociedade por quotas de responsabilidade limitada, razão pela qual se impõe que a Turma julgadora se pronuncie «também quanto aos documentos de fls. 38 a 45 (prestação de esclarecimento da firma no processo administrativo), firmados por Antônio Alves de Souza, na qualidade de sócio-gerente da empresa Antônio Alves de Souza e Cia. Ltda, assim como quanto aos documentos de fls. 32 a 34, 36 e 37 (termo de início de diligência e apresentação de livros, termo de pedido de esclarecimentos e termos de esclarecimentos, todos eles trasladados do processo administrativo), que consignam ser o representante legal da firma Antônio Alves de Souza e Cia. Ltda. o Sr. Antônio Alves de Souza, presente aos atos do processo administrativo, além de quanto ao distrato de fls. 31, que demonstra ser o capital do sócio embargante menor do que o do sócio outro, gerente e responsável pela empresa Antônio Alves de Souza, manifestação esta que se impõe seja feita à luz dos artigos 134 e 135 do CTN, 3º e § 2º, 10 e 16 da Lei 3.708/81 e 153, §§ 22 e 2º, e

18, § 1º, da Constituição Federal (necessidade de respeito ao direito de propriedade do sócio não gerente e ao princípio da anterioridade legal, além de à prevalência das normas gerais de Direito Tributário insculpidas no CTN)».

III — e afinal, que «a manifestação quanto aos documentos de fls. 31 a 34, 36 e 37 se impõe também à luz dos artigos 173 e 174 do CTN e 18, § 1º e 153, §§ 2º e 3º, da Constituição Federal (direito adquirido pela decadência e pela prescrição), ante o fato de constar, desde o termo de início de diligência e apresentação de livros, a ciência, expressa, pelo fisco, do encerramento das atividades da empresa».

O embargante conclui por trazer à consideração da Turma precedentes jurisprudenciais que reconhecem possibilidade de alteração da substância do julgado, sempre que os embargos declaratórios demonstram a necessidade de harmonizar o julgamento com os fundamentos expostos; ou quando se trata de corrigir erro manifesto da decisão sobre o mérito.

Com estes embargos, vieram-me os autos conclusos em 2 de fevereiro último.

E o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Romildo Bueno de Souza (Relator): Verifica-se, pois, que o acórdão é dado como omissis:

a) ao deixar de efetuar pronunciação quanto à alegada inexistência da dívida, por caracterizada a inobservância dos arts. 201 e 202, I, do Cod. Tributário Nacional (este último dispositivo, a exigir a menção do nome do devedor no termo de inscrição de dívida), eis que, como argüido em preliminar de embargos, o nome do embargante não consta naquele registro;

b) quando não atentou para o fato de o embargante não ter sido o sócio gerente da empresa executada.

2. Antes mesmo de entrar na apreciação da matéria preliminar (necessária, no julgamento de qualquer recurso), ou seja, da matéria que, a este título (preliminar em sentido estrito), a própria petição do recorrente suscita nos autos, observo, à guisa de arguição *ex officio* de preliminar em sentido amplo (que cabe ter em vista, qualquer que fosse a fase do processo), que a execução fiscal que ensejou embargos do devedor, apelação e, agora, embargos declaratórios versa sobre três certidões de dívida:

a) a de fls. 3 dos apensos, por imposto de renda do exercício de 1965, do valor principal de Cr\$ 4.190,00;

b) a de fls. 4, também por imposto de renda do exercício de 1966, do valor principal de Cr\$ 7.604,00; e

c) a de fls. 5, igualmente por imposto de renda do exercício de 1966, do valor de Cr\$ 4.684,00.

3. A execução fiscal tem na certidão de inscrição da dívida o seu título indispensável e suficiente (Lei nº 6.830, de 22-9-80, arts. 2º, §§ 3º e 4º; 3º; 6º, § 1º, combinados com os arts. 583 e 585, V do Cód. de Proc. Civil).

4. Os processos de execução se constituem, por conseguinte, como realidades distintas, consoante o título em que cada um se baseia, eis que correspondem ao exercício do direito de ação, presidida pela necessidade de invocação do *officium iudicis* (interesse legítimo) e limitada, estritamente, pela regra *ne bis in idem sit actio*.

5. Isto significa que, muito embora um mesmo processo de execução possa comportar o exercício da ação por créditos diversos, mediante aglutinação (consoante as certidões de dívida ali reunidas), contudo se impõe reconhecer que a cada certidão

corresponde crédito distinto e que, assim, cada uma por si mesma poderia ensejar execução autônoma.

Em outras palavras, a reunião de diversas certidões de dívida em um mesmo feito não compromete a individualidade e autonomia de cada uma delas.

6. No caso, qualquer das certidões de inscrição de dívida aponta valor principal (do tributo) inferior a Cr\$ 12.000,00.

Ora, o Decreto-Lei nº 1.893, de 16-12-81 (posterior, portanto, ao julgamento da apelação) dispõe:

«Art. 4º. Ficam cancelados, arquivando-se os respectivos processos administrativos, os débitos de valor originário igual ou inferior a Cr\$ 12.000,00 (doze mil cruzeiros).

I — de qualquer natureza para com a Fazenda Nacional, inscritos como Dívida Ativa da União, pelas Procuradorias da Fazenda Nacional, até 18 de novembro de 1980;

II — concernentes ao imposto de renda, ao imposto sobre produtos industrializados, ao imposto sobre a importação e a multas de qualquer natureza, previstas na legislação em vigor, constituídos até 18 de novembro de 1980, ainda não inscritos como Dívida Ativa da União;

III — decorrentes de pagamentos feitos pela União, a maior, até a data da publicação deste Decreto-Lei, a servidores públicos civis ou militares, ativos ou inativos, bem como a pensionistas do Tesouro Nacional, que vieram a falecer.

Parágrafo único. Os autos das execuções fiscais relativas aos débitos de que trata este artigo serão arquivados mediante despacho do juiz, ciente o representante da União.»

7. Ante o exposto, tenho para mim que é imperioso reconhecer o desa-

parecimento do interesse de agir na ação de execução fiscal (CPC, art. 266, VI, § 3º), bem como, por via de consequência, na de embargos de devedor.

A extinção das ações determina o encerramento do processo respectivo e, por conseguinte, dos recursos, meras dependências dele.

Preliminarmente, portanto, dou por extintas as ações de execução e de embargos e encerro o processo, ficando prejudicados estes embargos declaratórios.

Determino a baixa dos autos para as providências finais, a cargo do Dr. Juiz a quo.

EXTRATO DA MINUTA

Emb. Decl. na AC 46.471 — MG — Rel.: Sr.Min. Romildo Bueno de Souza. Embte.: Welber Teixeira. Embdo.: V. Acórdão de fls. 110.

Decisão: A Turma, por unanimidade, decretou a extinção da execução e teve como prejudicado o recurso. (Em 24 de março de 1982 — 4ª Turma).

Os Srs. Mins. Antônio de Pádua Ribeiro e Carlos Mário Velloso votaram com o Relator.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr.Ministro Carlos Mário Velloso.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 46.930 — PR

Relator: O Sr. Ministro Lauro Leitão

Apelantes: Marcide dos Santos Ferreira e União Federal

Apelados: Os mesmos

EMENTA

Tributário. Execução fiscal. Penhora. Embargos do devedor.

A dívida inscrita traz a presunção, iuris tantum, de liquidez e certeza (art. 204, caput, § único, do CTN; Decreto-Lei nº 960, de 17-12-1938; art. 585, VI, do CPC).

E o Embargante não conseguiu elidir aquela presunção.

É devida a taxa de 20% sobre o valor da dívida, nos termos do artigo 1º do Decreto-Lei nº 1.025, de 21-10-69.

Apelações desprovidas.

Reforma parcial da sentença, tendo em conta o artigo 475, III, do CPC, para incluir-se, na condenação, a aludida taxa de 20%.

ACÓRDÃO

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

Decide a 3ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade,

negar provimento a ambos os recursos, e, tendo em conta o art. 475, inciso III do CPC, reformar a sentença para determinar a inclusão na condenação do percentual de 20% previsto no Decreto-Lei nº 1.025, ex-

cluída a verba honorária de advogado, 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 abril de 1979 (data do julgamento). — **Ministro Armando Rollemberg**, Presidente — **Ministro Lauro Leitão**, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. **Ministro Lauro Leitão**: A União Federal, por seu representante legal, propôs Ação Executiva Fiscal, perante o Dr. Juiz de Direito da Comarca de Londrina, Paraná, contra Marcide dos Santos Ferreira, para haver deste a importância de Cr\$ 18.362,75, acrescida de juros de mora, custas, correção monetária e honorários de advogado.

Citado, o executado, não pagou ele imediatamente a dívida ajuizada, mas nomeou bens à penhora (fls. 7 e 13 dos autos em apenso), bens estes que foram inscritos no 3º Ofício do Cartório de Registro de Imóveis, sob nº 2.406, da cidade de Londrina.

No prazo legal, porém, o executado opôs embargos à execução fiscal, em que arguiu a nulidade do processo administrativo, do qual resultou a inscrição do débito fiscal em causa.

A União Federal, à sua vez, impugnou os Embargos opostos pelo devedor.

Foram trasladadas peças do Processo Administrativo para os autos dos embargos.

Deferida a prova testemunhal, requerida pelo embargante, foi designada data para a audiência de instrução e julgamento.

Realizada esta, o MM. Magistrado proferiu a r. sentença de fls 86 a 89, concluindo pela improcedência dos Embargos e com a conseqüente con-

denação do embargante ao pagamento das custas processuais e de honorários advocatícios, estes fixados em Cr\$ 1.500,00, na forma do art. 2º e seus §§ 1º e 2º, do CPC.

Inconformado com a r. sentença, dela apelou o executado e embargante para este Egrégio Tribunal.

A União Federal, à sua vez, também apelou, porém, da parte da sentença que condenara o embargante ao pagamento de Cr\$ 1.500,00, a título de honorários de advogado, pois entende que tal verba deveria ter sido fixada sobre o valor da dívida ajuizada.

Ambas as partes ofereceram razões.

Nesta instância, opinou o douto Dr. Subprocurador-Geral da República, no sentido de que se dê provimento ao recurso da União Federal, e se negue provimento à apelação do embargante.

É o relatório.

VOTO

O Sr. **Ministro Lauro Leitão** (Relator): A r. sentença de 1º grau, em sua parte decisória, assentou:

«A certidão de dívida ativa que instrui o processo de execução resultou de procedimento regular, sem dúvida. Baseou-se, o procedimento, nos próprios elementos fornecidos pelo embargante — a sua declaração de rendimentos, e deuse o lançamento ex officio (art. 407, «b» do Decreto nº 58.400/66), porque o mesmo embargante deixou de atender ao pedido de esclarecimento feito, por intimação, através do Memorando SF nº R-211/73, com o qual ela própria instruiu os seus embargos (fl. 19). Não podia ignorar, o embargante, que esses esclarecimentos deveriam ser entregues, com os documentos, na Seção de Fiscalização da Delegacia da Receita Federal.

Está expressa, a exigência, no mencionado documento. O verbo entregar tem significação bem diversa de apresentar, com o sentido de exibir, mostrar, como o teria feito o embargante, segundo o testemunho de seu representante, nessa ocasião, o seu contador (fl. 77).

Dai a também regular aplicação da multa nos termos do § 1º do artigo 21 do Decreto-Lei nº 401/68, de 75% e não a de 50%, como entende o embargante, baseando-se em situação diversa (letra b do mesmo artigo).

A prova testemunhal, de resto, não representa prova inequívoca, mesmo somada aos documentos inicialmente produzidos pelo embargante, que possa abalar a presunção de liquidez e certeza da certidão de dívida ativa, pelo seu valor.

Pelo exposto, e o mais que dos autos consta, julgo improcedentes os embargos e condeno o embargante ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes aqui fixados em Cr\$ 1.500,00 (um mil e quinhentos cruzeiros), na forma do artigo 20 e

seus §§ 1º e 4º do Código de Processo Civil.

Publique-se, registre-se e intimem-se.»

Como demonstrado, o ora apelante, Marcide dos Santos Ferreira, na esfera administrativa, foi intimado a prestar, no prazo de 30 dias, esclarecimentos sobre sua Declaração de Rendimentos, relativa ao ano de 1969, conforme memorando nº R-211/73, de 14-6-1973, nos seguintes termos:

«Intimação

Pela presente fica o contribuinte intimado a prestar, no prazo de 30 (trinta) dias, contados da data do recebimento deste, os esclarecimentos abaixo:

- 1) Identificar os emitentes de Notas Promissórias;
- 2) Comprovar os saldos bancários;
- 3) Comprovar a propriedade e venda de veículos e;
- 4) Justificar a origem dos recursos não comprovados e abaixo demonstrado:

	Recursos	Dispêndios
Renda líquida.....	9.179,75	—
Valor dos bens em 31/12.....	32.500,00	55.805,35
Dívidas e ônus reais.....	8.275,00	—
Gastos pessoais (limite de isenção)	—	4.200,00
	<hr/>	<hr/>
	49.954,75	60.005,35
 Recursos não comprovados .	 <u>10.050,60</u>	
	60.005,35	

O não atendimento às solicitações acima, dentro do prazo determinado, implicará na exigência de imposto suplementar, com os acréscimos legais cabíveis.

Os esclarecimentos e documentos solicitados deverão ser entregues na Seção de Fiscalização, da

Delegacia da Receita Federal em Londrina, sita na Rua Souza Naves, 189, no horários das 13h às 16h30min ou remetidos através dos órgãos da Receita Federal.»

O aludido apelante, todavia, não atendeu à intimação e, por isso, a autoridade fiscal, baseando-se nos

próprios elementos fornecidos por ele, em sua Declaração de Rendimentos, procedeu ao lançamento *ex officio*, como faculta o artigo 407, alínea b do Decreto nº 58.400/66.

Além disso, a autoridade fiscal aplicou ao ora apelante a multa de 75%, com fundamento no artigo 21, § 1º, do Decreto-Lei nº 401/68.

Correto, portanto, o procedimento fiscal.

A dívida, então, foi inscrita, sob nº 278, Série IR-A/74, em 27 de junho de 1974, à vista dos elementos constantes do processo sob nº 930-3399/73. Na certidão de Dívida Ativa (autos da execução, fl. 3), o débito em causa está assim discriminado:

«Imposto de Renda do exercício

De 1970 relativo aos rendimentos auferidos no ano base de 1969.....	Cr\$ 10.493,00
art. 55-c, 106, 334, §§ 2º e 4º, 407-B e C, do Dec. 58.400/66.	
Multa. —	
art. 21-b — Dec.-Lei 401/68.....	Cr\$ 7.869,75
	<u>Cr\$ 18.362,75»</u>

Como se sabe, o lançamento pode ser efetuado com base na declaração do sujeito passivo ou de terceiro, de ofício pela autoridade administrativa (inclusive quando se comprove ação ou omissão do sujeito passivo, ou terceiro legalmente obrigado, que dê lugar à aplicação de penalidade pecuniária); o lançamento pode, ainda, se efetivar por homologação (artigos 147, 149 e 150, do CTN).

Com o lançamento, abre-se oportunidade para o recebimento do tributo, já definido, do contribuinte.

É que o lançamento cumpre a função de tornar líquida a obrigação tributária e fixar a data de sua satisfação pelo contribuinte.

Verificado o inadimplemento, por parte do contribuinte, procede-se à inscrição, nos termos do artigo 201, do Código Tributário Nacional.

A inscrição da dívida, assim, comprova a exigibilidade do crédito.

É que a inscrição da dívida traz a presunção, *juris tantum*, de liquidez e certeza (art. 204, *caput*, § único, do CTN; Decreto-Lei nº 960, de 17-12-1938; art. 585, VI, do CPC).

De acordo com o artigo 160 do CTN, a obrigação tributária deve ser cumprida em data fixada em lei ou em 30 dias após a data da notificação do contribuinte.

Por outro lado, dispõe o CTN, em seu artigo 161:

«Art. 161. O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária.

§ 1º. Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de um por cento ao mês.

§ 2º. O disposto neste artigo não se aplica na pendência de consulta formulada pelo devedor dentro do prazo legal para pagamento do crédito.»

Como se vê, não conseguiu o embargante ilidir a presunção de liquidez e certeza da dívida, objeto da execução. Por isso, a r. sentença de

1º grau, que julgou improcedentes os embargos, não merece reparo nesta parte, exceto quanto à fixação de honorários de advogado.

A União Federal, que também apelou, mas, em parte, da sentença, pleiteia a condenação do embargante em honorários de advogado na base de 10% e mais a taxa de 20%, sobre o valor total do débito. É que a sentença fixou a verba honorária tão-somente em Cr\$ 1.500,00, quando o valor originário do débito é de Cr\$ 18.362,75, afóra a correção monetária, juros, multa e acréscimos legais pertinentes. Assim, deveria o Juiz — diz a União — de acordo com o artigo 20, § 3º, do Código de Processo Civil, ter fixado o percentual, a título de honorários advocatícios, sobre o valor da condenação.

Data venia, não podem coexistir a taxa de 20% prevista no Decreto-Lei nº 1.025/69 e a verba honorária fixada de acordo com o artigo 20 do CPC. É que uma exclui a outra.

Nesse sentido, aliás, já se pacificou a jurisprudência desta Egrégia Corte, consubstanciada nos seguintes julgados:

«Dívida Fiscal. Correção monetária. Percentagem do Decreto-Lei nº 1.025/69.

A correção monetária das dívidas fiscais, não incide em vício de inconstitucionalidade, e vem sendo aplicada pela jurisprudência dos Tribunais, sem discrepância.

As multas tributárias estão sujeitas à correção monetária.

O art. 15, § 1º, da Lei nº 4.865/65, referente à exclusão de correção monetária no período anterior à notificação da decisão, quando o débito resultar de modificação de decisão de primeira instância, favorável ao contribuinte, só alcança as hipóteses de decisões administrativas, proferidas em procedimento fiscal, não as judiciais.

A percentagem de 20% (Decreto-Lei nº 1.025/69) incide sobre o montante do depósito liquidado.» — AI 38.393 — in DJ de 1º-11-76 — pág. 9.470 Rel.: Min. Jorge Lafayette Guimarães);

«Taxa do Decreto-Lei nº 1.025/69. Honorários. A taxa remuneratória de serviços, instituída pelo Decreto-Lei nº 1.025/69, não pode coexistir com condenação de pagamento de honorários advocatícios.» (Agravo de Petição nº 32.864 — Rel.: Min. Moacir Catunda — Ac. in DJ de 26-6-74, pág. 4.464);

«Executivo fiscal. 1) Defesa improcedente da executada. 2) Honorários de advogado. Em Executivo fiscal da União Federal, a dívida é acrescida de 20%, antiga percentagem de Procuradores, mantida pelo art. 1º do Decreto-Lei nº 1.025, de 21-10-69, que, cobrada pelo motivo mesmo do ajuizamento, funciona como prefixação de honorários, e exclui a condenação em honorários arbitrados pelo Juiz, que constituiria insuportável suplicidade.» (Agr. de Petição 33.904 — Rel.: Min. Décio Miranda — Ac. in DJ de 27-8-73, pág. 6.133).»

Em face do exposto, nego provimento a ambas as apelações, mas, tendo em conta o artigo 475, inciso III, do Código de Processo Civil, reformo parcialmente a sentença de 1º grau, para determinar a inclusão, na condenação, da taxa de 20% prevista no Decreto-Lei nº 1.025/69, excluída, porém, a verba de honorário de advogado.

É o meu voto.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Mário Velloso: (Revisor):

I

O meu voto é coincidente com o do Sr. Ministro-Relator: nego provimen-

to aos recursos voluntários das partes.

II

Examinando a sentença sob a ótica do duplo grau de jurisdição obrigatório, reformo-a para mandar incluir o acréscimo de 20% do Decreto-Lei nº 1.025/69. A condenação em tal acréscimo, exclui a verba honorária. É o que faço.

EXTRATO DA ATA

AC 46.930 — PR — Rel.: Sr. Min. Lauro Leitão. Rev.: Sr. Min. Carlos Mário Velloso. Aptes.: Marcide dos

Santos Ferreira e União Federal. Apdas.: as mesmas.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento a ambos os recursos, e, tendo em conta o art. 475, inciso III do CPC, reformou a sentença para determinar a inclusão na condenação do percentual de 20% previsto no Decreto-Lei nº 1.025, excluída a verba de honorários de advogado. (Em 23-4-79, 3ª Turma).

Os Srs. Ministros Carlos Mário Velloso e Armando Rollemberg votaram de acordo com o Relator. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Min. Armando Rollemberg.

EMBARGOS NA APELAÇÃO CÍVEL Nº 46.958 — SP

Relator: O Sr. Ministro José Cândido

Embargante: Instituto Nacional de Previdência Social.

Embargado: Ademar Salvatori Batista

EMENTA

Ação indenizatória. Acidente de veículos. Despesas de remoção do carro danificado. Gastos de locomoção. Responsabilidade do INPS.

As despesas de remoção do veículo danificado se incluem entre as obrigações assumidas pelo INPS, como causador do acidente.

Também irrecusável a reparação das despesas diárias com a locomoção do proprietário do veículo acidentado, desde que devidamente comprovadas e feitas em razão de sua atividade profissional.

Embargos rejeitados.

ACORDÃO

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

Decide a 1ª Seção do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, rejeitar os embargos. Impedido o Sr. Ministro Torreão Braz, 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 setembro de 1980 (data do julgamento). — Ministro **Lauro Leitão**, Presidente — Ministro **José Cândido**, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro **Oscar Corrêa Pina**:
1) Julgando a Apelação Cível nº 46.958, de São Paulo, em 25 de feve-

reiro de 1977, decidiu, em síntese, a Egrégia 2ª Turma, fls. 60:

Ementa: «Responsabilidade civil. Automóvel. Vendedor. De admitir-se a liquidação, em execução, do dano decorrente da privação do uso profissional do carro na profissão. Orçamento. Não o desqualifica a inclusão de verbas tornadas necessárias pelo conjunto da reparação decorrente do acidente.»

2) A essa decisão opôs embargos infringentes o Instituto Nacional de Previdência Social, fls. 62/66, pugnando pela prevalência do voto vencido do Sr. Ministro Amarílio Benjamin, fls. 56, nestes termos:

«As entidades públicas respondem pelos danos que os seus servidores causarem a terceiros, segundo os princípios da culpa objetiva.

Na espécie, há prova suficiente de que o carro do autor, parado no estacionamento, sofreu abalroamento por parte do carro oficial, conforme perícia do Detran, fls. 12/18, sendo ainda justificável atribuir-se, pelo apurado, a responsabilidade do evento ao seu motorista. Se um carro não identificado o «fechou», obrigando-o ao movimento brusco, que resultou no acidente, o fato não modifica responsabilidade do INPS.

Discordamos, no entanto, do valor da condenação estabelecido na sentença.

A nosso ver, não há outras despesas a serem apuradas na execução, pois, embora a referência da inicial, fl. 3, item IV, não houve qualquer prova a respeito, nem mesmo esclarecimento ou estimativa.

Entendemos também que o orçamento de fls. 21/23 incluiu reforma completa do veículo e assim não pode ser aceito inteiramente, para orientar as reparações que o INPS deve realmente ao autor.

Por tais motivos, damos provimento em parte ao recurso, para excluir da condenação «despesas de remoção» e «lucros cessantes», e para reduzir a indenização solicitada ao pagamento das despesas provenientes exclusivamente dos danos produzidos no automóvel do requerente, em virtude do acidente e conforme fixar-se na execução à vista do orçamento mencionado e demais indicações dos autos.

Custas e honorários de advogado de 15%, proporcionais. O autor, embora a omissão do pedido, a eles tem direito, nos termos da Súmula nº 256, do Supremo Tribunal.

3) Prevaleceu no julgamento o voto do Senhor Ministro Décio Miranda, fl. 57, nestes termos:

«Peço vênia, a V. Exa., Sr. Presidente, para confirmar a sentença, que me parece haver resolvido a situação de modo a compor satisfatoriamente o dano sofrido pelo interessado, máxime tendo em vista que, tratando-se de vendedor, e alegando ele que nessa profissão utilizava o automóvel, se esta condição é verdadeira como parece, na execução se terá oportunidade de fazer justiça ao interessado.

Quanto ao orçamento, tenho como certo que alguma possível pequena excrescência do serviço feito em relação ao dano diretamente decorrente do acidente será na prática compensada pelas remanescentes deficiências do acidente, que os consertos nunca eliminam totalmente. E nem sempre um defeito mecânico ou de estrutura pode ser reparado isoladamente.

De resto, a ausência de correção monetária, que a sentença deixou de atribuir ao interessado, compensará qualquer eventual pequeno excesso nessa verba.»

4) O Senhor Ministro Paulo Távora concordou com o voto do Senhor Ministro Décio Miranda.

5) Admitidos os embargos, fls. 67, os mesmos não foram impugnados, havendo a União Federal pedido o seu provimento, fls. 70/71.

6) Acentuou o embargante:

«

5. A Autarquia argüiu em sua defesa que a indenização postulada no valor de Cr\$ 11.543,00 acrescida de despesas de remoção e lucros cessantes não representa a realidade dos fatos, uma vez que excede em muito os danos decorrentes do abalroamento, como se depreende de maneira clara e insofismável pela simples análise atenta das fotografias de fls.

6. É óbvio que o embargado aproveitou o ensejo para reformar, *in totum*, o seu veículo, basta, para tanto, que se confronte o orçamento de fls. 21/23 e os danos efetivamente ocorridos.

7. No que concerne aos lucros cessantes há de convir-se que é totalmente improcedente o pedido, eis que se fulcra em mera alegação, sem qualquer consistência fáctica ou legal, sendo unânime a orientação dos mais ilustres juristas no sentido de que:

«Os lucros cessantes, para serem indenizáveis, devem ser fundados em bases seguras, de modo a não compreender os lucros imaginários ou fantásticos. Nesse sentido é que se deve entender a expressão legal: razoavelmente deixou de lucrar»

(J. M. Carvalho Santos, em Código Civil Brasileiro Interpretado — pág. 256, Livraria Freitas Bastos 1955).

«Lucro cessante é aquilo que a vítima razoavelmente deixou de ganhar. Afastou-se, como o emprego do advérbio razoavelmente usado pelo legislador (art. 1059 do Código Civil), a idéia de ganhos exagerados presentes mais nos

sonhos da vítima do que no quadro da realidade» .

(Direito Civil — 4 — Responsabilidade Civil, página 227 — Autor: Silvío Rodrigues, Ed. Saraiwa — 1975).»

.....

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Cândido (Relator): O embargante pretende ver excluídos da decisão vitoriosa da antiga 2ª Turma, os pontos destacados pelo voto do saudoso Min. Amárico Benjamin, alusivos às «despesas de remoção» do veículo e os «lucros cessantes», resumindo-se a condenação ao pagamento dos danos emergentes.

Não vejo razão para se recusar ao embargado, o direito de receber as despesas feitas com a remoção do seu veículo danificado por culpa exclusiva da autarquia, entre o local do acidente e a oficina onde se processou o reparo. Esse pedido consta da inicial e foi atendido pela r. sentença de 1º grau.

Do mesmo modo, em se tratando de proprietário de carro danificado, que dele necessitava para o exercício diário de sua atividade profissional, parece-me irrecusável o seu direito à cobertura das despesas a que se viu obrigado, para suprir as necessidades de transporte por falta do seu veículo. É evidente, que ao juízo da execução compete o exame detalhado desses gastos, sendo de recusar-se, na liquidação, os que não forem satisfatoriamente comprovados. Entendo, por isso, que a sentença decidiu com acerto ao determinar que sejam reparados os lucros cessantes e a remoção do veículo, «comprovados por meio de artigos de liquidação, na execução», no que mereceu inteiro apoio da decisão embargada.

Por esses fundamentos, adiro ao voto do eminente Ministro Décio Miranda, no que foi acompanhado pelo ilustre Ministro Paulo Távora.

Rejeito os embargos.

EXTRATO DA MINUTA

EAC 46.958 — SP — Rel.: Sr. Min. José Cândido. Embte.: INPS. Embdo.: Ademar Salvatori Batista.

Decisão: A Seção, por unanimidade, rejeitou os embargos. Impedido o

Sr. Ministro Torreão Braz. (Em 17-9-80 — 1ª Seção).

Os Srs. Mins. Aldir G. Passarinho, Carlos Madeira, Washington Bolívar, William Patterson, Adhemar Raymundo e Pereira de Paiva votaram de acordo com o Relator. Não tomaram parte no julgamento os Srs. Mins. Peçanha Martins, Gueiros Leite, Otto Rocha e Hermillo Galant. Presidiu o julgamento o Sr. Min. **Lauro Leitão**.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 47.885 — RS

Relator: O Sr. Ministro Otto Rocha

Remetente: Juiz Federal da 1ª Vara

Apelante: União Federal

Apelado: Plínio Alexandre de Sousa Leal

EMENTA

Funcionário. Função gratificada. Designação.

A legitimidade de uma Portaria de designação do funcionário para uma determinada função, fica reconhecida com a posse e exercício do cargo, descabendo à Administração pretender que os efeitos jurídicos do ato se operem somente após a sua publicação, ocorrida, in casu, mais de seis meses depois.

Apelo improvido.

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 à apelação, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 2 de março de 1982 (data do julgamento) — Ministro **Lauro Leitão**, Presidente — Ministro **Otto Rocha**, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. **Ministro Otto Rocha**: Plínio Alexandre de Sousa Leal propôs a presente ação ordinária de cobrança contra a União Federal, para haver vantagens de função gratificada referentes ao período de 1º de julho de 1965 a 27 de janeiro de 1966, ou seja, da data da Portaria que o designou para exercer o cargo de Chefe de Seção de Identificação e Registros Profissionais, Símbolo 8-F, da Delegacia Regional do Trabalho, à data de sua publicação no Diário Oficial da União.

A contestante afirma que o ato de designação só se legitima, se opera e

passa a existir juridicamente, produzindo os efeitos decorrentes, no momento da publicação no órgão oficial (fls. 12/13), e junta o documento de fls. 14.

Saneado o feito, proferiu o Dr. Juiz a sentença de fls. 35/38, julgando procedente a ação e condenando a União Federal a pagar ao autor a importância de Cr\$ 685,02 (Seiscientos e oitenta e cinco cruzeiros e dois centavos), acrescida de juros, correção monetária, custas e honorários de 20% sobre a liquidação. Entendeu o ilustre Julgador que, por ter dado posse e exercício ao autor, a Administração reconheceu ter a Portaria 44/65 se legitimado, operado e passado a existir juridicamente, produzindo seus efeitos, independentemente de publicação, cabendo-lhe, inclusive, quanto a esta, exclusiva culpa pela demora.

A União, apelou, sustentando, ter a sentença desatendido o preceito do art. 23, parágrafo único, da Lei nº 4.345, de 1964, que rege a matéria. Impugna, também, a verba honorária, que alega excessiva (fls. 34/40).

Contra-arrazoado o apelo (fls. 42/44) subiram os autos e a Subprocuradoria-Geral da República, distinguindo entre existência e eficácia do ato, pede a reforma da r. decisão recorrida.

Dispensada a revisão nos termos do item IX do art. 33 do R.I.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Otto Rocha (Relator): Sr. Presidente: A sentença recorrida, ao julgar procedente a ação, vem assim fundamentada:

«O autor que já era funcionário público do Ministério do Trabalho e Previdência Social, pela Portaria nº 44 de 1º de junho de 1965, foi designado para exercer a função gra-

tificada, símbolo 8-F, de Chefe da Seção de Identificação e Registro Profissional, na Delegacia Regional do Ministério do Trabalho de Porto Alegre. Na mesma data de 1º de junho de 1965, prestou o compromisso e entrou em exercício da função (doc. f. 5). De 1º de junho de 1965 até 30 de janeiro de 1966 teve frequência integral (doc. f. 7), mas não recebeu as vantagens da função gratificada porque a Portaria nº 44/65 só foi publicada no Diário Oficial da União no dia 27 de janeiro de 1966.

Ora, referida Portaria teria de ter sido encaminhada para publicação no mesmo dia em que ela foi assinada e não mais de seis meses depois que a própria Administração deu posse e exercício ao autor na função gratificada. De duas uma. Ou a Administração não poderia ter dado posse e exercício ao autor antes da publicação da Portaria nº 44/65, porque «o ato de designação só se legitima, se opera e passa a existir juridicamente, produzindo efeitos decorrentes, no momento de sua publicação no órgão oficial», ou, tendo dado posse e exercício ao autor, reconheceu ter a Portaria nº 44/65 se legitimado, operado e passando a existir juridicamente, produzindo seus efeitos, independentemente de publicação. É claro que a Administração reconheceu validade e existência à Portaria aludida, porque, do contrário não iria dar posse e exercício ao autor com base nela. Agora, se a Administração, por sua exclusiva culpa, demorou seis meses para publicar a Portaria, não pode pretender prejudicar o autor por isso. Não pode, nem pensar em deixar de pagar o autor os seis meses de efetivo exercício na função gratificada a ele dada por ela própria e depois dele ter prestado seus serviços durante todo esse tempo, sem receber o que lhe

era devido. Não seria uma ação digna da Administração Pública. O autor desempenhou a função e tem o legítimo direito de receber o que lhe é devido».

Ao cuidar da classificação dos atos administrativos, Hely Lopes Meirelles, em sua obra clássica, inicialmente, no que respeita aos seus destinatários, classifica-os em atos «gerais» e «individuais».

E pontifica:

«Atos gerais — Atos administrativos gerais são aqueles expedidos sem destinatários determinados, com finalidade normativa ou ordinatória, alcançando todos os sujeitos que se encontrem na mesma situação de fato abrangida por seus preceitos.»

Após tecer outras considerações acerca dos «atos gerais», esclarece:

«Os atos gerais, quando de efeitos externos, dependem de publicação no órgão oficial para entrar em vigor e produzir os seus resultados jurídicos, pois os destinatários só ficam sujeitos às suas imposições após essa divulgação».

No que toca aos «atos individuais», preleciona o festejado autor:

«Atos individuais — Atos administrativos individuais ou especiais são todos aqueles que se dirigem a destinatários certos, criando-lhes situação jurídica particular. O mesmo ato pode abranger um ou vários sujeitos, desde que sejam individualizados. Tais atos, quando de efeitos externos, entram em vigência pela publicação no órgão oficial, e, se de efeitos internos ou restritos a seus destinatários, admitem comunicação direta para início de sua operatividade ou execução» (Hely Lopes Meirelles, «Dir. Adm. Bras.», 8ª edição, págs. 137/138).

No caso concreto, o que se vê, cristalinamente, é a existência de um

ato administrativo individual, dirigido a determinado servidor, de «efeitos internos» e admitindo a «comunicação direta para início de sua operatividade ou execução», sendo desnecessária a sua publicação, tanto assim que a Administração deu posse ao autor ora apelado, entrando ele no exercício da função no dia da expedição do ato administrativo.

Esta assertiva, constante da sentença, vem confirmada pelo documento de fls. 5, certificando que:

«... revendo o Livro de Termos de Posse e Exercício desta 18ª Delegacia Regional do Trabalho, às fls. 7 (sete) verso, encontra-se lavrado o Termo de Posse, que passo a descrever de inteiro teor: — Termo de posse. Às 14 (quatorze) horas do dia 1º (primeiro) de junho de 1965 (mil novecentos e sessenta e cinco), no gabinete do Senhor Delegado Regional do Ministério do Trabalho e Previdência Social, sito à rua Uruguay nº 35 — 4º andar, presentes o respectivo titular Senhor Edgar Von Brixen-Montzel, Chefes de Secções e demais funcionários, compareceu o Auxiliar de Dactiloscopista, nível 10-B, deste Ministério, matrícula nº 1.199.324 Plínio A. S. Leal, que pela Portaria nº 44/65, desta data, foi designado para exercer a Função gratificada, Símbolo 8-F, de Chefe da Secção de Identificação e Registro Profissional, desta Repartição. Após prestar o compromisso de bem servir a Administração, entrou em exercício da função. Para constar, por determinação superior, eu Coralino Martins, Chefe da Secção de Administração, lavrei o presente Termo que vai devidamente assinado pelo funcionário empossado, pelo Senhor Delegado Regional do Trabalho e por mim, ao primeiro dia do mês de junho de mil novecentos e sessenta e cinco».

Estou em que bem decidiu a respeitável sentença recorrida, a qual

confirmo, por seus próprios fundamentos.

Ante o exposto, nego provimento à apelação.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

AC 47.885 — RS Rel.: O Sr. Min. Otto Rocha. Remte.: Juiz Federal da

1ª Vara. Apte.: União Federal. Apdo.: Plínio Alexandre da Sousa Leal.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação (1ª Turma: 2-3-82).

Os Srs. Ministros Pereira de Paiva e Lauro Leitão votaram com o Relator. Não compareceu, por motivo justificado, o Sr. Min. Peçanha Martins. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Lauro Leitão.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 48.766 — MG

Relator: O Sr. Ministro Miguel Jerônimo Ferrante

Remetente: Juiz de Direito da 1ª Vara da Comarca de Barbacena

Apelante: INPS

Apelado: Cerâmica Lavrinha Ltda.

EMENTA

Embargos à execução. Contribuições previdenciárias. Sucessão. Caracterizada a sucessão, tem aplicação a norma do art. 132, § único, do Código Tributário Nacional. Apelação provida para reformar a sentença de primeiro grau e julgar improcedentes os embargos, invertidos os ônus da sucumbência.

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 improcedentes os embargos, na forma do relatório e notas taquigráficas retro que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 7 de outubro de 1981 (data do julgamento) — Ministro José Fernandes Dantas, Presidente — Ministro Miguel Jerônimo Ferrante, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Miguel Jerônimo Ferrante: Cerâmica Lavrinha Ltda., qualificada nos autos, opôs embargos à execução que, no Juízo de Direito da 1ª Vara da Comarca de Barbacena, Minas Gerais, lhe move o Instituto Nacional de Previdência Social, para dela haver a quantia de Cr\$ 18.872,88, relativa a contribuições e consectários de direito, como especificado na certidão de dívida de fls. 4.

Em síntese, alega: que nula é a penhora, por que efetivada antes da citação da executada; que o imóvel penhorado é de propriedade de seu sócio Othelo Bonato, que, sendo a executada sociedade por cotas de res-

ponsabilidade limitada, não se justifica a penhora de bens particulares de seus sócios; que a embargante ofereceu bens próprios à constrição que não foram aceitos pelo oficial, de justiça encarregado da diligência; que, ademais, entregue o bem penhorado a depositário público, feriu-se a disposição do art. 15 do Decreto-Lei 960, de 1938; que, quanto ao mérito, pretende o embargado cobrar contribuições relativas ao período de dezembro de 1967 a março de 1971, quando a embargante só foi constituída a 14 de março de 1971; que, não procede a pretensão do embargado de haver a embargante como sucessora da firma Plácido Augusto Pereira e conseqüentemente, de O. Bonato, para justificar a cobrança intentada; que não se configurou sucessão, no caso, pelas razões que expende.

Pela sentença de fls. 40/43v., foram os embargos julgados procedentes, condenado o embargado nas custas e em honorários advocatícios de 15% sobre o pedido.

Há recurso de ofício.

Apelou o embargado, com as razões de fls. 46/48.

Contra-razões a fls. 49/50.

Parecer da Subprocuradoria-Geral da República, a fls. 59/60, pelo provimento do recurso.

Pauta sem revisão, nos termos do § 1º do art. 90 da Lei Complementar nº 35, de 1979.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Miguel Jerônimo Ferrante: Localizada no mesmo endereço da embargante, a firma individual O. Bonato explorava o comércio e indústria de cerâmica. Em dezembro de 1969, o detentor dessa firma — Othelo Bonato — deu em locação a Plácido Augusto Pereira «galpões com 3.000 m², do mesmo endereço (fls. 23), em 14 de abril de 1971,

constituiu com um filho seu, a empresa embargante — Cerâmica Lavrinha Ltda. — com o mesmo ramo de atividades — exploração da indústria de cerâmica — instalada no mesmo local — Rua do Sapé s/n, Barbacena — MG.

Ora, a esse simples enfoque não se pode deixar de dissentir do MM. Juiz a quo, quando proclama a inexistência de qualquer elo de ligação entre as mencionadas firmas, em ordem a caracterizar sucessão.

Na realidade, por um lado, irrelevante o fato de «galpões» da firma terem sido arrendados a terceiro. Por outro lado, não restou provada a afirmativa da embargante de que o maquinário da cerâmica fora vendido. Ao revés consta a venda feita por O. Bonato a Antônio Olinto Pereira e Plácido Augusto Pereira de uma «maromba à vácuo» e respectivo motor (fls. 19/20), sem se explicitar que tais implementos eram «todo o maquinário da cerâmica». De qualquer sorte irrelevantes se oferecem a apontada locação dos galpões e a venda dos mencionados implementos, quando ressaem os pressupostos da sucessão. Com efeito, à inexistência de registro de extinção de O. Bonato, acresce a circunstância de seu detentor — Othelo Bonato — participar, como sócio principal, da embargante que se encontra localizada no mesmo local, com atividades congêneres. A espécie a essa constatação, aplica-se sem dúvida, a norma do art. 132, § único, do Código Tributário Nacional, *in verbis*:

«Art. 132 — A pessoa jurídica de direito privado que resultar de fusão, transformação ou incorporação de outra ou em outra é responsável pelos tributos devidos até à data do ato pelas pessoas jurídicas de direito privado fusionadas, transformadas ou incorporadas.

Parágrafo único — O disposto neste artigo aplica-se aos casos de

extinção de pessoas jurídicas de direito privado, quando a exploração da respectiva atividade seja continuada por qualquer sócio remanescente, ou seu espólio, sob a mesma ou outra razão social, ou sob firma individual».

Em consequência, dou provimento à apelação para reformar a sentença de primeiro grau e julgar improcedentes os embargos, invertidos os ônus da sucumbência.

É o voto

EXTRATO DA MINUTA

AC 48.766 — MG — Rel.: Min. Miguel Jerônimo Ferrante. Remte.: Juiz de Direito da 1ª Vara da Comarca de Barbacena. Apte.: INPS. Apda.: Cerâmica Lavrinha Ltda.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento à apelação, para reformar a sentença e julgar improcedentes os embargos. (6ª Turma. Em 7-10-71).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros: Américo Luz e José Dantas. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro: José Fernandes Dantas.

EMBARGOS NA APELAÇÃO CÍVEL Nº 49.254 — RJ

Relator: O Sr. Ministro Carlos Mário Velloso

Embargante: Wânio Samarão de Moraes

Embargada: União Federal

EMENTA

Administrativo. Ex-combatente. Funcionário. Aposentadoria. Proventos com base em Lei de guerra. Escrivão de polícia federal. Acesso a inspetor. Lei nº 3.906, de 1961, art. 1º.

I. A Lei nº 3.906, de 1961, visa assegurar um benefício de ordem patrimonial aos veteranos da guerra, por ocasião da aposentadoria no serviço público. A lei em apreço tem em mira tanto a promoção quanto o acesso. O que importa, para a sua aplicação, ou para ser concedido o prêmio, é que haja a possibilidade da promoção ou do acesso, ou da movimentação vertical do funcionário. Ocorrente tal possibilidade, deve o benefício ser concedido, sem se perquirir a respeito de requisitos particulares, tais como, existência de vaga, escolaridade, lista triplíce, interstício, cursos específicos, etc., por isso que a lei especial, Lei 3.906, de 1961, exige, apenas, como condição para deferimento do prêmio: a) a participação em operações bélicas na FEB, na FAB e na Marinha de Guerra; b) 25 (vinte e cinco) anos de serviço.

II. No caso, quando veio a lume a Constituição de 1967, o embargante já implementara as condi-

ções ou pressupostos do prêmio. Direto assegurado por força de norma constitucional. Constituição de 1967, art. 177, § 1º.

III. Embargos acolhidos.

ACÓRDÃO

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

Decide o Plenário do Tribunal Federal de Recursos, dando prosseguimento no julgamento, por maioria, receber os embargos, na forma do relatório e notas taquigráficas anexas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 25 de outubro de 1979 —
Ministro José Néri da Silveira, Presidente — Ministro Carlos Mário Velloso, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Carlos Mário Velloso: O autor, veterano de guerra, foi aposentado no cargo de Escrivão de Polícia Federal, nível 18-B, em 3-2-1972. Ajuizou ação contra a União Federal, para o fim de ser nomeado, por acesso, para a classe inicial da Série de Classes de Inspetor de Polícia Federal, do Quadro Permanente do Ministério da Justiça, a partir de 3-2-1972, e, nessa mesma data, ser aposentado, em tal cargo, com os direitos e vantagens a ele inerentes, alicerçando o seu pedido no artigo 1º da Lei nº 3.906, de 1961, que determina a promoção, ao aposentar-se, dos ex-combatentes, funcionários federais, ao cargo imediatamente superior. Sustentou que, apesar de revogado pela Lei nº 5.315, de 12-9-67, aquele dispositivo legal (Lei nº 3.906/61, art. 1º) teria, todavia, aplicação ao seu caso, em virtude do contido no § 1º do art. 177 da Constituição de 1967, por já contar

na época da promulgação dessa Carta Política, mais de 25 anos de serviço público.

Contestando, sustentou a União Federal (fls. 19/20) que o autor não teria direito de acesso à série de classes de Inspetor de Polícia, pois, antes, deveria preencher uma gama de pré-requisitos, dentre os quais aprovação em curso específico de formação e ser bacharel em Direito, grau somente obtido após a sua aposentação. Por outro lado, o autor só atingira o nível 18-B, pelo Decreto nº 65.850, de 15-12-69, já em plena vigência da legislação nova.

A sentença julgou procedente a ação (fls. 32/36).

Apreciando a apelação da União, a Eg. 2ª Turma, Relator o Sr. Ministro Torreão Braz, à mesma deu provimento, para julgar improcedente a ação, condenado o autor nas custas e honorários advocatícios de 10% do valor da causa.

Lavrou-se aresto, então, à fl. 68, assim:

.....
«Funcionário público. Vantagem outorgada pelo art. 1º da Lei nº 3.906/61.

Não ocupando, no intervalo demarcado pela Carta de 1967, a última classe da série de classes de Escrivão, posição que assumiria em 15-12-1969, quando já em vigor a Lei nº 5.315/67, não se credenciava o autor ao acesso à série de classes de Inspetor, ainda que abstraída a outra condição necessária, isto é, o título de bacharel em Direito.

Sentença reformada».

.....

O voto condutor do acórdão, que contou com a adesão do Sr. Ministro Catunda, foi o do Ministro-Relator, assim enunciado (fls. 62/63):

.....
 «Senhor Presidente, sustentou o autor que reunira as condições necessárias à aposentadoria na vigência da Lei nº 3.906, de 19-6-1961, cujo art. 1º instituíra a vantagem pleiteada.

Entretanto, como ressalta a Subprocuradoria-Geral da República, só em 1969 veio a ocupar a classe final da série de classes de Escrivão de Polícia Federal, quando não mais vigia aquele diploma, revogado que fora pela Lei nº 5.315, de 12 de setembro de 1967.

Isto significa que, dentro do período assinalado pelo art. 177, § 1º, da Constituição de 1967, não fazia ele jus ao acesso pretendido, senão à promoção à aludida classe (nível 18-E) da carreira de Escrivão de Polícia.

Não nego, em consonância com o entendimento do Ministro Djaci Falcão, colacionado pelo postulante, que a Lei nº 3.906/61 teve em mira tanto a promoção quanto o acesso. Porém, neste último caso, seria mister que o funcionário preenchesse os requisitos indispensáveis ao ingresso na nova série de classes, como, aliás, transparece do seu referido voto.

Ocorre que o apelado não possuía o título de bacharel em Direito, legalmente exigido para a investidura no cargo de Inspetor de Polícia Federal, grau conferido somente em 1973, dois anos após haver solicitado a sua jubilação (cfr. informação de fls. 21/24).

Não ocupando, portanto, no intervalo demarcado pela Carta de 1967, a última classe da série de classes de Escrivão, posição que assumiria em 15-12-1969, é evidente

que o apelado não se credenciava ao acesso à série de classes de Inspetor, nos termos da invocada Lei nº 3.906/61, ainda que não se considere a outra condição necessária, isto é, a titularidade do curso superior antes referido.

Diante do exposto, dou provimento à apelação para julgar improcedente a ação, condenado o autor nas custas e honorários de advogado de dez por cento (10%) sobre o valor dado à causa».

.....
 Ficou vencido o Sr. Ministro Justino Ribeiro, Revisor, com este voto (fls. 64/65):

.....
 «Sem embargo do bem fundamentado parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República, da lavra do competente e operoso Procurador, Dr. Paulo Sollberger, cumpre ter em vista que, nessas leis especiais de inatividade, nem sempre o legislador se prende ao rigorismo terminológico do Estatuto. O que está no preceito do art. 1º da Lei nº 3.906/61, transcrito no próprio parecer (fl. 50), não é promoção nem acesso, se ficarmos no mencionado rigorismo. E não o é porque qualquer desses termos conceituam movimentação vertical do funcionário nos quadros da ativa, com assunção de novos deveres e responsabilidades, fenômeno logicamente incompatível com a passagem à inativa. Em verdade, o que essas leis asseguram, lançando mão do termo figurado «promoção» como poderiam falar em «acesso», é simples melhoria de proventos. O Dr. Juiz se serviu, com rara felicidade, da analogia com a legislação referente aos militares, onde já não se fala em promoção mas em proventos do posto superior. E essa analogia serve também para ilidir outros argumentos da defesa, pois milita-

res que na guerra ainda nem eram coronéis estão passando à inativa como generais ou marechais. E sem exigência do Curso de Estado-Maior, normalmente exigido para ascensão ao generalato.

Note-se, finalmente, que a lei fala em promoção ao cargo imediatamente superior «se existir tal categoria no seu Quadro». Não na carreira como quer traduzir o parecer.

Dou provimento apenas em parte, para que os juros de mora se contem a partir da liquidação, como previsto claramente no art. 1.064 do Código Civil. Confirmo a douta sentença no mais.»

.....

Nos Embargos Infringentes de fls. 70/76, pretende o embargante o prevailecimento do voto vencido. Sustenta que foi incluído ou enquadrado na Classe «B», nível 18, final da série de classes de Escrivão de Polícia Federal, a partir de 26-11-64, na forma do Decreto nº 65.850, de 11-12-69, arts. 1º e 3º e Anexo I. Destarte, quando entrou em vigor a Constituição de 1967, já se encontrava o embargante na classe final da série de classes. De outro lado, o título de bacharel em Direito somente pode ser exigido, para o ingresso na Categoria Funcional de Inspetor de Polícia Federal, quando esse ingresso seja mediante promoção, seja por acesso, deve ser feito na ativa, e não na inatividade, caso do embargante. A Lei nº 3.906, de 1961, de caráter excepcional, não exigiu do ex-combatente para lhe outorgar promoção, na data da aposentadoria, nenhum outro requisito que a prestação de 25 anos de serviço, requisito que o embargante satisfaz plenamente.

Concluiu, então, as suas razões (fl. 76):

.....

«8. que, assim, sendo o embargante, na data de sua aposentado-

ria, ex vi do disposto no art. 3º do Decreto nº 65.850, de 11 de dezembro de 1969, ocupante de cargo de classe final da série de classes, atualmente, Categoria Funcional de Escrivão de Polícia Federal (Anexo I desse Decreto) e contando mais de vinte e cinco (25) anos de serviço público e sendo ex-combatente, nada mais se lhe pode exigir para o acesso à classe inicial da Categoria Funcional de Delegado de Polícia Federal, na qual foi absorvida a Categoria Funcional de Inspetor de Polícia Federal, impondo-se a reforma do venerando acórdão embargado para, nos termos do venerando voto vencido, confirmar a respeitável sentença de primeiro grau de jurisdição, pois, dessa forma, apenas, se estará fazendo ao embargante a esperada Justiça».

.....

A impugnação aos embargos fulcra-se no voto vencedor, do Sr. Ministro Torreão Braz, já lido. Reitera que o autor somente em 1969 veio a ocupar a classe final da série de classes de Escrivão de Polícia Federal, quando não mais vigia a Lei nº 3.906/61, art. 1º, revogado que fora pela Lei nº 5.315/67.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Mário Velloso (Relator): O r. voto condutor do acórdão, lavrado pelo eminente Ministro Torreão Braz, reformou a sentença, para julgar improcedente a ação, com base em dois argumentos:

a) somente em 1969 veio o autor, ora embargante, «a ocupar a classe final da série de classes de Escrivão de Polícia Federal, quando não mais vigia» a Lei nº 3.906, de 19-6-61, revogada «que fora pela Lei nº 5.315, de 12 de setembro de

1967», o que significa, segundo o eminente Ministro, «que, dentro do período assinalado pelo art. 177, § 1º, da Constituição de 1967, não fazia ele jus ao acesso pretendido, senão à promoção à aludida classe final (nível 18-B) da carreira de Escrivão de Polícia.»

b) o embargante «não possuía o título de bacharel em Direito, legalmente exigido para a investidura no cargo de Inspetor de Polícia Federal, grau conferido somente em 1973, dois anos após haver solicitado a sua jubilação (cfr. informação de fls. 21/24)».

II

Quanto ao acesso, o eminente Ministro Torreão Braz o admite como um benefício do art. 1º da Lei nº 3.906, de 1961. Escreveu S. Exa.:

«Não nego, em consonância com o entendimento do Ministro Djaci Falcão, colacionado pelo postulante, que a Lei nº 3.906/61 teve em mira tanto a promoção quanto o acesso. Porém, neste último caso, seria mister que o funcionário preenchesse os requisitos indispensáveis ao ingresso na nova série de classes, como, aliás, transparece do seu referido voto». (fl. 63)

Tais requisitos, que o embargante deveria preencher, ficou claro, linhas atrás, seriam: a) ocupar, quando entrou em vigor a Carta de 1967, ou no intervalo nela marcado, «a última classe da série de classes de Escrivão»; b) possuir diploma de bacharel em Direito.

III

Em verdade, ao votar, por ocasião do julgamento do MS 19.933-DF, escreveu o eminente Ministro Djaci Falcão, da Corte Suprema:

«Estabelece o art. 1º da Lei nº 3.906, de 1961:

«Art. 1º. Os funcionários federais e os empregados autárquicos da União que participaram de operações de guerra na Força Expedicionária, na Força Aérea e na Marinha de Guerra do Brasil serão, ao aposentar, promovidos ao cargo imediatamente superior, se existir tal categoria no seu quadro, e perceberão integralmente os respectivos vencimentos.»

Aí, o legislador teve em vista, sobretudo, assegurar um benefício de ordem patrimonial na oportunidade de aposentadoria do servidor público que haja participado de operações de guerra. Ao garantir promoção «ao cargo imediatamente superior, se existir tal categoria no seu quadro», o legislador quis alcançar não só os funcionários que ocupem cargo da mesma carreira, que podem ser elevados a uma classe imediatamente superior (promoção), como também aqueles que, pertencendo a determinada série de classes, podem ter acesso a classe de nível mais elevado. Na hipótese do acesso, faz-se mister existência de correlação entre as classes (art. 34, da Lei nº 3.780, de 2-7-60).

Ora, no caso dos autos, o imputante é titular de cargo isolado — Depositário-Avaliador-Leiloeiro, PJ-4. Desse modo, uma vez que em atividade não fazia jus à promoção, nem tampouco a acesso (sentido legal), falece-lhe direito a aposentadoria no cargo de Chefe de Secretaria, PJ-0, para cujo provimento se requer a condição de bacharel em Direito». (RTJ 66/344)

IV

No caso, o primeiro argumento do r. voto vencedor — ocupar, quando entrou em vigor a Carta de 1967, ou no intervalo nela marcado, «a última classe da série de classes de Escrivão» — está satisfeito, data venia.

É que o Decreto nº 65.850, de 11-12-69, que dispõe sobre o enquadramento de servidores do DPF, retifica os Decretos nºs 57.351, de 26-11-65, e 58.196, de 15-4-66, estabeleceu:

«Art. 1º Fica retificado, na forma da relação nominal anexa, o enquadramento dos servidores do Departamento de Polícia Federal (ex-Departamento Federal de Segurança Pública), abrangidos pelo disposto nos artigos 19 e 20 da Lei nº 4.483, de 16 de novembro de 1964, incluídos nas partes permanente e suplementar do respectivo quadro de pessoal pelos Decretos nºs 57.351, de 26 de novembro de 1965, e 58.196, de 15 de abril de 1966».

.....
 «Art. 3º. Os efeitos legais das retificações de enquadramento a que aludem os artigos 1º e 2º vigoram a partir de 20 de novembro de 1964 (data da publicação da Lei nº 4.483, de 1964), ficando, em consequência, revistos os quantitativos dos cargos das séries de classes abrangidas».

Anexo — I

.....
 «Série de Classes: Escrivão de Polícia Federal — Código PF. 401.18.B

- 1 —
- 2 —
- 3 —
- 4 — Wânio Samarão de Moraes».

Isto quer dizer: em razão do disposto no Decreto nº 65.850, de 11-12-1969, quando entrou em vigor a Carta Política de 1967, o embargante já estava no nível 18-B. Não obstante ser de 1969 o mencionado Decreto nº 65.850, vimos de ver que, por força do disposto no seu artigo 3º, «os efei-

tos legais» da retificação de enquadramento que o mesmo mandou efetivar «vigoram a partir de 20 de novembro de 1964».

Não prevalece, pois **data venia**, o primeiro argumento do v. Acórdão.

V

Examinemos, agora, o segundo argumento: não possuir o embargante o título de bacharel em Direito, grau obtido em 1973.

Data venia, divirjo, no particular, do v. Acórdão.

Em verdade, a Lei nº 3.906, de 1961, artigo 1º, é **lei especial**, que tem em mira conceder um benefício de ordem patrimonial aos veteranos da guerra quando da aposentadoria destes.

O que importa, para a sua aplicação, ou para ser concedido o benefício, é que haja a possibilidade da promoção ou do acesso, ou da movimentação vertical do funcionário, ou possibilidade de melhoria de proventos, como bem escreveu o eminente Ministro Justino Ribeiro, no voto de fls. 64/65. Desde que haja tal possibilidade, deve o benefício ser concedido, sem se perquirir a respeito de requisitos particulares, tais como, existência de vaga, escolaridade, lista tríplice, interstício, cursos específicos, etc. No caso, isto não foi negado, seria possível o acesso, por isso que o autor, ora embargante, ocupava, quando entrou em vigor a Constituição de 1967, a última classe da série de classes de Escrivão. Vale dizer: existia a possibilidade da movimentação vertical do funcionário, ou possibilidade de melhoria de proventos.

A lei especial, Lei nº 3.906/61, concessória do benefício, ou do prêmio, exige, apenas, como condição para deferimento do benefício, ou do prêmio: a) a participação em operações bélicas na FEB, na Força Aérea e

na Marinha de Guerra do Brasil; b) 25 (vinte e cinco) anos de serviço.

Exigir mais do que isto, seria, ao que penso, data venia, pôr-se contrário ao sentido teleológico da norma, à finalidade da lei, que é, exatamente, premiar aqueles que, arrostando perigos de toda ordem, defenderam a honra nacional no teatro da guerra.

Na realidade, bem escreveu o Dr. Juiz, a Lei nº 3.906, de 1961, «pode ser considerada como uma lei especial em relação à regra geral da escolaridade». (Sentença, fl. 35)

O r. voto vencido, da lavra do eminente Ministro Justino Ribeiro, no que penso, captou o sentido teleológico da lei, servindo-se, ademais, «da analogia com a legislação referente aos militares, onde já não se fala em promoção mas em proventos do posto superior», servindo essa analogia «também para ilidir outros argumentos da defesa, pois militares que na guerra ainda nem eram coronéis estão passando à inativa como generais ou marechais», «sem exigência do Curso de Estado-Maior, normalmente exigido para ascensão ao generalato».

VI

Diante do exposto, com a vênha devida, acolho o voto vencido do Sr. Ministro Justino Ribeiro, para restabelecer a r. sentença de 1º grau, observando-se a pequena restrição nele contida, com relação aos juro de mora.

Recebo, de conseguinte, os embargos.

EXTRATO DA ATA

EAC 49.254 — RJ — Rel.: Sr. Min. Carlos Mário Velloso. Embte.: Wãnio Samarão de Moraes. Embda.: União Federal.

Decisão: Após os votos dos Srs. Mins. Relator, Justino Ribeiro, Otto

Rocha e Wilson Gonçalves, recebendo os embargos, pediu vista o Sr. Min. William Patterson. Aguardam os Srs. Mins. Armando Rollemberg, Peçanha Martins, Jarbas Nobre, Aldir G. Passarinho, José Dantas, Lauro Leitão, Carlos Madeira, Evandro Gueiros Leite, Washington Bolívar de Brito e Torreão Braz. Sustentaram oralmente os Drs. Paulo Fernandes Vieira e Geraldo Andrade Fonteles, Subprocurador-Geral da República (Em 18-10-79 — T. Pleno).

Impedido o Sr. Min. Márcio Ribeiro (RI, art. 3º). Não participou o Sr. Min. Moacir Catunda. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Min. José Néri da Silveira.

VOTO VISTA

O Sr. Ministro William Patterson: A Colenda 2ª Turma, por maioria, vencido o Sr. Ministro-Revisor Justino Ribeiro, julgou a ação improcedente, acolhendo o voto do Sr. Ministro-Relator Torreão Braz, em decisão de cuja ementa se lê:

«Funcionário público. Vantagem outorgada pelo art. 1º da Lei nº 3.906/61.

Não ocupando, no intervalo demarcado pela Carta de 1967, a última classe da série de classes de Escrivão, posição que assumiria em 15-12-1969, quando já em vigor a Lei nº 5.315/67, não se credenciava o autor ao acesso à série de classes de Inspetor, ainda que abstraída a outra condição necessária, isto é, o título de bacharel em Direito.

Sentença reformada.»

O autor ofereceu embargos, pretendendo prevaleça o voto vencido, segundo o qual a Lei nº 3.906, de 1961, objetiva assegurar melhoria de proventos, não obstante falar em «promoção».

Na sessão do dia 18-10-79, o Relator dos referidos Embargos, eminen-

te Ministro Carlos Mário Velloso, após brilhante exposição da matéria, concluiu por recebê-los, no que foi acompanhado pelos ilustres Ministros Justino Ribeiro, Otto Rocha e Wilson Gonçalves.

Pedi vista dos autos para proceder a exame de aspecto sobre o qual tive dúvidas, na oportunidade.

Assim sendo, passo a proferir o meu voto.

A Lei nº 3.906, de 1961, teve por escopo deferir vantagens a funcionários federais e empregados autárquicos da União que participaram de operações de guerra na Força Expedicionária, na Força Aérea e na Marinha de Guerra do Brasil, quando da aposentadoria, sob a forma de promoção ao cargo imediatamente superior, caso existisse tal categoria no quadro respectivo.

Na aplicação do referido diploma, vários pontos ensejaram debates e discussões, não somente na esfera judicial como na própria Administração.

Primeiramente, foi a inconstitucionalidade do seu art. 2º, cuja representação foi julgada improcedente, consoante decisão do Egrégio Supremo Tribunal Federal (Representação nº 728-DF, ac. In RTJ nº 42, pág. 639). Mais tarde, ao surgirem impugnações à sua abrangência quanto aos que serviram nas chamadas «zonas de guerra», novamente coube ao Pretório Excelso definir a questão, no sentido de descaber o alcance (MS nº 18.557 — DF e Rec. Mand. Seg. nº 18.471-GB e Embargos no Rec. Mand. Seg. nº 18.471). No mesmo sentido foram os Pareceres nºs H-545, H-528, H-732 e H-799 da douta Consultoria-Geral da República.

Restaria, assim, o exame das conseqüências do ato. Na verdade, a norma previu, como vantagem, uma promoção ao cargo imediatamente superior, condicionada à existência de tal categoria no seu quadro. O

simples fato de estabelecer a cláusula condicionante já era indicativo de que o legislador pretendia reduzir o benefício à «promoção», nos termos técnicos, e não a outras formulações que dependessem do cumprimento de requisitos que só poderiam ser atendidos pelo funcionário em atividade, como no caso do acesso. Adotou a promoção como veículo da sua intenção, porque era o único meio possível de atendê-la sem ofensa a outros princípios. Fê-lo tomando como exemplo o que já existia na legislação básica do funcionalismo, ou seja, a promoção do art. 184, I, da Lei nº 1.711, de 1952, para o servidor que se aposenta com trinta e cinco anos de serviço. Jamais essa promoção foi confundida com o acesso, pois, para este, as exigências requeridas ao servidor ativo iriam incompatibilizar a proposição.

Todavia, os autos dão notícia de julgamento da Suprema Corte onde o assunto foi amplamente discutido, chegando-se à conclusão de o dispositivo cuidar de benefício patrimonial, a ser concedido na aposentadoria, independentemente das exigências requeridas ao funcionário em atividade.

Ressalvando meu ponto de vista pessoal, no tocante a esse aspecto, rendo-me contudo à jurisprudência do Egrégio Supremo Tribunal Federal.

Superados os pontos eminentemente jurídicos, restaria examinar a situação fática do autor, em relação ao pedido, objeto de divergências. Ocupava ele, efetivamente, a última classe da carreira de Escrivão de Polícia Federal, ou seja, o nível 18-B, por força da retificação do enquadramento operada com o Decreto nº 65.850, de 11-12-69, que fez retroagir os efeitos a 20 de novembro de 1964, data da publicação da Lei nº 4.483.

Quanto à exigência do diploma de bacharel em Direito para o exercício

do cargo de Inspetor de Polícia Federal, carreira principal, não resta a menor dúvida que se destina, tão-somente, àqueles que se candidatam ao ingresso nos cargos respectivos. Seria inconcebível e ilógico que houvesse previsão legislativa de tal ordem para os inativos.

Portanto, desde que a concepção interpretativa da referida Lei nº 3.906 desbordou em considerar o benefício somente de ordem patrimonial, sem outras qualificações, irrecusável será repelir condições pertinentes ao funcionário ativo.

Ou se entende a lei como inadmitindo o acesso, porque é esse instituto reservado aos servidores em atividade, e, então, não caberia a vantagem pretendida, ou se a concebe, como fez o Supremo Tribunal Federal, dirigida a efeitos meramente financeiros, quando, por isso, forçoso é reconhecer que não se podem exigir os requisitos destinados àqueles que, em atividade, almejam posição superior.

Assim, desde que se adote a orientação do Pretório Excelso, e não acho que mereça desprezo, porquanto a sua decisão teve o sentido de definir a *mens legis*, nada mais há a discutir, posto que atendidos, pelo embargante, como demonstrado, os elementos fáticos para a concessão da vantagem.

Ante o exposto, recebo os embargos, acompanhando o ilustre Ministro-Relator.

VOTO VOGAL

O Sr. Ministro Antônio Torreão Braz: Senhor Presidente, rejeito os embargos, de acordo com o voto que proferi na Turma.

EXTRATO DA ATA

EAC 49.254 — RJ — Rel.: Sr. Min. Carlos Mário Velloso. Embte.: Wânio Samarão de Moraes. Embda.: União Federal.

Decisão: Prosseguindo no julgamento, vencido o Sr. Min. Torreão Braz, o Tribunal recebeu os embargos. (Em 25-10-79 — T. Pleno)

Os Srs. Mins. Justino Ribeiro, Otto Rocha, Wilson Gonçalves, William Patterson, Armando Rollemberg, Peçanha Martins, Jarbas Nobre, Aldir G. Passarinho, José Dantas, Lauro Leitão, Carlos Madeira, Evandro Gueiros Leite e Washington Bolívar de Brito votaram com o Relator. Impedido o Sr. Ministro Márcio Ribeiro (RI, art. 3º). Não participou o Sr. Min. Moacir Catunda. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Min. José Néri da Silveira.

APELAÇÃO CIVEL Nº 50.528 — SP

Relator: O Sr. Ministro José Dantas

Remetente: Juízo de Direito da 1ª Vara de Jaú

Apelante: União Federal

Apelado: H. A. Barroquelo

EMENTA

Tributário. Imposto de renda. Lançamento Ex Officio. Nulidade.

Notificação-edital. Na vigência do RIR/1966, art. 341, § 2º, a simples «afixação» do edital somente se bastava, para consumir a notificação do contribuinte, se não houvesse jornal editado na localidade.

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 julgar prejudicada a remessa, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 24-3-82 (data do julgamento) — Ministro **José Fernandes Dantas**, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro **José Dantas**: A sentença é do Dr. Pedro Barbosa, Juiz da 1ª Vara da Comarca de Jaú — SP, e foi proferida a 6-12-76.

Trata-se de procedência dos embargos à execução fundados em que a notificação do arbitramento do IR, devida ao contribuinte não encontrado para recebimento da carta com AR, havia de ser feita por edital publicado pela imprensa; assim recomendaria o RIR/1966, Decreto 58.400, art. 341, cujo § 2º era expresso sobre dever-se publicar o edital uma vez na imprensa ou, na falta desta, afixado na repartição (Decreto-Lei nº 5.844, art. 83, § 2º); na cidade existe um jornal — Comércio de Jaú, fundado em 1908.

A par da remessa, deu-se apelação da União, pretendendo demonstrar as alternativas legais da publicação do edital pela imprensa ou a da sua simples afixação na Repartição, pois que, de um ou de outro desses termos, o art. 496, «c», daquele Regulamento, mandava contar o prazo de 30 dias, para o efeito de considerar-se realizada a notificação do contribuinte — fls. 122.

Contra-razões a fls. 127.

Nesta instância, pareceu à Subprocuradoria-Geral da República que as razões da apelação se bastam ao provimento — fls. 141.

Pauta, na forma do art. 33, IX, do R.I.

Relatei.

VOTO

O Sr. Ministro **José Dantas** (Relator): Senhores Ministros, preliminarmente, tenho por prejudicada a remessa, visto que os Cr\$ 15.000,00 do valor originário do débito executado é inferior à alçada fixada pela Lei nº 5.825/80, art. 1º, § 1º, isto é, Cr\$ 64.423,00, conforme disposto no item II da Resolução TFR-25/80.

Por seu turno, o apelo voluntário da União, ao fazer vista grossa à letra do art. 341, § 2º, do RIR/1966, então vigente, não ataca o arrimo principal da sentença, acertada em recusar a alegação de que a simples afixação do edital fora alternativa válida, independentemente de editar-se jornal na localidade.

Na realidade, a aplicação daquela antiga norma ao caso dos autos não se prejudica pelo fato de o RIR subsequente, Decreto 76.186-75, art. 418, § 2º, aparentar ter-se tornado facultativa a publicação do edital, como defendida pela apelante; também não importa a circunstância de o RIR-1980, Decreto 85.450, ora vigente, haver voltado à obrigatoriedade da publicação do edital, mas apenas em órgão da imprensa oficial local — art. 677, § 1º. Trata-se de normas supervenientes, desprovidas de qualquer força retrooperante.

Veja-se, pois, a excelência da fundamentação da sentença, assim alinhada:

«Com efeito, dispõe o art. 341 do Regulamento do Imposto de Renda que «a notificação do lançamento far-se-á no ato da entrega da declaração de rendimento, ou por registro postal, com direito a aviso

de recepção (A.R.), ou por serviço de entregas da repartição ou por edital (Decreto-Lei nº 5.844, art. 83 e art. 200, a, e Lei nº 4.506, art. 34, § 2º).

Já o parágrafo 2º do mesmo dispositivo legal prescreve que o edital será publicado uma vez na imprensa, ou, na falta desta, afixado na repartição (Decreto-Lei nº 5.844, art. 83, § 2º).

O exame conjunto dessas normas conduz o exegeta ao raciocínio de que, quando não for encontrado o contribuinte, deverá ser ele notificado por edital, que será publicado na imprensa. Se, na localidade, inexistir jornal, o edital será afixado, no local de costume, na repartição competente.

Ora, em Jaú, existe um jornal — Comércio de Jaú —, que foi fundado em 1908 (fls. 105), e, portanto, a notificação editalícia da embargante deveria ter sido, consoante a norma legal discutida, nele publicada.

Entretanto, a repartição fiscal local não atendeu a essa providência cautelar, limitando-se a fazer a citação editalícia apenas com a sua afixação no Posto da Receita Federal, nesta cidade (fls. 14 do procedimento administrativo).

Portanto, a falta de citação editalícia da embargante impediu que ela tivesse conhecimento do lançamento *ex officio* e, por conseguinte, tolheu-se a possibilidade de defender-se, na esfera administrativa, e de trazer os esclarecimentos necessários para evitar o lançamento do imposto de renda *ex officio*.

A citação, a fim de se atender ao princípio do contraditório, é providência até de direito natural.

Em verdade, no próprio Livro Sagrado, lê-se que *Inauditus debet damnari*, ou, em vernáculo, «ninguém poderá ser condenado sem ser ouvido.»

Tanto isto é certo que a Constituição Federal erigiu, à categoria de direito individual e de garantia constitucional, a obrigatoriedade da observância do princípio do contraditório.

Assim, se, no procedimento administrativo, não foi observada tão elementar cautela, qual seja, a notificação regular, por certo que ele está acoimado de nulidade insanável.

Portanto, se a dívida foi inscrita com esse vício de origem, evidente que ela não pode espelhar um título extrajudicial, capaz de ensejar regular processo de execução.» — fls. 117-118.

Pelo exposto, nego provimento à apelação, julgada prejudicada a remessa.

EXTRATO DA MINUTA

AC 50.528 — SP — Rel.: O Sr. Ministro José Dantas. Remte.: Juízo de Direito da 1ª Vara de Jaú. Ap.te.: União Federal. Apdo.: H. A. Barroquelo.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação e julgou prejudicada a remessa. (Em 24-3-82 — 6ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Mins. Wilson Gonçalves e Miguel Ferrante. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Min. José Dantas.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 51.388 — MG

Relator: O Sr. Ministro Justino Ribeiro

Remetente: Juiz de Direito da Comarca de Cataguases

Apelante: Instituto Nacional de Previdência Social

Apelada: Sinal S/A — Sociedade Nacional de Crédito, Financiamento e Investimento

EMENTA

Civil, processual e previdência social. Certificação de quitação. Alienação fiduciária em garantia. Impenhorabilidade do bem objeto dela.

1) Certificado de quitação. Tal como regulada na Lei nº 4.728/65 (alterada pelo Dec.-Lei 911/69) e como vem sendo praticada, a alienação fiduciária em garantia resulta numa operação triplíce (venda-financiamento-alienação em garantia), na qual o comerciante vende o objeto e o preço é pago pela financeira que o financia ao comprador, mediante a garantia dada por este, através da simultânea alienação fiduciária do mesmo bem. Este não chega a entrar efetivamente no patrimônio do comprador que só adquire o direito expectativo a sua futura aquisição, a posse direta e o direito de gozo e fruição. Não é exigível, pois, do comprador e alienante em garantia, ou fiduciante, o certificado de quitação, visto que o bem não pertencia, antes, ao seu patrimônio. Com esta operação, ele não desfalca o patrimônio que seria, pela lei, a garantia de eventual débito seu para com a Previdência.

2) Situação do bem alienado em garantia. Impenhorabilidade. Pela alienação fiduciária em garantia, o fiduciário, ou credor, adquire apenas a propriedade fiduciária do bem, limitada pelo escopo de garantia, não podendo aliená-lo enquanto em dia com as prestações o fiduciante, ou devedor. Este igualmente não pode alienar, pois fica apenas com os direitos acima referidos. Logo, nessa situação o bem objeto da garantia fica como que fora do comércio (art. 69 do Código Civil). E não pode ser penhorado, nem sob invocação do art. 184 do CTN, pois a penhora é retirada ao devedor, pelo Estado, do poder de alienação do bem, a fim de que o próprio Estado efetue a venda e com o preço satisfaça o credor. E não se retira poder a quem o não possui.

ACÓRDÃO

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

Decide a 5ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso voluntário e à remessa oficial ape-

nas para reduzir a taxa honorária a 10% (dez por cento), na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 24 de março de 1982 (data do julgamento) — Ministro Moacir Catunda, Presidente — Ministro Justino Ribeiro, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Justino Ribeiro: O Dr. Juiz de Direito da Comarca de Cataguases, MG, assim relatou e decidiu a questão:

«Sinal S/A — Sociedade Nacional de Crédito Financiamento e Investimento sediada na Av. Presidente Vargas, 509, 7º andar, Rio de Janeiro, por seu bastantíssimo procurador, devidamente constituído, com fulcro nos arts. 1.046 e seguintes do C.P. Civil, apresentou Embargos de Terceiro, contra o Instituto Nacional de Previdência Social — INPS —, expondo em síntese o seguinte: que havia financiado a compra feita pela Saco Têxtil Cataguases S/A, firma estabelecida em Cataguases, denominação essa depois transformada para Tebrasa Têxtil Brasileira S/A, de 9 (nove) cardas «Platts», descritas na Nota Fiscal nº 214 de 22-5-73 e no Contrato de Abertura de Crédito com Alienação Fiduciária, datado de 23-5-73, documentos de fls. 1 e 2; que a firma financiada não liquidou 13 das 24 Notas Promissórias por ela emitidas e correspondentes ao financiamento, razão porque nos termos da Cláusula nº 7 do referido Contrato de Financiamento, ficou autorizada a exigir os bens a ela alienados e vendê-los nos termos do art. 66, §§ 4º, 5º e 7º da Lei 4.728/65; que em consequência de tal direito a embargante ajuizou na Comarca de Jundiá-SP, Ação de

Busca e Apreensão das nove cardas, tendo sido ali encontradas apenas 4 (quatro) das 9 (nove) alienadas fiduciariamente, havendo o Oficial de Justiça encarregado da diligência certificado que as 5 (cinco) restantes se encontravam no Estabelecimento da devedora em Cataguases; que maliciosamente a devedora transferiu para Cataguases as cardas integrantes do referido contrato de financiamento e que foram pela segunda vez alienadas criminosamente ao Banco do Brasil S/A, agência local, um ano depois da assinatura do primeiro contrato com a embargante, juntamente com outros bens, saltando aos olhos de qualquer um que a segunda alienação fiduciária da Tebrasa Têxtil Brasileira S/A, ao Banco do Brasil S/A, na parte concernente às cardas reclamadas, ou sejam em número de 5 (cinco), era nula e inoperante, porque a alienação havia sido contratada e arquivada no Registro de Títulos e Documentos em data de 29-6-73, data muito anterior ao do contrato feito com o Banco do Brasil S/A; que alienando os Direitos da Tebrasa as cardas já entregues fiduciariamente à embargante, praticaram ato ilícito, expressamente previsto no art. 1º do Dec.-Lei 911 de 1-10-69, que deu nova redação ao art. 66 § 8º da Lei 4.728 de 14-7-65; que em vista do que foi exposto a embargante requereu lhe fosse concedida liminar, expedindo a seu favor, mandado de restituição das cardas «Platts», descritas no Auto de Penhora dos autos principais do Executivo Fiscal, citado o INPS e afinal julgados procedentes os Embargos, fosse concedida a restituição definitiva, condenando-se a embargada nas custas do processo e honorários de advogado.

Apresentou documentos de fls. 6 a 11.

Despachada a inicial, não foi concedida de plano a liminar requerida, mas autorizada a citação da embargada, que efetivamente foi feita, conforme se vê da Carta Precatória de fls. Dentro do prazo contestou o INPS alegando: — que o contrato de Abertura de Crédito com Alienação Fiduciária não tinha nenhum valor, era ineficaz perante o INPS, porque não estava acompanhado do Certificado de Quitação, cuja obtenção era obrigatória para a complementação da transação; que a totalidade dos bens penhorados respondiam pela satisfação do crédito tributário em vista da ineficácia do contrato de Abertura de Crédito e Financiamento; que finalmente esperava a embargada fosse julgada a embargante carecedora desta Ação, uma vez que não estava provada qualquer turbação ou esbulho com a penhora realizada nos Autos de Execução Fiscal e pelo contrário tal penhora fora efetivada em consonância com os arts. 184 e 186 do Código Tributário Nacional e só com ela a Justiça poderia prevalecer as preferências legalmente estabelecidas, evitando a absurda subversão na ordem das prelações. A embargante replicou às fls. 39-40. As fls. 41, o INPS requereu fosse aberta vista ao Representante do Ministério Público de Mirai, substituto legal de Cataguases, em vista do impedimento declarado pelo Titular da Comarca, Dr. Vicente de Paula Almeida, o qual apresentou seu parecer às fls. 46. Não havendo necessidade do colhimento de outras provas, decido...

Ficou provado que a embargante negociou em 23 de maio de 1973, Contrato de Abertura de Crédito com Alienação Fiduciária com a firma Saco Têxtil Cataguases S/A transformada posteriormente em Tebrasa Têxtil Brasileira S/A, de nove (9) Cardas «Platts», comple-

tamente modernizadas pelo sistema «Crosrol — Varga de alta produção», com Auto Leveller (auto regulador de título), 2 (dois) filtros de Sucção de Resíduos, sendo 1(um) com a capacidade para 5 (cinco) máquinas e 1 (um) com a capacidade para 4 (quatro) máquinas, bem como ductos para conexão das cardas com os mesmos, ao preço unitário de Cr\$ 99.203,61, no total de Cr\$ 892.832,49, conforme Nota Fiscal nº 214 da «Crostol» do Brasil Máquinas Têxteis Ltda., sendo que o valor do pagamento mensal era de Cr\$ 41.558,05, o primeiro, e os demais Cr\$ 41.541,00, com vencimentos marcados, para o início, em 23-6-1973 e término em 23-5-1975, contrato esse devidamente registrado no Cartório do 3º Ofício de Títulos e Documentos do Rio de Janeiro, Livro-N-9 — Registro nº 10.176, protocolado no Livro A-nº 19, ordem 472.465. — Que também não é menos verdade que a Financeira somente pagou 11 (onze) Notas Promissórias correspondentes ao financiamento, ficando a dever as restantes, em número de 13 (treze), ensejando a execução do contrato, autorizada que estava a Financiadora pela cláusula 7ª e, com fulcro ainda nos termos do art. 66, §§ 4º, 5º e 7º da Lei nº 4.728, mas qual não foi a surpresa da embargante, quando em ação própria procurou reaver as máquinas dadas em garantia, não as encontrando na sede da indústria em Jundiá, pois as mesmas já haviam sido transferidas para Cataguases, dadas novamente em garantia em outro contrato de financiamento, feito junto ao Banco do Brasil, estando também penhoradas pelo INPS, no Executivo Fiscal movimentado contra a firma Tebrasa Têxtil Brasileira S/A, ora em processo falimentar. O direito da embargante, procurando reaver as máquinas dadas em garantia, é in-

conteste e não merece qualquer censura, mesmo estando desacobertada do Certificado de Quitação expedido pelo INPS, documento não obrigatório na transação. Tem ela preferência sob o objeto da alienação pois recebeu o mesmo em primeiro lugar e o contrato de Abertura de Crédito com Alienação Fiduciária, obedeceu todas as formalidades legais, estando devidamente registrado no Cartório de Registro de Títulos e Documentos. Tudo mais que foi feito posteriormente representa grosseira fraude sem qualquer eficácia e os responsáveis pelo ilícito, estão sendo responsabilizados criminalmente. A defesa apresentada pelo embargado apesar de brilhante, não convenceu, pois sua argumentação não está condizente com a realidade dos fatos. Assim o direito de reaver as cinco (5) Cardas «Platts», penhoradas pelo INPS e dadas em segunda garantia fiduciária ao Banco do Brasil S/A — agência local, não poderá prevalecer, pois antes de tudo as mesmas já estavam legalmente entregues à embargante.

Ante o exposto e tudo mais que dos autos consta, julgo procedente os presentes Embargos de Terceiro e determino a restituição das cinco (5) Cardas «Platts», descritas no Contrato de Abertura de Crédito com Alienação Fiduciária, de fls. 7, insubsistente a penhora efetivada nos Autos do Executivo Fiscal movimentado pelo INPS contra Tebrasa Têxtil Brasileira S/A, condenando a embargada nas custas do processo e nos honorários do advogado da embargante, que ora arbitro em 20% sobre o valor fixado na inicial — Expeça-se mandado. — Recorro de ofício». (Fls. 67/69).

2. O INPS apelou com as razões de fls. 72/79, insistindo em que a espécie estava sujeita à exigência legal

referente ao certificado de quitação e na penhorabilidade do bem alienado fiduciariamente, nesse sentido juntando cópia de v. acórdão do Tribunal de Alçada do antigo Estado da Guanabara. Argumenta, ainda, que o contrato de alienação fiduciária não fora registrado na Comarca. Finalmente insurge-se contra a taxa de 20% dos honorários, que entende contrariar o § 4º do art. 20 do CPC.

Resposta a fls. 87/91. A tese da exigência do certificado de quitação é absurda, porque tal documento tem por fim evitar que o contribuinte em débito para com a previdência desfalque seu patrimônio, o que não acontece na alienação fiduciária, onde, ao contrário, o patrimônio do fiduciante é aumentado, graças ao financiamento. Quanto à decisão do Tribunal de Alçada, não aproveitaria ao apelante, porque a decisão fora motivada pela ocorrência de fraude a credores, o que não é a hipótese dos autos. O registro da alienação foi feito no do domicílio do credor, como manda a lei. Finalmente, quanto aos honorários observa a apelada que o processo já conta mais de dois anos, exigindo a atividade constante de seu patrono.

3. A douta Subprocuradoria-Geral da República oficiou a fls. 95/96, secundando a autarquia no buscar apoio no art. 184 do CTN, segundo o qual responde pela dívida tributária a totalidade dos bens do devedor com exceção apenas daquele que a lei declare absolutamente impenhorável, o que não ocorre com o bem alienado fiduciariamente.

É o relatório, dispensada a revisão.

VOTO

O Sr. Ministro Justino Ribeiro (Relator): A primeira questão a examinar é a da exigibilidade do certificado de quitação, por cuja falta, no ca-

so, sustenta o INPS a nulidade do próprio contrato de alienação fiduciária em garantia. Como observou muito bem a apelada, o INPS teria razão se a devedora houvesse alienado fiduciariamente objeto antes pertencente ao seu patrimônio, pois, com efeito, o que o certificado de quitação procura evitar é que o devedor da Previdência desfalque seu patrimônio, dele retirando bens que constituem a garantia do crédito. Não foi isto que se deu na hipótese. O que ocorreu com a devedora foi o que de ordinário se tem observado na aplicação do instituto trazido para o nosso direito pelo art. 66 da Lei nº 4.728/65, com as modificações introduzidas pelo Decreto-Lei nº 911/69: numa operação triplíce, o comerciante, no caso o Crosrol do Brasil Máquinas Têxteis Ltda, vendeu à Saco Têxtil Cataguases S/A (depois Tebrasa — Têxtil Brasileira S/A) 9 máquinas «Cardas Platts», sendo o preço da venda pago pela financeira, Sinal S/A — Sociedade Nacional de Crédito Financiamento e Investimento, que o financiou à compradora, mediante a garantia, dada por esta, através da alienação fiduciária das mesmas máquinas (fls. 6/7v). É uma operação triplíce (venda-financiamento-alienação em garantia) pela qual o bem não chega a entrar efetivamente no patrimônio do comprador, que lhe adquire apenas a posse direta e o direito de gozo e fruição. Logo, não entra aí a exigência do certificado, pois nada realmente saiu do patrimônio da Saco Têxtil.

2. A segunda questão, realmente de alguma importância, tanto que atraiu a atenção da douta Subprocuradoria-Geral, refere-se à penhorabilidade do bem alienado em garantia. Invoca o INPS a favor da possibilidade de penhora, o art. 184 do CTN e a decisão, a que me referi no Relatório, do egrégio Tribunal de Alçada no hoje Estado do Rio de Ja-

neiro. A apelada rebate alegando que ao ser aplicado o preceito do CTN estaria liquidado o instituto da alienação fiduciária, pois ninguém iria sujeitar-se ao risco de financiar uma compra sabendo que o Fisco poderia, a qualquer momento, brandir contra a garantia seus privilégios. Quanto à decisão invocada pelo INPS, diz a apelada que teve por principal motivo a ocorrência de fraude a credor na realização do contrato de alienação fiduciária.

3. Vejamos, em primeiro lugar, o texto do art. 184 do CTN. Diz ele:

«Sem prejuízo dos privilégios especiais sobre determinados bens, que sejam previstos em lei, responde pelo pagamento do crédito tributário a totalidade dos bens e das rendas, de qualquer origem ou natureza, do sujeito passivo, seu espólio ou sua massa falida, inclusive os gravados por ônus real ou cláusula de inalienabilidade ou impenhorabilidade, seja qual for a data da constituição do ônus ou da cláusula, excetuados unicamente os bens e rendas que a lei declare absolutamente impenhoráveis».

Vê-se, sem maior esforço, que a lei se refere aos bens e rendas do sujeito passivo do crédito tributário. Assim, desprezando desde logo a **vexata quaestio** de saber se o CTN se aplica às contribuições de previdência, para a qual acenou a apelada e que constitui como se sabe, motivo de divergência neste egrégio Tribunal, imediatamente se percebe que esse preceito do CTN não alcança a hipótese dos autos.

4. Com efeito, não somente o art. 66 da Lei 4.728/65 é muito claro no afirmar que a propriedade do bem alienado em garantia pertence ao fiduciário, ou credor, sendo desprovida de sentido a invocação do CTN quando sujeito passivo do crédito tributário for fiduciante, ou devedor,

como na hipótese dos autos, mas também seria lícito indagar se, mesmo sendo devedor do Fisco o próprio fiduciário, caberia a invocação. Isto porque, embora este adquira, pelo registro do contrato alienação fiduciária, a propriedade fiduciária do bem, como seguramente demonstra o eminente Ministro José Carlos Moreira Alves na mais completa monografia até hoje editada no Brasil sobre o assunto, esta propriedade fiduciária é de tal maneira limitada pelo escopo de garantia que, na vigência do crédito que ela garante, e estando em dia o devedor com suas prestações, nem mesmo o fiduciário pode alienar o bem. O que ele pode transmitir a terceiros é a propriedade fiduciária mesma, juntamente com o crédito, não o bem. Eis o que diz o eminente mestre:

«A diferença da propriedade resolúvel comum, em que seu titular goza das diferentes faculdades jurídicas que integram o conteúdo do domínio, na propriedade fiduciária o adquirente não dispõe da posse direta sobre a coisa, nem pode usar ou fruir dela.

.....

.....

.....

Por outro lado, salvo convenção em contrário, com a transmissão **mortis causa** ou **inter vivos**, do crédito do adquirente, transfere-se, também, para o novo credor a propriedade fiduciária tal como constituída, independentemente da anuência do alienante. Como Salientamos na Segunda Parte, Cap. 1, nº 2, é a propriedade fiduciária direito acessório que reforça o direito principal, razão também por que não pode ela ser transmitida a terceiro independentemente da cessão do crédito que garante.

Havendo cessão de crédito, com transmissão da propriedade fiduciária ao novo credor, deve a ces-

são ser arquivada no Registro de Títulos e Documentos, da mesma forma como o foi o contrato de alienação fiduciária em garantia». (José Carlos Moreira Alves: «Da Alienação Fiduciária em Garantia», Saraiva, 1973, pág. 163/4).

Como se vê, a propriedade fiduciária tem a peculiaridade **sul generis** de retirar de ambos os sujeitos da relação jurídica contratual o poder de disposição do bem, que fica, se assim se pode dizer, fora do comércio. O que fica ao fiduciário, ou credor, é o direito de transmissão do direito de crédito, juntamente com o direito acessório de propriedade fiduciária. Por sua vez, o fiduciante, ou devedor, além da posse, gozo e fruição, tem apenas direito expectativo à aquisição do objeto, única coisa que ele pode alienar (cf. autor e obra citados, pág. 155). Então, o objeto mesmo da garantia, o bem material, nenhum dos dois pode alienar. Ele fica, como dito, como que fora do comércio (art. 69 do C. Civil).

5. Ora, como se sabe, a penhora é o ato judicial por meio do qual o Estado retira ao devedor o poder de disposição do bem, a fim de que o próprio Estado o aliene e, com o preço, satisfaça o credor. Como, então, realizá-la, se o devedor não detém o referido poder? Evidentemente, não é possível.

É certo que o egrégio Tribunal de Alçada do Rio de Janeiro, na AC 21.810, confirmou sentença que rejeitara embargos de terceiro e admitiu a penhora de objeto nessa situação, inclusive argumentando que nenhuma lei vedava tal constrição e que, além disto sua possibilidade estava prevista no próprio contrato (fls. 83). Mas, **data maxima venia**, tais afirmativas parecem ir de encontro à própria substância legal da propriedade fiduciária, acima exposta. E é de se atentar para a circunstância de que a sentença então confirmada levava em conta a ocorrência, no

contrato de alienação fiduciária, de fraude à execução, visto que contra o fiduciante já pendia demanda capaz de alterar-lhe o patrimônio a ponto de reduzi-lo à insolvência. A sentença concluiu, assim, pela nulidade do próprio contrato de alienação fiduciária, o que é perfeitamente possível se o bem objeto da garantia pertencia, antes, ao patrimônio do fiduciante, situação que os autores têm evitado enfrentar mas que me parece perfeitamente viável em face da lei.

Havia, como quer que seja, a circunstância de fraude à execução, a agravar o caso trazido no precedente isolado. O que não ocorre na hipótese dos autos.

6. Das duas outras questões suscitadas no apelo do INPS, igualmente não procede a referente ao registro do contrato no Rio de Janeiro, pois é a própria lei que, bem ou mal, assim determina. Dou-lhe razão, porém, no tocante aos honorários. Não pela alegada ofensa ao § 4º, que se aplica à espécie mas, como tenho afirmado, não retira ao juiz o poder de dosar os honorários segundo seu pruden-

te critério. Entendo é que, subindo tais honorários pela taxa de 20% a quase 100 mil cruzeiros em 1976, eles deixariam de guardar harmonia com a relativa simplicidade da causa.

7. Isto posto, dou provimento em parte ao apelo e à remessa, para reduzir esses honorários à taxa de 10%. Confirmo a sentença quanto ao mais.

EXTRATO DA MINUTA

AC 51.388 — MG — Rel.: Min. Justino Ribeiro. Remte.: Juiz de Direito da Comarca de Cataguases. Apte.: INPS. Apda.: Sinal S/A — Sociedade Nacional de Crédito Financiamento e Investimento.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso voluntário e à remessa oficial apenas para reduzir a taxa honorária a 10% (dez por cento). (Em 24-3-82 — 5ª Turma).

Os Srs. Mins. Sebastião Reis e Pedro Acioli votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro Moacir Catunda.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 52.602 — RS

Relator: O Sr. Ministro Armando Rollemberg

Apelantes: Raabe Calcáreos Ltda. e União Federal

Apelados: Os mesmos

EMENTA

«Processo civil. Ação declaratória. É incabível, se tem como finalidade, não a declaração de existência ou inexistência de relação jurídica, e sim a interpretação de normas legais.»

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 da União para reformar a sentença e julgar a autora carecedora da ação e ter como prejudicado o seu recurso, 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 março de 1982 (data do julgamento) — Min. **Armando Rollemberg**, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. **Ministro Armando Rollemberg**: Raabe Calcáreos Ltda., sediada no Município de Rio Pardo, Rio Grande do Sul, propôs ação contra a União com objetivo que assim precisou no pedido:

«Diante do exposto, requer se digne V. Exa:

a) Declarar, por sentença, que a remuneração prevista no artigo 8º da Lei nº 6.138, de 8-11-1974, regulamentada pelo Decreto nº 75.583, de 9-4-1975, e fixada através da Portaria nº 393, de 23-6-1975, do Sr. Ministro da Agricultura, é uma taxa, espécie de gênero tributo (inciso I do artigo 18 da Constituição Federal, e artigos 3º, 4º e 5º, e 77, e seguintes, do Código Tributário Nacional, e, como tal indevida, porquanto não fixada em lei, em desacordo, portanto, c/ os §§ 2º e 29 do artigo 153 da mencionada Constituição, e incisos do artigo 97, e artigos 77 e seguintes do referido Código Tributário; ou

b) declarar — caso V. Exa. entenda seja a referida remuneração (receita) um preço público —, que à requerente é facultado utilizar-se de terceiros, que não o Estado (União), para a execução dos respectivos serviços, a seu livre critério, ficando assim desobrigada a pagar compulsoriamente à União Federal, ou a órgão seu, a remuneração pretendida, sendo indevidos, por via de consequência, em qualquer caso, por incompatível, as multas ou penalidades previstas, bem como juros de mora e correção monetária;»

Citada, a União apresentou contestação na qual sustentou:

a) faltar legitimidade ao procurador da autora, porque outorgado o mandato por quem não tinha condição para fazê-lo;

b) carência de ação, porque requereida a interpretação da lei em tese, ao invés de declaração de existência ou inexistência de relação jurídica;

c) que, no mérito, a ação era improcedente pois a fiscalização dos corretivos do solo por parte do Ministério da Agricultura era remunerada por preço público.

A autora ofereceu réplica com a qual juntou a prova de legitimidade do outorgante do mandato para fazê-lo e contestou as demais alegações.

Proferiu o MM. Juiz a seguir sentença na qual rejeitou as preliminares argüidas na contestação, a primeira, por que feita a prova de que o outorgante do mandato tinha poderes para praticar o ato e a segunda, sob o fundamento de que a pretensão posta em Juízo fora realmente a declaração de que, se a remuneração da fiscalização de corretivos de solo, a cargo do Ministério da Agricultura, era taxa ou preço público, para que, no futuro, pudesse a autora opor-se a qualquer exigência da União diversa da orientação «enunciada na sentença».

Quanto ao mérito, o MM. Juiz decidiu pela forma constante do dispositivo da sentença, assim formulado:

«Isto posto, julgo procedente a ação declaratória para declarar que a remuneração prevista no art. 8º da Lei nº 6.138, de 8-11-1974, regulamentada pelo Decreto nº 75.583, de 9-4-75, e fixada pela Portaria nº 393, de 23-6-1975, do Senhor Ministro de Estado da Agricultura, é preço público, devido pela prestação de serviços de fiscalização dos corretivos do solo, por força do diploma legal invocado, como

monopólio da União. Deixo de acolher o pedido constante do item d) do petitório inicial, por falta de amparo legal, uma vez que não cabe condenação em honorários advocatícios em ação declaratória, por não ter esta força executiva.»

Da sentença apelaram autora e ré.

Pretende a autora que a decisão seja reformada para reconhecer-se como taxa de remuneração correspondente à fiscalização dos corretivos do solo pelo Ministério da Agricultura e a condenação da União em Honorários de advogado.

Já a União reitera em seu recurso a arguição de carência da ação formulada na contestação e repelida pela sentença.

Não foram oferecidas contra-razões e a Subprocuradoria opinou pelo provimento da apelação da União.

É o relatório.

VOTO

O, Sr. **Ministro Armando Rollemberg** (Relator): Como foi esclarecido no relatório, a ação sob apreciação foi proposta para declarar-se, «por sentença, que a remuneração prevista no art. 8º da Lei 6.318, de 8-11-1974, regulamentada pelo Decreto 75.583, de 9-4-1975, é uma taxa, espécie de gênero tributo», «e como tal indevida, porquanto não fixada em lei», ou caso assim não entendesse o MM. Juiz e considerasse dita remuneração preço público, que à autora era facultado utilizar-se de terceiros que não o Estado, para a execução dos respectivos serviços.

O que se pediu, portanto, não foi a declaração de existência ou inexistência de uma relação jurídica, e sim a interpretação de normas legais, finalidade para a qual não se presta a ação declaratória.

Neste sentido escreve Pontes de Miranda:

«A ação declarativa não cabe para se interpretar a lei: seria absurdo que não se confundisse o seu objeto, que é afirmar ou negar a existência da relação jurídica, com o *dicere jus*, que — no sistema jurídico brasileiro — só se tem *incidenter*, ou como premissa dos julgamentos, ainda na espécie do recurso extraordinário, quando na decisão recorrida a interpretação da lei federal invocada for diversa da que lhe haja dado qualquer dos outros tribunais ou o próprio Supremo Tribunal Federal. Não pode servir para fixar interpretação de lei (3ª Câmara Cível do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 12 de outubro de 1945, R.F. 105, 516, OD., 42.406), posto que, no declarar a relação jurídica, tenha de interpretar a lei, ou, até, adotar uma dentre duas ou mais interpretações, ou outra, que ao juiz pareça a acertada.»

(Comentários ao Código de Processo Civil — Tomo I — pag. 179).

E Celso Agrícola Barbi:

«Segundo o item I do art. 4º, o objeto da ação é uma relação jurídica. Se o pedido for para declarar existência, a ação será positiva; se para declarar sua inexistência, a ação será negativa. A noção corrente de relação jurídica — relação entre pessoas ou entre pessoa e coisa, regulada pelo direito — fornece idéia satisfatória para apreciação desse objeto da declaratória.

Assim, não pode ser objeto da ação uma simples questão de direito, como seja a de saber se o arrendamento é rústico ou urbano; nem sobre a existência futura de uma relação, como a declaração sobre direito sucessório em testamento de pessoa ainda não falecida. Igualmente, não é admissível a

ação para declarar sobre lei em abstrato ou sobre a existência de fato, ainda que juridicamente relevante, como no caso de declarar sanidade mental, ou que a mercadoria entregue é igual à amostra, ou que o trabalho está de acordo com as regras de arte, ou que foi executado pelo autor.» (Comentários ao Código de Processo Civil — I Vol. Tomo I — págs. 74/75).

Dou provimento à apelação da União para reformar a sentença e julgar a autora carecedora de ação, condenando-a nas custas e em honorários de advogado de 20% sobre o valor dado à causa, e julgo prejudicado o seu recurso.

EXTRATO DA MINUTA

AC 52.602 — RS. Rel.: Sr. Min. Armando Rollemberg. Aptes.: Raabe Calcáreos Ltda. e União Federal. Apdos.: os mesmos.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento à apelação da União para reformar a sentença, julgou a autora carecedora da ação e teve como prejudicado o seu recurso. (Em 15-3-82 — 4ª Turma).

Os Srs. Min. Carlos Mário Velloso e Antônio de Pádua Ribeiro votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Armando Rollemberg.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 52.779 — RS

Relator: O Sr. Ministro Américo Luz

Apelante: União Federal

Apelada: INALCO — Indústria Nacional de Engenharia e Construções Ltda.

EMENTA

Execução Fiscal. Imposto de renda no exercício de 1969. Empreitada.

Interpretação dos artigos 210, § único e 242 do Decreto nº 58.400/66.

Embargos da devedora.

Extinção do processo, ex vi do artigo 267, V, do CPC. Ocorrência de coisa julgada resultante de mandado de segurança anteriormente impetrado cuja decisão dirimiu o mérito da causa (AC nº 76.100, antiga 2ª Turma do TFR, DJ de 8-11-1976).

Modificação da sentença extintiva, via de embargos declaratórios, afastando a coisa julgada e admitindo perícia técnica. Inviabilidade, por extrapolar dos línides definidos no artigo 464 e incisos, do CPC. Decisão reformada.

Agravo retido de que não se conhece, por incabível.

Apelação provida, para o restabelecimento da sentença que decretou a extinção do processo.

ACÓRDÃO

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

Decide a 6ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, preliminarmente, por unanimidade, não conhecer do agravo no auto do processo; no mérito, prover a apelação, 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 dezembro de 1981. (data do julgamento) — Ministro José Fernandes Dantas, (Presidente) — Ministro Américo Luz, (Relator).

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Américo Luz: O MM. Juiz Federal, Doutor Mário Mesquita Magalhães, expôs controvérsia, nestes termos (fls. 118):

«Inalco; Indústria Nacional de Engenharia e Construções Ltda., propôs os presentes embargos à Execução Fiscal promovida pela Fazenda Nacional com o objetivo de anular a notificação IR-P.J.0670, de 25-6-1969.

.....
A Douta Procuradoria da República a fls. 14 dos autos manifestou-se pela improcedência dos Embargos.

Juntada às fls. 32 a cópia da certidão de dívida ativa da Fazenda Nacional e parecer referentes ao débito discutido.

Anexadas aos autos as cópias do processo administrativo de fls. 39/67.

Em parecer de fls. 72/73 a União Federal juntou cópia do Mandado de Segurança (fls. 76/110), julgado sobre o caso em referência, tendo sido negada a segurança impetra-

da, conforme decisão transitada em julgado em 10-12-1976.»

O douto Magistrado proferiu a seguinte decisão (fls. 118/119):

«O Mandado de Segurança referido (cópias... fls. 76/110), apreciado sobre o assunto em questão, teve a sentença definitiva transitada em julgado em data de 10-12-1976, de acordo com a certidão da Seção Processual do Egrégio Tribunal Federal de Recursos (fls. 110).

Assim sendo, constitui-se coisa julgada, nos termos do art. 301, VI, do CPC, a matéria de direito invocada. Decreto a extinção do processo, conforme art. 267, inc. V, do C.P.C.

Custas pelo Embargante».

A autora opôs, às fls. 121/128, Embargos de Declaração, alegando que não foi deferida a prova pericial requerida na petição inicial e haver contradição entre a sentença embargada e o que está revelado no processo.

Na decisão de fls. 131/132, o MM. Juiz acolheu os Embargos, assim concluindo:

«... Acolhendo os embargos de declaração, para deferir a perícia contábil para apuração da matéria contida no item «c», sobre o imposto alegado ter sido pago no exercício seguinte à autuação. Indicando e nomeando desde já para perito do Juízo José Aspu Mendes, CEAI/RS 193, com escritório à Rua Siqueira Campos, nº 1.170, sala 84, fone 24-32-63, que deverá ser intimado e compromissado na forma da lei».

Apelou a União, com as razões de fls. 136/137, para ver reformada a decisão que acolheu os embargos declaratórios opostos pela devedora, determinando a realização de perícia contábil.

às fls. 138/139, interpôs a embargante Agravo retido, tendo em vista que a decisão dos embargos de declaração não acolheu suas pretensões, especialmente quanto aos itens 3, 3.1 e 3.2, terminando por indicar assistente-técnico e formulando quesitos.

Laudo do perito judicial, às fls. 140/142.

Contra-razões da apelada às fls. 153/158, para que não seja conhecido ou desprovido o apelo.

Subidos os autos, manifestou-se a douta Subprocuradoria-Geral da República, através do Parecer de fls. 178/190, opinando pelo provimento da apelação e improvimento do agravo retido.

Pauta, sem revisão.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Américo Luz (Relator): I — Não conheço do agravo no auto do processo interposto à fls. 138/139, de vez que a agravante não apelou da sentença, só o fazendo a União Federal (fls. 135), nem tampouco a ele se referiu em suas contra-razões (fls. 153 e 158). Tal agravo constitui preliminar a ser apreciada antes da decisão do mérito do recurso principal. Logo se este não foi manifestado, aquele perdeu a sua finalidade.

Partiu o agravante do falso presuposto de não ser apelável a decisão proferida em grau de embargos declaratórios, quando na espécie o é, irretorquivelmente, pois, em consequência dela, a sentença embargada foi alterada na sua conclusão (por inferência, cfr. RTJ. 86/359 e 88/325).

II — Colocada a premissa acima em linha de consideração, reputo apelável a decisão atacada pela União Federal, pelo que rejeito a preliminar argüida pela apelada.

Conheço da apelação.

III — De *meritis*, a sentença prolatada nos autos do mandado de segurança que precedeu à oposição dos embargos de fls. 2/9, depois de explanar, preliminarmente, que do ato impugnado cabia recurso administrativo independentemente de caução, circunstância que tornaria incabível a pretensão (art. 5º, inc. I, da Lei nº 1.533/51), acabou por decidir o mérito do pedido, o que se verifica dos seguintes tópicos dela extraídos (fls. 88 a 91):

«Entanto, a título de homenagem à corrente majoritária, aprecio o *meritum causae*, a despeito, inclusive da própria intempestividade do ajuizamento, reconhecida como corolário da norma supramencionada.

De regra, as pessoas jurídicas são tributadas de acordo com os lucros e perdas, sendo dada a base do imposto de renda pelo lucro, real ou presumido, correspondente ao ano, social ou civil, anterior ao exercício financeiro em que for devido o tributo. À sua vez, a data do encerramento do balanço constitui problema de economia interna da empresa, embora não seja obrigatória a sua coincidência com o ano civil. É este o princípio geral, aplicável ao imposto de que versa a espécie presente.

Trata-se, contudo, de caso de empreiteira de construção civil, hipótese em que a tributação poderá abranger a totalidade dos resultados apurados em balanço final, relativo ao período da construção, nos termos do art. 210, *caput* do Regulamento do Imposto de Renda, aprovado pelo Dec. nº 58.400, de 10-5-66. Paralelamente, é possível que ditos empreiteiros paguem o imposto em cada exercício financeiro com base nesse lucro se o apurarem em balanço anual, (Regulamento cit., art. 210, § úni-

co). Nesta segunda hipótese é que se enquadra a demandante.

De tal sorte, a regra geral, para fins de tributação, é a que consagra o balanço anual, sem a admissão do diferimento de lucros. Destarte, excepcional se apresenta a regra contida no *caput* do aludido dispositivo regulamentar, que objetiva uma maneira mais fácil de oferecer um resultado adequado, com a tributação ao final da obra. É, pois, uma opção, facultada aos empreiteiros de construção civil, que preferam fugir aos princípios gerais, pertinentes à tributação anual.

No caso *sub judice*, como restou salientado no procedimento fiscal, a contabilidade da impetrante comprova que os resultados se apuram anualmente, sem que nenhum valor de débito reste no ativo. Se a interessada optasse pela apuração dos resultados ao final das obras, deveriam figurar valores representativos das receitas e das despesas da obra, pelos serviços realizados. Ao contrário, *in casu*, houve mero estorno de receita, com o escopo de redução de lucros, com transferência para exercício ulterior, conquanto referente a porções já realizadas da empreitada.

A rigor, não é necessário a conclusão das obras, porém os materiais e os serviços fornecidos originam créditos, da mesma maneira como acarretam débitos a que a contabilidade não pode furtar-se. A empresa, entanto, é que não é lícito regular arbitrariamente o sistema. De conformidade com o disposto no art. 210 do RIR, cabe-lhe a opção por uma das duas hipóteses ali estatuídas. Combinar ambas *ad libitum* é que se apresenta injurídico, eis que foge ao controle da fiscalização, tumultuando os critérios da mesma.

Ora, em existindo a possibilidade legal de opção, em favor das empreiteiras da construção civil, a estas é dado escolher: a) ou apuram os lucros ao final de cada empreitada, b) ou o fazem através de balanço anual, recolhendo o tributo em cada exercício financeiro. Quem, como a demandante elegeu esta última hipótese não pode diferir receita para o subsequente exercício, ainda que nele fique terminada e aceita a obra com o consequente aperfeiçoamento da disponibilidade da receita. É que tal solução heterogênea implicaria em uma espúria combinação de sistemas, incompatível com os preceitos regulamentares, norteadores da arrecadação e da fiscalização do imposto sobre a renda».

.....
«Não se pode, destarte, conceder a segurança almejada, pois sequer a figura jurídico-civil da recusa da obra ampara a pretensão da acionante; que optara pela apuração de lucros em balanço anual, com abdicção da possibilidade de o fazer ao término da construção.».

Tal raciocínio, explicitado pelo culto Juiz Federal Costa Fontoura, foi mantido na antiga 2ª Turma desta Corte, por unanimidade de votos, vindo o acórdão ementado, *in verbis* (fls. 108):

«Imposto de Renda. Empreiteira. Cálculo do tributo. Revisão, para cobrança de «diferença», por transferência para outro exercício, de créditos de serviços.

havendo a empreiteira adotado o sistema de apuração anual dos lucros, e não o de apuração ao final das obras contratadas, constitui irregularidade a não computação de créditos de faturas de serviços e reajustamento, bem como de faturas de mão-de-obra e materiais, e transferência para o exercício seguinte. Se as contas pendiam de li-

quidação a contribuinte encontraria na lei o remédio adequado, ainda que fosse na declaração imediata. Por outro lado, segundo a autoridade fiscal, as obras, que originaram os créditos, estavam concluídas e faturadas.

A revisão fiscal, portanto, teve justificativa, devendo julgar-se im procedente o mandado de segurança requerido, mesmo tempestivo.»

O julgador dos embargos sub **examen**, que havia, acertadamente, decretado a extinção do processo, pela ocorrência de coisa julgada (art. 267, V, do C.P.C.), incongruente-mente, **data venia**, entendeu que a sentença embargada fora omissa em relação à prova pericial protestada «e que não fora objeto de apreciação no mandado de segurança por ser incabível». Em decorrência disso corrigiu «a indevida inclusão da coisa julgada», o que equivale a anular a sua decisão, substituindo-a pela de fls. 131/132, para admitir perícia contábil, de todo incabível, como demonstram as razões expendidas pela apelante às fls. 136/137:

«O fundamento utilizado pela executada para a interposição dos embargos declaratórios foi o de que a r. sentença havia se omitido com relação à prova pericial protestada nos embargos à execução.

A verdade, no entanto, é que na espécie não houve omissão na r. sentença embargada. Se omissão eventualmente existiu foi do juízo e não da sentença, no que pertine ao deferimento ou não, no momento oportuno e adequado de prova pericial pretendida pela devedora embargante. Aliás, neste particular, ante o silêncio do Magistrado no que se refere à pretendida perícia contábil, tem-se que a mesma foi implicitamente indeferida. Dessa forma, não cabia fazer-se, na sentença, qualquer tipo de consideração sobre uma prova que sequer

fora realizada na instrução. Daí, a autenticidade da assertiva antes formulada de que a r. sentença de fls. não continha qualquer omissão.

O indeferimento implícito da pretendida perícia contábil renderia ensejo à arguição de cerceamento de defesa, a ser proclamado e sustentado em recurso de apelação contra a sentença de mérito que deu pela existência de coisa julgada e julgou extintos os embargos à execução manifestados pela devedora. Esta, ao lançar mão de embargos declaratórios (sob a alegação de omissão da sentença), utilizou-se de remédio jurídico inadequado, mormente porque a questão relativa à pretendida perícia já estava inexoravelmente preclusa, diante do indeferimento implícito da prova pericial.

O acolhimento dos embargos declaratórios manifestados pela devedora, para o efeito de, após a sentença de mérito, determinar a realização da pretendida perícia, inclusive com a indicação e numeração de perito para procedê-la, aberraria por inteiro da sistemática processual vigente. É isto porque, esgotada a atividade jurisdicional do Magistrado, com a prolação da sentença, não há como nem por que retornar-se, como num passe de mágica, à fase probatória ou de instrução.

Daí, a necessidade de reforma do r. decisório apelado, na parte em que em acolhendo os embargos declaratórios opostos pela devedora, determinou a realização de uma perícia contábil que implicitamente fora indeferida na fase processual oportuna.»

Tenho para mim que a matéria deduzida nos embargos seria comportável em apelação e nunca dedutível através deles, notoriamente extravagantes dos lindes definidos no artigo 464, I e II, do estatuto processual vigente.

Reformo a decisão de fls. 131/132, para restabelecer a de fls. 118/119.

Não conheço do agravo e provejo a apelação da União Federal.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

AC 52.779 — RS — Rel.: Sr. Min. Américo Luz. Apte.: União Federal. Apda.: Inalco — Indústria Nacional de Engenharia e Construções Ltda.

Decisão: A Turma, preliminarmente, por unanimidade, não conheceu do agravo no auto do processo; no mérito, proveu a apelação para reformar a sentença, e restabelecer a decisão extintiva do processo, nos termos do voto do Relator. (Em 16-12-81 — 6ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Mins. José Dantas e Wilson Gonçalves. Presidiu a sessão o Exmo. Sr. Min. José Fernandes Dantas.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 54.629 — RN

Relator: O Sr. Ministro Armando Rollemberg

Apelante: Usina Estivas S/A

Apelada: União Federal

EMENTA

«Processo civil. Produção antecipada de provas. Prevista que é, no art. 851 do CPC, a possibilidade de os interessados obterem certidões, estas tanto poderão servir para fazer prova em processo judicial, quanto em processo administrativo».

ACÓRDÃO

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

Decide a 4ª Turma do Tribunal Federal de Recursos 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, 24 de março de 1982 (data do julgamento) — Ministro Armando Rollemberg, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Armando Rollemberg: Usina Estivas S.A, com sede no Município de Arês, Rio Grande do Norte, invocando o art. 850 do CPC,

requereu a nomeação de Perito para examinar a sua escrita, indicando de logo Assistente-Técnico.

Assim narrou os fatos que justificavam o seu pedido:

«A suplicante foi alvo de procedimento fiscal, por supostas infrações ao Regulamento do Imposto de Renda. Assim é que, precisamente, em 12 de maio de 1969, a fiscalização federal lavrou contra si o primeiro Auto de Infração, aqui anexado por fotocópia. Tornando este sem efeito, por irregularidades formais, foi lavrada nova peça básica em 22 de outubro de 1969. Esta, também, com defeitos substanciais, ou seja: sua lavratura se processou, não na sede do estabelecimento; mas, na própria re-

partição — a Delegacia da Receita Federal em Natal. Junta-se, aqui, esta segunda peça por fotocópia.

A autuada, em tempo hábil, apresentou as suas razões de defesa para a primeira instância, onde não obteve êxito. Dessa decisão, a autuada intentou o recurso regulamentar para a segunda instância, o Primeiro Conselho de Contribuintes.

Esse recurso não teve provimento. Por que? Dada a falta, no momento — de esteio em elementos indispensáveis à apreciação das questões processuais e de mérito. A despeito de contar com um direito formal e material inofismáveis, a autuada não soube provar e mostrar esses direitos.

Foi diante dessa contingência, douto Juiz, que a autuada achou por bem discutir, ainda no Tribunal Administrativo, toda a matéria, objeto do procedimento fiscal. E assim, dentro da facultade que o regulamento lhe outorga, em petição de 29 de setembro de 1972 (anexa por cópia), endereçada ao Primeiro Conselho de Contribuintes, formulou seu Pedido de Reconsideração, com suporte em matérias de direito e de fato, completamente desconhecidas nos autos do processo.

Como resultante dessa sua iniciativa, a Primeira Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, em Resolução nº 806, de 18 de julho de 1973, decidiu (consoante cópia anexa):

«Por maioria de votos, tendo em vista a prova alegada da demonstração do lucro real tributável, baixar à repartição de origem, para que ela se pronuncie, inclusive através de exame nos livros, documentos de contabilidade quanto à sinceridade e veracidade das provas oferecidas.»

É para a concretização dessas exigências feitas pela instância colegiada, que é o Primeiro Conselho de Contribuintes, que a postulante vem pleitear, através do Processo Cautelar de Exibição — o exame de toda a sua escrituração comercial, por inteiro, no período compreendido entre os exercícios de 1963 (1-8-63) a 1968 (31-7-68), inclusive balanços e documentos de arquivo (Código de Processo Civil, arts. 844 e 845); quer provar, judicialmente, a veracidade de sua escrita e a sinceridade dos seus resultados.»

Citada, a União se manteve silente. Mais tarde, porém, efetivada a perícia requerida, fez juntar aos autos parecer no qual, preliminarmente, sustentou-se o não cabimento da medida cautelar de exibição de escrituração comercial fora dos casos previstos, isto é, antes da instauração do processo principal ou no curso deste, dele sempre dependente. Requereu, porém, e foi deferida, prova testemunhal afinal realizada.

Seguiram-se manifestações das partes, sendo, finalmente, proferida sentença com a decisão seguinte:

«As medidas cautelares têm procedimento localizado em duas oportunidades: a) antes da instauração do processo principal; b) no curso deste processo, e, sempre dele dependente (arts. 796 e 844, III, do Código de Processo Civil).

As ações cautelares ou são preparatórias da ação principal ou constituem procedimento a ter lugar no curso de uma ação principal, objetivando, em ambas as hipóteses, impedir a ocorrência de lesão grave, ou de difícil reparação, ao direito de uma das partes. A medida pleiteada pela autora, face a redação do art. 844, do Código de Processo Civil, que o seu caráter é, exclusivamente, de procedimento preparatório, nos autos

não há, nem de leve, qualquer indicação relativa à propositura da ação principal, da qual a exibição requerida possa ser havida como medida preparatória.

O que registra a Inicial é bem diversa daquele, ou daquelas de que se ocupa o Código Processual Civil em vigor. A pretensão da autora se cinge ao propósito de produção de prova perante instância administrativa.

Diante do exposto, preliminarmente, julgo improcedente a medida pretendida pela autora, porquanto a mesma foi requerida para instruir procedimento administrativo, o que não tem amparo a teor dos arts. 796 e 844, III, do Código de Processo Civil.»

A autora apelou, alegando:

«A sentença recorrida, como se vê, não situou bem os fatos. Com efeito. A hipótese nada tem a ver com a ação de exibição judicial, regulada pelo art. 844 do Código de Processo Civil. Cogita-se, na realidade, de produção antecipada de provas, consistente em exame pericial, nos livros contábeis da própria autora. A circunstância da Inicial ter feito referência à exibição judicial, com invocação do art. 844, não justifica o erro, pois ao juiz é que cabe ajustar os fatos à disposição legal aplicável.

Os fatos, como descritos na Inicial, demonstravam claramente que não se tratava de exibição judicial, pois os livros estavam na posse da autora. E esta não se encontrava na posição de sucessora, sócia ou simples interessada, em caso de mandato ou gestão de negócios, em face do possuidor ou mero detentor de seus próprios livros. A hipótese, como se apresentava, portanto, era típica de segurança da prova, através de exame pericial, com arrimo no art. 846 do Código de Processo Civil, conforme

efetivamente realizado. A parte adversa, — União Federal, — aliás, reconhece, reiteradamente, que no caso se trata de produção antecipada de prova e não de exibição judicial, consoante se vê dos pareceres de fls. 105 e 117.

É evidente que não tinha a autora, ao requerer o exame pericial, a intenção de exigir a exibição em juízo dos livros que se achavam em seu poder. Pois a ação de exibição visa sobretudo propiciar ao promovente o contato físico, direto, visual sobre a coisa em poder de terceiro.»

Passou depois a argumentar sobre a norma estabelecida no art. 766 do CPC, afirmando ao final:

«Face à interpretação literal do art. 796, conforme a sentença, por outro lado, fica-se a indagar qual a finalidade do art. 851, que autoriza aos interessados, feito o exame pericial, solicitarem as certidões que quiserem. Pois, a rigor, sempre dependente o procedimento cautelar do processo principal, se instaurado aquele antes, de logo, previne a jurisdição, anexando-se os autos de ambos. Sem sentido a extração de certidões, na hipótese de constituir-se o processo cautelar medida exclusivamente preparatória, consoante a exegese da sentença apelada.»

A União contra-arrazoou, sustentando que as medidas cautelares são destinadas à garantia do resultado final do processo de conhecimento, ou do processo executivo, invocando, no propósito, lição de José Frederico Marques.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Armando Rollemberg (Relator): Ao ingressar em Juízo, a apelante, equivocadamente, fez referência à exibição de

sua escrita e aos arts. 844 e 845 do CPC, pois, logo após, requereu a realização de perícia, com o que, inadmissível como é o pedido de exibição da própria escrita, o que efetivamente pretendia era a produção antecipada de prova, a ser utilizada perante o 1º Conselho de Contribuintes.

O MM. Juiz poderia ter mandado esclarecer a dúvida resultante da invocação de dispositivos relativos à medida cautelar de exibição e pedido de antecipação de prova, ou, se mais rigorosamente pretendesse agir, indeferido a Inicial por inépcia.

Não tomou qualquer das duas providências, sendo realizada a perícia requerida, e, ainda, produzida prova testemunhal a requerimento da União.

Assim tendo sido feito, na realidade houve produção antecipada de prova e não exibição de documentos.

O que cabe examinar, portanto, é se perícia realizada em livros do próprio requerente que se encontravam em seu poder, somente pode ser utilizada em ação a ser proposta, ou na qual se deva defender, ou se também pode ser apresentada em processo administrativo.

O CPC, no art. 851, último da seção relativa à produção antecipada de provas, estabelece que «tomado o depoimento ou feito exame pericial, os autos permanecerão em cartório, sendo lícito aos interessados solicitar as certidões que quiserem.»

Ora, se os autos ficam em cartório é porque não devem ser juntos aos da ação principal, e se deles é possível obter certidão, esta tanto poderá servir para fazer prova em processo judicial quanto em processo administrativo.

Por assim entender, dou provimento à apelação para reformar a sentença e determinar que o MM. Juiz aprecie a prova produzida, homologando-a ou não.

VOTO

O Sr. Ministro Romildo Bueno de Souza: Penso que, mesmo em relação aos procedimentos de jurisdição voluntária contemplados no Livro III do Código de Processo Civil (alguns deles, como se configurassem ação cautelar), é de se reclamar o interesse de agir (como necessidade prática da providência judicial), na forma dos arts. 2º e 3º.

Inclino-me por entender que, para esclarecer fatos e fazer prova em procedimento administrativo fiscal, o contribuinte não preenchia o requisito do interesse legítimo para obter providência judicial: em verdade, normas legais existem que lhe asseguram a atividade de defesa e de prova no próprio procedimento administrativo.

No caso presente, há, todavia, esta particularidade: o Dr. Juiz da causa não se deteve no exame da ocorrência deste interesse de agir, na ocasião oportuna; assim, a perícia se fez.

Daí por que, por uma razão de ordem prática, penso já não ser oportuno pesquisar a existência ou não do interesse de agir. Produzida antecipadamente (como foi) a prova, a solução mais adequada é aquela alvitrada por V. Exa., ao aplicar ao caso o art. 851 do Código, pelo que acompanho seu d. voto.

EXTRATO DA MINUTA

AC 54.629 — RN — Rel.: Sr. Min. Armando Rollemberg. Apte.: Usina Estivas S.A. Apda.: União Federal.

Decisão: A Turma, deu provimento à apelação nos termos do voto do Sr. Min.-Relator. (Em 24-3-82 — 4ª Turma).

Os Srs. Mins. Carlos Mário Velloso e Romildo Bueno de Souza votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Armando Rollemberg.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 57.175 — SP

Relator: O Sr. Ministro Sebastião Alves dos Reis

Apelantes: Chocolate Dulcora S/A e outros e BNDE — Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico

Apelados: Os mesmos

EMENTA

Processual civil. Execução por título extrajudicial. Líquidez da dívida. Fraude de execução.

Líquida, certa e exigível a dívida na sua parte precipua (principal, juros, correção monetária, multa contratual), por que referente a parcelas' calculáveis segundo critérios emergentes do título exequendo e destacáveis nos seus quantitativos.

Mantida a decretação da fraude à execução, quanto à renúncia do direito de usufruto, independentemente da citação aos donatários, por serem terceiros na relação processual, e por tratar-se de ato de nulidade absoluta que afronta a administração da Justiça.

Ilíquida a parcela alusiva a despesas de viagem e auditoria, porquanto, embora clausuladas expressamente, o seu cálculo depende de prova estranha ao título exequendo.

Reduzida a honorária de sucumbência dos embargantes para 10%.

Deu-se provimento parcial ao recurso dos embargantes, para baixar o percentual da honorária, explicitando-se que os atos dados em fraude à execução foram declarados simplesmente ineficazes perante o exequente e, não, nulos; negou-se provimento ao apelo do embargado.

ACÓRDÃO

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

Decide a 5ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, prover em parte o apelo dos embargantes, nos termos do voto do Relator e negar provimento ao recurso do embargado, 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 março de 1982 (data do julgamento) — Ministro Moacir Catunda, Presidente — Ministro Sebastião Alves dos Reis, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sebastião Alves dos Reis: A r. decisão recorrida relatou a espécie, nesses termos, às fls. 225:

«O Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico ajuizou uma execução nesta Vara, em 1973, contra Chocolate Dulcora S.A. e seus

fiadores, Ezio Eugênio Angelo Gardano, Rosa Ana Lúcia Caloi Gardano, Paulo Alfredo Henrique Gardano, Maria Gardano, Angelo Gardano, Esmeralda Zaffiro Gardano e Corina Siletto Gardano, sob o rito do Decreto-Lei nº 960/38, para cobrança de crédito correspondente a debêntures emitidas e subscritas com a finalidade de propiciar recursos à primeira executada para modernização de sua gestão, melhoria de produtividade e outros objetivos fixados na escritura pública de fls. 9/14.

O valor total das debêntures subscritas pelo BNDE foi de Cr\$ 8.000.000,00 (oito milhões de cruzeiros), tendo a Dulcora se obrigado, como condição da subscrição, a constituir, juntamente com a Companhia Paulista e Alimentação (Duchen), uma outra sociedade anônima destinada à comercialização dos produtos da Dulcora e da Duchen.

O valor global das debêntures foi subscrito pelo BNDE, em virtude da renúncia dos acionistas ao direito de preferência, sendo-lhe, por conseguinte, assegurados por fiança, todo o ativo e bens da Dulcora.

A subscrição das debêntures pelo BNDE estava condicionada, segundo o cronograma do contrato, não só aos registros da emissão para reconhecimento de terceiros, como também a todas as providências a cargo da Dulcora, indispensáveis ao plano de modernização de sua indústria.

Segundo o contrato, a Dulcora pagaria ao BNDE uma comissão de reserva de crédito à taxa de 1% ao ano, sobre o valor de cada série de subscrição, juros de 6% ao ano, calculados sobre o principal, corrigidos e pagos, trimestralmente, contra entrega de cupão destacável ou de recibo até a entrega, pela

Dulcora, dos títulos definitivos e, ainda, correção monetária do valor nominal do título, em períodos trimestrais, pelos índices das ORTNs.

Além disso, foi estipulado no contrato pacto comissório expresso, pelo qual ocorreria o vencimento antecipado das debêntures subscritas enquanto não houvesse título negociado, assim como suspensão de qualquer subscrição no caso de eventual descumprimento, pela Dulcora ou pelos intervenientes, de qualquer obrigação contratual.

A Dulcora, no entanto, deixou de pagar juros e encargos, embora reescalados, do 4º trimestre de 1972, bem como os juros dos três primeiros trimestres de 1973, montando o vencimento antecipado de toda a dívida em Cr\$ 12.110.859,36, segundo o BNDE, que discriminou as parcelas a fls. 5 de sua Inicial, na execução.

Apesar de as cláusulas contratuais imporem certas restrições e controles aos negócios da Dulcora, os seus Diretores, com a convivência da Codina — Cia. Nacional de Produtos Alimentícios, teriam praticado desmandos administrativos, de tal sorte que seria dolosa uma concordata preventiva, requerida pela Dulcora, com a finalidade de consumir o desvio de todo o patrimônio social e lesar, sobretudo, o BNDE que subscreveu a totalidade da emissão das debêntures.

Além disso, os diretores da Dulcora, que são devedores solidários com a empresa nas obrigações decorrentes do contrato, tentaram, segundo o BNDE, alienar, em atos fraudulentos, os seus respectivos partimônios, razão pela qual o Banco oportunamente iria promover a anulação dessas alienações.

Em vista desses fatos, pediu o BNDE que, se a dívida não fosse paga, fosse julgada procedente a

execução, subsistente a penhora e condenados os executados ao pagamento do principal, juros trimestrais, despesas e impostos, multa contratual, juros de mora, tudo corrigido monetariamente até a data do efetivo pagamento, custas e honorários advocatícios.

Como fosse sediada em São Bernardo do Campo, Estado de São Paulo, a primeira executada, e domiciliados na capital desse Estado os demais, o BNDE pediu na Inicial a expedição de cartas precatórias de citação e penhora aos Juízos de Direito da Comarca de São Bernardo do Campo (1ª Vara) e Federal da Seção Judiciária de São Paulo (5ª Vara), tendo sido realizadas as penhoras em bens e direitos dos executados, pelos dois Juízos deprecados, já durante o correr do ano de 1974 e na vigência do novo Código de Processo Civil.

Os executados embargaram a execução, assim como o fez também o Banco do Brasil S.A., na qualidade de terceiro interessado, pois a Dulcora lhe havia dado em garantia de empréstimo que pactuaram os bens que foram penhorados pelo BNDE. Esses últimos embargos foram extintos em decorrência do reconhecimento, manifestado pelo BNDE, da pretensão do Banco do Brasil.

Quanto aos embargos dos executados, esses foram recebidos e constituem a peça inicial destes autos.

Inicialmente, os embargantes, ao historiar os incidentes ocorridos na execução das penhoras em São Paulo, admitem que doaram seus bens a terceiros, com reservas de usufruto, tendo posteriormente renunciado ao usufruto, de tal modo que a propriedade dos bens alienados consolidou-se em nome dos donatários.

Como preliminar, sustentam, assim, que necessária seria a citação dos atuais proprietários desses bens.

Por outro lado, nula seria a execução, pelo fato de não haverem sido os embargantes previamente notificados pelo prazo de 15 dias, a fim de ser estabelecida a mora, uma vez que se trataria de débito com pretensa garantia imobiliária.

Seria também nula a penhora sobre renda de imóveis não pertencentes aos embargantes, uma vez que seus atuais proprietários não seriam partes no contrato celebrado entre o BNDE e os embargantes. A plena propriedade desses imóveis já lhes teria sido assegurada antes da penhora.

Quanto ao mérito, seria improcedente a execução pelos seguintes motivos:

a) O cálculo em que o BNDE se baseia para cobrar a dívida não se fundamentaria em quaisquer documentos, certidões ou publicações pelos quais se possam apurar os índices de reajustamento que o embargado tomou por base. Não se poderia, assim aceitar como verdadeira a quantia.

b) Os documentos, de fls. 8/98, que acompanham os embargos, demonstrariam haver diversos lançamentos levados a crédito da Dulcora pelo próprio BNDE, o que retiraria a característica de liquidez da quantia reclamada.

c) Por esses documentos também se provaria que as importâncias correspondentes a «despesas» efetuadas pelo BNDE seriam supérfluas, já que seriam desnecessárias as inúmeras viagens realizadas pelo BNDE.

d) O BNDE não teria instruído a sua Inicial com outro documento além do contrato de fls. 9/16, pelo que só estaria comprovado o débito relativamente ao principal.

e) Seria inaplicável a cláusula penal do contrato que estabeleceu uma multa no caso de a Dulcora desviar recursos recebidos ou alienar bens de seu ativo fixo, uma vez que tais fatos não teriam ocorrido.

Quanto aos embargantes, membros da família Gardano, que figuraram como intervenientes no contrato entre o BNDE e a Dulcora, de que são acionistas e fiadores, a única obrigação que teriam, oriunda desse contrato, seria a de não alienar suas ações representativas do capital social da primeira embargante e nem ceder o respectivo direito de preferência, em caso de aumento de capital. Por esse motivo, nada impediria que esses embargantes alienassem outros bens de sua propriedade, gratuita ou onerosamente, não existindo, ao contrário do que sustenta o BNDE, qualquer fraude a credores,

Como esses embargantes estariam cumprindo suas obrigações contratuais, descaberia qualquer medida contra eles, a não ser que recaíssem sobre as garantias objeto da escritura.

Além do mais, a concordata preventiva requerida pela Dulcora não seria, de modo algum, fraudulenta, tanto que vem sendo processada normalmente no Juízo competente.

O BNDE impugnou os embargos a fls. 101/116, requerendo, como matéria prejudicial de mérito, que a sentença declarasse a nulidade de atos praticados em fraude à execução. Isso porque os devedores solidários com a Dulcora, antes de iniciado o procedimento executório, teriam doado, em fraude a credores, todo o seu patrimônio pessoal, com o propósito de subtrai-lo à execução da dívida. No curso da execução, teriam praticado atos de liberalidade, em fraude à execução. Essa liberalidade teria

se consubstanciado com a renúncia, a título gratuito, aos direitos de usufruto sobre os imóveis, em favor de seus nus proprietários, quando os embargantes já haviam sido citados por precatória. Os atos em questão seriam nulos de pleno direito, uma vez que, embora a penhora tivesse uma inexplicável demora de 40 dias, as citações foram realizadas em 26-9-73, tornando com isso litigiosos os imóveis alienados.

Por outro lado, tendo em vista que os atos foram gratuitos e os respectivos beneficiários são parentes dos embargantes, o *consilium fraudis* presumir-se-ia *iuris et de iure*.

Seriam revéis os devedores solidários com a Dulcora, pois, apesar de haver sido clara a inicial da execução com referência à relação consorcial passiva daqueles membros da família Gardano, todos intervenientes no contrato celebrado com o BNDE, nos embargos só há menção ao nome da Dulcora, figurando os demais devedores cobrigados simplesmente como «outros», sem qualquer qualificação.

Quanto ao mérito, o débito dos embargantes revestir-se-ia das características de liquidez, certeza e exibibilidade, equiparando-se o crédito do BNDE à dívida ativa da União (art. 3.º do Decreto-Lei n.º 474/69).

O respectivo título extrajudicial teria força executiva não somente com base no item II, como também no item VII do art. 585 do CPC.

A impugnação do BNDE aos embargos foi instruída com os documentos de fls. 117/135.

Manifestaram-se os embargantes a fls. 138/145.

Pelo despacho de fls. 156/160, declinei de minha competência para

o MM. Juiz da 5ª Vara Federal de São Paulo, por entender ser da sua competência, como Juiz «requerido», o julgamento dos embargos. Embargantes e embargado agravaram desse despacho, havendo o MM. Juiz Federal da 5ª Vara de São Paulo suscitado conflito negativo de competência (fls. 168/176).

O conflito foi julgado prejudicado pelo plenário do egrégio Tribunal Federal de Recursos, em vista de haverem sido providos pela 3ª Turma do TFR os agravos de instrumento interpostos pelas partes (fls. 179 e 182). Em conseqüência, voltaram os autos a este Juízo para o julgamento dos embargos.

Pelo despacho de fls. 193, entre outras providências, considerei regulares as representações dos devedores solidários e rejeitei a preliminar do BNDE relativamente à preclusão de seu direito de defesa.

O BNDE entrou com a petição de fls. 195/197, com que vieram os documentos de fls. 198/223, pertinentes à penhora de bens dos executados.»

O MM. Juiz Federal a quo, o culto magistrado Dr. Carlos Augusto Thibau Guimarães, às fls. 225/37, rejeitou os embargos, em parte, mandando prosseguir a execução parcialmente, para dela excluir a parcela respeitante às despesas de passagem e serviços de auditoria, subsistente a penhora, dela expressamente afastados os bens assinalados pelo embargante, porque penhorados em outra execução, em favor do Banco do Brasil, condenando o embargante ao pagamento das custas e, verba honorária de 15% sobre o total da condenação; outrossim, declarou a nulidade dos atos de renúncia dos direitos de usufruto sobre os bens penhorados.

Apelam as partes; os embargantes, pedindo a reforma do julgado, nos pontos em que sucumbiram, re-

novando as arguições dos embargos de iliquidez da dívida, por incluir nos cálculos, à data da propositura da ação, juros ainda não vencidos e desconsiderar pagamentos anteriormente feitos, impugnando a nulidade decretada e, ao pressuposto indevido de fraude à execução, e, ainda, a eventualidade da redução da honorária; o embargado, pretendendo a inclusão, na condenação, da parcela excluída a título de despesas de viagens e auditorias. Neste Tribunal, a ilustrada Subprocuradoria-Geral da República pronunciou-se pelo provimento do recurso do embargado, prejudicado o apelo dos embargantes.

É o relatório, dispensada a revisão.

VOTO

O Sr. Ministro Sebastião Alves dos Reis (Relator): Insurgem-se ambas as partes contra o r. julgado recorrido; os embargantes, insistindo na alegação básica de iliquidez da dívida e impugnando a nulidade da dívida decretada; o embargante, vindicando incluía-se na condenação a parcela de despesas de viagem e auditoria.

No atinente ao primeiro item do apelo dos embargantes — restrições quanto à certeza, liquidez e exigibilidade exequendo — vê-se dos autos que a cobrança se funda em título extrajudicial, devidamente formalizado em instrumento público, revestido das formalidades legais intrínsecas e extrínsecas, conforme contrato de financiamento e escritura de subscrição de debêntures, trasladada às fls. 293 destes autos e referência circunstanciada constante do relatório; assim, o crédito exequendo oferece os requisitos de natureza substancial e adjetiva que autorizam a execução forçada.

Assinale-se que se cuida de executivo fiscal proposto na vigência do

estatuto processual revogado e com fulcro no Decreto-Lei nº 479/69 que equiparou o crédito em causa à dívida ativa da União Federal, estando a executividade do título respectivo reconhecida no atual Código de Processo Civil (art. 575, II e VII).

De outro lado, a utilização efetiva da quantia financiada e seu total recebimento pela embargante Dulcora são fatos certos, como deflui dos próprios embargos; certo, por igual, o quantum do financiamento, conforme fixado pelas partes no contrato, havendo a devedora pago, sem ressalvas, os juros e encargos até o terceiro trimestre de 1972.

Por outro lado, não lhe retira a liquidez a circunstância de estar o débito sujeito à atualização monetária, na forma da Lei nº 5.662, de 21-6-71, art. 7º, aplicável aos financiamentos concedidos pelo embargado, abrangente de juros e encargos; paralelamente, o saldo devedor é apurável mediante simples cálculo aritmético, compensadas as parcelas anteriormente pagas, e calculados os acessórios variáveis vencidos até o efetivo pagamento; além do principal, a embargante Dulcora obrigou-se a pagar, nas datas do vencimento, juros 6% ao ano, comissão de reserva de crédito de 1% ao ano, correção monetária pelos índices das ORTNs, consoante cláusulas 3ª §§ 6º e 7º e 4ª do contrato.

Os acessórios em apreço foram consensualmente pactuados e os valores respectivos resultam do próprio título que contém os elementos para o seu cálculo, independentemente de outras provas, critério aliás esposado nos artigos 202 do Código Tributário Nacional e 2º da Lei nº 6.830/80.

As ressalvas opostas quanto aos juros incluídos no certificado de fls. 128 e pagamentos anteriores não considerados não podem prevalecer; a primeira, porque confirmado o va-

lor respectivo pelo contador do Juízo (fls. 302) e, no relativo à segunda, visto como o embargado afirma haver considerado os pagamentos anteriores, não havendo os embargantes demonstrado o contrário.

No alusivo à multa contratual, a cláusula 2ª da escritura é expressa em estabelecer a aplicação da Parte II do Regulamento Geral de Operações do BNDE, aprovado pela Resolução 375/70 do Conselho de Administração (fls. 130/2), defluindo do seu art. 59 a sua adequação ao caso.

No concernente à fraude à execução decretada, com relação à renúncia dos direitos ao usufruto, — pelos fiadores embargantes, direitos objeto de penhora — o MM. Juiz a quo, ao decretar a nulidade da renúncia, fê-lo sob essas considerações (fls. 236):

«Quanto à fraude à execução, por parte dos fiadores da Dulcora, verifico que a empresa foi citada a 8-10-73 (fls. 116 verso dos autos da execução), enquanto que Ezio Eugênio Angelo Gardano foi citado em 19-10-73, sua mulher Rosa Anna Lucia Caloi Gardano em 27-9-73; Paulo Alfredo Henrique Gardano e sua mulher, Maria Gardano, em 22-10-73; Angelo Gardano em 27-9-73 e sua mulher, Esmeralda Zafiro Gardano, em 30-10-73, e Corina Silletto Gardano em 26-9-73 (fls. 217 e seguintes dos autos da execução).

Como esses embargantes houvessem doado seus bens imóveis, com reserva do usufruto, a parentes, inicialmente, o MM. Juiz Federal da 5ª Vara de São Paulo determinou que a penhora recaísse sobre as rendas provenientes dos usufrutos (fls. 208 daqueles autos). Só à fl. 215 deferiu a penhora ampla sobre os direitos dos usufrutuários. Como a penhora só foi efetuada muitos dias depois, nesse meio tempo os usufrutuários renunciaram aos seus direitos sobre o usu-

fruto, consolidando-se assim a totalidade do direito real em benefício dos nus proprietários. Essas escrituras encontram-se a fls. 117/127 destes autos e embora datem de alguns dias antes da penhora (fls. 221/225 dos autos da execução), não resta dúvida de que foram em fraude à execução, pois, os usufrutuários.

1º fiadores da Dulcora e, como tais, devedores solidários;

2º inicialmente doaram seus bens imóveis a parentes próximos com reserva, para eles, outorgantes, de usufruto, antes da execução;

3º citados na execução, renunciaram gratuitamente a esses direitos pouco antes da penhora, mas quando já haviam sido penhorados os bens da primeira executada.

Sobre o assunto, o BNDE, em sua impugnação aos embargos, desenvolve com brilho suas razões, cabendo apenas destacar que, nesse caso, a fraude à execução é presumida *juris et de jure*, face ao disposto no art. 593, II, do CPC. Se antes da citação pode-se-ia aventar a hipótese da fraude a credores, a fraude foi consumada contra a própria execução.

Por outro lado, os nus proprietários, em cujo benefício ocorreu a renúncia ao usufruto, não são partes nesta relação processual, pois são terceiros na execução».

Os dados temporais apontados na sentença estão confirmados pelos seguintes elementos extraídos dos autos, conforme se vê de fls. 269.

«1º em 18-9-73 foi ajuizada a execução (autos execução, fls. 2);

2º em 21-9-73 foi distribuída a precatória de citação e penhora no Juízo deprecado fls. 150, autos da execução;

3º de 26-9-73 a 22-10-73, foram citados os apelantes (autos execução; fls. 217/220);

4º em 7-6-74, o apelado requereu a penhora usufruto (autos execução fls. 173 a 177);

5º em 11-7-74, o Juiz deprecado deferiu a penhora ampla do usufruto (auto execução, fls. 215);

6º em 16-7-74, o mandado de citação e penhora foi desentranhado e entregue ao Oficial de Justiça (cit. autos execução, fls. 215);

7º em 9-8-74 e 12-8-74, os apelantes renunciaram ao usufruto, sendo os atos fraudulentos lavrados por escritura pública (autos dos embargos, fls. 117 a 127);

8º em 26-8-74, 40 dias após a entrega do mandado ao Oficial, é que foi efetuada a penhora (autos execução, fls. 221/225).»

Nesse contexto, resulta claro que, embora a doação aos filhos se insira no âmbito da fraude a credores, porque efetivada antes do ajuizamento, a renúncia dos direitos reservados de usufruto, ocorrida posteriormente, situa-se nos domínios da fraude à execução.

Na fiança estipulada na cláusula 13ª, os fiadores se apresentam como devedores solidários, renunciando os benefícios do art. 1.503 do Código Civil e 262 do Código Comercial (fls. 297v), descabendo, assim, invocar-se incúria do embargado em garantir-se suficientemente, em face da devedora financiada; a impenhorabilidade de bens, focalizada na apelação, não interfere com o usufruto renunciado.

Por tudo isso, estou em que, realmente, na hipótese, o ato de renúncia praticado pelos fiadores-embargantes, aliás, diretores da Dulcora, foi em fraude à execução, nos termos do item II do art. 593 do Código de Processo Civil.

Descabe, na espécie, a arguição de que a nulidade decretada reclamaria a citação dos donatários, beneficiários da renúncia de usufruto, pois quaisquer direitos que, no particular, lhes assistam, devem ser reclamados aos renunciantes, em ação própria, inoponíveis ao embargado.

Estamos diante de uma fraude presumida, por lei, *juris et jure*, que corporifica verdadeiro atentado contra o funcionamento da atividade jurisdicional, erigido como ilícito penal (art. 179 do C. Penal).

Frederico Marques, em suas «instituições de Dir. Proç. Civil, vol. V/448, traça magistralmente o perfil técnico-processual da fraude em causa.

«1.346 — Com a fraude contra credores não se confunde a fraude de execução. No primeiro caso, alienação é anulável, e, no segundo, ineficaz. A fraude pauliana exige o *consilium fraudis*, enquanto que na de execução a fraude está *in re ipsa*.

A fraude de execução constitui «verdadeiro atentado contra o eficaz desenvolvimento da função jurisdicional já em curso, porque lhe subtrai o objeto sobre o qual a execução deverá recair». Daí, a ineficácia da alienação de bens feita em fraude de execução: é que «a ordem jurídica não pode permitir que, enquanto pende o processo, o réu altere a sua posição patrimonial.

No caso de fraude contra credor, «a alienação prejudica o credor como particular, *uti singulus*; e, no caso de fraude à execução, o ato é praticado também em prejuízo da função jurisdicional, pois a alienação dificulta a ação do poder judiciário, que será inutilizada se não se voltar contra o terceiro adquirente.

Atentando contra o funcionamento da atividade jurisdicional do Es-

tado, a fraude de execução torna ineficaz a alienação de bens, tanto que ficam sujeitos aos atos coativos do processo executório, — como dispõe o art. 888, nº V. do Código de Processo Civil, — os bens alienados ou hipotecados em fraude de execução».

É por tudo isso que a nulidade decretada independe da audiência dos beneficiários da renúncia.

De outra parte, como se vê da própria terminologia adotada na lição transcrita de Frederico Marques e segundo se colhe, também, das anotações expressas de Pontes de Miranda (Com. IX/467) e Mendonça Lima (Com. Vol. VI, tomo II, pg. 511).

No referente ao apelo do embargante, estou com a sentença, pois as despesas de viagem e auditoria, embora clausuladas no contrato, no entanto dependem de prova específica não trazida aos autos com a Inicial insusceptível de cálculo contido no próprio título, mas reclamando prova aliunde, como se vê do ensinamento de Francisco Campos, transcrito às fls. 113; realce-se que o embargado-apelante chega a reconhecer que a apuração se fará posteriormente, o que é uma contradição, pois importa em admitir-se liquidação para parcela líquida e certa.

Finalmente, reduzo a verba honorária, referível aos embargantes, para 10%.

Dou provimento parcial ao apelo dos embargantes para reduzir o percentual da honorária e explicitar que a decretação se refere à ineficácia dos atos de renúncia de usufruto em face do embargado e não à nulidade respectiva; nego provimento ao recurso do embargado.

EXTRATO DA ATA

AC 57.175 — SP — Rel.: Min. Sebastião Alves dos Reis. Aptes.: Chocolate Dulcora S.A. e outros e BNDE

— Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico — Apdos.: Os mesmos.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento, em parte, ao apelo dos embargantes, nos termos

do voto do Relator e negou provimento ao recurso do embargado.

(5ª Turma — Julgado em 15-3-82).

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

APELAÇÃO CÍVEL Nº 58.995 — PB

Relator: O Sr. Ministro Américo Luz

Apelante: Guilherme Campelo Rabay

Apelada: União Federal

EMENTA

Execução fiscal. Imposto de renda do exercício de 1972. Rendimentos auferidos no exterior.

O Decreto nº 76.186/75 não se aplica retroativamente para beneficiar o executado.

Preliminar de nulidade do procedimento administrativo repelida, em face do que consta dos autos.

Ação incidental improcedente.

Apelação improvida.

ACÓRDÃO

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

Decide a Sexta 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, 1 de março de 1982 (data do julgamento) — Min. José Fernandes Dantas, Presidente — Min. Américo Luz, Relator.

RELATÓRIO

O Senhor Ministro Américo Luz: A sentença de fls. 69-71, exarada pelo MM. Juiz Federal, Sr. Ridalvo Costa, da Seção Judiciária da Paraíba,

resume a espécie, in verbis (fls. 69-71):

«Guilherme Campelo Rabay, brasileiro, residente e domiciliado nesta Capital, opôs embargos à execução promovida pela Fazenda Nacional para cobrança de débito de imposto de renda do exercício de 1972.

Sustenta, em preliminar, a nulidade do procedimento administrativo, por falta de notificação do executado para apresentação de defesa, o que invalidaria também a execução.

No mérito, alega a improcedência do débito, por força do disposto no art. 23, do Dec. 76.186, de 2-9-75, que determina a classificação dos rendimentos recebidos do exterior, da mesma forma que os rendimentos recebidos no País devendo, pois retroagir, desde que beneficia o

embargante. Anexou cópia do julgamento do «Conselho de Contribuinte», fls. 2-10.

A embargada ofereceu impugnação, dizendo que o embargante foi notificado na fase administrativa e, no mérito, não ter aplicação, no caso, a decisão invocada, por referir-se a Imposto de Renda de 1974, enquanto o débito é de 1972.»

Após fundamentação, S. Exa. assim concluiu (fls. 71):

«Julgo improcedente os embargos e condeno o embargante ao pagamento de 10% de honorários, devendo prosseguir a execução.»

Inconformado, apelou o embargante, com as razões de fls. 74-77.

Contra-razões às fls. 79-80.

Nesta instância manifestou-se a douta Subprocuradoria-Geral da República, opinando pelo desprovimento do recurso.

Pauta, sem revisão.

Ê o relatório.

VOTO

O Senhor Ministro Américo Luz (Relator): Reporto-me aos fundamentos aduzidos pelo ilustre julgador de primeira instância (fls. 70-71), que leio:

«Improcede a preliminar de nulidade. Para o endereço do contribuinte foi remetida a notificação do procedimento fiscal e ali recebida. Não exige a Lei que a notificação seja recebida pelo próprio contribuinte ou por preposto devidamente credenciado — fls. 62.

A presunção é que a correspondência recebida no endereço certo, tenha chegado às mãos do destinatário. O contrário necessita ser provado.

A matéria alegada nos embargos, também quanto ao mérito, não resultou comprovada.

O embargante, na inicial, refere-se a rendimento recebido do exterior, antes da vigência do Dec. 76.186, de 2-9-75, mas à fl. 67, deriva para o problema de aquisição de ações de empresa considerada prioritária para o desenvolvimento do Nordeste.

Mas, sobre suas alegações não produziu provas convincentes. Aliás, nem chegou a requerê-las.

A presunção do débito, regularmente inscrito, manteve-se inalterada, como é tranquilo na jurisprudência.

«Executivo Fiscal — Onus da Prova — ao sujeito passivo de crédito tributário, traduzida em certidão de dívida regularmente inscrita, incumbe carrear para os autos a prova inequívoca, capaz de ilidir-lhe a presunção de certeza e liquidez, de que é servida — CTN, Artigo 204, parágrafo único. Rel.: Min. Moacir Caetano — AP 32.909 — In DJ 28-8-72 — pág. 5.544»;

«Executivo fiscal para cobrança de dívida proveniente de imposto de renda, multa e acréscimos legais. Sua procedência. A Certidão de dívida está revestida de suas formalidades legais e cercada de presunção de liquidez e certeza, que não foi abalada pela executada — In DJ 18-8-69, pág. 3.561».

Não logrou o apelante em suas razões demonstrar o alegado desacerto da decisão recorrida, a qual confirmo nesta oportunidade.

Nego provimento à apelação.

EXTRATO DA MINUTA

AC 58.995-PB Rel.: Exmo. Sr. Min. Américo Luz. Apte.: Guilherme Campelo Rabay. Apda.: União Federal.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação. (Em 1-3-82).

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Mins. José Dantas e Wilson Gonçalves, Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Min. José Fernandes Dantas.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 60.110 — SP

Relator: O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro

Remetente: Juiz Federal da 3ª Vara

Apelante: União Federal

Apelados: Tacla Jóias Ltda. e outros

EMENTA

Tributário. Pena de perdimento. Reflexos do julgamento absolutório do crime de descaminho na ação anulatória de decisões administrativas, no sentido da aplicação daquela pena.

I — Em tema de infração à lei fiscal e à lei penal, a regra é a incomunicabilidade entre as instâncias criminal e administrativa. No entanto, em dois casos é possível a comunicabilidade entre aquelas instâncias: absolvição criminal pela inexistência do fato delituoso e exclusão da autoria na pessoa do acusado (Código Civil, artigo 1.525). Na espécie, tendo o Juízo criminal afastado a ocorrência dos fatos tipificadores de descaminho, impossível se tornou admitir a configuração do ilícito fiscal ensejador da aplicação da pena de perdimento, prevista no art. 105, inciso X, do Decreto-Lei número 37/66.

II — Apelação desprovida. Remessa Oficial julgada prejudicada.

ACÓRDÃO

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

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

Custas como de lei.

Brasília, 10 de março de 1982 (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. 1.116-1.119):

«1. Tacla Jóias, a firma individual A. Tacla, e Antônio Tacla, qualificados no instrumento de mandado adiante anexado (fls.), em regime de litisconsórcio

ativo, propuseram contra a União Federal, com base nos artigos 88 e 291 e segs. do Código de Processo Civil pretérito, e § 4º do art. 153 da Constituição Federal, — Ação Ordinária Anulatória das decisões proferidas pelo Conselho de Contribuintes, antigo Conselho Superior de Tarifas, relativamente aos Processos nºs 81.580, 81.581, 81.583, 81.584, 81.585, 81.586, objetos das intimações subscritas pelas Inspetoria Regional de Pinheiros/Delegacia da Receita Federal de São Paulo, visando à sustação do leilão de mercadorias apreendidas, como medida cautelar *ex officio*, bem como à liberação imediata das mercadorias apreendidas; nacionais, ilegalmente retidas pela administração fiscal, requisitando-se os processos administrativos, tudo para o fim de, afinal, ser julgada procedente a ação, com a declaração da legalidade das importações realizadas, com a condenação em custas, honorários, e demais cominações legais.

Em suma, trata-se de ação que objetiva anular decisões que julgarem aptas as apreensões das mercadorias constantes dos processos administrativos instaurados, do antigo Senafra, em outubro de 1969. Os autores desenvolvem os fundamentos jurídicos do pedido, em longa peça de 41 laudas, fazendo um breve histórico dos processos fiscais promovidos contra os suplicantes, examinando aspectos relativos à fiscalização conjunta do DRI e do Senafra, expendendo digressões em torno do instituto da coisa julgada no direito tributário; discorrendo, no tocante à nulidade das apreensões efetivadas (compreendendo a apreensão, em conjunto, de jóias nacionais e nacionalizadas, entregues para conserto, e em consignação, bem como estrangeiras), — cumprindo à fiscalização o exame prévio das mercado-

rias, para a separação das alienígenas, tendo-se em conta que a apreensão se deu fora da zona fiscal primária. Vários processos sobre os mesmos fatos e a nulidade de mercadorias apreendidas, não constantes dos termos de apreensão e reconhecimento da apreensão de mercadorias nacionais; discorrendo sobre a liberação das mercadorias nacionais, também a nível de nulidade, e finalmente esvurmando a prova documental completa da legalidade e boa origem de todas as mercadorias apontadas pelo Superintendente, desde o início de suas atividades comerciais. Como resultante do exposto na inicial, os autores, em síntese, concluem que: a) — a documentação anexada é perfeitamente hábil para justificar as importações realizadas, ou a anexação de mercadorias estrangeiras, realizadas, no mercado nacional, b) — a realização do leilão das mercadorias apreendidas implicará em cerceamento total da defesa, pela impossibilidade de ser demonstrado que a quase totalidade das mercadorias apreendidas é nacional; c) — a administração fiscal retém mercadorias nacionais de propriedade dos autores, o que colide com a Súmula 323 do STF; d) — o exame minucioso dos documentos apresentados, em perícia contábil e genealógica deixará estreme de dúvidas os atos de comércio, e) — o 4º Conselho de Contribuintes não examinou a documentação oferecida nos recursos formulados, e por isso não houve julgamento justo.

2. A citação foi determinada, como de lei. Os autores, oportunamente, em petição detalhada (cf. fls. 868.871) pleitearam o comparecimento do Oficial de Justiça para acompanhar as diligências, lavrando um auto de constatação e verificação das mercadorias apreendi-

das, requereram, ainda, a indicação precisa quanto a detalhes referentes às mercadorias apreendidas, como, p. ex., datas, termos, nomes, categorias, etc. Laudo de constatação e verificação, a fls. 872/878.

Em prosseguimento, o douto Procurador da República peticiona (fls. 879), requerendo a página de distribuição da 6ª Vara Federal para esta 3ª Vara, anotando que, produzida a apreensão de mercadorias, originou-se o processo-crime nº 66/72, sendo réu Antônio Tacla —, com base legal no art. 61 da Lei nº 5.010/66 e no Provimento nº 30, do egrégio Conselho da Justiça Federal. A pretensão da Procuradoria da República foi deferida (fls. 880). Voltam para os autos os autores (fls.), questionando a remessa do processo à 3ª Vara Criminal, concluindo com o pedido de reconsideração do despacho: este foi mantido (fls. 887).

3. Encaminhado o processo à Procuradoria (fls. 887 vº), a União Federal tempestivamente ofereceu a contestação de fls. Alegou, preliminarmente, que, sendo o Juiz da 6ª Vara Federal incompetente para apreciar e julgar a presente lide relativa à apreensão de mercadorias estrangeiras, de consequência a citação é nula: em razão do que requer a restituição do prazo, para o efeito de contestar. No mérito, em síntese, assegura que os fatos narrados pelos autores não correspondem à realidade, reconhecendo que os produtos estavam sujeitos à apreensão pelo Senafra que agiu dentro de sua esfera de ação, conforme entendimento próprio do TFR; após desenvolver, em longa exposição, os seus fundamentos jurídicos de pedir, requer a improcedência da ação, juntando fartas informações prestadas pela Delegacia da Receita Federal (fls. 904 **usque** 930), procurando demons-

trar que a petição inicial contém sofismas, por não ter sido produzida qualquer prova suficiente e hábil quanto à boa origem daquelas mercadorias apreendidas pelo Senafra.

Os autores replicaram (cf. fls. 981/983). Nova petição, dos autores, a fls. 987/988, pleiteando requisições de processos e de 4ª Via das notas de importação; além de juntadas de documentos, petição da Procuradoria da República (fls. 1.045), comunicando que o TFR negou provimento ao agravo de instrumento interposto pelos autores, no sentido de que à Vara especializada em matéria criminal compete julgar qualquer ação cível e incidente sobre mercadorias entradas e saídas irregularmente do País. Os autos de agravo de instrumento foram apensados aos da Ação. Retornam os autores aos autos (fls. 1.051/1.053), requerendo a juntada de novos documentos. O processo foi saneado (fls. 1.067/1.068), considerando as partes legítimas e legalmente representadas, reconhecendo a competência definitiva da 3ª Vara, deferindo as provas pelas quais houve protesto. Tendo havido deferimento da perícia contábil, as partes, em tempo, ofereceram quesitos. A fls. 1.097, o MM. Juiz, Laurindo Minhoto Neto, atendendo às circunstâncias, segundo as quais os fatos versados na inicial são os mesmos de que se trata no processo-crime nº 66/72, decidiu pelo seu impedimento quanto ao prosseguimento do feito, em razão, especialmente, do fato de haver absolvido o réu Antônio Tacla, responsável pela firma autora reconhecendo a inexistência do ilícito penal, ou seja, a ausência de descaminho. Mais adiante, os autores (fls. 1.099) juntam sentença, comprovando a integral absolvição do réu. A audiência de instrução e julgamento foi

adiada (fls. 1.092). Finalmente, o Procurador da República (fls. 1.115) requereu a suspensão do feito, até o trânsito em julgado da ação criminal com base no parágrafo único do artigo 64 do Código de Processo Penal, em linha de analogia.

Considerando o processo apto para sentenciar, determinei fossem os autos conclusos».

Apreciando a controvérsia, o Dr. Hélio Kerr Nogueira, MM. Juiz Federal em São Paulo, após repelir a preliminar de incompetência da 3ª Vara Federal para julgar o feito e indeferir o pedido do Ministério Público Federal de suspensão deste processo até o trânsito em julgado da ação criminal, considerou-se apto a julgar antecipadamente a lide, por entender desnecessária a produção de provas em audiência, por serem suficientes as já carreadas para os autos. E, assim procedendo, acolheu a ação, nos termos da inicial. Eis a parte dispositiva da sentença (fls. 1.125-1.126):

«Nestas condições, em face de tudo quanto explicitado neste decisório, e do mais que consta dos autos julgo procedente a ação ordinária proposta, tudo nos termos do petitório inicial; ou, mais precisamente, para decretar a nulidade dos processos administrativos nela referidos, com repercussão na apreensão das mercadorias, declarando para todos os efeitos a legalidade das importações realizadas e determinando a oportuna liberação das mercadorias apreendidas (condicionada ao duplo grau de jurisdição); condenando, ainda, a União Federal ao pagamento dos honorários na ordem de 20% (vinte por cento) sobre o valor dado à causa, e consectâneos de direito.

Recorro de ofício ao Egrégio Tribunal Federal de Recursos, à vista do que dispõe o inciso II do artigo

475 do Código de Processo Civil, subindo os autos, com as cautelas legais.

Sem custas.

P. R. I. O.»

Apelou a União Federal (fls. 1.127-1.128). A título de preliminar, pede o sobrestamento do julgamento desta apelação, até o trânsito em julgado da decisão proferida no processo por descaminho movido contra Antonio Tacla, e se insurge contra o julgamento antecipado da lide; no mérito, diz que a sentença carece de segurança e certeza, desde que não se funda «em nenhuma prova concreta nos autos, mesmo porque o Juiz vedou a realização da prova efetiva: a perícia».

Contra-arrazoado o recurso (fls. 1.131-1.135), subiram os autos e, neste Tribunal, a douta Subprocuradoria-Geral da República, em parecer do Dr. Haroldo Ferraz da Nóbrega aprovado pelo Dr. José Arnaldo Gonçalves de Oliveira, ilustre Subprocurador-Geral da República, após, em preliminar, pedir a anulação do feito, a partir de fls. 1.115, inclusive, ocasião em que foi proferido despacho, anunciando a prolação da sentença, em desobediência ao saneador já transitado em julgado, manifestou-se, no mérito, pelo provimento dos recursos oficial e da União, com a consequente improcedência da ação (fls. 1.156-1.162).

Aduzo, ainda, que veio para o processo, por diligência do nobre causidico da apelada, a íntegra das notas taquigráficas, relativas à Apelação Criminal nº 3.874-SP, concernente à ação criminal proposta pelo Ministério Público Federal contra Antônio Tacla, tendo a Secretaria certificado, por minha determinação, o trânsito em julgado do acórdão então proferido pela antiga Terceira Turma, do qual foi Relator o eminente Ministro Armando Rollem-

berg (fls. 1.143 e 1.154, 1.168v e 1.169).

Redistribuídos, os autos vieram-me conclusos para julgamento em 12-12-81.

Dispensada a revisão.

É o relatório.

VOTO

I

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro (Relator): Duas são as questões a serem solucionadas nesta apelação: uma, preliminar, consistente na declaração de nulidade do processo, por cerceamento de defesa, em razão de ter o magistrado a quo proferido julgamento antecipado da lide, embora, antes, tenha prolatado saneador, com trânsito em julgado, admitindo a produção de provas e designando data para a realização da audiência de instrução e julgamento (fls. 1.067 — 1.115), e a outra, de mérito, consistente em apreciar a procedência ou improcedência da ação. De assinalar que a preliminar de sobrestamento do feito, até o trânsito em julgado da sentença criminal, já foi, implicitamente, atendida, segundo se depreende do relatório.

II

No tocante à nulidade do feito, afigura-se-me que, na verdade, ocorreu cerceamento de defesa. Com efeito, não podia o magistrado de primeiro grau, após saneador transitado em julgado, com designação da data da audiência de instrução e julgamento, inclusive admitindo as provas a serem nela produzidas, mudar, repentinamente, o curso do processo e julgá-lo antecipadamente. Tanto mais que as partes já haviam indicado perito (fls. 1.074 e 1.084) e formulado quesitos, a serem por ele respondidos (fls. 1.079-1.083 e fls. 1.088),

tendo a autora, inclusive, apresentado rol de testemunhas, a serem inquiridas (fls. 1.091).

Deixo, porém, de proclamá-la, pois, a esta altura, nenhuma prova que viesse a ser produzida, a justificar a realização de audiência, inclusive testemunhas e perícia, teria o condão de ensejar outra decisão de mérito que não a que, ora, passo a proferir. Daí porque, inútil seria decretar a pretendida nulidade. Senão vejamos.

Em tema de infração à lei fiscal e à lei penal, a regra é a incomunicabilidade entre as instâncias criminal e administrativa. No entanto, em dois casos é possível a comunicabilidade entre aquelas instâncias, segundo se depreende o art. 1.525 do Código Civil: absolvição criminal pela inexistência do fato delituoso e exclusão da autoria na pessoa do acusado. Eis os seus termos:

«A responsabilidade civil é independente da criminal; não se poderá, porém, questionar mais sobre a existência do fato, ou quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no crime».

Na espécie, o acórdão proferido pela antiga 3ª Turma, na Apelação Criminal nº 3.874-SP, com trânsito em julgado, confirmou a sentença absolutória de Antônio Tacla, que fora denunciado pela prática do crime de descaminho, afastando, em concreto, expressamente, a existência do fato tipificador daquele delito. Esta é a ementa que encima aquele aresto (fls. 1.153):

«Descaminho. Apreensão de mercadorias estrangeiras expostas à venda — Constatada, através de exame pericial, a existência de irregularidade apenas em relação a quantidade inexpressiva do total de unidades examinadas, tal falta, porque insignificante, não justifica a reforma de sentença que teve como não caracterizado o delito defi-

nido no art. 334, § 1º, letra d, do Código Penal».

O voto do ilustre Relator daquele feito criminal, Ministro Armando Rollemberg, acompanhado pelo de lavra do eminente Revisor, Ministro Aldir G. Passarinho (fls. 1.150), assim elucidou a questão (fls. 1.148-1.149):

«A ação penal intentada contra o recorrido resultou de fiscalização levada a efeito pelo Senafra em 1968, quando foi realizada a apreensão de grande quantidade de mercadorias, apreensão que julgada procedente pelo Chefe do Serviço de Tributação em São Paulo (fls. 125/127), foi anulada pelo Conselho Superior de Tarifas (fls. 219), mas, depois, considerada correta pelo 4º Conselho de Contribuintes (fls. 207/208).

Lastreada que era no fato de haverem sido apreendidas em empresas pelas quais era responsável o acusado, pediu a defesa a realização de perícia, solicitada pelo MM. Juiz ao Delegado da Polícia Federal e efetivada por peritos do Serviço de Criminalística da mesma Polícia em São Paulo, os quais assim concluíram o laudo apresentado ao final do exame:

«Do exame e em face do que já foi anteriormente exposto, conclui a perícia que:

a) as mercadorias estrangeiras (pérolas e relógios importados diretamente) deram entrada no país com o revestimento de todas as formalidades legais;

b) as adquiridas no mercado interno se fizeram acompanhar de documentos fiscais expedidos pelos respectivos vendedores;

c) as nacionais foram fabricadas nas oficinas das duas firmas indiciadas com matéria-prima nacional adquirida também no comércio especializado local e

pedras importadas com obediência às regras aduaneiras».

Partindo dessa resposta o MM. Juiz concluiu pela absolvição, conclusão que é atacada ao fundamento de que não se tratava de técnicos aptos ao exame da escrita das empresas de terem incorrido em contradição em algumas respostas, e, finalmente, que, de qualquer sorte, fora reconhecida a inexistência de documentação relativa a 71 pérolas (fls. 955).

Das afirmações contrárias à aceitação do laudo pelo MM. Juiz como ponto central da sentença, somente esta última tem peso real, pois o que importa não é a existência de aparente contradição no documento firmado pelos peritos e sim a sua conclusão, somente afastável por demonstração de falha capaz de torná-lo inaceitável. Ao registrar que não haviam sido encontrados documentos relativos a 71 pérolas, tiveram os peritos (fls. 955) o cuidado de lembrar que essa falta ocorrera num total de 147.648 unidades, fato tido pela sentença como passível de afastamento de aplicação de penalidade tal a sua inexpressividade relativa.

Tenho como correta essa interpretação, e considerando ter sido esse o único ponto onde ficara o acusado a descoberto, confirmo a sentença absolutória, por considerar tal falta insignificante, frente à quantidade de mercadorias examinadas, e, conseqüentemente, não bastante para proferir-se sentença condenatória.

Nego provimento à apelação».

Ora, no caso, os fatos em que se fundaram os atos administrativos anulados, isto é, as decisões proferidas pelo 4º Conselho de Contribuintes (antes Conselho Superior de Tarifas), reconhecendo a ocorrência de infração fiscal, são os mesmos tipificadores do crime de descaminho.

Com efeito, as mercadorias estrangeiras foram apreendidas, ao argumento de estarem desacompanhadas dos documentos comprobatórios da legalidade da sua importação, o que configura o ilícito fiscal punido com a pena de perdimento, prevista no art. 105, inciso X, do Decreto-Lei nº 37/66 (fls. 52 a 75).

Assim, negada, peremptoriamente, pelo Juízo Criminal, em decisão definitiva, a ocorrência dos fatos consubstanciadores daquele ilícito fiscal, nada mais resta nesta instância civil senão acatar aquele entendimento. É o que faço. Confirmo, por tais fundamentos, a sentença. Nego provimento à apelação e julgo prejudicada a remessa oficial.

EXTRATO DA MINUTA

AC 60.110 — SP — Relator: Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Remetente Ex Offício: Juiz Federal da 3ª Vara. Apelante: União Federal. Apelados: Tacla Jóias Ltda. e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação e julgou prejudicada a remessa oficial (Em 10-3-82 — 4ª Turma).

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

APELAÇÃO CÍVEL Nº 62.163 — RS

Relator: O Sr. Ministro Carlos Madeira

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

Apelada: Maria Rodrigues de Campos

EMENTA

Mandado de Segurança. Execução. A decisão puramente mandamental não carece da execução provisória na forma prevista no artigo 588 do Código de Processo Civil. Há que conciliar os termos do parágrafo único do artigo 12 da Lei 1.533, de 1951 (redação atual), com o disposto no artigo 13 da mesma Lei e a própria natureza do «writ». O que se executa na forma apontada, é a parte eventualmente condenatória da sentença.

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 parcial provimento à apelação, nos termos do voto do Ministro-Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 11 de novembro de 1980 (data do julgamento). Ministro Carlos Madeira, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Carlos Madeira (Relator): Concedido mandado de segurança em favor de segurada da Previdência Social, a fim de remo-

ver obstáculo oposto pelo Instituto Nacional de Previdência Social à concessão do benefício de auxílio-doença, apelou a autarquia e o juiz fez extrair carta de sentença, para que fosse instaurada execução provisória. Citado para a execução, opôs embargos o Instituto Nacional de Previdência Social, à alegação de que auxílio-doença, despesas judiciais e honorários advocatícios são quantias certas, e sua execução provisória depende de caução, que a exequente não prestou.

O Juiz de Direito de Vacaria, Rio Grande do Sul, rejeitou liminarmente os embargos, ao fundamento de que, no caso, não se trata de execução por quantia certa, mas de execução de decisão mandamental que constituiu direito violado.

Apelou o Instituto Nacional de Previdência Social, trazendo suplementos doutrinários em apoio à tese de que, no caso, a execução é por quantia certa.

Contra-arrazoou a autora exequente e a Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pelo prosseguimento do feito.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Madeira (Relator): A introdução de eficácia condenatória na sentença em mandado de segurança, tal como o fez o § 3º do art. 1º da Lei 5.201, de 1966, tem dado margem a certa desfiguração do remédio, na sua natureza eminentemente mandamental. E a redação dada ao parágrafo único do art. 12 da Lei 1.533/51, prevendo a execução provisória da sentença concessiva do «writ», conduz os intérpretes à remissão aos artigos 588 e 589 do CPC, introduzindo novos elementos perturbadores daquela natureza.

A meu ver, porém, razão cabe a Hely Lopes Meireles, quando que:

«A execução provisória foi estendida à sentença concessiva da segurança pela Lei 6.971, de 3-7-74, mas daí não se conclua que essa provisoriedade exija a caução e a carta de sentença referidas no art. 588 do Código de Processo Civil. E assim já se decidiu (TJRJ 519/226). Pois se a liminar é executada independentemente desses requisitos, ilógico seria exigí-los para execução da decisão de mérito, ainda que sujeita a recurso.

O mandado de segurança — prossegue o festejado jurista — tem rito próprio e suas decisões são sempre de natureza mandamental que repele o efeito suspensivo e protelatório de qualquer dos seus recursos. Assim sendo, cumprem-se imediatamente tanto a liminar como a sentença concessiva da segurança, diante da só notificação do juiz prolator da decisão, independentemente de caução ou de carta de sentença, ainda que haja apelação ou recurso extraordinário pendente. A provisoriedade da sentença não transitada em julgado só se manifesta nos aspectos que não tolgem a ordem contida na notificação do julgado. Sem esta presteza na execução, ficaria invalidada a garantia constitucional da segurança. Além disso, é de se recordar que, para a suspensão dos efeitos da sentença concessiva da segurança, há recurso específico ao Presidente do Tribunal (Lei 1.533/51, art. 13), o que está a indicar que essa suspensão não pode ser obtida por via de apelação ou de qualquer outro recurso genérico.» (Mandado de Segurança e Ação Popular, 7ª Edição, pág. 57)

Como se vê, a execução provisória de que fala o art. 12 da Lei 1.533/51, na redação atual, há de ser havida em termos. Não é a execução provisória do art. 588 do CPC, a menos

que haja parte condenatória na sentença. Mas o núcleo da decisão, de eficácia mandamental, é executável por notificação do juiz a autoridade impetrada. Se esse núcleo consiste em ordem de remoção de obstáculos à concessão do auxílio-doença,¹ não há confundi-lo com condenação à reparação de danos patrimoniais. O que a segurança visa é o ato da autoridade, violador do direito.

No caso, o apelante confunde a eficácia mandamental do «writ» com a condenação. Não estando nos autos cópia da sentença, não é possível ajuizar a sua extensão. Mas pelo menos no que ela contém de ordem, de mandamento, não é necessário o processo de execução para ser cumprida.

Tem razão, porém, a apelante, no que concerne a custas e honorários. Essa parte da sentença é de eficácia condenatória. Se a execução provisó-

ria abrange essa parte, segue-se o rito do art. 588 do CPC.

Com essas razões, dou provimento em parte à apelação, para que a exequente preste caução correspondente às custas e honorários.

EXTRATO DA MINUTA

AC 62.163-RS — Rel.: Ministro Carlos Madeira. Apte.: Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social — IAPAS Apda.: Maria Rodrigues de Campos.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu parcial provimento à apelação, nos termos do voto do Ministro-Relator. (Em 11-11-80 — 3ª Turmas).

Os Srs. Ministros Torreão Braz e Ademar Raymundo votaram de acordo com o Sr. Ministro-Relator. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro Carlos Madeira.

EMBARGOS INFRINGENTES NA APELAÇÃO CÍVEL Nº 62.639 — MG

Relator: O Sr. Ministro Pedro da Rocha Acioli

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

Embargados: Irmãos Álvares Guimarães Ltda.

EMENTA

Tributário. Contribuições previdenciárias. FGTS. Prescrição.

O crédito previdenciário é de natureza tributária, sujeito, portanto, até a vigência do art. 2º, § 9º, da Lei 6.830/80, ao prazo prescricional de cinco (5) anos, previsto no art. 174 do Código Tributário Nacional.

A esse regime se submetem as contribuições para o FGTS. Ademais, vale salientar que as importâncias recolhidas para o FGTS, por força de execução judicial, não se destinam a substituir ou garantir a indenização por tempo de serviço dos empregados. A relação jurídica entre o empregador e a Previdência Social é eminentemente de natureza tributária, mercê da legislação pertinente.

ACÓRDÃO

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

Decide a 2ª 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, 27 de outubro de 1981 (data do julgamento) Ministro Washington Bolívar de Brito, Presidente — Ministro Pedro da Rocha Acioli, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Pedro da Rocha Acioli: Apreciando apelação de sentença que dera pela prescrição quinquenária da ação de cobrança das contribuições devidas à Previdência, a 6ª Turma manteve em parte a decisão recorrida, pelo voto condutor do Ministro Wilson Gonçalves — que deu parcial provimento ao recurso a fim de excluir-se as prestações atingidas pela prescrição com a adesão do Ministro Miguel Ferrante.

A dívida foi constituída, sem defesa da devedora, por via de duas notificações: uma sucedida em outubro de 1970, relativa a um período, e a segunda sucedida em outubro de 1973, correspondente a outro período. A execução, que diz respeito a contribuições para o FGTS e abrange duas NDFG's, foi ajuizada em 19 de maio de 1977, isto é, após o decurso do prazo de cinco anos, em relação à constituição do primeiro período, porém dentro desse prazo relativamente à constituição do segundo período do débito.

O Relator, Ministro José Dantas, ficou vencido, como em ocasiões anteriores, permanecendo no seu entendimento de «que as normas da prescrição tributária não interferem

com a prescrição trintenária estabelecida por lei para as contribuições previdenciárias, mormente a se cuidar da peculiaríssima qualificação dos débitos para com o FGTS». (f. 587).

Em face da divergência, o IAPAS opôs, em tempo, os presentes embargos infringentes, sustentando que a prescrição da cobrança das referidas contribuições tem a regência própria — o art. 144 da Lei 3.807/60 — trazendo aos autos decisões desta Corte em seu favor, com o que requereu a predominância do voto vencido.

Os embargos, admitidos, não foram contrariados, tendo a douta SGR opinado pelo seu provimento.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Pedro da Rocha Acioli (Relator): O acórdão embargado deu pela procedência, em parte, da apelação. Entendeu-se que havia consumado o prazo prescricional da execução, relativamente à notificação mais antiga, reconhecendo-se, entretanto, condições de exigibilidade das contribuições relativas à segunda notificação porque, quanto a esta, não havia decorrido cinco anos entre a constituição e o aforamento da execução.

Estendeu-se, como é de ver, a tese da prescrição quinquenária à cobrança das contribuições devidas ao FGTS, cuja cobrança está a cargo da Previdência Social.

Conforme meus reiterados pronunciamentos, a cobrança das contribuições previdenciárias sujeitam-se à prescrição quinquenária do art. 174 do CTN, emprestando a ditas contribuições a natureza tributária. É o que defendi nos embargos na AC 44.174 — SP — DJ. 3-9-81., cujo voto anexo, por cópia, para efeito de fundamentação.

„ Não vejo dificuldade de estender-se a mesma tese às contribuições para o FGTS. A propósito, transcrevo parte do trabalho que acompanha o meu voto já referido:

«Os depósitos para o FGTS constituem tributo; em consequência, as conclusões sobre prescrição e decadência das contribuições previdenciárias e lançamento também se lhes aplicam. Não colhe o pretexto de que o FGTS visa garantir ou substituir a indenização por tempo de serviço dos empregados. Essa finalidade social não desconhecemos, mas isso não tem o condão de afastar a natureza de exação tributária. Mesmo que tivesse *ad argumentandum*, vale frisar que as importâncias judicialmente cobradas pela Previdência Social são diretamente depositadas no FGTS sem individualização. Após o recolhimento, as empresas têm por satisfeita a sua obrigação e não lhes interessa encaminhar informações sobre a remuneração paga a cada empregado, necessárias à individualização dos depósitos efetuados judicialmente. A administração do BNH não nega esse fato. A fiscalização a cargo da Previdência Social também não faz o necessário levantamento dos salários pagos aos respectivos empregados. Assim, afirmamos que as importâncias recolhidas para o FGTS por força de execução judicial, não têm de fato (talvez jurídica), a destinação de substituir ou garantir a indenização por tempo de serviço dos empregados. Tal circunstância, embora sem força para caracterizar a natureza tributária dos depósitos para o FGTS — repito —, desmerece a tese que ressalta o elemento finalidade para negar essa natureza jurídica aos mencionados «depósitos» para o FGTS».

Assim, reafirmando a minha posição, rejêito os embargos.

É o voto.

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Armando Rollemberg: Sr. Presidente, recebo os embargos, na forma do voto reiteradamente proferidos nesta Seção, que farei juntar por cópia.

VOTO

O Sr. Ministro Armando Rollemberg: Reza o artigo 475, III do Código de Processo Civil:

«Art. 475 — Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo Tribunal, a sentença:

.....
III — que julgar improcedente a execução de dívida ativa da Fazenda Pública».

Como se vê, previu o legislador em tal disposição uma condição para que as sentenças contrárias à Fazenda Pública, proferidas em execução de dívida ativa, produzam efeito, condição que foi estabelecida em favor da União, Estados, Municípios e Territórios, pois visa resguardar os interesses respectivos.

Considerando a conveniência de descongestionar os serviços da Justiça Federal, tornando mais expedita a prestação jurisdicional, fato com o qual se beneficiará, pois dele decorrerá possibilidade de decisão mais rápida de causas de grande valor e de seu interesse, a União, pela Lei nº 6.825, de 22 de setembro de 1980, art. 1º, abriu mão da condição referida em relação às sentenças que houverem decidido causas de valor inferiores a cem Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional, valor que, atendendo à finalidade da norma, há de ser aferido, considerando a data da lei em que está inserida.

Argumenta-se contra tal entendimento que a regra do artigo 475 do

C.P.C. prevê realmente recurso, do que decorreria, face à aplicação do artigo 1º da Lei nº 6.825, de 1980; a necessidade de que, ao ser a execução ajuizada, já se referisse a débito de valor inferior ao limite que estabeleceu, argumento inaceitável, data venia, porque, se de recurso se tratasse, sendo ele conseqüente de mandamento legal e não de manifestação de vontade, a lei que o retirou, elaborada que foi pelos poderes componentes, importaria em renúncia ao mesmo recurso.

Por assim considerar, nego provimento ao agravo.

EXTRATO DA MINUTA

EAC 62.639 — MG — Relator: Sr. Ministro Pedro da Rocha Acioli. Em-

bargante: Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social — IAPAS. Embargados: Irmãos Álvares Guimarães Ltda.

Decisão: Por maioria, rejeitaram-se os embargos, vencidos os Srs. Ministros Armando Rollemberg, Moacir Catunda, José Dantas, Justino Ribeiro e Romildo Bueno de Souza. (Em 27-10-81 — 2ª Seção).

Os Srs. Ministros Antônio de Pádua Ribeiro, Carlos Mário Velloso, Wilson Gonçalves, Sebastião Alves dos Reis e Miguel Ferrante votaram com o Relator. Ausente, por motivo justificado, o Sr. Ministro Américo Luz. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro Washington Bolívar de Brito.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 64.891 — BA

Relator: O Sr. Ministro José Cândido

Remetente: Juízo Federal da 3ª Vara

Apelante: União Federal

Apelado: Antônio Eduardo dos Santos

EMENTA

Militar desincorporado do serviço ativo da marinha por invalidez definitiva. Diagnóstico: Epilepsia sem alienação mental. Perícia médico-judicial contrária. Reincorporação.

O postulante foi considerado, em 1975, através de inspeção de saúde, incapaz definitivamente para o serviço ativo da Marinha, em razão do seu estado epilético, embora sem alienação mental. Em 1978, após perícia médica procedida em juízo, os psiquiatras, ambos de grande conceito profissional, contraditaram o exame anterior e concluíram pela inexistência da enfermidade.

Se nos autos não existe prova contrária ao que afirmaram os peritos, outra providência não resta ao juiz que não seja a de determinar a reintegração do postulante ao serviço militar de onde foi afastado.

Sentença que se confirma por haver declarado a nulidade do ato administrativo atacado.

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 voluntário da União Federal para confirmar a sentença e julgar procedente a ação, prejudicada a remessa necessária, tudo 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, 10 de novembro de 1981 (data do julgamento) — Ministro **Evandro Gueiros Leite**, Presidente — Ministro **José Cândido**, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Cândido: Antônio Eduardo dos Santos, cabo da Marinha do Brasil, insurge-se contra ato que o desincorporou do Serviço Ativo da Marinha, em virtude da constatação pela Junta Regional de Saúde do Hospital Naval de Salvador e, posteriormente, pela Junta Superior de Saúde da Marinha, de que sofre de moléstia incurável (epilepsia), não adquirida em consequência das condições de serviço.

Alega que, tendo sido julgado apto para o serviço militar, quando de sua admissão, em 1967, e, posteriormente, em 1974, quando de seu reenajamento, se já fosse portador da doença desde antes de seu ingresso na Marinha, ela teria sido constatada quando dessas duas inspeções de saúde, o que, não tendo ocorrido, lhe autoriza concluir que tal doença tem nexo de causa e efeito às condições do serviço.

Em consequência, pede a procedência da ação para condenar-se a União a reintegrá-lo nos seus quadros, quer no serviço ativo, quer no

quadro dos inativos, com a percepção retroativa de todas as parcelas de que foi privado, desde sua desincorporação.

A ré contestou a ação, em audiência, dizendo que é de ver-se, que o próprio autor esclarece (item X, da inicial), não estava amparado pela estabilidade e portanto, podia ser desincorporado a qualquer momento.

Prossigue afirmando que a pretendida reforma por invalidez, também é impossível, uma vez que o autor foi considerado, em inspeção médica, incapaz definitivamente para o serviço ativo da Marinha, «por doença, não adquirida em serviço não estando total e permanentemente inválido para qualquer trabalho podendo prover a subsistência», do que decorre que a sua situação não se enquadra nas hipóteses previstas no art. 12 da Lei nº 5.774/71.

O postulante foi submetido a exame pericial. Apresentaram o perito e o assistente-técnico indicado pelo autor, os seus laudos (fls. 100/117 e 135/141).

O MM. Juiz Federal da 3ª Vara, Dr. F. Tourinho Neto, sentenciando às fls. 158/165 julgou procedente a ação para reintegrar o autor no serviço ativo da Marinha, e condenou a ré a pagar-lhe os soldos e vantagens pecuniárias que deixou de perceber desde a data de sua desincorporação. Condenou a ré, ainda ao pagamento de honorários advocatícios, estes fixados em 15% sobre o valor da condenação.

Houve remessa de ofício.

Inconformada, apelou a União Federal, adotando as razões de fls. 154/155: (lê).

Contra-razões às fls. 170/171.

Nesta instância, a douta Subprocuradoria-Geral da República, opinou pelo provimento da remessa e da apelação.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Cândido (Relator): A União Federal, sem aditar outras considerações, pede a reforma da r. sentença. Busca apoio na Contestação e na petição de fls. 154-5.

Os «laudos» do perito do juízo e do assistente-técnico do autor chegaram a uma conclusão inteiramente contrária à tese da apelante. O Termo de Inspeção de Saúde, de fls. 78 e v., que concluiu pelo diagnóstico: Epilepsia, sem alienação mental, foi totalmente recusado pela perícia médica procedida em juízo.

Com apoio nas opiniões dos ilustres médicos psiquiatras, ambos professores universitários, impossível seria ao ilustre sentenciante recusar o pedido inicial. Nem de outra forma poderia firmar a sua convicção, tendo em vista a inexistência de qualquer outro elemento de prova contrária ao postulante.

Com tal instrumento de caráter técnico-científico, é irrecusável a declaração do erro de que se revestiu o ato administrativo da desincorporação do autor, e da conseqüente proclamação da sua nulidade. Daí o acerto da sentença ao determinar a sua reintegração com os direitos nela fixados.

Como uma homenagem ao eminente mestre José Lima de Oliveira, perito oficial, transcrevo a parte conclusiva do seu valioso «laudo», em cujas razões de natureza científica firmo também a minha convicção:

«Conclusão — É de supor que os interessados no conteúdo deste laudo — o MM. Juízo Federal, a Procuradoria da República e a defesa, esperem que o perito o conclua em termos sumaríssimos de sim ou não. Mas não ocorre assim. A conclusão será expressa simplesmente nestes termos: não há prova de que

o autor seja, ou tivesse sido epilético.

Não se pode exigir de uma ciência ou de uma arte mais do que ela possa dar. Em medicina, muitas vezes a resposta afirmativa é fácil, impossível a resposta negativa, válida a dubitativa.

Conta-se que Pierre Marie, famoso mestre de Neurologia (especialidade médica em que os diagnósticos são particularmente difíceis), dizia que, do alto da Torre Eiffel, munido de um binóculo, poderia fazer numerosos diagnósticos neurológicos clínicos e, não raro, localizatórios (firmando a sede da lesão no sistema nervoso): doença de Heine Medin hemiplegia, paralisia facial periférica ou supra nuclear, doença de Parkinso, corêia de Sydenham, epilepsia (grande mal)...

Todavia, em seu hospital, em contato estreito com seu doente, mesmo munidos dos mais modernos recursos semiológicos atuais, recusaria assegurar que determinadas pessoas não eram epiléticas: crises noturnas (que são as mais frequentes), ocorridas sem assistência dos familiares e fora do conhecimento do portador da doença; exame clínico não significativo; EEG intercrítico, normal.

No caso de sub iudice, nem o anamnese, nem o exame clínico nem o EEG (foram feitos cinco) autorizariam aos DD. colegas da Marinha, ou a mim, afirmar que o paciente é ou foi epilético. O primeiro EEG, que serviu de base diagnóstica, nada têm de específico para epilepsia, pois se encontra aquele tipo de ondas teta de aspecto focal fora da epilepsia, em 1/3 de indivíduos neuróticos e, até mesmo, não raro sadios.

O que os ilustres médicos da Marinha fizeram, foi um diagnóstico de mera probabilidade, ou talvez

de possibilidade, a fim de não perderem tempo para eficaz tratamento. E estou certo de que, reexaminando hoje o paciente, concordariam comigo.»

Também o ilustre professor Francisco Peixoto Filho, perito-assistente do autor, é incisivo ao proclamar, verbis:

«A perícia médico-legal, entretanto, utilizando o método prospectivo, sem finalidade terapêutica, pode assegurar que o paciente em exame não é portador de epilepsia, e se o tivesse sido àquela época (outubro de 1974) — o que considero improvável — as crises teriam sido prontamente controladas pela medicação, e o decurso do tempo demonstrou que inexistia alteração orgânica funcional do cérebro, que possa ser reconhecida como epilepsia. Conclusão: Em face do exposto, conclui-se que o periciado Antônio Eduardo dos Santos não é portador de epilepsia nem também foi epilético, estando, pois, com sua

capacidade laborativa plenamente preservada.»

Com estas considerações, nego provimento ao apelo da União Federal. Matenho a r. sentença.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

AC 64.891 — BA — Rel.: Min. José Cândido. Remte.: Juízo Federal da 3ª Vara. Apte.: União Federal. Apdo.: Antônio Eduardo dos Santos.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso voluntário da União Federal, para confirmar a sentença e julgar procedente a ação, prejudicada a remessa necessária, tudo nos termos do voto do Relator (2ª Turma — 10-11-81).

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

APELAÇÃO CÍVEL Nº 65.261 — PB

Relator: O Sr. Ministro Jesus Costa Lima

Apelante: DNER

Apelada: Marilda Baltar Viana

EMENTA

Processual civil. 1. O valor da causa, como requisito indispensável, deve constar da petição inicial.

2. A irregularidade não pode ser suprida na instância ad quem.

3. Converte-se o julgamento em diligência, a fim de que o Juiz adote as providências de sua alçada.

ACÓRDÃO

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

Decide a Segunda Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unani-

midade e preliminarmente, em converter o julgamento em diligência, para determinar que seja fixado o valor da causa, nos termos do voto do Relator e, 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 **Evandro Gueiros Leite**, Presidente — Ministro **Jesus Costa Lima**, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro **Jesus Costa Lima**: O Departamento Nacional de Estradas e Rodagem — DNER, em João Pessoa — Paraíba, propôs ação de nunciação de obra nova, cumulada com reintegratória de posse, contra **Marilda Baltar Viana**.

A Inicial deixou de indicar o valor da causa, irregularidade que não foi mandada suprir.

Alega que a ré construiu uma casa em terreno de propriedade do DNER, agindo de má fé.

A suplicada afirma que o suplicante carece da ação de nunciação de obra nova, uma vez que o prédio foi edificado há 10 (dez) anos e, na época oportuna, não se opôs. O terreno reclamado foi vendido, pela «Fonseca Imobiliária Com. Ind. S.A.», a **João Ferreira de Oliveira**, que construiu a casa e a vendeu à mãe da ré, de quem a houve por herança. Os dois metros reclamados pelo autor implicam na derrubada da casa.

A instrução desenvolveu-se com prova pericial e juntada de documentos.

A sentença (fls. 86-8) deu pela procedência, a fim de reintegrar o DNER na posse da área invadida pela suplicada, assegurando-lhe, no entanto, indenização da parte da casa, objeto do litígio, a apurar-se na execução.

O DNER, irressignado, apelou (fls. 89-92) e a demandada não contrarrazou.

A douta Subprocuradoria-Geral da República juntou parecer relacionado com desapropriação, matéria não discutida nos autos (fls. 95).

Relatei.

VOTO

O Sr. Ministro **Jesus Costa Lima** (Relator): Constato que não foi dado valor à causa. Contrariado está, portanto, expreso mandamento da lei processual, *in verbis*:

«Art. 282.

A petição inicial indicará:

.....
V — o valor da causa.»

Resta apreciar a conseqüência jurídica dessa falta não sanada no juízo de primeiro grau.

Tenho que esse é um requisito indispensável.

Esse dispositivo da legislação processual civil não se encontra isolado e seu caráter imperativo emerge, igualmente, de outros dispositivos do CPC.

O Art. 258 do CPC soa categórico:

«A toda causa será atribuído um valor certo, ainda que não tenha conteúdo econômico imediato.»

Igualmente incisiva é a redação do art. 259: «O valor da causa constará sempre da petição inicial e será:...(omissis)....»

Não só, porém, do caráter imperativo dos dispositivos invocados, conclui-se a indispensabilidade da atribuição de um valor à causa mas, e principalmente, dos muitos e relevantes efeitos jurídicos decorrentes desse elemento da Inicial.

Aponta-os com a exatidão habitual **Calmon de Passos**:

«Valor da Causa. O valor da causa, fixado segundo os preceitos dos arts. 259 e 260, será relevante para determinar o tipo de procedimento

a utilizar-se, se ordinário, se sumariíssimo; fixará a base para incidência de custas e pagamento da taxa judiciária; é ponto de referência para estimativa dos honorários de advogado a serem pagos pelo vencido; terá consequência para a interposição de recursos. Tudo isso fá-lo um requisito da petição inicial. Como se fixa esse valor, é matéria dos comentários aos artigos mencionados inicialmente» (Comentários ao Código de Processo Civil — J.J. Calmon de Passos — Forense, 1ª ed. 1975 — Vol. III — págs. 146, item 84).

Mesmo antes da edição da Lei nº 6.825, de 22 de setembro de 1980, que novo e maior relevo trouxe à determinação do valor da causa, também o insigne Moniz de Aragão, já ensinava, ao comentar o art. 259 do Código de Processo Civil:

«Fiscalização, pelo Juiz, do valor atribuído à causa. Como o valor pode servir de base à fixação da competência, à forma do processo e ao cabimento do recurso extraordinário, é fácil perceber que tais efeitos — envolvendo matéria de ordem pública — não devem ficar sujeitos exclusivamente à vontade das partes, justificando-se a intervenção da lei em algumas hipóteses.

Esses preceitos se impõem, mesmo quando as partes estejam de acordo em infringi-los, o autor ao fixar o valor e o réu não o impugnando no momento adequado. Em tal caso, a competência, a forma do processo ou o cabimento do recurso não ficarão subordinado ao acerto dos interessados, pois o Juiz deverá intervir de ofício, para corrigir os defeitos da estimação, com isso fixando acertadamente a competência e determinando a forma do processo. Quanto ao recurso, o valor poderá ser corrigido à hora

da interposição ou do julgamento, a fim de que seja admitido, ou não, conforme seja ou não cabível e não em virtude do ato da parte» (Comentários ao Código de Processo Civil — E.D. Moniz de Aragão — Forense, 1ª ed. — 1975 — Vol. II — págs. 340, item 400).

Calmon de Passos proclama a consequência da omissão do valor da causa:

«O valor da causa, se omitido, deve determinar o suprimento da falta, sob pena de indeferimento» (Ob. cit. págs. 224).

É o que resulta do art. 284 e seu parágrafo único do CPC:

Se, porém, não houve o suprimento da falta no juízo a quo, e só é ela perdedida, como no caso, no juízo de segundo grau?

Entendo que o tratamento a ser dispensado não se pode fazer uniformemente para os diversos requisitos enumerados nos arts. 282 e 283. É fácil de ver-se que alguns desses requisitos têm íntima afinidade com o mérito, prejudicando-lhe o exame, se faltarem. Exemplificativamente, de mérito não se poderá cuidar na hipótese de inépcia.

O mesmo, todavia, não se diga, no que concerne ao valor da causa, notadamente quando, como na espécie, não tiver implicação no procedimento, que será, em qualquer caso, o especial.

Já aqui, o mérito independe desse requisito, de que se irradiam efeitos unicamente quanto a custas, honorários e recursos interponíveis.

Possível é, conseqüentemente, em tal hipótese que, embora não adotada a providência sanatória do art. 284 pelo juízo de primeiro grau, se adote já no juízo recursal a providência de determinar baixa dos autos, para que se supra a causa de seu valor, obedecidas as regras pro-

cedimentais pertinentes, ensejada à parte-ré oportunidade de impugnação do valor eventualmente atribuído.

O princípio da economia processual, de tão marcante influência no processo moderno, recomendaria até que a fixação do valor da causa se fizesse de ofício no segundo grau, não fora a atividade do Juiz supletiva nó tocante, como se vê da expressa cominação de indeferimento para a improvidência do auto em obedecer à ordem do Juiz para que supra a Inicial do elemento que lhe falte (art. 284 e parágrafo único). Se o valor da causa não está afeto ao livre alvedrio das partes, não se lhes dispensa, todavia, a cooperação no procedimento, que é contraditório (art. 261) e pode até exigir perícia.

Nesse sentido decidiu o Eg. Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

«A fixação do valor da causa é requisito essencial do pedido. Interposto recurso sem estar resolvido este ponto, converte-se o julgamento em diligência, para que seja sanada a falta, visto como da fixação do valor da causa, depende resolver se é ou não cabível o recurso» (Acórdão do TJMG, RF 93/537 — Código de Processo Civil 'Anotado — Alexandre de Paula — Editora Revista dos Tribunais, 1976 — págs. 568, item 14).

Meu voto é, por conseguinte, no sentido de converter-se o processo em diligência, para os fins aludidos, fazendo os autos baixarem ao juízo de origem.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 66.351 — MG

Relator: O Sr. Ministro Wilson Gonçalves

Apelante: Teodomiro Alves Pereira

Apelado: Superintendência Nacional do Abastecimento

EMENTA

Processo civil. Embargos de terceiro. Apresentação de prova. Não atendimento. Indeferimento da Inicial.

Cabia, inludivelmente, pela natureza da ação, a apresentação da prova de apreensão do bem, base essencial para o oferecimento dos embargos (art. 1.046 do Código de Processo Civil), principalmente se a intervenção do apelante se dera na qualidade de terceiro.

O apelante descuroou no cumprimento da determinação judicial. A apresentação da prova, agora na fase deste recurso, é tardia e inoperante e não supre a grave omissão no tempo oportuno.

Improvemento do recurso, ressalvada ao recorrente o uso da via ordinária.

ACÓRDÃO

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

Decide a Sexta Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, negar provimento à apelação, na forma do relatório e notas taqui-

gráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 10 de fevereiro de 1982 —
Ministro **José Fernandes Dantas**,
Presidente — Ministro **Wilson
Gonçalves**, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. **Ministro Wilson Gonçalves**: Teodomiro Alves Pereira interpôs o presente recurso, inconformado com a r. sentença de fls. 10, que indeferiu a inicial de embargos do devedor, com base no parágrafo único do art. 284 do CPC.

Entende o apelante que a intimação feita através do jornal «o Estado de Minas Gerais» foi defeituosa, muito sucinta, uma vez que os dizeres «instruídos os embargos com a prova da penhora, conclusos», não induz intimação à parte.

De qualquer sorte, prossegue o recorrente, a prova da penhora acompanhou o processo em apenso aos autos da penhora, razão por que deve a decisão recorrida ser reformada.

Contra-arrazoado o apelo, fls. 17/18, subiram os autos a esta instância revisora, tendo a douta Subprocuradoria-Geral da República opinado pelo improvimento da apelação.

Dispensada a revisão, nos termos do art. 33, IX, do Regimento Interno.

Ê o relatório.

VOTO

O Sr. **Ministro Wilson Gonçalves**: Propostos os embargos de terceiro, o Juiz do feito proferiu o seguinte despacho: «Instruídos os embargos com a prova da penhora, conclusos» (fls. 9). Publicado o despacho em 7 de dezembro de 1979, o Diretor da Secre-

taria da Vara certificou que o embargante, até a data de 16 de janeiro de 1980, não havia cumprido o referido despacho (fls. 9-v).

Diante da inércia da parte, o digno magistrado, demonstrando tolerância, volta a despachar nos seguintes termos: «Em face da certidão acima, renove-se a publicação do despacho de fls. 9». (fls. 9-v). Novamente publicado em 23 de janeiro de 1980, é certificado, em 29 de fevereiro do mesmo ano, que, ainda desta vez, o embargante não cumpriu a determinação judicial.

Em decorrência disto, veio a decisão de fls. 10, *in verbis*: «Indeferio a inicial de embargos, ex vi do disposto no § único do art. 284 do CPC».

O apelante não tem de que se queixar, pois a decisão recorrida resultou exclusivamente de sua injustificada omissão quanto à apresentação da prova especificamente exigida nos aludidos despachos.

A petição de embargos está insuficientemente instruída, pois é acompanhada apenas da procuração ao advogado e de cópia de alteração contratual da firma Mercearia Caravelas Ltda. Cabia iniludivelmente, pela natureza da ação, a apresentação da prova de apreensão judicial do bem, base essencial para o oferecimento dos embargos (art. 1.046 do CPC), principalmente se a intervenção do apelante se dera na qualidade de terceiro.

Calmon de Passos, tratando da juntada de documentos (comentário ao art. 282, VI, do Código de Proc. Civil), escreve:

«126.3. Os documentos anexados à Inicial, integraram-na, instruindo-a. A hipótese não é de indicação, mas de produção» (Comentários ao Código de Processo Civil, Vol. III, 2ª Ed., 1977, Forense, pág. 221).

E, analisando o art. 283 do mesmo Código, pondera:

«129. Juntada dos documentos indispensáveis — O momento para a produção da prova documental, pelo autor, é o do ajuizamento da petição inicial (art. 396).

Se não produzido o documento nessa oportunidade, precluso estará o seu direito de trazê-lo aos autos com fins probatórios. Somente quando se cuide de fazer prova ou fato ocorrido após os articulados, ou de contraprova à que foi produzida na circunstância apontada, é que se admitirá a produção de documentos, pelo autor, após a inicial.

Em face disso, nem só os documentos ditos indispensáveis à propositura da ação devem acompanhar a Inicial. Anexados a ela deverão estar todos os documentos que constituam fonte de prova para a demanda do autor, sob pena de não mais deles se utilizar no processo» (obr. e vol. cit., pág. 223/224).

Não procede a alegação de que o processo de embargos de terceiro corre em apenso aos autos da penhora. Aqui, não se trata de embargos de devedor, e a hipótese é regida pelo art. 1.049, do Código de Processo Civil. Demais, mesmo que a espécie

fosse de embargos de devedor, a apensação só se daria após recebida a petição inicial.

A verdade é que o apelante não deu a merecida atenção à determinação judicial, pois, se entendia que não era caso da juntada da prova da penhora, deveria ter peticionado a respeito. A apresentação da prova agora na fase deste recurso é tardia e inoperante e não supre a grave omissão no tempo oportuno.

Ante o exposto, nego provimento à apelação; ressalvado ao recorrente o uso da via ordinária.

EXTRATO DA MINUTA

AC 66.351 — MG. Rel.: O Sr. Min. Wilson Gonçalves. Apte.: Teodomiro Alves Pereira. Apda.: Superintendência Nacional do Abastecimento.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação. (Em 10-2-82 — 6ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Miguel Ferrante e José Dantas, na ausência justificada do Sr. Ministro Américo Luz. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro José Fernandes Dantas.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 66.463 — SP

Relator: O Sr. Ministro Wilson Gonçalves

Apelantes: CESP — Cia. Energética de São Paulo, Vicente Gonçalves de Oliveira e outros

Apelados: Os mesmos

EMENTA

Desapropriação. Justa indenização. Terrenos reservados. Laudo oficial. Juros compensatórios. Honorários de advogado.

Havendo dúvida quanto à área dos terrenos reservados, é defeso à expropriante fixar, unilateralmente, à inteltra revelia dos proprietários, o ponto médio das enchentes ordinárias.

Neste caso, o ilustre magistrado a quo adotou sugestão do perito oficial que assegurava mais justa indenização da terra desapropriada, considerando área reservada a faixa ribeirinha de 15 metros de largura ao longo da margem do rio na extensão fixada.

Não há como modificar a sentença recorrida, ante a sua criteriosa análise dos laudos periciais, vistos sob o prisma essencial da imparcialidade.

Os juros compensatórios de 12% ao ano estão consagrados pelo Supremo Tribunal Federal e por esta Corte.

Os honorários de advogado foram arbitrados em percentual razoável, pelo que são mantidos.

Improvemento dos recursos.

ACÓRDÃO

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

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

Custas como de lei.

Brasília, 3 de março de 1982. —
Ministro **José Fernandes Dantas**,
Presidente. — Ministro **Wilson
Gonçalves**, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro **Wilson Gonçalves**:
A espécie dos autos foi assim sumariada pelo MM. Juiz a quo:

«Centrais Elétricas de São Paulo S/A — CESP, concessionária de serviço público de produção, transmissão e distribuição de energia elétrica, promove a presente ação contra Vicente Gonçalves de Oliveira, José Carlos Gonçalves de Oliveira, Anna Maria Gonçalves de Oliveira, Yara Maria Gonçalves de Oliveira, Evaristo Gonçalves de Oliveira e João Otávio Gonçalves

de Oliveira, qualificados nos autos, alegando, em síntese, haver sido autorizada pelo Decreto nº 72.906, de 10-10-73, a desapropriar as áreas de terras e benfeitorias necessárias para a formação do reservatório da Usina de Promissão, no rio Tietê, neste Estado, aí compreendidos também os terrenos reservados, cujo domínio pertence ao Estado, ex vi da Constituição Federal, art. 5º e dos artigos 11, parágrafos 2º, 14 e 29, inciso II, do Código de Águas, conforme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, constante da Súmula nº 479, sendo certo que dentre as glebas objeto do referido decreto figura a pertencente aos expropriados, localizada no município de Reginópolis, Comarca de Pirajuí, deste Estado, conforme descrição e caracterização constantes no memorial e planta que acompanham a Inicial, encontrando-se ela à margem esquerda do rio Tietê, contendo a área de 167,15 hectares, da qual cumpre excluir, como terreno reservado, a área de 104,52 hectares, restando, pois, como área indenizável 62,63 hectares, pelos quais é oferecido o valor de Cr\$ 52.234,00 correspondente a benfeitorias e terra nua, pedindo-se a imissão

provisória na posse do imóvel, em razão da urgência.

O pedido veio instruído com os documentos de fls. 6/23.

Procedido o depósito do quantum oferecido (fls. 27), foi o feito contestado às fls. 31/36, pedindo os expropriados, em preliminar, a complementação do depósito inicial, relativamente à totalidade da área expropriada e, no mérito, após tecerem considerações sobre o conceito de indenização, impugnam o valor da oferta e pedem que a justa indenização seja fixada por perícia, incluindo-se o valor relativo ao terreno reservado, com os acréscimos indicados às fls. 36.

O feito foi saneado às fls. 57 v.

Laudo do perito do Juízo às fls. 67/104 e críticas dos assistentes-técnicos da expropriante às fls. 121/216 e dos expropriados às fls. 221/256.

Na audiência de instrução e julgamento atermada às fls. 257/258, requereram os expropriados a juntada aos autos dos documentos de fls. 259/317, dos quais teve vista a expropriante, sobre os mesmos manifestando-se.

Ofereceu a expropriante o memorial de fls. 318/325, onde tece considerações sobre o laudo do perito do Juízo e as críticas de seu assistente-técnico, bem como sobre os terrenos reservados, pedindo, por final, que a indenização seja fixada de acordo com os valores encontrados pelo último.

Os expropriados arrazoaram às fls. 256/257, tecendo considerações sobre os terrenos reservados, os trabalhos periciais e demais elementos probatórios coligidos, pedindo que a indenização seja fixada de forma justa.

Seguiu-se levantamento de 80% do valor da oferta.»

Decidindo, o ilustre sentenciante, após discorrer sobre a doutrina e jurisprudência relativa aos terrenos reservados, restringiu a área deste a 15 (quinze) metros de largura para, em seguida, julgar procedente a ação a fim de adjudicar à expropriante a área exproprianda, no total de 162,68 hectares, como descrita e caracterizada no memorial e planta que acompanham a Inicial, excluindo a área reservada de 4.47 hectares.

A expropriante foi condenada a responder pela indenização de Cr\$ 1.286.161,00 (hum milhão, duzentos e oitenta e seis mil, cento e sessenta e um cruzeiros), em conformidade com o laudo do vistor do Juízo, quantia esta a ser corrigida a contar do citado laudo, e sobre a qual incidirão juros compensatórios a partir de 26-11-74, data em que foi contestado o feito (por não ter vindo aos autos o mandado de imissão de posse), à taxa de 12% ao ano; foi ainda condenada ao pagamento das custas processuais, honorários do assistente-técnico dos expropriados e na verba advocatícia a ser calculada à razão de 6% sobre a diferença entre a oferta e a indenização.

Insatisfeitos, apelaram a expropriante e os expropriados.

A primeira não concordou, em suma, com a delimitação dos terrenos reservados em 15 metros, sendo que dever-se-ia observar, para o caso, a planta constante do Decreto Expropriatório; com relação às terras nuas entende deva prevalecer o valor encontrado pelo seu assistente-técnico e, finalmente, impugna a taxa de 12% fixada para os juros compensatórios.

Por sua vez, os expropriados pretendem, com seu recurso, a fixação de indenização em conformidade com os valores encontrados por seu assistente-técnico, e ainda, sejam os honorários de advogado fixados de

acordo com o limite do parágrafo 3º do art. 20 do CPC.

Somente a expropriante ofereceu contra-razões.

Subindo os autos, opinou a ilustrada Subprocuradoria-Geral da República, nestes termos: Lê.

Dispensada a revisão, nos termos do art. 33, IX, do Regimento Interno.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Wilson Gonçalves: A questão dos «terrenos reservados» está, atualmente, pacificada na jurisprudência deste Tribunal e da Corte Suprema, cuja Súmula 479 tem o seguinte enunciado:

«479. As margens dos rios navegáveis são de domínio público, insusceptíveis de expropriação e, por isso mesmo, excluídas de indenização.»

A douda sentença apelada harmoniza-se perfeitamente com a orientação da jurisprudência dominante. Embora o seu ilustre prolator divirja, doutrinariamente, ao considerar os mencionados terrenos como sujeitos apenas à servidão administrativa e não como bens dominicais, determinou a indenização excluindo desta a área reservada, nos precisos termos do art. 14 do Código de Águas, *in verbis*:

«Art. 14. Os terrenos reservados são os que, banhados pelas correntes navegáveis, fora do alcance das marés, vão até a distância de 15 metros para a parte de terra, contados desde o ponto médio das enchentes ordinárias.»

Pretende a primeira apelante que, numa área de 167,15 hectares, sejam excluídos, como reservados, 104,52 hectares, restando somente uma área indenizável de 62,63 hectares. Ora, o perito oficial, que demonstrou isenção e serenidade quando se refe-

riu ao estudo hidrológico dos técnicos da expropriante (fls. 86), salientou:

«2. Em contra-partida, as terras reservadas até agora rendem e foram negociadas por seus usuários ou, como queiram, seus proprietários. Representam um valor real indubitavelmente» (fls. 85).

Do ponto de vista de determinação da área indenizável, forneceu ele elementos precisos para decisão judicial: partiu da área total de 167,15, ha indicada pela desapropriante, com hase em seus estudos técnicos, e deduziu dela, como reservada, a área formada pela extensão de 2.980 metros de comprimento, ao longo do rio, por 15 metros de largura (cit. art. 14 do Código de Águas). Em outras palavras, permitiu ao Juiz opção quanto à exclusão dos terrenos reservados por lei.

Não pode, pois, prevalecer o ponto de vista da primeira recorrente, que, ao determinar a área reservada, agiu unilateralmente, sem audiência dos proprietários.

A antiga Terceira Turma, em acórdão relatado pelo eminente Ministro Carlos Mário Velloso, na Apelação Cível nº 52.201 — Paraná, ressaltou em parte da respectiva ementa:

«1. Não determinada a exata área do terreno reservado (Código de Águas, art. 14), mediante processo administrativo ou judicial, não pode a expropriante pretender, de forma unilateral, fixar o ponto médio das enchentes ordinárias. Neste caso, deve a área reservada abranger os terrenos ribeirinhos numa faixa de 15 (quinze) metros de largura ao longo da margem do rio, o que será fixado na perícia» (D.J. de 18-6-80; veja-se também AC.62.970 — SP., relatado pelo Ministro Miguel Jerônimo Ferrante, in D.J. de 11-6-81; e A.C.

nº 52.739-PR, Relator Ministro Carlos Madeira, in D.J. de 28-5-80).»

Quanto à indenização, assim pondera o digno Juiz sentenciante:

«O laudo do perito do Juízo não padece dos vícios que lhe apontam os assistentes-técnicos das partes, cujos trabalhos são tendenciosos e buscam aviltar o preço do imóvel ou elevá-lo demasiadamente, segundo o sabor da conveniência de quem os indicou.

Tal circunstância retira a tais críticas o cunho eminentemente técnico e científico de que devem revestir, posto que deveria indicar com isenção de ânimo, elementos convincentes a norrear o juiz.

Assim, o perito do Juízo, após vistoriar o imóvel e descrevê-lo minuciosamente, documentando o laudo com fotografias (fls. 69/76), procedeu a ampla pesquisa de preços, valendo-se de elementos vários.

Coligiu preços relativos a transações ocorridas na região onde localizado o imóvel expropriando (fls. 79/82), servindo-se, ademais, de dados fornecidos pela Secretaria da Agricultura e pelos bancos oficiais (fls. 82/83), dando a todos os elementos o tratamento adequado, conforme indicação às fls. 77 e 78).

Concluiu, assim, pelo valor de Cr\$ 16.000,00 o alqueire de terra à época da avaliação, desprezando o método de renda, pois

«A renda obtida pela fazenda não é condizente com seu valor, bastando um pequeno cálculo para sua constatação.» (fls. 84).

Tem-se, portanto, que tal valor, por justo, é o que adoto para a fixação da indenização, restringindo a área reservada aos quinze metros de largura, conforme antes apontado, donde resultar a indenização em Cr\$ 1.075.570,00 relativamente às terras (fls. 91).

Quanto às benfeitorias, também não padece o laudo de qualquer crítica, sendo certo que os valores preconizados pelo perito do Juízo (fls. 88/90), foram aceitos pelo assistente-técnico dos expropriados (fls. 224)» (fls. 358 a 359).

Não só pelo seu conhecimento mais imediato do imóvel desapropriado e da região em que está situado, mas ainda pela sua criteriosa análise dos laudos periciais, vistos sob o prisma essencial da imparcialidade, não encontro razão para dissentir do ilustre julgador, que demonstrou equilíbrio e isenção ao estabelecer o valor da indenização, inclusive quanto às benfeitorias.

Os juros compensatórios de 12% ao ano estão consagrados pelo Supremo Tribunal Federal e por esta Corte, em decisões reiteradas e uníssonas.

A Primeira Turma do Pretório Excelso, em voto do Relator, Ministro Cunha Peixoto, é de meridiana clareza:

«Por outro lado, o acórdão fixou a taxa dos juros compensatórios em 12%. Esta decisão não ofende o art. 1.063 do Código Civil. O pagamento de juros compensatórios constitui a criação pretoriana destinada a compensar o não uso do imóvel desde o momento em que foi entregue ao expropriante. Daí não estarem eles sob a égide do art. 1.063 do Código Civil. Esta a orientação desta egrégia Primeira Turma no RE nº 85.209: «Juros compensatórios — possibilidade de elevação de sua taxa a 12% ao ano, diante da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal» (R.E. nº 89.574-RJ., in R.T.J., vol 95, pág. 778; R.E. nº 91.383-SP, in R.T.J., vol, 95, pág. 1.277; Sexta Turma do T.F.R., A.C. nº 70.828-SP, julg. em 16-12-81).

Relativamente à apelação dos expropriados, não ofereceram eles, em

suas razões, elementos convincentes que possam modificar a orientação adotada pelo nobre Juiz a **quo** ao preferir as conclusões do laudo do «expert» oficial. O valor de Cr\$ 3.977.200,00 para a terra nua, à vista dos elementos dos autos, **data venia**, avulta como excessivo.

No tocante aos honorários advocatícios, sem desmerecer o trabalho profissional dos patronos dos expropriados, considero razoável a percentagem de 6% atribuída na sentença sobre a diferença entre a oferta e a indenização, ambas corrigidas monetariamente. Para isto, tenho em conta a natureza das questões jurídicas abordadas na causa, o trabalho profissional dos patronos, tanto em primeira como em segunda instância, tudo em função do valor da causa. Demais, não é incontroversa a tese de que o art. 20 do Código de Processo Civil haja eliminado ou reduzido o arbítrio conferido ao juiz pelo art. 27, § 1º, da Lei nº 3.365, de

21 de junho de 1941 (Veja-se R.T.T., 76/659,80/891, 82/593; S.T.F. — RT 497/250, R.D.A. 128/281, in Theotônio Negrão, Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor, 8ª edição, pág. 417, nota 4, final, ao cit. art. 27).

Ante o exposto, nego provimento às apelações.

EXTRATO DA MINUTA.

AC 66.463 — SP — Rel.: O Sr. Min. Wilson Gonçalves. Apelantes: CESP Cia. Energética de São Paulo, Vicente Gonçalves de Oliveira e outros. Apelados: Os mesmos.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento às apelações. (Em 3-3-82 — 6ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Mins. Miguel Ferrante e Américo Luz. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Min. José Fernandes Dantas.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 66.933 — SC

Relator: O Sr. Ministro Sebastião Alves dos Reis

Apelante: Carbonifera Prospera S/A

Advogado: Ernesto Bianchini Goes, Carlos Fernando Guimarães

Apelado: IAPAS

EMENTA

Previdenciário. Contribuição previdenciária. Gratificações de participação nos lucros.

À luz dos artigos 36 e 173 do RGPS aprovado pelo Decreto nº 60.501/67, vigentes à época, as gratificações de participação nos lucros, pela sua contextura, por não representativas de prestação imediata e direta de prestação de serviços subtraíam-se à incidência das contribuições previdenciárias.

Precedentes deste Tribunal e orientação administrativa quanto ao período anterior à Leis nº 5.890/73.

Reformada a sentença de primeiro grau, para julgar procedente a ação, invertidos os ônus da sucumbência.

Deu-se provimento ao recurso.

ACORDÃO

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

Decide a Quinta Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, dar provimento ao recurso, para julgar procedente a ação, invertidos os ônus da sucumbência, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 10 de fevereiro de 1982 (data do julgamento) — Ministro **Moacir Catunda**, Presidente — Ministro **Sebastião Alves dos Reis**, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. **Ministro Sebastião Alves dos Reis**: Carbonífera Próspera S.A. ajuíza a presente ação, sob procedimento ordinário, contra o Instituto Nacional da Previdência Social, na qual pretende desconstituir crédito previdenciário a ela imputado, no valor originário de Cr\$ 680.012,03, correspondente a contribuições dadas como devidas sobre gratificações de balanço, nos anos de 1970 a 1972, pedindo a condenação do réu nas cominações de direito.

Consoante o aduzido e deduzido na douda inicial, a autora foi notificada pela fiscalização do réu, ao fundamento de serem devidas contribuições previdenciárias no atinente a gratificações de balanço, ou participação em lucros, distribuídas e pagas a seus empregados, nos exercícios indicados; tal entendimento, no entanto, não pode vingar, de um lado, por se tratar de gratificações sem caráter remuneratório, decorrentes de ato de liberalidade da empregadora, na forma prevista no regulamento da empresa, e, assim não constituindo contraprestação de ser-

viço, mas participação nos lucros, à luz dos artigos 36 § 2º e 173, I, do Regulamento Geral da Previdência Social aprovado pelo Decreto nº 60.501/67, vigente à época, sobre as parcelas respectivas não incidiam as contribuições levantadas, e, de outro; porque a suplicante, anteriormente, formulara consulta ao próprio suplicado, no relativo a espécie, com resposta dada no sentido da incidência de contribuições, na hipótese ora focalizada; enfatiza que tal orientação foi adotada pelo INPS em outros processos de seu interesse, conforme indica e transcreve, além de outros precedentes em favor de terceiros, que aponta; frisa que in casu se cuida de exercícios anteriores à Lei nº 5.890/73 e que só a partir desse diploma, em face da nova redação introduzida no conceito de salário-contribuição, as gratificações de balanço passaram a sofrer a oneração em causa, segundo precedentes administrativos que traz a debate em particular, a Portaria nº 199/73 e Res. 501/72 do MTPS; insiste a natureza aleatória das gratificações, condicionadas à existência de lucros e à deliberação da Assembléia Geral; lembra, ainda, decisão deste Tribunal, constante do AP nº 36.518, Relator o Ministro Décio Miranda, da antiga Segunda Turma. (DJ de 12-8-74).

Respondeu o INPS às fls. 76/87, opondo, em substância, a inaplicabilidade, à espécie, da Portaria Ministerial nº 199/73, porque posterior aos exercícios cogitados de 1970-1972; alega que as gratificações não são pagas a todos os empregados; insiste no seu caráter habitual e conseqüente integração no salário; invoca precedentes administrativos e judiciais.

O MM. Juiz Federal Sr. **Jonas Nunes de Faria**, em sua douda sentença de fls. 195/8, julgou a ação improcedente, condenando a autora na honorária de 20% e nas custas, bem como,

determinando a conversão em renda do depósito oferecido em garantia.

Apela a vencida, reforçando as alegações da Inicial, pedindo, alternativamente, a exclusão dos acessórios, porque amparada em consulta eficaz; a resposta do apelado, por intempestiva, foi junta por linha, em apartado; dispensei a audiência da ilustrada Subprocuradoria-Geral da República bem como a revisão.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Sebastião Alves dos Reis (Relator): A r. sentença recorrida, ao julgar improcedente a ação, fê-lo sob as considerações de que a gratificação, segundo o regulamento empresarial fora instituído como estímulo à melhor cooperação de cada empregado, representativa de afetiva retribuição individual na constituição do lucro anual, visando a eficiência e produtividade, e, portanto, em razão do efetivo trabalho prestado pelo empregado; de outro lado, dito prêmio, pelo seu pagamento reiterado o seu caráter habitual, assume natureza salarial e contratual, integrante da remuneração efetiva de cada trabalhador, do seu salário-contribuição, o que afasta a exceção do § 2º do art. 36 invocado na Inicial, acentuando, por fim, a inaplicabilidade, à espécie, da Portaria nº 199/73, por falta de seus pressupostos.

A apelante opõe encontrar-se tutelada por uma consulta eficaz e oportuna que dirigiu ao próprio réu, orientadora no sentido de que as gratificações em causa, porque condicionadas à preexistência de lucro, não estão sujeitas às contribuições previdenciárias, critério aplicado pelo INPS em processos de interesse da autora e de terceiros, e que está sancionado inclusive pelo entendimento acolhido na Portaria nº 199/73 e Res. 501/72; de outra parte, susten-

ta que só a partir da Lei nº 5.890/73, em face da nova redação introduzida ao conceito de salário-contribuição, as gratificações de balanço passaram a sofrer o gravame e que aqui se cuida de prêmios pagos de 1970 a 1972, distinção de sistemas reconhecidos pelo réu, em precedente que transcreve: fixa o caráter aleatório, condicional, das gratificações, não constituindo contraprestação de serviços, mas participação nos lucros.

Equacionada a controvérsia nesses termos, vê-se da prova produzida (fls. 146 e segs.) que a autora formulou consulta ao INPS, ho relativo às gratificações em causa, pagas conforme regulamento da empresa que juntou, havendo, em resposta dada pela Secretaria da Previdência Social, sido declarado a incidência das contribuições em apreço, com base em despacho, nesses termos (fls. 171):

1 — «Conforme se verifica dos autos (fls. 2-6), a Carbonífera Próspera S.A., sediada em Criciúma-SC, observa, ao conceder a seus empregados gratificações a título de participação nos lucros da empresa, as condições estabelecidas nas letras a e b, da Portaria nº 199, de 6-11-73, desta Secretaria.

2. Logo, não há incidência de contribuições sobre ditas gratificações, tendo em vista o critério e a forma como são distribuídas.

3. Encaminhe-se o processo ao INPS-DS a fim de ser remetido à Agência do Instituto em Criciúma-SC para os fins casuisticamente cabíveis.

4. Antes, deve o SA enviar à Carbonífera Próspera S.A. cópias do presente despacho e da mencionada SPS-199/73.»

Paralelamente, a Portaria Ministerial a que se reporta o despacho está assim redigida (fls. 35):

Portaria nº SPS-199, de 6 de novembro de 1973.

O Secretário da Previdência Social, no uso de suas atribuições regulamentares, considerando que despachos ministeriais tem decidido não incidir contribuição para a Previdência Social sobre as chamadas gratificações a título de participação nos lucros e pagas pelas empresas e seus empregados.

Considerando que cumpre distinguir entre a distribuição de lucros pela forma em referência e as gratificações de caráter eminentemente remuneratório.

Considerando, finalmente, nos termos do artigo 396 do Regulamento do Regime da Previdência Social, que decisões reiteradas do Ministro de Estado se constituem em prejulgado e obrigam a todos os órgãos da Previdência Social,

Resolve:

Não há incidência de contribuições para a Previdência Social sobre gratificações concedidas a título de participação dos empregados nos lucros obtidos pela empresa, sempre que:

a) a participação seja garantida, indistintamente a todos os empregados, e

b) consta de estatutos, regulamentos ou regimentos da empresa, que, inclusive, mencionam os critérios da distribuição vinculada aos lucros obtidos no exercício — Arol-dio Moreira.

Correlatadamente, ditas gratificações foram pagas nos anos de 1970 (junho/julho), 1971 (maio/julho) e 1972 (maio-junho), conforme fls. 17-8. Ao tempo, vigia o Regulamento Geral da Previdência Social aprovado pelo Decreto nº 60.501/67, que, no particular, do debate, dispunha:

Art. 173 — Para os efeitos deste Regulamento, entende-se como salário-de-contribuição, observado o disposto no parágrafo único:

I — para os segurados empregados (art. 6º, itens I e II), para os segurados empregadores (art. 6º, item III) e para os segurados trabalhadores avulsos (art. 6º item IV) a remuneração efetivamente percebida, durante o mês, em uma ou mais empresas, nelas integradas todas as importâncias recebidas, a qualquer título, pelo segurado, em pagamento dos serviços prestados.

Art. 36 — O cálculo do valor mensal dos benefícios será feito tomando-se por base o «salário de benefício», assim denominada a média dos salários de contribuição (art. 173) do segurado, nos últimos doze meses, contados até o mês anterior ao do início do benefício, ou, no caso de pensão, ao da morte.»

Por outro lado, o § 2º é explícito em excluir do cálculo respectivo, «as gratificações especiais que, não tendo natureza remuneratória, se caracterizam como liberalidade da empresa.

Da conjugação dos dispositivos transcritos e referidos extrai-se, basicamente, que, na forma da legislação da época o valor do salário-contribuição era formado por todas as importâncias, a qualquer título, recebidas pelo segurado, como pagamento de serviço prestado, excluídas as gratificações especiais sem caráter remuneratório, oriundas de liberalidade da empresa; em outras palavras, de cláusula geral «importâncias recebidas a qualquer título» sofre a restrição «como pagamento de serviço prestado», e, por isso mesmo, no salário-contribuição — medida do salário-benefício — não se incluem as gratificações especiais, não remuneratórias de serviços, frutos da liberalidade da empresa.

Tais aspectos ganham ainda relevo, porque a legislação posterior manteve, apenas, a cláusula geral «importâncias recebidas a qualquer

título» suprimindo, a restrição «como pagamento de serviço» e a exclusão das gratificações, sem caráter remuneratório, afastando assim as controvérsias que tais casuísmos geravam. (art. 223, I parágrafo único II e 220, I do Decreto nº 72.771/73 e art. 138, I e 128, I do Decreto nº 77.077/76).

No caso concreto, de acordo com as instruções da empresa (fls. 19/21), a gratificação constitui um fator de estímulo à melhor cooperação funcional de cada empregado na constituição do lucro anual, concorrendo a ela todos os vinculados por contrato de trabalho, excluídos os que não tenham essa condição, ou tenham sido demitidos, ou licenciados sem remuneração e os admitidos depois de 30-9-69, sendo o seu quantum formado pelo montante destinado pela Assembléia Geral para a participação nos lucros, em função do ganho anual efetivamente percebido, incluído nesse a frequência, e das remunerações pagas no ano anterior.

Vê-se desse extrato que ditas gratificações provinham diretamente de uma parcela dos lucros fixada anualmente pela Assembléia Geral para distribuição entre os empregados, conforme instruções renovadas cada ano, e, assim, de feição acentuadamente unilateral de quantum fluutuante e acidental; de outro lado, o caráter remuneratório de que fala a legislação do tempo deve ser visto num contexto de vinculação direta e imediata com a prestação de serviços e não mediata ou indireta, distinção que se impõe, sob pena de esvaziar de sentido a ressalva regulamentar, porquanto, ao cabo de contas, a gratificação, mesmo a título de liberalidade é sempre conferida, ainda que remotamente como nota à prestação de serviço.

A luz desse quadro, a gratificação em foco, pela sua contextura não apresenta contraprestação direta e

imediate de prestação de serviço como reclamado, no texto regulamentar transcrito.

De outra parte, a incorporação das gratificações de balanço, conforme estruturação dos autos, ao tempo, mesmo quanto ao direito de trabalho, ainda que repetidas, era objeto de profunda controvérsia, dissídio que se vem prolongando, como se vê da ampla documentação, compendiada por Luiz José Mesquita (Gratificações no Direito do Trabalho pg. 185/91), sendo de ressaltar-se, ao propósito, as autorizadíssimas opiniões de Vitor Russomano (Comentários III/703) e Orlando Gomes e Gotto Chalk (Curso de Direito do Trabalho I/254), contrárias à integração dadas no salário; a divergência era comum aos tribunais, como se colhe dos precedentes antagônicos apontados pelas partes; a própria Súmula nº 207 do STF, foi construída sobre gratificações de outra configuração; aliás, o Alto Pretório, no AI nº 26.061, Relator-Ministro Vitor Leal entendeu não serem incorporáveis ao salário as gratificações de balanço (Rev. LTR XXVIII/60).

A tudo isso acresce que indviduamente, o pensamento oficial da Administração previdenciária ao tempo favorecia o entendimento sustentado, pela apelante, como se infere da resposta à consulta, do teor da Portaria nº 199, de 6-11-73 da Secretaria da Previdência Social, da decisão Ministerial em processo da Petrobrás (BS/OS 30, de 12-2-71, Seção I, Anexo III pág. 1/2), decisões reiteradas do CRPS, transcritas às fls. 208/9.

Saliente-se, também, como já atrás anotado, só a partir da Lei nº 5.890/73 que suprime a ressalva «como prestação de serviço» que a orientação oficial foi reformulada no sentido da incidência da contribuição previdenciária sobre as gratificações de balanço, segundo se induz da de-

cisão proferida em processo do Banco Nacional de Minas Gerais, transcrita às fls. 214, onde se faz a nítida distinção, no particular, para as hipóteses de fatos geradores ocorridos antes ou depois daquele diploma legal, conforme leio.

Em face de tudo quanto foi exposto e debatido, cuidando-se de situações ocorridas antes da Lei nº 5.890/73, de acordo com a legislação da época, à vista da contextura das gratificações de balanço aqui cogitadas, não representativas de contra-prestação direta e imediata de serviços prestados, e atendendo as particularidades do caso concreto, reformo data venia a sentença de primeiro grau para julgar procedente a ação, invertidos os ônus da condenação na forma da lei.

Dou provimento ao recurso da autora.

EXTRATO DA MINUTA

AC 66.933 — SC — Rel.: Min. Sebastião A. dos Reis. Apte.: Carbonífera Próspera S.A. Adv.: Dr. Ernesto Bianchini Goes. Apdo.: IAPAS.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, para julgar procedente a ação, invertidos os ônus da sucumbência. (Em 10-2-82 — 5ª Turma).

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

APELAÇÃO CÍVEL Nº 66.959 — RJ

Relator: O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro

Remetente: Juízo Federal da 7ª Vara — RJ

Apelante: Superintendência Nacional do Abastecimento — SUNAB

Apelada: Açougue Flor do Leme Ltda.

EMENTA

SUNAB. Multa administrativa. Redução. Limites do exercício do controle jurisdicional do ato administrativo.

I — No exercício do controle jurisdicional, não cabe ao Poder Judiciário examinar o mérito do ato administrativo, desde que deve adstringir a sua atuação ao exame da legalidade. No entanto, se há grande desproporção entre as circunstâncias de fato, ensejadoras da punição, e a multa imposta, impõe-se o controle do ato administrativo, de modo a afeiçoá-lo ao âmbito da sua legitimidade, ou seja, adequar a situação a que se refere aos objetivos da lei. Daí o cabimento, no caso, da redução da multa imposta.

II — Aplicação da Lei Delegada nº 4, de 26-9-62, art. 11, caput, e letra «m», e do Regulamento baixado pelo Decreto nº 51.644-A, de 26-12-62, art. 31.

III — Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

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

Decide a Quarta 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, 15 de fevereiro de 1982 (data do julgamento) — Ministro Armando Rollemberg, Presidente — Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro: A sentença impugnada (fls. 38-43) julgou procedentes, em partes, os embargos opostos por Açougue Flor do Leme Ltda., nos autos da execução que lhe move a Superintendência Nacional do Abastecimento, para reduzir de Cr\$ 20.000,00 para Cr\$ 3.000,00, a multa administrativa cobrada, que lhe fora imposta, com apoio na alínea m do art. 11, da Lei Delegada nº 4/62.

Ao assim decidir, argumentou o seu prolator, Dr. José Gregório Marques, ilustre Juiz Federal (fls. 41-42):

«A embargante não trouxe aos autos prova alguma de que não praticou o ato considerado infração pela Portaria Super nº 49/77, apenas se insurgindo contra o valor da multa que lhe foi imposta.

A embargante procurou justificar o critério que empregou para a aplicação da multa, comprovando pelo documento de fls. 11 que a embargante é reincidente e contumaz descumpridora dos atos interencionistas da Sunab.

Constato que diversos autos de infração já foram lavrados pela Sunab em decorrência de infrações praticadas pela embargante, ensejando-lhe a cominação de multas administrativas.

Como definem os doutos, a multa administrativa é o pagamento pecuniário a que se sujeita alguém em consequência de infração cometida.

Tem caráter coercitivo ou de reparação civil e se aplica mediante auto de infração.

Discute-se se o juiz pode reduzir a multa administrativa se esta é estabelecida em norma e aplicada dentro dos limites que esta prevê.

A jurisprudência predominante do Egrégio Supremo Tribunal Federal se orientou no sentido de que pode o judiciário, atendendo às circunstâncias do caso concreto, reduzir a multa administrativa excessivamente aplicada pelo Fisco ou pela Administração, como se vê, entre outros, pelas ementas dos acórdãos proferidos nos julgamentos dos RE nº 82.510-SP, RE 61.160-SP, RE 200.977-SP, RES 55.906, 57.904, 60.413 e 60.976. No presente caso restou evidenciado pelo documento de fls. 28 que a embargante não se locupletou ilicitamente de nenhuma importância e não acarretou nenhum prejuízo ao consumidor.

Penso que esse talvez deva ser o ponto de partida ou o critério primordial para que a Sunab possa se basear para aplicar as sanções administrativas, principalmente agora que até o Chefe da Nação parece estar preocupado com os preços dos gêneros de primeira necessidade.

A embargante pode ser considerada como pequena sociedade comercial, notadamente porque seu capital social é de Cr\$ 1.000,00

(hum mil cruzeiros) como se vê pelo documento de fls. 28.

Ora, a multa administrativa imposta representa nada mais, nada menos do que 20 vezes o capital social da embargante, pelo que considero que foi excessivamente aplicada, tendo em vista que o art. 33 do Decreto nº 51.644-A, que regulamenta a Lei Delegada nº 4/62, fixa o mínimo de 1/3 e o máximo de cem vezes o valor da referência para a graduação das multas.

Considero, repito, como excessivamente elevada a multa no valor de Cr\$ 20.000,00 e, tendo em vista que não ocorreu prejuízo algum ao consumidor nem locupletamento ilícito por parte da embargante, segundo o que informa o documento de fls. 28; reduzo a multa para Cr\$ 3.000,00 (três mil cruzeiros).

Apelou a embargante (fls. 46-48). Sustenta, em síntese, que não tendo a autoridade administrativa, ao impor a multa, extrapolado dos limites legais, cabe ao Judiciário apreciar apenas a liquidez e certeza da dívida.

Contra-arrazoado o recurso (fls. 51-52), o embargante, após suscitar preliminar de intempestividade do recurso, pede, no mérito, a confirmação da sentença.

Dispensada a revisão.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro (Relator): Repilo a preliminar de intempestividade do recurso, que não foi convenientemente demonstrada, e passo ao exame do mérito.

II

No exercício do controle jurisdicional, não cabe ao Judiciário examinar o mérito do ato administrativo,

desde que deve adstringir a sua atuação ao exame da legalidade.

Com relação à Sunab, dispõe a Lei Delegada nº 4, de 26-9-62, em seu art. 11, que as multas administrativas por ela impostas deverão situar-se entre «um terço (1/3) do valor de referência vigente no Distrito Federal, à época da infração, até 100 (cem) vezes o valor desse mesmo valor de referência», aduzindo o art. 31 do seu Regulamento, baixado pelo Decreto nº 51.644-A, de 26-12-62, que «na imposição de sanções serão considerados o valor da operação ilegal, as circunstâncias do fato e a condição econômica e o grau de instrução do infrator».

No caso, segundo mostrou a sentença, ocorre tão grande desproporção entre as circunstâncias do fato, ensejadoras da punição, e a multa imposta, que, a meu ver, implicou em sair a autoridade administrativa do âmbito do seu poder discricionário para invadir a esfera da legalidade do ato que praticou. Em tais condições, embora não se possa negar os aspectos subjetivos que a questão encerra, afigura-se necessário o exercício do controle jurisdicional do ato administrativo, de modo a afeiçoá-lo ao âmbito de sua legitimidade, ou seja, adequar a situação a que se refere aos objetivos da lei.

Aliás, tal proceder encontra respaldo na jurisprudência do Excelso Pretório. Nesse sentido, merece ser transcrita a ementa que encima o RE 82.510-SP, do qual foi Relator o eminente Ministro Leitão de Abreu (RTJ 78/610):

«Multa fiscal. Pode o Judiciário, atendendo às circunstâncias do caso concreto, reduzir multa excessiva aplicada pelo Fisco. Precedentes do S.T.F.

Recurso não conhecido.»

III

Isto posto, em conclusão, confirmo a decisão monocrática, pelos seus próprios fundamentos; nego provimento à apelação.

EXTRATO DA MINUTA

AC 66.959-RJ — Rel.: Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Remetente: Juízo Federal da 7ª Vara — RJ.

Apelante: Superintendência Nacional de Abastecimento — Sunab. Apelada: Açougue Flor do Leme Ltda.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação. (Em 15-2-82 — 4ª Turma).

Os Srs. Ministros Armando Rollemberg e Romildo Bueno de Souza votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro Armando Rollemberg.

EMBARGOS INFRINGENTES NA APELAÇÃO CÍVEL Nº 68.549 — MG

Relator: O Sr. Ministro Pedro da Rocha Acioli

Relator designado: Ministro Américo Luz

Embargante: Ozair Alves da Silva

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

EMENTA

Execução Fiscal. Contribuições previdenciárias.

Embargos do executado julgados procedentes em primeira instância, por sentença reformada em grau de apelação, aos argumentos de que o embargante praticou ato atentatório à dignidade da justiça e de que o crédito previdenciário somente prescreve em 30 (trinta) anos (art. 144 da LOPS).

Embargos infringentes recebidos, para que prevaleça o voto vencido no juízo apelatório, em face de não ter ficado caracterizada a fraude impugnada ao devedor e porque, antes do advento da Lei nº 6.830/80, o prazo prescricional de 5 (cinco) anos é o aplicável à espécie (art. 174 do CTN).

ACÓRDÃO

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

Decide a Segunda Seção do Tribunal Federal de Recursos, por maioria, receber os embargos, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 3 de novembro de 1981 (data do julgamento) — Ministro Washington Bolívar de Britto, Presidente — Ministro Américo Luz, Relator designado.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Pedro da Rocha Acioli: Apreciando apelação de sentença que dera pela prescrição quinquênária da ação de cobrança das contribuições devidas à Previdência

Social, a 4ª Turma, por maioria, vencido o Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, deu provimento à apelação do IAPAS para reformar a sentença e determinar o prosseguimento da execução.

Fato é que a execução, ajuizada em 29 de setembro de 1971, foi sobrestada a pedido do INPS, atual IAPAS, por não se ter encontrado bens penhoráveis do devedor, ficando a ação paralisada de 18 de novembro de 1971 a 23 de abril de 1980, data em que o Instituto pedira o prosseguimento do feito, indicando bem imóvel pertencente ao executado.

O bem adiante penhorado já era de propriedade do executado desde março de 1969, fato que levou o Relator, Sr. Ministro Romildo Bueno de Souza, a afastar a alegada prescrição intercorrente pela ocorrência de fraude (CPC, arts. 129 e 600), assim não sendo, entendeu também que a prescrição não se consumou, em face do prazo trintenário previsto no art. 144 da Lei nº 3.807/60 (LOPS), entendimento este a que aderiu o eminente Ministro Armando Rollemberg, para quem «o prazo de prescrição das ações propostas pelas autarquias previdenciárias, para haverem contribuições, continua a ser de 30 anos» (fl. 46), na conta de que a LOPS — como norma de natureza especial — não pode ser revogada, sem referência expressa, por lei contendo disposição geral. O Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, vencido, sustentou «que a prescrição da ação para cobrança dos créditos previdenciários é quinquenal» (fl. 47), atribuindo àquele crédito a índole tributária, e acrescentou não obstar, a fraude, o transcurso do prazo prescricional.

Em face da manifesta divergência, Ozair Alves da Silva, o executado, opôs, em tempo, os presentes embargos infringentes, sustentando que a prescrição da cobrança das re-

feridas contribuições está sujeita, por sua natureza tributária, aos prazos dos arts. 173 e 174 do CTN, trazendo aos autos diversas decisões desta Corte em seu favor, com o que requereu a predominância do voto vencido.

Contrariando os embargos, alegou o IAPAS que, com o advento da Lei nº 6.830, de 22-9-80, dirimiu-se completamente a controvérsia existente sobre a matéria, de vez que o art. 9º da referida Lei estabeleceu, *in verbis*, que:

«O prazo para cobrança das contribuições previdenciárias continua a ser o estabelecido no art. 144 da Lei nº 3.807, de 26 de agosto de 1960».

E, para pedir a rejeição dos embargos, arrematou que:

«O eminente Ministro Carlos Mário Velloso, ao se pronunciar no «Ciclo sobre Execução Fiscal» promovido pela OAB — DF, no auditório do Ministério da Fazenda, realizado entre 9 e 13-3-81, afirmou que a referida lei ripristinou o art. 144 da LOPS, pelo que a prescrição das contribuições previdenciárias é de trinta anos» (fl. 117).

Chamada a manifestar-se nos autos, a douta SGR lançou o parecer de fls. 119/120, pela confirmação do aresto embargado.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Pedro da Rocha Acloli (Relator): O voto vencido do eminente Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, cujo prevalecimento se pede, negava provimento à apelação do Instituto,

— quer por entender haver consumado a prescrição quinquenal.

— quer pelo fato de a fraude não obstar o transcurso da prescrição intercorrente.

O acórdão, ao revés, proveu a apelação sob dois fundamentos. Primeiro porque:

«Pratica ato atentatório à dignidade da Justiça, incumbindo ao Juiz obstar o seu objetivo, o devedor que deixa de nomear bens à penhora, apesar de, comprovadamente, ser proprietário de imóvel por ocasião da citação. Inteligência dos artigos 129 e 600 do CPC».

E segundo por considerar que:

«Revestindo-se a contribuição previdenciária de caráter eminentemente sinalagmático de natureza não tributária, estão sujeitas às regras de prescrição tritenária do art. 144 da LOPS. Trata-se, aliás, de norma especial, pelo que prepondera sobre as normas de ordem geral» (fl. 49).

Os embargos, fundando-se no voto vencido, sustentam a tese de que a ação de cobrança das contribuições devidas à Previdência Social sujeitam-se ao prazo quinquenal previsto no art. 174 do CTN que, a seu juízo, revogou o art. 144 da LOPS. Eis o único fundamento dos embargos; e só por esse fundamento os acolhia. É que, conforme reiterados pronunciamentos, entendo, com a maioria dos Ministros desta Eg. Seção, que as contribuições previdenciárias se inserem na categoria de tributo, disso decorrendo a aplicação da regra ínsita no art. 174 do CTN.

No entanto, resta o outro fundamento do acórdão que efetivamente não foi atacado, qual seja, o de que a simulação, ou a fraude, obsta o transcurso da prescrição. Este fundamento sobrevive, mesmo caindo o outro — do prazo trintenário.

Naquela parte, entendo, com o acórdão recorrido, que a existência de simulação ou fraude, em Direito Tributário, e precisamente neste caso, impede a consumação da alegada prescrição intercorrente. Além das regras do CPC (arts. 120 e 600) invo-

cadas no acórdão, cabe também, aqui, invocar-se, analogicamente, a regra do parágrafo único e inciso I do art. 155 do CTN, no sentido de que a revogação da moratória individual, em casos de dolo ou simulação do beneficiado, o tempo decorrido entre a concessão e a revogação daquela não se computa, para efeito da prescrição do direito à cobrança do crédito.

E, no caso, as circunstâncias demonstram ter havido fraude, pela ocultação do bem penhorável.

Assim, conheço dos embargos, entretanto, subsistente o outro fundamento do acórdão recorrido, rejeito-os.

É como voto.

VOTO

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro: Sr. Presidente: Votei na Turma como vogal sem ter examinado os autos. Agora, porém, mostra o eminente Relator que se acha, na espécie, caracterizada fraude na execução. Diante disso, penso que dela não se pode beneficiar o executado.

Assim, peço vênha para reformar o meu voto proferido em apelação e acompanhar o Eminentíssimo Ministro-Relator.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Mário Velloso: Sr. Presidente: Citado o executado, certifiquei o meirinho que não efetuou a penhora por não ter encontrado bens (Execução fiscal, fl. 7).

Com vista dos autos, em 16 de novembro de 1971, requereu o exequente o sobrestamento do feito. Somente em 24 de abril de 1980 é que o exequente voltou aos autos, pedindo prosseguimento da execução. Quer dizer, o feito ficou paralisado, por culpa exclusiva do exequente, cerca de oito anos.

A prescrição intercorrente dá-se quando o feito fica paralisado por culpa exclusiva do exequente. É o caso.

Com a devida vênia, não considero caracterizada a fraude, no caso; e, mesmo se ocorrente, fala-se para argumentar, cumpria ao INPS movimentar o feito e não deixá-lo paralisado cerca de oito anos, conforme acabamos de ver.

Por tais fundamentos, meu voto é no sentido de receber os embargos, nos termos do voto vencido proferido na Turma pelo Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro.

O INPS, ao impugnar os embargos, menciona entendimento que manifestei em voto nesta Casa, no sentido de que a Lei nº 6.830 restaurara a prescrição trintenária do art. 144 da Lei Orgânica da Previdência Social. Em verdade, assim entendo. No caso, todavia, a prescrição consumou-se antes de ser tirada a lume a Lei nº 6.830, de 1980.

Com estas breves considerações, com a devida vênia, recebo os embargos.

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Justino Ribeiro: Rejeito os embargos, para tanto reportando-me ao voto que proferi no Incidente de Uniformização de Jurisprudência na Apelação Cível nº 58.664 — São Paulo, da qual farei juntar cópia.

VOTO VISTA

O Sr. Ministro Justino Ribeiro: Em sessão passada, após o voto do Relator, eminente Ministro Carlos Mário Velloso, pedi vista destes autos e hoje trago o meu voto.

2. Trata-se de incidente de uniformização de jurisprudência a respeito da questão de saber se as disposições do Código Tributário Nacional,

no referente à decadência e prescrição, se aplicam as chamadas contribuições destinadas ao custeio da Previdência Social.

3. O problema adquiriu certa complexidade e, como se viu pelo minucioso Relatório e pelo tão minucioso quanto erudito voto do Relator, vem suscitando pronunciamentos divergentes neste Tribunal, sobretudo em virtude de tanto a Constituição Federal como o citado Código haverem deixado ao intérprete a tarefa de discernir no grande debate doutrinário a respeito da natureza jurídica de tais encargos.

Ocorrente a divergência, inafastável se torna o conhecimento do incidente, pelo que nesta parte acompanho o eminente Relator.

4. No mérito, entretanto, embora de inteiro acordo e mesmo maravilhado com a brilhante exposição doutrinária feita por S. Exa., quero pedir licença para divergir da conclusão. É que entendo mais adequada à solução da espécie, pelo menos no estado atual de nosso direito, uma atitude mais pragmática.

5. Com efeito, sem embargo de ser hoje quase unânime na doutrina a dicotomia imposto e taxa para designar todas as entradas compulsórias de recursos para os cofres públicos, bem demonstrou o eminente Relator que, na prática e mesmo no direito positivo, ainda se conserva, para algumas delas, a denominação de contribuição, sendo exemplo mais notável a contribuição de melhoria. A. Carlos Fonseca, ilustre Assessor do eminente Ministro Pedro Acioli, em alentado estudo de que me remeteu um exemplar, também o demonstra com apoio em trabalhos de autores nacionais e estrangeiros.

Não é que as contribuições, assim designadas na prática, não caibam num ou noutro daqueles conceitos. Ao contrário, se atentarmos para a etimologia e até para a origem histó-

rica da palavra contribuição (do latim **contributio**, de **con** + **tribuere**, ação de juntar, incorporar, anexar, contribuir), que tem a mesma raiz de **tributum** ou **tributus**, termo originariamente utilizado para designar as coisas e serviços que as tribos vencedoras na guerra exigiam das vencidas, e que depois veio significar idênticos encargos impostos pelos governos aos próprios governados, para atender às despesas do estado, se atentarmos para isto, podemos até dizer que os conceitos de imposto e taxa é que se compreendem no de contribuição. Aliás, nos primeiros tempos foi esta palavra utilizada para amenizar a conotação odiosa do vocábulo tributo (cf. «Enciclopédia Mirador Internacional», Publicação de Encyclopaedia Britannica do Brasil Publicações Ltda., in verbete tributo, item I, 1.3). Assim, contribuição pode até sinonimizar-se com o gênero tributo, não sendo outra a razão por que a própria lei chama contribuinte ao pagador de tributo.

Não há, portanto, razão de origem teórica para não se chamar imposto ou taxa ao que hoje se chama contribuição, a qual, segundo Pontes de Miranda, ora assume o caráter de imposto, ora o de taxa, dependendo das circunstâncias (ver, desse saudoso jurista, «Comentários à Constituição de 1967», texto primitivo, Tomo II, págs. 351, e 361/367, sobretudo no final da página 366, onde ele mostra o erro de Seligman em pretender distinguir taxa de contribuição de melhoria). Aliás, neste ponto peço vênia para assinalar o que me parece pequeno equívoco do ilustre autor do trabalho acima referido: como bem frísou o eminente Ministro Carlos Mário Velloso, o insigne jurista não defendeu um **genus tertium**. Ele era pela dicotomia. O que ele quis, por certo, foi assinalar o caráter por assim dizer ambivalente dessas entradas, que, provindas de contribuin-

tes diversos, convergem para certa finalidade, para certo serviço estatal.

6. Em verdade, voltando às contribuições previdenciárias, se as examinarmos de um ponto de vista pragmático, veremos que elas, vistas do lado do contribuinte, tanto podem assumir o caráter de imposto ou de taxa como, até, de preços públicos ou, ainda, de prestação compulsória sem qualquer desses caracteres. Assumem o caráter de taxa para os trabalhadores (empregado, autônomo ou avulso) porque tiram proveito dos serviços ou benefícios prestados pela Previdência e não podem fugir ao pagamento delas; preços públicos, ou, se quiserem, taxas facultativas, para os contribuintes facultativos ou, para os contribuintes em dobro, porque, como é óbvio, podem deixar de pagar, desistindo dos benefícios, quando isto lhes apruiver; ainda preços públicos, para os usuários dos serviços sobre os quais incidiam as chamadas cotas de previdência (luz, telefone etc.) destinadas a responder pela contribuição da União, não só pelo fato de também poderem dispensar tais serviços como porque, vindo elas adicionadas ao preço do serviço, era como preço que o contribuinte a sentia; imposto, para os igualmente usuários dos ditos serviços, mas exercentes de atividades lucrativas, e também para os empregadores, porque delas não se beneficiam senão indiretamente e ainda as transferem aos seus fregueses (isto é, os tomadores de seus serviços ou adquirentes de suas mercadorias); finalmente, prestação compulsória sem qualquer desses caracteres, para os tomadores de serviço do trabalhador autônomo, que na forma do art. 64 do regulamento aprovado pelo Decreto nº 83.001/79 têm de entregar a este 8% de seu salário. E não se diga que estes 8% correspondem ao que o tomador do serviço teria de pagar ao órgão pre-

videnciário, se o trabalhador não fosse autônomo. A correspondência é apenas aritmética, como claramente se vê.

Há ainda o caso do dono da obra, que, pela norma ditatorial do art. 20 do Decreto-Lei nº 66/66, atenta exclusivamente à comodidade da burocracia, tem de pagar pelo construtor e por seus empregados, sem ao menos poder descontar destes a parte que lhes cabe. E, isto, independente de já haver pago tudo ao construtor, que no orçar a empreitada já inclui todos esses encargos. Que nome tem esse encargo extra do dono da obra para com o órgão previdenciário? Imposto, taxa ou confisco? É certo que a lei lhe assegura «ação regressiva» contra o construtor. Mas, de qualquer modo, o Estado transfere ao proprietário, ou ao simples condômino de edifício, incômodos que são seus. Esses incômodos, sem os privilégios e poderes do Estado, têm significação econômica, representam despesa, encargo. Que nome lhes daremos?

7. Como se vê, o problema apresenta particularidades variegadas. E apenas aponte algumas! Daí a dificuldade em reduzi-lo ao âmbito necessariamente generalizante e refratário a aspectos menores como sói ser o das teorias e doutrinas, muitas delas elaboradas com base no direito estrangeiro e, por isto, desconhecedoras de nossa legislação multifária, instável e em grande parte improvisada.

8. Talvez por isso mesmo haja o legislador conservado, para esses encargos parafiscais, o nome de contribuição, por ser mais abrangente e menos suscetível a polêmicas. E também porque o Código Tributário Nacional, desde o anteprojeto elaborado pelo que todos têm como maior conhecedor, à época, dessas questões, tenha definido tributos como compreendendo os impostos, as ta-

xas e a contribuição de melhoria, silenciando sobre as de previdência.

Com efeito, Rubens Gomes de Sousa, ao ser convocado em 1953 por iniciativa de Deputados encampada pelo então Ministro Osvaldo Aranha, para elaborar o anteprojeto, já tido como o maior conhecedor da matéria no Brasil. Evidentemente não ignorava a existência, já então, das contribuições previdenciárias, à época disseminadas nas várias leis regeadoras dos múltiplos institutos e caixas de aposentadoria. Ele não podia ignorar isto. E, no entanto, lá está, no art. 21, apontado e elogiado por outro eminente mestre no assunto, Aliomar Baleeiro, a definição de tributos como sendo impostos, taxas e contribuições de melhoria (cf. Aliomar Baleeiro, «Direito Tributário Brasileiro», 2ª ed., pág. 36/37). E — note-se — este eminente professor, emitindo parecer, como Deputado Federal, sobre o Projeto nº 4.834/54, da Câmara, exarava uma lição que é, com as qualidades de mestre que não possui, o que acima afirmei. Disse ele, *verbis*:

«O projeto, a nosso ver, com acerto, não contemplou especialmente entre as receitas as chamadas «contribuições parafiscais» arrecadadas pelos Institutos e Caixas de Pensões, Sesi, Sesc, etc. Nesse rol seria de incluir-se também o imposto sindical.

Na melhor doutrina, o neologismo parafiscal, introduzido na linguagem financeira da França pelo inventário Schuman e cedo copiada pelo Brasil, designa tributos que, às vezes são taxas e, outras vezes, impostos. Não raro, apresentou formas híbridas de imposto e taxa. Mas de específico tem só a delegação às entidades beneficiadas com a arrecadação». (cf. Aliomar Baleeiro, *ob. cit.*, pág. 38).

9. Ai está, reconhecido por mestre no assunto, não só o caráter oscilan-

te dessas contribuições entre imposto, taxa e outras figuras, de que falei acima, como também a não abrangência delas pelo CTN. O Código, com efeito, falou de impostos, taxas e contribuição de melhoria, o que leva, segundo conhecidíssimo princípio de lógica jurídica, à exclusão das contribuições previdenciárias, pois, a se atribuir ao legislador o propósito de as fazer compreender nos dois primeiros conceitos enunciados, ter-se-á de reduzir à inutilidade a referência à de melhoria, também abrangida neles.

10. Não se trata, aqui, de dar prevalência à chamada **voluntas legislatoris**, que a moderna hermenêutica insere apenas entre os subsídios menos valiosos de interpretação, mas de atentar em que a previdência social, de evolução tão lenta que levou um século para caminhar das mutualidades de cunho particular, inauguradas com as tontinas do século XVII, até a instituição do primeiro seguro social obrigatório por Bismarck em 1883, ainda está, entre nós, outro século depois, praticamente começando a evoluir dos percalços e contratemplos iniciais. Consta que em alguns países ela já atingiu o ideal, que é o de o Estado assumir integralmente o amparo dos inválidos de qualquer natureza, saindo os recursos dos próprios impostos gerais, isto é, independente de contribuição específica e bastando a qualidade de súdito e inválido para ter direito subjetivo ao amparo. Mas, entre nós, mais se tem pensado na demagogia das aposentadorias por tempo de serviço ou por outras razões estranhas à incapacidade para o trabalho; e só muito recentemente se pensou no amparo aos anciãos de mais de 70 anos. Dos outros inválidos, se não tiverem o amparo da família, alicerce do Estado liberal, que cuidem as religiões menos fechadas ou outras instituições caritativas.

11. Foi por certo pensando neste estado ainda incipiente de nossa instituição previdenciária, que há de caminhar para aquele ideal mas, por enquanto, é a miscelânea de que falei, que o legislador do CTN deixou de trazê-lo para o âmbito deste.

12. Estou, assim, com o IAPAS, no excelente memorial apresentado por seu ilustre Procurador, Dr. Paulo Cesar Gontijo. Não há dúvida de que as contribuições previdenciárias, quando compulsórias como na sua maioria, têm natureza tributária. Seria inútil negá-lo e, por isto, o IAPAS começa por reconhê-lo. Porém, menos certo também não é o Código, que nem saiu do Congresso com esse nome, não foi exauriente. Ele deixou as contribuições de previdência e outras (como as de custeio das autarquias de fiscalização profissional, que são fixadas ou reajustadas pelos respectivos Conselhos) para a legislação específica.

13. Nessa linha de entendimento, o que se pode ter como tumultuário é o Ato Complementar nº 36/67, que se apressou em dar o nome de Código ao que saiu do Congresso como sistema; o Decreto-Lei nº 27/66, que lhe acrescentou dispositivo para dizer o óbvio, isto é, que as chamadas cotas de previdência e outras «contribuições» estavam fora de seu alcance; a Emenda Constitucional nº 8, referente a estas mesmas cotas e, agora, a Lei nº 6.830/80, que vem chover no molhado a respeito de prescrição. São, estas, providências legislativas engendradas às pressas, talvez motivadas pelo descrédito ou pelo medo do trabalho construtivo e seguro, embora lento, da jurisprudência. Normas que ao invés de evitar o mal que temem, quase sempre o aumentam, pelo tumulto e a insegurança que trazem ao próprio julgador.

14. Senhor Presidente, para encerrar este voto que já muito se alongou e — admito — pouco contribuiu para o esclarecimento da matéria, quero

lembrar, ainda a propósito dessas chamadas cotas de previdência, que o Decreto-Lei nº 1.505, de 1967, as substituiu por uma parcela sobre o preço ex-refinaria dos combustíveis, equivalente a 6% do preço ex-refinaria da gasolina tipo «A», livrando assim do encargo os consumidores de luz, água, gás, telefone, etc. e os usuários dos transportes coletivos.

Por esta inconstância da legislação, que muda a todo instante a coloração desses encargos, foi que em voto proferido em embargos na AC 36.382-SP, a propósito de discussão semelhante à destes autos, me aventurei a chamar tais cotas de quase-imposto. Pelo menos já não podem ser tratadas como taxa, pois quem compra combustível não utiliza serviço público. Isto mostra que o conjunto de tais contribuições parafiscais ainda evolui e está longe de se ajustar às teorias rígidas, ou de se acomodar a doutrinas inspiradas no direito mais sedimentado de outros povos.

15. Concluo, pelo exposto, que o Código Tributário Nacional não alcança as contribuições em debate. Assim, lamentando não poder acompanhar o brilhante voto do eminente Ministro-Relator, formo-me na ala deste egrégio Tribunal que, segundo refere A. Carlos Fonseca no trabalho inicialmente referido, entende que, a respeito de decadência e prescrição, elas obedecem à legislação própria, tendo por base a Lei nº 3.807/60. Dentre os nomes representativos dessa corrente, citam-se os dos eminentes Ministros Carlos Madeira, Aldir Guimarães Passarinho e Evandro Gueiros (AC 55.396 — SP); Armando Rollemberg (AC 50.134 e 53.881 — SP); Antônio Torreão Braz e Moacir Catunda (AC 51.748-SP) e José Fernandes Dantas (AC 58.003 — MG).

É o meu voto.

RETIFICAÇÃO DE VOTO

O Sr. Ministro Américo Luz: Sr. Presidente:

Ao proferir o meu voto, também partia do pressuposto da existência de fraude, mas estou convencido, diante dos esclarecimentos prestados pelo eminente Ministro Carlos Mário Velloso, de que essa fraude realmente não ficou caracterizada nos autos. O executado não declarou que não possuía bens e a penhora feita oito anos mais tarde, período esse durante o qual ficou inativo o exequente, fez com que a prescrição se consumasse.

Data venia do eminente Relator, retifico o meu voto, para receber os embargos.

RETIFICAÇÃO DE VOTO

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro: Sr. Presidente: Sempre vejo a questão de fraude de forma a coibi-la, com todo o rigor da lei. Neste caso, conversando com o eminente Ministro Pedro Acioli, fui advertido para o assunto e à vista do relatório, que tive ensejo de ler, constatei a existência de fraude, vez que pensara ter o executado declarado perante o oficial de justiça que não possuía bens, os quais depois vieram a ser encontrados, verificando-se que, à época da declaração, já pertenciam ao executado: daí ter admitido a ocorrência de fraude à execução. E como, a meu ver, ninguém pode se beneficiar da fraude por ele próprio praticada, ninguém pode tirar proveito da sua própria torpeza, entendi de, humildemente, reformular o meu voto proferido na Turma. Mas, agora, o eminente Ministro Carlos Mário Velloso acaba de ler a certidão do oficial de Justiça e por ela não se verifica realmente a existência de qualquer declaração feita por parte do executado no sentido de que não possuía os bens àquela época.

Diante desses aspectos de fato que, sem dúvida alguma, muitas vezes nos conduzem a erro por impossibilidade de um exame aprofundado dos autos, peço vênia para manter o meu voto vencido, reformulando o anterior e, portanto, para receber os embargos.

EXTRATO DA MINUTA

Emb. Infringentes na AC 68.549 — MG. Rel.: Sr. Min. Pedro da Rocha Acioli. Rel. Desig.: Sr. Min. Américo Luz. Embgte.: Ozair Alves da Silva. Embgdo.: Iapas.

Decisão: A Seção, por maioria, recebeu os embargos, vencidos os Srs. Ministros Relator, Armando Rollemberg, José Dantas e Justino Ribeiro (Em 3-11-81. 2ª Seção).

Os Srs. Ministros Antônio de Pádua Ribeiro, Américo Luz, Wilson Gonçalves, Sebastião Alves dos Reis e Miguel J. Ferrante votaram de acordo com o voto do Sr. Ministro Carlos Mário Velloso, ficando designado o Sr. Ministro Américo Luz para relator do acórdão. Ausentes, por motivo justificado, os Srs. Ministros Moacir Catunda e Romildo Bueno de Souza. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Washington Bolívar de Brito.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 73.872 — SP

Relator: O Sr. Ministro Romildo Bueno de Souza

Apelante: José Alves de Godoy Neto

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

EMENTA

Processual civil e administrativo. Execução fiscal.

Embargos do executado.

Requisitos da petição inicial.

Arguição de nulidade da execução por cerceamento de defesa: falta de entrega da notificação, no procedimento administrativo.

Alegação que se rejeita: presunção relativa de regular funcionamento do serviço público; falta de impugnação objetiva nos próprios embargos.

Reconhecimento parcial do débito pelo embargante: consequência.

Procedência parcial dos embargos: consequência.

1. A petição inicial dos embargos do executado, devendo instaurar processo relativamente autônomo, sujeita-se à observância dos requisitos legais genéricos, além daqueles que lhe são específicos; inconvenientes resultantes da inobservância dessas exigências.

2. Não se evidencia cerceamento de defesa no procedimento administrativo, se o embargante não abala a presunção de recebimento da notificação, desde que expedida oportunamente para endereço correto, existindo nos autos recibo contendo assinatura legível.

3. O reconhecimento de parte do débito, por mínimo que seja, determina a procedência apenas parcial dos embargos.

4. A improcedência dos embargos não altera o título da dívida: a consequência não é sua condenação, senão apenas aos consectários da sucumbência.

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, 3 de março de 1982 (data do julgamento). — Ministro Armando Rollemberg, Presidente — Ministro Romildo Bueno de Souza, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Romildo Bueno de Souza: O ilustre Advogado José Alves de Godoy Neto, demandado perante a 1ª Vara de Pirassununga em execução fiscal que lhe move IAPAS, opôs embargos para alegar o pagamento, dentre as contribuições reclamadas, daquelas relativas ao período de setembro de 1974 a novembro de 1975, pelo que «o embargante está a dever, tão-somente, contribuições previdenciárias correspondentes ao período de junho de 1977 a março de 1980», de conformidade com demonstrativo e comprovantes que apensou à inicial, totalizando o débito de Cr\$ 64.739,28.

Ao impugnar, o exequente, reconheceu o recolhimento espontâneo daquelas contribuições mencionadas na inicial de embargos; ressaltou, entretanto, que o embargante errou no cálculo de débito remanescente; que este é, em verdade, de Cr\$ 64.829,07 (fls. 18/20); e concluiu por acentuar que o embargante fora regularmente notificado para recolher o débito ou comprovar o pagamento das contribuições, sem que, no entanto, se tenha manifestado. Por esta razão, sustenta não se configurar sua sucumbência, a despeito de reconhecer que o débito é menor do que o alegado.

A sentença (fls. 37/38) enfatizou as providências administrativas dadas pela autarquia e o silêncio do embargante; afinal, julgou improcedentes os embargos e condenou o embargante a custas e honorários advocatícios de 20% «sobre a condenação».

O embargante apelou em tempo hábil, pedindo a reforma da sentença por ter havido cerceamento de defesa, eis que a notificação administrativa não lhe foi comprovadamente entregue.

Subiram os autos com as contrarrazões.

Dispensei parecer e revisão.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Romildo Bueno de Souza (Relator): Impõe-se assinalar que os embargos do executado constituem demanda de conhecimento (CPC, art. 736) relativamente autônoma (porque incidente na ação de execução), destinada a proporcionar sentença desconstitutiva do título em que a execução se baseia.

Eis porque reclamam petição inicial devidamente instruída (como se observa em qualquer demanda), o que esclarece a remissão expressa ao art. 295, contida no art. 739, III, do CPC.

Sendo assim, são de exigir da inicial (e da impugnação dos embargos) todos os requisitos que a lei impõe a qualquer petição inicial (e a qualquer contestação), além de outros específicos, como sejam: certidão da citação e da penhora; certidão da sentença exequenda (e do seu trânsito em julgado) ou da certidão da dívida, conforme o caso, etc.

A não se proceder assim, em caso de recurso o Tribunal não terá elementos nos autos dos embargos para o adequado julgamento em causa.

Na verdade, a apelação interposta da sentença que julga improcedentes os embargos à execução não se reveste de efeito suspensivo da execução (CPC, art. 520, V).

Bem se vê que, ao receber tal recurso no único efeito que a lei lhe confere, importa que o Magistrado determine a desapensação dos autos da ação de execução, providência sem a qual esta não poderá prosseguir, caso em que resultará meramente teórica a restrição de efeito do recurso, segundo a lei, tudo se passando, na prática, como se o recurso fosse também suspensivo da execução.

2. Ficam nos autos estas observações, voltadas a contribuir para o aprimoramento e maior eficácia da

prestação jurisdicional e garantia dos direitos das partes.

3. Afinal, é também oportuno esclarecer que, improcedentes que sejam os embargos do executado, o que resta ao Juiz da execução (e dos embargos) é, tão-só e unicamente, determinar o prosseguimento da execução (que a oposição dos embargos havia sustado): não é caso, por conseguinte, de condenar o executado-embargante, senão apenas às verbas de sucumbência, pois a execução (que prosseguirá) é aquela mesma, fundada no título extrajudicial trazido pela inicial.

II

4. No tocante ao caso dos autos, não posso subscrever a averbação da má-fé do apelante, contida na sentença: limito-me a afastar a alegação de que a notificação administrativa não teria sido recebida.

Neste ponto, deve prevalecer a presunção relativa de que, expedida oportunamente para endereço certo, foi a carta ali entregue à pessoa ligada ao destinatário.

É o que se ajusta ao funcionamento regular dos correios, serviço público que, malgrado os percalços do passado, nos últimos anos se tem credenciado à confiança geral. Sendo esta presunção relativa, ao apelante cabia o ônus de afastá-la, não se cogitando (saliente-se) de prova impossível, desde que o recibo da correspondência está assinado e a assinatura é perfeitamente legível (fls. 28/29).

5. Acresce que o apelante, embora tenha embargado a execução, contudo, ao fazê-lo, se confessou devedor de uma parte.

Os embargos, já se vê, são, em parte, procedentes.

Nesta conformidade, dou parcial provimento à apelação, de modo a

impor ao apelado a obrigação de reembolsar ao apelante as custas, na proporção da sucumbência; e reduz

os honorários advocatícios a 10% do valor total efetivamente devido.

É o voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 74.047 — PR

Relator: O Sr. Ministro José Dantas

Apelante: Cia. Energética de São Paulo — CESP

Apelada: Usina Central do Paraná S/A — Agricultura Ind/Com

EMENTA

Desapropriatória. Liquidação da sentença.

— **Correção monetária.** A par de dever-se calcular com base «na variação nominal» da ORTN (Lei 6.423/77, art. 1º e §§), a correção monetária não incide sobre o valor do depósito da oferta, já que o ônus corre, em favor do desapropriado, à conta do estabelecimento depositário, nas ações da competência da Justiça Federal (Déc.-Lei 759/69, art. 16).

— **Juros.** Subtrai-se da incidência dos juros o percentual de 80% (oitenta por cento) do valor da oferta, posto à livre disposição do desapropriante.

— **Honorários.** Cálculo reputado correto, dado o trânsito em julgado da sentença exequenda que estabeleceu honorários desconformes com a orientação predominante no Tribunal.

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 parcial provimento à apelação, para mandar excluir do cálculo indenizatório a correção monetária do depósito inicial e os juros sobre 80% (oitenta por cento) do referido depósito, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 3 de março de 1982 (data do julgamento) — Ministro José Fernandes Dantas, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Dantas: Da sentença homologatória do cálculo da indenização desapropriatória de que se trata, apelou a desapropriante, pleiteando as seguintes alterações:

«— seja verificada a diferença entre a oferta e a condenação, antes da aplicação da incidência de juros e correção monetária;

— seja o depósito inicial corrigido até a data da juntada do laudo oficial;

— seja a correção monetária aplicada de acordo com os índices específicos para desapropriações, publicadas pela SEPLAN e,

— sejam os honorários advocatícios calculados sobre a diferen-

ca entre a oferta e a condenação, corrigidos ambos os valores» — fl. 1.065.

Ler-se o arrazoado de fls. 1.062/1.064.

Respondeu-lhe a desapropriada, a partir da preliminar de intempestividade da apelação, porquanto, mesmo antes da publicação, a apelante tomara ciência da decisão, quando atravessou petição nos autos; ademais, a parte não teria prequestionado os vícios agora atribuídos ao cálculo, o qual se evidenciaria correto, principalmente na parte da adoção dos índices de variação nominal da ORTN, únicos válidos, atualmente, consoante a expressa extinção de índices concorrentes, como os extinguiu a Lei 6.423/77. Contra-razões de fls. 1.074/79.

Nesta instância, a apelação foi processada na forma do RI, arts. 33, IX, e 63, § 2º.

Relatei.

VOTO

O Sr. Ministro José Dantas (Relator): Senhores Ministros: Rejeito a preliminar de extemporaneidade da apelação. A mim parece que do fato de atravessar petição nos autos, a trato de matéria estranha, não se pode deduzir que a parte tenha tomado inequívoca ciência da decisão homologatória do cálculo.

Noutro passo, também desprestigiada é a alegação de não-prequestionamento das matérias objeto da apelação. De fato, desde a primeira conta levantada (fls. 1.017) e corrigida a fls. 1.029, até o cálculo final homologado (fls. 1.053), e apelante vem questionando os pontos que objetivaram o seu recurso.

Cumpré, pois, examiná-los, na ordem em que foram deduzidos.

1º Aplicação dos juros e correção monetária apenas sobre a diferença entre a oferta e a condenação.

Indo-se por partes, veja-se que, no tocante à correção monetária, na verdade, a jurisprudência admite que se excluam os 80% do depósito inicial, valor que sempre esteve à disposição do desapropriado, corrigindo-se apenas os 20% obrigatoriamente retidos — AC 67.993, da qual fui relator nesta Turma, in DJ de 23-3-81; RE 89.847, DJ de 6-4-79, e RE 88.710, DJ de 10-8-79, ambos relatados pelo Min. Thompson Flores. Entretanto, de lavra mais recente e de melhor aplicação ao caso dos autos, é o acórdão no RE 88.713, relator Ministro Décio Miranda, verbis:

«**Ementa:** Civil. Desapropriação.

1) Sobre os 20% do depósito inicial, que não podem ser levantados, incide correção monetária, a cargo do expropriante, se a conta do depósito não a prevê a cargo do estabelecimento depositário, como acontece quando o depósito é feito perante a Justiça Federal (art. 16 do Decreto-Lei nº 759, de 12-8-69)».

Convenha-se, pois, que, a tratar-se de depósito bancário integralmente corrigível pelo depositário, assiste plena razão ao apelante, ao pretender a exclusão do depósito no cálculo da correção monetária, mesmo porque essa exclusão será compensada pelo levantamento integral do saldo da conta bancária já pertencente à desapropriada.

No entanto, com relação aos juros, volta-se àquela construção inicial, para a conclusão de que os 20% retidos em depósito devem sofrer a sua incidência, visto que desse valor a desapropriada nunca pode dispor, e sabidamente o depósito bancário não os rende; assim já decidiu essa Turma na AC 58.160, da qual fui relator, em Sessão de 23-2-81.

Em síntese, quanto ao primeiro ponto da apelação, entendo que se deva excluir da correção monetária o depósito inicial, cujo saldo bancário, com a correção que houver gera-

do, será levantado pela desapropriação; mas, por outro lado, o do valor da oferta, subtraia-se à incidência dos juros o valor de 80% que sempre esteve à disposição da desapropriada.

2º As determinações acima superam o segundo ponto da apelação, relativo à correção de todo o depósito inicial, correção essa que não faz sentido, pondo-se, ademais, em oposição ao primeiro pleito, isto é, o de que somente a «diferença» seja corrigida.

3º Quanto aos índices de correção monetária aplicáveis, propondo para ficar com a indicação dos índices de variação nominal da ORTN.

Por mais que pareça correta a asserção de «...que não difere o resultado matemático dos índices da SEPLAN em relação aos da variação do valor nominal das ORTNs adotado pela Lei 6.423, de 17-6-77. Por definição, a variação do valor da moeda é a mesma, num e noutro caso».

tal como essa asserção foi feita pelo Ministro Décio Miranda (Acórdão ao AI 75.922, RTJ 92/141) (e isso sem ouvidos para a diferença matemática que, no presente caso a apelada pretendeu demonstrar nas suas contra-razões), certo é que, a par dessa controvérsia factual, ocorre um forte argumento de ordem jurídica.

Com efeito, a Lei 6.423/77, por seu art. 1º, caput, proibiu a estipulação de qualquer outra «expressão monetária» não baseada na «variação nominal da Obrigação Reajustável do Tesouro Nacional (ORTN)»; e do mesmo modo dispôs, no § 2º, a substituição pela dita variação de todos os outros índices ou critérios de correção monetária, previstos em lei, salvo as expressas exceções do § 1º, alíneas a, b e c.

Logo, se dentre as aludidas exceções não foi arrolado o critério do art. 26, § 2º, do Decreto-Lei 3.365,

com a redação dada pela Lei 6.306/75, é evidente que os índices procurados para as indenizações expropriatórias deixaram de ser aqueles especificadamente fixados pela SEPLAN, para conformarem-se à variação nominal da ORTN, nos exatos termos da nova recomendação legal.

Aliás, ao que pude consultar, o Tribunal tem precedentes nesse sentido, a exemplo do decidido pelas Turmas, em proclamações como esta:

«A correção monetária, na desapropriação, deve ser calculada com base na variação nominal da Obrigação Reajustável do Tesouro Nacional — ORTN (Lei 6.423, de 17-6-77, art. 1º, §§ 1º, 2º e 3º). Precedentes do TFR».

— 4ª Turma: AC 65.819, 66.248 e AC/ED 36.562; 5ª Turma: AC 67.146.

É bem verdade que esta Egrégia 6ª Turma decidiu de modo diverso, na AC 63.258, Sessão de 10-9-80, conforme o voto do Ministro Américo Luz, com minha adesão e do Ministro Wilson Gonçalves, acentuando-se, então, que as leis confrontadas não se conflitam. Entretanto, revejo meu posicionamento, pois que agora verifico que a questão não está em que conflitem ou não aquelas leis, mas, sim, em que, entre conferir se os índices específicos fixados pela SEPLAN (Lei nº 6.306/75) estão conforme os da variação da ORTN — Lei 6.423/77, e de logo adotar estes últimos índices, já que realmente são os únicos aplicáveis, mais razoável parece que se proceda deste modo e não daquele, cumprindo-se sem maior delonga o preceito que proíbe outro índice que não o da variação da ORTN. Noutras palavras, até mesmo que não se conflitem as leis citadas, mais razão está para aplicação da lei nova que veio a tratar inteiramente o assunto dos «índices de correção monetária».

Anote-se mais, a propósito da reformulação da posição da Turma frente à espécie, que na Sessão de 16-12-81, com minha adesão e a do Ministro Américo Luz (pois não esteve presente o Ministro Ferrante), o Relator, Ministro Wilson Gonçalves, proveu o recurso adesivo em causa, para mandar aplicar a dita Lei 6.423 à liquidação expropriatória de que se tratava — AC 70.828-SP.

Portanto, fico em que a apelante não tem razão, ao verberar o cálculo homologado, elaborado que foi em perfeita harmonia com o que me parece ser a melhor compreensão da discutida Lei 6.423/77.

Finalmente, no que toca à base de cálculo dos honorários, é de bom conselho entender-se que a sentença exequenda, ao fixá-los «à razão de 1% sobre o valor da diferença entre o depósito e indenização e sua correção», o fez com precisão e clareza, referindo-se à correção monetária vinculada àquele último termo coordenado pela aditiva «e»..., na expressão «indenização e sua correção».

É bem verdade que a condenação assim fixada esteve dasafeta à orientação do Tribunal, preconizante de que se devam corrigir para efeito da honorária ambas as parcelas consideradas para encontro da diferença. Todavia, o conserto desse desacordo havia de ser postulado por meio da apelação contra a sentença que o dispusera, e não agora, por recurso contra a sua execução.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 75.384 — RJ

Relator: O Sr. Ministro Wilson Gonçalves

Apelante: IAPAS

Apelado: Móveis Prado Ind. Com. Ltda.

Tecidas todas essas considerações, fico em reformar a sentença homologatória, tão-somente para determinar as seguintes alterações do cálculo de fls. 1.053:

a) que se exclua da incidência da correção monetária o depósito inicial, cujo saldo bancário, com a correção que houver sofrido, caberá totalmente à desapropriada, independentemente de cálculo do Contador; e

b) que se subtraia à incidência dos juros o valor de 80% da importância inicialmente ofertada.

Daí, o provimento parcial que dou à apelação.

EXTRATO DA MINUTA

AC 74.047-PR — Rel.: Sr. Min. José Dantas. Apte.: Cia Energética de São Paulo — CESP. Apda.: Usina Central do Paraná S.A. — Agricultura Ind. Com.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu parcial provimento à apelação, para mandar excluir do cálculo indenizatório a correção monetária do depósito inicial e os juros sobre 80% (oitenta por cento) do referido depósito, tudo nos termos do voto do Relator (Em 3-3-82 — 6ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Wilson Gonçalves e Miguel Ferrante. Presidiu o julgamento o Sr. Min. José Dantas.

EMENTA

Execução fiscal. Embargos. Débito pago antes do ajuizamento da ação. Condenação do embargado

em honorários. Lei nº 6.830/80, art. 26. Inaplicabilidade.

Sucumbente a exeqüente, deve ela suportar os encargos decorrentes da condenação em honorários advocatícios, em face de o executado ter constituído advogado, para apresentar defesa.

Inaplicabilidade, ao caso, da regra do art. 26 da Lei nº 6.830/80. Com efeito, não houve cancelamento da inscrição da dívida executada. De qualquer forma, mesmo pondo de lado o preceito constitucional que informa o art. 125, I, da Lei processual civil, não se pode esconder a incompatibilidade do discutido art. 26 com os institutos da sucumbência, da lide temerária e do dano processual, bem assim com os princípios fundamentais da nossa processualística civil, dentre os quais merecem menção os arts. 26 e 267, § 4º, do atual Código de Processo Civil, aplicáveis à execução por força do seu art. 598.

A matéria merece estudo mais profundo, demorado e cauteloso, tendente a encontrar a adequada interpretação da norma em exame, harmonizando-a, inclusive, com o parágrafo único do art. 39 da própria Lei nº 6.830/80.

Honorários de advogado reduzidos para 15% (quinze por cento), excluída a correção monetária.

Provimento parcial do recurso.

ACÓRDÃO

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

Decide a Sexta Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, dar parcial provimento à apelação, para reduzir a verba honorária, 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 março de 1982 (data do julgamento) — Ministro José Fernandes Dantas, Presidente — Ministro Wilson Gonçalves, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Wilson Gonçalves: Apreciando os embargos opostos por Móveis Prado Ind. Com. Ltda. à exe-

cução promovida pelo IAPAS, o MM. Juiz a quo houve por julgá-los procedentes uma vez que o débito executado já fora anteriormente satisfeito, fato reconhecido pelo próprio embargado.

Em consequência, foi determinada a condenação do exeqüente na verba advocatícia à razão de 20% sobre o valor cobrado e no reembolso das custas.

Insatisfeito, apelou o IAPAS pugnando pela exclusão da taxa honorária, em face do art. 26 da Lei nº 6.830, de 1980 e porque o ajuizamento da execução decorreu do não atendimento do embargante aos diversos chamados do Instituto para comprovação do pagamento da dívida. Impugna também a aplicação de correção monetária.

O apelo não foi contra-arrazoado.

Dispensada a revisão, nos termos do art. 33, IX, do Regimento Interno.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Wilson Gonçalves:
A matéria tem sido decidida uniformemente no sentido da ementa ao acórdão na Apelação Cível nº 51.133-SP., in verbis:

«Execução Fiscal. Embargos. Débito pago antes do ajuizamento da ação. Condenação da embargada em honorários. Valor da Causa.

Sucumbente a exequente, deve ela suportar os encargos decorrentes da condenação em honorários advocatícios, em face de o executado ter constituído advogado, para apresentar defesa.

O valor da causa no processo de embargos está vinculado ao da ação principal» (antiga Primeira Turma, julgamento de 28-3-80 e Remessa Ex Officio nº 55.867-SP, julg. de 10-3-80).

Na espécie, há, porém, um aspecto jurídico novo. É que o apelante invoca, em seu favor, o art. 26 da Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980, para esquivar-se do ônus da verba advocatícia.

Estabelece o dispositivo:

«Art. 26. Se, antes da decisão de primeira instância, a inscrição da Dívida Ativa for, a qualquer título, cancelada, a execução fiscal será extinta, sem qualquer ônus para as partes.»

Não é, a rigor, a hipótese dos autos. Com efeito, não houve cancelamento da inscrição da dívida executada. Como intuitivo, o cancelamento é ato administrativo que deve ser praticado por autoridade competente na respectiva repartição, da mesma forma que a lei o exige para a inscrição da dívida (arts. 201 e 202 do Código Tributário Nacional). Tanto isto

representa a verdade que o recorrente pretende, à míngua de melhor argumento, que o reconhecimento de que o débito já fora pago e o seu pedido de arquivamento do processo tenham o mesmo efeito jurídico do cancelamento, o que é inteiramente inaceitável. Um constitui ato administrativo, o outro ato judicial.

A regra inserida no prefalado art. 26, além das tentativas de supressão no Congresso Nacional, não vem merecendo boa acolhida por parte de juristas e comentadores, não só quanto à sua validade constitucional, como pelas implicações e conflitos com preceitos dominantes na processualística civil.

Como exemplo, abro espaço aqui aos comentários de Antônio Nicácio, no seu livro «A Nova Lei da Execução Fiscal:»

«1. O injustificável art. 26 foi fundamentado na EM, item 80, com lacônica argumentação, dizendo, apenas o óbvio:

«O preceito do art. 26 visa a explicar que, no caso previsto, não ocorre a sucumbência. A hipótese não se confunde com a improcedência da execução fiscal.»

2. A Emenda nº 50, do Deputado Homero Santos, que suprimia o art. 26, e a de nº 51, do Deputado Pedro de Faria, que suprimia apenas a parte final «sem qualquer ônus para as partes», foram rejeitadas, porque não atendiam «ao princípio da desburocratização», segundo o parecer do relator do projeto na Comissão Mista.

3. Na verdade, o argumento do Deputado Homero Santos é irresponsável.

«O dispositivo não é eticamente recomendável, estimulando, outrossim, a irresponsabilidade do exequente.

4. O que, efetivamente, atende ao princípio da desburocratização é não inscrever dívidas, sem a prévia verificação de sua legalidade (art. 2º, § 3º) e não ajuizar ações, sem condições de prosperar, sobrecarregando o já afogado Poder Judiciário e causando prejuízos não só ao executado, como também ao próprio Poder Público, eis que a movimentação de Justiça custa muito dinheiro ao erário.

5. O dispositivo, além de incrementar a irresponsabilidade funcional, fere o princípio fundamental de igualdade de todos perante a lei, inclusive quanto ao tratamento processual (CPC, art. 125).

6. A frase final «sem qualquer ônus para as partes» é uma farsa, eis que seu significado real é sem qualquer ônus para a Fazenda, pois o executado não poderá recuperar o que gastou, para provar o seu direito, no próprio processo que será extinto.

7. Se impugnada a avaliação inicial pelo executado e feita outra, por perito designado pelo Juiz, antes do cancelamento, teria o perito que devolver-lhe os salários recebidos?

7.1. E se os salários ainda não tiverem sido pagos, quem os pagará, se o cancelamento da inscrição importa na extinção do processo, «sem qualquer ônus para as partes?»

7.2. Estas são apenas algumas questões que surgirão desse infeliz dispositivo, que desaguarão no Poder Judiciário.

8. Por outro lado, o preceito conflita abertamente com o art. 107 da Constituição que estabelece que

«as pessoas jurídicas de direito público responderão pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causarem a terceiros.»

8.1. Extinta a execução, poderão os executados mover ação contra a Fazenda Pública, respectiva, para ressarcimento dos prejuízos sofridos, em virtude da irresponsabilidade do funcionário que, sem o efetivo «controle administrativo da legalidade», ou irregularmente, determinou a inscrição da dívida.

8.2. E como cabe ação regressiva da Administração Pública contra o funcionário responsável, até contra aquele que tem agido com simples culpa, o dispositivo não concede alvará para os procuradores da Fazenda usarem e abusarem da regra, como à primeira vista parece.

9. Aliás, o parágrafo único do art. 39 da lei reforça esse entendimento ao dispor que:

«se vencida, a Fazenda Pública ressarcirá o valor das despesas feitas pela parte contrária.»

9.1. A expressão «se vencida» é ampla, não se confundindo apenas com a hipótese de procedência dos embargos do executado.

9.2. Se após os embargos, a Fazenda cancela a inscrição e requer a extinção do processo, ela, inegavelmente, foi vencida.» (ed. LTR, 1981, págs. 275 a 276; veja-se, também, Luiz Celso de Barros, «A Nova Execução Fiscal», 1ª ed., Jalovi Ltda., 1981, págs. 251 a 253).

Merece destaque, também, no particular, a douta opinião de Humberto Theodoro Júnior, na sua recente obra *A Nova Lei de Execução Fiscal: Despesas processuais e sucumbência*.

Pela Lei nº 6.830, a Fazenda Pública, na execução fiscal, não estará mais sujeita ao pagamento de custas e emolumentos, inexistindo, pois, para os atos de seu interesse, preparo ou prévio depósito (art. 39).

No entanto, se vencida a Fazenda nos embargos do devedor, a ela

se imporão, normalmente, os ônus da sucumbência, ou seja, terá de se sujeitar ao ressarcimento das despesas feitas pela parte vencedora, com custas e honorários advocatícios (art. 39, parágrafo único).

Diz, outrossim, o art. 26 que «se, antes da decisão de primeira instância, a inscrição de Dívida Ativa for, a qualquer título, cancelada, a execução fiscal será extinta, sem qualquer ônus para as partes.»

Tem-se, assim, a impressão de que, reconhecendo nulidade ou vício fundamental na inscrição, pode a Fazenda cancelá-la e desistir da execução fiscal, sem ter que se sujeitar aos encargos da sucumbência, em qualquer tempo, enquanto não houver julgamento em primeiro grau de jurisdição.

Entendo, porém, que urge fazer algumas distinções.

Assim é que a lei não fala em isenção de responsabilidade por toda e qualquer despesa processual, mas apenas da execução, com o que fica fora do alcance do art. 26, as custas e honorários dos embargos. Por outro lado, o referido dispositivo legal não fala em isenção de ônus processuais para a Fazenda Pública e sim «para as partes», o que inclui, portanto, também o devedor.

A meu sentir, pois, o que pode a Fazenda é desistir da execução sem ter de pagar as custas do processo executivo. Mas se houver embargos, esta ação é do devedor e dela não poderá desistir a credora (ré no incidente). Assim, aquelas custas e aqueles gastos de honorários já efetuados pelo embargante terão de ser ressarcidos pela Fazenda sucumbente. É que o cancelamento da inscrição da Dívida Ativa ajuizada, perante os embargos será forma de reconhecimento do pedido, acarretando a quem

confessa sua procedência, a situação de sucumbente, com todos os seus consectários.

Entender que possa a Fazenda desistir da execução embargada sem pagar as despesas processuais já efetuadas pelo devedor, seria o mesmo que permitir a extinção do processo com atribuição dos ônus à parte vencedora (o embargante), que não concorreu para a extinção do processo e teve seu pedido implicitamente reconhecido como procedente pela conduta da Fazenda embargada. Essa interpretação, data venia, repugna aos mais comezinhos princípios de tratamento igualitário das partes na relação processual, e fere expresso dispositivo constitucional que impõe ao Estado o dever de ressarcir todo o dano que seus funcionários, nessa qualidade, causarem a terceiros (Const. Federal, art. 107).

O que, salvo melhor juízo, assegura o art. 26 da Lei nº 6.830 é apenas permitir que a execução fiscal, sempre que houver cancelamento ulterior da inscrição de Dívida Ativa, seja extinta sem ônus para as partes. Isto quer dizer que, a execução que se iniciou sem depósito e sem pagamento prévio de custas, será encerrada também sem tais exigências a posteriori. Mas, o direito do devedor embargante de se ressarcir das custas efetivamente dispendidas e outras despesas já realizadas no curso de seus embargos, inclusive honorários advocatícios, não foi negado pelo aludido dispositivo legal. Segue a regra geral da sucumbência, não revogada peremptoriamente pela nova lei de cobrança judicial da Dívida Ativa» (Comentários ao art. 39, Edição Universitária de Direito, São Paulo, 1982, págs. 79 a 81).

Como se vê, mesmo pondo de lado o preceito constitucional que informa o art. 125, I, da lei processual civil,

não se pode esconder a incompatibilidade do discutido art. 26 com os institutos da sucumbência, da lide temerária e do dano processual, bem assim com os princípios fundamentais da nossa processualística civil, dentre os quais merecem menção os arts. 26 e 267, § 4º, do atual Código de Processo Civil, aplicáveis à execução por força do seu art. 598.

A matéria merece estudo mais profundo, demorado e cauteloso, tendente a encontrar a adequada interpretação da norma em exame, harmonizando-a, inclusive, com o parágrafo único do art. 39 da própria Lei nº 6.830/80.

De certo modo é o que reconhece o Dr. Cid Heráclito de Queiroz, ilustre Procurador-Geral da Fazenda Nacional, quando apreciando a tese, conclui:

«De qualquer sorte, a nova Lei não se refere, expressamente, a honorários, deixando, sabiamente, à jurisprudência o conceito e alcance da expressão «qualquer ônus para as partes.»

É claro que a Lei poderia facultar à Fazenda o cancelamento da inscrição de Dívida Ativa e a conseqüente desistência da execução, nos casos referidos, sob a condição de o executado desistir dos honorários. Mas, dessa forma, criariam-se novos entraves burocráticos, sem evitar a questão da responsa-

bilidade pelo pagamento das custas.

O certo, porém, é que se subsistir a condenação em honorários nos casos em foco, os representantes da Fazenda serão levados, naturalmente e no estrito cumprimento de seus deveres, e como faria qualquer advogado, a prosseguir com certas execuções fiscais e a interpor todos os recursos possíveis, para tentar evitar ônus para a Fazenda» («A Nova Lei das Execuções Fiscais» — Palestras, pág. 50).

A taxa de 20% atribuída aos honorários de advogados comporta um abrandamento, face ao § 4º do art. 20 do cit. Cód. de Proc. Civil., tendo-se em consideração o valor da causa e a circunstância de que, sem atingir os méritos profissionais do causidico, o seu trabalho quase limitou-se a alegar o pagamento do débito e exibir a respectiva prova.

Não reputo adequada, data venia, a aplicação de correção monetária ao caso, de vez que a Lei nº 6.899, de 8 de abril de 1981 é posterior ao ajuizamento da execução.

Ante o exposto, dou provimento, em parte, à apelação para reduzir a 15% (quinze por cento) a taxa dos honorários advocatícios e excluir a correção monetária, confirmando no mais a respeitável sentença recorrida.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 4.167 — RJ

Relator: O Sr. Ministro Washington Bolívar de Brito

Revisor: O Sr. Ministro Otto Rocha

Apelante: Justiça Pública

Apelado: Ernani Gomes

EMENTA

Penal e processual penal. Peculato e apropriação indébita. Peculato-apropriação e peculato-desvio. Funcionário público equiparado. Delito prati-

cado no exercício de função delegada. Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT). Desnecessidade de perícia contábil para a verificação do peculato se comprovado por outro meio. «Sursis».

1) Para a tipificação do delito como peculato, imprescindível é a qualidade de funcionário público do agente, quer o propriamente dito, quer o equiparado, para os efeitos penais (CP, arts. 312 e 327, parágrafo único). Inexiste peculato, mas apropriação indébita de valores da ECT, se o delito não é praticado em detrimento dos serviços postais e de telecomunicações que ela executa por delegação da União. No caso dos autos, a ação delituosa se deu no exercício de função delegada, no setor encarregado da emissão de vales postais. Quer se trate de peculato-apropriação, como dito na denúncia, quer de desvio, com a mera finalidade de ocultar da fiscalização a irregularidade administrativa, como pretende a defesa, o resultado final é o mesmo — peculato doloso, pois o art. 312 do Código Penal contempla as duas hipóteses como modalidades do tipo.

2) Desnecessária é a perícia contábil, para a apuração do peculato, se comprovado por outro meio.

3) Precedentes do TFR.

4) Apelo provido, para condenar o réu, que é primário, no mínimo da pena restritiva da liberdade e multa.

5) Suspensão condicional da penal.

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 ao apelo e conhecer o «sursis», 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 1981 (data do julgamento) — Ministro Peçanha Martins, Presidente — Ministro Washington Bolívar de Brito, Relator.

RELATÓRIO

O Senhor Ministro Washington Bolívar de Brito: O representante do Ministério Público Federal apresentou denúncia contra Ernani Gomes, como incurso nas sanções previstas no artigo 312, do Código Penal, pelo fato delituoso que assim descreveu:

«O denunciado, Postalista nível 16, da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, quando em exercício na Gerência da Agência de Campo dos Afonsos, nesta cidade, no dia 27 de agosto de 1974, aproveitando do cargo que ocupava de Chefe-Gerente da Agência, acumulando a função de encarregado da Seção de Valores, apro-

priou-se indevidamente da importância de Cr\$ 17.066,78 (dezesete mil, sessenta e seis cruzeiros e setenta e oito centavos), doc. de fls. 16, referente a vales postais recebidos e não emitidos».

Recebida a denúncia (fl. 75) e citado, o acusado foi interrogado (fls. 83/83 v.) e apresentou defesa prévia (fl. 88 A).

As testemunhas arroladas pela acusação prestaram depoimento, às fls. 93/97, e as da defesa, às fls. 108/110.

Em suas razões finais, o MPF (fl. 113) pediu a condenação do acusado, uma vez que restou provada a autoria e a materialidade do delito praticado.

Por seu turno, a defesa (fls. 114/132) alegou, preliminarmente, não ser possível prescindir do exame de corpo de delito. A falta de perícia, apesar da confissão, justifica a absolvição, concluiu.

No mérito, argumentou que a denúncia não descreve o desvio e sim a ação por apropriação. Entendeu o MPF, abraçando a teoria da responsabilidade objetiva, que o dolo estava presumido e, se assim não fosse, caberia ao imputado provar o contrário. Todavia, o acusado retirou a importância, não com a finalidade de dela apropriar-se, mas simplesmente, para esconder do fiscal a irregularidade administrativa, penalmente irrelevante, praticou, pois, um ilícito civil ou administrativo de conseqüências cabíveis exclusivamente no âmbito próprio.

A MM^a Juíza Federal Dra. Julieta Lídia Machado Cunha Lunz (fls. 134/136) julgou improcedente a denúncia, absolvendo o acusado.

Apelou o MPF (fls. 140/141), pleiteando a reforma da sentença, citando, em seu amparo, arestos desta Corte (ACr. 2.882, Relator, Ministro Jorge Lafayette Guimarães e Acr nº

3.042, Relator o Ministro Márcio Ribeiro).

Contra-razões do apelado (fls. 144/148) pedindo a confirmação da sentença.

A ilustrada Subprocuradoria-Geral da República (fls. 151/155), em parecer do Dr. Cláudio Lemos Fonteles, aprovado pelo Dr. A. G. Valim Teixeira, opinou pelo provimento do recurso, a fim de que o acusado seja apenado no mínimo legal — 2 anos de reclusão —, concedendo-se-lhe o «sursis».

Ê o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Washington Bolívar de Brito (Relator): O fato típico de que é acusado o recorrido é a apropriação de Cr\$ 17.066,78 (dezesete mil, sessenta e seis cruzeiros e setenta e oito centavos), aproveitando-se do cargo que ocupava de Chefe-Gerente, acumulando a função de encarregado da Seção de Valores de uma Agência da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, importância essa referente a vales postais recebidos e não emitidos, incorrendo nas sanções do art. 312, caput, do Código Penal — peculato doloso.

Para a tipificação como peculato, imprescindível é a qualidade de funcionário público do agente, quer o assim entendido *stricto sensu*, quer o equiparado, para os efeitos penais, nos termos do art. 327 e seu parágrafo único do Código Penal.

No voto-vista proferido no HC nº 4.628-PE — que ora relembro, leio e farei juntar — tive a oportunidade de analisar essa equiparação quando se trata de empregados da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, concluindo pela existência não de peculato, mas de apropriação indébita, se a ação delituosa não for praticada em detrimento dos serviços postais e de telecomunicações, que a empresa executa por delegação da União.

Com efeito, o art. 8º da Constituição diz que compete à União, entre outras atribuições, «manter o serviço postal» (inciso XII) e «explorar, diretamente ou mediante autorização ou concessão» (inciso XV), «os serviços de telecomunicações» (alínea a).

No caso dos autos, a ação delituitosa se deu no exercício de função delegada, o serviço postal, no setor encarregado da emissão de vales postais.

Ao contrário do afirmado pela r. sentença, tenho como claramente comprovada a materialidade e lhanamente, a autoria.

Segundo se tem decidido nesta Corte, desnecessária é a perícia contábil para a constatação do peculato, se comprovado por outro meio (TFR, Ap. Cr. nº 3.689, DJ 27-7-79, pág. 5.575, apud Celso Delmanto, «Código Penal», Saraiva, 1980, pág. 323). O recorrente ainda aduziu outros precedentes — Ap. Cr. nº 2.882 — MG, Rel.: Min. Jorge Lafayette (fl. 140), Ap. Cr. nº 3.042 — RJ; Rel.: Min. Márcio Ribeiro, Ag. nº 64.238, Rel. Min. Antônio Neder, DJ 19-2-76 (fls. 140/141 dos autos).

No procedimento administrativo, eis como o apelado especificou as parcelas:

«Que do montante apurado na inspeção levada a efeito na Agência, constatou-se o seguinte: que Cr\$ 12.160,00 são de vales (mod. I VP) que não foram expedidos e cujas importâncias foram retidas pelo declarante; que Cr\$ 4.275,00 são de requisições de vales (mod. I VP) cujas importâncias, segundo recibos passados no verso dos mesmos, foram devolvidas, pelo declarante aos clientes que reclamaram a falta de remessa dos mesmos; que Cr\$ 200,00 são de requisições de vales (mod. I VP) cujas importâncias foram devolvidas pelo declarante, mas que estão os envelo-

pes sem franquias; que Cr\$ 264,00 equivalem às franquias que não foram colocadas nos envelopes das requisições de vales; que Cr\$ 308,00 são equivalentes à retenção das Ordens de Reembolso (OR), encontradas na Agência; que a importância de Cr\$ 4.334,78 referente ao Fundo Rotativo e saldo fictício de selos, foi lançado mão pelo declarante para cobrir as reclamações da falta de entrega dos vales emitidos em sua Agência; que as importâncias acima declaradas perfazem um total de Cr\$ 21.541,78 (vinte e um mil, quinhentos e quarenta e um cruzeiros e setenta e oito centavos) que são de sua responsabilidade» (fls. 26/27).

Deduzidas dessa quantia as importâncias devolvidas — Cr\$ 4.275,00, mais de Cr\$ 200,00 — o resultado matemático é o apontado na denúncia e confirmado pelas testemunhas (fls. 64, 65, 94 a 97) que fizeram a inspeção — Cr\$ 17.066,78 (dezessete mil, sessenta e seis cruzeiros e setenta e oito centavos).

O acusado, em Juízo, reiterou e ratificou sua confissão feita no processo administrativo, as informações prestadas à Polícia Federal e o exato valor do alcance — Cr\$ 17.066,78 (fl. 83). As testemunhas o confirmaram. Assim, não se trata, apenas, de confissão do acusado e, pois, de aplicação da norma contida no art. 158, do CPP. A jurisprudência da Casa, como acima se viu, também não sufraga a exigência da defesa, no particular.

É justo ressaltar a dedicação e o brilho invulgares do nobre defensor dativo (fl. 83 v.), em suas razões (fls. 114/132 e 144/148).

Entretanto, quer se trate do peculato-apropriação, como alega a denúncia, quer do peculato-desvio, com a mera finalidade de ocultar da fiscalização a irregularidade administrativa de não emissão dos vales

postais, como afirma o réu, com apoio do seu brilhante defensor, aceitando-se a versão da perda, num táxi, do dinheiro retirado dos cofres da ECT, o resultado final é o mesmo — peculato doloso, pois o art. 312, caput do Código Penal contempla as duas hipóteses como modalidades do tipo.

Não se trata de dolo presumido que cumpria à acusação provar, como hábil e elegantemente doutrina a defesa.

A aceitar-se a narrativa do acusado, do desvio da importância retirada dos cofres da Empresa para a sua residência e a sua motivação — ocultar da fiscalização próxima aquela irregularidade, aí estaria o «proveito próprio» a que se refere a segunda parte do art. 312 do Código Penal.

Irrelevante, assim, a mencionada versão, pois dela também resultaria a modalidade de peculato-desvio, cujas penas são iguais aos do peculato-apropriação.

Por essas considerações, vejo-me obrigado a dar provimento à apelação, para reformar a sentença e condenar o apelado como incurso nas penas do peculato, funcionário que é por equiparação, pois praticou o delito no exercício de função delegada pela União.

Atento, todavia, às diretrizes do art. 42 do Código Penal e reconhecendo os bons antecedentes do réu, sua personalidade retratada nos autos, quer pela confissão, quer pela maneira como se conduziu perante os fiscais, não lhes ocultando os documentos ou informações, os motivos que o teriam levado à infração, as circunstâncias e conseqüências do delito, em parte atenuadas pelo próprio réu, fixo a pena restritiva de liberdade no mínimo legal — dois anos de reclusão e multa de Cr\$ 5,00 (cinco cruzeiros), pois o delito foi

praticado antes do advento do reajuste das multas pela Lei nº 6.416/77.

Concedo a suspensão condicional da pena, tendo em vista o disposto nos artigos 696 e 697, pelo prazo de dois anos, devendo o apelado comprovar, semestralmente, que exerce ocupação lícita, não mudando do território da jurisdição do juiz das execuções, sem prévia autorização deste (art. 767), delegando a realização da audiência admonitória ao MM. Juiz Federal competente.

É o meu voto.

VOTO

O Sr. Ministro Otto Rocha (Revisor): Sr. Presidente, a respeitável sentença recorrida, ao julgar improcedente a denúncia e, conseqüentemente, absolver o acusado, apoiou-se em possível divergência quanto ao montante do alcance, *in verbis*:

«A denúncia refere-se à importância de dezessete mil, sessenta e seis cruzeiros e setenta e oito centavos, e baseia-se nas peças de fls. 16/23, que são por demais conflitantes, sendo nada esclarecedora a por derradeiro referida, posto que consigna a quantia de vinte e um mil, quinhentos e quarenta e um cruzeiros e quarenta e oito centavos.

4. A incerteza da prova documental é ainda corroborada pelo testemunho de fls. 94 do inspetor da E.C.T. que declara ter verificado um alcance de quatro mil cruzeiros que se elevou para vinte e um mil para finalmente fixar-se em dezessete mil cruzeiros, e referente a vales postais — sendo carecedora de crédito a existência de tais vales postais, dos quais tanto se falou nos autos e não se comprovou.»

Ora, a denúncia indica a apropriação, pelo indiciado, da quantia de Cr\$ 17.066,78 (dezessete mil, sessenta e seis cruzeiros e setenta e oito cen-

tavos), corroborada pelo expediente de fls. 2 b, ofício do Sr. Diretor-Regional, ao Dr. Delegado de Polícia Federal, comunicando que ordenara a prisão administrativa do servidor Ernani Gomes e remetendo cópia da respectiva Portaria.

É o que também se vê dos documentos de fls. 14, 16 e 31.

A autoria vem evidenciada nas declarações prestadas pelo acusado, perante a autoridade administrativa (fls. 25/26), de onde destacamos os seguintes trechos:

«Que as importâncias dos vales ficaram no cofre do dia quinze de julho até o dia dois de agosto, quando o declarante, achando que houvesse uma inspeção na Agência poderia achar irregular tal importância, retirou o mesmo do cofre para levar o mesmo para sua residência; que no dia dois de agosto, ao retirar-se da agência, às sete horas da noite, não havendo mais funcionários na agência, o declarante fez um embrulho em papel pardo de todo o dinheiro, fechou a agência e apanhou um táxi na porta, para seguir para a sua residência; que em vista da conversação mantida com o motorista, ao saltar do veículo, o declarante acabou por esquecer o embrulho com o dinheiro no interior do táxi; que o declarante saltou na praça de Marechal Hermes, em frente ao cinema LUX; que ao saltar do táxi, o declarante entrou num bar existente naquela praça, pedindo um café e ao procurar o dinheiro no bolso, lembrou-se do embrulho esquecido no táxi; que após o fato, o declarante não mais conseguiu ver o táxi, não dando ciência do ocorrido a qualquer pessoa; que o declarante não procurou as autoridades existentes naquele local (30º DP) em recesso das consequências, pois já considerava uma irregularidade o seu procedimento; que não alertou

as autoridades da Empresa sobre o ocorrido nem mesmo seus familiares; que o declarante não procurou alertar as autoridades da Empresa, apesar de tentar por uns dias fazer tal, por «covardia» e medo das consequências; que após esse fato, o declarante ficou em dificuldades para completar os pagamentos dos vales que eram reclamados pela não entrada dos mesmos; que em vista dessas dificuldades, o declarante foi obrigado a lançar mão da renda da Agência para cobrir as reclamações dos vales não remetidos.»

Desta sorte, não resta dúvida de que o acusado se apropriara, indevidamente, da importância pertencente à E.C.T.

Em sentido contrário ao entendimento da sentença, as razões de apelo do MPF, trazem à colação arestos da antiga 1ª Turma, da lavra do eminente Ministro Jorge Lafayette Guimarães, assim ementado:

«No crime de peculato não é exigível exame de corpo delicto.

.....

Prozada a apropriação de quantias das quais o funcionário tinha a posse, caracteriza-se o crime de peculato; desnecessidade de estar apurado o valor exato da apropriação» (Acr nº 2.882 — MG, 1ª Turma, em 19-4-76).

«Ementa: Peculato — CP art. 312, § 1º.

Confirmação da sentença condenatória com base na certeza do desfalque, confissão espontânea do indiciado no inquérito administrativo e adminículo de prova testemunhal, tomada em Juízo» (ACr nº 3.042, Relator, Min. Márcio Ribeiro, 1ª Turma, em 18-6-76).

Ante o exposto, merece provimento o recurso interposto pelo Ministério Público Federal, a fim de reformar-se a respeitável sentença e

julgar procedente a denúncia, com a condenação do acusado no mínimo legal de dois (2) anos de reclusão e multa de Cr\$ 5,00 (cinco cruzeiros), concedendo-lhe o «sursis» em audiência admonitória a ser realizada no Juízo da 4ª Vara Federal, fixadas as condições do art. 767, do Código Proc. Penal.

Para este fim é que se dá provimento à apelação.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

ACr. 4.167 — RJ. Rel.: Min. Washington Bolívar de Brito. Rev.: Min. Otto Rocha. Apte.: Justiça Pública. Apdo.: Ernani Gomes.

Decisão: Por unanimidade, deu-se provimento ao apelo e concedeu-se o sursis (em 10-2-81 — 1ª Turma).

Os Srs. Ministros Otto Rocha e Peireira de Paiva votaram com o Relator. Presidiu o julgamento do Sr. Ministro Peçanha Martins.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 4.909 — MG

Relator: O Sr. Ministro Carlos Madeira

Revisor: O Sr. Ministro Torreão Braz

Apelante: Justiça Pública

Apelado: Evanildo Nascimento

EMENTA

Criminal. Peculato-furto. Subtração de bens e valores confiados ao serviço postal.

Difere o crime de violação da correspondência, previsto no art. 40 da Lei nº 6.538, de 22 de junho de 1978, do peculato-furto cometido pelo servidor postal. Naquele se tipifica como crime a infração ao dever funcional de preservar o sigilo e a integridade de bens e valores confiados ao serviço postal; neste, não só se consuma a violação, como a subtração, em proveito do servidor, dos bens e valores acima mencionados.

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 reformar a sentença e condenar o réu à pena de 02 (dois) anos e multa de Cr\$ 10.000,00 (dez mil cruzeiros), a teor do art. 312 do Código Penal, nos termos do voto do Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fa-

zendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 3 de novembro de 1981 (data do julgamento) — Ministro Carlos Madeira, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Carlos Madeira (Relator). Funcionário da E.C.T. foi denunciado tendo em vista as declarações prestadas pelo Ge-

rente da Agência de Governador Valadares-MG, da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, pela prática do crime de peculato, conforme descrição dos seguintes fatos:

«O denunciado ingressou aos serviços da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, em agosto de 1978, como auxiliar de serviços postais. Trabalhava no Entrepósito de Tráfego Postal, onde permaneceu até 1º de dezembro do mesmo ano, quando foi despedido.

Ao longo do período supramencionado, valendo-se das facilidades que lhe proporcionava sua condição de funcionário, o denunciado violou diversas malas, além de cartas e correspondências diversas, apropriando-se de objetos (toalhas de mesa, colchas, etc.) e de valores representados por dinheiro e cheques, estes últimos num total de Cr\$ 3.837,00, tudo conforme relação de fls. 24 dos autos e auto de apresentação e apreensão de fls. 47.

Após violar as malas e apoderar-se dos objetos e valores, o que fazia no horário em que ficava só no Entrepósito, o denunciado fechava-as apenas com um barbante, jogando-as na primeira viatura da ECT que passasse no local. »

Após o inquérito policial, apresentou o Ministério Público Federal denúncia contra o acusado.

O Juiz Federal Newton Miranda de Oliveira, esgotados os meios de citação do acusado, declarou revelando-lhe defensor que produziu a defesa prévia de fls. 8/v., na qual pleiteou fosse reconhecida a improcedência da denúncia, negando a autoria e materialidade, bem assim pugnando o reconhecimento pelo Juízo de «estado de necessidade» a fim de discriminar a atitude delituitosa do denunciado. Não arrolou testemunhas.

Ouvidas as testemunhas de acusação, apresentou o defensor nomeado a defesa final, alegando não haver prova plena de acusação, apenas a confissão que não serve de prova para justificar a condenação. Pediu a absolvição, com fundamento no art. 19, I, do Código Penal.

O Juiz Federal considerou não ter ficado provado o estado de necessidade e julgou procedente a denúncia, condenando o acusado à pena de 10 meses de detenção, como incurso nas sanções do artigo 40, combinado com o art. 43 da Lei nº 6.538, de 22 de julho de 1978.

Recorreu o Ministério Público Federal, alegando que a condenação deveria levar em consideração os termos da denúncia que dera a conduta do acusado como infringente do que dispõe o artigo 312 do Código Penal e não na lei especial para funcionários da ECT. Por isto pede seja modificada a sentença na parte em que classifica o delito, condenando-se o acusado nas penas do art. 312, § 1º, c/c o art. 51, § 2º, do Código Penal, conforme postulado na denúncia.

Contra-arrazoou a defesa do apelado.

A Subprocuradoria-Geral da República, considerando que a confissão prestada na polícia está em harmonia com as demais provas produzidas, pede o provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Madeira (Relator): O Juiz entendeu aplicável ao réu a sanção do art. 40, da Lei nº 6.538, de 22 de junho de 1978, com a gravação prevista no art. 43.

Lê-se nessa lei:

«Art. 40. Devassar, indevidamente, o conteúdo de correspondência

fechada, dirigida a outrem: Pena — detenção até 6 (seis) meses, ou pagamento não excedente a 20 (vinte) dias-multa.

§ 1º Incorre nas mesmas penas quem se apossa indevidamente de correspondência alheia, embora não fechada, para sonegá-la ou destruí-la, no todo ou em parte.

«§ 2º As penas aumentam-se da metade se há dano para outrem.

Art. 43. Os crimes contra o serviço postal, ou serviço de telegrama, quando praticado por pessoa prevalecendo-se do cargo, ou em abuso de função, terão a pena agravada.»

O tipo descrito no art. 40 é apenas o de abrir, devassar o conteúdo da correspondência dirigida a outrem. É a prática comum do servidor curioso, ou desidiioso que intercepta a correspondência sob seus cuidados para saber-lhe o conteúdo. Além do dano da abertura do envelope ou pacote, há o delito da violação do segredo que nele se contém.

Mas se o servidor viola a correspondência ou a encomenda postal e se apropriar dos valores nelas contidos, já não incide, a meu ver, a norma da lei especial. No caso, consuma-se o peculato-furto; o servidor, embora não tendo a posse do bem ou valor, o subtrai da correspondência ou encomenda postal, valendo-se da facilidade que lhe proporciona a qualidade de funcionário.

Na hipótese, o peculato absorve o crime de violação de correspondência.

As condutas descritas no art. 40 da Lei 6.538 e no art. 312 do Código Penal são perfeitamente distintas; ali tipifica-se como crime uma infração a dever funcional; aqui, além da infração a dever funcional, há a vontade livre e consciente de subtrair coisa ou dinheiro contido na correspondência, em proveito próprio ou alheio.

Como se vê dos autos, o réu abria indiscriminadamente malas e violava correspondência e volumes que ficavam sob sua responsabilidade no Entreposto de Governador Valadares. Fazia-o a desoras, quando ficava só na repartição. E furtava dinheiro e alguns bens. Declarou na Polícia que assim procedia porque estava fora de casa e precisando de dinheiro.

Longe está sua conduta da simples infração a dever funcional, pois o que cometeu tipifica o peculato-furto.

Não ficou, porém, suficientemente provada a continuidade delituosa, pelo que não cabe a exasperação da pena nos termos do art. 51, § 2º do Código Penal.

Com essas razões, dou provimento à apelação para reformar a sentença e aplicar ao réu a pena definitiva de dois anos de reclusão e multa de Cr\$ 10.000,00, mínimos previstos no art. 312 do Código Penal.

Sem «sursis», em face do réu se encontrar desaparecido.

VOTO

O Sr. Ministro Antônio Torreão Braz (Revisor): Senhor Presidente, não resta dúvida de que o réu, na qualidade de servidor da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, além de violar correspondência, apropriou-se de objetos e dinheiro, este último no montante de Cr\$ 3.837,20 (fls. 27).

No inquérito, o próprio acusado confessou esse fato e sua confissão se harmoniza com as demais provas, inclusive a testemunhal (fls. 96/97).

Fixado tal ponto, não há como acolher a qualificação jurídica que a respeitável sentença de inferior instância deu à conduta do apelado.

A Lei nº 6.538, de 22-6-78, definiu os crimes contra o serviço postal e o serviço de telegrama, substituindo, no particular, as correspondentes figuras típicas previstas no Código Penal. Isto, porém, não significa que tenha deixado de incriminar por peculato o funcionário de empresa pública, visto como nada dispôs a respeito, estando em pleno vigor a regra do art. 327 e seu § único do estatuto punitivo.

Isto posto, dou provimento à apelação para reformar em parte a sentença e condenar o apelado Evanildo Nascimento a dois (2) anos de reclusão e multa de Cr\$ 10.000,00 (dez mil cruzeiros), como incurso no art. 312, § 1º, do Código Penal.

EXTRATO DA MINUTA

ACr. 4.909 — MG — Rel.: O Sr. Ministro Carlos Madeira. Rev.: O Sr. Ministro Torreão Braz. Apte.: Justiça Pública. Apdo.: Evanildo Nascimento.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento à apelação, para reformar a sentença e condenar o réu à pena de 2 (dois) anos e multa de Cr\$ 10.000,00 (dez mil cruzeiros) a teor do art. 312 do Código Penal, nos termos do voto do Relator. (Em 3-11-81 — 3ª Turma).

Os Srs. Ministros Torreão Braz e Adhemar Raymundo votaram de acordo com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Carlos Madeira.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 83.816 — RS

Relator: O Sr. Ministro Carlos Mário Velloso

Apelantes: União Federal — Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Apelado: José Antônio Pereira de Souza

EMENTA

Administrativo. Estudante. Transferência. Matrícula. Lei nº 1.711, de 1952, artigo 158. Princípio da igualdade. Constituição, art. 153, § 1º.

I — A norma do artigo 158, da Lei 1.711, de 1952, é aplicável ao estudante servidor público, de modo geral, vale dizer, aos servidores públicos federais, estaduais e municipais.

II — O princípio da igualdade consagrado na Constituição. Doutrina e inteligência.

III — Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

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

Decide a Terceira Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, negar provimento às apelações, na forma do relatório e notas

taquigráficas anexas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 31 de outubro de 1979 — Ministro Armando Rollemberg, Presidente — Ministro Carlos Mário Velloso, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Carlos Mário Velloso: A r. sentença de fls. 32/32, da lavra do Juiz Federal Eli Go-raieb, assim relata e decide a espécie:

«José Antônio Pereira de Souza, qualificado na peça inicial, a fls. 2, impetrou mandado de segurança contra ato do Magnífico Reitor da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, alegando, em síntese, que, na qualidade de funcionário público municipal, lotado na Secretaria Municipal de Obras e Viação, nesta Capital, requereu sua transferência compulsória da Universidade Católica de Pelotas para a Escola de Engenharia da UFRGS, não logrando deferimento.

Instruiu o pedido com os documentos de fls. 6/14, requerendo a concessão da medida liminar.

A medida liminar foi concedida a fls. 18.

As fls. 21/25, a digna autoridade, apontada como coatora, prestou suas informações, alegando que o pedido do impetrante foi indeferido por falta de amparo legal, uma vez que o art. 158, da Lei nº 1.711/52, por ele invocado, é norma que se destina exclusivamente aos funcionários públicos civis da União.

Acostou o documento de fls. 26.

As fls. 28/30, a douta Procuradoria da República, subscrevendo os fundamentos jurídicos constantes das informações da autoridade coatora, opina pela cassação da medida liminar e pela denegação da segurança.

Tudo visto e examinado, decido.

A digna autoridade coatora, bem como a douta Procuradoria da República, entenderam, de forma restritiva, que, tão-somente aos funcionários federais se aplica

o art. 158, do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União.

Por diversas vezes, através de inúmeros julgados, o Egrégio Tribunal Federal de Recursos vem repelindo aquele entendimento, adotando uma conduta que melhor se aproxima do princípio constitucional de que todos são iguais perante a lei. Não há, no caso em espécie, uma razão plausível para conferir o benefício da lei a alguns, desprezando-se os demais.

Vê-se, através do seguinte julgado, o entendimento daquela Egrégia Corte:

«EMENTA: Ensino Superior — Transferência de estudante — Quando se justifica. O art. 158, do Estatuto, deve ser entendido como norma do ensino que ampara a todo estudante que se torne funcionário. Assim, tem direito à transferência para a Capital do Estado o estudante em localidade do interior que ali, entretanto, obtém emprego e é convocado para o CPOR (AMS nº 75.392-RS).

A primeira parte do acórdão transcrito revela, de forma clara e incisiva, que o art. 158, do Estatuto, «deve ser entendido como norma do ensino que ampara a todo estudante que se torne funcionário». A lei, como a própria jurisprudência, não faz qualquer distinção quanto à natureza do serviço público desempenhado pelo estudante. E, se distinção houvesse, ela seria inconciliável com a ordem constitucional.

Segue-se que o art. 88, do Estatuto da UFRGS, não pode limitar o que a lei não limitou. A lei volta-se a tutelar uma igualdade, sem reservas, impedindo qualquer distinção.

Isto posto,

e tendo em vista o mais que dos autos consta, concedo a segurança e confirmo a medida liminar — concedida a fls. 18.

Custas na forma da lei.»

Apelaram a União Federal (fls. 38/41) e a Universidade Federal do Rio Grande do Sul (fls. 43/47).

Resposta a ambos os recursos (fls. 49/56).

Nesta Egrégia Corte, à fl. 63, a ilustrada Subprocuradoria-Geral da República, em parecer assinado pelo Subprocurador-Geral da República, Dr. Geraldo Andrade Fonteles, manifesta-se assim:

.....
 «II — A União Federal, confiança no elevado saber jurídico dos Eminentes Ministros que compõem este Egrégio Tribunal Federal de Recursos e louvando-se no alto espírito de justiça que sempre imperou nas decisões desta Casa, confia em que, atenta aos fatos específicos, bem aplique a norma subsumida ao direito.»

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Mário Velloso (Relator): Na AMS 69.792-CE, Relator o Sr. Ministro Amarílio Benjamin, entendeu a 2ª Turma que a norma do artigo 158 da Lei nº 1.711/52 deve ser interpretada «como disciplina da vida universitária», assim aplicável não somente aos funcionários federais.

Também penso assim:

Na REO 78.731-RJ, de que fui relator, foi esse o entendimento que sustentei, com a anuência dos meus eminentes pares, vale dizer, que a norma do art. 158, da Lei nº 1.711/52, seria aplicável ao estudante servidor público de modo geral. Idêntico entendimento sustentei na AMS 78.624-

RJ, de que fui relator. As Universidades, aliás, de modo geral, mediante resoluções, têm interpretado o art. 158, mencionado, dessa forma.

Em verdade, o entendimento em apreço não seria desarrazoado, diante dos termos do art. 158, da Lei nº 1.711/52, verbis:

«Art. 158. Ao estudante que necessite mudar de domicílio para exercer cargo ou função pública, será assegurada transferência do estabelecimento de ensino que estiver cursando para o da nova residência, onde será matriculado em qualquer época, independentemente de vaga.»

II

Objetar-se-ia com o argumento de que o art. 158 está contido numa lei que diz respeito aos funcionários civis da União. O argumento impressiona. Todavia, é preciso atentar para o fato de que a norma sob exame tem por destinatário o estudante e não o funcionário, vale dizer, o estudante que necessite mudar de domicílio para exercer cargo ou função pública. Por outro lado, o discrimen que se quisesse fazer não encontraria base razoável, presente o princípio isonômico consagrado na Constituição (CF, art. 153, § 1º), já que não seria caso de se tratar desiguais com desigualdade, mas iguais com desigualdade, discriminando-se em favor de uma certa categoria de servidores públicos, em detrimento de outra, tão-só em razão do vínculo determinada entidade política, a União. Tanto os servidores desta, quanto os das demais entidades políticas, exercem cargo ou função pública que não difere, no plano ontológico, seja ela federal, estadual ou municipal. Interfere no particular, indicando rumo para o intérprete, outrossim, a norma programática inscrita no art. 176 da Constituição, que prescreve que a educação é direito de todos.

III

Certo é, reconhecemos, como escreveu o eminente F.C. de San Tiago Dantas, que,

«Em princípio, a lei é igual para todos, isto é, o seu comando se dirige a todos os cidadãos, mas óbvio que ela pode, sem perder o seu caráter de universalidade, estabelecer distinções, dirigir-se a grupos de pessoas, contemplar situações excepcionais em que um número indeterminado de indivíduos se pode colocar» («Igualdade perante a lei e «due process of law», in «Problemas de Direito Positivo», Forense, 1953, p. 38).

Mas não é menos certo, entretanto, que tais leis, ditas especiais, somente não são arbitrárias, somente se compatibilizam com a cláusula do «due process of law», do Direito Constitucional americano, ou com o princípio isonômico, se elas têm em mira regular situações especiais. E não basta o requisito da generalidade da lei para torná-la incensurável, sob o ponto de vista da constitucionalidade. Se a generalidade da lei, como ensina San Tiago Dantas, é «a primeira limitação constitucional à função legislativa, no Estado de Direito», tal requisito não é o único «limite constitucional ao arbítrio do Legislativo», aduz o consagrado mestre, que acrescenta que, se se fixasse ali o limite, estaríamos abrindo uma fronteira, «a que apenas interdissasse aos órgãos legiferantes o legislarem sobre o caso concreto, pois sempre lhes seria possível aplicar o arbítrio na escolha do caso genérico, e assim abrirem exceções tirânicas ao estatuto comum» (Ob. cit., p. 61).

Erremata o saudoso jurista:

«Entendo que o mesmo princípio da igualdade perante a lei autoriza o Poder Judiciário a censurar as leis em que se fazem distinções ar-

bitrárias com o fim de modificar, em relação a algumas pessoas ou coisas, o tratamento jurídico comum» (Ob. cit., p. 62).

A lei especial editada para reger casos especiais, com caráter de generalidade, é lei que se compatibiliza com o princípio da igualdade civil; é lei, pois, que não violenta a Constituição, pois a «igualdade civil, como a concebem talvez unanimemente os escritores, não é a uniformidade de tratamento jurídico, mas o tratamento proporcionado e compensado de seres vários e desiguais» (San Tiago Dantas, ob. cit., p. 62). Assim, é válida a lei especial que regula o trabalho masculino, fixando normas de duração, de higiene, etc., diferentes das que regem o trabalho das mulheres ou dos menores». Essa lei, na expressão feliz de San Tiago Dantas, «é um frisante exemplo da lei igualitária, neste sentido de igualdade proporcional» (Ob. cit., p. 62). Ou, como escreve Rene Burnet, «celle-ci est bien la véritable égalité, seule conforme au principe de l'interdependance sociale; traite également les hommes sur les points ou ils sont inégaux; en un mot, les traiter proportionnellement à leurs facultés, telle est la formule qu'impose la doctrine de l'interdependance sociale», (Rene Burnet, «Le principe d'égalité», p. 170, ap. San Tiago Dantas, ob. cit., ps. 62/63).

De sorte que o instituto da lei especial, que existe para reger casos especiais, ao qual não se nega o caráter de compatível com a Constituição, há de ser compreendido e aplicado com cautela, sob pena de, em seu nome, chancelarem-se leis arbitrarias, leis discriminatórias e que, a pretexto de regularem casos especiais, simplesmente estabelecem privilégios, assim aplicando tratos de *polé* no princípio da isonomia que a Constituição consagra. Ouçamos, para remate, a lição do inolvidável San Tiago Dantas:

«Mesmo a lei especial, entretanto, isto é, a que contém normas jurídicas aplicáveis a grupos de casos diferenciados, pode ser taxada pelo Poder Judiciário de inconstitucional. Basta que a diferenciação nela feita fira o princípio da igualdade proporcional, isto é, que não se justifique como um reajuste de situações desiguais. Desse modo a lei arbitrária, que a Corte Suprema não considera «due process of law» (também não é aplicável pelo Supremo Tribunal, por infringir o princípio da igualdade perante a lei» (Ob. cit., p. 64).

IV

Dir-se-á, então, que a norma inscrita no art. 158, da Lei 1.711/52, seria inconstitucional e que o caminho seria declará-la como tal. Isto, entretanto, seria esquecer o truísmo, no sistema jurídico que tem como figurino o americano, de que se é possível interpretar a lei de forma a afastar a inconstitucionalidade, para o fim de não invalidá-la, tal caminho deve ser seguido. No caso, em obséquio a esse princípio, é bastante que se interprete a lei com vistas a não aplicá-la apenas a um grupo de servidores, os federais, que estaria afastada a mácula da inconstitucionalidade. E essa interpretação, conforme vimos de ver, é possível; dela, aliás, não há como sair, sob pena de maus tratos no princípio isonômico, que é inerente à democracia.

V

Diante do exposto, confirmo a sentença.

Nego provimento ao recurso.

VOTO

O Sr. Ministro Aldir G. Passarinho: Sr. Presidente: Verifico que a impetração é de agosto de

1977. Estamos ao fim de 1979. A esta altura tornar-se-ia, realmente, inviável desfazeremos o ato de transferência, eis que 2 anos já se passaram. Preferiria examinar a tese de direito, defendida pelo nobre Relator em outra oportunidade, isto porque, na hipótese dos autos, indeferiria a concessão da segurança, não pela tese de direito, muito bem sustentada por S. Exa., pois não acho sequer necessário debetê-la no momento, mas sim porque so se justificaria a transferência do aluno funcionário (abstraindo-se da sua situação de funcionário público da União ou não) se ele fosse servidor em localidade para a qual tivesse prestado exame vestibular e, em virtude de sua transferência funcional para outra localidade, tivesse de mudar de Faculdade.

No caso, o que se verifica é o seguinte: o impetrante é funcionário municipal de Porto Alegre; fez o exame vestibular em Pelotas, onde talvez os exames vestibulares sejam menos rigorosos; e ainda cursando o primeiro ano, quis transferir-se para a Faculdade de Porto Alegre. Ora, poderia justificar-se a transferência na hipótese de ele, funcionário, ser transferido, mas não de ele, sendo funcionário municipal em Porto Alegre, obter a sua transferência para faculdade naquela Capital, tendo feito vestibular em outra cidade. Observo, na inicial, que o impetrante sustenta a sua condição de servidor da Prefeitura de Porto Alegre e não de funcionário da Prefeitura de Pelotas e nem sequer alega que tivesse sido transferido para Porto Alegre, mesmo porque também não há nenhum documento dizendo que ele estivesse, pela Prefeitura de Porto Alegre, à disposição da municipalidade de Pelotas. O que, de fato, resulta dos autos é que o impetrante é funcionário municipal de Porto Alegre. E não tem sentido deixar de fazer o exame lá, para fazê-lo em Pe-

lotas e depois procurar a sua transferência para Porto Alegre. Procedimentos dessa ordem se constituem em fraude ao sistema de classificação dos vestibulares e estou certo de que o Judiciário deve apoiar as autoridades universitárias que a isso se opõem.

Por essas razões, denegaria a segurança, independentemente de exame da questão de direito discutida brilhantemente pelo Sr. Ministro Carlos Mário Velloso. A segurança, porém, foi concedida e dois anos já se passaram. Tratando-se de questão de transferência, cujo desfazimento se tornará praticamente impossível, até pela necessidade de uma nova adaptação de currículos, confirmo a sentença de 1º grau, acompanhando o Sr. Ministro Carlos Mário Velloso, com as ressalvas que julguei oportuno formular. Lamento sempre, porém insisto em que à base de certos

recursos não se atendam aos critérios seletivos dos vestibulares, que não de ser considerados em relação ao concorrente para uma mesma faculdade.

É o meu voto.

EXTRATO DA ATA

AMS 83.816-RS — Rel.: Sr. Min. Carlos Mário Velloso. Aptes.: União Federal e Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Apdo.: José Antônio Pereira de Souza.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento às apelações (Em 31-10-79 — 3ª Turma).

Os Srs. Ministros Armando Rollemberg e Aldir G. Passarinho votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Armando Rollemberg.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 84.991 — SP

Relator: O Sr. Ministro Sebastião Alves dos Reis

Apelante: Sandvik do Brasil S/A Indústria e Comércio

Apelada: União Federal

Autoridade requerida: Delegado da Receita Federal em Santos

EMENTA

Tributário. Imposto de importação. Resolução nº 2.829/76. Art. 4º da Lei nº 3.244/57.

I — Qualquer discriminação odiosa que a Resolução encerre, envolverá ilegalidade imediata, em face do art. 4º e inconstitucionalidade mediata, à vista do princípio constitucional de isonomia.

II — A todo modo, não é possível ao intérprete mutilar a Resolução, amputando-lhe as restrições dadas como odiosas, para dar como sobrevenida uma isenção geral, equivalendo a tanto o julgador recriar a norma e substituir ao CPA; se inválidas as isenções pessoais, não há falar-se em direito subjetivo remanescente, invocável por terceiros.

III — Pelos mesmos motivos, não há cogitar-se de discriminação proibida pelo Acordo do GATT.

Negou-se provimento ao recurso voluntário.

ACÓRDÃO

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

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

Custas como de lei.

Brasília, 22 de junho de 1981 (data do julgamento) — Ministro **Moacir Catunda**, Presidente — Ministro **Sebastião Alves dos Reis**, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sebastião Alves dos Reis: Sandvik do Brasil S.A. Indústria e Comércio impetra mandado de segurança contra ato da Delegacia da Receita Federal em Santos que lhe está a exigir indevidamente imposto de importação relativo a desembaraço aduaneiro de produtos que sustenta serem isentos.

Aduz basicamente a inicial que a Resolução 2.829, de 1-9-76, revigorada pela de nº 3.012, de 30-8-77 do CPA, é ilegal, porque a isenção ali contemplada só poderia ser de caráter geral, na forma dos §§ 2º e 3º do artigo 4º da lei 3.244/57, regra que se consoa ao princípio da isonomia, acolhido no § 1º do artigo 153 da Constituição Federal, tocando ao intérprete, para dar efetivação à norma, considerar não escrita nela a discriminação ali operada; invoca também a proibição de discriminação constante da parte II do Tratado do GATT.

Notificada a autoridade requerida, ela se absteve de fazê-lo; a ilustrada Procuradoria da República opinou pela denegação da segurança.

O MM. Juiz Federal a quo, o culto magistrado Dr. Homar Cais indeferiu a segurança.

Apela a impetrante e neste Tribunal a ilustrada Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pela confirmação do julgado.

É o relatório, dispensada a revisão.

VOTO

O Sr. Ministro Sebastião Alves dos Reis: (Relator). A douda sentença recorrida negou a segurança, ao fundamento básico de que sendo inválidas as Resoluções invocadas, não criam elas quaisquer direitos subjetivos válidos.

A apelante insiste nas razões da inicial, renovando a argumentação ali posta.

Sub specie juris, vê-se do artigo 4º e seus parágrafos, transcrição feita às fls. 40, que a isenção ali cogitada, além do seu caráter geral em relação a cada espécie de produto, está sujeita a vários pressupostos ligados à estrutura do mercado interno; outrossim, vê-se do artigo 1º da Resolução 2.829 invocada que a isenção outorgada só beneficia as empresas Companhia Siderúrgica Nacional, COSIPA, USIMINAS e ACESITA.

Realmente, qualquer discriminação odiosa que a Resolução em apreço encerra, envolverá ilegalidade imediata, em face do artigo 4º referido e inconstitucionalidade mediata, à vista do princípio constitucional de isonomia, como acentuado na sentença de primeiro grau.

A todo modo, no entanto, não é possível ao intérprete amputar a Resolução, mutilando-lhe a restrição dada como odiosa, para dar como sobrevivente, apenas o princípio geral de isenção equivalendo a tanto o julgador recriar a norma e substituir o CPA; em outros termos, se inválidas as isenções pessoais concedidas, não se há falar em direito subjetivo remanescente invocável por terceiros.

Pelos mesmos motivos, não se há cogitar de discriminação condenada pelo Acordo do GATT.

Nesse contexto, não há nos autos elementos que corporifiquem direito líquido e certo em favor da impetrante.

Nego provimento ao recurso da impetrante.

EXTRATO DA MINUTA

AMS 84.991 — SP — Rel.: Sr. Ministro Sebastião Alves dos Reis. Ap-

te.: Sandvik do Brasil S.A. Indústria e Comércio. — Apda.: União Federal — Autoridade Requerida: Delegado da Receita Federal em Santos.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso. (Em 22-6-81) — 5ª Turma.

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

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 88.028 — RJ

Relator Originário: O Sr. Ministro Peçanha Martins

Relator p/ o acórdão: Ministro Washington Bolívar de Brito

Remt. Ex. Off.: Juízo Federal da 7ª Vara

Apelante: Embrafilme S/A (Empresa Brasileira de Filmes)

Apelado: TVS — TV Studio Silvio Santos Ltda.

EMENTA

Tributário e administrativo. EMBRAFILME. Certificado de censura. Contribuição para o Desenvolvimento da Indústria Cinematográfica Nacional. Natureza jurídica. Lei nº 6.381/75. Decreto nº 79.899/77. Distribuidores, produtores e exibidores. Isenção do tributo para os últimos.

1) A contribuição para o desenvolvimento da indústria cinematográfica nacional, por sua origem nos preceitos constitucionais que autorizam a intervenção no domínio econômico e criação mediante lei, é uma contribuição parafiscal, participando do conceito de tributo, definido no art. 3º do CTN. É devida pelos distribuidores ou produtores, isentos os exibidores, não mencionados na lei (art. 9º, II, da Lei nº 6.281/75).

2) Apelação denegada.

ACÓRDÃO

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

Desde a 1ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por maioria, negar provimento à apelação, na for-

ma 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 1980 (data do julgamento) — Ministro

Washington Bolívar de Brito, (Presidente e Relator).

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Peçanha Martins: A sentença assim expõe o caso destes autos:

«TVS — TV Stúdios Sílvio Santos Ltda., sociedade concessionária de serviços de radiodifusão de sons e imagens (televisão), estabelecida na cidade do Rio de Janeiro, na Rua General Padilha nºs 118/134, por seu advogado, ingressou neste Juízo com Mandado de Segurança contra ato do Superintendente de Controle da Indústria, da Empresa Brasileira de Filmes S/A — EMBRAFILME.

Na inicial, alegou em síntese:

«Que, pelo Decreto nº 76.488/75, tornou-se concessionária de uma estação de televisão nesta cidade, utilizando-se do Canal 11 local».

«Que, em decorrência das disposições a que está sujeita, pertinentes ao horário de funcionamento de sua estação, necessita manter uma programação diária e ininterrupta, o que a leva a suprir suas necessidades junto ao mercado externo com a importação de filmes (filmes e video-tapes), diante da carência de películas nacionais».

«Que, por esta razão e para promover a exibição dos filmes em seu canal de televisão contratou a importação de filmes infantis, apressando-se em obter a prévia e necessária autorização da EMBRAFILME».

«Que, após o desembaraço alfandegário dos filmes, tratou de obter junto ao Departamento de Polícia Federal — Divisão de Censura de Diversões Públicas, os necessários «Certificados de Censura» para posterior exibição dos referidos filmes».

«Que, ao submeter à censura uma das séries importadas, denominada «Gato Félix» se viu obrigada a obter junto à EMBRAFILME a Guia de Encaminhamento autorizando a emissão dos referidos certificados».

«Que, a EMBRAFILME expediu ofício à Divisão de Diversões Públicas autorizando a emissão do certificado sem o pagamento de que trata o art. 9º, inciso II da Lei nº 6.281 de 9-12-75, regulamentada pelo Decreto nº 79.893/77».

«Que, posteriormente, desejando obter os certificados para as demais séries importadas, requereu à EMBRAFILME que fosse expedido novo ofício à Divisão de Censura para a emissão dos Certificados o que lhe foi indeferido sob a alegação de que faltava à requerida poderes para a liberação, segundo o que preceitua o Decreto nº 79.893/77».

Que não é verdadeira a alegação da EMBRAFILME, de vez que todas as atribuições antes conferidas ao Instituto Nacional do Cinema passaram a ser exercidas pela requerida, isto aliás, já confirmado com a anterior expedição da autorização relativa à obtenção do «Certificado de Censura» relativo à série «Gato Felix».

«Que, para esquivar-se ao atendimento do pedido formulado pela impetrante, a EMBRAFILME invocou as disposições do Decreto nº 79.893/77 para a cobrança do valor relativo à contribuição nele prevista, aliás devida exclusivamente pelos distribuidores ou produtores».

«Que a impetrante, por sua condição de simples exibidora, não está sujeita à referida contribuição».

«Que tal condição e a indébita exigência da EMBRAFILME já foram decididas pelo Poder Judiciário em mandado de segurança jul-

gado pelo MM. Juiz da 2ª Vara Federal desta Seção Judiciária».

Requeru:

«Que, diante do exposto e considerando-se dispor a impetrada de poderes para a liberação do ofício pretendido, como atrás se demonstrou e, ainda, não estando a impetrante sujeita ao recolhimento da contribuição prevista na Lei nº 6.281, de 9-12-75 e Decreto nº 79.893, de 29-6-77, como se noticiou, também, anteriormente, é o presente para requerer seja-lhe concedida a presente segurança, a fim de que a impetrada expeça à Divisão de Censura de Diversões Públicas o ofício pretendido, para que aquele órgão possa emitir os respectivos certificados de censura para as séries de desenhos animados a seguir relacionados, de acordo com as faturas anexas (docs. nºs 4/11), independentemente do recolhimento de qualquer contribuição, a saber: «Underdog» — «Popeye And Beetle Bailey» — «Roger Ramjet» — «Go Go Gophers — «Tootle Turtel» — «Courageous Cat And Minute Mouse» — «Rod Rocket» «The Funny Company Cartoons» — It's a Small Word Four Winds To Adventure».

«Em se tratando, ademais, de providência urgente, destinada a atender suas atividades, que não podem sofrer solução de continuidade, o que resultaria em situação irreparável, requer a impetrante seja-lhe concedida Medida Liminar, para o efeito de lhe ser expedido o ofício pretendido, igualmente sem o recolhimento de qualquer contribuição, como é de direito».

Instruiu a inicial com os documentos de fls. 9 a 49.

Foi deferida a liminar pelo prazo de 60 dias, desde que seguro o Juízo pelo depósito da quantia relativa à contribuição questionada.

Foi efetuado o depósito de 3.000 ORTNS no valor aproximado de Cr\$ 955.320,00.

O Diretor-Geral da EMBRAFILME, em nome da empresa que entendeu ser a impetrada, prestou as informações de fls. 61 a 63 nas quais procurou evidenciar a legalidade e validade do ato impugnado que teria sido praticado com fundamento no disposto no § 1.º do art. 24 do Decreto-Lei nº 43/66.

E alegou mais, que pela importação direta dos filmes, feita pela impetrante, esta atuou de fato como distribuidora, pois exerceu função própria e específica desta atividade, desvinculando-se de sua condição principal de exibidora.

Requeru a final:

«Com esses esclarecimentos a impetrada espera a denegação da segurança, para o fim de se considerar a impetrante como sujeita ao recolhimento da contribuição ou, pelo menos, à não concessão do certificado de censura do filme sem a prova do recolhimento por quem for de direito ou da dispensa de contribuição na forma legal».

«Essas são MM. Juiz, as informações que cabe a esta Empresa prestar a V. Exa., confiando em que, diante dos argumentos apresentados, seja suspensa a medida liminar concedida, com o que se estará fazendo justiça».

O Ministério Público opinou pela denegação da segurança».

O ilustre Juiz Dr. José Gregório Marques concedeu a segurança e determinou a subida dos autos.

A impetrada recorreu e a impetrante ofereceu contra-razões.

Neste Tribunal a douta Subprocuradoria-Geral da República, em o seu parecer, opina pela reforma do decidido.

Ê o relatório.

Ementa: EMBRAFILME. Censura. Contribuição para o desenvolvimento da Indústria Cinematográfica, um preço público¹ que não pode se confundir com imposto. Exigência decorrente da lei.

VOTO

O Sr. Ministro Peçanha Martins (Relator): A contribuição para o desenvolvimento da Indústria Cinematográfica não é um tributo, como dito nas razões do apelo, mas uma das contribuições que o legislador constituinte estabeleceu. Neste sentido tenho votado, invocando este tópico de Aliomar Baleeiro em Limitações Constitucionais do Poder de Tributar:

«A controvérsia teórica ou, pelo menos doutrinária, no Brasil, perdeu o interesse, porque, como a anterior, a Constituição de 1969 nos artigos 21, § 2º; 163, § único, 165, XVI e 166, § 1º, preveniu expressamente a competência da União para instituir «contribuições» que não adjetivou, mas que distinguiu dos impostos, taxas e contribuições de melhorias (Pág 291).

Como um simples preço público, a contribuição não está sob o império do Código Tributário, salvo quanto a sua cobrança em Juízo, que segue a forma das execuções fiscais. E, por isso que não passa de simples contribuição especial que o legislador ordinário podia instituir com fundamento na Constituição (Parág. 2º do art. 21 e art. 163, Parág. Único), a Lei 5.848, de 7-12-1972, prescreveu assim:

«Nenhum certificado de censura para filmes será concedido sem a prova de recolhimento da contribuição a que se refere o inciso II do art. 11, ou prova de sua dispensa, de acordo com o art. 14».

«Independente do disposto no parágrafo anterior, os filmes só poderão ser censurados quando forem

encaminhados pelo Instituto Nacional do Cinema com a respectiva Guia».

Seja a impetrante importadora, ou distribuidora, a realidade é que os filmes não poderão obter certificado de censura sem o antecipado pagamento da contribuição à EMBRAFILME. É o que decorre do texto claro da lei, valendo ressaltar este tópico do parecer oferecido pela Subprocuradoria-Geral da República:

«In casu, impossível de ocorrer a dispensa do pagamento, por isso que ao importar diretamente filmes para exibição a impetrante atuou de fato como distribuidora, exercendo função própria e específica desta atividade, deixando, portanto, de ser exibidora».

Isto posto, dou provimento ao recurso para cassar a segurança.

VOTO VISTA

O Sr. Ministro Washington Bolívar de Brito: Dizem o art. 163 e seu parágrafo único da Constituição:

«Art. 163 — 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.

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».

Em harmonia com essa disposição, a Lei Fundamental, ao tratar do Sistema Tributário, estabelece, no § 2º, item I, do art. 21 (na redação da-

da pela Emenda Constitucional nº 8, de 1977):

«§ 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».

A lei que instituiu a exigência contra a qual ora se insurge a impetrante a denomina de «contribuição» (Lei nº 6.281, de 19-12-75, art. 9º, inciso II, regulamentada pelo Decreto nº 79.899, de 29-6-1977.

Estou em que se trata, efetivamente, de contribuição parafiscal, como bem o demonstrou a sentença apelada, espécie do gênero «tributo», daí por que se lhe aplica, em sua inteireza, o Código Tributário.

Sua origem nos preceitos constitucionais, sua criação mediante lei, matriculam-na no sistema tributário.

Bem andou, assim, o MM. Juiz em conceder a segurança, pois a norma tem endereço certo — distribuidores e produtores — sendo a impetrante simples exibidora. Não poderia transmutar-se em distribuidora, como argumentando alhures, já que a distribuição supõe intermediação, inexistente no caso dos autos.

Nem me convenceram as alegações de que se trata de preço público, cuja definição não se enquadra à hipótese dos autos. A compulsoriedade da contribuição instituída é evidente.

Por essas considerações, confirmo a r. sentença concessiva da segurança, negando provimento à apelação.

VOTO VISTA

O Sr. Ministro Otto Rocha: Sr. Presidente: Entendeu o eminente Ministro Peçanha Martins, Relator do fei-

to, que a contribuição para o desenvolvimento da indústria cinematográfica não é um tributo, «mas uma das contribuições que o legislador constituinte estabeleceu», com fundamento na Constituição (Parág. 2º do art. 21 e art. 163, Parág. Único).

A seu turno, o eminente Ministro Washington Bolívar, após pedido de vista, assim votou:

«Estou em que se trata, efetivamente, de contribuição parafiscal, como bem o demonstrou a sentença apelada, espécie do gênero «tributo», daí por que se lhe aplica, em sua inteireza, o Código Tributário.

Sua origem nos preceitos constitucionais, sua criação mediante lei, matriculam-na no sistema tributário.

Bem andou, assim, o MM. Juiz em conceder a segurança, pois a norma tem endereço certo — distribuidores e produtores — sendo a impetrante simples exibidora. Não poderia transmutar-se em distribuidora, como argumentado alhures já que a distribuição supõe intermediação, inexistente no caso dos autos.

Nem me convenceram as alegações de que se trata de preço público, cuja definição não se enquadra à hipótese dos autos. A compulsoriedade da contribuição instituída é evidente».

Em verdade, a contribuição em causa é uma prestação pecuniária compulsória, instituída por lei, devendo, desta sorte, ser conceituada como tributo, regendo-se pelas normas gerais do direito tributário.

Razão assiste ao MM. julgador a quo quando ressalta:

«Evidencia-se que a Contribuição para o desenvolvimento da Indústria Cinematográfica Nacional prevista no art. 9º, II, da Lei nº 6.281/75 é uma contribuição para-

fiscal, e como tal participa da natureza tributária, de acordo com o conceito de tributo, expresso no art. 3º do C.T.N., pelo que também sujeita às demais disposições do mesmo artigo».

A Lei nº 6.281, de 9-12-75, ao tratar da receita da EMBRAFILME, assim dispõe em seu art. 9º, item II:

«Art. 9º: A receita da EMBRAFILME será constituída por:

II — contribuição para o desenvolvimento da indústria cinematográfica nacional, devida pelos distribuidores ou produtores, nos casos especificados pelo órgão a ser criado nos termos do art. 2º, calculada na forma do art. 11».

Verifica-se, desta sorte, que os sujeitos passivos da obrigação tributária são os distribuidores ou produtores, ao passo que a impetrante é apenas exibidora, não estando, portanto, sujeita ao recolhimento da contribuição, segundo bem entendeu a sentença de primeiro grau.

Com estas considerações, peço vênia ao eminente Ministro Peçanha

Martins para, também divergindo, acompanhar o voto do eminente Ministro Washington Bolívar, negando provimento à apelação.

EXTRATO DA MINUTA

AMS 88.028 — RJ — Rel.: p/acórdão: Min. Washington Bolívar de Brito. Rel.: Originário: Min. Peçanha Martins. Remetente **Ex Officio**: Juízo Federal da 7ª Vara. Apte.: EMBRAFILME S.A. (Empresa Brasileira de Filmes). Apdo.: TVS — TV Studio Sílvio Santos Ltda.

Decisão: Prosseguindo no julgamento, por maioria, negou-se provimento à apelação, vencido o Relator. Lavrará o acórdão o Sr. Ministro Washington Bolívar de Brito.

Os Srs. Ministros Otto Rocha e Peireira de Paiva votaram com o Relator. Não compareceu, por motivo justificado, o Sr. Ministro Peçanha Martins. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Washington Bolívar de Brito.

REMESSA EX OFFÍCIO Nº 88.271 — PR

Relator: O Sr. Ministro José Dantas

Remetente **Ex Officio**: Juiz Federal da 2ª Vara

Partes: Umberto Bastos Sachelli e outros e União Federal

EMENTA

Tributário.

Lançamento. Recusado o respaldo legal invocado para o lançamento, mas, em se aventando na via recursal administrativa a possibilidade de enquadramento diverso, concebido à luz de diferente classificação do fato gerador, essa nova irrogação impescinde do formalismo de novo lançamento, com ensejo da ampla defesa devida ao contribuinte.

ACÓRDÃO

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

Decide a 6ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, confirmar a sentença remetida, 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 março de 1982 (data do julgamento) — Ministro **José Fernandes Dantas**, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro **José Dantas**: Trata-se da concessão de segurança para obstar exigência tributária fundada em dispositivo legal diverso do que embasara o levantamento do débito, e também para eximir as chamadas sanções administrativas. Ao ver do juiz a quo, Dr. Lício Bley, ao transmudar-se a obrigação de um para outro dispositivo legal dever-se-ia abrir nova fase de impugnação, a teor da formalística do Decreto nº 70.235/72, art. 10, IV, e art. 14 — fls. 142.

Sem recurso voluntário, a Subprocuradoria-Geral da República é de parecer pela reforma parcial da sentença, dada a inadequação da via eleita para deslinde, no caso, de outra matéria além das referidas sanções — fls. 146.

Relatei.

VOTO

O Sr. Ministro **José Dantas** (Relator): Senhores Ministros, veja-se a parte expositiva da sentença:

«Autuada a empresa da qual os embargantes são acionistas e diretores, foi desclassificada a escrita e arbitrado o lucro dos anos-base de 1968 a 1972, e como reflexo dessa tributação, foram autuados os impetrantes;

o processo administrativo foi até a instância especial, onde foi cancelado o lançamento com base no lucro arbitrado que se fundamentava no art. 51, a, do RIR/66, decisão que transitou em julgado;

ainda na instância especial foi aventada hipótese não cogitada pelo recorrente, de que a receita omitida seria tributável de acordo com o mesmo artigo, letra c;

essa foi uma regra nova, cuja aplicação dependia de novo lançamento, de acordo com o art. 142 do CTN, com oportunidade de defesa dos impetrantes;

houve, assim, alteração do critério fático, pois o crédito era apurado de acordo com o art. 51, a, e passou a sê-lo pela letra c;

o novo lançamento deve obedecer o Decreto 70.235/72, que no art. 10, IV, manda que no auto de infração conste a disposição legal infringida, e o art. 14 que prevê a hipótese de impugnação do crédito;

os impetrantes não tiveram oportunidade de impugnar o lançamento.» fls. 142

Na verdade, o que foi decidido na instância derradeira da administração fiscal foi a manutenção da decisão que dissera não haver o respaldo legal invocado para o lançamento do crédito. Se a par disso, adiantara-se juízo sobre a procedência, em parte, do recurso especial, à luz de dispositivo legal diverso daquele até então recusado e à conta de nova configuração factual da infração, diversa daquela até então imputada, parece correto entender-se, como fez a sentença, que a irrogação assim tão diferenciada imprescinde da instrumentalidade formal de um novo lançamento, com ensejo para a devida defesa do contribuinte.

Pelo exposto, confirmo a sentença remetida.

EXTRATO DA MINUTA

REO 88.271 — PR — Rel.: O Sr. Ministro **José Dantas**. Remte.: Juiz Federal da 2ª Vara. Partes: Umber-

to Bastos Sachelli e outros e União Federal.

Decisão: A Turma, por unanimidade, confirmou a sentença remetida. (Em 15-3-82 — 6ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Wilson Gonçalves e Miguel Ferrante. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro José Dantas.

REMESSA EX OFFICIO Nº 88.821 — RS

Relator: O Sr. Ministro Otto Rocha

Remetente: Juízo Federal da 5ª Vara

Partes: Alípio Vetter e IAPAS

Aut. Requer.: Chefe do Serviço de Seguros Sociais da Agência do INPS em Novo Hamburgo

EMENTA

Aposentadoria previdenciária. Segurado aposentado por invalidez que retornou ao trabalho.

Extinta a aposentadoria por invalidez, com o retorno do segurado ao trabalho, como autônomo, garantido lhe está o direito à aposentadoria por tempo de serviço, com inclusão no cômputo do tempo, do período de auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez (arts. 41 e seguintes da CLPS).

Sentença confirmada.

ACÓRDÃO

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

Decide a 1ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, 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, 4 de dezembro de 1981 (data do julgamento) — Ministro Peçanha Martins, Presidente — Ministro Otto Rocha, Relator.

O presente acórdão deixa de ser assinado por impedimento definitivo do Sr. Ministro-Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Otto Rocha: Alípio Vetter impetrou segurança contra o

Chefe do Serviço de Seguros Sociais da Agência do INPS em Novo Hamburgo, que lhe negou aposentadoria por tempo de serviço com proventos calculados sobre as 36 últimas contribuições de representante autônomo, à alegação de, em se tratando de ex-beneficiário da aposentadoria por invalidez, seu direito limita-se ao restabelecimento desta última, com reajuste do valor das prestações.

O MM. Dr. Juiz a quo concedeu a segurança para garantir ao impetrante a aposentadoria pleiteada, obedecidos os dispositivos do art. 41, da CLPS, em especial o caput, e §§ 3º, 4º e 6º, cumprido, ainda o § 2º, não abrangendo prestações mensais anteriores à data da impetração.

Os autos subiram por força do duplo grau de jurisdição, da sentença não recorrendo as partes.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Otto Rocha (Relator): Sr. Presidente: — A respeitável sentença, ao conceder a segurança requerida, vem assim fundamentada:

«É de meridiana clareza o texto de ambos os decretos citados pelas partes, seja Decreto nº 83.808/79, art. 120, *caput*, seja o Decreto nº 72.711/73, art. 116, *caput*, ou ainda, a própria norma do § 2º do art. 36, da Consolidação das Leis da Previdência Social, Decreto nº 77.077/76, expedido nos termos do art. 6º, da Lei nº 6.243/75, todos afirmando:

«O aposentado que voltar à atividade terá sua aposentadoria cassada.»

O impetrante, desde o ano de 1976, retornou à atividade remunerada, logo teve o benefício cassado, fato que nenhuma das partes discute ou impugna, logo, não há de se falar agora em seu restabelecimento, daí, não se tratar de estabelecer o alcance da norma contida no § 1º, do art. 116, do Decreto nº 72.771/73, repetida no § 1º do art. 120, do Decreto nº 83.080/79, pois não houve suspensão do benefício, mas por expressa norma legal a aposentadoria por invalidez considera-se cassada, extinta.

Repito, não se cogita de restabelecimento de aposentadoria por invalidez, mas, contribuente que durante certo período esteve em gozo deste benefício, a seguir voltou a trabalhar, tendo sido cassada a aposentadoria por invalidez, requereu, agora, aposentadoria por tempo de serviço, quando deve ser aplicada a norma do art. 41 e seguintes da CLPS, cujo § 6º permite incluir no cômputo do tempo, o período em que o segurado tenha estado em gozo de auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez.

Assim, nos termos do dispositivo legal em apreço deveria ser concedida

aposentadoria ao requerente, por tempo de serviço, computando-se o período em que contribuiu como segurado, o período em que esteve em gozo de auxílio-doença e aposentadoria por invalidez, e mais, o período posterior quando retornou à atividade e contribuiu como segurado autônomo, e os respectivos valores de contribuição, uma vez que o referido artigo 41 da CLPS, no § 4º, assim impõe.»

Como se vê, está ela em perfeita harmonia com o que já decidira, anteriormente, a antiga E. Quarta Turma ao julgar a AC nº 52.529-SP, da qual foi Relator o eminente Ministro Gueiros Leite, e cujo respectivo acórdão assim proclama:

«Previdência social. Aposentadoria especial. Peculiaridades. 1. Segurado estivador que satisfaz os requisitos do art. 57 e parágrafos do RGPS (Decreto nº 60.501/67), faz jus ao benefício. 2. A aposentadoria por invalidez, gozada pelo segurado e que se extinguiu pelo seu retorno voluntário à mesma atividade, *ex vi* do art. 45, § 2º, e alíneas daquela norma, não constitui embaraço à concessão do novo benefício. 3. As situações jurídicas formativas do direito do autor, que se geraram sob a legislação anterior, não se submetem às diretivas de normas posteriores, mais restritas, como na espécie, o art. 38, da CLPS, baixada com o Decreto nº 77.077/76.»

Correta a sentença de primeiro grau, tanto que as partes dela não recorreram, subindo os autos tão-só por força do duplo grau de jurisdição, *ex vi* art. 12, parágrafo único, da Lei nº 1.533/51, com a redação dada pelo art. 1º da Lei nº 6.071/74.

Ante o exposto, confirmo a respeitável sentença remetida.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

REO 88.821 — RS — Rel.: O Sr. Min. Otto Rocha. Remte. **ex officio**: Juízo Federal da 5ª Vara. Partes: Alípio Vetter e IAPAS.

Decisão: A Turma, por unanimidade, confirmou a sentença. (Em 4-12-1981 — 1ª Turma).

Os Srs. Ministros Pereira de Paiva e Peçanha Martins votaram com o Relator: Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Peçanha Martins.

REMESSA EX OFFÍCIO Nº 89.744 — MG

Relator: O Sr. Ministro Carlos Madeira

Remte. **Ex Officio**: Juízo Federal da 1ª Vara

Partes: Wellington Kleber Cordeiro — Faculdade de Odontologia de Governador Valadares

Aut. Requerida: Diretor da Faculdade de Odontologia de Governador Valadares

EMENTA

Ensino superior. Mandado de segurança contra ato disciplinar. Preterição de formalidade na aplicação da pena.

A jurisprudência tem evoluído no sentido do cabimento do mandado de segurança contra ato disciplinar, mormente se há nele defeito de ilegalidade ou abuso de poder.

Na aplicação de sanção disciplinar ao corpo discente, não havendo dosimetria das penas para cada infração, basta que esta fique evidenciada no procedimento respectivo, para que se aplique a sanção correspondente prevista no Regimento.

Conformando-se a autoridade impetrada com a decisão judicial e cumprindo o que nela foi determinado, cassa-se a segurança, a fim de tornar sem efeito a medida liminar deferida.

ACÓRDÃO

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

Decide a 3ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, conhecer da remessa e cassar a segurança, a fim de tornar sem efeito a liminar concedida, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 24 de outubro de 1980 (data do julgamento) — Ministro Carlos Madeira, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Carlos Madeira (Relator): Aluno da Faculdade de Odontologia de Governador Valadares, quando em aula prática de Radiologia, colocou sobre a janela dois frascos contendo material revelador e fixador, a fim de um seu colega levá-los, pois que deles precisava para trabalhos particulares. Surpreendido por uma professora, frustrou-se a ação do segundo aluno que teve de devolver os frascos já guardados no seu automóvel.

Instaurado processo disciplinar, foi aplicada ao primeiro aluno, ora

impetrante, a penalidade de 90 dias de suspensão, reduzida pela Congregação da Faculdade, em grau de recurso, para 30 dias.

Inconformado ainda com essa solução, impetrou o aluno mandado de segurança, alegando cerceamento de defesa e ilegalidade da pena, a fim de ser suspensa esta, de modo a possibilitar ao impetrante prestar as provas previstas no calendário escolar. A ilegalidade da pena consistiria na sua inadequação aos fatos e na inobservância da técnica de sua aplicação, por isso que não foram levados em conta os elementos constitutivos da infração, nem a sua graduação.

Concedida a suspensão liminar do ato de suspensão, prestou informações o Diretor da Faculdade, destacando que o conluio entre o impetrante e seu colega para a prática de ato desonesto ensinaria a sanção de seu desligamento da Faculdade. Entretanto, por ser considerado primário, a conduta foi desclassificada para improbidade, com a sanção de suspensão de 90 dias reduzida depois para 30 dias.

O Juiz determinou a apresentação do procedimento disciplinar, cujas peças xerocopiadas foram juntadas aos autos. Em seguida, proferiu sentença para julgar precedente, em parte, a ação, considerando nulo todo o inquérito administrativo, a fim de que a autoridade impetrada profira novo julgamento, levando em conta os elementos regradados estabelecidos no art. 4º da Portaria 836/79 do Senhor Ministro da Educação e Cultura. Manteve, ainda, a liminar deferida. Desprezou S. Exa. a alegação de cerceamento de defesa, mas teve por ilegal a decisão disciplinar por não observar todos os elementos regradados ou vinculantes, quais sejam, a primariedade do infrator, o dolo ou a culpa, o valor e utilidade dos bens atingidos e o grau da autoridade ofendida. Não explicitou o aplicador

da pena se houve dolo ou culpa e o valor dos bens atingidos, nem aludiu qual a autoridade ofendida.

A sentença, que é de 25 de março de 1980, foi remetida e a autoridade impetrada fez juntar Resolução da Congregação de 9 de maio de 1980, em que atende à exigência da sentença — mantém a suspensão do impetrante.

A Subprocuradoria-Geral da República opinou pela manutenção da sentença.

Ê o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Madeira (Relator): A propósito do mandado de segurança contra ato disciplinar, tem evoluído a jurisprudência, no sentido de seu cabimento, principalmente tendo em vista a legalidade do ato. Já o Ministro Costa Manso admitia o exame da ilegalidade do ato quando aplicado por autoridade incompetente, quando não autorizado em lei ou quando praticado com preterição de formalidade essencial, para a apuração do ato punível. Hely Lopes Meirelles, na 7ª Edição do seu Mandado de Segurança e Ação Popular, rende-se aos argumentos do Ministro Carlos Mário Velloso, para considerar a restrição da lei incompatível com a amplitude constitucional do *mandamus*, pois não é legítima a exclusão dos atos disciplinares, que, embora formalmente corretos, podem ser ilegais ou abusivos no mérito (págs. 20/21).

No caso presente, teve o Juiz — por ilegal — o ato disciplinar aplicado a aluno de Faculdade, sem observância de formalidades na aplicação da pena. É que o art. 4º da Portaria 836 do Senhor Ministro de Educação e Cultura estabelece que «na aplicação das sanções disciplinares, serão considerados a primariedade do infrator, o dolo ou a culpa, o valor e

utilidade dos bons atingidos e o grau da autoridade ofendida».

Trata-se de elementos de individualização da pena que, em direito penal, se denominam circunstâncias judiciais, mediante as quais sabe o réu por que foi ela aplicada em determinado grau. Mas sua aplicação, no âmbito disciplinar acadêmico, não carece da mesma operação trifásica que o Juiz deve observar na sentença penal, pois as sanções ali previstas não têm máximo ou mínimo; ao contrário, são fixas para as diferentes infrações. Assim, o ato de improbidade é apenado com a suspensão de 90 dias, como a agressão ou ofensa moral é apenada com a suspensão de 30 dias.

Bastaria, pois, que ficasse evidenciada a infração no inquérito ou sindicância, para que se aplicasse a pena prevista no Regimento da Faculdade.

O Juiz, porém, achou que, para a aplicação, deveria a autoridade consignar os «elementos vinculantes do ato».

A autoridade se conformou com a decisão e sanou o defeito apontado no seu ato, mantendo a suspensão por 30 dias do aluno.

Atendida, assim, a determinação do Juiz, conheço da remessa e casso a segurança, a fim de tornar sem efeito a liminar concedida.

EXTRATO DA MINUTA

REO 89.744 — MG — Rel.: Sr. Min. Carlos Madeira. Remte.: Juízo Federal da 1ª Vara. Partes: Wellington Kleber Cordeiro e Faculdade de Odontologia de Governador Valadares.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu da remessa e cassou a segurança, a fim de tornar sem efeito a liminar concedida (Em 24-10-80 — 3ª Turma).

Votaram, de acordo com o Relator, os Srs. Ministros Torreão Braz e Adhemar Raymundo. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Carlos Madeira.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 90.256 — MT

Relator: O Sr. Ministro Pedro da Rocha Acioli

Apelante: CREDIREAL Financeira S/A — Crédito, Financiamento e Investimento

Apelada: União Federal

EMENTA

Civil e Tributário. Alienação Fiduciária. Veículo transportador de mercadorias estrangeiras contrabandeadas. Pena de perdimento.

1. Apreensão de veículo, gravado com alienação fiduciária, utilizado no transporte de mercadorias contrabandeadas. Ato de apreensão executado por Inspetor da Receita Federal, em nome do Ministro da Fazenda.

2. Mandado de segurança pelo qual a impetrante, credora fiduciária, pretende a liberação do veículo apreendido e sujeito à pena de perdimento.

3. Competência da Justiça Federal de primeira instância. Indeferimento do mandamus.

4. O credor fiduciário não detém a propriedade do objeto alienado. Este representa uma garantia real. Apreendido o veículo (e sujeito à pena de perdimento), por transportar mercadorias estrangeiras contrabandeadas, tem o credor fiduciário outros meios de execução do seu crédito.

ACÓRDÃO

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

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

Custas como de lei.

Brasília, 3 de junho de 1981 (data do julgamento) — Ministro Moacir Catunda, Presidente — Ministro Pedro da Rocha Acioli, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Pedro da Rocha Acioli: Conforme relata o parecer de fl. 63:

«Trata-se de apelação em mandado de segurança, interposta pela CREDIREAL Financeira S.A. — Crédito Financiamento e Investimento, atacando a r. sentença de fls. 33/34 que indeferiu liminarmente segurança impetrada pela apelante contra ato do Inspetor da Receita Federal em Ponta Porã, Estado de Mato Grosso do Sul.

2 — No mandamus sustentou a impetrante:

a) celebrou com Herlandes Gomes de Aguiar contrato de financiamento para aquisição de um veículo, com garantia da cláusula de alienação fiduciária, conforme o disposto no Dec.-Lei 911/69;

b) requereu, junto ao Juízo de Direito da Comarca de Monte Carmelo — MG, a busca e apreensão do veículo alienado fiduciariamente, por inadimplência do fiduciário, tendo sido expedida carta precatória para a Comarca de Ponta Porã para tal fim;

c) não foi possível o cumprimento do mandado de busca a apreensão do veículo, conforme certificou o Oficial de Justiça e informou o Inspetor da Receita Federal, porque ele se encontrava apreendido e depositado, em nome e ordem do Ministro da Fazenda, vez que havia sido utilizado para a prática de contrabando.»

O douto juiz sentenciante deu-se por incompetente, em virtude de tratar-se, segundo ele, de mandado dirigido contra ato do Senhor Ministro da Fazenda, mas, conhecendo do mérito, porque analisou todos os aspectos do pedido, entendeu que «inexiste direito líquido e certo da impetrante capaz de ser reparado via do mandamus (fls. 33).

A impetrante insiste, no seu apelo, na competência do juízo a quo para conhecer da ação mandamental, a conta de que a apreensão foi executada pelo Inspetor da Receita Federal em Ponta Porã. No mérito, aduz que, sendo credora fiduciária do veículo apreendido, os seus direitos não podem ser atingidos por ato do devedor, proveniente das relações deste com terceiros.

Contra-arazoado e preparado o apelo, subiram os autos. Nesta Ins-

tância, opinou a douta SGR pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Pedro da Rocha Acloli (Relator): O ilustre Juiz Federal da Seção Judiciária de Mato Grosso do Sul, Dr. Mário Figueiredo Ferreira Mendes, enfrentou a controvérsia e a deslindou através da r. sentença de fls. 33/34, cujas razões de decidir destaco:

«O pedido merece indeferimento liminar, por dois motivos. Primeiro, porque, como afirmou a autoridade administrativa, o veículo apreendido encontra-se depositado em nome e por ordem do Senhor Ministro da Fazenda, *ex-vi legis*. Dessarte, a competência para processar e julgar pedidos da natureza do argüido é do Tribunal Federal de Recursos, e não nossa. Segundo, porque inexistente direito líquido e certo da impetrante capaz de ser reparado via do *mandamus*. De fato, a jurisprudência já se firmou no sentido de que a venda da coisa alienada fiduciariamente — e no conceito enquadra-se a decretação de sua perda, por casos legais — o credor, em havendo saldo devedor, deve executar o devedor e seu avalista pelo documento emitido em garantia da quantia mutuada. Competia, pois, à requerente intentar contra o adquirente do veículo em questão e seu avalista, a competente ação de execução, mormente quando a perda daquele se deu em virtude de apreensão no interesse do Fisco Nacional.

Assim, tudo bem visto e examinado, indefiro a inicial, nos termos do disposto em o artigo 8º da Lei nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951. Via de consequência, decreto a extinção do processo em consonância com o disciplinamento adje-

tivo pátrio (item I, do art. 267).» (fls. 33/34).

Apelou dessa decisão CREDIREAL Financeira S/A — Crédito, Financiamento e Investimento, objetivando a sua reforma, advogando a preliminar de competência da Justiça Federal de Primeira Instância, porque partiu do Senhor Inspetor da Receita Federal o ato coercitivo de apreensão do veículo condutor da mercadoria tida como ilegal e, no mérito, pede o provimento total do presente mandado para que lhe seja devolvido o veículo apreendido.

Examinando a preliminar argüida pela apelante, vê-se que a razão está com ela, por ser realmente o ilustre Juiz a *quo* a autoridade competente para julgar a segurança impetrada contra o ato praticado pelo Inspetor da Receita Federal, autor do ato coercitivo de apreensão do veículo condutor da mercadoria ilegal.

O princípio dominante é do da competência territorial do juiz que tem jurisdição sobre o coator, a fim de que possa coibir a ilegalidade com presteza e possibilidade efetiva de fazer cumprir direta e imediatamente suas ordens.

A alegação da autoridade fiscal, responsável pelo ato de apreensão do veículo e das mercadorias contrabandeadas, de que a guarda e apreensão do veículo e das mercadorias efetuou-se em nome e por ordem do Senhor Ministro da Fazenda (fls. 27-v.), não tem suporte legal para deslocar a competência do Juiz de primeiro grau da Justiça Federal para o Tribunal Federal de Recusos.

Outro não é o entendimento jurisprudencial reiterado dos Tribunais Superiores, como bem assinalou o ilustre patrono da impetrante, em suas razões de fls. 37/50, que transcrevo:

«Autoridade coatora é a que direta e imediatamente pratica o ato

impugnado e não o superior que o recomenda ou baixa normas para sua execução.» (TJPR — in RDA 95/120).

«Autoridade coatora é o agente que pratica o ato impugnado e não o superior que o recomende ou baixe normas para sua execução.» (TASP — in RDA 87/223).

«Como autoridade coatora entende-se a que direta e imediatamente pratica o ato violador.» (TJSP — in RDA 106/264).

«Autoridade coatora é a que pratica o ato impugnado e não a de nível superior que estabelece normas administrativas para a sua execução.» (TJSP — in RDA 108/368).

«Para efeito de mandado de segurança a autoridade coator é aquela que pratica o ato e não o superior hierárquico que expede ordens para a execução.» (TJSP — in RDA 109/164).

«Ordem de Apreensão Emanada do Ministro da Fazenda (Dec. 50.416, de 6-4-61, art. 2º). Contrabando. Competência para o «Writ» do Juiz de Primeira Instância e não do Tribunal Federal de Recursos, face antigo art. 104, I, B, da Constituição Federal de 1946 e atual art. 122, letra c, com a nova redação da Emenda constitucional nº 1, de 1969. (Acórdão do Supremo Tribunal Federal — RE nº 63.742 — Trib. Pleno — in Rev. Trim. de Jur., vol. 51, pág. 508) (fls. 42/43).

Sendo o Inspetor da Receita Federal a autoridade coatora, falecia a este Tribunal a competência para conhecer e julgar originariamente a ação.

Assim, acolho a preliminar de incompetência suscitada, para reconhecer competente o Juiz Federal da Seção Judiciária de Mato Grosso do Sul.

No mérito:

Embora declarando-se incompetente, o ilustre Magistrado de primeiro grau examinou a pretensão do impetrante quanto ao mérito, e decidiu pela inexistência de direito líquido e certo a ser reparado.

Neste particular, peço vênia ao nobre advogado da postulante para discrepar da tese por ele abraçada, em suas bem lançadas razões de apelação de fls. 47/50, para fillarme à conclusão a que chegou a douta sentença (fls. 33/34), que reconheceu inexistir direito líquido e certo da requerente, capaz de ser reparado por via do **mandamus**.

Anote-se que a autuação fiscal processou-se regularmente, está bem fundamentada e narra o fato com precisão e clareza, afastando qualquer senão capaz de maculá-la ou torná-la irrita. Portanto, a apreensão do veículo deu-se legalmente, eis que foi encontrado transportando mercadorias contrabandeadas, conforme auto de fls. 27/28. Dúvida não existe, pois, da legitimidade de sua apreensão, por força do que dispõe o Dec.-Lei 1.455/66, art. 24; por dano ao erário.

Quanto às alegadas prerrogativas da alienação fiduciária, estou que elas não podem ser opostas ao interesse nacional, a exemplo do Fisco no exercício regular do interesse da União. Essa tese foi bem refutada nas razões da apelada, assim:

«Na alienação fiduciária o credor tributário não é o proprietário direto da coisa. O bem alienado apenas garante-lhe o cumprimento do contrato. Não é a alienação fiduciária um direito real sobre a coisa, oponível *erga omnes*, mas uma obrigação contratual, um direito pessoal que admite a corresponsabilidade de terceiros — avalistas ou fiadores. Tanto que o artigo 5º, do Dec.-Lei 911/69, remete o credor à propositura da ação executiva para haver o seu crédito,

na hipótese de inadimplência contratual. Não manda propor ação real. (fl. 58).

Nesta linha de consideração, nego provimento ao recurso.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

AMS 90.256 — MT — Rel.: Ministro Pedro da Rocha Acioli. Apelante:

CREDIREAL Financeira S.A. — Crédito, Financiamento e Investimento. Apelada: União Federal.

Decisão: Por unanimidade, negou-se provimento ao recurso. (Em 3-6-81 — 5ª Turma).

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

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 90.603 — RJ

Relator: O Sr. Ministro Moacir Catunda

Remetente de Ofício: Juiz Federal da 9ª Vara

Apelante: I.N.P.I.

Apelada: Perfumarias Phebo S.A.

EMENTA

Mandado de segurança. Propriedade industrial. Registro de marca. Lei 5.772, de 1971 — artigo 65, item 20. — O pedido não encerra exame de matéria complexa a exigir dilação probatória e, sim, questão tipicamente jurídica, apta a ser decidida no âmbito estreito do mandado de segurança. — A denominação «Seiva de Silvestres», para distinguir artigos de perfumaria e toucador, não infringe o disposto no item 20 do art. 65, da Lei 5.772,71, por não ser de uso necessário, comum ou vulgar, relacionando-se apenas de modo indireto com o produto, mas de forma distintiva. Por isso, não fica caracterizado impedimento para o pretendido registro da marca. Apelação provida, concedendo-se a segurança nessa parte.

ACÓRDÃO

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

Decide a 5ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso, tão-somente para suprimir a condenação em honorários advocatícios, 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 maio de 1981 (data do julgamento) — Ministro *Moacir Catunda*, Presidente e Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro **Moacir Catunda**: Mandado de segurança impetrado por Perfumarias Phebo S.A. contra ato do Presidente do I.N.P.I. objetivando anulação da decisão que indeferiu pedido de registro da marca «Seiva de Silvestres», com fulcro na Lei 5.772/71, aplicando o disposto no

art. 65, item 20, sendo alegado que a expressão «Seiva de Silvestres» é denominação de uso necessário, comum, vulgar.

Nas informações, a autoridade impetrada salientou não ser o mandado de segurança meio hábil para o deslinde da questão que envolve matéria de ordem técnica, suscetível de exames e provas. No mérito do pedido, alegou não caber razão à impetrante (fls. 57/66).

A sentença denegou a segurança pela inviabilidade do mandado, no caso, concordando com as informações da autoridade impetrada, ressaltando à impetrante as vias ordinárias processuais (fls. 78/81).

Dessa decisão apelou a impetrante e, após manifestação da Subprocuradoria-Geral da República, reconhecendo a validade do mandado de segurança para o caso, e opinando pela sua concessão, vieram os autos ao Tribunal, onde foi exarado acórdão do julgamento da então 2ª Turma, cuja ementa foi a seguinte (fls. 121):

«Processual Civil. Mandado de Segurança. Indeferimento de Registro de Marca. Exame de Legalidade do Despacho.

Visando a impetração ao exame da legalidade de despacho do Presidente do I.N.P.I., que indeferiu registro de marca, de sorte a possibilitar o prosseguimento do processo administrativo, através do qual se procederá à análise dos elementos probatórios (art. 79, da Lei nº 5.772, de 1971), não escapa à via mandamental o pedido vestibular.

Recurso provido, para que o MM. Juiz a quo aprecie o mérito.»

Voltando os autos ao Juízo de origem, foi proferida sentença concedendo a segurança, condenando o impetrante nas custas e honorários advocatícios de Cr\$ 20.000,00 (fls. 125/128).

Apelou o impetrado para a reforma da decisão, reportando-se às informações e pedindo isenção do pagamento dos honorários, por incabíveis no mandado de segurança, e das custas, por ser autarquia (fls. 132/135).

Contra-razões às fls. 142/144.

Manifestou-se a Subprocuradoria Geral da República aludindo ao parecer de fls. 106/110, e opinando pela exclusão das custas e honorários.

É o relatório.

O Sr. Ministro Moacir Catunda: Dou provimento à remessa oficial e ao recurso voluntário do impetrado, tão-somente para cancelar a condenação em honorários advocatícios, de acordo com a Súmula 512, do STF, e confirmando, por seus fundamentos, a sentença apelada no mais que foi decidido por ela.

Reporto-me, outrossim, ao parecer de fls. 106, que responde vantajosamente às razões do apelante. E mando transcrevê-lo abaixo, em reforço às razões de julgar da sentença, verbis:

«Nº 8.276 — PA.

Apelação em Mandado de Segurança Nº 82.024 — RJ.

Apelante: Perfumarias Phebo S.A.

Apelado: Instituto Nacional da Propriedade Industrial.

Perfumarias Phebo S.A. impetra a presente segurança contra ato do Presidente do I.N.P.I. que indeferiu pedido de registro da marca «Seiva de Silvestres» para distinguir artigos de perfumaria e toucador.

2. A questão, a nosso ver, não escapa do âmbito do remédio heróico, pois não se trata, data venia, de deslindar «matéria complexa», a exigir «exame técnico» e dilação probatória, mas apenas de dirimir uma questão de direito, qual seja,

saber se ao referido registro se opõe norma do art. 65, item 20, do Código da Propriedade Industrial que proíbe seja registrado como marca:

«nome, denominação, sinal, figura, sigla ou símbolo de uso necessário, comum ou vulgar, quando tiver relação com o produto, mercadoria ou serviço a distinguir, salvo quando se revestirem de suficiente forma distintiva».

3. Carvalho Mendonça define a denominação necessária como «a que se prende à própria natureza do produto designado; é a que se acha a ela incorporada, constituindo o seu próprio nome; ao passo que a denominação vulgar, usual (ou comum), segundo o autor, «é aquela que, não tendo sido originariamente o verdadeiro nome do produto, acabou por ser consagrada pelo uso, entretanto, na linguagem corrente como seu nome» (Tratado de Direito Comercial, Vol. V, parte 1^a, págs. 254/255).

4. A proibição de se registrar como marca as denominações necessárias ou vulgares, desde que tenham relação com o produto, visam impedir que um comerciante ou industrial se aproprie dos nomes dos próprios produtos que vende ou fabrica, impedindo que seus concorrentes exerçam o direito de se servirem deles.

5. Todavia, como observa Gama Cerqueira, a proibição não é absoluta. Em primeiro lugar, admite a lei que essas denominações sejam registradas como marcas quando revestidas de «forma distintiva», «pois nesse caso entende-se que o que a lei protege é a forma adotada» e não a denominação em si. Em segundo lugar, «não basta que o sinal adotado tenha uma relação qualquer com o produto ou artigo que distingue; é preciso que essa relação seja necessária ou, pelo

menos, direta e imediata». Se a denominação «se relacionar apenas de modo fantasista ou indireto com o produto, a regra deixa de ter aplicação (Tratado da Propriedade Industrial, vol. II, tomo II, parte III, pág. 9).

6. Estão neste caso as chamadas marcas evocativas, em que os comerciantes e industriais procuram evocar a natureza ou as virtudes do produto, sem que a denominação utilizada tenha uma relação necessária, direta, com o mesmo.

7. Paul Reynoard assinala que certos fabricantes preferem imaginar e forjar integralmente sua marca, enquanto outros preferem marcas que evoquem mais ou menos o produto, acrescentando o autor que estas últimas, se não podem ser consideradas comercialmente excelentes, são juridicamente válidas (Marques de Fabrique, nº 9).

8. Parece-nos que se pode incluir nesta categoria a marca «Seiva de Silvestres», que a impetrante pretende registrar, mormente em se considerando que inúmeras denominações semelhantes já foram registradas como marcas para artigos de perfumaria e toucador, podendo ser citadas, entre outras: Seiva de Alfazema, Seiva Quina de Mutamba, Seiva de Kanayan, Quina de Petróleo e Suco de Limão (cf. item 12 da inicial e Gama Cerqueira, ob. cit. vol. I, parte I, pág. 407, nota 37 e vol. II, tomo II, parte III, nota 8, à pág. 10).

9. Esclareça-se que tais registros foram efetuados no regime do Decreto-Lei nº 7.903/45, cujo art. 93, parágrafo único, continha disposição idêntica à do art. 65, item 20, do Código em vigor.

10. Aliás, com os artigos de perfumaria e toucador ocorre fenômeno semelhante ao que se verifica na indústria farmacêutica, cujas

marcas quase sempre indicam seus fins terapêuticos ou as substâncias que entram na composição do produto. Trata-se de prática de longos anos, bastando uma simples visita a um balcão de perfumaria para se surpreender, em pacífica convivência, artigos marcados com denominações tais como: Água de Quina, Creme de Babosa, Leite de Manamelis, Flores de Alfazema, sem esquecer o antigo e famoso Leite de Rosas.

11. Além de identificar os produtos, as marcas têm a dupla função de resguardar os direitos e interesses econômicos de seus titulares e de garantir que o consumidor não seja iludido em sua boa-fé quanto à legitimidade e à origem do artigo que adquire. As marcas, como lembra Carvalho Mendonça, representam «elemento de êxito e segurança às transações comerciais» (ob. e vol. cit. n.º 224).

12. As disposições que regulam o registro das marcas visam essencialmente reprimir a concorrência desleal, impondo, em consequência, restrições à liberdade de indústria e comércio. Mas não se podem interpretar tais disposições para restringir o direito ao registro, «além dos limites impostos pelo direito de terceiros» (Gama Cerqueira, ob. cit., vol. I, parte I, n.º 50, pág. 201/204).

13. O pedido de registro da marca «Seiva de Silvestres» depositado sob a égide do Decreto-Lei n.º 254/67, teve seu clichê publicado no Diário Oficial, sem que ocorresse qualquer manifestação de terceiros contra o seu deferimento (art. 81). Por outro lado, já vimos que marcas semelhantes vêm convivendo de há muito sem estabelecer, pelo que se sabe, confusões indesejáveis ou suscitar reclamações por parte de comerciantes e industriais. Ademais, as marcas compostas de denominações, como as de marcas em

exame, estão perdendo a sua importância, uma vez que os perfumes e artigos de toucador vêm sendo identificados, cada vez mais, pelo nome de seus fabricantes: Avon, Coty, Bozzano, Victor, Chanel, etc.

14. Não vislumbramos, data venia, qualquer prejuízo para terceiros no registro pretendido. Caso a E. Corte venha a concedê-lo, não estará, no nosso entender, infringindo a regra do art. 65, item 20, do Código da Propriedade Industrial, mas, ao contrário, estará conferindo-lhe interpretação e aplicação adequadas em consonância com a realidade dos fatos e os princípios que regem o registro das marcas.

É o parecer.

Brasília, 25 de agosto de 1978 —
Paulo A. F. Solberger, Procurador da República.

Aprovo: **Geraldo Andrade Fonteles**, 5.º Subprocurador-Geral da República.»

EXTRATO DA MINUTA

AMS 90.603 — RJ — Rel.: Min. Moacir Catunda. Remte. de ofício: Juiz Federal da 9.ª Vara. Apte.: I.N.P.I. Apda.: Perfumarias Phebo S.A.

Decisão: Por unanimidade, deu-se provimento parcial ao recurso, tão-somente para suprimir a condenação em honorários advocatícios. (Em 18-5-81 — 5.ª Turma).

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

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 90.726 — AM

Relator: O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro

Remetente: Juízo Federal no Amazonas

Apelante: Superintendência Nacional da Marinha Mercante — SUNAMAN

Apelada: Casas do Óleo Ltda.

EMENTA

Importação. GATT. Zona Franca de Manaus. Isenção do Adicional ao Frete de Renovação da Marinha Mercante (AFRMM). Mandado de segurança preventivo. Limites à sua concessão.

I — Se a jurisprudência do Excelso Pretório já se firmou no tocante à natureza tributária do AFRMM e à sua não incidência quanto às remessas de mercadorias nacionais para a Zona Franca de Manaus, por se equipararem, para todos efeitos fiscais, à exportação, corolário lógico desse entendimento é o de que estão isentas daquele adicional as importações originárias de países-membros do GATT, à vista do item 1 do artigo III, do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (GATT), adotado pelo Brasil, nos termos da Lei nº 313, de 30 de julho de 1948.

II — O mandado de segurança pressupõe lide concreta, como qualquer ação, e, em sua modalidade preventiva, a ocorrência de real ameaça, traduzida por fatos e atos, e não por meras suposições. Limitação dos efeitos da sentença concessiva da segurança à importação noticiada na inicial.

III — Apelação parcialmente provida.

ACÓRDÃO

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

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

Custas como de lei.

Brasília, 18 de novembro de 1981 (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. 96/97):

«1. A impetrante, empresa da Zona Franca, estando por receber mercadorias dentro do intercâmbio do GATT, pretende que esta importação tenha a mesma isenção do AFRMM conferida ao similar nacional importado por Manaus. Fundamenta seu entendimento na

cláusula de isonomia do General Agreement on Tariffs and Trade e pede a segurança para toda mercadoría que trazer do GATT para a Zona Franca nas condições do similar nacional.

2. Quem prestou as informações de fls. 88, foi a ilustre Procuradoria-Geral da SUNAMAN, avocando a resposta, por entender que seu nobre Delegado Regional não dispõe de capacidade para representá-la em Juízo. Por esse raciocínio, deslocar-se-ia fora deste mandado.

no que toca ao mérito, negaram as informações e possibilidade da isenção pelo fato de o adicional não se constituir tributo. Acrescentaram que, de qualquer forma, o Decreto-Lei nº 1.142 não estipula a isenção e este decreto-lei é posterior ao Decreto-Lei 288 e à Lei 5.025.

3. O Ministério Público exarou parecer, nele endossando as teses da impetrada.»

Apreciando a controvérsia, assim decidiu o Dr. Ubiray Luiz da Costa Terra, MM. Juiz Federal da Seção Judiciária do Amazonas (fl. 98):

«Isto posto, concedo a presente segurança, para determinar que o ilustre Delegado da SUNAMAM se digne a tratar como isentas do AFRMM as importações que a impetrante trazer de países integrantes do GATT para a Zona Franca de Manaus. Registrada, intimem-se, com cópias para a autoridade. No tempo próprio, ao Egrégio TFR.»

Apelou a Superintendência Nacional da Marinha Mercante (fls. 101/112), insistindo nos argumentos aduzidos nas informações.

Contra-arrazoado o recurso (fls. 114/120), subiram os autos e, neste Tribunal, manifestou-se a douta Subprocuradoria-Geral da República pelo seu provimento (fls. 125).

Distribuídos, os autos vieram-me conclusos no último dia 24.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro (Relator): Ao conceder a segurança, assim argumentou a sentença recorrida (fls. 97/98):

«Soberbamente estruturada a li-de, ao Juízo resta testar as premissas do silogismo.

1. Na primeira delas, sustenta a impetrante a natureza tributária do adicional, enquanto a SUNAMAM sustenta que contribuição parafiscal não é exigência fiscal.

O dissídio pretoriano é aparente. A jurisprudência citada pela impetrada está vencida no tempo.

Como diz a impetrante, os ERE 89.413 e 87.206 e o RE 91.419 são o pensamento atual do Colendo STF e, por ele, o AFRMM é tributo e não incide na remessa nacional para a Zona Franca, por ser exportação ficta (art. 4 do Decreto-Lei 288, art. 54 da Lei 5.025 e art. 3 do Decreto-Lei 1.142).

2. Na mesma linha de pensamento está o Colendo TFR na AMS 83.425, DJ 21-11-79 e na AMS 84.030, DJ 5-3-80, em ambos decretando a Alta Corte que a remessa de mercadoría nacional para a Zona Franca, por ser exportação ficta, está isenta do adicional.

3. Assentada a isenção para o produto nacional, incidirá a isonomia legal do item 1, art. III, do referido GATT, pelo qual «1. Os produtos de qualquer parte contratante importados no território de outra parte contratante serão isentos da parte dos tributos e outras imposições internas de qualquer natureza que excedam aos aplicados, direta ou indiretamente, a produtos similares de origem nacional.»

E nada deve afastar essa isonomia legal, porque a ratio é a mes-

ma: o desenvolvimento da Amazônia. Este dado é importantíssimo.

4. Resta examinar a tese subsidiária constante nas informações, segundo a qual essas leis de isenção (Decreto-Lei 288 e Lei 5.025) estariam revogadas pelo Decreto-Lei 1.042 (do AFRMM) que não estipularia a isenção. Parece-me ser evidente o equívoco. As leis da Zona Franca (Decreto-Lei 288) e da exportação (Lei 5.025) continuam sendo leis da Zona Franca e da exportação por mais leis que se editem regulando outros segmentos do mundo jurídico. Subsistirão como normas específicas enquanto normas específicas não retalharem. Há um visível divisor de águas entre as matérias.»

Conforme se depreende, essa fundamentação acha-se em perfeita harmonia com a jurisprudência do Excelso Pretório no tocante à natureza tributária do AFRMM e à sua não incidência quanto às remessas de mercadorias nacionais para a Zona Franca de Manaus, por se equipararem, para todos os efeitos fiscais, à exportação. Tudo o mais que fez foi tirar consequências, em raciocínio lógico de tais premissas, para concluir pela isenção daquele adicional quanto às importações originárias de países-membros do GATT, à vista do item 1 do artigo III do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (GATT, adotado pelo Brasil, nos termos da Lei 313, de 30-7-48.

Diante disso, o caso seria de pura e simplesmente confirmar a douda decisão monocrática. Ocorre, porém, que o seu dispositivo não se limitou em conceder a segurança com relação às importações noticiadas nos documentos que instruem a inicial (fls. 18-61), referindo-se às fls. (98) «importações que a impetrante trouxe de países oriundos do GATT para a Zona Franca de Manaus.»

Como se vê, ao conceder o «Writ» com tamanha amplitude, erigiu-se

em verdadeira declaração de indenidade genérica a abranger importações que sequer ainda foram cogitadas, olvidando que o mandado de segurança, como qualquer ação, presuppõe a lide concreta, ou, em sua modalidade preventiva, a ocorrência de real ameaça que há de ser traduzida por fatos e atos e não por meras suposições (Ver Celso Agrícola Barbi, do Mandado de Segurança, pág. 69 Forense, 2ª ed., 1966).

Nessas condições, dou parcial provimento ao recurso, para restringir os efeitos da sentença concessiva da segurança às importações referidas nos documentos que acompanham a peça vestibular.

VOTO VISTA

O Sr. Ministro Armando Rollemberg: Sociedade sediada em Manaus, impetrou mandado de segurança, em caráter preventivo, contra a cobrança, pelo Delegado Regional da SUNAMAM no Estado do Amazonas, do AFRMM em relação a mercadorias que importasse de países signatários do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio — GATT, alegando que estavam isentas de tal contribuição em atenção ao disposto no art. 4º do Decreto-Lei 288/67, c/c o art. 3º, item I, do acordo referido. Pediu afinal:

«Pede-se finalmente, que instruído o processo na forma da lei, se digne V. Exa. decretar o reconhecimento da isenção do Adicional ao Frete Para Renovação da Marinha Mercante (AFRMM), em favor dos impetrantes, nos termos do art. 4º do Decreto-Lei 288, de 28-2-67, combinado ao § 1º, b, do art. 54, d do Decreto-Lei 1.142, de 30-12-70 e ao art. III, 1, do Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio — GATT, mandado executar pela Lei 313, de 30-7-48, sobre todas as mercadorias que tenham similares nacionais, que lhes forem embarcadas

ou consignadas de portos dos países signatários daquele acordo e que se destinam à Zona Franca de Manaus, as de que trata o art. 1.º do Decreto-Lei 340, de 22-12-67, abstendo-se a Delegacia Regional da Superintendência Nacional da Marinha Mercante — SUNAMAM ou órgão que lhe suceda da prática de qualquer ato contrário à decisão ora pleiteada.»

A sentença concedeu a segurança «para determinar que o ilustre Delegado da SUNAMAM se digne a tratar como isentas do AFRMM as importações que a impetrante trouxe de países integrantes do GATT para a Zona Franca de Manaus.»

Houve recurso da Superintendência Nacional da Marinha Mercante, distribuído ao Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro que trouxe a julgamento e preferiu voto com a conclusão seguinte:

«A meu ver, o «writ» não podia ser concedido com tamanha amplitude, pois o mandado de segurança preventivo, pressupõe a ocorrência de real ameaça, que há de se exteriorizar por fatos e atos e não por meras suposições, não podendo, por isso, erigir-se a sentença que o concede em verdadeira declaração de indenidade a abranger importações que sequer ainda foram cogitadas.

Nessas condições, dou parcial provimento ao recurso, para restringir os efeitos da sentença concessiva da segurança à importação referida na peça vestibular.»

Pedi vista e trago agora o meu voto reiterando, quanto ao mérito, pronunciamento que fiz posteriormente, em causa idêntica de que fui relator.

Ei-lo:

«O Egrégio Supremo Tribunal Federal tornou pacífico o entendimento de que a remessa de mercadorias de outros pontos do Brasil para a Zo-

na Franca de Manaus, equivale, para efeitos fiscais, a exportação para o exterior, como estabelecido no art. 4.º do Decreto-Lei 288/67, e conseqüentemente, que está isento do pagamento do AFRMM, como o estão os produtos exportados.

O reconhecimento da isenção, assim, decorre de equiparação à exportação, do desvio de mercadorias para Manaus, quando no mandado de segurança posto à nossa apreciação o que se pleiteia é o reconhecimento da isenção em relação a mercadorias originárias do exterior, e, portanto, importadas.

Essa diferença, alegada nas informações, impressiona no primeiro momento. Um exame melhor da questão, entretanto, mostra que, ao se admitir uma exportação ficta se está implicitamente considerando que, a ela corresponde uma importação da mesma natureza e, exatamente por assim ocorrer, se torna aplicável à mercadoria que ingressa na Zona Franca de Manaus vinda de País integrante do Gatt, a norma do art. III, inciso 2, do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio, quando estabelece:

«Os produtos do território de qualquer parte contratante importados para o território de qualquer outra parte contratante não sofrerão a incidência, direta ou indireta, de taxas ou outras tributações internas, seja de que natureza forem, superiores àquelas que incidem, direta ou indiretamente, sobre os produtos nacionais similares.»

Procede, assim, a tese da impetrante e, conseqüentemente, deve a sentença ser confirmada.

Acentuo que, como se viu do relatório, embora o mandado de segurança haja sido requerido contra a exigência do AFRMM sobre mercadorias que já haviam sido importadas, o pedido foi mais amplo e se estendeu também a futuras importa-

ções, de países integrantes do GATT, tendo nessa parte, portanto, mais que caráter preventivo, natureza normativa, o que contraria a índole do mandado de segurança destinada que é a corrigir ou impedir ato ilegal concreto.

A sentença há de ser reformada parcialmente, assim, para restringir o alcance do mandado de segurança às mercadorias indicadas na inicial.»

Dou provimento parcial ao recurso, para restringir a segurança às mercadorias referidas e constantes da relação apresentada com a inicial.

EXTRATO DA MINUTA

AMS 90.726 — AM — Rel.: Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Remetente: Juízo Federal no Amazonas. Apelante: Superintendência Nacional da Marinha Mercante — SUNAMAM. Apelada: Casas do Óleo Ltda.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento parcial à apelação, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator (Em 18-11-81 — 4ª Turma).

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

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 90.780 — DF

Relator: O Sr. Ministro Moacir Catunda

Requerente: José Miguel Camolez

Requerido: O Sr. Ministro de Estado da Marinha

EMENTA

Constitucional.

1º) Administrativo.

2º) Anistia. Lei nº 6.683/79, arts. 1º, 3º e 11 e Decreto nº 84.143/79, art. 17 e parágrafo 1º — Militar — Reversão — Interesse da administração.

— Ato administrativo discricionário e ato administrativo vinculado. Distinção.

— O interesse da administração de que trata o art. 3º, da Lei nº 6.683/79, tendo ficado delimitado, individualizado e condicionado à satisfação dos requisitos e condições estatuídos no Decreto nº 84.143/79, art. 17, § 1º, I, perdeu a característica de indeterminação, e vaguidade, com a consequência de retirar o ato reclamado do campo da discricionariedade, para situá-lo na área dos atos vinculados.

3º) Concorrem, no caso, todos os requisitos legais tocantes ao interesse da administração, com vistas à reversão ao serviço que, no entanto, se fará no mesmo posto e sem direito a vencimentos, soldos, salários, promoções, etc., ex vi dos arts. 3º e 11 da Lei nº 6.683/79.

4º Pedido deferido, em parte, para assegurar ao impetrante tão-somente o direito de reverter, mediante retorno, ao serviço no Corpo de Engenheiros e Técnicos Navais, no mesmo posto que detinha na época da reforma.

ACÓRDÃO

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

Decide o Plenário do Tribunal Federal de Recursos, prosseguindo no julgamento, por maioria, conceder em parte o mandado de segurança, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, restrita a concessão apenas ao que é postulado no item a da petição inicial, vencidos os Srs. Ministros Aldir G. Passarinho, José Dantas, Lauro Leitão, José Cândido e Antonio de Pádua Ribeiro que denegavam o mandado de segurança, e ainda, em parte, os Srs. Ministros Washington Bolívar e Carlos Mário Velloso, que deferiam o «writ», com maior extensão, também quanto ao item b da inicial. O Sr. Ministro Moacir Catunda, no reinício do julgamento, explicitou a conclusão do seu voto para declarar que deferiria a segurança apenas no que se refere ao item a da inicial, e não como contou na assentada anterior, onde se fazia menção, também, ao item b da inicial, 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 abril de 1981 — Ministro **José Néri da Silveira**, Presidente — Ministro **Moacir Catunda**, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. **Ministro Moacir Catunda**: José Miguel Camolez, brasileiro, Capitão-Tenente Engenheiro Naval da Reserva Remunerada, reformado com base no art. 6º, § 1º, do Ato Ins-

titucional de 13-12-68, impetrou mandado de segurança contra o ato do Exmo. Sr. Ministro de Estado da Marinha que indeferiu, por não conveniente, pedido de reversão mediante retorno ao serviço ativo no Corpo de Engenheiros Técnicos Navais, para que lhe sejam assegurados os seguintes direitos, em resumo:

a) Reversão à ativa para o respectivo quadro;

b) promoção em ressarcimento de preferência, indicando a posição Bocam nº 32, pág. 451 — Vol. I;

c) recebimento de remunerações durante o tempo de afastamento até o anistiamiento, com juros e correção monetária.

d) cômputo de tempo de serviço em dobro, no período em que esteve reformado, correspondente a licenças especiais, férias e mais três meses de férias e licença especial de seis meses não gozadas, quando se encontrava na ativa.

O impetrante fundamenta o pedido na Lei nº 6.683/79, Lei da Anistia; — no seu regulamento, baixado com o Decreto nº 84.142/79, e na Lei nº 5.774/71, Estatuto dos Militares, ora citando, ora transcrevendo artigos dos diplomas legais invocados. Enfatiza sobre a existência de vagas no Corpo de Engenheiros Técnicos Navais, tanto assim que se abriu concurso para preenchê-las, o que torna evidente o interesse da administração, em completá-las. E faz diversas citações doutrinárias tudo com vistas a convencer das alegações de que o ato impugnado é arbitrário e ilegal, e, bem assim, que a Lei nº 6.683/79 não gera, mas restabelece direitos preexistentes.

Instruiu a súplica com os documentos que defluem de fls. 19 usque 44 — lê.

Ao pedido de informações, vieram ter aos autos as de fls. a fls., instruídas com documentos.

A douta Subprocuradoria-Geral da República, em parecer lavrado pelo Dr. Geraldo Andrade Fonteles, Subprocurador-Geral da República opina pela denegação do «writ».

Após a inclusão do processo em pauta, o impetrante atravessou petição, capeando longo e erudito memorial, de 36 fls., reeditando as alegações fundamentais do pedido, e as desenvolvendo com citações doutrinárias e jurisprudenciais.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Moacir Catunda: A ilustre autoridade impetrada, após discorrer sobre a razão e objetividade da impetração, resume as informações, no item seguinte, no que interessa ao julgamento das alegações de arbitrariedade e ilegalidade do ato questionado:

«O impetrante foi reformado com proventos proporcionais ao tempo de serviço e sem prejuízo das sanções penais a que estivesse sujeito, por decreto de 1-10-73, na forma do disposto no § 1º, do art. 6º, do Ato Institucional nº 5, de 13-12-68, combinado com o art. 1º, item II, do Ato Complementar nº 39, de 20-12-68, conforme o editado no Boletim Ministerial nº 45, de 9-11-73, página 2.803, e o comprova a cópia anexa (Doc. nº 2).»

Feita a transcrição do trecho das informações, e uma vez conferidas ao pedido, verifica-se a inexistência de discórdia fundamental, pelo que confiro os fatos com a Lei nº 6.683/73, art. 3º, que dispõe no sentido de que o retorno ou reversão ao serviço ativo será deferido para o

mesmo cargo ou emprego, posto ou graduação que o servidor civil ou militar ocupava na data do seu afastamento, condicionado, necessariamente, à existência de vaga e ao interesse da administração.

O Decreto nº 84.143, de 31-11-79, que regulamenta a Lei nº 6.683/79, no art. 17, reza que o retorno ou a reversão, em qualquer caso, fica condicionado à existência de vaga e ao interesse da administração.

«§ 1º No caso de militar, observar-se-á o seguinte:

I — No caso de militar exigir-se-á que o requerente atenda aos requisitos essenciais de aptidão física, conceito profissional e moral, levando-se em conta os registros anteriores à saída da Força e não tenha a idade limite ou tempo de permanência no serviço ativo, previsto no art. 102, itens I, II, III, IV, e V, da Lei nº 57.774, de 23-12-71.

II — A reversão ao serviço ativo e a colocação no Quadro obedeceirão ao disposto no § 4º, do art. 18, da Lei nº 5.774, de 23-12-71.

III — A situação do militar, após a reversão, obedecerá o disposto na legislação em vigor».

Pelos autos não há dúvida sobre a existência de vaga no Corpo de Engenheiros Técnicos Navais, restando examinar o problema do interesse da administração sobre o retorno à atividade, que a autoridade ministerial impetrada solucionou negativamente, às considerações seguintes:

«Apreciada sua petição pela Comissão de Estudo dos Processos de Servidores Cíveis e Militares Anistiados deste Ministério, constituída de acordo com o § 1º do art. 3º da Lei nº 6.683, de 28-8-79, concluiu a mesma estar o referido amparado pelos arts. 1º da Lei nº 6.683, de 23-8-79, e do Decreto nº 84.143, de 31-10-79, porém, sua reversão ao ser-

viço ativo condicionada aos estabelecidos nos arts. 3º, da citada Lei, e 17, § 1º, incisos I, II e III do Decreto nº 84.143, de 31-10-79, e a despatchou ao titular desta Pasta Ministerial, nos seguintes termos:

«Indefiro o retorno ao serviço ativo, em face do pronunciamento da Diretoria do Pessoal Militar da Marinha. Providencie-se para revisão dos proventos de inatividade», o que foi publicado no Boletim do Ministério da Marinha nº 26, de 27-6-80, página 1.871 (Doc. nº 1).

Solicitou o mesmo lhe fosse passado por certidão o inteiro teor do citado pronunciamento da Diretoria do Pessoal Militar, e lhe foi atestado: As pretensões do requerente de reverter a posto diferente do que tinha por ocasião de sua reforma, com remunerações, férias e licenças prêmio, carecem de amparo legal, de acordo com o art. 11, da Lei nº 6.683/79, e art. 23, do Decreto nº 84.143/79. O artigo 17, do Decreto nº 84.143/79 dispõe que o retorno ou reversão ao serviço ativo, em qualquer caso, fica condicionado à existência de vaga e ao interesse da Administração. Face ao exposto, esta Diretoria opina contrariamente à reversão do requerente ao Serviço Ativo, uma vez que não há interesse da Administração».

Alega-se que o ato atacado é de natureza discricionária, não sendo permitido ao Judiciário adentrar o exame de sua conveniência, nesta compreendido o do interesse da administração.

O conceito de interesse é altamente polêmico. Sobre ele escreveu o insigne Jorge Lafayette Pinto Guimarães que tanto lustre deu ao Tribunal, quando ocupou uma de suas cátedras, verbis:

«Para Ugo Rocco, o conceito de interesse é obtido através dos conceitos de bem e utilidade, que defi-

ne, respectivamente, como tudo que for apto a satisfazer uma necessidade e como a idoneidade de um bem para a satisfação de uma necessidade humana — (Tratado di Diritto Processuale Civile, — vol. I, pág. 15).

O interesse seria um julgamento de valor ou utilidade, ou segundo suas palavras, o julgamento formulado pelo sujeito de uma necessidade sobre a utilidade ou valor de um bem, como meio para satisfazê-la — ob. cit. pág. 15 apud. Interesse — In Dicionário Enciclopédico do Direito Brasileiro — vol. XXVIII — pág. 2.

Sobre o fundamento lógico jurídico do ato discricionário, lecionou o insuperável mestre Francisco Campos:

«A indeterminação do conceito legal constitui, evidentemente, o fundamento lógico do juízo discricionário, a lei nesse caso se limita a uma indicação sumária e geral da direção ou aponta não o motivo aproximado do ato, mas tão-somente a natureza do motivo que legitima ou autoriza o ato administrativo. Quanto mais indeterminado o conceito ou o critério legal, mas ampla será a liberdade de juízo da autoridade administrativa.

Que o juízo discricionário da administração resulta do fato de que a lei, pela indeterminação dos seus conceitos, ou pela generalidade das suas diretivas, não especifica o conteúdo do ato de maneira inequívoca, admitindo-se, assim, que mais de um conteúdo possa ser atribuído ao ato...

Toda vez que a lei postula ao ato administrativo uma causa ou um motivo determinante, ou fixa, de maneira precisa, o conteúdo do ato, não por meio de um conceito indeterminado, mas mediante referência a um fato, a uma circunstância ou a uma situação... a atividade administrativa não se po-

de exercer discricionariamente impondo-se-lhe, de maneira obrigatória, a consideração da causa ou do motivo, assim como o respeito ao conteúdo que a lei prescreve ao ato administrativo — Direito Administrativo — vol. I — pág. 22».

O magistério de Francisco Campos, sobre o conceito lógico-jurídico de ato administrativo discricionário, coincide com o da generalidade dos administrativistas, nacionais e estrangeiros, que me dispense citar, por economia de tempo, e para não cacetejar o Tribunal, sobre matéria tão conhecida.

O interesse da administração, de que trata o art. 3º, da Lei nº 6.683/79, tendo ficado delimitado, individualizado e condicionado à satisfação dos requisitos e condições estatuídos no Decreto nº 84.143/79, art. 17, § 1º, I, perdeu a característica de indeterminação, e vaguidade, com a consequência de retirar o ato reclamado do campo da discricionarietà, para situá-lo na área dos atos vinculados.

Pelos autos conta o impetrante, 38 anos, atualmente. Suas alegações e provas sobre o cumprimento dos requisitos do item I, do § 1º, do art. 17, concernentes à aptidão física, bons conceitos, profissional e moral, não foram impugnadas, nem desfeitas pela alta autoridade impetrada que se restringiu à isolada afirmativa de falta de interesse, sem justificá-la, ao passo que o impetrante demonstrou cumpridamente a concorrência das referidas condições que têm natureza objetiva, o que conduz à conclusão de que o interesse da administração acha-se caracterizado, no caso, até porque as informações não contêm restrição à idoneidade moral da impetrante.

Do crime político, a cujo processo respondeu, o autor foi absolvido por decisão da justiça competente, e, posteriormente, anistiado de suas se-

qüelas, a teor do art. 1º, da Lei nº 6.683/79 que é lei que atua sobre leis, sem revogá-las, mas relegando ao completo esquecimento os atos praticados sob o império das últimas.

Em casos, anteriores — MS-90.068 e MS-9.350, do interesse de militares, votei indeferindo os pedidos, por mera adesão, mas, no presente, convencido da ilegalidade do ato e da bondade do direito pleiteado, meu voto é concedendo o mandado, em parte, para assegurar ao impetrante o que postula no item a, do pedido, na forma do disposto no art. 17, § 1º, item II, do Decreto nº 84.143/79 que se remete ao § 4º, do art. 18, da Lei nº 5.774, de 23-12-71, prejudicados os itens já atendidos pela administração e indeferidos os itens b, e d por falta de amparo legal — Lei nº 6.683/79 — arts. 2 e 11.

É o meu voto.

RETIFICAÇÃO DE VOTO

O Sr. Ministro Moacir Catunda: Sr. Presidente: Quero utilizar a oportunidade para retificar a parte final do meu voto alusivo à concessão do pedido nos termos dos itens a e b, pois na realidade o concedia em parte, isto é, apenas no que tange ao item a, indeferido os itens b, e os demais.

VOTO

O Sr. Ministro Aldir G. Passarinho: Sr. Presidente:

Lamento discordar do eminente Ministro-Relator. Não creio que o disposto no art. 17, § 1º, item I, do decreto regulamentador da Lei de Anistia (Lei nº 6.683/79), possua o alcance pretendido por S. Exa.

Diz o art. 3º da Lei de Anistia que, entre outros requisitos, deverá, para o retorno ou reversão do militar ao serviço ativo, haver o interesse da Administração. Essa manifestação

de interesse situa-se no poder discricionário da Administração. Só ela poderá avaliar se há ou não interesse, à base dos fatores de oportunidade e conveniência, na reversão do militar aos seus quadros sendo defeso ao Judiciário, principalmente em tema de mandado de segurança, adentrar nos aspectos que a apreciação de tal natureza importaria. S. Exa., o ilustre Relator, entende que o inc. I, § 1º do art. 17 do decreto regulamentador estabelecerá uma limitação a esse poder discricionário da Administração, tornando o ato vinculado, isto porque os requisitos que permitiriam a reversão encontrar-se-iam ali fixados.

Assim, atendidos eles, geraria isso o direito à reversão por parte do militar. Mas, não me parece, Sr. Presidente, que assim seja, porque o aludido inciso I, § 1º, do art. 17, do decreto fixou apenas, como ali mesmo está expresso, os requisitos essenciais. Quer dizer, não atendidos tais requisitos essenciais de logo ficaria afastada a pretensão, mas não implica isso que esses requisitos essenciais — e essenciais é o que se encontra dito no próprio inciso I do § 1º do art. 17 — sejam os únicos que se poderiam exigir, configurando-se o interesse da Administração pelo seu simples atendimento.

De fato, diz, o art. 17, § 1º, inciso I.

Como se vê, repito, pois isso é fundamental, o inciso I refere-se a requisitos essenciais e não apenas a requisitos ou requisitos únicos. A meu ver, assim, o atendimento desses requisitos, mesmo que existentes todos eles, não é suficiente. Subsiste o poder discricionário da Administração em ver se há ou não interesse ou oportunidade na reversão do militar ao serviço ativo. O inc. I, § 1º do art. 17 do decreto não subtraiu do poder discricionário da Administração a reversão.

No caso, houve referência, no voto do eminente Ministro-Relator, a que teria o impetrante respondido a um processo de crime político e do qual teria sido absolvido. Tenho a lembrança de que, em caso anterior, em que foi Relator o eminente Ministro Peçanha Martins, se não me engano, ali também teria havido absolvição no crime político do então impetrante, e o Tribunal entendeu que isso não implicava no direito à reversão.

O que é de se entender é exatamente que a absolvição não afastaria também, por si, o poder discricionário da Administração de considerar se havia ou não interesse, mesmo havendo absolvição, porque, inclusive, os que foram reformados pelo Ato Institucional não foram somente os processados por crime contra a segurança nacional. Portanto, a Lei da Anistia, deixando ao poder discricionário da Administração a base do item interesse em fazê-los voltar ou não, não levou em consideração somente possíveis absolvições em processo-crime, mas sim, havendo ou não crime, se tal interesse ocorria.

Assim, Sr. Presidente, parece-me que o ato de reversão do militar continua ainda se situando no poder discricionário da Administração, com base no disposto na Lei da Anistia, art. 3º, sendo que, insisto, o art. 17, § 1º, inc. I, do citado decreto, apenas, e como ali está dito, fixou os requisitos essenciais, sem os quais, de logo, se tornaria inviável a reversão.

Assim, data venia do brilhante voto do Sr. Ministro-Relator, denego a segurança.

É o meu voto.

VOTO VOGAL

O Sr. Ministro José Dantas: Senhor Presidente: Segundo a brilhante colocação da matéria no voto do Sr. Ministro-Relator, cinge-se a contro-

vérsia em saber-se até onde o regulamento da Lei de Anistia tornou determinado o «interesse da Administração», ao qual se condiciona a reversão do anistiado. No entender de S. Exa., a redação daquele dispositivo regulamentar tornara objetivo o condicionamento de reversão. Em nome do interesse público, ali se teria estabelecido que os antecedentes, a idade e os conceitos profissional e moral seriam os únicos requisitos a consubstanciar o indagado interesse condicionante da reversão.

Há muita inteligência nessa proposição — como de sempre há nas construções do Ministro Moacir Catunda. Todavia, nela não encontro por completo satisfeito o condicionamento do interesse da Administração, pois que, como bem me parece demonstrado pelo Ministro Aldir Passarinho, a examinada norma regulamentar não esgotou a exigência, senão que apenas esboçou requisitos essenciais que não limitam o condicionamento de natureza discricionária.

Por outro lado, mesmo que se abstraia essa objeção, com a devida vênia, não percebo como pelos ditos «requisitos essenciais» a noção de «interesse da Administração» tenha resultado demarcada objetivamente. De fato, se dentre tais requisitos está arrolado o do «conceito profissional e moral», ainda ali me parece indeterminada aquela condicionante, como rebelde a qualquer objetividade taxativa é o juízo de valor inerente ao referido conceito.

Dizer-se a tal respeito em relação a alguém, é fazer juízo de valor que, se a cargo da Administração, haverá de ser lançado sem as pelias do controle judiciário, porque as elementares desse conceito estarão dispostas no larguíssimo plano do juízo discricionário.

Se assim é possível dizer-se de modo geral, com maior razão se dirá com vistas à reversão do militar, cu-

ja a profissionalidade, a medir-se-lhe a aptidão, refoge aos parâmetros ordinários das notas de conceito, para subordinar-se às escalas especiais que servem à disciplina nas Forças Armadas.

Com essas ligeiras observações, por sinal que bem filiadas às objeções já lançadas pelo Ministro Aldir G. Passarinho, lamento discordar do eminente Ministro-Relator; tenho que é discricionário o ato de reversão do anistiado, sem que para tanto possa o Judiciário exigir do ato indeferitório a motivação reclamada pelo eminente Ministro-Relator.

Com a devida vênia, indefiro a postulação.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Madeira: Senhor Presidente: O interesse da Administração equivale, na hipótese, ao que os juristas hegelianos chamam de «conceito geral concreto», isto é, que se define por seus elementos. No caso presente, o regulamento cuidou de definir os elementos do interesse da Administração, que são: aptidão física, conceitos profissional e moral, idade-limite. Quanto a esta, Senhor Presidente, o impetrante, segundo ouvi, é Capitão-Tenente. A idade limite para a permanência no posto é de 56 anos. Parece-me que ele tem 38.

Quanto às aptidões física e moral, nada disse a autoridade impetrada a respeito. Quanto à aptidão intelectual ou profissional, já se disse que é um engenheiro de excelentes qualidades profissionais.

De modo que, para mim, os elementos necessários à reversão do impetrante estão presentes na impetração.

Acompanho o eminente Ministro-Relator, deferindo o mandado de segurança.

VOTO VOGAL

O Sr. Ministro Antônio Torreão Braz: Senhor Presidente: De ordinário, ao aquilatar o interesse da Administração, age o agente público discricionariamente. Predominam nesse setor os motivos de conveniência e oportunidade. Coisa diversa seria a necessidade da Administração, que corresponde a um fato certo, que o agente público, logicamente, não pode negar, ou não fica a critério da sua apreciação subjetiva. Mas, no caso, conforme mostrou o eminente Ministro-Relator, o próprio decreto definiu o que se deve entender por interesse da Administração. É evidente que, tanto o Poder Legislativo quanto o Poder Executivo, ao regulamentar o diploma legal, podem, para cada caso que vai disciplinar, delimitar a área de avaliação do interesse da Administração.

Entendo que o Ministro Moacir Catunda deu interpretação correta, e lembro que, no caso, foi o próprio Sr. Presidente da República que quis limitar o poder discricionário da Administração, nesse setor específico da anistia. Por isso, acompanho S. Exa., data venia do Sr. Ministro Aldir Guimarães Passarinho.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Mário Velloso: Senhor Presidente: O art. 3º, da Lei nº 6.683, de 28-8-1979, denominada Lei de Anistia, estabeleceu:

«Art. 3º. 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».

No caso, o requisito «vaga», ao que apreendi, não se discute.

Discute-se, sim, se o termo «interesse da Administração» pode ser interpretado de forma a mais discricionária possível, ou se a Administração eseria jungida a certos limites.

Em Estado de Direito, é um truismo a afirmativa no sentido de que vale a vontade da lei, não vale a vontade do administrador, não vale a vontade dos governantes, formulação de James Harrington, no Século XVII, e que a Constituição de Massachusetts de 1.780 apreendeu e consagrou na expressão: «um Governo de leis e não de homens», conforme dá notícia John P. Roche, no livro «Courts and Rights», editado no Brasil, em 1967, pela Forense, sob o título «Tribunais e Direitos Individuais», p. 10.

Sendo assim, em causa direito subjetivo de um indivíduo, o «interesse da Administração» há de basear-se em dados objetivos que devem ser buscados na lei.

No caso, a Administração, ciente de que esse seu interesse não poderia ser encarado de forma subjetiva, mas objetivamente, deixou expressos os pressupostos ou os requisitos dentro nos quais esse «interesse da Administração» deveria ser entendido e interpretado, ao regulamentar o preceito inscrito no art. 3º da Lei nº 6.683/79:

Assim, autolimitou-se a Administração, ao estabelecer no Regulamento da Lei nº 6.683-79, art. 17, do Decreto nº 84.143, de 31-10-1979:

«Art. 17. O retorno ou a reversão, em qualquer caso, fica condicionado à existência de vaga e ao interesse da Administração.

§ 1º. No caso de militar, observar-se-á o seguinte:

I — no interesse da Administração, exigir-se-á que o requerente

atenda aos requisitos essenciais de aptidão física, conceito profissional e moral, levando-se em conta os registros anteriores à saída da Força, e não tenha atingido as idades-limite ou tempo de permanência no serviço ativo, previstas no artigo 102, itens I, II, III, IV e V da Lei nº 5.774, de 23-12-1971».

II —

III —

Ao que se verifica, o «interesse da Administração» assenta-se nos requisitos essenciais de «aptidão física, conceito profissional e moral, levando-se em conta os registros anteriores à saída da Força, e não tenha atingido as idades-limite ou tempo de permanência no serviço ativo».

As informações da autoridade apontada coatora, o Sr. Ministro de Estado da Marinha, nada dizem em relação à aptidão física do impetrante.

O impetrante satisfaz, então, tal requisito.

No que diz respeito ao conceito profissional e moral do requerente, também nada consta, nas informações, ao que pude apreender do relatório do eminente Ministro-Relator, em sentido desabonador; algo que pudesse desautorizar a afirmativa no sentido de que o impetrante tem, objetivamente, bom conceito profissional e moral, não consta das informações.

No que concerne, aliás, ao conceito profissional, ao que ouvi e apreendi, trata-se o impetrante de um engenheiro que, ao entrar para a Força Naval, foi mandado servir numa Base de importância. O seu desligamento da Marinha não ocorreu em razão de incompetência ou negligência profissional. A causa, ficou esclarecido, foi outra, foi política, que a lei de anistia perdoou e mandou que fosse esquecida.

No que tange ao conceito moral, que há de ser visualizado de forma objetiva, as informações, conforme já falamos, não apontam dados desabonadores.

Dir-se-á que o impetrante foi preso e submetido a processo, causa, aliás, da punição política que sofreu.

Todavia, deve ser considerado que o impetrante, submetido a processo, foi absolvido pela Justiça Militar, tanto pela Auditoria como pelo Egrégio Superior Tribunal Militar.

Dir-se-á que, inobstante absolvido, dependendo dos termos da sentença absolutória, poderiam existir resíduos administrativos que deporiam contra conceito moral do impetrante.

O argumento, entretanto, não prevaleceria, no caso, por isso que a autoridade apontada coatora silenciou-se, a respeito, vale dizer, não transmitiu ao Tribunal a informação no sentido da existência da falta administrativa residual.

Em face de tudo isso, data venia, não seria razoável buscar conceitos subjetivos para a conceituação do «interesse da Administração». É que, no caso, os requisitos essenciais que a Administração entendeu necessários à conceituação do seu interesse, estão atendidos. Fora daí, data venia, seria fazer valer não a vontade da lei, mas a vontade do administrador. E isto, já falamos, não é possível em Estado de Direito.

Destarte, com estas breves considerações, dou minha adesão ao lúcido voto do eminente Ministro Moacir Catunda, Relator, com a vênia devida ao não menos eminente Ministro Aldir G. Passarinho, cujas opiniões temos o costume de respeitar.

Defiro, em parte, o «writ», nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator.

ADITAMENTO AO VOTO VENCIDO

O Exmo. Sr. Ministro Carlos Mário Velloso, Senhor Presidente: Em verdade, a Lei nº 6.683, de 1979, dispõe, no seu artigo 11:

«Art. 11. Esta lei, além dos direitos nela expressos, não gera quaisquer outros, inclusive aqueles relativos a vencimentos, soldos, salários, proventos, restituições, atrasados, indenizações, promoções ou ressarcimentos.»

Quando do julgamento dos Mandados de Segurança nºs 90.068 — DF e 89.779 — DF, a que se referiu o eminente Ministro Washington Bolívar, desenvolvi o raciocínio no sentido de que, se a Lei de Anistia, Lei nº 6.683/79, não gera quaisquer outros direitos além daqueles nela expressos (art. 11), não impede ela, entretanto, a aplicação de outras leis que poderiam conferir outros direitos.

Disse eu, então:

«Senhor Presidente, o artigo 2º da Lei nº 6.683, de 28-8-79, que concede anistia, dispõe:

«Art. 2º. Os servidores civis e militares demitidos, postos em disponibilidade, aposentados, transferidos para a reserva ou reformados, poderão, nos 120 (cento e vinte) dias seguintes à publicação desta lei, requerer o seu retorno ou reversão ao serviço ativo».

O artigo 3º, da mesma lei, estatui, em seguida, que «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».

No caso, não interfere a regra do § 4º do art. 3º. Vale dizer, o afastamento do impetrante, da Aeronáutica, não foi motivado por improbi-

dade, caso em que não seria permitido o retorno ou a reversão ao serviço ativo.

Estabeleceu, em seguida, o art. 4º:

33P «Art. 4º. Os servidores que, no prazo fixado no artigo 2º, não requererem o retorno ou a reversão à atividade ou tiverem seu pedido indeferido, serão considerados aposentados, transferidos para a reserva ou reformados, contando-se o tempo de afastamento do serviço ativo para efeito de cálculo de proventos da inatividade ou da pensão».

Ao que apreendi, o impetrante foi transferido para a reserva, ou reformado, nos termos desse artigo 4º.

Pergunta-se: por estabelecer o artigo 3º, suso mencionado, a regra no sentido de que o retorno ou a reversão ao serviço ativo somente se daria no mesmo cargo ou emprego, posto ou graduação que o servidor, civil ou militar, ocupava na data de seu afastamento, haveria, em tal dispositivo legal, proibição no sentido de que ao impetrante fossem concedidas promoções que, forçosamente, ocorreriam no período em que o mesmo esteve afastado do posto, em razão do ato revolucionário, promoções decorrentes de outras leis, ou das leis que regulam vida profissional dos militares?

Parece-me que não.

O impetrante retorna, é certo, ao mesmo cargo ou posto que ocupava na data de seu afastamento (artigo 3º da Lei nº 6.683/79).

Foi o que ocorreu.

Todavia, se outras leis, específicas da carreira do impetrante, conferem-lhe promoções, a Lei da Anistia não impede.

Esta, data venia, é uma outra questão.

Argumenta-se, todavia, com o artigo 11, da Lei nº 6.683, de 1979, que dispõe:

«Art. 11. Esta Lei, além dos direitos nela expressos, não gera quaisquer outros, inclusive aqueles relativos a vencimentos, soldos, salários, proventos, restituições, atrasados, indenizações, promoções ou ressarcimentos».

Em verdade, a lei, ao assim prescrever (artigo 11), restringiu o perdão que ela contém.

Ela impediria, entretanto, outros direitos que seriam conferidos por outras leis; noutras palavras, esse dispositivo, o art. 11, impede a aplicação ou tolhe a eficácia de outras leis que poderiam conferir outros direitos?

Penso que não.

Se ela, Lei da Anistia, não é capaz de gerar direitos, além dos que nela estão expressos (art. 11), ela, todavia, não impede a aplicação ou não tolhe a eficácia de outras leis conferidoras de direitos.

Assentada tal premissa, vamos verificar que o Estatuto dos Militares, Lei nº 5.774, de 23-12-1971, ao cuidar das promoções, estabelece:

«Art. 65. As promoções serão efetuadas pelos critérios de antiguidade, merecimento ou escolha, ou ainda, por bravura e **post mortem**.

«§ 1º. Em casos extraordinários, poderá haver promoção em ressarcimento de preterição.

§ 2º. A promoção de militar feita em ressarcimento de preterição será efetuada segundo os princípios de antiguidade ou merecimento, recebendo ele o número que lhe competir na escala hierárquica como se houvesse sido promovido, na época devida, pelo princípio em que ora é feita sua promoção».

A Lei nº 5.821, de 10-11-1972, estabelece, por sua vez, no art. 4º, parágrafo único:

«Art. 4º

Parágrafo único. Em casos extraordinários poderá haver promoção em ressarcimento de preterição».

Ora, sendo assim, quer-me parecer que o ato que aplicou ao imetrante a sanção — ato revolucionário, excepcional — poderia ser incluído na classificação do § 1º do art. 65, da Lei nº 5.774/71, ou parágrafo único do art. 4º, da Lei nº 5.821/72. É que a forma do militar ser reformado, ou demitido, está prevista nas leis comuns; demitido ou reformado por um ato revolucionário, com base em direito excepcional, depois perdoado, porque anistiado, tem-se, em realidade, a ocorrência de um caso extraordinário, de modo a autorizar a ocorrência da promoção em ressarcimento de preterição, na forma do disposto nos §§ 1º e 2º do art. 65, da Lei nº 5.774/71, ou parágrafo único, do art. 4º, da Lei nº 5.821/72.

Senhor Presidente, cumprir a lei não é aferrar-se servilmente à sua letra; cumprir a lei é realizar os objetivos da lei. Já os romanos diziam, com sabedoria, e esse dito converteu-se em adágio universal, **summum jus, summa injuria**. A letra mata, o espírito dá vida, sentenciou São Paulo aos Coríntios, a nos advertir dos males do literalismo. O excesso de direito anula o direito, polui a justiça. Uma lei de anistia, que é uma lei de perdão, não pode ser interpretada na sua literalidade, mas com vista a sua finalidade, que é restaurar a paz no seio da sociedade e corrigir injustiças.

Destarte, com a devida vênua, entendo que a interpretação que ora venho de emprestar à Lei nº 6.683, de 1979, realiza os seus objetivos, atende a sua finalidade. Pode, até, concedo, desservir a lei na

sua literalidade. Todavia, não custa repetir, cumprir a lei não é aferrar-se, servilmente, a sua letra, mas fazer com que sejam realizados os seus objetivos maiores.

Assim, em suma, por entender que a lei nº 6.683, de 1979, não tolhe a eficácia de leis outras que, atuando, concederiam o direito pleiteado, meu voto, com a vênua devida ao eminente Ministro-Relator e aos demais eminentes Ministros que o acompanharam, é no sentido de deferir a segurança».

Diante de tais considerações, com a vênua devida, meu voto é no sentido de deferir a segurança com relação também à alínea b, do pedido (promoções).

Mantenho, de conseguinte, o voto anterior.

VOTO

O Sr. Ministro Justino Ribeiro: Sr. Presidente, com a vênua devida ao pronunciamento do eminente Ministro Aldir G. Passarinho, acompanhamento o jurídico voto do Sr. Ministro-Relator.

VOTO VISTA

O Sr. Ministro Willam Patterson: O presente mandado de segurança objetiva a reversão ao serviço ativo com suas conseqüências funcionais, do Capitão-Tenente Engenheiro Naval da Reserva Remunerada, José Miguel Camolez, com fulcro nas disposições da Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979 (Lei de Anistia).

Duas correntes formaram-se, até o momento, acerca do pedido. A primeira, liderada pelo eminente Relator, Ministro Moacir Catunda, que recebeu adesão dos Srs. Ministros Peçanha Martins, Carlos Madeira, Washington Bolívar, Torreão Braz, Carlos Mário Velloso e Justino Ribeiro, concede, em parte, a medida, pa-

ra assegurar ao impetrante os direitos vindicados nas alíneas a e b, do item 8, da inicial. A segunda, comandada pelo ilustre Ministro Aldir G. Passarinho, com apoio dos Srs. Ministros José Dantas e Lauro Leitão, denega o «writ».

Na verdade, o tema nuclear, submetido à discussão, diz respeito à certeza e liquidez do direito, no que tange à possibilidade de reversão do impetrante ao serviço ativo da Marinha, vale dizer, circunscreve-se ao exame da legalidade do ato que indeferiu o pedido de retorno ou ao abuso de poder naquele contido, pressupostos únicos da admissibilidade da ação mandamental. A análise desses pontos estará, decerto, vinculada ao confronto entre os textos jurídicos e a ação governamental, o que, agora, cabe fazer.

Com efeito, dispõe o art. 3º, da chamada Lei de Anistia (Lei nº 6.683, de 28-8-79):

«Art. 3º — 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.»

Vê-se, de pronto, que contém o preceito duas espécies de comandos: uma, de natureza objetiva, vale dizer, vinculativa, expressa nas determinações de que o retorno ou a reversão se dê no mesmo cargo ou emprego, posto ou graduação que ocupava o civil ou militar, na data de seu afastamento, condicionado à existência de vaga; a outra, de concepção subjetiva, isto é, discricionária, é aquela pertinente ao «interesse da Administração.»

Não há o que se discutir acerca do procedimento vinculado, porquanto resulta este do princípio da legalidade, de submissão da Administração

à lei, ou, como denomina Marcelo Caetano, «Administração condicionada» (in «Manual de Direito Administrativo», pág. 29). Assim, a existência de vaga e o reingresso no mesmo posto que ocupava na data do afastamento são requisitos imprescindíveis, no particular. Isto, porém, é incontroverso, pois a negativa não se funda em tais elementos.

A dificuldade a ser enfrentada está na cláusula legislativa «interesse da Administração» que reflete, sem dúvida, uma proposição em aberto, ajustável e ajustada ao campo da discricionariedade que se move, «em uma zona livre», privativa da Administração (cfr. Vítor Nunes Leal, in RDA, vol. 14, pág. 64).

Em primeiro lugar, distinção há de ser feita entre «poder discricionário» e «ato discricionário». Nesse passo, filio-me à corrente que não concebe a última expressão, considerando a existência, tão-somente, de um «poder discricionário», o qual, segundo Bernatzik, citado por L. Lopes Rodó (RDA, vol 35, pág 43), consiste na apreciação subjetiva que a Administração deve fazer quando se acha em presença de um conceito impreciso, indeterminado, ou, no dizer de Afonso Rodrigues Queiró («O Poder Discricionário da Administração, 2ª Edição, pág. 56), consiste «na necessária parcela de autonomia do órgão executor ou aplicador do direito, em face de relativa abstração das normas a aplicar». Todavia, há respeitáveis tratadistas que não encontram obstáculos em rotular essa parcela da atividade pública de «ato discricionário», entre os quais merecem destaque Marienhoff, García Oviedo, D'Alessio e Sayagués Laso.

O certo é que, deixando o legislador ordinário, na competência administrativa, a cláusula condicionante do seu «interesse», deu azo ao exercício do «poder discricionário», que pode não ser alvo de interferência do Judiciário, para o exame da

escolha dos caminhos. Porém, desde que feita a opção, os seus limites não estarão imunes ao exame do Poder Judiciário, consoante assinalado por Vítor Nunes Leal, citando Fritz Fleiner, nessa afirmação:

«La cuestión de saber dónde empieza el dominio del poder discrecional y dónde termina, es por sí misma, una cuestión jurídica y no una cuestión de apreciación.» (RDA, vol. 14, pág. 65).

Na mesma linha de conduta pautou-se Caio Mário da Silva Pereira, quando, arrimando-se no magistério de Hauriou (Précis de Droit Administratif, pág. 429), acentuou que:

«Todo poder discricionário contém, entretanto, a categorização da medida jurídica. O órgão executivo decide se age ou se não age; delibera quando deve agir. Mas não o faz para satisfação de uma vontade absoluta, senão condicionada a uma razão imanente, que é a causa jurídica da conduta escolhida.» (Parecer nº D-22, CGR).

Na mesma linha de raciocínio estão os ensinamentos de Rodrigues Queiró («A Teoria do Desvio de Poder em Direito Administrativo», vol. nº 6, pág. 58); M. Waline («Droit Administratif, págs. 449 e segs.); André de Laubadère «Traité Elementaire de Droit Administratif», págs. 212 e segs.); Renato Alessi («Principi di Diritto Amministrativo, vol. I, pág. 199 e segs.).

Neste caso, a escolha da Administração, quanto ao momento, fins e meios, no que tange aos esclarecimentos sobre o seu «interesse» veio com a regulamentação aprovada pelo Decreto nº 84.143, de 31 de outubro de 1979, exposta nestes termos:

«Art. 17. O retorno ou a reversão, em qualquer caso, fica condicionado à existência de vaga e ao interesse da Administração.

§ 1º No caso de militar, observar-se-á o seguinte:

I — no interesse da Administração, exigir-se-á que o requerente atenda aos requisitos essenciais de aptidão física, conceito profissional e moral, levando-se em conta os registros anteriores à saída da Força, e não tenha atingido as idades-limite ou tempo de permanência no serviço ativo, previstos no art. 102, itens I, II, III, IV e V da Lei nº 5.774, de 23 de dezembro de 1971;

II — A reversão ao serviço ativo e a colocação no Quadro obedecerão ao disposto no § 4º do art. 18 da Lei nº 5.774, de 23 de dezembro de 1971;

III — A situação do militar, após a reversão, obedecerá ao disposto na legislação em vigor.»

A Administração era livre para disciplinar a matéria, dentro da autorização que lhe conferiu o legislador. A amplitude do conceito de «interesse» estava na chamada zona livre, que constituiu o poder discricionário. Até aí, nenhuma pela jurídica poderia estancar sua concepção criativa, sendo defeso, até mesmo ao Judiciário, opor dificuldades na opção de seus objetivos. Porém, desde que ela própria, na escolha, preferiu especificar os critérios do art. 17, autolimitou-se, a partir daí, sem que pudesse deixar resíduos, para decidir sem as limitações impostas. Ajusta-se como uma luva à hipótese a feliz expressão do saudoso Professor Marcelo Caetano, comentando o assunto, *verbis*:

«A vontade, livre na resolução, é vinculada na formação.» (ob cit., pág. 442)

E, mais adiante, arremata, com inegável lucidez:

A Lei confiou no órgão, admitindo como expressão correta da vontade legal qualquer solução dada

no caso concreto desde que vise o fim de interesse público por ela fixado ao conferir a competência.

O fim do ato é, pois, a vinculação característica da discricionariedade. Quer isto dizer que a discricionariedade não exclui absolutamente uma vinculação: discricionário significa «livre dentro dos limites permitidos pela realização de certo fim». O fim é um vínculo: corresponde a um elemento essencial cuja falta impede a validade do ato administrativo.» (ob cit., págs. 442/443)

No mesmo sentido: Themistocles Brandão Cavalcanti (RDA vol. 10, pág. 101); O. A. Bandeira de Mello («Princípios Gerais de Direito Administrativo, vol. I, pág. 420); Hely Lopes Meirelles («Direito Administrativo Brasileiro», págs. 64/67); Afonso Rodrigues Queiró (ob. cit. in RDA, vol. 6, pág. 58).

Assim considerando, restaria indagar se o impetrante atendeu, além daquelas condições legalmente vinculadas (art. 3º, da Lei nº 6.683, de 1979), as demais, exteriorizadas na regulamentação (art. 17, do Decreto nº 84.143, de 1979).

Os autos dão notícia de que os requisitos arrolados no ordenamento jurídico pertinente (existência de vaga, mesmo posto, aptidão física, conceito profissional e moral, idade-limite ou tempo de permanência no serviço ativo) não são empecilhos ao deferimento do pedido. Aliás, todos estes aspectos foram, magistralmente, demonstrados no voto do eminente Relator, Ministro Moacir Catunda, através do qual assinala: «Pelos autos, conta ele, impetrante, 38 anos atualmente. Suas alegações e provas sobre o cumprimento dos requisitos do item I, do § 1º, do art. 17, não foram impugnados, nem desfeitos pela alta autoridade impetrada, que se restringiu à isolada afirmativa de falta de interesse, sem nada

justificar, ao passo que o impetrante demonstrou cumpridamente a concorrência dos referidos requisitos que são de natureza objetiva, o que conduz à conclusão de que o interesse da Administração acha-se cabalmente caracterizado, no caso.»

Ante o exposto, concedo a segurança, em parte, para assegurar a reversão requerida (alínea a, do parágrafo nº 8, da inicial), negando-a em relação aos demais itens, por não encontrarem amparo na legislação aplicável.

VOTO

O Senhor Ministro Washington Bolívar de Brito: Sr. Presidente, ouvi, com o costumeiro encantamento, as lições de sabedoria do Sr. Ministro Moacir Catunda e os votos não menos sábios dos Srs. Ministros Aldir Passarinho, José Dantas e Lauro Leitão. Ao Sr. Ministro Carlos Madeira peço permissão para continuar de onde S. Exa., não por falta de conhecimento, mas por espírito de brevidade, por amor à síntese, parou, para daí desenvolver o meu raciocínio, que é igual ao de S. Exa. e o mesmo do douto Relator. Nisto, aliás, guardo coerência comigo mesmo, em pronunciamentos anteriores nesta Corte, quando do julgamento do Capitão Sérgio, no denominado «Caso Para-Sar» e outros casos, nos quais tive a oportunidade de lembrar, mais a mim mesmo do que à Casa, que a anistia, como gesto político, há de ser, antes de tudo, um gesto de grandeza nacional, que não poderia o legislador diminuir, no seu intuito e, muito menos, no seu alcance. Mas, se porventura assim o fizesse, competiria ao Poder Judiciário, no uso e no exercício de sua atividade constitucional e segundo a lição do saudoso Orozimbo Nonato, mostrar que, «na interpretação da lei, maior importância oferece a mens legis do que a

mens legislatoris. A zona de irradiação da lei, a amplitude que adquire, a área de aplicação em que se estende, a significação que encerra não coincidem, necessariamente, com o pensamento originário do legislador».

Partindo dessas premissas necessárias, em termos de anistia, recordando-me dos meus precedentes, para guardar a coerência do Juiz, tenho que o art. 11 da lei sob exame deve ser interpretado em conjugação com o ordenamento jurídico nacional, partindo da Constituição que lhe dá força e vigor.

Restaurada a situação anterior pela anistia, pelo esquecimento, mesmo para aqueles que cometeram crimes — e este não é o caso dos autos — deve-se partir do já assente, que é a decisão proferida pela justiça competente, a Justiça Militar, na qual o impetrante foi absolvido. Não se pode olvidar que a lei concedeu anistia mesmo àqueles que cometeram crimes.

No caso, pelo que entendi, trata-se de um Oficial da Marinha que foi julgado pela Justiça Castrense e absolvido. Deve-se tomar por base, portanto, sua inocência, ou que não se provou sua culpa, pois ignoro o motivo legal da absolvição. Ao se restaurar a situação anterior, pois que reinvestido em sua patente, como menciona o art. 93 da Constituição, dela se irradiam os direitos especificados no Estatuto dos Militares, do conhecimento de todos. Estou com o eminente Relator, em que não se trata, aqui, de ato discricionário, ainda que aparentemente o seja, ao reportar-se — tanto a lei como o decreto — à expressão indeterminada «interesse da Administração»; porque o que era vago se particularizou através do próprio ato emanado do poder regulamentar onde se diz, no art. 17, que o retorno ou a reversão, em qualquer caso, ficam condicionados à existência de vaga e ao inte-

resse da Administração, mas, para logo esclarecer, no § 1º, que, no caso de militar, observar-se-á o seguinte:

«No interesse da Administração, exigir-se-á que o requerente atenda aos requisitos essenciais de aptidão física, conceito profissional e moral, levando-se em conta os registros anteriores à saída da Força e não tenha atingido as idades-limites ou tempo de permanência no serviço ativo, previsto no art. 102, itens I, II, III, IV e V da Lei nº 5.774, de 23 de dezembro de 1971».

O § 2º reporta-se ao «interesse da Administração» quando se trata de servidores civis, onde também se deve observar uma série de requisitos. Vinculou-se, portanto, como bem salientou o eminente Relator, a Administração Pública, na demonstração desse interesse, àqueles itens que ela própria especificou, no decreto, porque outra não é a função do poder regulamentar senão a de explicitar a lei editada.

O Senhor Ministro Aldir G. Passarinho (aparte): O art. 17, § 1º, inciso I, do decreto regulamentador, fala em «requisitos essenciais», pelo que daí se tem que tais requisitos são aqueles que, evidenciando-se não terem sido atendidos, de logo afastam a pretensão, sem que, portanto, haja sequer necessidade de a Administração, dentro do seu poder discricionário, apreciar os outros aspectos relacionados com a sua conveniência, à base do item «interesse», previsto no art. 3º, da Lei de Anistia. É que aqueles são requisitos essenciais, e não únicos. Se o militar tiver moral, não possuir a habilitação técnica ou não tiver bom comportamento, que são os «requisitos essenciais», já é isso bastante para que não possa ser considerada a volta do militar, sem que deixe por isso de subsistir a apreciação da Administração, no âmbito de seus poderes discricionários, da conveniência, à base do interesse.

O Senhor Ministro Washington Bolívar de Brito: Sr. Presidente, agradeço o aparte, sempre tão ilustrativo, do eminente Ministro Aldir Passarinho que, longe de infirmar a tese, a meu juízo, a confirma: porque a essencialidade que a própria Administração entendeu de consignar no regulamento, autolimitando-se, evidentemente torna supérfluo, sem maior importância, tanto que não é mencionado qualquer outro item para impedir o retorno ou a reversão, pois somente considera essenciais a aptidão física, o conceito profissional e moral, «levando-se em conta os registros anteriores à saída da Força». Diante desses itens, quaisquer outros perdem a significação, por mais importantes que viessem a ser considerados; se fossem «essenciais», estariam também no decreto. Para demonstrar a inexistência de qualquer deles, é necessária a prova — instrumento de convicção dos juizes. Nos autos, segundo depreendi do relatório e voto do eminente Relator, inexistente qualquer comprovação contrária à pretensão deduzida em Juízo, constando ao revés, segundo ouvi, que exercia cargo de chefia, em seu setor técnico, valendo a circunstância como afirmação do seu bom conceito moral e profissional, sendo também absolvido pela Justiça Militar, da imputação que sobre ele pesava.

Mas, não tenho a pretensão de responder ao aparte do eminente Ministro Aldir Passarinho por mim mesmo. Faço-o, socorrendo-me desta ficha, onde registrei que Seabra Fagundes diz o seguinte:

«A atividade administrativa, sendo condicionada pela lei à obtenção de determinados resultados, não pode a Administração Pública deles se desviar, demandando resultados diversos dos visados pelo legislador. Os atos administrativos devem procurar atingir as consequências que a lei teve em vista

quando autorizou a sua prática, sob pena de nulidade. (Seabra Fagundes, «O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário», 2ª ed., pág. 89).

E Caio Tácito, em «Direito Administrativo», complementa esse entendimento, lecionando:

«A apreciação do mérito interdita ao Judiciário é a que se relaciona com a conveniência ou oportunidade da medida, não o merecimento por outros aspectos que possam configurar uma aplicação falha, viciosa ou errônea da lei ou do regulamento, hipóteses que se enquadram, de um modo geral, na ilegalidade por indevida aplicação do direito vigente. (Caio Tácito, «Direito Administrativo», pág. 106, ac. do STF, Ap. Civ. nº 3.311).»

Sr. Presidente, por todas essas considerações, e por não ter notícia de nada, nos autos, que contrarie a pretensão do impetrante, acompanho o douto voto do eminente Ministro-Relator.

VOTO

O Senhor Ministro Washington Bolívar de Brito: Sr. Presidente, desses itens recordo-me de que, pelo menos os dois primeiros estão dentro da linha de pensamento que já tive a oportunidade de expressar aqui, noutros julgamentos, a propósito dos direitos que a patente confere a todos os Oficiais, previstos no Estatuto dos Militares. Mantenho meu voto.

VOTO

O Sr. Ministro Romildo Bueno de Souza: Sr. Presidente, a determinação do conceito de interesse público, bem como do interesse da administração pública, permanece ainda como um desafio à doutrina brasileira, ao contrário do que acontece com a determinação do conceito de interesse processual (que a ciência já iso-

lou de modo satisfatório). De fato, na interpretação da lei processual, a jurisprudência conta com subsídios doutrinários sedimentados que muito facilitam o desempenho da jurisdição no sentido de verificar, em cada caso, se o interesse processual se configura ou não.

Outro tanto, lamentavelmente, não ocorre, enquanto respeita ao interesse público ou ao interesse da Administração.

De qualquer modo, tenho como certo que não cumpre à jurisdição discernir nas diferentes hipóteses se ocorre ou não o interesse da Administração.

Interesse indica direção na atividade do ser, disposto a realizar seus fins ou a satisfazer suas aspirações; e como cabe aos órgãos da Administração diligenciar pelo bem comum em tudo quanto não constitua atividade jurisdicional ou legislativa, é razoável deixar a seu cargo discernir sobre a conveniência e oportunidade de sua própria movimentação para realizar este ou aquele objetivo (evidentemente, dentro dos limites da legalidade, próprios do Estado de Direito).

Em princípio, poderia parecer que a administração pública esteja livre para pronunciar seu interesse de admitir, ou não, o impetrante nas fileiras do Exército.

Ocorre, contudo, que o decreto regulamentador da Lei de Anistia especificou o âmbito em que se define o interesse da Administração; a partir da expedição desse decreto (a saber, o Decreto nº 84.143, art. 17, § 1º), está circunscrito o limite do interesse da Administração.

A não ser assim, tal decreto seria rigorosamente inútil, porque nada teria acrescentado à realidade jurídica e à atividade administrativa.

Estou a concluir, portanto (tal como aqui já se tem feito), que a Ad-

ministração se autolimitou no tocante à determinação de seu próprio interesse, quando quer que se trate de se pronunciar sobre a reinclusão, ou não, nas fileiras das Forças Armadas, do militar delas afastado por ato abrangido pela anistia.

Invoco, em tudo o mais, os subsídios dos doutos votos que me antecederam na mesma direção e peço vênia às respeitáveis opiniões contrárias para também conceder a segurança.

Faço-o, entretanto, dentro dos limites do voto do eminente Sr. Ministro-Relator, para conceder a segurança, somente no tocante ao item a do pedido.

VOTO

O Sr. Ministro Américo Luz: Sr. Presidente:

Pela ordem.

Invocando o disposto no § 2º do art. 151 do Regimento Interno, dou-me por esclarecido e desejo proferir meu voto.

Acompanho o voto do eminente Ministro-Relator.

VOTO

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro: Senhor Presidente a fim de aquilatar, nos seus exatos contornos, a controvérsia trazida à apreciação desta Corte e, ao mesmo tempo, não postergar a conclusão do julgamento com mais um pedido de vista, providenciei e obtive do eminente Ministro-Relator e do ilustrado Ministro William Patterson cópias do voto e das principais peças do processo, que examinei.

Pretende o impetrante, Capitão-Tenente Engenheiro Naval da Reserva Remunerada, beneficiário da Lei de Anistia, retornar ao serviço ativo, ser promovido, receber remunerações atrasadas e o cômputo em do-

bro de férias e licenças especiais não gozadas.

Na via administrativa, tais pretensões foram denegadas pela autoridade coatora, ao argumento de que carecem de amparo legal, de acordo com o art. 11 da Lei nº 6.683/79, e com o art. 23 do Decreto nº 84.143-79, aduzindo ainda que o art. 17 do citado decreto condiciona o retorno ou reversão ao serviço ativo, em qualquer caso, à existência de vaga e ao interesse da Administração e que, no caso, a Administração não tem interesse no retorno ou reversão alvitrada.

Apreciando a questão definida nos citados termos, duas correntes afloraram neste Plenário: uma, capitaneada pelo insigne Relator, Ministro Moacir Catunda, concedendo a segurança, em parte, para o fim de assegurar ao impetrante a reversão ao serviço ativo; e a outra, liderada pelo ilustre Ministro Aldir Passarinho, denegando o «writ».

Argumenta, em síntese, o eminente Relator que o ato de reversão está vinculado aos requisitos e condições estatuídos no § 1º, inciso I, do art. 17 do Decreto nº 84.143/79, e que, no caso, o ato administrativo atacado acha-se desmotivado quanto àqueles elementos, incidindo nas censuras da lei.

Sustenta, de outra parte, o ilustre Ministro Aldir Passarinho que o invocado inciso I do § 1º do artigo 17, do citado decreto, cinge-se em mencionar os requisitos essenciais mínimos a serem observados pela Administração, nos casos de pedidos de reversão, o que não exclui o seu poder discricionário de decidir na consonância do seu interesse. Em outras palavras: os aludidos requisitos só devem ser apreciados após superadas as exigências contempladas no caput daquele preceito: ocorrer a existência de vaga e haver interesse da Administração.

Diante de tais linhas de raciocínio, fico com a do eminente Ministro Aldir Passarinho, com a devida vênia ao ilustrado Relator.

Assim procedo porque, após numerosas leituras que fiz do questionado preceito, convenci-me de que, em tal caso, o ato administrativo é vinculado quanto aos requisitos essenciais mencionados no decreto, e discricionário no tocante aos aspectos remanescentes.

Ou seja: a Administração só tem o dever de motivar o ato de reversão, à vista das prefaladas exigências, após entendê-lo conveniente e oportuno. Não atendidos os aspectos de conveniência ou oportunidade, pode indeferi-lo sem qualquer motivação, agindo, nos limites do seu poder discricionário, cuja indagação acerca do merecimento extravasa o campo de atuação do Poder Judiciário.

Poder-se-ia redargüir: à vista do § 1º, inciso I, do art. 17 do Decreto nº 84.143, de 31-11-79, restaria, ainda, algum espaço de atuação do poder discricionário da Administração?

Acredito que a resposta é afirmativa. Com efeito, o ilustre Relator deferiu, no caso, a reversão sem os outros consectários, dentre eles a promoção, em razão de vedações expressas constantes de preceito legal (Lei nº 6.684, de 3-9-79, art. 11). E acrescenta-se: o máximo que, também, poderia, em tese, fazer a Administração seria reverter o militar, sem os consectários. Consultará aos interesses da Marinha, instituição organizada com base na hierarquia e na disciplina (Constituição, art. 90), ter em seus quadros militar em total descompasso com os seus companheiros de Turma, em decorrência do fato de ter o impetrante se afastado da ativa, por punição revolucionária, ocorrida há mais de sete anos (Decreto de 1-10-73)? Penso que não. E, para tanto, basta que se colacione o art. 64 do Estatuto dos Militares,

referido pelo próprio impetrante na petição inicial:

«O acesso na hierarquia militar é seletivo, gradual e sucessivo e será mediante promoções, de conformidade com o disposto na legislação e regulamentação de promoções de oficiais e praças, de modo a obter-se com fluxo regular e equilibrado de carreira para os militares a que esses dispositivos se referem».

Conforme se vê, a área de atuação da Administração não se adstringe ao âmbito dos requisitos essenciais definidos no preceito do decreto em exame, sendo, pois, o ato administrativo reversivo, nesse ponto, discricionário e não vinculado.

Em conclusão: não cabe ao Poder Judiciário apreciar o ato administrativo, quanto ao aspecto do seu merecimento, mas apenas quanto à sua legalidade que, no caso, não restou violada. Por isso, acompanho o voto do eminente Ministro Aldir Passarinho. Denego a segurança.

EXTRATO DA MINUTA

MS 90.780 — DF — Rel.: Moacir Catunda. Reqte.: José Miguel Camolez. Reqdo.: Exmo. Sr. Min. de Estado da Marinha.

Decisão: Prosseguindo no julgamento, o Tribunal, por maioria, concedeu, em parte, o mandado de segurança, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, restrita a concessão apenas ao que é postulado no item a da petição inicial, vencidos os Srs. Ministros Aldir G. Passarinho, José Dantas, Lauro Leitão, José Cândido e Antônio de Pádua Ribeiro que denegavam o mandado de segurança, e ainda, em parte, os Srs. Ministros Washington Bolívar e Carlos Mário Velloso que deferiam o «writ», com maior extensão, também quanto ao item b da inicial. O Sr. Min. Moacir Catunda, no reinício do julgamento, explicitou a conclusão do

seu voto, para declarar que deferia a segurança apenas no que se refere ao item a da inicial, e não como constou na assentada anterior, onde se fazia menção, também, ao item b da inicial. Votaram com o Sr. Ministro-Relator, os Srs. Mins. Peçanha Martins, Carlos Madeira, Torreão Braz, Justino Ribeiro, Adhemar Raymundo, Romildo Bueno de Sou-

za, Pereira de Paiva, Sebastião Reis, Miguel Jerônimo Ferrante, Pedro Acioli e Américo Luz. Não participaram do julgamento os Srs. Mins. Jarbas Nobre, Gueiros Leite, Otto Rocha, Wilson Gonçalves e Armando Rollemberg. Presidu o julgamento o Sr. Min. José Néri da Silveira. (Em 9 de abril de 1981 — Tribunal Pleno).

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 92.644 — MA

Relator: O Sr. Ministro Antônio Torreão Braz
 Requerente: Francisco de Assis Reis Lopes
 Requerido: Juízo Federal no Piauí
 Apelados: Os mesmos

EMENTA

Processo Civil.

Exceção de suspeição.

Uma vez argüida, cumpre ao juiz suspender o processo e remeter os autos ao Tribunal, sendo-lhe defeso emitir qualquer decisão, ainda que sobre a admissibilidade do incidente.

Decisão judicial que, desobedecendo a esse comando legal, implicou ofensa a direito líquido e certo do litigante.

Segurança concedida.

ACÓRDÃO

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

Decide a 1ª Seção do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, conceder a segurança, para anular o processo a partir do despacho saneador, exclusive, 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 1981 (data do julgamento) — Ministro Aldir Passarinho, Presidente — Ministro Antônio Torreão Braz, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Antônio Torreão Braz: Francisco de Assis Reis Lopes, qualificado na inicial, requer mandado de segurança contra ato do Dr. José Anchieta Santos Sobreira, Juízo Federal no Estado do Piauí, designado para funcionar em ação de despejo intentada, contra o impetrante, pelo INPS, na Seção Judiciária do Maranhão, alegando o seguinte:

A autoridade impetrada, por designação superior, dirige a ação de despejo acima referida e, ao proferir o despacho saneador, inseriu ofensas ao impetrante.

Argüida a sua suspeição por inimizade, o ilustre magistrado, ao invés de remeter a execução ao segundo grau de jurisdição, ordena a sua juntada aos autos e sobre ela emite julgamento na própria sentença de mérito.

Argumenta que tal comportamento, além de ofender norma expressa da lei processual civil, violenta o princípio constitucional da ampla defesa, alinhando, a propósito, precedentes pretorianos consoante os quais «uma vez feita a argüição, cumpre ao juiz, se não se reconhece suspeito, remeter os autos ao Tribunal.»

Por último, pede a concessão do writ, a fim de ser declarada a nulidade do feito, a partir do despacho saneador.

Indeferi a medida liminar (fl.28) e a ilustre autoridade coatora assim informou (fls. 31/33): (Lê).

A Subprocuradoria-Geral da República opinou pela denegação do pedido (fls. 68/69).

Ê o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Antônio Torreão Braz (Relator): Senhor Presidente, há longo tempo que o Instituto Nacional de Previdência Social envida esforços para retomar ao imóvel de sua propriedade, locado ao imetrante.

O seu desiderato, porém, tem encontrado óbice intransponível na ferrenha resistência do réu que, indiferente ao cerne da controvérsia, conseguiu adiar, anos a fio, à custa de repetidos incidentes processuais, o julgamento da causa.

Nessa linha de ação, que chega a atingir as raias da insolência, argüiu o impetrante a suspeição de todos os Juizes Federais em exercício na Seção Judiciária do Maranhão, inclusive do Dr. Carlos Alberto Madeira,

hoje ilustrando esta Eg. Corte como um dos seus mais conspícuos integrantes, vindo, ao cabo, a sua inusitada febre de desconfiança a recair na pessoa do Dr. José Anchieta Santos Sobreira, autoridade indigitada coatora, que recebera designação do Eg. Conselho da Justiça Federal para presidir o feito.

Ao apreciar o incidente por último mencionado, na qualidade de relator, tive o ensejo de registrar o intento deliberado de protrair, escrevendo:

«A execução tem finalidade nitidamente procrastinadora, como anotou o Dr. Juiz, exceto em suas razões, e tal assertiva deflui logicamente do comportamento do excipiente no feito, apondo embaraços de toda ordem ao seu andamento normal.

O rol de testemunhas que apresentou nesta exceção dá ênfase a esse propósito de eternização do litígio e se mostra, por isso mesmo, flagrantemente impertinente, bastando observar que residem quase todas em Estados diferentes.»

No presente **mandamus**, ataca-se a decisão do mesmo Juiz que não admitiu uma outra exceção de suspeição, por considerar preclusa a questão.

Poderia fazê-lo, a despeito da atitude comprovadamente protelatória do réu?

Não se nega a ilegitimidade da exceção provocada pelo excipiente. «O Código atual — diz Celso Agrícola Barbi, aludindo ao art. 186 do estatuto de 1939 — não reproduziu a regra, mas nem por isso se deve entender que ela não prevalece. O princípio é tradicional no nosso direito, como se vê, v.g., no Código de Minas Gerais, art. 192, e no de São Paulo, art. 46, e encontra raízes no bom-senso» («Comentários ao Código de Proc. Civil», vol. I, tomo II, pág. 573).

Correta a proposição, daí não se segue, entretanto, tenha o juiz o poder de emitir decisão, posto que sobre a admissibilidade da arguição. Leia-se, por exemplo, Calmon de Passos («Comentários ao Cód. de Proc. Civil», vol. III, pág. 292), **verbis**: «A exceção de incompetência pode ser liminarmente repelida, quando manifestamente improcedente (art. 310). Se isso ocorre, não há como se cogitar de efeito suspensivo. Nem esse efeito derivará do recurso acaso interposto da decisão, dada sua natureza: agravo. O mesmo não se verifica quanto à suspeição e ao impedimento que deverão, sempre, ser recebidos pelo juiz, visto como lhe retirou o Código o poder de decidi-los no sentido da rejeição, pelo que, correlativamente, lhe retirou o poder de rejeitá-los liminarmente.»

Allás, não houve inovação em relação ao direito anterior, sob cuja vigência ressaltou o saudoso Pontes de Miranda («Comentários ao Cód. de Proc. Civil», 1958, tomo III, pág. 164): «Se o juiz entende que precluiu o prazo para a exceção de suspeição, ou, por outra qualquer alegação, não a recebe, sem admitir a suspeição e sem remeter os autos, cabe reclamação ou mandado de segurança.»

Deste modo, tendo sido a decisão impugnada proferida como preliminar da sentença de mérito, que não é apelável, ex vi do art. 4º da Lei nº 6.828, de 22-9-1980, e revestindo-se ela de ilegalidade manifesta, por incompetência absoluta do seu prolator, é inquestionável o cabimento do remédio constitucional.

De outra parte, o dano irreparável aflora da própria situação a que foi guindado o processo, com sentença definitiva desfavorável ao impetrante, sem que se lhe respeitasse o direito subjetivo de ver julgada por este Colendo Tribunal a exceção formulada.

A vista do exposto, conhecendo do mandado de segurança, hei por bem concedê-lo para anular o processo a partir do despacho saneador, exclusive, ordenando à digna autoridade impetrada que faça subir à instância superior a exceção acima referida, onde deverá ser apreciada.

EXTRATO DA MINUTA

MS- 92.644 — MA — Rel.: Sr. Min. Antônio Torreão Braz. Reqte: Francisco de Assis Reis Lopes. Reqdo.: Juiz Federal no Piauí.

Decisão: Ação, por unanimidade, concedeu a segurança para anular o processo a partir do despacho saneador, exclusive. Impedido, o Sr. Min. Carlos Madeira (em 30-9-1981, 1ª Seção).

Os Srs. Mins: Otto Rocha, William Patterson, Adhemar Raymundo, Peireira de Paiva, José Cândido, Flaque Scarcezini, Peçanha Martins e Gueiros Leite votaram com o Relator. Não participou do julgamento o Sr. Ministro Lauro Leitão. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Min. Aldir Passarinho.

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 92.989 — DF

Relator: O Sr. Ministro Justino Ribeiro

Requerente: Usina Bom Jesus S/A

Requeridos: Ministro de Estado das Minas e Energia — Cia. Pernambucana de Mineração

EMENTA

Mineração. Autorização de pesquisa. Prazo.

A Lei nº 6.567/78, que alterou para três (3) anos o prazo de validade da autorização de pesquisa, não atingiu as autorizações então vigentes (art. 153, § 3º, da CF). Todavia, a empresa que requereu oportunamente a prorrogação e não teve seu requerimento atendido, porque a autoridade competente entendia tal prorrogação concedida ope legis, não fica prejudicada.

ACÓRDÃO

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

Decide o Tribunal Federal de Recursos, em Plenário, por unanimidade, denegar 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, 22 de outubro de 1981 (data do julgamento) — Ministro Jarbas Nobre, Presidente — Ministro Justino Ribeiro, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Justino Ribeiro: Trata-se de ação de mandado de segurança proposta ao Exmo. Sr. Ministro de Estado das Minas e Energia, tendo por objeto o ato pelo qual S. Exa. prorrogou o prazo da autorização concedida a litisconsorte passiva, Companhia Pernambucana de Mineração — COPEMI, para pesquisar argila e caulim em terrenos de propriedade da impetrante.

Alega a impetrante que essa autorização de pesquisa foi concedida, pelo prazo de dois (2) anos, por alvará publicado em 26-12-77 e podia ser prorrogada por um (1) ano, conforme então dispunha o art. 22, item II, do Código de Mineração. Como, porém, tal não tivesse sido providenciado, a impetrante, ao ser intimada para comparecer à audiência na ação de avaliação que corre no Juízo da Comarca de Cabo, argüiu caduci-

dade do alvará e a conseqüente extinção do processo. Foi, todavia, surpreendida com a tese, a seu ver esdrúxula, da prorrogação automática do citado prazo pela superveniente Lei nº 6.567, de 24-9-78, tese sustentada pela COPEMI com apoio em parecer da Consultoria Jurídica do Ministério das Minas e Energia. E, para completar, veio agora o ato impugnado, pretendendo renovar a autorização, ato que a impetrante considera ilegal, porque expedido em atenção a requerimento formulado pela COPEMI quando, como dito, já expirara o prazo anterior.

Diz a impetrante, a propósito:

«Em data de 18 de fevereiro do corrente, através do alvará nº 653, publicado no Diário Oficial da União, edição do dia 24 de fevereiro de 1981, S. Exa. o Ministro de Estado das Minas e Energia, prorrogou, por mais dois anos dito alvará, atendendo a requerimento da COPEMI, formalizado em data posterior à sua expiração.

Ora, consoante o que expressamente dispõe o item II, do artigo 22, do Código de Mineração, o requerimento de renovação do alvará teria que ter sido protocolizado no D.N.P.M. até 60 (sessenta) dias antes de expirado o prazo de autorização, o que efetivamente não foi feito.

A única maneira de camuflar de alguma legalidade o ato Ministerial seria a de corroborar-se o entendimento de que a citada Lei nº 6.567/78, regeu a situação pretérita. De outra forma, flagrante a ile-

galidade deste ato, contra o qual, por ferir-lhe direito líquido e certo, impetra-se o presente Mandado de Segurança.» (Inical, fls. 4).

2. A inicial segue criticando o entendimento da Consultoria Jurídica e o ato pelo qual o Sr. Diretor do D.N.P.M., com base em tal entendimento, considerou automaticamente prorrogadas as autorizações existentes na data de vigência da citada Lei nº 6.567/78. Ao final, frisando que o eventual início de pesquisa em suas terras por parte da COPEMI fatalmente acarretaria danos às suas plantações de cana de açúcar, conseqüentemente à sua produção de açúcar, álcool e outros derivados, com grave ameaça a vultosos compromissos financeiros para cujo atendimento a impetrante depende da safra em expectativa, fez o seguinte requerimento:

«Isto posto, requer-se seja concedido, liminarmente, o presente mandado, com a finalidade precípua de impedir o início das pesquisas pela COPEMI na área da impetrante, garantindo-lhe seu direito líquido e certo, assim como, seja o presente mandado, no final da lide, acolhido em todos os seus termos e considerado ilegal o ato nº 683, de 18 de fevereiro de 1981 de S. Exa. o Sr. Ministro das Minas e Energia.» (Inicial, fls. 11).

Juntou a documentação de fls. 12/123.

3. Por despacho de fls. 126, determinei liminarmente a suspensão da eficácia do ato impugnado, solicitei informações e mandei citar, como litisconsorte passiva, a COPEMI. A litisconsorte se manifestou a fls. 132/146, juntando os documentos de fls. 148/249, e a ilustre autoridade impetrada prestou as informações de fls. 251/263, acompanhadas de cópia do mencionado parecer da Consultoria Jurídica (fls. 264/269).

4. Em linhas gerais, tanto as informações, quanto o pronunciamento da COPEMI, historiam os fatos relacionados com a autorização de pesquisa e com as providências de natureza judicial tendentes à avaliação da renda e dos danos e prejuízos a serem indenizados à proprietária do solo e impetrante e, no tocante à questão essencial, esclarecem, em resumo:

a) que a autorização de pesquisa foi concedida por Alvará nº 7.043, de 9-12-77, publicado no Diário Oficial de 26-12-77, com prazo inicial de dois (2) anos a expirar-se em 27-12-79 e passível de prorrogação por um (1) ano, ex vi do art. 22 do Decreto-Lei nº 227-67 (Código de Mineração);

b) devido ao andamento naturalmente demorado do processo de avaliação, a autorizada requereu, no prazo de 60 dias anteriores ao seu término, conforme exigido por lei, a prorrogação do prazo;

c) todavia, em virtude do já referido entendimento da Consultoria Jurídica, segundo o qual a prorrogação pretendida já estaria automaticamente concedida pela superveniente Lei nº 6.567/78, o DNPM entendeu prejudicado o requerimento e comunicou à interessada que o prazo fora dilatado para três (3) anos, podendo ela, ainda, caso lhe conviesse, 60 dias antes de seu término, voltar a requerer nova prorrogação;

d) assim veio ela a proceder oportunamente, pelo que lhe foi concedida a prorrogação ora impugnada pela impetrante.

No tocante ao aspecto jurídico, as informações defendem longamente o ato ministerial, procurando demonstrar que ele foi expedido com base em requerimento formulado em tempo hábil.

5. A douta Subprocuradoria-Geral da República oficiou a fls. 271/274, na linha das informações.

É o relatório.

VOTO

O Sr. **Ministro Justino Ribeiro** (Relator): O art. 22, item II, do Código de Mineração dizia, ao tempo em que foi concedida autorização de pesquisa à COPEMI:

«A autorização valerá por 2 (dois) anos, podendo ser renovada por mais 1 (hum) ano, mediante requerimento do interessado, protocolizado até 60 (sessenta) dias antes de expirar-se o prazo de autorização ...»

Veio a Lei nº 6.567, de 24-9-78, e lhe deu nova redação, que passou a ser:

«A autorização valerá por 3 (três) anos podendo ser renovada por mais tempo, a critério do DNPM e considerando a região de pesquisa e o tipo de minério pesquisado, mediante requerimento do interessado, protocolizado até 60 (sessenta) dias antes de expirar-se o prazo de autorização ...»

2. O parecer da douta Consultoria Jurídica do Ministério, onde se sustenta que essa nova lei *dilatou* o prazo das autorizações existentes à data de sua vigência, diz o seguinte (lê, fls. 264/269).

3. Vê-se que o douto pronunciamento feito diante do fato consumado, de que o DNPM já vinha dando aplicação à nova lei segundo a interpretação que defende e, portanto, já enfrentando o risco de contrariar imensos interesses criados, assume, **data venia**, posição bastante harmonizada com a orientação política adotada sobre a matéria a partir da Constituição de 1967. Esta orientação que já chega a encontrar, entre os mais afoitos, quem veja até o subsolo como propriedade da União, en-

fatiza a exploração das riquezas minerais por parte de empresas e deixa em absoluto segundo plano o proprietário das terras onde se localizam. Nos meios burocráticos ou pseudo-jurídicos já se fala, até, em proprietário superficiário, expressão que pretende designar o proprietário de imóvel onde se encontrem jazidas. Tal designação denota, porém, de um lado, desconhecimento do art. 526 do Código Civil e, doutro, da própria Constituição, quando reconhece ao proprietário o direito de participar dos resultados da lavra. Olvida-se, mesmo, esta coisa que está aos olhos de todos, que muitas jazidas minerais, como as rochas calcáreas, se projetam à superfície, de modo que, a se aceitar a expressão, o proprietário do solo por vezes não seria dono nem de capim. A própria Lei 6.567/78, ao deixar ao exclusivo critério do DNPM prorrogar indefinidamente as autorizações, sem levar em conta a insegurança que daí resulta para a programação das atividades do proprietário das terras, reflete de certo modo essas idéias. Daí a premissa fundamental do parecer, não vindo prejuízo a terceiros. Nem o proprietário entra como tal nessa política.

Ora, é de ver que a distinção constitucional entre a propriedade do solo e a das jazidas, recursos outros minerais e potenciais hidráulicos tem por finalidade apenas regular sua exploração, sem transferir sua propriedade para o Governo.

4. Por esta noção, que me parece elementar, e também por esta outra, mais elementar ainda, de que não é possível executar qualquer trabalho de pesquisa ou de lavra sem interferir no direito e na comodidade do proprietário do solo — salvo o caso de este mesmo exercer aquelas atividades — por essas noções é que, mais de uma vez, como na AC 46.201-MG, tenho afirmado que o Governo, quando autoriza tais ativida-

des a empresas não proprietárias do solo, pratica dupla intervenção na propriedade privada: uma, nas riquezas do subsolo que, embora distintas das do solo, lhe integram a propriedade (art. 526 do C. Civil) outra; na superfície indispensável à exploração daquelas.

5. Isto basta, sem necessidade doutras considerações que dariam matéria para horas de exposição, isto basta para se ver a falsidade, **data venia**, da premissa que serve de esteio ao parecer da douda Consultoria Ministerial — a de que a suposta dilação automática de prazos de autorizações vigentes não prejudicaria direito de terceiro. É certo que, como assinalam as informações, as leis asseguram ao proprietário indenização dos danos. E eu acrescento que não só as leis lhe asseguram essa indenização por parte das empresas autorizadas a realizar pesquisa ou titulares de concessão de lavra, também a Constituição Federal, através do art. 107, responsabiliza a própria União Federal por quaisquer danos que essas empresas eventualmente não possam cobrir. Mas há o dano, nem sempre mensurável e por isso mesmo de maior importância político-jurídica, da expectativa em que fica o proprietário a respeito de quando e como poderá utilizar suas terras. Por isto, a prorrogação deve ser examinada caso a caso — e bem examinada — pelo órgão competente e seria estulto, além de inconstitucional, que o legislador a fizesse em caráter geral e automático.

6. A tese do parecer, além do mais, se volta contra o próprio Governo porque, admitida a dilação automática dos prazos, suprimido estaria o próprio poder, inerente aos órgãos incumbidos do setor de ajuizar da conveniência técnica, econômica e política, de renovar ditas autorizações.

7. Finalmente, posta a questão em termos de direito intertemporal, não vejo como, em face do art. 153, § 3º, da Constituição, se possa entender que a Lei nº 6.567/78 alcançou o ato jurídico perfeito e acabado de uma autorização concedida pelo prazo certo de dois (2) anos para transformá-la em outra com três (3) anos de duração.

O que se poderia dizer, ainda que nesse sentido a lei contivesse disposição expressa — e não contém — é que a própria Administração, titular do poder de fazer respeitado o prazo estabelecido em ato jurídico perfeito e acabado na vigência da lei velha, abriu mão desse poder. O que não quer dizer que o proprietário, ou qualquer outro com direito ao uso das terras, seja obrigado a aceitar a solução.

8. Tenho por assentado, por estas singelas considerações, que a lei em questão não dilatou qualquer prazo mas, sim, que dispôs, como é próprio das leis e de nosso direito constitucional, para as autorizações a serem concedidas a partir de sua vigência. É caso típico de vinculação da vontade do administrador e, como é óbvio, a lei não pode estabelecê-la senão para o futuro. *Lex prospicit, non respicit.*

9. Isto não obstante, no caso concreto entendo que não assiste razão à impetrante. É isto pela razão muito simples, esclarecida nas informações e ressaltada no Relatório, de que a COPEMI requereu, em tempo hábil, a prorrogação do prazo — o que era autorizado tanto pela lei velha como pela nova — e isto só não lhe foi deferido porque, como se viu, o DNPM julgou prejudicado o pedido em virtude do entendimento ora pelido. Ora, se houve requerimento oportuno — o que vale dizer que a empresa exerceu regularmente seu direito de pedir manifestação positiva da administração — e se esta manifestação só não se deu por se ad-

mitir que a própria lei a antecipara, tem-se de entender que tal manifestação se concretizou, se não de maneira expressa, certamente por inferência a se extrair da declaração administrativa de sua existência, pela autoridade competente. Se não tivesse havido o requerimento de que a lei faz depender a manifestação administrativa — e tal foi que me pareceu ao ler a inicial — então sim, prorrogação não teria havido. E o ato ministerial aqui impugnado cairia na ilegalidade, porque estaria tentando renovar ou de novo prorrogar autorização já caduca.

10. Isto posto, e sem entrar noutras questões discutidas pelas partes e, a meu ver, sem interesse para o deslinde da controvérsia, denego a segurança.

VOTO

O Sr. **Ministro Wilson Gonçalves**: Sr. Presidente, como o nobre Ministro-Relator deixou bem claro, a firma interessada, a quem se deu a concessão para exploração da jazida, requereu, oportunamente, a prorrogação da concessão.

Se a administração, por um entendimento interpretativo, não considerou ou não despachou esse requeri-

mento, entendo que a omissão da autoridade não pode prejudicar o direito da concessionária, conseqüentemente, acompanho a conclusão do voto do eminente Ministro-Relator.

EXTRATO DA MINUTA

MS 92.989 — DF — Rel.: Min. Justino Ribeiro. Reqte.: Usina Bom Jesus S.A. — Reqdos.: Min. de Estado das Minas e Energia e Cia. Pernambuco de Mineração.

Decisão: O Plenário, por unanimidade, denegou o mandado de segurança. (Em 22-10-81 — T. Pleno).

Votaram com o Relator os Srs. Mins. Wilson Gonçalves, William Patterson, Romildo Bueno de Souza, Pereira de Paiva, Sebastião Reis, Moacir Catunda, Pedro Acioli, Flaque Scartezini, Armando Rollemberg, José Cândido, Peçanha Martins, Aldir Passarinho, José Dantas, Gueiros Leite, Torreão Braz e Carlos Mário Velloso. Não participaram do julgamento os Srs. Mins. Otto Rocha, Ademar Raymundo, Miguel J. Ferrante, Américo Luz, Antônio de Pádua Ribeiro, Lauro Leitão, Carlos Madeira e Washington Bolívar. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Min. **Jarbas Nobre**.

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 93.183 — DF

Relator: O Sr. Ministro Moacir Catunda

Requerentes: Pedreira Guaiuba Ltda. e outros

Requerido: Exmo. Ministro de Estado do Exército

EMENTA

1º) Constitucional. Administrativo.

Constituição de 1934 — art. 5º, VI; Constituição de 1969, — art. 8º, VII; — Decreto nº 1.246, de 11-12-1936 — art. 3º; — Decreto nº 24.602, de 1934 e Decreto nº 55.649, de 1965, (R-105), que disciplina o Servidor de Fiscalização da Importação, Depósito e Tráfego de Produtos Controlados pelo Ministério do Exército (SFIDT);

2.º) Compete à União, através do Ministério do Exército, autorizar a produção e fiscalizar o comércio de material bélico, neste compreendidos, explosivos para uso industrial em pedreiras, com vistas à segurança das populações circunvizinhas (R-105 — art. 28, «c» e 289, «b»), sem prejuízo da competência afim atribuída ao Ministério das Minas e Energias pelo Código de Mineração.

Atos de cancelamento de Certificados de Registro expedidos pelo SFIDT, com preterição do direito de defesa assegurado nos arts. 279, § 4.º, «c» e 280, § 3.º, do R-105, — são inválidos e não operantes.

Segurança concedida para, convalidando a liminar, validar os certificados cancelados pelo ato administrativo atacado.

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 para cancelar o ato impugnado por cerceamento de defesa, sendo que os Srs. Mins. Carlos Madeira e Américo Luz concediam-no, também, por outro fundamento, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Sustentaram oralmente os Drs. Celso Antônio Bandeira de Melo e Geraldo Andrade Fonteles, Subprocurador-Geral da República.

Custas como de lei.

Brasília, 8 de outubro de 1981 (data do julgamento) — Ministro Aldir G. Passarinho, Presidente — Ministro Moacir Catunda, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Moacir Catunda: Cuida-se de mandado de segurança, com pedido de concessão de liminar, impetrado por Pedreira Guaiuba Ltda., Pedreira do Horto Ltda. e Pedreira O. Ribeiro Ltda., todas três empresas de mineração, contra ato

do Exmo. Sr. Ministro do Exército «que lhes feriu direito líquido e certo» ao determinar o cancelamento do «Certificado de Registro» das impetrantes no «Serviço de Fiscalização da Importação, Depósito e Tráfego de Produtos controlados SFIDT/2, «providência que acarretou o encerramento das atividades minerárias que lhes constitui o objeto social.

Os fatos ensejadores do pedido saíram expostos minuciosamente pelas impetrantes, nos termos seguintes:

«1. As impetrantes têm por objeto social a atividade minerária (docs. 5, 6 e 7). Lavram granito, isto é, jazida da classe II (art. 5.º do Código de Mineração).

Para se constituírem como empresa de mineração e operarem no setor, dependem do Ministério de Minas e Energia a quem está afeta a matéria — que é regida pelo Código Nacional de Mineração (Decreto-Lei nº 227, de 28-2-67, com as alterações do Decreto-Lei nº 318, de 14-3-67) e pelo Regulamento do Código (Decreto nº 62.934, de 2-7-68). O órgão Ministerial que supervisiona, fiscaliza e controla esta atividade é o Departamento Nacional de Produção Mineral, DNPM, conforme art. 16 do Decreto nº 75.468, de 11-3-75, incumbindo-lhe a

execução do Código e das leis complementares, consoante preceitua o art. 3º, parágrafo único deste Código.

2. As impetrantes são devidamente inscritas no Ministério de Minas e Energia, no DNPM, e estão por ele autorizadas a funcionar, conforme os respectivos alvarás, de nºs 1.446, de 31-5-74; 960, de 8-3-73 e 3.200, de 20-6-78 (docs. 8, 9 e 10).

As duas primeiras (Pedreira Guaiuba e Pedreira do Horto) são titulares de concessão de lavra (art. 2º, item I do Código, com a redação dada pelo Decreto nº 318, de 14-3-67). Ditas concessões foram outorgadas, respectivamente, pelo Presidente da República, mediante o Decreto nº 83.729, de 18-7-79 (doc. 11) e pelo Ministro das Minas e Energia, através da Portaria nº 2.156, de 18-10-79 (doc. 12). A terceira impetrante opera sob regime da autorização e licenciamento, isto é, sob alvará de autorização do Ministério das Minas e Energia e licença expedida pela autoridade local (Prefeitura), na forma do art. 2º, item II do Código, com a redação do Decreto-Lei nº 318 precitado (docs. 10, 13 e 14).

Todas dispõem do competente licenciamento municipal (docs. 15, 16, 17, 18, 13 e 14) e da licença de Uso de Explosivos em Pedreira, expedida pela Secretaria de Segurança do Estado, através do Departamento de Ordem Política e Social (docs. 19, 20 e 21).

3. Uma vez que a atividade minerária em pedreiras se exercita mediante utilização de explosivos, as impetrantes, para operar, necessitavam dispor e dispunham do competente «Certificado de Registro» no SFIDT (docs. 22, 23 e 24), órgão do Ministério do Exército encarregado da Fiscalização de «Produtos Controlados», conforme

prevê o denominado R-105, ou seja, o regulamento aprovado pelo Decreto nº 55.649, de 28-1-65 (artigos 9º, 13 e 34).

Dito «Certificado» é concedido por um período de validade de três anos (art. 34) e fora recentemente revalidado, isto é, dois deles em fevereiro de 1981 e outro em dezembro de 1980 (docs. 22 a 24 precitados), tudo como estatui o referido R-105 (art. 38).

Importa dizer que tanto a expedição do «Certificado», como sua revalidação, dependem de rigoroso exame e vistoria local (arts. 80, 81, 82 e 84) implicando, ainda, constante fiscalização (artigos 22 c, 23 d e 27 e). A revalidação, pois, só se efetivou porque as impetrantes operam em condições de plena segurança e atendiam a todas as prescrições cabíveis.

4. Estavam, portanto, as impetrantes, no mais regular e normal exercício de suas atividades empresariais quando foram, inopinadamente, colhidas por ato do Ex-mo. Sr. Ministro do Exército que determinou o cancelamento de seus «certificados» e encerrou-lhes, com isto, a atividade empresarial em que estavam devidamente legitimadas (doc. nº 4 precitado).

Assim, a autoridade impetrada praticou ato que equivale, em termos reais, a uma fulminação dos atos expedidos pelo Ministério das Minas e Energia, causando sérias perturbações econômicas às impetrantes, além de gerar graves conseqüências sociais, pela inelutável despedida dos empregados (doc. nº 25). A este respeito as impetrantes juntam manifestações de jornais e do sindicato interessado (docs. 26 a 32).

5. É de grande relevância salientar que o ato impugnado efetivou-se sem que as impetrantes fossem

antes intimadas de alguma presunção irregularidade e sem processo algum em que lhes fosse dada defesa e sequer o conhecimento do que se lhes estaria inculcando.

6. Registre-se, por fim, que a providência gravosa foi suscitada por episódio ao qual são inteiramente estranhas, isto é, por acidente ocorrido em outra pedreira (Pedreira Santa Tereza Ltda.) e que resultara do descumprimento de normas de segurança, conforme o apurado em processo administrativo promovido pelos próprios órgãos do Exército (doc. 33)».

Em seguida à exposição dos fatos, as impetrantes discorrem demoradamente sobre a disciplina legal da atividade minerária — lê fl. 6, e prosseguem expondo fluentemente o Direito, com vistas a convencer de que o ato impugnado padece da mais completa e ostensiva ilegalidade, pelas seguintes razões, em resumo — fl. 8.

a) Por haver desconsiderado o direito de defesa;

b) Por fundar-se em motivos equivocados, e

c) Por incompetência do Exmo. Sr. Ministro do Exército.

Concluem pedindo «deferimento da segurança, a fim de anular-se o ato que lhes determina cassação dos «Certificados de Registro», garantindo-se-lhes a continuidade de suas atividades empresariais.»

Deferida a liminar, por despacho do Exmo. Sr. Ministro-Presidente do Tribunal e, solicitadas as informações do estilo, vieram as que decorrem de fl. 93 usque 117, instruídas com o documentário juntado de fls. 118 e 239.

Pelas informações, as providências que culminaram com a ordem de interdição da Pedreira Santa Tereza Ltda., e com o cancelamento dos Certificados de Registro das impetrantes, tiveram o objetivo de

acautelar a tranqüillidade e segurança pública, e foram adotadas em expediente impulsionado pelo Exmo. Sr. General Vice-Chefe do Departamento Geral do Material Bélico, no qual a Consultoria Jurídica do Ministério do Exército reexaminou a questão concernente à tranqüillidade e segurança pública, vindo de proferir o Parecer nº 013, de 30 de abril de 81, em que se lê:

«7. Claro está, pois, que a Pedreira Santa Tereza Ltda., não atendeu às exigências legais e regulamentares pertinentes, cometendo infrações cuja periculosidade, como visto, é altamente lesiva à segurança da população e que denota a ausência de idoneidade técnica. Isso, somado ao fato de que a prefeitura Municipal local não dispõe de pessoal habilitado para efetuar a fiscalização a que se refere o art. 85 do R-105, e não tendo a referida firma condições de funcionamento, eis que se encontra localizada em zona urbana, sem raio mínimo de segurança, imperiosa se torna, a nosso ver, a sua interdição em caráter permanente, com o cancelamento do respectivo certificado de Registro, com fulcro nos arts. 289, letra b e 21, alínea c, do mesmo Regulamento, ou a cassação deste na forma contemplada no art. 290, § 2º, do mesmo diploma legal invocado.

8. Cumpre ressaltar, todavia, que a paralisação das atividades, no caso, decorre de culpa da própria firma infratora, o que exclui qualquer responsabilidade por parte do poder público, sem perder de vista, porém, o preceituado no art. 486 da Consolidação das Leis do Trabalho.

9. No tocante às pedreiras Ribeiro, Horto e Gualuba que, como a anterior, «apresentam risco permanente à integridade da população de suas circunvizinhanças»

pelas mesmas razões assinaladas na segunda parte do item 7 supra, estão expostas a supressão de seus Certificados de Registro, com base no art. 21, alínea c do R-105, com a faculdade de se transferirem para local compatível com suas atividades.

10. Quanto ao despacho sobre o qual foi solicitada a apreciação desta Consultoria Jurídica, comporta o mesmo em indispensável reparo, ante o estatuído no art. 39 do R-105, eis que o cancelamento do Certificado de Registro é atribuição da autoridade militar que o concedeu. E no que concerne ao disposto no art. 10, letra D do referido Regulamento, torna-se dispensável por não manter qualquer vínculo com o assunto em debate.

11. Outrossim, nada impede que o Sr. Ministro do Exército determine à autoridade que outorgou o Certificado de Registro, haja por bem de torná-lo sem efeito. (doc. nº 7).»

A vista das razões desse parecer, a autoridade impetrada exarou o despacho transcrito na fl. 97, — lê, que, em realidade, é o próprio ato impugnado.

Prosseguindo, impugna a alegação de preterição do direito de defesa, invocando a documentação apresentada — item 36 — lê.

Sustenta a juridicidade dos motivos do ato impugnado que foi baixado nos termos do Regulamento SFIDT, após metucioso exame do assunto pelos órgãos especializados competentes: — enfatiza sobre a circunstância confessada pela Prefeitura de São Vicente, de não dispor de pessoal especializado de emprego da pólvora e explosivos nas ocasiões de «dar fogo», com vistas ao cumprimento do disposto no § 2º, do art. 85 — do R-105; — cita casos de acidentes com mortes decorrentes do irregular funcionamento das impetran-

tes, por sinal anotados nos termos da Fiscalização das impetrantes — «Pedreiras Guaiúba» e Horto — fl. 104 — itens 23 e 24; — garante que, face à situação existente, não lhe cabia tomar outra atitude senão a documentada no ato impugnado que foi baixado com base na legislação específica do âmbito do Ministério do Exército e não se atrita com a legislação afeta à órbita do Ministério das Minas e Energia, o que explica a competência do impetrado para baixá-lo.

E conclui pedindo a denegação da segurança, invocando também os argumentos de iliquidez e incerteza da impetração.

A douta Subprocuradoria-Geral da República, ouvida, opinou pela denegação da segurança.

E o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Moacir Catunda: As Forças Armadas são essenciais à política de segurança nacional, — Constituição, art. 91, — isto é, «tudo aquilo que contribui para dar à Nação a tranqüillidade de quem está livre e segura de perigo. Com efeito, a segurança é condição do que está seguro. E, seguro, o que está livre de perigos ou de receios (ex. Aurélio Buarque de Holanda Ferreira — Pequeno Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa — pág. 1.197/8)», — observa Manoel Gonçalves Ferreira Filho — Comentários a Constituição Brasileira — vol. 2 — pag. 38, — que assim discorre, na mesma página:

«Desse entendimento não discrepa a Escola Superior de Guerra. Esta, cuja influência sobre a Revolução e, conseqüentemente, sobre a Constituição de 1967, não deve ser menosprezada, conceitua segurança nacional como «o grau relativo de garantia que, através de ações

políticas, econômicas, psicossociais e militares, o Estado proporciona, em determinada época, à nação que jurisdiciona, para a consecução ou manutenção dos Objetivos Nacionais, a despeito de antaonismos ou pressões, existentes ou potenciais» (cf. Cel. Germano Seidl Vidal e outros. A Segurança Nacional, pág. 20 cf. também Gal. Eduardo Domingues de Oliveira, «Segurança Nacional — Conceitos Fundamentais», in Revista Brasileira de Estudos Políticos, vol. 21, pág. 79).

Assim, tudo aquilo que contribui para que a nação goze da «sensação de tranqüilidade resultante da convicção de que não há perigo a temer» (Cel. Vidal, op. cit., pág. 4), estaria abrangido pela segurança nacional e, conseqüentemente, poderia ser regulado por decreto-lei.

Essa não é, porém, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Este, no Recurso Extraordinário nº 62.731 (DOU de 28-6-1968, pág. 2.460), afirma pela voz do Min. Aliomar Baleeiro que «o conceito de «segurança nacional» não é indefinido e vago, nem aberto ao discricionarismo do Presidente ou do Congresso. «Segurança Nacional» envolve toda matéria pertinente à defesa da integridade do território, independência, sobrevivência e paz do país, suas instituições e valores materiais ou morais contra ameaças externas e internas, sejam elas atuais e imediatas ou ainda em estado potencial, próximo ou remoto.»

Hely Lopes Meirelles, um emérito conhecedor do assunto, leciona que:

«Segurança Nacional, no conceito legal atual, «é o estado de garantia proporcionado à Nação, para a consecução dos seus objetivos nacionais, dentro da ordem jurídica vigente» (Lei 6.620-78, art. 2º). No nosso conceito, mais

explícito e abrangente, segurança nacional é a situação de garantia individual, social e institucional que o Estado assegura a toda a Nação, para a perene tranqüilidade de seu povo, pleno exercício dos direitos e realização dos objetivos nacionais, dentro da ordem jurídica vigente. É a permanente e total garantia de seu povo, de seu regime político e de suas instituições.»

(Direito Administrativo Brasileiro, 8ª edição, — pág. 720.

O Decreto nº 55.649, de 26 de janeiro de 1965, que dá nova redação ao Regulamento aprovado pelo Decreto 1.246, de 11-12-1936, que disciplina o «Serviço de Fiscalização da Importação, Depósito e Tráfego de Produtos Controlados pelo Ministério da Guerra (SFIDT), no art. 3º, subordinado ao título I, sobre Objetivos, Fundamentos e Diretrizes da Fiscalização, adverte que a «Constituição Federal, no inciso VI do art. 5º, dá incumbências à União para autorizar a produção e fiscalizar o comércio de material bélico, incumbências que, pelo Decreto nº 24.602, de 1934, cabem ao Ministério da Guerra.

Elucida a digna autoridade imitada, nas informações, verbis:

«33. Não se perca de vista, a esse propósito, que o Decreto nº 24.602, de 6-7-1934, a cujas diretrizes o Decreto nº 55.649-65, apenas deu cumprimento, tem força de lei, aprovando que foi pelo artigo 18 das Disposições Transitórias da Constituição de 16 de julho de 1934.

Assim, fica sem consistência o argumento das impetrantes quando procuram fazer crer que o Decreto nº 55.649-65 não pode conferir atribuições para o que inadequadamente chamam de «poderes para fora da missão constitucional do Exército».

O Decreto nº 24.602, de 6 de julho de 1934, com força de lei, portanto, contém disposições inequívocas a respeito, apenas melhor explicitadas no Decreto nº 55.649-65.»

Por oportuno, observo que a Constituição da República, na redação da Emenda nº 1-1969, e subsequentes, no art. 8º, inciso VII, repetindo as anteriores, diz competir à União — autorizar e fiscalizar a produção e o comércio de material bélico.

E o Decreto-Lei 200/67, no título das Forças Armadas, — art. 45, — e seguintes, não contém preceito algum contraditante com o Decreto, com força de lei, de nº 24.602, de 1934, que incumbia ao então Ministério da Guerra, hoje Ministério do Exército, fiscalizar o comércio de material bélico, daí se seguindo pela conclusão de que o Regulamento do SFIDT tem suporte em diploma legal vigente, e eficaz.

Reza o art. 289, do regulamento do SFIDT, que o Ministério da Guerra poderá determinar a interdição de firmas e empresa devidamente registrada de acordo com este regulamento, quando:

a) omissis:

b) cometer infração cuja periculosidade seja altamente lesiva à segurança da população ou das construções circunvizinhas», sendo que, consoante o art. 28, «c», constitui atribuição privativa do Ministro da Guerra decidir sobre o cancelamento dos registros concedidos quando não atenderem às exigências legais e regulamentares, ou face ao estabelecido no capítulo penalidade deste Regulamento.

Atendendo à legislação supra-referida, coligada à orientação doutrinária consubstanciada no conceito abrangente de segurança nacional como situação de garantia individual, social e institucional que o Estado assegura a toda nação, conside-

ro não aceitável o ortodoxo posicionamento das impetrantes, de que a autoridade impetrada, decidindo o caso a teor do ato impugnado, utilizará competência alheia ao Ministério do Exército e, bem assim, que agira com desvio de poder.

E assim me oriento porque a competência do Ministro do Exército emerge claramente do denominado R. 105, e foi utilizada à vista de motivos de fato não equivocados e pelo menos plausíveis e aptos a afastar a pecha de que incidira em objetivo impróprio ao seu fim.

Sucedo, por outro lado, que o Código de Mineração — Decreto-Lei nº 227/67, — no art. 47, item IX, impõe ao titular da lavra a obrigação de promover a segurança e a salubridade das habitações existentes no local, sob as sanções previstas no Capítulo V, entre as quais a caducidade de autorização ou de pesquisa da lavra, cuja aplicação, por sua gravidade, compete ao Ministro das Minas e Energia, aplicar.

Face à legislação citada, compete ao Ministro das Minas e Energia, concorrentemente com o Ministro do Exército, a aplicação de sanções às firmas que tenham infringido preceitos protetores da segurança individual ou coletiva das populações circunvizinhas das minas, só que cada qual na sua área de atuação. As duas legislações, ao invés de propiciarem conflitos de atribuições, se harmonizam, visto que ambas, no propósito, têm por escopo a segurança das populações.

O interesse individual da empresa atingida é superado pelo interesse público prevalecente, instrumentado no ato impugnado que foi emitido com base no ordenamento jurídico existente, específico à área do Ministério do Exército, e que convive com as prescrições afins, com destinação à órbita de atuação do Ministério das Minas e Energia.

Por estes motivos, reputo não relevantes as alegações de nulidade do ato, deduzidas aos fundamentos de incompetência da autoridade Ministerial impetrada, e de que se fundara em motivos errados.

No atinente, porém, à alegação de infringência ao direito de defesa, assiste algum direito às impetrantes, porque as pequenas irregularidades constatadas pelos termos de fiscalização feita pelo Comando da Artilharia Divisionária, em 11 de abril e 27 de março, tudo de 1980, — fls. 196 e 197, — vindo aos autos com as informações, certamente foram sanadas, propiciando a expedição, em datas posteriores, dos Certificados de Registro de que se acham munidas, e que vinha usando no exercício de suas atividades minerárias.

Alegam as impetrantes, com efeito, que tanto a expedição do «Certificado», como sua revalidação, pressupõem rigoroso exame e vistoria local, nos termos dos arts. 80, 81, 82 e 84, «implicando ainda constante fiscalização — arts. 23 c; 23 d e 27 e do denominado R-105, — e porque todas elas dispunham das licenças de uso de explosivo em Pedreira, expedida pelo Departamento de Ordem Política e Social, da Secretaria de Segurança do Estado, em 16 de janeiro, 12 de maio e 26 de março, tudo de 1981, — doc. 19, 20 e 21 — fls. 59, 60 e 61, — respectivamente, bem como dos «Certificados de Registro» no SFIDT, válidos por 3 anos, emitidos em 18 de fevereiro de 1981; 28 de fevereiro de 1980, e 21 de fevereiro de 1981, — doc. n.º 22, 23 e 24, — fls. 62, 63 e 64, — respectivamente, — parece inexistir dúvida de que o ato de interdição e cancelamento, publicado no D.O. de 28-5-81, — doc. 4, — fl. 26, — foi praticado com sacrifício do direito de defesa assegurado nos arts. 279 § 4.º c e 280, § 3.º, do R-105, verbis:

«em qualquer dos casos do presente parágrafo, deverá iniciar, com a notificação ou auto de infração, o competente processo regular administrativo, aguardando o prazo de 30 (trinta) dias para que o infrator apresente a sua defesa escrita, se o desejar. Findo este prazo, o processo será remetido à autoridade militar superior competente para decisão, quanto à aplicação da penalidade.»

«O notificado, autuado ou indiciado em sindicância, poderá apresentar defesa escrita, com firma reconhecida, à autoridade militar competente.»

Cumpra observar, por outro lado, que o processo não fornece nenhuma prova de que, após a expedição dos certificados, válidos por 3 anos, novas fiscalizações tivessem sido feitas, constatando-se irregularidades, e que os prazos para defesa e recurso lhe tivessem sido lançados, daí a conclusão inarredável da procedência da alegação de cerceamento total do direito de defesa, que acolho para, invalidando o ato impugnado, conceder a segurança, convalidando a liminar.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Madeira: Sr. Presidente, daria pelo primeiro fundamento apreciado também pelo eminente Sr. Ministro-Relator, porque o Ministro do Exército é competente para fiscalizar o comércio de material bélico. Diz a lei que se estende, também, ao comércio de material explosivo, mas não à sua utilização comercial, a menos que se configure desvio desse material para atentados à segurança nacional. Mas a utilização regular desse material não é da competência do Exército.

Deste modo, acompanho o Sr. Ministro-Relator.

EXTRATO DA MINUTA

MS 93.183 — DF — Rel.: Min. Moacir Catunda. Reqtes.: Pedreira Gualuba Ltda. e outros. Reqdo.: Exmo. Sr. Min. de Estado do Exército.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, concedeu o mandado de segurança para cancelar o ato impugnado por cerceamento de defesa, sendo que os Srs. Mins. Carlos Madeira e Américo Luz concediam-no, também, por outro fundamento. (Em 8-10-81 — Pleno). — Sustentaram oralmente os Drs. Celso Antônio Bandeira de Melo e Geraldo Andrade Fonteles, Subprocurador-Geral da República.

Votaram com o Relator os Srs. Mins. Peçanha Martins, José Dantas, Lauro Leitão, Carlos Madeira, Gueiros Leite, Washington Bolivar, Torreão Braz, Carlos Mário Velloso, Justino Ribeiro, William Patterson, Adhemar Raymundo, Pereira de Paiva, Sebastião Reis, Miguel Jerônimo Ferrante, José Cândido, Pedro Acioli, Américo Luz, Antônio de Pádua Ribeiro, Flaquer Scartezzini e Armando Rollemberg. Não participaram do julgamento os Srs. Mins. Wilson Gonçalves, Otto Rocha e Romildo Bueno de Souza. Impedido o Sr. Min. Jarbas Nobre, presidente. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Aldir G. Passarinho, Vice-Presidente.

REMESSA EX OFFICIO Nº 95.157 — PB

Relator: O Sr. Ministro José Pereira de Paiva

Rementente **Ex Officio**: Juízo Federal na Paraíba

Partes: Jonas Alves da Silva — Institutos Paraibanos de Educação — IPE

EMENTA

Administrativo. Ensino superior. Estudante. Matrícula.

Com o pagamento da matrícula, a simples falta da assinatura do livro respectivo não deve constituir obstáculo à formalização do ato.

Sentença confirmada.

ACÓRDÃO

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

Decide a Primeira Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, 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, 12 de março de 1982 (data do julgamento). — Ministro Otto Rocha, Presidente — Ministro José Pereira de Paiva, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Pereira de Paiva: Jonas Alves da Silva impetrou Mandado de Segurança contra ato do Sr. Diretor do Curso de Pedagogia dos Institutos Paraibanos de Educação — IPE, alegando que, co-

mo aluno do referido curso, com frequência aos dois últimos períodos letivos e curso de férias, ao renovar matrícula para o segundo semestre de 1981, após o pagamento do carnê, foi obstado de assitir as aulas, sob o fundamento de que deixara de preencher o requerimento e de assinar o livro de matrícula.

Concedida a liminar, e solicitadas as informações, não foram prestadas pela autoridade apontada como coatora (fls. 10).

O Ministério Público Federal opinou pela concessão da segurança (fls. 10).

O MM. Juiz Federal, Dr. Francisco Xavier Pinheiro, entendendo que o impetrante tem direito líquido e certo à confirmação da matrícula, concedeu a medida (fls. 12-3).

Sem recurso das partes, subiram os autos a este E. Tribunal, por força do duplo grau de jurisdição (fls. 14v.).

A douta Subprocuradoria-Geral da República opinou pela manutenção da r. sentença recorrida (fls. 17-8).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Pereira de Paiva (Relator): Trata-se de remessa de ofício, face ao duplo grau de jurisdição, proclamado no final da sentença de fls. 13.

Presume-se, desta forma, que as partes desta segurança se conformaram com o respeitável decisório do primeiro grau.

A sentença em apreço está assim fundamentada:

Lê fls. 12.

Vê-se que, de fato, o impetrante ostenta direito líquido e certo, pois não se concebe que, paga a matrícula e, de posse do carnê, fique o requerente obstado de frequentar as aulas.

Face ao exposto, conheço da remessa de ofício, mas mantenho a sentença, ora em revisão.

É o meu voto

EXTRATO DA MINUTA

Remessa **Ex Officio** nº 95.157 — PB. Relator: O Sr. Ministro José Pereira de Paiva. Remetente **Ex Officio**: Juízo Federal na Paraíba. Parte A: Jonas Alves da Silva. Parte R.: Institutos Paraibanos de Educação — IPE.

Decisão: A Turma, por unanimidade, confirmou a sentença (julgado em 12-3-82 — 1ª Turma).

Os Srs. Ministros Otto Rocha e Sebastião Reis votaram de acordo com o Relator. Não compareceu, por motivo justificado, o Sr. Ministro Lauro Leitão. Compareceu, para compor o quorum regimental, o Sr. Ministro Sebastião Reis. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Otto Rocha.

HABEAS CORPUS Nº 4.905 — SP

Relator: O Sr. Ministro Washington Bolívar de Brito

Impetrante: José Pereira Antelo

Aut. Coat.: Juízo Federal da 2ª Vara

Paciente: Liu Chia Ming

EMENTA

Penal e processual penal. Descaminho ou delito equiparado. Extinção da punibilidade pelo pagamento ou depósito do tributo e multas. Início da ação pe-

nal. Pretensão de pagamento do tributo antes da citação. Habeas corpus denegado.

1) A extinção da punibilidade não é «matéria de defesa», como afirma a impetração, mas de ordem pública, tanto que é dever do juiz declará-la de ofício, seja qual for a sua causa (CPP, art. 61)

2) Inexiste cerceamento de defesa no indeferimento de pretensão de pagamento ou depósito do tributo e multas «antes da citação», por interposição extensiva do processo civil, para os fins de extinção de punibilidade de delito de descaminho ou equiparado, previstos no Decreto-Lei n.º 157/67 (art. 18, § 2.º), porquanto o início da ação penal se dá com o simples oferecimento da denúncia, como se depreende do disposto no art. 104 do Código Penal e no art. 25 do Código de Processo Penal.

3) Embora se tenha admitido o pagamento do tributo, mesmo após o oferecimento da denúncia, se a impossibilidade de fazê-lo antes se deve a obstáculos criados pela Administração ou pelo Juízo (Carta Testemunhável n.º 251-RJ, TFR, 1.ª Turma), esta não é a hipótese dos autos, nem o fundamento do pedido.

4) Habeas corpus denegado.

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 pedido, 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 1981. (Data do julgamento) — Ministro Peçanha Martins, Presidente — Ministro Washington Bolívar de Brito, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Washington Bolívar de Brito: O ilustre advogado José Pereira Antelo impetra a presente ordem de habeas corpus em favor de

Liu Chia Ming, denunciado perante o MM. Juiz Federal da 2ª Vara da Seção Judiciária de São Paulo, como incurso nas sanções do art. 334, § 1.º, alínea c, do Código Penal.

Alega que tem direito de pagar os impostos devidos para extinguir a punibilidade, com base no Decreto-Lei n.º 157/67, ainda que já denunciado, mas desde que o faça antes da citação, ato que, efetivamente, dá início à ação penal, a exemplo do que ocorre no processo civil, numa interpretação extensiva e aplicação analógica, admitidos no processo penal (CPP, art. 3.º).

Entende que a extinção de punibilidade é matéria de defesa e, como tal, não pode ser negada por interpretação pretoriana, no caso, a Súmula 560, cuja inconstitucionalidade, em face do disposto no art. 153, § 15,

da Constituição Federal, aponta. A interpretação jurisprudencial que ensejou a Súmula nº 560, do Eg. Supremo Tribunal Federal, originada pela dúvida quanto à expressão contida no Dec.-Lei 157/67, que admite a extinção da punibilidade, desde que pagos os impostos antes de iniciada «a ação fiscal,» longe de conceder aos acusados os direitos constitucionais que têm, em verdade os limitou.

Assim, negando-se o Juiz a consentir no pagamento desses tributos e a decretar a extinção da punibilidade, exerce coação ilegal, sanável pelo *habeas corpus* impetrado (fls. 2/5).

Juntou documentos — fotocópias extraídas dos autos — relatório policial, despacho que recebeu a denúncia, requerimento endereçado ao Juiz e pronunciamento do MPF (fls. 6/13).

Em suas informações, esclareceu o MM. Juiz Federal da 2ª Vara que o paciente, de fato, fora denunciado como incurso no art. 334, § 1º, letra c, do Código Penal e que a denúncia de 21-8-80, fora recebida em 4-9-80. Por petição datada de 17-10-80, o paciente requereu o cálculo dos tributos devidos, visando à extinção da punibilidade, manifestando-se, contrariamente, o Ministério Público Federal.

Entendendo que essa manifestação era extemporânea, porquanto já iniciada a ação penal com o recebimento da denúncia, não mais cabia a extinção da punibilidade pelo pagamento dos tributos, motivo pelo qual determinara o seguimento do feito, informando que o réu fora citado e já designada se encontra a data para o seu interrogatório — o dia 18 de março de 1981 (fls. 17/18). Anexou cópia da denúncia, do despacho que a recebeu e do requerimento do réu.

A ilustrada Subprocuradoria-Geral da República, em parecer firmado pelo Dr. Hélio Pinheiro da Silva (fls.

25/27), analisa a falta de cabimento do pedido que busca inovar o assente pela doutrina e jurisprudência quanto ao início da ação penal, no processo comum, pelo recebimento da denúncia e, nos de rito sumário, pelo auto de prisão em flagrante ou mediante portaria expedida pelas autoridades de que trata o art. 531 do CPP. Pretende o impetrante que a ação penal, por analogia com o processo civil, somente se inicia com a citação válida.

Por outro lado, nenhuma ofensa ao princípio da igualdade de todos perante a lei, no conceder-se ao indiciado, antes do recebimento da denúncia, a oportunidade de ver extinta a punibilidade, pelo pagamento dos tributos, pois tal princípio é de ordem geral e alcança a todos os que forem indiciados por infração ao disposto no art. 334, do Código Penal.

O situar-se antes do recebimento da denúncia o momento em que os tributos devem ser pagos, «não interfere com o direito de ampla defesa a ser exercido no curso da ação, de nenhuma inconstitucionalidade ressentindo-se a Súmula 560 do Pretório Excelso, tal como pretende o ilustre impetrante.»

Assim, tardia a pretensão manifestada de pagar os tributos devidos, legítimo o indeferimento, opina pela denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Washington Bolívar de Brito (Relator):

Até aqui ainda não vira quem alegasse, como defesa, a inconstitucionalidade da Súmula 560 do Eg. Supremo Tribunal Federal. Ao contrário, apegam-se todos os réus à sua constitucionalidade e plena eficácia.

Neste Tribunal decidiu-se que, mesmo após a edição do Decreto-Lei

nº 1.650, de 19-12-78, cuja inconstitucionalidade — esta sim, proclamamos (H.C. nº 4.648, Pleno, em 15-5-80) — válido e eficaz o enunciado da Súmula nº 560. Tal enunciado, ao fundamentar-se no art. 18, § 2º, do Decreto-Lei nº 157/67, e tendo, ainda, como referência legislativa, a Lei nº 4.729/65, arts. 1º, 2º e 5º, bem interpretou essa legislação, beneficiando um sem-número de pessoas.

Com efeito, diz o § 2º, do art.18, acima citado:

«Art. 18

§ 1º

§ 2º — Extingue-se a punibilidade quando a imputação penal, de natureza diversa da Lei nº 4.729, de 14 de julho de 1965, decorra de ter «o agente elidido o pagamento do tributo, desde que ainda não tenha sido iniciada a ação penal, se o montante do tributo e multas for pago ou depositado na forma deste artigo.»

A dúvida que poderia existir é se a Ação Penal se inicia com o simples oferecimento da denúncia ou somente após o seu recebimento pelo juiz competente. Nenhuma dessas hipóteses, porém, beneficia a tese do impetrante que se atém à citação válida, como no direito processual civil, para o início da ação. O paralelo, todavia, não guarda similitude, pois a Ação Penal pode ser iniciada por denúncia do Ministério Público, por queixa do ofendido ou seus representantes legais ou mesmo por procedimento *ex officio*, como no caso das contravenções — quando se inicia com o auto de prisão em flagrante ou mediante Portaria expedida pela autoridade judiciária ou policial (CPP art. 26) e nos delitos previstos no art. 129, § 6º, do Código Penal (Lei nº 4.611, de 2-4-65), por exemplo.

Outros exemplos podem ser citados para demonstrar que as situações não guardam paralelismo. De

lembrar-se, entre eles que, enquanto no cível a citação válida interrompe a prescrição, no processo penal é o recebimento da denúncia uma das causas interruptivas, entre as quais nem figura a citação (CP, art. 117 e seus incisos).

Ao que parece, confunde o impetrante o início da ação penal com a instauração da relação processual. Lembra Fernando da Costa Tourinho Filho:

«Não se deve confundir início da ação penal com o seu ajuizamento e muito menos com a instauração da relação processual. Aquele se dá com a oferta da peça acusatória: o ajuizamento, com o recebimento da peça vestibular, que é a denúncia e, finalmente, a relação processual se perfaz, triangularmente, com a citação do réu.» («Processo Penal,» 1º vol., 5ª ed., pág 378).

Quem ler o art. 104 do Código Penal e o art. 25 do Código de Processo Penal para logo se certificar de que a ação penal se inicia com o simples oferecimento da denúncia.

Desfaz-se, assim, o primeiro equívoco da impetração, pois não tem direito de pagar os impostos, para extinguir a punibilidade, senão nos termos da lei permissiva, isto é, «desde que ainda não tenha sido iniciada ação penal,» conforme a redação do texto citado no começo deste voto.

Temos decidido que «é possível o pagamento do tributo devido, para os fins previstos na Súmula nº 560, do Supremo Tribunal Federal, mesmo após o oferecimento da denúncia, se os obstáculos criados ao acusado se mostraram intransponíveis para fazê-lo antes, por mora da Administração ou do próprio Juízo» (Carta Testemunhável nº 251-RJ, em 9-11-79, 1ª Turma), como reza parte da ementa do Acórdão em que figura como Relator.

Esta, todavia, não é a hipótese dos autos.

Assim como não se pode confundir o direito de ação (Código Penal), com o exercício desse direito (Código de Processo Penal), não se há de confundir o direito de defesa (Constituição), com o exercício desse direito (Processo Penal).

Ao contrário do afirmado pelo impetrante, a extinção de punibilidade não é «matéria de defesa.» É matéria de ordem pública, tanto que é dever do juiz declará-la de ofício (CPP, art. 61), seja qual for a sua causa.

Por essas considerações, acertada andou a autoridade judiciária inquirida de coatora determinando o se-

guimento da Ação Penal, marcando data para o interrogatório do acusado.

Denego a ordem.

EXTRATO DA MINUTA

HC 4.905-SP — Rel.: Min. Washington Bolívar de Brito. Impte.: José Pereira Antelo. Aut. Coat.: Juízo Federal da 2ª Vara. Pacte.: Liu Chia Ming.

Decisão: Por unanimidade, negou-se provimento ao pedido de **habeas corpus**. (Em, 27-2-81 — 1ª Turma).

Os Srs. Ministros Otto Rocha e Pereira de Paiva votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro **Peçanha Martins**.

HABEAS CORPUS Nº 4.982 — DF

Relator: O Sr. Ministro William Patterson

Impetrante: Nilson Bernardes Curado

Aut. Coatora: Juízo Federal da 3ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal

Paciente: Geraldo Claro da Silva

EMENTA

«Penal. Habeas corpus. Inquérito policial. Trancamento. Possibilidade.

Se o Juiz que ordenou a abertura do inquérito esclarece que sua deliberação foi mal interpretada, porquanto não identificou o paciente como responsável pelo possível ilícito penal a ser apurado, é forçoso reconhecer que a hipótese reveste-se de excepcionalidade que autoriza o seu trancamento.

Habeas Corpus concedido.»

ACÓRDÃO

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

Decide a 2ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por maioria, vencido o Sr. Ministro José Cândido, conceder o **Habeas Corpus**, 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, 5 de maio de 1981 (data do julgamento) — Ministro Aldir G. Passarinho, Presidente — Ministro William Patterson, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro William Patterson: O advogado Nilson Bernardes Cura do impetra ordem de *habeas corpus* em favor de Geraldo Claro da Silva, objetivando trancar o inquérito policial onde está sendo indiciado, por determinação do MM. Juiz Federal da 3ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal.

Alega que não praticou qualquer ilícito penal, a título de dolo ou culpa, de sorte que a medida importa em constrangimento ilegal, merecendo, destarte, ser obstada com a concessão da ordem. Afirma que sua situação funcional sempre foi ditada, nas diversas etapas do exercício de sua carreira, por expressos atos da autoridade pública, não sendo legítimo que, da reclamação trabalhista ajuizada para reparações de seus direitos possa resultar ação penal, ao fundamento da existência de crime contra o patrimônio público.

Concedi a liminar (fls. 45/45-v), determinando a sustação de atos ou diligências pertinentes ao referido inquérito.

Requisitadas, vieram as informações de praxe (fls. 47 e 51/52).

Neste Tribunal, a douta Subprocuradoria-Geral da República opinou pela denegação da ordem (fls. 71/73).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro William Patterson: Geraldo Claro da Silva apresentou reclamatória trabalhista contra a CODEVASF, onde pleiteava indenização e outras parcelas decorrentes da rescisão do seu contrato de trabalho. O eminente titular da 3ª Vara Federal — DF, Dr. Jesus Costa Lima, ao sentenciar, julgou improcedente a reclamação, acrescentando no dispositivo do *decisum*:

«No uso de minhas atribuições legais, ao deparar-me com documentos, nos autos, que mostram a prática de atos lesivos ao patrimônio público, ordeno que se extraiam cópias das fls. 11, 12, 13, 14, 15, 16, 19, 21, 22, 23, 34, 35, 36 e, após autenticadas, sejam encaminhadas ao Departamento de Polícia Federal, a fim de que instaure inquérito para apurar a responsabilidade criminal pela prática de atos lesivos ao patrimônio público. É de esperar-se que, por força do que escreveu a reclamada. (fls. 60/7), e dos documentos que se acham em poder da suplicada, e face ao que estabelecem os artigos 196/200 e 217 da Lei nº 1.711, de 28-10-52, promova a apuração administrativa dos atos ilegais praticados».

A providência em destaque só poderia resultar da convicção de ter havido acumulação ilegal de função pública, com prejuízo para o erário, porquanto entendeu o digno Magistrado que o servidor requisitado não pode celebrar contrato de trabalho com ente da Administração Pública Indireta. No processo trabalhista, o reclamante alegava o seguinte:

«a) era funcionário público à disposição da SUVALE, com quem mantinha contrato de trabalho;

b) com o advento da Lei nº 6.088, de 16-7-74, o pessoal da SUVALE foi aproveitado na CODEVASF;

c) o reclamante, submetido às pressões, optou pelo Quadro da CODEVASF;

d) a 31-7-75, pediu exoneração do cargo público, sendo aproveitado, na CODEVASF, a partir de 1-8-75, assinando contrato de trabalho cuja cláusula nona assegura-lhe direitos não reconhecidos e pagos pela reclamada;

e) teve contados 6.785 dias de serviço público, com anotação na CTPS;

f) a 5-8-75, foi designado gerente do Departamento de Auditoria da CODEVASF, respondendo pela Auditoria da SUVALE;

g) em janeiro deste ano (1980), recebia o salário de Cr\$ 59.508,00 e a gratificação de Cr\$ 8.832,00;

h) foi dispensado a 27-2-80;

i) no exercício de suas funções, viajava, recebendo diárias que excediam a 50% e, embora integrem o salário, não foram incluídas quando da rescisão;

j) ao optar pela CODEVASF «trouxe direitos» pessoais, adquiridos em decorrência do vínculo estatutário, a ele assegurados por força do art. 153, § 2º da Carta Magna e 468 da CLT, alusivos à percepção de quinquênios e absorção», o que não foi computado no cálculo rescisório».

Consta destes autos toda documentação que conduziu o aproveitamento do servidor na CODEVASF, desde a sua requisição pela SUVALE, pedida à Secretaria da Receita Federal (fls. 25) e formalmente deferida (fls. 26), até a dispensa daquela Companhia sendo certo, também, que a exoneração dos quadros do Ministério da Fazenda, bem assim as designações para o exercício de encargos de assessoramento foram objeto de atos próprios, expedidos pelas autoridades competentes.

Sem embargo do entendimento expresso na r. sentença, sobre ter ocorrido acumulação ilegal, não me parece que os fatos comportem figura penal. Como se sabe, a acumulação ilegítima constitui ilícito administrativo, apurável em processo específico, de forma a caracterizar a ação do funcionário, no que respeita à boa ou má-fé, para os fins a que alude o art. 193, do Estatuto, assim redigido:

«Art. 193. Verificada em processo administrativo acumulação proibida e provada a boa-fé, o funcionário optará por um dos cargos.

Parágrafo único. Provada a má-fé, perderá também o cargo que exercia há mais tempo e restituirá o que tiver percebido indevidamente».

Ainda que se admita inequívoca a acumulação não permitida, esta poderia ter repercussão na negativa das reparações cogitadas. Para que se incursionasse no campo da responsabilidade, primeiramente seria necessário o processo administrativo, de forma a conhecer o grau de participação consciente no ilícito, de cujos resultados decorreriam as providências indicadas no preceito básico.

A responsabilidade criminal mandada apurar no v. decisório não significa que se atribua, de pronto, ao servidor, mesmo porque a acumulação está à margem do elenco dos crimes contra a Administração Pública. Houve equívoco na interpretação da ordem judicial. Aliás, a circunstância vem anotada nas informações do Dr. Jesus Costa Lima, verbis:

«Confirmo todos os termos do telex nº 76/81, transmitido no dia 7 deste mês.

O procedimento criminal em que é apontado como indiciado Geraldo Claro da Silva foi distribuído ao Dr. Jacy Garcia Vieira — doc. junto.

Apesar disso, tomei a iniciativa de transmitir ao Dr. Jacy Garcia Vieira e ao Superintendente do D.P.F. os termos do telex de V. Exas., de modo a que sustassem quaisquer atos ou diligências.

O processo trabalhista, de outra parte, foi enviado ao egrégio Tribunal Federal de Recursos no dia 28 de março p. findo.

Não ordenei que se instaurasse inquérito contra Geraldo Claro da Silva, mas que se apurassem fatos e, se crime houvesse, lesado o pa-

trimônio público federal, se apon-tassem os culpados, inclusive o en-tão superintendente da SUVALE — sentença junta.

O inquérito, lamentavelmente, foi instaurado contra a parte mais fraca. O meu objetivo era que se apurassem fatos criminosos, pouco importando se superintendente ou diretor de órgão público.

Em suma, não mandei instaurar inquérito policial contra o paciente do H.C.».

Só isto bastaria para se ter a con-vicção da inoportunidade do procedi-mento atacado. O Juiz não autorizou a instauração do inquérito, nos mol-des como foi feito. Sua determinação tinha a finalidade de apurarem-se possíveis lesões ao patrimônio públi-co, sem identificar o seu ou os seus autores. Demais disso, foi claro em recusar a admissão precipitada de existência do delito. A Portaria de fls. 7, relativa à instauração do in-quérito, ao contrário, é dirigida a Geraldo Claro da Silva, em desarmonia com a intenção manifestada no julgado.

A única dúvida acerca do deferi-mento da pretensão recai na possibi-lidade jurídica de trancamento do in-quérito. A doutrina e a jurisprudên-cia entendem possível, em casos ex-ceptionais. E o que se lê na lição de Heleno Fragoso («Jurisprudência Criminal», vol. 2, pág. 273):

«A instauração de inquérito poli-cial não constitui constrangimento, sendo mera investigação sumária de fato que se apresenta como deli-tuoso.

Por isso mesmo, os tribunais têm recusado HC para trancar in-quérito policial. Há, no entanto, si-tuações excepcionais em que a ins-tauração do inquérito (que traz consigo inconvenientes e constran-gimentos) é de tal forma abusiva e contra a lei que não pode deixar de

merecer a proteção do remédio constitucional.

Já o eminente Min. Orozimbo Nonato, no HC 31.977, assinalava: «Abertura de inquéritos, poli-cial, em linha de princípios, não constitui coação ilegal». Toda-avia, acrescentava, «se o fato que constitui objeto do inquérito e irre-levante às inteiras, é de todo estran-ho à ordem jurídico-penal, a ins-tauração do inquérito, com os ve-xames e incomodidades que susci-ta, com reflexo na liberdade do indivíduo, pode ser impedida por via de Habeas corpus» (RF 149/349)».

E, mais adiante, arremata:

«O TA de São Paulo já concedeu HC num caso em que o inquérito foi mandado instaurar por Juiz, alegando desacato que não houve. HC 57.334, relator Juiz Djalma Lofra-no)».

Nesta Egrégia Corte, os julgamen-tos no RHC. 3.184 — PI, Relator Mi-nistro Moacir Catunda (DJ 22-2-74); RHC 3.478 — GB, Relator Ministro Armando Rollemberg (DJ. 22-4-75) e RHC. 3.088 — Acre, Relator Ministro Peçanha Martins (DJ. 11-11-74) são exemplos de concessão da medida com idêntico objetivo.

No Pretório Excelso, a orientação é no sentido de que, em casos aber-rantes, em que à primeira vista se possa identificar abuso intolerável, o inquérito pode ser trancado por habeas corpus. É o que se extrai da ementa do acórdão pertinente ao RHC 58.143 — SP, Relator Ministro Décio Miranda (julg. em 12-9-80).

O caso destes autos, face às parti-cularidades apresentadas, parece-me estar revestido das condições ex-ceptionais que autorizam o deferi-mento do pedido, pela via eleita.

Ante o exposto, concedo a ordem.

VOTO

O Sr. Ministro José Cândido: Sr. Presidente, em face dessas informações, estou com a tese da Subprocuradoria da República, porque ninguém está a salvo de investigação policial, e nem a investigação policial constitui constrangimento. O Supremo tem decidido inúmeras vezes que a própria identificação criminal não constitui constrangimento. Portanto, Sr. Presidente, data venia do eminente Relator, denego a ordem.

VOTO

O Sr. Ministro Aldir G. Passarinho: Data venia do Sr. Ministro José Cândido Carvalho, embora bem compreendendo a judiciosidade de sua argumentação, prefiro ficar, na hipótese, com o ilustre Ministro-Relator.

Na conformidade do disposto no art. 5º, § 1º, letra d, do Código de Processo Penal, quando houver abertura de inquérito, de ofício, o requerimento da autoridade que o pedir deverá conter a individuação do indiciado, de acordo com os seus sinais característicos e as razões da convicção ou de presunção de ser ele o autor, ou o motivo da impossibilidade de fazê-lo. O MM. Juiz, nas suas informações, deixou expresso que não pedira abertura de inquérito contra o ora paciente, mas sim pedira que fossem feitas as apurações dos fatos que ele tinha como podendo situarem-se no campo do ilícito penal. São várias as decisões no sentido de que, podendo haver crime, em tese, não há de se trancar a ação penal. Crime, em tese, poderia ter havido e o MM. Juiz admitiu essa possibilidade, tanto que pediu abertura de inquérito.

Entretanto, S. Exa. não pediu, expressamente, abertura de inquérito contra o ora paciente e ele figurou nesse inquérito, de logo, como indi-

ciado, tal como se verifica da portaria que o instituiu, como bem assinou o Sr. Ministro-Relator. Sem dúvida que constitui constrangimento grave ver-se uma pessoa submetida a um inquérito policial, como indiciado, sem nenhuma razão para tanto, até agora, como reconheceu o eminente Juiz. Aliás, S. Exa., verificando isso, uma vez que o inquérito se encontrava submetido à sua jurisdição, deveria ter determinado à autoridade policial as providências que se harmonizassem com o seu entendimento, até aquele momento.

O Sr. Ministro-Relator concedeu a segurança para que não figure em tal inquérito o paciente, como indiciado, desde logo. Parece-me que, realmente, ele tem razão porque, a meu ver, tal como colocada a questão pelo MM. Juiz, está o paciente sofrendo coação.

Assim, data venia do Exmo. Sr. Ministro José Cândido Carvalho, que, como eu disse, bem expressou o seu ponto de vista, mas apenas em face dessas razões apontadas, e seguindo mesmo o pensamento do próprio Juiz, prefiro ficar com o Sr. Ministro William Patterson.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

HC 4.982 — DF — Rel.: Sr. Min. William Patterson. Impte.: Nilson Bernardes Curado. Aut. Coatora: Juízo Federal da 3ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal. Pac. te.: Geraldo Claro da Silva.

Decisão: A Turma, por maioria, vencido o Sr. Ministro José Cândido, concedeu o Habeas corpus, nos termos do voto do Relator. (Em 5-5-81 — 2ª Turma). Sustentou oralmente o Dr. Nilson Bernardes Curado.

O Sr. Ministor Aldir G. Passarinho votou com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Aldir G. Passarinho.

RECURSO DE HABEAS CORPUS Nº 5.089 — AM

Relator: O Sr. Ministro José Cândido.

Recte. **Ex Officio**: Juízo Federal no Amazonas

Paciente: Fernando Eloy de Oliveira Leão.

Partes: Justiça Pública e Fernando Eloy de Oliveira Leão

EMENTA

Habeas Corpus. Contrabando ou descaminho. Infracção do art. 70 do Código Brasileiro de Telecomunicações.

Não caracterizadas as hipóteses de contrabando, descaminho, instalação ou utilização de telecomunicações sem observância à lei, não se justifica o inquérito policial instaurado contra importadores estabelecidos em Manaus, e excepcionados pelo Comunicado CACEX 80/35 sobre mercadorias de importação temporariamente suspensa. Matéria de interesse da área fiscal (Dec.-Lei nº 1.455/76).

Habeas Corpus de ofício que se confirma.

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 **ex officio**, para confirmar a sentença, nos termos do voto do Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 26 de fevereiro de 1982 (data do julgamento) — Ministro Evandro Gueiros Lelte, Presidente — Ministro José Cândido, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Cândido (Relator): Trata-se de recurso de ofício interposto pelo Dr. Juiz Federal no Estado do Amazonas, Dr. Ubiray Luiz da Costa Terra, da decisão concessiva de **habeas corpus** em favor de Fernando Eloy de Oliveira Leão,

contra quem o Departamento de Polícia Federal havia instaurado inquérito policial.

A instauração do inquérito decorreu de solicitação do Dentel, em Manaus, que pediu à Polícia Federal a apreensão de todos os equipamentos destinados ao Serviço de Faixa do Cidadão, com potência superior a 60 canais.

Esclareceu o Dentel que:

«Com referência ao Serviço da Faixa do Cidadão, esclarecemos a V.Sa. que estão autorizados, presentemente, 60 canais para a operação, fugindo os equipamentos mencionados dos padrões em vigor.

Tão-logo este Departamento tenha conhecimento de outros equipamentos não registrados, em iguais condições, oficiará a essa Superintendência.

Pelo exposto, solicitamos de V.Sa. se digne determinar providências para a apreensão dos equipamentos acima mencionados (autos, fl. 87).»

A Polícia Federal, em atenção a tal expediente, realizou a apreensão das mercadorias descritas no auto de fls. 6 e 7.

O inquérito estava a tramitar, regularmente, quando o Delegado de Polícia Federal remeteu-o a Juízo, solicitando a concessão do prazo para a conclusão do feito.

Recebendo os autos, o MM. Magistrado a quo decretou de ofício o **habeas corpus**, para o fim de determinar:

«**Habeas Corpus** de ofício. Nulidade do inquérito por descumprimento das normas de apreensão do corpo de delito e instrumentos, configurando desrespeito ao «due process of law.» Trancamento do inquérito por ausência de justa causa, quando a alegada importação fraudulenta é livre para a Zona Franca de Manaus.»

Nesta instância, a douta Subprocuradoria-Geral da República opinou pelo provimento do recurso para que tenha prosseguimento o inquérito, pois o perfeito esclarecimento dos fatos impõe a punição ainda de muitos elementos.

Ê o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Cândido (Relator): A «nota de culpa,» de fl. 8, através da qual a autoridade informa ao acusado o motivo da sua prisão, revela a hipótese do crime do art. 334, § 1º, letra c, do Código Penal, «em virtude de terem sido encontradas em loja de sua propriedade mercadorias de procedência estrangeira, em desacordo com as normas vigentes.»

Mas o MM. Julgador a quo demonstra, com bastante clareza, que não houve crime de contrabando ou descaminho, nem infração do art. 70, do Código Brasileiro de Telecomuni-

cações, uma vez que o Comunicado Cacex 89-35 excepcionou Manaus da proibida importação desses receptores. O ilícito penal só se configura com a instalação ou utilização desses aparelhos na telecomunicação.

Além do mais, como advertiu o ilustre sentenciante, o fato não ultrapassa os limites de «uma apreensão alfandegária, pautada pelo Dec.-Lei nº 1.455 e outros...» (fl. 105).

Tendo-se em conta que os delitos de contrabando ou descaminho não estão caracterizados, nem tão-pouco a infração definida no art. 70, do Código Brasileiro de Comunicações, não há como justificar-se a coação ilegal que vêm sofrendo os acusados. Evidente que essa ordem não põe em resguardo qualquer ilícito fiscal, nem fica excluída a possibilidade de instauração de novo inquérito policial, em face da extensão que a autoridade policial deu ao fato.

Quanto à matéria em julgamento, não se pode deixar de reconhecer o acerto da decisão recorrida.

Isto posto, nego provimento ao recurso. Mantenho a decisão de primeiro grau.

Ê o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

RHC 5.089 — AM — Rel.: Sr. Min. José Cândido. Rcte.: ex officio: Juízo Federal no Amazonas. Pacte.: Fernando Eloy de Oliveira Leão. Partes: Justiça Pública e Fernando Eloy de Oliveira Leão.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso ex officio, para confirmar a sentença, nos termos do voto do Relator. (Em 26-2-82 — 2ª Turma).

Os Srs. Mins. Jesus Costa Lima e Evandro Gueiros Leite, votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Evandro Gueiros Leite.

RECURSO CRIMINAL Nº 534 — SC

Relator: O Sr. Ministro Lauro Leitão

Recorrente: Justiça Pública

Recorrido: Valério Colla

EMENTA

Penal e processual penal. Apropriação indébita. Utilização do produto da cobrança do IPI em fim diverso. Ação penal condicionada à representação da Procuradoria da República.

O Decreto-Lei nº 326/67, em seu artigo 2º, parágrafo único, condiciona o início da ação penal à representação da Procuradoria da República. Não se pode, porém, considerar como atendida essa exigência com simples ofício do Dr. Procurador da República à autoridade policial, requerendo a instauração do competente inquérito.

Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

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

Decide a 3ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por empate na votação, 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, 2 de maio de 1979 (data do julgamento) — Ministro **Armando Rollemberg**, Presidente — Ministro **Lauro Leitão**, Relator.

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Ministro **Lauro Leitão**: O Ministério Público Federal, com base em inquérito policial, ofereceu denúncia contra Valério Colla, como incurso, por força do art. 2º do Decreto-Lei nº 326/67, no art. 168 (apropriação indébita) c/c o art. 51, § 2º, do Código Penal, sustentando:

«O acusado deixou de entregar à Fazenda Nacional, no prazo legal

ou mesmo posteriormente, as parcelas que somam Cr\$ 14.884,01 (catorze mil, oitocentos e oitenta e quatro cruzeiros e um centavo), recebidas a título de imposto sobre produtos industrializados dos adquirentes das mercadorias saídas da indústria Madeiras Serrana Ltda., sob sua gestão no período março-dezembro de 1973, aplicando-as na própria empresa».

O MM. Dr. Juiz, todavia, rejeitou a denúncia, aos seguintes fundamentos:

«O fato, descrito na peça acusatória, configura, por assimilação, o crime de apropriação indébita, previsto no art. 2º do Decreto nº 326, de 8 de maio de 1967, *in verbis*:

Art. 2º A utilização do produto da cobrança do imposto sobre produtos industrializados, em fim diverso do recolhimento do tributo, constitui crime de apropriação indébita definido no art. 168 do Código Penal, imputável aos responsáveis legais da firma, salvo se pago o débito espontaneamente, ou, quando instaurado o

processo fiscal, antes de decisão administrativa de primeira instância.

Mas, além dos elementos essenciais do delito em apreço, ter-se-ão em conta também os pressupostos colocados na lei específica.

E dentre esses releva notar a condição de procedibilidade prevista expressamente, tanto que a instauração da Ação Penal é precedida de representação de iniciativa da Procuradoria da República (parágrafo único do art. 2º do Decreto-Lei nº 326/67 cit.).

E tal se explica, pois em verdade, sujeito passivo da ação delitativa é a Fazenda Nacional, como também em razão da duplicidade de funções do seu órgão de representação, ou seja, fiscal da lei e advogado da entidade política maior (arts. 1º, 37, 38 e 42 da Lei nº 1.341, de 30 de janeiro de 1951).

Ora, não se presumindo palavras ociosas na lei, aliás, reprodução de preceito anterior, a Procuradoria da República está, no texto, evidentemente, como órgão de representação do ofendido (art. 11, § 3º, da Lei nº 4.357, de 16 de julho de 1964, correspondente ao parágrafo único do art. 2º, do Decreto-Lei nº 326/67 cit.).

É de ver-se ainda que, não fosse a inobservância da condição de referência, há muito estaria extinta a punibilidade em face da decadência (parágrafo único do art. 2º do Decreto-Lei nº 326/67 c/c os arts. 105 do Cód. Penal e 38 do Cód. de Proc. Penal).

Desatendido, pois, tal pressuposto, aliás, *conditio sine qua non* para instauração da Ação Penal, rejeito a denúncia (art. 43, III, do Cód. de Proc. Penal).

Isento de custas (art. 9º, IV, da Lei 6.032, de 30 de abril de 1974).»

O Ministério Público Federal, não se conformando com a decisão de fls., interpôs recurso em sentido estrito para este Egrégio Tribunal, juntando, desde logo, suas razões.

O recorrido não ofereceu contra-razões.

O MM. Dr. Juiz manteve a sentença e determinou a remessa dos autos a esta Colenda Corte.

Nesta instância, a doutra Subprocuradoria-Geral da República, oficiando no feito, opina pelo provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Exmo. Sr. Ministro Lauro Leitão: A r. sentença recorrida, a meu ver, bem apreciou e decidiu a espécie dos autos, não merecendo, por isso, qualquer censura.

Com efeito, o Ministério Público Federal, com base em inquérito policial, ofereceu denúncia contra o ora apelado, como incurso nas penas do artigo 168, combinado com o artigo 51, § 2º, do Código Penal, e por força do artigo 2º do Decreto-Lei nº 326/67, isto é, por haver deixado de entregar à Fazenda Nacional a importância de Cr\$ 14.884,01 que recebeu, a título de IPI, dos adquirentes de mercadorias saídas da indústria Madeiras Serrana Ltda., então sob sua gestão, no período de março a dezembro de 1973, aplicando-a na própria empresa.

O aludido inquérito policial foi instaurado mediante requisição do Procurador da República, nestes termos:

«Procuradoria da República em Santa Catarina.

OF. nº 189/SDA/76.

Florianópolis, 15 de março de 1976.

Senhor Superintendente:

Vimos pelo presente requisitar a instauração dos competentes inquéritos policiais, para apurar melhor os fatos narrados nos inclusos expedientes oriundos da Procuradoria da Fazenda Nacional.

Na oportunidade renovamos a V. Sa. protestos de estima e consideração. **Wagner de Castro Mathias Netto**, Procurador-Chefe.

Ilmo. Sr.

Dr. Carlos Braz

MD. Superintendente do DPF

Rua Tolentino de Carvalho, 15
Estreito — Fpolis — SC».

O MM. Dr. Juiz, tadavia, rejeitou a denúncia, aos seguintes argumentos:

«O fato descrito na peça acusatória configura, por assimilação, o crime de apropriação indébita, previsto no art. 2º do Decreto-Lei nº 326, de 8 de maio de 1967 in verbis:

Art. 2º A utilização do produto da cobrança do imposto sobre produtos industrializados, em fim diverso do recolhimento do tributo, constitui crime de apropriação indébita definido no art. 168 do Código Penal, imputável aos responsáveis legais da firma, salvo se pago o débito espontaneamente, ou, quando instaurado o processo fiscal, antes de decisão administrativa de primeira instância.

Mas, além dos elementos essenciais do delito em apreço, ter-se-ão em conta também os pressupostos colocados na lei específica.

E, dentre esses, releva notar a condição de procedibilidade prevista expressamente, tanto que a instauração da ação penal é precedida de representação de iniciativa da Procuradoria da República (parágrafo único do art. 2º do Decreto-Lei nº 326/67 cit.).

E tal se explica, pois, em verdade, sujeito passivo da ação delitiva é a Fazenda Nacional, como também em razão da duplicidade de funções do seu órgão de representação, ou seja, fiscal da lei e advogado da entidade política maior (arts. 1º 37, 38 e 42 da Lei nº 1.341, de 30 de janeiro de 1951).

Ora, não se presumindo palavras ociosas na lei, aliás, reprodução de preceito anterior, a Procuradoria da República está, no texto, evidentemente, como órgão de representação do ofendido (art. 11, § 3º, da Lei nº 4.357, de 16 de julho de 1964, correspondente ao parágrafo único do art. 2º, do Decreto-Lei nº 326/67 cit.).

É de ver-se ainda que, não fosse a inobservância da condição em referência, há muito estaria extinta a punibilidade em face da decadência (parágrafo único do art. 2º do Decreto-Lei nº 326/67 c/c os arts. 105 do Código Penal e 38 do Cód. de Proc. Penal).

Desatendido, pois, tal pressuposto, aliás, **conditio sine qua non** para instauração da ação penal, rejeito a denúncia (art. 43, III, do Cód. de Proc. Penal).

Isento de custas (art. 9º, IV, da Lei nº 6.032, de 30 de abril de 1974).

R. e intinem-se.

Florianópolis (SC), 26 de setembro de 1978 — **Jonas Nunes de Faria**, Juiz Federal».

Como se sabe, a ação penal é o direito que compete ao Estado-Administração de invocar o Poder Judiciário para aplicação do direito objetivo. O Estado-Administração, todavia, não procede arbitrariamente, eis que a ação se subordina a determinadas condições.

O Código Penal, em seus artigos 102 e seguintes, tem a sede da ação, como direito. E o Código de Proces-

so Penal regula o seu exercício (artigos 24 e seguintes).

Assim, a ação pode ser pública, privada e subsidiariamente privada.

Em sentido estrito, a ação se divide em pública e privada.

Em princípio, toda ação penal é pública.

Diz-se que a ação é pública quando é movida pelo Estado-Administração, por intermédio do Ministério Público.

De acordo com o artigo 24 do CPP, a ação penal pública se inicia com a denúncia.

Mas há casos em que a iniciativa do Ministério Público está subordinada a condições previamente estabelecidas.

É o caso, por exemplo, da instauração da ação penal por crime de apropriação indébita de imposto sobre produtos industrializados, consoante o artigo 2º do Decreto-Lei nº 326, de 8 de maio de 1967, que dispõe:

«Art. 2º a utilização do produto da cobrança do Imposto Sobre Produtos Industrializados em fim diverso do recolhimento do tributo constitui crime de apropriação indébita, definido no art. 168 do Código Penal, imputável aos responsáveis legais da firma, salvo se pago o débito espontaneamente, ou, quando instaurado o processo fiscal, antes da decisão administrativa de Primeira Instância.

Parágrafo único. A ação penal será iniciada por meio de representação da Procuradoria da República, à qual a autoridade de Primeira Instância é obrigada a encaminhar as peças principais do feito destinadas a comporvar a existência do crime, logo após decisão final condenatória proferida na esfera administrativa.»

Como se vê, a ação penal, *in casu* está condicionada à prévia represen-

tação de iniciativa da Procuradoria da República.

Representação é a exposição do fato criminoso, com indicação do agente, feita pelo ofendido, para que se promova a ação penal. É o que exige o § único do art. 2º do Decreto-Lei nº 326/67, subordinando, pois, o exercício da ação penal ao cumprimento de certos requisitos formais, que são, em suma, as condições de procedibilidade.

É que, conforme frisa o MM. Dr. Juiz a quo o «sujeito passivo da ação delitiva é a Fazenda Nacional», a cujo órgão de representação são deferidas duplas funções, isto é, de «fiscal da lei e de advogado da entidade maior.»

E quando a lei citada exige que ele ofereça representação, como condição para instauração da ação penal, é porque o coloca, em tal caso, como órgão de representação do ofendido.

A douta Subprocuradoria da República, em seu parecer de fls. reconhece que não houve representação do Dr. Procurador da República, embora sustente que, *in casu*, a ação penal é pública incondicionada.

Cumpré que se frise, uma vez mais, que o sucinto ofício do Dr. Procurador da República (fls. 5) não pode suprir a falta de representação.

Em face do exposto, nego provimento ao recurso para confirmar a r. decisão recorrida.

É o meu voto.

VOTO

O Exmo. Sr. Ministro Carlos Mário Velloso: Sr. Presidente: Com a devida vênia do eminente Ministro-Relator, dou provimento ao recurso do Ministério Público. Faço-o com base no voto que proferi no Recurso Criminal nº 538 de Santa Catarina, cujo julgamento foi realizado no dia 14 de março de 1979.

Ao que me parece, o Sr. Ministro-Relator confirma a sentença porque entende que não houve a representação.

Com a devida vênia, Magalhães Noronha, no seu conhecido «Curso de Direito Processual Penal», lembra que a representação pode ser até verbal.

Sendo verbal, o Ministério Público, ou o Juiz, ou o Delegado de Polícia, mandará tomar por termo a representação.

Nos autos, às folhas 5, encontra-se um ofício assinado pelo Procurador-Chefe da Procuradoria da República, em Santa Catarina, requisitando a instauração dos competentes inquéritos policiais. O que pode estranhar é o termo «requisitar». Se, todavia, dermos maior ênfase ao conteúdo do que á forma, vamos verificar que houve representação à autoridade policial.

A Procuradoria da República é Ministério Público e é advogado da União. Acumula as duas funções. Compreendo que o ofício de folhas 5 foi assinado pelo Procurador-Chefe, na condição de Advogado da União.

Com essas breves considerações, reportando-me ao voto que proferi no já mencionado Recurso Criminal nº 538, de Santa Catarina, cuja cópia-Relator. Mandado anexar, por S. Exa., o Sr. Min. Carlos Mário Velloso, em razão de ter proferido voto no mesmo sentido no RCr nº 538-SC.

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Carlos Mário Velloso (Relator):

I

A ação penal, de regra, é pública, residindo na legitimidade para agir a distinção que se costuma fazer de ação pública e privada: aquela é promovida pelo Estado, através do Mi-

nistério Público; esta, pelo particular ou ofendido (Magalhães Noronha, «Curso de Dir. Proc. Penal», 2ª ed., 1966, págs. 32 e 39).

A ação penal pública ou é integralmente pública, ou é pública condicionada. Na ação pública, o Ministério Público é o *dominus litis*, não obstante não ter disponibilidade dela, no sentido de que deve atuar, obrigatoriamente, em razão do princípio da legalidade. Na pública condicionada, todavia, dita atuação vai depender de requisição do Ministro da Justiça ou de representação do ofendido. A requisição ou a representação, portanto, são condições de procedibilidade (CPP, art. 24; Cód. Penal, art. 102, § 1º).

Segundo Magalhães Noronha (ob. cit., ps. 37/38), a representação do ofendido, ou a manifestação deste, será feita «ao Juiz, Ministério Público ou ao Delegado de Polícia, dando-lhes ciência do crime ocorrido e pedindo-lhes se instaure a persecução penal. Tanto pode ser feita por escrito como oralmente. Se oral ou escrita, sem autenticação da assinatura de quem a formula, será reduzida a termo perante a autoridade (Juiz ou Delegado de Polícia) e presente o órgão do Ministério Público».

Estabelece a lei processual penal, no art. 38, a decadência da representação, ou do direito de queixa. Dispõe o art. 38 do CPP, que, «salvo disposição em contrário, o ofendido, ou seu representante legal, decairá do direito de queixa ou de representação, se não o exercer dentro do prazo de seis meses, contado do dia em que vier a saber quem é o autor do crime, ou, no caso do art. 29, do dia em que se esgotar o prazo para o oferecimento da denúncia». O art. 105 do Cód. Penal repete a regra.

Isto posto, examinemos o caso sob julgamento.

II

Dispõe o Decreto-Lei nº 326, de 8-5-67, artigo 2º e seu parágrafo único:

«Art. 2º A utilização do produto da cobrança do imposto sobre produtos industrializados, em fim diverso do recolhimento do tributo, constitui crime de apropriação indébita definido no art. 168 do Cód. Penal, imputável aos responsáveis legais da firma, salvo se pago o débito espontaneamente, ou, quando instaurado o processo fiscal, antes de decisão administrativa de primeira instância.

Parágrafo único. A ação penal será iniciada por meio de representação da Procuradoria da República, à qual a autoridade de primeira instância é obrigada a encaminhar as peças principais do feito, destinadas a comprovar a existência do crime, logo após decisão final condenatória proferida na esfera administrativa.»

Ao que se verifica, a lei, evidentemente mal feita, estabelece, na verdade, como condição de procedibilidade, a representação da Procuradoria da República, a menos que, como bem escreveu o Juiz Jonas Nunes de Faria, possam ser presumidas «palavras ociosas na lei», o que, sabe-se, não é de boa hermenêutica.

Correta a decisão recorrida, sob tal aspecto, corretos, outrossim, os argumentos que alinhou no despacho de fls. 50/51, de que «não são decisivos, como quer o ora recorrente, a natureza do delito, muito menos a gravidade da pena prevista abstratamente, pois, em verdade, o interesse público, subjacente na ação penal, não se desnatura pelo simples fato de pertencer, ao sujeito passivo, o impulso processual para sua instauração» (fl. 50).

É, pois, pública condicionada a ação penal do art. 2º e seu parágrafo único, do Decreto-Lei nº 326, de 8-5-67. Melhor seria que fosse integralmente pública, é certo, tendo em vista, conforme lembrou, em primeira instância, o Procurador Wagner de Castro Mathias Netto, os «interesses coletivos em jogo, onde repugna aceitar-se, por menor que seja, qualquer disponibilidade para a administração, o que ensejaria, *ad libitum* desta, a possibilidade de ocorrência de odiosas discriminações, bastando, para que elas se dêem, retardamento indevido no envio do procedimento fiscal ao Ministério Público Federal» (fl. 43).

Todavia, *legem habemus*.

III

Verifiquemos se teria havido, no caso, a representação da Procuradoria da República, como advogada da União, e não como Ministério Público, correto que a mesma acumula essas duas funções.

A representação foi feita, esclareça-se, ao Sr. Delegado da Polícia Federal, ou ao Superintendente Regional do DPF, em Florianópolis, SC, conforme se vê do ofício de fl. 4.

Em razão da representação da Procuradoria da República, que tomou o nome de requisição, tendo-se em vista, certamente, a acumulação de funções naquele órgão, de advogado da União e MP, instaurou-se o inquérito policial. Após, a mesma Procuradoria, agora como Ministério Público, ofereceu a denúncia de fl. 2.

Em princípio, portanto, deveria a ação prosseguir.

É de se examinar, porém, se não teria ocorrido decadência, *in casu*, do direito de representação (CPP, art. 38; Cód. Penal, art. 105).

IV

A representação se fez no dia 16-2-76 (fl. 4).

A decisão administrativa de 1ª instância, até quando poderia o débito ser pago (e o não pagamento é elemento do tipo penal descrito no art. 2º do Decreto-Lei nº 326/67), é de 21-11-74 (fl. 13).

A comunicação à Procuradoria da República, da ocorrência do delito, é de 10-2-1976, conforme ofício da Procuradoria da Fazenda Nacional, à fl. 5, com essa data.

A partir de tal comunicação, parece-nos certo, é que deve ser contado o prazo de seis meses do art. 38 do CPP, ou art. 105 do Cód. Penal.

Porque foi, a partir daí, que o representante da União teve conhecimento do fato delituoso, certo que a lei, no particular — o parágrafo único do art. 2º do Decreto-Lei 326/67 — é expressa no prescrever que a representação será feita pela Procuradoria da República «à qual a autoridade de primeira instância é obrigada a encaminhar as peças principais do feito, destinadas a comprovar a existência do crime, logo após decisão final condenatória proferida na esfera administrativa».

Sendo assim, se é da Procuradoria da República a titularidade da representação, esta só pode dar-se após receber as peças do feito administrativo que contém a notícia do delito e o nome do autor deste. Se a autoridade administrativa não cumpriu bem com o seu dever, não remetendo, como era obrigada, «logo após» a «decisão final condenatória proferida na esfera administrativa», à Procuradoria da República, «as peças principais do feito», conforme ordena o parágrafo único do art. 2º do Decreto-Lei 326/67, isto, se poderia caracterizar, até, procedimento criminoso do administrador (e o MP é que o diria, no particular), não in-

flui no sentido de impor a decadência do direito de representação, por isso que, conforme acentuamos, suso, o prazo de decadência, em caso tal, somente começa a correr do instante em que o único capaz de representar — a Procuradoria da República — toma conhecimento da notícia do delito.

In casu, dentro no prazo contado a partir do recebimento das peças (o ofício da Procuradoria da Fazenda Nacional é de 10-2-76, fl. 5), a representação foi feita (fl. 4).

Diante do exposto, dou provimento ao recurso, para que, na instância a quo, seja recebida a denúncia.

VOTO

O Exmo. Sr. Ministro Armando Rollemberg: Voto de acordo com o Sr. Ministro-Relator, com a vênua devida aos colegas que o fizeram diferentemente, por entender que, quando a lei exige representação, não basta para supri-la o simples ofício requisitando a instauração de inquérito para melhor apuração dos fatos, pois a representação em si já pressupõe, ao meu ver, indícios veementes que a justifiquem.

Por tais considerações, tendo em conta manifestação anterior feita nesta Turma, quando do julgamento do Recurso Criminal nº 538, confirmo a sentença.

EXTRATO DA ATA

RcCr 534 — SC — Rel.: Sr. Min. Lauro Leitão. Recte.: Justiça Pública. Recdo.: Valério Colla.

Decisão: A Turma, por empate na votação, confirmou a sentença, negando provimento ao recurso, vencidos os Srs. Ministros Carlos Mário Velloso e Elmar Campos (em 2-5-79 — 3ª Turma).

O Sr. Ministro Armando Rollemberg votou com o Relator. O Sr. Ministro Elmar Campos é Juiz Federal, convocado em virtude de se encon-

trar licenciado o Sr. Ministro Aldir G. Passarinho. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro Armando Rollemberg.

RECURSO CRIMINAL Nº 818 — SP

Relator: O Sr. Ministro Jesus Costa Lima

Recorrente: Justiça Pública

Recorrido: Gerson José Nerath Júnior

EMENTA

Processo penal.

Ação penal.

Início. Extinção de punibilidade pelo pagamento de tributos.

1. A ação, seja penal ou cível, é direito público subjetivo, pré existe ao processo e consiste na possibilidade de seu titular pedir a intervenção do Estado para compôr uma lide, independentemente da questão de mérito, de ter a parte razão ou não, de ser ou não procedente seu pedido. É, destarte, do meri-diana evidência que o exercício da ação tem início por ato de seu titular (a parte), posto através de petição inicial que, em matéria penal, tem o designati-vo legal de denúncia.

2. O prazo para oferecimento da denúncia é legal e não judicial, fluindo de modo contínuo, sem que ao juiz seja dado suspendê-lo, da mesma forma que é legal e não judicial o prazo para pagamento de tributos e multas, instituídos pelo Decreto-Lei nº 157 de 1967.

O terminus ad quem deste prazo não está fixado em dias, mas através de um critério comumente adotado na legislação processual, regula-se por um fato processualmente relevante o início da ação penal. O pagamento pode ser feito, «desde que ainda não tenha sido iniciada a ação penal», diz o Decreto-Lei, literalmente, no § 2º, do art. 18. A contrario sensu, iniciada a ação penal, já não terá oportunidade de o pagamento, havendo-se operado preclusão.»

3. Depósito feito após o início da ação penal, sentença de extinção de punibilidade que se reforma.

ACÓRDÃO

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

Decide a Segunda Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, dar provimento ao recurso, para reformar a decisão re-

corrida e determinar se prossiga na ação penal, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 12 de fevereiro de 1982 (data do julgamento) — Ministro **Evandro Gueiros Leite**, Presidente — Ministro **Jesus Costa Lima**, Relator.

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Ministro **Jesus Costa Lima**: Ofereceu o Ministério Público Federal denúncia, perante o Excelentíssimo Senhor Juiz Federal da Segunda Vara da Seção de São Paulo, contra **Gérson José Nerath Júnior**, por haverem sido apreendidas mercadorias estrangeiras, em data de 7 de julho de 1980, no estabelecimento comercial, da firma «XOQ — Novidades Eletrônicas Ltda.», sita na Galeria Pagé, São Paulo, capital, da qual é sócio e efetivo dirigente o denunciado.

As mercadorias consistiam de relógios e máquinas eletrônicas e encontravam-se desacompanhadas de qualquer documentação comprobatória de entrada regular no país, sendo a inicial acusatória oferecida com fundamento no art. 334, parágrafo primeiro, letra d, do Código Penal, datando de 18 de março de 1981, como se constata do despacho proferido em seu rosto.

Antes, porém, de ser intentada a ação penal, determinou o juízo, mediante provocação do agente do ilícito, que fossem, pela Receita Federal, efetuados os cálculos dos tributos devidos, para pagamento e conseqüente extinção de punibilidade.

Isso se deu em 29-10-80, expedido ofício à Receita Federal, no dia seguinte.

Em data de 21 de janeiro de 1981 (fls. 44) chegava ao juízo resposta

da autoridade fazendária, acompanhada de quadro demonstrativo dos cálculos realizados, em que diz do total apurado e respectivas parcelas referentes ao IPI, Imposto sobre Importação e multas.

A fl. 47 requereu o Ministério Público Federal intimação do indiciado para que, desejando ver extinta a punibilidade, depositasse a quantia devida.

Em 4 de fevereiro de 1981, efetivase a intimação (fls. 48v) na pessoa do defensor do indiciado. Em 9 de março de 1981, era certificado, pela Secretaria da Vara, não ter havido manifestação do defensor no prazo legal.

Somente após todos esses fatos processuais, que citei com todo rigor cronológico, e quase dois meses após a juntada aos autos do inquérito policial dos cálculos efetuados pela Receita Federal, é que foi aberta vista ao Ministério Público Federal para efeito de propositura da ação penal, o que finalmente aconteceu, sendo o libelo de 18-3-81, como já dito. Nessa mesma data, fez o interessado, na extinção da punibilidade, juntada aos autos da Guia de Depósito de fls. 50, aparentemente comprobatória do pagamento do débito apurado, no total de Cr\$ 364.214,00 (trezentos e sessenta e quatro mil, duzentos e quatorze cruzeiros). O Ofício de fls. 52, da Caixa Econômica Federal, esclarece, porém, que o pagamento só se efetuou em 20 de março de 1981 e não em 17-3-81, devido à devolução do cheque referente ao depósito.

Esse ofício, inequívoco no sentido de comprovar que o pagamento se fez dois dias após o oferecimento da denúncia, foi julgado aos autos em 24 de março de 1981.

Por sentença de 3-4-81, o juízo recorrido decretou a extinção da punibilidade pelo pagamento, aduzindo na fundamentação:

«Com efeito, razão assiste ao requerente que, antes do recebimento da denúncia, depositou em juízo o montante dos tributos devidos (fls. 50), segundo o cálculo efetuado pela Receita Federal (fls. 44 a 46)».

Intimado do decisório em 8 de abril de 1981 (fls. 56), interpôs o Ministério Público Federal, em 10 de abril de 1981, recurso em sentido estrito, com fundamento no art. 581, VIII, do CPP.

O fundamento do recurso é o pagamento serôdio, em 20-3-81, quando a denúncia foi ajuizada em 18-3-81, não operando, por conseguinte, o pretendido efeito extintivo da punibilidade.

Em sua resposta, o recorrido sustenta: a) que a ação penal só surge com o recebimento da denúncia; b) que, de qualquer modo, o pagamento se fez tempestivamente, por isso que a intimação para seu efeito deveria ter sido feita na pessoa do próprio interessado e não procedida, como foi, no advogado. Conclui que o pagamento, mesmo após o oferecimento da denúncia, desde que antes de seu recebimento, opera o efeito extintivo da punibilidade.

Reapreciando o decisório, manteve-o o juízo, sob dois fundamentos:

1. «É que a denúncia, por si só, é uma simples petição autônoma e desvinculada do inquérito e das peças que a informam. O que lhe dá vida, o que lhe dá força de elemento propulsor da ação penal é o despacho de recebimento. Proferido este, inicia-se a ação penal, instaura-se a instância, muito embora a relação processual só se aperfeiçoe, triangularmente, com a citação do réu».

2. «A concessão de prazo pelo magistrado ao que, tendo requerido oportunamente o cálculo dos tributos, pretende a extinção da punibilidade, visa possibilitar-lhe a que, tomando conhecimento da importância

calculada, providencie dentro de razoável período de tempo o seu recolhimento ou depósito».

Manteve, conseqüentemente, a sentença recorrida e determinou a subida dos autos a este Tribunal.

A Subprocuradoria-Geral da República, oficiando, pronunciou-se pelo provimento ao recurso, aduzindo como razões:

1. «Houve apenas um depósito, sem forma nem figura de direito, que não correspondeu a pagamento, porquanto não houve crédito tributário constituído»;

2. «O pagamento teria sido incompleto, pois nada foi recolhido concernentemente a multas (fls. 45, multa de Cr\$ 581.573,00)».

É esse o relatório.

VOTO

O Exmo. Sr. Ministro Jesus Costa Lima (Relator): Presentes estão os pressupostos do recurso, eis que tempestivo, adequado e legítima a parte que o interpõe. Sou pelo seu conhecimento, portanto.

Quanto ao seu mérito, tenho que a controvérsia cinge-se a dois aspectos: o da tempestividade do pagamento e o de sua suficiência.

O primeiro, porém, desdobra-se em diversas questões: a) Qual a natureza do prazo para pagamento instituído pelo art. 18, § 2º, do Decreto-Lei nº 157, de 10 de fevereiro de 1967; b) Qual seu *terminus ad quem*?; c) É dever da autoridade policial ou fazendária adotar iniciativas para o pagamento ou é ônus do indiciado fazê-lo?; d) Suspendem-se os prazos de persecução, inclusive para efeito de oferecimento de denúncia, após manifestar o indiciado a intenção de pagar?; e) Qual o ato que dá início à ação penal, o oferecimento da denúncia ou seu recebimento?

Procurarei responder a essas indagações, seguindo os mesmos roteiros antes perlostrosados quando de minha judicatura em primeiro grau, até que outros melhores me ocorram, disposto que sempre estive e estarei a corrigir rumos, submisso à razão e à vontade de acertar.

O prazo para oferecimento da denúncia é legal e não judicial, fluindo de modo contínuo, sem que ao juiz seja dado suspendê-lo, da mesma forma que legal e não judicial o prazo para pagamento de tributos e multas instituídos pelo Decreto-Lei nº 157 de 1967.

O *terminus ad quem* deste prazo não está fixado em dias, mas através de um critério comumente adotado na legislação processual; regula-se por um fato, processualmente relevante, o início da ação penal. O pagamento pode ser feito, «desde que ainda não tenha sido iniciada a ação penal», diz o Decreto-Lei, literalmente, nos § 2º, do art. 18. A *contrario sensu*, iniciada a ação penal, já não terá oportunidade o pagamento, havendo-se operado preclusão.

Isso está reconhecido na sentença recorrida a qual, porém, entende que o ajuizamento de denúncia não dá início, por si, à ação penal. Somente proferido o despacho de recebimento, inicia-se a ação penal, afirma categórica.

Tenho, todavia, que uma das conquistas da ciência processual moderna foi a perfeita distinção entre ação, processo e mérito. A ação, seja penal ou cível, é direito público subjetivo, pré-existe ao processo e consiste na possibilidade de seu titular pedir a intervenção do Estado para compôr uma lide, independentemente da questão de mérito, de ter a parte razão ou não, de ser ou não procedente seu pedido. É, destarte, de meridiana evidência que o exercício da ação tem início por ato

de seu titular (a parte), posto através de petição inicial que, em matéria penal, tem o designativo legal de denúncia.

Óbvio que, se houvesse rejeição da denúncia, por uma das hipóteses legais, beneficiar-se-ia o agente, mas por outro título, eis que o ato do juiz nesse sentido hipotético não significaria negativa da ação, mesmo se afirmasse faltar-lhe uma das condições da trilogia, possibilidade jurídica, legitimação para a causa e interesse.

Embora se fale em condições de ação, designa-se por essa locução as condições de exercício da ação e não a ação, como ensina lapidariamente Tornaghi. O direito de ação é absoluto, embora como todo e qualquer direito sujeito a condições de exercício. Pertine à parte e não ao magistrado ou a ato seu, o que se evidencia da nomenclatura alternativa de «pertinência subjetiva da lide».

Nesse exato sentido, encontra-se lição de Gabriel de Rezende Filho, colacionada por Hélio Tornaghi, em sua monumental obra «Instituições de Processo Penal, vol. III, Edição de 1959 — Forense, página 299:

«Mesmo quando o autor propõe uma ação destituída de fundamento, dando ao juiz a possibilidade de rejeitá-la *in limine*, ainda nesta hipótese, a sentença do juiz constitui uma «declaração do Estado» de que o autor não tem razão, não tem o direito que presumia, pouco importando a sua boa ou má-fé».

Ainda aí terá havido ação, sem embargo da rejeição da inicial.

O recurso à lei termina por esclarecer definitivamente o assunto. Exara o art. 26 do CPP:

«A ação penal, nas contravenções, será iniciada com o auto de prisão em flagrante ou por meio de portaria expedida pela autoridade judiciária ou policial».

A portaria lavrada pela autoridade policial, nas contravenções, equivale à denúncia, devendo ter seus requisitos básicos e, sem qualquer intervenção do magistrado, dá início à ação. Por sua vez, reza o art. 24 do CPP:

«Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo».

Donde, se foi oferecida denúncia em 18 de março de 1981 e, só no dia 20 seguinte, efetuado o depósito, tenho que o mesmo se fez após o fato processual que o impedia, o início da ação penal, não constituindo pagamento, nem muito menos implicando na extinção de punibilidade.

É preciso salientar que a intimação feita na pessoa do advogado, para pagamento dos tributos e multas apurados, fêz-se por salutar liberalidade do magistrado que a determinou. A essa providência não tinha direito o recorrente, nem para que fosse procedida em sua pessoa, nem na de seu advogado.

Quando do exercício da judicatura de primeiro grau, na sentença proferida no H.C. impetrado por Celso Franco de Sá Santoro, em favor de Roberto Bitencourt Beze, (Processo 13/81, Terceira Vara da Justiça Federal em Brasília — DF), decidi que o pagamento é ônus e não direito absoluto dos agentes dos crimes fiscais, não havendo como cogitar-se de dever das autoridades em tomarem iniciativas ou procederem a intimações para sua efetivação. Sustentei, ainda, que a pretensão de pagamento deveria ser manifestada perante a autoridade policial ou fazendária. Somente se essa criasse empecos, dificuldades ou, por qualquer modo, levantasse óbices procrastinatórios ou exercício da facul-

dade do interessado, é que nasceria para o mesmo o interesse processual, sem o qual vedado lhe estaria o aparelho judiciário.

Concedo, todavia, que se faça abstração dessa exigência técnico-processual, em homenagem à liberdade, potencialmente atingida pela persecução processual. Admito que o ingresso na Justiça se faça sem, antes dirigir-se o interessado às autoridades administrativas. Não, porém, que, requerendo em juízo o pagamento, não esteja atento à concessão, deixe de acompanhar o procedimento, desinteresse-se pelo pagamento e, até, como no caso, fique indiferente à intimação feita em seu advogado, em ato louvavelmente liberal ao juiz.

Conceituando o que seja o ônus processual, preleciona Hélio Tornaghi:

«Como já disse, a faculdade não decorre de uma relação entre pessoas: o facultado nada exige de outrem. Por vezes, entretanto, a lei manda que ele exija de si próprio alguma coisa, que ele faça algo se quiser lucrar uma vantagem. Assim, por ex.: a lei não obriga qualquer das partes no processo a provar as próprias alegações. Mas lhe diz: quem tiver prova do que afirma e quiser convencer o juiz, é encarregado de produzir a prova. O encargo ou ônus, portanto, é um fardo que o próprio interessado deve carregar se dele se quiser valer. É como que uma obrigação para consigo mesmo. O que distingue o encargo do dever jurídico é exatamente isso: o primeiro existe para o próprio encarregado, enquanto que o segundo existe em favor de outro (do titular do correspondente direito subjetivo)» (Instituições de Processo Penal, Vol. III, página 210, Forense — 1959).

O recorrido não carregou o fardo a que alude Tornaghi. Não se desin-

cumbiu da obrigação para consigo mesmo, eis que o depósito com cheque sem fundos, no dia do oferecimento da denúncia, não constituiu pagamento, e o posterior já estava alcançado pela preclusão.

Quero acentuar que a faculdade de pagar (*rectius*: ônus) se faz sem prejuízo dos prazos para o Ministério Público oferecer denúncia, sem suspensão ou interrupção dos mesmos. O interessado deve transportar seu fardo numa corrida contra os prazos em fluxo, assistindo-lhe tão-só o direito de não lhe estorvarem os empenhos e as medidas tendentes ao exercício de sua faculdade. Ônus, por definição, não é privilégio.

Parece-me que essa modalidade extintiva da punibilidade dependente tão-só da fortuna dos indiciados, discriminatória por critérios materiais dos que se sujeitam à privação da liberdade e dos que podem conquistá-la pelo pagamento, não merece qualquer elastério interpretativo.

Concluo: havendo o depósito sido feito após o início da ação penal, que

consiste no ajuizamento da inicial acusatória, independentemente de seu recebimento, não tem efeito de pagamento. Se tempestivo tivesse sido e, por insuficiência, já que não compreendeu as multas exigidas expressamente pelo Decreto-Lei nº 157, de 1967, não alcançaria os efeitos perseguidos. O depósito fez-se na importância de Cr\$ 364.214,00 (trezentos e sessenta e quatro mil, duzentos e quatorze cruzeiros), não compreendendo a multa prevista no art. 106, IV a, do Decreto-lei nº 37, de 18-11-66, que não foi solucionada, uma vez que a multa prevista no art. 169, do referido Decreto-Lei nº 37-66, com a redação introduzida através da Lei nº 6.562, de 18-9-78, depende de apuração pela autoridade administrativa fiscal.

Meu voto é no sentido de provimento do recurso para que seja casada a sentença extintiva da punibilidade, submetida a denúncia ao juízo de primeiro grau, para exame de seus requisitos e eventual recebimento ou rejeição.

RECURSO ORDINÁRIO Nº 3.787 — MG

Relator: O Sr. Ministro Evandro Gueiros Leite

Recorrente: Arlete Farah

Recorrido: INPS

EMENTA

Reclamação trabalhista. Bolsa de estudos. Contagem de tempo.

Não se conta como de serviço o tempo em que o servidor autárquico, encontrando-se no gozo de licença sem vencimentos, manteve-se em bolsa de estudos concedida pela própria repartição, para aperfeiçoamento profissional, da qual lhe resultou contrato de trabalho na especialidade, após optar pelo regime do FGTS.

Sentença confirmada.

ACÓRDÃO

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

Decide a 2ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, negar provimento ao recurso, para confirmar a sentença, na forma do voto e notas taquigráficas precedentes que integram o presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 9 de março de 1982 (data do julgamento). Ministro **Evandro Gueiros Leite**, Presidente-Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro **Evandro Gueiros Leite** (Relator): Reclamação trabalhista proposta por Arlete Farah contra o Instituto Nacional de Previdência Social (INPS), do qual é servidora pelo regime celetista. Pede a procedência da causa a fim de ser-lhe reconhecido o direito à averbação de tempo de serviço, do período que vai de 1º de julho de 1970 a 24 de abril de 1974.

A reclamante ingressou no serviço do INPS como autárquica, em 1957, mas em 1974 assinou contrato individual de trabalho sob o regime da CLT, trabalhando como Terapeuta da Palavra, situação que ainda perdura. Ocorre que, antes disso, no período de tempo já referido no preâmbulo, embora na condição de bolsista, a reclamante trabalhou para o reclamado na mesma especialidade.

O INPS indeferiu o seu requerimento administrativo por falta de amparo legal. Na contestação argüiu carência de ação, exatamente porque a reclamante atuara como simples estagiária. Devido à falta de pessoal técnico, instituiu bolsas de estudo para estagiários nas unidades executivas de reabilitação profissional, não tutelados pelas normas consolidadas.

O processo tramitou sem ocorrências especiais. Ultimada a instrução, proferiu sentença o Dr. Sebastião Alves dos Reis, quando ainda Juiz em Minas. Julgou improcedente a ação porque na hipótese existiu, realmente, bolsa em que a prestação de trabalho é absorvida pelo objetivo de aperfeiçoamento profissional dominante (fl. 38).

Recurso da reclamante, às fls. 43-46, em críticas à sentença e com pedido de nova decisão. Sem contrarrazões do INPS, subiram os autos ao Tribunal, onde a douta Subprocuradoria-Geral da República deu parecer pela manutenção da respeitável sentença de primeiro grau, atuando a União Federal como assistente de sua autarquia (fls. 52).

E o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro **Evandro Gueiros Leite** (Relator): Admite a autarquia reclamada, à fl. 23, que devido à carência de pessoal técnico, dedicado à execução de programas de reabilitação e de serviço social, entendeu conveniente instituir um plano de concessão de bolsas de estudos para estagiários, nas suas unidades executivas de reabilitação profissional. Assim fez por meio da Resolução nº INPS 499.6, de 1969, às fls. 25-26.

A reclamante era servidora autárquica desde 1957. Passou a celetista em 1974. E nesse intercurso, exatamente no período de tempo que vai de 1970 a 1974, atuou, também, na condição de bolsista, na sua especialidade, sem perder, contudo, a qualidade de servidora.

O que pretende é, nada mais, nada menos, do que a contagem de serviço superposto, se lhe fosse reconhecida como atividade autônoma a de estagiária ou bolsista dentro da sua própria repartição e para fins de contagem recíproca.

A decisão administrativa é auto-explanatória:

«Arlete Farah, nº 819.266, Terapeuta da Palavra, regida pela CLT, lotada em 11.004, requer seja considerado como de efetivo efetivo exercício o período de 1-4-68 a 24-4-74, em que esteve em gozo de licença sem vencimentos, quando era titular do cargo efetivo de Atendente, nível 9, nº 40.429, ou, em caso negativo, seja retificada de 25-4-74 para 30-6-70 a data da vigência de sua exoneração do cargo efetivo apontado, a fim de permitir a retroação da data da assinatura do contrato de trabalho para 1-7-70, data de início da prestação de serviços ao INPS como bolsista. Parecer da MGPM: Pelo indeferimento. As situações expostas acima não estão disciplinadas em normas regulamentares. Decisão: Indeferido, por falta de amparo legal. Publique-se» (fl. 6).

Dir-se-á que o período de tempo pretendido corresponde à época em que esteve em gozo de licença sem vencimentos, quando era titular do cargo efetivo de Atendente. Todavia, a existência da relação de emprego público, apenas suspensa pelo gozo

de licença, descaracterizaria a prestação de serviços sob outra forma. No caso, torna-se evidente que a reclamante pretendia mesmo o aperfeiçoamento profissional, de utilidade futura em sua carreira, como se viu, pois foi devido a isso que, em 1974, assinou contrato de trabalho com o INPS, exatamente no cargo de Terapeuta da Palavra, manifestando a sua opção pelo FGTS (fl. 28).

Nestas condições, nego provimento ao recurso e confirmo a respeitável e lúcida sentença.

E o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

RO 3.787 — MG — Relator: O Sr. Ministro Evandro Gueiros Leite. Recte.: Arlete Farah. Recdo.: INPS.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, para confirmar a sentença. (Em 9 de março de 1982 — 2ª Turma.)

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

RECURSO ORDINÁRIO Nº 3.948 — RS

Relator: O Sr. Ministro William Patterson

Recorrentes: Serpro e João Gallo

Recorridos: Os mesmos

EMENTA

Trabalhista. Equiparação salarial. Servidor do Serpro. Horas extras. Prescrição bienal. Intervalos (Art. 72, da CLT).

Resultando das conclusões da perícia técnica que o reclamado não observava a recomendação do art. 72, da CLT, no tocante aos intervalos para repouso, ali previstos, bem assim firmada a convicção de que os requisitos previstos no art. 461, do mesmo diploma, referentes à equiparação salarial, estavam

atendidos, quer pela identidade das situações postas em confronto, quer pela igual produtividade em relação ao paradigma, o deferimento da pretensão é uma consequência.

Horas extras não comprovadas, mas, pelo contrário, negadas pelo laudo pericial, não merecem consideração.

A prescrição bienal não alcança as prestações do mês anterior ao ajuizamento, se este se deu no prazo do cumprimento da obrigação (art. 459, parágrafo único da CLT).

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 SERPRO e dar parcial provimento ao do reclamante, tão-só, para excluir da prescrição a parcela referente ao mês de setembro de 1975, 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 fevereiro de 1981 (data do julgamento) — Ministro Aldir G. Passarinho, Presidente — Ministro William Patterson, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro William Patterson: Este processo foi levado a julgamento, perante esta Colenda 2ª Turma, na sessão de 5 de dezembro de 1979, pelo então Relator, Ministro Justino Ribeiro, com o seguinte relatório de fls. 164/167, que reproduzo, nesta oportunidade (lê).

Em voto preliminar, acolhido unanimemente, o ilustre Relator sugeriu a conversão do julgamento em diligência, a fim de que fosse promovida perícia a respeito de duas questões, conforme assinalado, verbis:

«O Dr. Juiz entendeu que a questão de produtividade só se resolveria mediante perícia, porque as planilhas apresentadas pelo SERPRO, embora apresentando diferenças de produção entre o reclamante e o paradigma, não traduzem os dados apresentados na produtividade de que fala a lei. Como, porém, as partes não pediram perícia, decidiu S. Exa. contra o SERPRO, ao qual competia o ônus dessa prova.

Também a propósito dos intervalos de que trata o art. 72 da CLT; entendo eu que a defesa do SERPRO só se esclareceria por perícia. Não se pode, realmente, rejeitar à primeira vista as alegações da empresa. A lei exige descanso de 10 minutos por trabalho contínuo de 90 minutos em mecanografia, mas não podemos olvidar que tal preceito foi expedido quando ainda não se falava em computação. Então, se no trabalho destas outras formas de descanso ou de relaxamento das tensões nervosas exsurgem, entendo que o intérprete não deve desprezá-las. Importa, apenas, que fique demonstrada a equipolência das formas novas com o dado legal.

Quanto à falta do requerimento da perícia, o princípio publicístico do processo confere ao Juiz o poder de supri-la, mandando que

se faça a prova técnica indispensável ao bom decidir».

Baixando os autos à Vara de origem, foi cumprida a diligência, com a realização da perícia técnica, representada pelo laudo de fls. 185/191, complementado às fls. 196/197, sobre o qual falaram as partes.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro William Patterson: Questiona-se, como visto, o aspecto da produtividade, como peça de reconhecimento do direito reclamado, porquanto se cuida de vantagens decorrentes de equiparação salarial, bem assim o regime de intervalos.

Com efeito, dispõe o art. 72, da Consolidação das Leis do Trabalho:

«Art. 72. Nos serviços permanentes de mecanografia (datilografia, escrituração ou cálculo), a cada período de noventa minutos de trabalho consecutivo corresponderá a um repouso de dez minutos não deduzidos da duração normal de trabalho.»

O reclamado sustenta que a regra diferenciada sempre foi observada, porquanto o reclamante sempre trabalhou em sistemas de transcrição em concentrador de teclado, denominados «inteligente» e «semi-inteligente», onde há intervalos de 20 minutos, para se aguardar a crítica da máquina, que somados aos demais, como, por exemplo, para lanches e desligamento de teclados, atendia aos requisitos da legislação.

Sobre esse ponto, entendo que a perícia favorece a pretensão do reclamante. As respostas aos quesitos pertinentes indicam que a disposição consolidada não estava sendo rigorosamente cumprida. É o que se deflui do seguinte trecho do laudo.

4. Com base nos cartões-ponto informe o Sr. Perito se o reclamado

concedia e registrava intervalos previstos no art. 72 da CLT.

Resposta: Não, os cartões-ponto não contêm registro do referido intervalo.

5. Com base na natureza do trabalho desenvolvido era possível o gozo do intervalo previsto no artigo 72 da Lei Consolidada?

Resposta: Segundo pudemos apurar, tal intervalo era possível de ser concedido.

E mais adiante, afirma, acerca das indagações formuladas:

Informe, ainda, se a natureza do trabalho permite que um digitador inicie a trabalhar no exato momento previsto para o início do expediente.

Resposta: Embora o sistema hoje adotado pela reclamada seja diferente do utilizado ao tempo do reclamante, verificamos que às tarefas de cada digitador, são atribuídos 15 minutos antes do início previsto, providência esta que permite que o horário seja observado. Esclarecemos que a Empresa admite um atraso de 10 minutos.

Finalmente, a natureza do trabalho obriga ou não, a que o digitador cesse suas atividades antes do horário previsto para o término do turno?

Resposta: Apuramos que face a natureza dos serviços, o digitador somente pára ao «Final» das Pastas, para o intervalo a cada 90 minutos, ou ainda por defeito no equipamento.

Assim reconhecendo, há de se entender legítima a condenação nas horas extras resultantes do descumprimento do intervalo.

Restaria observar as considerações do Perito no que tange à equiparação salarial colocada em debate. Respondendo ao primeiro quesito do reclamante, sobre o controle de produtividade, disse:

Resposta: Em contatos que mantivemos com o Setor de «Digitação» da reclamada, verificamos que a Empresa mantinha, primeiramente, um controle de produção, e, posteriormente, uma avaliação do desempenho de seus funcionários. Examinando os documentos que nos foram facultados, verificamos que seus elementos destinam-se a aferição da «produção hora» dos funcionários. Em vista disto, podemos dizer que a Empresa mantém um controle da produtividade de seus funcionários.

Em seguida, descreve os critérios de avaliação da produtividade (Produção por Toques, Produção por UES e Avaliação do Desempenho). Relativamente ao quesito nº 3, traz um quadro demonstrativo do controle da produtividade, mês a mês, desde janeiro de 1975 a março de 1977, relativo ao reclamante e ao Paradigma, observando os três critérios aludidos (cfr. 187/188). Atesta, ainda, que os dois executavam tarefas idênticas de «digitação» (Quesito 6 — fls. 188).

Em termos de produtividade, verifica-se que a média apurada enseja concluir pela igualdade de condições. Se em alguns pontos o Paradigma sobrepuja o reclamante (UES), em outros é amplamente superado por este último (Toques/hora), havendo um equilíbrio quanto ao grau de desempenho.

Assim, não merece prosperar o recurso da Empresa. A perícia técnica reforça a decisão de primeiro grau, nos lances enfocados.

Quanto ao objeto do recurso do reclamante, tenho como correta a alegação sobre não poder incidir a prescrição das prestações relativas ao mês de setembro de 1975, porquanto facultado ao empregador o direito de efetuar o pagamento até o décimo dia útil do mês subsequente ao vencido (parágrafo único, do art. 459, da

CLT), somente a partir desta data poder-se-á contar o prazo para a prescrição bial. Ajuizada a reclamatória no dia 10 de outubro de 1977, aquela obrigação não poderia estar alcançada pelo instituto. No que concerne às horas extraordinárias, o laudo pericial dá cobertura às alegações do reclamado, ao responder o seu Quesito nº 3 (fls. 190), verbis:

«Compulsando a folha de pagamento, contra-cheques, ou comprovantes financeiros, verifique o Sr. Perito, se as horas noturnas foram remuneradas corretamente, isto é, se computadas como de 52'30''.

Resposta: Compulsando as fichas financeiras do reclamante, que nos foram facultadas, e que correspondem ao período de 1/76 até 4/77, verificamos que numa única oportunidade ele trabalhou à noite, em Fev/76, tendo a hora reduzida sido paga corretamente, isto é, a razão de 52,30''.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso do SERPRO e dou provimento ao recurso do reclamante, tão-somente para excluir do alcance da prescrição as prestações relativas ao mês de setembro de 1975, mantida a sentença nos demais dispositivos.

EXTRATO DA MINUTA

RO 3.948 — RS — Rel.: Sr. Ministro William Patterson. Rectes.: SERPRO e João Gallo. Recdos.: Os mesmos.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso do SERPRO e deu provimento ao do reclamante, tão-só para excluir da prescrição a parcela referente ao mês de setembro de 1975. (Em 13-2-81 — 2ª Turma).

Os Srs. Ministros José Cândido e Aldir G. Passarinho votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Aldir Aldir G. Passarinho.

RECURSO ORDINÁRIO Nº 4.289 — SP

Relator: O Sr. Ministro Evandro Gueiros Leite

Recorrentes: IAPAS

Recorrida: Marilene de Almeida Araruna

EMENTA

Reclamação trabalhista. Horas extras. Modificação do pacto laboral. Empregada mulher.

De acordo com a lei, mulher nenhuma poderá ter o seu horário de trabalho prorrogado fora dos casos especificados (CLT, arts. 372 a 378). Se tal porém ocorrer, deverá ser indenizado o excesso, com repercussão sobre outras obrigações trabalhistas, tais como férias e 13º salários.

Procedência parcial da reclamação, para excluírem-se da condenação os honorários advocatícios, incabíveis no caso.

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 IAPAS, tão-somente para excluir da condenação a verba de honorários advocatícios, por incabível no caso, na forma do voto e notas taquigráficas precedentes que integram o presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 9 de março de 1982 (data do julgamento) — **Ministro Evandro Gueiros Leite** Presidente-Relator.

RELATÓRIO

O Sr. **Ministro Evandro Gueiros Leite** (Relator): Marilene de Almeida Araruna, Auxiliar de Serviços Médicos do Instituto Nacional de Previdência Social, propõe reclamação trabalhista contra este Instituto para que o mesmo seja compelido a pagar-lhe as horas extras vencidas e vincendas a que faz jus, por haver alterado a sua jornada de trabalho

de 6 para 8 horas diárias. Requer, ainda, adicional de 20%, diferenças resultantes do cômputo das horas extras trabalhando habitualmente, na remuneração das férias e 13ºs. salários recebidos ou que venha a receber, tudo acrescido de juros de mora e correção monetária, conforme se apurar em execução.

Na audiência, as partes rejeitaram a proposta conciliatória, tendo a reclamada argüido exceção de litispendência (fls. 10) e contestado pela improcedência da ação (fls. 11/13):

Na tomada de depoimento pessoal das partes, às fls. 23/24, alegou o IAPAS que a reclamante recebeu 25% de aumento correspondente às 40 horas semanais de trabalho.

A autora confirmou o aumento, com a ressalva de que não fora pelo acréscimo da jornada de trabalho, mas sim pelo aumento geral estendido a todos os servidores.

A oitava das testemunhas confirmou as razões da reclamante (fls. 40/41).

Ultimada a audiência, o IAPAS apresentou alegações finais, esclare-

cendo que após o aumento geral que foi de 20% a autora recebeu mais 25%, em face da alteração de horário. Alegou também a prescrição do pedido (fls. 78/80).

Sem alegações finais da reclamante, o Dr. Juiz julgou a ação procedente, para condenar o reclamado a pagar à reclamante tudo o que pede na inicial, conforme se apurar em execução (fls. 91/93).

Recorreu o IAPAS pleiteando a reforma da sentença (fls 99/103). Contra-razões pela manutenção (fls. 107/114).

Sem recurso de ofício, subiram os autos e aqui no Tribunal a Subprocuradoria-Geral da República opinou de acordo com as conclusões apresentadas pela entidade assistida (fls. 120).

É o relatório.

VOTO

O Sr. **Ministro Evandro Gueiros Leite** (Relator): Já tenho decidido a respeito do assunto, em particular no tocante à alteração da jornada de trabalho nos contratos em que são partes empregadas mulheres. É sabido que a lei consolidada não permite esse aumento de carga horária, a não ser excepcionalmente, conforme se lê nos arts. 372 e seguintes da CLT, De qualquer modo, se tal ocorre, é de prover-se a necessária contra-prestação pelas horas extras trabalhadas.

Dai porque estou de acordo com a respeitável sentença recorrida, onde

está dito, com respaldo na prova, que o reclamado realmente modificou a situação jurídica da reclamante (fls. 27), pouco importando que tal se tenha dado com o seu consentimento. A questão não se modifica por isso. Está provado que a reclamante trabalhou horas suplementares e não recebeu o respectivo adicional, nem a remuneração das férias e 13ºs salários.

A prova testemunhal esclarece que a reclamante efetivamente foi beneficiada com o aumento, mas de ordem geral, nele não se incluindo as horas extras, fato não desmentido pela defesa.

Dou provimento parcial ao recurso do IAPAS tão-somente para excluir da condenação a verba de honorários advocatícios incabíveis no caso.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

RO nº 4.289 — SP — Rel.: O Sr. **Ministro Evandro Gueiros Leite**. Recde.: IAPAS. Recda.: **Marilene de Almeida Araruna**.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento parcial ao recurso do IAPAS, tão-somente para excluir da condenação a verba de honorários advocatícios, por incabível no caso. (EM 9-3-82 — 2ª Turma).

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

RECURSO ORDINÁRIO Nº 4.913 — PI

Relator: O Sr. Ministro José Pereira de Paiva
 Recorrente de Ofício: Juízo Federal no Estado do Piauí
 Recorrente: União Federal
 Recorrido: Antônio Moreira da Silva

EMENTA

Trabalho. Fundo de garantia do tempo de serviço. Estabilidade. Equivalência. C.F., art. 165, inciso XIII.

A equivalência entre a indenização prevista na CLT, em razão da estabilidade e aquela assegurada pelo FGTS é jurídica e não econômica, coexistindo os dois regimes, distintos e optativos, de acordo com a livre escolha do trabalhador.

Entendimento da Súmula nº 98 do TST e precedentes do STF.

Recursos providos.

ACÓRDÃO

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

Decide a Primeira Turma do Tribunal Federal de Recursos, por maioria, prosseguindo no julgamento, dar provimento ao recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 11 de dezembro de 1981 (data do julgamento) — Ministro **Peçanha Martins**, Presidente — Ministro **José Pereira de Paiva**, Relator.

Deixa de ser assinado pelo Presidente, face ao Art. 89, § 2º, do R.I.

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Ministro José Pereira de Paiva: Trata-se de reclamação trabalhista, ajuizada por Antônio Moreira da Silva contra o 2º Bata-

lhão de Engenharia de Construção (2º BEC), objetivando o recebimento de complementação do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, sob o fundamento que deve haver equivalência monetária entre o referido Fundo e a indenização paga aos empregados estáveis, face ao que dispõe o art. 165, inciso XII, da Constituição Federal, quando ocorrer despedida sem justa causa.

Alega o reclamante contar mais de 10 anos de serviços prestados ao reclamado e, tendo sido despedido, sem justa causa, sem indenizações, sem qualquer tipo de inquérito administrativo ou judicial, apenas, lhe foi assegurado o direito ao levantamento do FGTS, este, porém sem a devida equivalência da indenização devida ao empregado estável, como determina o art. 497 da CLT.

Notificadas, as partes compareceram à audiência de conciliação e julgamento, sem que houvesse possibilidade de acordo.

Apresentadas as razões, também resultou inútil a 2ª tentativa de conciliação.

O MM. Juiz Federal, Dr. José Anchieta Santos Sobrinho, julgou procedente a reclamação para condenar a União Federal a pagar ao reclamante a diferença entre o que receberia de indenização, em dobro, pelo tempo de 12 (doze) anos de serviços prestados e o que efetivamente recebeu como depósitos na conta do FGTS, deduzidas as parcelas relativas a este último e à multa de 10% incluída no recibo da rescisão do contrato. Condenou, ainda, a reclamada ao pagamento da correção monetária (fls. 34-46).

Além do recurso de ofício, recorreu a União Federal, argumentando que a jurisprudência dos Tribunais não agasalha a tese adotada na r. sentença de primeiro grau, sendo preponderante o entendimento de que a equivalência de que cuida o preceito constitucional do art. 165, XIII, da Constituição Federal, é jurídica e não econômica. Pediu, assim, o provimento do recurso (fls. 51-3).

Contra-razões às fls. 57-8.

A douta Subprocuradoria-Geral da República ofereceu parecer opinando pelo provimento do recurso (fls. 62-3).

Ê o relatório.

VOTO

O Exmo. Sr. Ministro José Pereira de Paiva (Relator). Procedo o apelo de fls. 50, em que pese a bem lançada sentença de fls. 34-36.

Toda a controvérsia restringe-se à interpretação da equivalência que se pretende, entre a «indenização» por tempo de serviço e o «fundo de garantia». A sentença recorrida entendeu ser esta expressável em termos monetários e, em assim sendo, operada a despedida do empregado optante, sem justa causa, fica a empresa sujeita a complementar a diferença apurada.

Todavia, já agora, a jurisprudência sobre o conceito de equivalência, externado pelos Tribunais, como sendo apenas de caráter jurídico, foi também apreciada na mais Alta Corte de Justiça do País e, ali, proclamou-se o acerto do verbete de nº 98, do Tribunal Superior do Trabalho que reconheceu ser a equivalência entre os regimes do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço e da estabilidade, da Consolidação das Leis do Trabalho, meramente jurídica e não econômica, sendo assim, indevidos quaisquer valores a título de reposição de diferenças.

Logo, muito ao contrário do alegado nas razões de fls. 57, do recorrido, a jurisprudência invocada pelo recorrente não se funda em precedentes de mais de dez anos atrás, mas sim, em julgados recentíssimos do Excelso Pretório.

No RE nº 93.132-RS, relatado pelo eminente Ministro Cunha Peixoto, assim decidiu aquela Alta Corte:

«Fundo de Garantia do Tempo de Serviço. Estabilidade. Constituição Federal, art. 165, XIII (interpretação).

A equivalência entre a indenização prevista na CLT e aquela assegurada pelo FGTS é jurídica e não econômica, em razão de coexistirem dois sistemas, distintos e optativos, oferecidos à livre escolha do trabalhador.»

Logo, após esse entendimento da mais Alta Corte de Justiça do País, impõe-se concluir que, sendo a equivalência entre a indenização prevista na CLT e aquela assegurada pelo Fundo de Garantia pelo Tempo de Serviço, apenas jurídica, sem cunho econômico, não pode, de fato, prosperar a procedência da reclamação, reconhecida na sentença de primeiro grau.

Face ao exposto, conheço e dou provimento aos recursos, oficial e

voluntário, para julgar improcedente a reclamação.

É o meu voto.

VOTO VISTA

O Sr. **Ministro Peçanha Martins**: O reclamante não recorreu da sentença que minuciosamente examinou a espécie e bem decidiu tendo em vista o pedido.

Nada, pois, que acrescentar à decisão, que confirmo pelos seus próprios fundamentos, data vênha do eminente Ministro-Relator. É que a indenização, no caso, terá que obedecer ao prescrito no art. 497 da Consolidação das Leis do Trabalho, desde que se trata de empregado estável, estabilidade verificada anteriormente à opção, cuja validade e eficácia não me cabe discutir neste processo,

em face do pedido e à falta de recurso do reclamante.

EXTRATO DA MINUTA

RO-4.913 — PI — Relator o Sr. Min. José Pereira de Paiva. Recorrente de Ofício. Juízo Federal no Estado do Piauí. Recorrente: União Federal. Recorrido: Antônio Moreira da Silva.

Decisão: A Turma, prosseguindo no julgamento, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator, vencido o Sr. Min. **Peçanha Martins**.

O Sr. Min. Lauro Leitão votou de acordo com o Relator, vencido o Sr. **Ministro Peçanha Martins**. Presidiu o julgamento o Sr. **Ministro Peçanha Martins**.

RECURSO ORDINÁRIO Nº 5.021 — PE

Relator: O Sr. Ministro William Patterson

Recorrente de Ofício: Juízo Federal da 3ª Vara

Recorrentes: Alcino Otávio Barreto Pedrosa e IAPAS

Recorridos: Os mesmos

EMENTA

Trabalhista. Servidor estável. Dispensa. Inquirido. Reintegração.

Se a falta praticada pelo servidor não foi no exercício das atribuições do cargo que ocupava no quadro do reclamado, conforme reconhecido em decisão desta Egrégia Corte, a ilegalidade da dispensa é manifesta, ensejando, destarte, a reintegração, posto que não impossibilitada pelo v. aresto.

A reintegração, pela sua própria natureza, impõe reparação ampla, sem restrição de espécie alguma.

Preliminares rejeitadas.

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 reclamante, para que os efeitos da reinte-

gração se contem a partir do ato demissório, e negar provimento ao recurso do IAPAS, 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 1970.
(data do julgamento) — Ministro Aldir G. Passarinho, Presidente — Ministro William Patterson, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro William Patterson: Trata-se de Reclamação Trabalhista formulada por Alcindo Otávio Barreto Pedrosa contra o Instituto de Administração Financeira da Previdência Social (IAPAS), objetivando sua reintegração no cargo de médico, do qual foi dispensado sem motivo justo.

Alega que sendo servidor estável, sua demissão foi promovida pelo INPS, ao fundamento da prática de falta grave, com a conseqüente proposição de inquérito trabalhista para a confirmação do ato. Acontece, porém, que a decisão de primeiro grau julgou extinto o processo pela ilegitimidade *ad causam* do Instituto promovente, sentença esta confirmada pelo Egrégio Tribunal Federal de Recursos. Entende que o resultado daquele processo o habilita a pedir a sua reintegração, ao invés da indenização como quer o reclamado.

Contestando o feito, o IAPAS argüiu preliminar de «coisa julgada», face aos termos do aresto desta Colenda Corte, que concebeu rescindido o contrato. Invoca, ainda, a prescrição. No mérito, diz que a reintegração é impossível, ante o trânsito em julgado do decisório em questão, tendo, na oportunidade, considerações sobre a falta do reclamante.

Sentenciando, o Dr. Jatir Batista da Cunha, após rechaçar as preliminares suscitadas, julgou procedente

o pedido, anulando a pena expulsiva, para decretar a reintegração do reclamante (fls. 73/74).

Recorreu o reclamante (fls. 80/82), pedindo a percepção dos salários, desde seu afastamento.

Recorreu, também, o IAPAS, com as razões de fls. 86/89, renovando as preliminares. No mérito, insiste nos argumentos já expendidos no corpo dos autos.

Contra-razões às fls. 93/94 e 98/100, respectivamente.

Neste Tribunal, a douta Subprocuradoria-Geral da República encampou as razões de seu assistido (fls. 103).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro William Patterson: O INPS, ao fundamento de falta grave cometida por Alcindo Otávio Barreto Pedrosa, médico anestesista, rescindiu o seu contrato, instaurando o competente inquérito, por se cuidar de servidor estável.

Dos autos do inquérito evidenciou-se que a falta fora praticada quando no exercício de funções dos Serviços de Anestesia de Pernambuco, e não na qualidade de médico do INPS. Por tais razões o MM. Juiz a quo reconheceu a ilegitimidade *ad causam* da Autarquia, julgando, em conseqüência, extinto o processo. O recurso não foi provido, em decisão unânime da Colenda 4ª Turma, em que foi Relator o ilustre Ministro Carlos Madeira, cujo acórdão está resumido na seguinte ementa:

«Trabalhista. Rescisão do Contrato de Trabalho. As figuras enumeradas no art. 482 da CLT só constituem justa causa quando praticadas por pessoa vinculada ao credor dos serviços por contrato de trabalho. Se no momento da consumação da falta, o profissional não

prestava serviço como empregado, mas como autônomo, associado a entidade conveniente com o Hospital, não há como considerar a justa causa, para efeito de rescisão contratual.

Desde que a autarquia empregadora admite a dupla qualidade de empregado e médico prestador de serviço por convênio e reconhece que, no momento da falta, trabalhava ele nessa segunda qualidade, é ela parte ilegítima para propor ação visando à rescisão do contrato de trabalho. Se o contrato já se encontra rescindido, cabe ao empregado a ação indenizatória.

O que se discute, agora, é o resultado daquele decisório. O reclamante acha-se com o direito de retornar ao trabalho, enquanto o reclamado defende a tese de que a reintegração é impossível, ao tempo em que revive o debate acerca da natureza da falta.

É certo que não se apreciou o mérito da questão, conforme assinalado pelo próprio Relator, quando da apreciação dos embargos declaratórios **verbis**:

«No voto que então proferi, concluí que... «a sentença que julgou extinto o processo, apenas reconhece a ausência de condições para a ação, remanescendo eficaz o ato administrativo da dispensa do recorrido, até que este o anule.»

Com efeito, se a discussão da legalidade do ato da autarquia ficou frustrada, desde o juízo do primeiro grau, pela extinção do processo sem julgamento do mérito, e se o recurso se ateve a esse aspecto, não podia a instância recursal reconhecer na sentença recorrida o que nela não se contém explicitamente. Extinguiu-se o processo em que se pediu a confirmação do ato de dispensa do servidor.

Desse modo, a apreciação sobre a legalidade do ato ficou protraída para a ação do prejudicado.

A isso se limitou a decisão da Turma.

O que o embargante pede é uma decisão sobre o mérito, com as conseqüências previstas no art. 495 da CLT, o que não cabe por via de embargos de declaração.»

Este processo é exatamente o acionamento do prejudicado, posto que persistiu o ato demissório.

A rigor, ter-se-ia de examinar, agora, o mérito, com a análise da natureza da falta, para se chegar à conclusão a respeito da legalidade da dispensa. Isso, porém, restou brechado, segundo entendo, pela decisão anterior. Ora, se a ilegitimidade **ad causam** foi aceita em razão do exame das circunstâncias funcionais que cercaram a atividade do médico, concebendo-se que a sua ação, naquele instante, não tinha qualquer vinculação com as suas atribuições profissionais ligadas ao reclamado, é lógico que a demissão não poderia repousar sobre aquela falta, cometida no exercício de atividade estranha à relação empregatícia questionada. Aliás, o próprio elenco do art. 482, da CLT, em que se arrima a disposição dos arts. 492 e 493, deixa claro que as infrações a serem consideradas pertinem com as tarefas do emprego ou cargo. A probabilidade de anulação da dispensa ficou evidenciada no voto do Senhor Ministro Carlos Madeira, **verbis**:

«Como se vê, a lei regula a dispensa do empregado estável nas mesmas condições do funcionário público, dando a ele a iniciativa da ação para apreciação do ato administrativo. Não tinha o INPS, além da legitimidade ativa, o interesse processual para a ação.

Resulta, daí, que a sentença que julgou extinto o processo, apenas

reconhece a ausência de condições para a ação, remanescendo eficaz o ato administrativo de dispensa do recorrido, até que este o anule».

Restaria indagar se o v. aresto bloqueou a reintegração, consoante se alega. É óbvio que não. Desde que não apreciou o mérito, vale dizer, a legalidade do ato, liberou as consequências desse exame. O fato de constar da ementa do acórdão a expressão «indenizatória» não significa que se restringiu o direito do reclamante àquela espécie. A palavra inserta no resumo não tem o alcance cogitado. Ela está empregada no sentido de «reparação», sem a tecnicidade que se pretende. O texto integrado do aresto conduz a tal convicção. Seria incoerente falar-se em «nulidade do ato» e, ao mesmo tempo, desfigurar os seus resultados primordiais que é o retorno ao *statu quo ante*.

Portanto, não vejo como impedir que se possibilite a reintegração, no particular, para só permitir a indenização. A ilegalidade da dispensa do estável, repercute, essencialmente, no postulado maior da garantia ao emprego, que se caracteriza pelo retorno ao trabalho, conforme se deflui da inspiração do art. 495 consolidado. Somente a incompatibilidade a que alude o art. 496 ensejaria a conversão do pedido em indenização. Isso, porém, não foi objeto das alegações do reclamado, nem se traduziu em provas bastantes que comportassem a análise do aspecto. O debate ficou reduzido à interpretação dos termos do acórdão da 4ª Turma.

Quanto às preliminares, a de «coisa julgada» está, desde já prejudicada, face às ponderações deste voto. Sobre a de prescrição, o ilustre sentenciante a repeliu de modo correto.

Finalmente razão assiste ao reclamante quando recorre da parte da sentença que limitou a percepção dos salários ao ajuizamento da re-

clamatória. Na verdade, a reintegração é fruto do desfazimento de uma providência **contra legem** cuja violência atinge a normalidade das relações contratuais. A reparação, em tais casos, há de ser plena, vale dizer, deve abranger todo o período sem restrições de qualquer natureza. O empregado volta às suas funções como se delas jamais tivesse sido afastado. Esse é o propósito que encerra o conteúdo do art. 495, da CLT, advertindo-se, ainda, que o desligamento, neste caso, precedeu ao inquérito, em completa inobservância às cautelas recomendadas pela legislação.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso do IAPAS e dou provimento ao recurso do reclamante.

VOTO

O Sr. Ministro Aldir G. Passarinho: Pelo que apreendi, houve um inquérito para apuração de falta grave, promovido pelo INPS, para a rescisão do contrato de trabalho que mantinha com o reclamante, falta essa que teria sido cometida em função de outra atividade, qual seja, a de prestador de serviço como autônomo.

O MM. Juiz entendeu que não se justificava a rescisão do contrato de trabalho, em face exatamente de ter sido repelida na outra ação, qual seja, a de inquérito para apuração de falta grave, a possibilidade de punição, em decorrência de falta em outra atividade, e em relação a qual não mantinha o ora reclamante vínculo empregatício com o Instituto.

A dúvida, então, basicamente se situa em saber-se, — em face de haver o decisório, já em grau de recurso neste Tribunal, entendido que deveria haver ação para fins de indenização — se caberia ou não a reintegração. Mas nos embargos de declaração, nos autos de inquérito, a meu

ver, ficou perfeitamente esclarecido que a expressão usada no acórdão: «ação de indenização» não tinha o sentido estrito que se lhe pretendia emprestar, ou seja, de que apenas caberia o pagamento de determinado valor à base do tempo de serviço do empregado. É que, nos embargos de declaração, veio a ser esclarecido que a apreciação da legalidade do ato de dispensa ficara protraída para ação do prejudicado. Ora, se a própria legalidade do ato demissório ficou protraída para uma ação própria, evidentemente que então é que devem ser examinadas todas as conseqüências, ou seja, se era válido ou não o ato demissório e, em conseqüência, qual reparação cabível na segunda hipótese. Entretanto, em face do resultado daquele julgamento anterior há de ter-se, como conseqüência na presente ação, que não houve realmente falta grave, pois a que teria sido cometida, o foi em decorrência de atividade como autônomo, e prestada, portanto, ao Instituto, sem vinculação de emprego. Isto porque, se aquele Inquérito anterior fosse julgado procedente, haveria o cancelamento do contrato de trabalho por justa causa.

Entendeu a Turma, de fato, naquela outra ação, «Inquérito judicial», que o Instituto sequer tinha legitimidade para procurar obter a rescisão do contrato de trabalho, em virtude de a falta de ter sido praticada em decorrência de outra atividade. Parece que a conseqüência a tirar-se, assim,

mas como lógica, é de que, na verdade, esta ação igualmente não poderia prosperar, já que a defesa do Instituto se baseia exatamente naquela falta grave, para apuração da qual o acórdão anterior sequer considerou com tendo ele legitimidade *ad causam*.

Igualmente acompanho o Sr. Ministro-Relator quando dá os efeitos reintegratórios a partir do ato demissório, porque a reintegração há de fazer-se totalmente, pois a tanto importa a anulação do ato de demissão.

Acompanho, assim, o eminente Ministro-Relator, que bem decidiu a questão.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

RO 5.021 — PE — Rel.: Sr. Ministro William Patterson. Recte.: de Ofício: Juízo Federal da 3ª Vara. Rectes.: Alcindo Otávio Barreto Pedrosa e IAPAS. Recdos.: Os mesmos.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso do reclamante, para que os efeitos da reintegração se contem a partir do ato demissório, e negou provimento ao recurso do IAPAS. Sustentou oralmente o Dr. José Guilherme Villela. (Em 19-9-80 — 2ª Turma).

Os Srs. Ministros José Cândido e Aldir Passarinho votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Aldir G. Passarinho.

RECURSO ORDINÁRIO Nº 5.162 — RJ

Relator: O Sr. Ministro José Pereira de Paiva

Recorrente **Ex Officio**: Juízo Federal da 5ª Vara — RJ

Recorrente: INCRA

Recorrido: José Ezequiel Saleh

EMENTA

Trabalho. Rescisão indireta do contrato de trabalho. Art. 483, alínea d, da CLT.

A transferência do empregado, sem a sua anuência, para localidade diversa da que resultar do contrato, não se verificando qualquer das exceções estabelecidas no art. 469, §§ 1º, 2º e 3º da CLT, enseja a rescisão contratual, nos termos do art. 483, alínea d da mesma Consolidação.

Sentença confirmada.

ACÓRDÃO

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

Decide a Primeira 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, 19 de fevereiro de 1982 (data do julgamento) — Ministro **Lauro Leltão**, Presidente — Ministro **José Pereira de Paiva**, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro **José Pereira de Paiva**: Trata-se de reclamação trabalhista ajuizada por José Ezequiel Saleh contra o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária INCRA, alegando rescisão indireta do contrato de trabalho e, em consequência, objetivando a condenação da Autarquia a pagar-lhe indenização dobrada correspondente a 12 anos de serviço; adicional de transferência (25% sobre o total dos salários devidos durante o tempo em que esteve transferido); férias referentes ao período de 1977/1978; 3/12 do 13º salário; baixa na carteira de trabalho; salários retidos e honorários advocatícios.

Sustentou que foi admitido pelo reclamado em 22-6-66 e sem qualquer consulta prévia, em 22-6-77, transferido para Vitória-ES, ato este que constituiu alteração unilateral

do seu contrato de trabalho e dá ensejo à devida indenização, de acordo com o art. 483 da CLT.

Percebia o salário de Cr\$ 7.053,00 (sete mil, cinquenta e três cruzeiros) mensais.

Audiência de conciliação e julgamento, conforme ata de fl. 31 e verso, na qual foi recusada a proposta de acordo, juntando-se a contestação do reclamado, na qual alega que a transferência do reclamante se deu por necessidade de serviço (fls. 19/21).

Laudo pericial do juízo às fls. 79/81.

Prosseguimento da audiência conforme ata de fl. 117, tornando-se inviável nova proposta de conciliação.

O MM. Juiz Federal de então, Dr. Américo Luz, sentenciou, assim concluindo o r. decisório (fls. 124-5):

«Julgo procedente, em parte, a reclamação, e condeno o reclamado a pagar ao reclamante a indenização em dobro, correspondente a 12 (doze) períodos (da data da admissão — 22-6-66 até 16-3-1978 — data em que passou a não comparecer ao serviço — fl. 25), aplicando-se a norma do art. 478 da CLT, e tomando-se por base o salário de Cr\$ 7.053,00 (ut resposta ao quesito nº 2 de fl. 79); o adicional de transferência de 25% (vinte e cinco por cento) sobre o total dos salários devidos durante o tempo em que o reclamante esteve transferido (art. 470 da CLT), conforme o que ficar apurado em execução; férias proporcionais referentes ao período de 1977/1978, que termina-

ria em 21-6-78, mas que não se completou, porque o reclamante deixou de comparecer ao serviço a partir de 16 de março do mesmo ano; 13º salário, também proporcional, de 3/12 concernentes a 1978. Condeno, ainda, o reclamado a anotar a baixa na Carteira de Trabalho e Previdência Social do reclamante. Considero indevidos os salários retidos, além dos que foram pagos na audiência (fl. 31 e verso), porque o reclamante faltou 28 (vinte e oito) dias ao serviço em janeiro de 1978 (fl. 24). Não são devidos honorários advocatícios em processos desta natureza, consoante entendimento do Juízo e farta jurisprudência dos Tribunais Superiores.

O reclamado pagará as verbas pecuniárias integrantes da condenação, com acréscimo dos juros moratórios contados da notificação inicial (fls. 10), e incidindo a correção monetária, ex vi do Decreto-Lei nº 75/66.

Recorro *ex officio* (Decreto-Lei nº 799/69)».

Inconformado, recorreu o reclamante, reafirmando os mesmos argumentos expostos no curso da ação (fls. 131-3).

Contra-razões, às fls. 137/140.

A douta Subprocuradoria-Geral da República se pronunciou, endossando as conclusões da Autarquia assistida (fl. 144).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Pereira de Paiva (Relator): Recorre o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária, ordinariamente, da sentença de fls. 119/125 que, julgando procedente, em parte, a reclamação ajuizada por José Ezequiel Saleh, condenou-o a pagar em dobro, a indenização correspondente a 12 perío-

dos, compreendidos entre 22-6-66 até 16-3-78, mais o adicional de vinte por cento, férias proporcionais e 13º salário.

Para tanto, com as razões de fls. 131/133, argüiu o equívoco da sentença, pois a ordem dada pelo recorrente, para o recorrido servir na Divisão do Espírito Santo, o foi por necessidade do serviço.

Além disso, o recorrente, entidade autárquica, com sede na Capital Federal e jurisdição em todo o Território Nacional, tem interesses que não se prendem a determinadas regiões e, assim, não pode falar em rescisão indireta, mas sim, no caso, há que falar em abandono de emprego.

Todavia, a tese desenvolvida nas razões do recorrente não se amolda à prova dos autos.

Trata-se, na espécie, de um direito agasalhado por norma expressa da Consolidação das Leis do Trabalho, constante do art. 469, nestes termos:

«Ao empregador é vedado transferir o empregado, sem a sua anuência, para localidade diversa da que resultar do contrato, não se considerando transferência a que não acarretar necessariamente a mudança do seu domicílio.»

Há, é certo, a exceção à regra ali contida, prevista no art. 470 da mesma Consolidação, porém a sentença recorrida a propósito, assinalou, com muita propriedade, que este dispositivo é inaplicável ao recorrido.

Diz a sentença:

Lê fls. 123.

Da prova carreada para os autos, ficou plenamente esclarecido que o recorrido era um excedente na Divisão Estadual Técnica do Espírito Santo que tinha lotação de apenas quatro servidores, quando a localidade em que servia tinha lotação de onze servidores e contava, à época, com apenas seis em exercício.

Logo, se havia várias vagas na localidade em que servia, precisamente cinco, e se havia excedente na localidade para a qual foi transferido, o ato, na espécie, equivale realmente a uma despedida indireta.

Alegou-se, para a sua prática, a necessidade do serviço, porém, esta, a nosso ver, é inexistente, pois, se assim fosse, teria que ser pago ao recorrido o adicional de 25% dos salários.

Logo, o recorrente, como seu ato, agiu fora dos limites permitidos e deve responder pelas suas consequências, prestando a devida indenização ao empregado.

Assinale-se, finalmente, que sendo o recorrido estável, o abandono de emprego para ser caracterizado, teria que ser precedido do competente inquérito, exigido pelo art. 853, da Consolidação Trabalhista.

Face ao exposto, conheço, porém, nego provimento ao recurso.

È o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

Recurso Ordinário nº 5.162 — R.J.
Relator: O Sr. Ministro José Pereira de Paiva. Recorrente **Ex Officio**: Juízo Federal da 5ª Vara — R.J. Recorrente: INCRA. Recorrido: José Ezequiel Saleh.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso (Julgado em 19-2-82 — 1ª Turma).

Os Srs. Ministros Lauro Leitão e Otto Rocha votaram de acordo com o Relator. Não compareceu, por motivo justificado, o Sr. Ministro Peçanha Martins. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Lauro Leitão.

RECURSO ORDINÁRIO Nº 5.776 — CE

Relator: O Sr. Ministro Jesus Costa Lima
Recorrente: Juízo Federal da 2ª Vara — Ceará
Parte A: Maria de Fátima Santiago da Silva
Parte R: União Federal

EMENTA

Trabalho. Valor da causa indeterminado na inicial, com pedido de arbitramento não apreciado pelo Juiz. A competência do Tribunal para conhecer do recurso necessário ou voluntário depende do valor da causa (Lei nº 6.825, de 1980). Baixa dos autos em diligência para que seja suprida a falta.

ACÓRDÃO

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

Decide a Segunda Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade e, preliminarmente, determinar a conversão do julgamento em diligência, com a baixa do processo

à instância de origem, a fim de que o Dr. Juiz arbitre o valor da causa, de acordo com o 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, 12 de fevereiro de 1982 (data do julgamento) — Ministro **Evandro Gueiros Leite**, Presidente — Ministro **Jesus Costa Lima**, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. **Ministro Jesus Costa Lima**: Cuida-se de Reclamação Trabalhista movida por Maria de Fátima Santiago da Silva contra a União Federal, solicitando o pagamento do adicional de insalubridade no grau máximo. Não indicou o valor da causa, porém requereu o arbitramento judicial. Instrução com a colheita de prova documental.

O Juiz proferiu a sentença, dando pela procedência do pedido, com exclusão da verba honorária, e recorreu de ofício. Não houve recurso voluntário.

Parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República, nas fls. 54.

É o relatório.

VOTO

O Sr. **Ministro Jesus Costa Lima** (Relator): O valor da causa não foi determinado no pedido, motivo pelo qual a reclamante solicitou que o MM. Juiz Federal o arbitrasse para efeito de alçada.

A instrução foi concluída, todavia, sem pronunciamento do magistrado e silêncio das partes.

O Decreto-Lei nº 779, de 21-8-69, no art. 1º, inciso V, cuidando da aplicação de normas processuais trabalhistas à União, aos Estados, ao Distrito Federal, Municípios e Autarquias, estabeleceu «o recurso ordinário **ex officio** das decisões que lhe sejam total ou parcialmente contrárias.»

A Lei nº 5.584, de 26-6-70, no art. 2º, cometeu ao Juiz o dever de fixar o valor da causa para a determinação de alçada, após a proposta de

conciliação, se esse valor não estiver determinado na inicial.

As partes podem impugnar o valor fixado e, se mantido, pedirem revisão ao Presidente do Tribunal.

A determinação do valor da causa, no caso, é de suma importância, uma vez que nenhum recurso cabe das sentenças proferidas em litígios trabalhistas que não excedam de duas vezes o salário mínimo vigente na sede do Juízo — art. 2º, §§ 3º e 4º da Lei nº 5.584/70.

Ao depois, se a sentença é de maio de 1981, vigente a Lei nº 6.825, de 22 de setembro de 1980, o arbitramento do valor da causa pelo Juiz, se a inicial não o determina, é indispensável, porque: a) «não ficam sujeitos ao recurso de ofício as sentenças desfavoráveis à União e autarquias federais, nas reclamações trabalhistas movidas contra essas entidades (Constituição, art. 110), de valor igual ou inferior a 100 (cem) Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional;» e b) «das sentenças proferidas por Juiz Federal em causas de valor igual ou inferior a 50 (cinquenta) Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional, em que sejam interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes a União, autarquias e empresas públicas, cabem, apenas, embargos infringentes do julgado e embargos de declaração.»

Além disso, mesmo que o valor da causa esteja apontado na inicial, pode haver impugnação que o Juiz resolverá, aplicando-se, subsidiariamente, as normas do Código de Processo Civil — art. 769, da CLT.

Por fim, a incidência das custas, nas reclamações trabalhistas, está disciplinada na Lei nº 6.032, de 30-4-74, com base no valor da causa.

A matéria é de ordem pública e de intensa repercussão no desenrolar do processo, inclusive por determinar a competência do Tribunal para co-

nhecer ou não de recurso necessário ou do demandante.

De tal modo, os autos devem baixar à primeira instância, a fim de que seja determinado o valor da causa pela pretensão do reclamante, na

data da propositura da reclamação, sendo irrelevantes possíveis alterações de valores de eventos posteriores.

Voto no sentido de que o processo baixe em diligência.

RECURSO ORDINÁRIO Nº 5.800 — PE

Relator: O Sr. Ministro Evandro Gueiros Leite

Recorrentes: Hélio Freire Carneval e outros e Instituto do Açúcar e do Alcool — IAA

Recorridos: Os mesmos

EMENTA

Reclamação trabalhista. Adicional de periculosidade.

A prova pericial é que revela a periculosidade da área de trabalho, não incluindo nas cautelas legais laboratório de análises situado em armazém de açúcar. O mesmo não ocorre em terminal açucareiro, onde o risco foi constatado.

Recursos desprovidos. 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 aos recursos e confirmar a sentença nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator e de acordo com as notas taquigráficas precedentes que integram o presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 5 de fevereiro de 1982 (data do julgamento) — Ministro Evandro Gueiros Leite, Presidente-Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Evandro Gueiros Leite (Relator): Reclamação trabalhista proposta por Hélio Freire Carneval e outros contra o Instituto do

Açúcar e do Alcool (IAA), objetivando o recebimento do adicional de periculosidade devido desde o início da sua exposição aos riscos, nas condições estabelecidas nos arts. 1ºs da Lei nº 2.573/55 e do Decreto nº 40.119/56. Pedem o acréscimo dos juros e da correção monetária.

Os reclamantes sustentam exercer as suas atividades em contado permanente com inflamáveis e em condições de periculosidade, sujeitos, portanto, aos riscos daí decorrentes. Mas a autarquia reclamada nega tal situação, ao informar, na sua defesa, que os reclamantes trabalham no setor de armazenagem de açúcar de merara «... destinado à exportação e em laboratório e, não, no setor de transporte de carga e descarga de inflamáveis, de reabastecimento de caminhões-tanques e de postos de serviço, do enchimento de latas e tambores, dos serviços de manutenção e operação, em que o trabalha-

dor se encontra sempre em contacto com inflamáveis, em recintos onde estes são armazenados e manipulados ou em veículos em que são transportados. (Omissis)» (Fls. 51-52).

Na audiência, foram ouvidos os peritos que assinaram o laudo, junto por cópia às fls. 26-27, documento fornecido pelos reclamantes. Foi determinada perícia judicial, conforme laudos às fls 101-104 (dos médicos) e 106-109 (dos engenheiros). Foram ouvidas três testemunhas em audiência e ultimou-se a instrução.

Sentença do Dr. Orlando Cavalcanti Neves, ilustre Juiz da 2ª Vara Federal. Julgou procedente a ação no tocante aos reclamantes referidos às fls. 137, mandando pagar-lhes o adicional de 30%. Em relação aos demais, julgou improcedente a ação.

É ler-se:

Ante o exposto, com fundamento no artigo 193, § 1º, da CLT, julgo em parte procedente a reclamação para condenar a Autarquia reclamada a pagar aos reclamantes Hélio Freire Carneval, Adilson Aureliano de Castro, Eraldo de Carvalho Cezar, Jailton Marinho de Souza, José Martins de Oliveira, Marcos Antônio de Melo Medeiros, Pedro Félix do Monte Filho, Severino Ferreira de Castro, Ubirajara de Araújo Tompson e Valdemir Vellozo de Souza, o adicional de periculosidade correspondente a 30% (trinta por cento) dos seus salários, a contar da data em que começaram a prestar serviços no, já diversas vezes aludido Terminal Açucareiro do IAA, respeitada a prescrição referida no artigo 11 da CLT, contada, regressivamente, a partir da citação, tudo a ser apurado na liquidação.

Em relação aos demais reclamantes julgo improcedente a re-

clamação, pois não ficou provado que o local onde exercem suas atividades está sujeito ao risco de periculosidade que alegaram.» (Fls. 137).

Recurso dos reclamantes, às fls. 146-149, onde afirmam que a lista nominal daqueles com direito ao recebimento do benefício, não corresponde à que foi fornecida pela própria autarquia, às fls. 56, pois ali se encontram os que foram excluídos na sentença.

Recurso da autarquia, às fls. 151-155, em crítica parcial à sentença. Deserção do recurso dos reclamantes decretada pelo Dr. Juiz, às fls. 159, mas posteriormente reconsiderada às fls. 170v. Contra-razões às fls. 163-168, dos reclamantes.

Autos no Tribunal, ouvida a douta Subprocuradoria-Geral da República que se manifestou, em parecer assinado pelo Dr. Geraldo Andrade Fonteles, no sentido do prosseguimento do feito e secundando a defesa da autarquia assistida (fls. 175).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Evando Gueiros Leite (Relator): O perito do juízo e o assistente da reclamada não divergem em torno de um ponto: ambos não consideram perigosa a área da Cabanga, onde se situam os armazéns de açúcar da autarquia, um escritório e um laboratório de análises. Nesse local, trabalham os reclamantes excluídos do adicional pela sentença que se valeu da audiência de duas testemunhas para a localização daqueles reclamantes (fls. 125 e 127). As testemunhas são antigos servidores da reclamada. Contudo, os reclamantes discordam dessa prova e apontam a relação nominal de fls. 56, apresentada pela própria autarquia e da qual constam os nomes dos trabalhadores excluídos como

exercendo atividades na zona considerada perigosa. Isso não é certo, porém, porque apenas dois deles (Adriano Menezes Machado e Antônio Rodrigues Chaves) estão relacionados como trabalhando nos armazéns, o que não significa, propriamente, que estejam no terminal açucarreiro do Brum. Quanto aos demais excluídos, a saber — Ary Xavier de Moraes, Manoel Lopes da Silva, Orlando Xavier Brasileiro, Otávio José da Costa e Severino Gaudêncio da Silva — não figuram sequer na relação dos armazéns, mas sim na relação dos trabalhadores do laboratório da Cabanga, à exceção de Marcos Antônio de Melo Medeiros, que trabalha na Divisão Regional de Assistência à Produção (fls. 56).

Não encontro nos autos outra prova que possa substituir a que foi eleita pelo ilustre Dr. Juiz e que coincide com as relações fornecidas pela reclamada. Anote-se, por exemplo, que à mingua de melhores fundamentos, os apelantes insistem em

configurar, na Cabanga, zona de perigo, graças à existência ali de uma bomba de gasolina desativada desde o mês de setembro de 1977.

Por tais razões, nego provimento aos recursos e confirmo a sentença.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

RO 5.800 — PE — Rel.: O Sr. Ministro Evandro Gueiros Leite. Recdes.: Hélio Freire Carneval e outros e Instituto do Açúcar e do Alcool — IAA. Recdos.: Os mesmos.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento aos recursos e confirmou a sentença, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. (Em 5 de fevereiro de 1982 — 2ª Turma).

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