
JURISPRUDÊNCIA

AÇÃO PENAL Nº 5 — BA

Relator — O Exmo. Sr. Min. Márcio Ribeiro

Autora — Justiça Pública

Réus — Carlos Alberto de Andrade e outros

EMENTA

Ação Penal instaurada contra membro do Ministério Público Estadual. Competência originária do TFR. Art. 87 do CPP. Crime de apropriação indébita de contribuições previdenciárias. Necessidade de representação do órgão. Inexistência de ofensa à Lei Penal. Arquivamento.

Compete, originariamente, ao TFR, o julgamento de ação penal instaurada contra Promotor Público Estadual, nos termos do art. 87 do CPP, que não se incompatibiliza com o art. 153, § 15, da CF consoante tem decidido o STF.

No mérito, a inexistência de representação pelo órgão previdenciário ao MP e a provada tramitação de processo relativo a pedido de liquidação do débito, caracterizando a falta de intenção do acusado de fazer suas contribuições, refutam a arguição de ofensa à lei penal e conduzem ao arquivamento do inquérito.

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

Decide o Pleno do Tribunal Federal de Recursos, preliminarmente, tomar conhecimento da ação penal por considerar competente o Tribunal, vencidos os Srs. Ministros Moacir Cautunda e Néri da Silveira; quanto ao mérito, à unanimidade, determinar o arquivamento da ação penal, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Custas de lei.

Brasília, 29 de novembro de 1974.
— *Márcio Ribeiro*, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. *Márcio Ribeiro* (Relator): Nesta ação penal, considerando de um inquérito instaurado contra

Carlos Alberto de Andrade e outros, a douta Subprocuradoria-Geral da República proferiu o seguinte parecer (lê).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Min. *Márcio Ribeiro* (Relator): Nos termos deste parecer, proponho o arquivamento do inquérito.

VOTO

O Sr. Min. *Henoch Reis*: Sr. Presidente, tenho uma dúvida, e gostaria que o Tribunal resolvesse logo, porque há um agravo regimental neste sentido, qual seja sobre a nossa competência para julgar promotores de justiça.

Entendo, *data venia*, que a nossa competência restringe-se ao que diz a Constituição. Ela se refere a Juizes Federais, Juizes do Trabalho... Creio

que houve uma falha. Deviam ter incluído os procuradores e os promotores. Mas desde que não incluídos, meu voto é pelo não conhecimento.

O *Sr. Min. José Néri da Silveira*: No caso, trata-se de promotor estadual, que deve ser julgado pelo Tribunal de Justiça.

O *Sr. Min. Décio Miranda*: Acontece que seria um crime praticado em detrimento de autarquia federal.

O *Sr. Min. Henoch Reis*: Pois é. Ainda há esta circunstância, que chamaria para a competência da Justiça Federal. Fica uma situação um tanto estranha a de um promotor ser processado e julgado pelo Juiz de 1ª Instância.

O *Sr. Min. Márcio Ribeiro* (Relator): A douta Subprocuradoria no seu parecer não levanta essa preliminar de incompetência. Se o Sr. Ministro Henoch Reis preferir, pode pedir que a Subprocuradoria se manifeste a respeito. Mas eu não acolheria a exceção de incompetência. Nas causas em que funcionamos como 2ª Instância, acho que a competência deve ser deste Tribunal Federal de Recursos.

O *Sr. Min. Esdras Gueiros*: Sendo prejudicada uma autarquia federal, digamos o INPS, a competência seria nossa.

O *Sr. Min. Henoch Reis*: Quanto a isso não há dúvida. O que desejo esclarecer é se a competência é originária deste Tribunal ou do Juiz Federal. A minha dúvida consiste nisso. Gostaria que o Tribunal resolvesse esta questão, porque eu tenho um agravo regimental nesse sentido. Ficaria, assim, desde logo decidido.

O *Sr. Min. José Néri da Silveira*: Com a permissão de V. Exª, desejo esclarecer que a Turma já afetou ao Tribunal Pleno o exame dessa matéria, com uma questão preliminar de conhecimento, no julgamento de uma apelação criminal da Guanabara, em que

precisamente um Procurador da Justiça do Trabalho, depois Juiz do Trabalho, à época em que Procurador, teria perpetrado um ilícito.

O *Sr. Min. Henoch Reis*: Sr. Presidente, pediria a V. Exª que submetesse esta questão ao Tribunal.

VOTO

O *Sr. Min. Henrique d'Ávila*: Sr. Presidente, sugiro a conversão do julgamento do recurso em diligência para que a Subprocuradoria-Geral da República se pronuncie sobre a prejudicial suscitada.

EXTRATO DA ATA

AP. nº 5 — BA. Rel.: Sr. Min. Márcio Ribeiro. Autora: Justiça Pública. Réus: Carlos Alberto de Andrade e outros.

Decisão: Após o voto do Sr. Ministro Relator acolhendo o parecer da Subprocuradoria-Geral da República no sentido do arquivamento do processo, no que foi acompanhado pelo Sr. Min. Moacir Catunda, suscitou o Sr. Min. Henoch Reis preliminar no sentido da competência ou não do Tribunal para apreciação da matéria, tendo o Sr. Min. Henrique d'Ávila sugerido a conversão do processo em diligência, independentemente de acórdão, para ouvir-se a douta Subprocuradoria-Geral da República sob a preliminar suscitada, diligência que foi unanimemente deferida (em 9-8-73 — T. Pleno).

Não compareceram, por motivo justificado, os Srs. Mins. Godoy Ilha e Armando Rollemberg. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Esdras Gueiros.

RETIFICAÇÃO DE VOTO

O *Sr. Min. Márcio Ribeiro* (Relator): Quanto à preliminar, a que

se refere a diligência, já agora cumprida, havia dito que considero este Tribunal competente para processar e julgar a ação pelo motivo óbvio de que o art. 87 do CPP nunca foi considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

E não me parece haver razão para tal porque foro por prerrogativa de função não é foro privilegiado.

Inexistindo ofensa ao art. 153, § 15, última parte da CF, força é admitir que não há também de qualquer outro.

O art. 122, *b*, não esgota a matéria de competência, como não a esgotava o art. 101, *c*, da CF-46.

O Cód. de Processo podia e pode arrolar novos casos de foro por prerrogativa de função.

Considero, pois, o Tribunal competente.

A Jurisprudência do Supremo não discrepa dessa orientação (CJ 5857-RJ; RECr. 75.821-SP).

VOTO (PRELIMINAR DE COMPETÊNCIA)

O *Sr. Min. Moacir Catunda*: Sr. Presidente: Na preliminar estou em divergência com o eminente Relator. Reconheço a incompetência do Tribunal Federal de Recursos. Os motivos são os aduzidos no voto proferido no julgamento da Ação Penal nº 8 — junto por cópia.

VOTO (QUESTÃO DE ORDEM)

O *Sr. Min. Moacir Catunda*: Sr. Presidente: Dou pela existência de matéria constitucional, o que justifica a votação de todos os Srs. Ministros do Tribunal, rejeitando, porém, a convocação prévia de substituto para o Sr. Ministro que se declarou impedido.

VOTO

O *Sr. Min. Moacir Catunda*: Sr. Presidente: Meu voto é negando provimento para manter a decisão recorrida. A competência do Tribunal Federal de Recursos, conforme o deliberado dezenas de vezes, é exaustiva, alcançando somente os casos previstos na Constituição. Em face do preceito da Constituição, que alcança também matéria referente à prerrogativa de função, tenho para mim que o art. 87 do Código de Processo Penal encerrará norma assaz caduca. O TFR não tem autoridade, emanada de lei, que lhe se procura atribuir, com argumentos brilhantes, mas destituídos de juridicidade, eis que em dissídio, todos eles, com a letra da Constituição, *data venia*. Daí porque confirmo o despacho recorrido que traduz uma pacífica e reiterada jurisprudência. Embora vencido, fico com ela, até que tenha sido sepultada definitivamente mediante novas decisões, idêntica à dos autos, ditadas pela douta maioria.

VOTO-VENCIDO

(PRELIMINAR DE COMPETÊNCIA)

O *Sr. Min. José Néri da Silveira*: De acordo com o ilustre Ministro Moacir Catunda, não conheço da matéria por entender incompetente o Tribunal Federal de Recursos para originariamente processar e julgar Promotores de Justiça, em se tratando de crime em detrimento de bens, serviços ou interesses da União Federal ou de autarquias federais, a teor do art. 125, nº IV, da Constituição.

Compreendo que os autos devem ser remetidos ao Dr. Juiz Federal da Seção Judiciária do Estado da Bahia, competente para o processo e julgamento em apreço. Reporto-me, a tanto, aos termos do voto que proferi, a propósito da questão de competência na

Ação Penal nº 8, que farei anexar por cópia.

VOTO (VISTA)

O Sr. Min. José Néri da Silveira: Em face do art. 122, I, alínea b, da Constituição, indaga-se da competência originária do Tribunal Federal de Recursos para o processo e julgamento, por crimes comuns e de responsabilidade, de titular de cargo de Procurador do Trabalho, integrante do Ministério Público Federal, tendo em conta o disposto no art. 87, do Código de Processo Penal.

2. Escreveu Edward S. Corwin, in «A Constituição Norte-Americana e seu significado atual», p. 191:

«A jurisdição é originária ou em grau de recurso. Em Marbury V. Madison (1803), caso em que, pela primeira vez, a Corte Suprema declarou a inconstitucionalidade de uma lei do Congresso, afirmou-se que o Congresso não podia estender a jurisdição originária da Corte Suprema e outros casos além dos especificados na primeira sentença deste parágrafo.»

Está assim no artigo III, Seção II, (2), da Constituição Americana, *verbis*:

«Em todos os casos concernentes a embaixadores, outros ministros e cônsules e naqueles em que um Estado for parte, a Corte Suprema terá jurisdição originária. Nos demais casos supracitados, a Corte Suprema terá jurisdição em grau de recurso, podendo rever tanto as questões de direito como as de fato, com as exceções e de acordo com as regras estabelecidas pelo Congresso.»

Em torno da Constituição Brasileira de 1891, Carlos Maximiliano observou, na esteira da doutrina consagrada no Direito Americano, *verbis*:

«A outorga de poder em casos especificados o exclui em todos os outros casos não mencionados. Em virtude deste princípio, cabe à Corte mais alta agir originariamente nas oportunidades previstas pelo nº I do art. 59» (*apud Comentários à Constituição Brasileira*, nº 382, p. 625).

A propósito da competência federal, na Lei Magna de 1891, escreveu o festejado mestre:

«Há no Brasil dualidade de justiça. A comum ou geral pertence aos Estados; especial ou excepcional é a da União. Não se presume a competência desta. Nos casos não abrangidos explícita ou implicitamente pelos arts. 59 a 61, funciona e decide a jurisdição local» (*op. cit.*, nº 381, ps. 623-624).

No regime da Carta Política de 1946, a propósito do art. 101, I, no que concerne à competência originária do Pretório Excelso, anotou o eminente Themístocles Cavalcanti: «Deve, entretanto, ser expressa e, na dúvida, prevalece o sistema da dupla instância judicial, funcionando o Supremo Tribunal como instância de recurso. Nos Estados Unidos é doutrina assente de que somente nos casos previstos na Constituição admite-se a competência originária» (*apud «A Constituição Federal Comentada»*, vol. II, p. 325).

Sob a égide da mesma Carta Política, comentou o prof. Cláudio Pacheco, acerca do Tribunal Federal de Recursos, nessa linha, *verbis*:

«Tal como fizera em relação ao Supremo Tribunal Federal em

seu art. 101, (...) a Constituição empreende o estabelecimento taxativo das competências do Tribunal Federal de Recursos. Como ali dissemos em relação ao Supremo Tribunal Federal, ficam estas competências conferidas com a estabilidade e até mesmo com a fixidez do nível constitucional, de modo que normalmente a atividade ordinária do Legislativo não pode modificá-las, nem para sonegar nem para crescer» (*in Tratado das Constituições Brasileiras*, vol. VII, ps. 275-276).

A competência originária, como as demais competências do Supremo Tribunal Federal, sinalou Paulo Sarasate, a propósito da Carta Política de 1967, «tendo nitidez constitucional, não podem ser acrescidas de outras pelo legislador ordinário, visto como a própria Constituição não o permite, como faz, por exemplo, relativamente à competência da Justiça Eleitoral, caso em que somente algumas atribuições são explicitadas, restando as demais para a lei comum.» (*apud «A Constituição do Brasil ao Alcance de Todos»* p. 437). O mesmo se há de afirmar quanto à competência originária do Tribunal Federal de Recursos, no regime de 1967, cumprindo registrar, inclusive, que a própria Constituição, em seu art. 117, parágrafo único, previu, de expresso, uma única hipótese em que a lei poderia estabelecer competência originária do TFR, qual seja, «para a anulação de atos administrativos de natureza tributária».

Pontes de Miranda, referindo-se à matéria em exame, em seus *Comentários à Constituição de 1967*, Tomo IV, p. 186, anotou:

«A Constituição de 1967 é bem clara quanto à competência originária e à competência de segunda instância (art. 117).

Mas há o art. 117, parágrafo único.»

A revisão constitucional de 1969 não modificou o princípio em exame, eis que a Emenda Constitucional nº 1, de 17-10-69, em seu art. 122, I, enumerou as hipóteses de competência originária desta Corte Federal, mantendo, no particular, regra idêntica ao parág. único do art. 117 do texto inicial, no art. 122, parág. único, com delegação à lei ordinária para estabelecer competência originária do TFR, tão-só «para a anulação de atos administrativos de natureza tributária». A ilustre professora Rosah Russomano, em «*Anatomia da Constituição*», págs. 212-213, após sinalar a ampliação que se verificou na competência originária do Tribunal Federal de Recursos, escreve:

«A Constituição, porém, além de ter exarado, taxativamente, a competência originária dos Tribunais, prevê que a mesma possa versar sobre outra matéria: anulação dos atos administrativos de natureza tributária. Essa competência, porém, fica dependente das determinações da lei ordinária, que a estabelecerá ou não, já que o preceito do parágrafo único (do art. 122) é meramente permissivo e não imperativo.»

Se, dessa sorte, segundo nosso sistema, a competência originária do Pretório Excelso e do Tribunal Federal de Recursos resta definida exaustivamente no texto constitucional, cumpre, entretanto, admitir, na exegese das regras da Constituição a tal propósito, a viabilidade de competência implícita, ou por força de compreensão, que, segundo Paulo Sarasate, «tem, no seu próprio conceito, o dom de não ser propriamente ampliativa mas resultante, em limites restritos, do próprio poder de interpretação do texto cons-

utucional inerente às funções judiciárias» (op. cit., p. 437).

Trata-se, aí, como registrou o ilustre professor Cláudio Pacheco, de indagar «se estas competências podem ser ampliadas, ou simplesmente reveladas, quando se consideram implícitas, por via de interpretação». Citando a autoridade do eminente Ministro Luiz Gallotti, no sentido afirmativo, transcreve o autor referido passagem de trabalho escrito por esse insigne membro do Pretório Excelso, ainda quando Procurador-Geral da República, e publicado na *Revista Forense*, vol. 117, pág. 54, *in verbis*:

«Poder-se-á objectar que a competência do Supremo Tribunal, como já ocorria com a da extinta Justiça Federal, é de ordem constitucional, porque fixada na Lei Magna, ao contrário do que se verifica, por exemplo, no tocante à Justiça eleitoral cuja competência a Constituição permitiu fosse regulada por lei, embora lhe indicasse, desde logo, algumas das atribuições (art. 119); e daí argumentar que, se a Carta Magna apenas declarou competente o Supremo Tribunal Federal para os processos crimes movidos contra desembargadores, não poderia uma lei ordinária (o citado art. 85, do Código de Proc. Penal) estender tal competência a processos movidos por desembargadores, em se tratando de crimes contra a honra, quando oposta e admitida a exceção da verdade. Mas aí se trata, a nosso ver, de competência implícita, ou por força de compreensão, que plenamente se justifica, tendo-se em conta que acolher a *exceptio veritatis* contra um desembargador pode importar o reconhecimento de haver ele cometido um crime, sendo razoável e lógico que tal pronuncia-

mento só possa emanar do tribunal competente para o julgamento do mesmo crime.

«Aliás, a competência implícita, ou por força de compreensão, foi, em face da Carta de 1891, muitas vezes admitida pelo Supremo Tribunal, quer no tocante às suas atribuições originárias, quer relativamente às da Justiça federal.

«Quanto a estas, é de lembrar o que ocorreu com relação ao processo e julgamento dos crimes que interessam à administração federal (peculato, moeda falsa, contrabando, etc.). A Constituição de 1891 não cogitava da competência da Justiça Federal para processá-los e julgá-los. Apesar disso, o Supremo Tribunal considerou implícita essa competência, como decorrente da índole do nosso sistema federativo (vide acórdão de 27 de outubro de 1894, em Mendonça de Azeredo, «*A Constituição Federal Interpretada pelo Supremo Tribunal Federal*», 1925, págs. 197-198). E logo se seguiu o pronunciamento do legislador, consagrando essa jurisprudência, na Lei nº 221, de 29 de novembro de 1894.

«E no tocante à competência originária do Supremo Tribunal, este a reconheceu em mais de uma hipótese não prevista expressamente pela Constituição de 1891.

«Assim para a homologação de sentenças estrangeiras. Assim para o *habeas corpus* que se fundasse em coação do Presidente da República ou de Ministro de Estado. E assim também para o *habeas corpus*, no caso de partir a coação de um tribunal estadual ou de um juiz federal.»

Também, no que pertine ao Tribunal Federal de Recursos, no regime da Constituição de 18 de setembro de 1946, embora não explícita no art. 104, inciso I, sua competência originária para julgar conflitos de jurisdição, sustentou Themístocles Cavalcanti (op. cit., p. 357) que se ocorresse o conflito entre dois juizes do mesmo Estado, ambos debaixo da jurisdição do Tribunal Federal de Recursos, «nesta hipótese ter-se-ia de suprir ao silêncio da lei por um princípio geral de competência indeclinável e o Tribunal Federal teria de solver o conflito». Assim, de resto, aqui se decidiu, como no Pretório Excelso, a tal propósito, pela competência do Tribunal Federal de Recursos para dirimir conflitos de jurisdição entre dois juizes das justiças locais quando um deles fosse da Vara da Fazenda Pública e se argüisse um possível interesse da União. Quedou é certo, sempre vencido o ilustre Juiz Elmano Cruz, que funcionava no TFR, como convocado, ao defender, em qualquer hipótese, a competência do Supremo Tribunal Federal, a teor do art. 101, I, letra f, da Lei Magna de 1946 (*apud Revista Forense*, vol. 115, p. 27, vol. 120, ps. 28-30).

Outra questão que, aqui, se debateu na vigência da mesma Constituição, respeitou ao conhecimento pelo Tribunal de Recursos de ofícios interpostos das decisões dos juizes locais, *ut* art. 574, I, do CPP, concessivas de *habeas corpus*, em face do disposto no art. 104, II, alínea b, da Carta Política em foco, que previa competência para julgar em grau de recurso tão-somente, as decisões dos juizes locais, denegatórias de *habeas corpus*. Inicialmente, dava-se por incompetente o TFR, em hipótese tais. O eminente Ministro Henrique d'Ávila, como Relator do acórdão, em decisão unânime do Tri-

bunal Pleno, tomada a 2-5-1949, proclamou:

«Como acabou de ver o Tribunal, trata-se no caso de recurso de ofício, interposto de sentença concessiva de *habeas corpus*. Este Tribunal tem jurisprudência firmada no sentido de sua incompetência para conhecer de tais recursos, face ao art. 104, inciso II, letra b, da Constituição Federal.» (*apud Revista Forense*, vol. 132, p. 243).

Também, no mesmo sentido, a 1-9-1951, julgou o Tribunal, conforme acórdão publicado na *Revista Forense*, vol. 166, p. 313, de que foi Relator o eminente Ministro J. J. Queirós. Em igual linha, a 14-1-1952, *in Revista Forense*, vol. 146, p. 407, Relator o Sr. Ministro Mourão Rüssel.

Ocorre, porém, que, já, em decisão de 1º de abril de 1954, cujo acórdão está publicado na *Revista Forense*, vol. 157, ps. 387-91, em longo e fundamentado voto, ficou vencido o ilustre Ministro Abner de Vasconcelos, que, dentre outros argumentos, anotou:

«Desde que lhe cabe a competência para julgar os crimes contra a Fazenda Pública, não se pode recusar ao legislador, na regulamentação do processo, a prerrogativa de estabelecer os recursos necessários. Apenas, por exemplo, o recurso de ofício, nos *habeas corpus* concessivos, não tem a consistência de que trata aquele dispositivo da Carta Magna (art. 104, II, b). Fica sujeito, é certo, às flutuações da legislatura ordinária, podendo ser eliminado do processo penal, mas não incapaz de ser contrário à Constituição. Nisso é que está a solução do problema, a respeito da permanência do preceito do art. 574,

nº I, do Código de Processo Penal, que não colide, absolutamente, ao que toca ao Tribunal Federal de Recursos, com o recurso do *habeas corpus* previsto no citado texto constitucional.

«Nossos exegetas da Lei Magna ainda não se ocuparam desse duplo aspecto sobre competência, um constitucional e outro de direito comum, ou adjetivo.»

Ainda, em acórdão de sua colenda 1ª Turma, de 12-8-1957, in *Revista Forense*, vol. 175, ps. 303-304, o próprio egrégio Supremo Tribunal Federal, na palavra do ilustre Ministro Luiz Gallotti, teve oportunidade de decidir:

«Sr. Presidente, em se tratando do Tribunal Federal de Recursos, o obstáculo que se tem reconhecido intransponível é o da admissibilidade do recurso *ex officio*. Diz o art. 104 da Constituição,

«II — julgar em grau de recursos:

«b) as decisões de juízes locais, denegatórias de *habeas corpus*, etc.

«Por conseguinte, em relação ao Tribunal Federal de Recursos, ficou derogado o preceito do Código de Proc. Penal que fala em recurso *ex officio* de decisão de primeira instância concessiva do *habeas corpus*, uma vez que a Constituição se refere apenas às decisões denegatórias.»

Já, entretanto, em 1962, ao que tenho, tornou-se assente no Pretório Excelso o entendimento de competir ao Tribunal Federal de Recursos conhecer e julgar recursos de decisões concessivas de *habeas corpus*. Em acórdão unânime de sua colenda 1ª

Turma, o Alto Tribunal incisivamente adotou essa orientação, como se vê do aresto publicado na *Revista Forense*, vol. 202, ps. 275-277. O Relator, eminente Ministro Gonçalves de Oliveira, após invocar o art. 104, II, letra a, da Constituição, como fundamento do recurso de ofício ou voluntário das decisões concessivas de *habeas corpus*, em se tratando de causas criminais de interesse da Fazenda, recusando argumento do saudoso Ministro Oscar Saraiva de que, para tanto, mister se faria emenda constitucional, asseverou, *verbis*:

«A interpretação exposta é a que resulta da Constituição, em face dos princípios, que adotou, de colocar os crimes enunciados na dependência de um julgamento, de um Tribunal Superior. O Tribunal Federal de Recursos, seguindo essa inteligência da Lei Magna, não se diminuiu, antes, fica naquela situação eminente que a Constituição lhe reservou: de julgar, em segunda instância, as causas de interesses federais, de julgar, em segunda instância, entre outras hipóteses, os crimes praticados contra «bens, serviços ou interesses da União», nos próprios termos da nossa Lei mais alta.

O Tribunal não pode abandonar essa jurisprudência.»

Também anteriormente, assim decidira, sobre a matéria, o colendo Supremo Tribunal Federal, nos RE nº 33.337; 44.937 (embargos); 46.110 (embargos); 46.546, 49.459, sessão de 26-7-1962, e 50.682, sessão de 9-8-1962, todos referidos no voto do citado ilustre Relator que acentuou: «tais julgamentos se fizeram reiterados, a ponto de o Ministro Henrique d'Ávila, no julgamento dos recursos extraordinários ns. 49.459 e 50.682, os seguir expressamente, abandonando

velha opinião a respeito. Também assim o fez o ilustre Ministro Cândido Mota».

Também na vigência da Constituição de 1967 e da Emenda Constitucional nº 1, de 1969, admite-se a competência originária do Tribunal Federal de Recursos para processar e julgar ações rescisórias e revisões criminais de sentenças de juízes federais, embora no art. 122, I, a, da Lei Magna, se prevejam as revisões criminais e ações rescisórias de «seus julgados». Têm se compreendido, aí, os decisórios de primeiro grau sujeitos à competência recursal desta Corte, por força do art. 122, II, combinado com o art. 125, da Constituição. No mesmo sentido, na interpretação do art. 122, I, alínea e, firmou o Pretório Excelso ser do Tribunal Federal de Recursos a competência originária para o processo e julgamento de conflitos de jurisdição entre juiz federal e juiz de Estado, sendo, como é, explícita a competência para dirimir ditos conflitos entre «juízes federais de várias categorias»; entre juízes federais subordinados a tribunais diferentes; entre juízes de Estados diversos; entre juízes de Estados e do Distrito Federal ou dos Territórios; entre juízes de um Território e os de outro. Neste sentido, outrossim, a lição de Pontes de Miranda, in *Comentários à Constituição de 1967*, com a Emenda nº 1, Tomo IV, p. 197.

Análise de todas essas hipóteses conduz-nos, porém, à conclusão de apenas revelar-se, aí, competência implícita. Adota-se, inequivocamente, na exegese dessas normas constitucionais de eficácia plena, interpretação meramente extensiva; não se cuida, aí, de integrar lacunas do ordenamento constitucional, por via analógica, nem de criar, pelo processo exegético, hipótese inteiramente nova, porque insuscetível

de estar compreendida no âmbito dos casos explicitados na norma.

Ora, a interpretação extensiva, como admiravelmente ensina Ferrara, «despojando o conceito das particularidades e circunstâncias especializantes em que se encontra excepcionalmente encerrado, eleva-o a um princípio que abarca toda a generalidade das relações, dando-lhe um âmbito e uma compreensão que, perante a simples formulação terminológica, parecia insuspeitada». Como, noutro passo, observou Ferrara, «as omissões no texto legal, com efeito, nem sempre significam exclusão deliberada, mas pode tratar-se de silêncio involuntário, por imprecisão da linguagem. A interpretação extensiva é um dos meios mais fecundos para o desenvolvimento dos princípios jurídicos e para o seu reagrupamento em sistema. E como a interpretação extensiva não é mais do que reintegração do pensamento legislativo, aplica-se a todas as normas, sejam embora de caráter excepcional ou penal. O princípio do art. 4º das disposições preliminares que veda a extensão das leis penais ou restritivas além dos casos expressos, refere-se à aplicação por analogia». (*apud Interpretação e Aplicação das Leis*, trad. 1963. Armênio Amado, Editor, Sucesor-Coimbra, págs. 147, 150 e 151).

Carlos Maximiliano observou: «A interpretação extensiva por força de compreensão, embora se não ativesse às palavras, tirava da norma o seu sentido integral, tudo o que na mesma se continha; deduzia o preceito para cuja efetividade fora o dispositivo elaborado» (*apud Hermenêutica e Aplicação do Direito*, nº 223, pág. 248).

Não vejo, entretanto, a partir desses exemplos de revelação de competência implícita, através de interpretação meramente extensiva, como justificar ao intérprete a adoção de

procedimento criador de hipóteses novas ou de integração de lacunas imaginadas no sistema por via analógica. Aliás, a esse propósito, bem lembrou o ilustre professor Frederico Marques, em parecer trazido ao conhecimento do Tribunal, *verbis*:

«Quando o preceito legal contém regra específica nem por isso fica proibida a interpretação extensiva, pois o que se veda (e daí a confusão de muitos), nessa hipótese, é apenas a integração analógica. A propósito do assunto, Eduardo Espínola teceu considerações irresponsáveis, demonstrando cabalmente que não há incompatibilidade alguma entre regra especial ou de direito estrito, e interpretação extensiva, inadmitindo aquela, isto sim, alargamento e ampliação pelas vias de analogia» (*Questões Jurídicas e Pareceres*, 1925, vol. I, pág. 151).

Não entendo, dessa sorte, como viável, na hipótese do art. 122, I, alínea *b*, da Constituição, que enumera os casos de competência originária do Tribunal Federal de Recursos para processar e julgar nos crimes comuns e de responsabilidade, «os juízes federais, os juízes do trabalho e os membros dos Tribunais Regionais do Trabalho, os membros dos Tribunais de Contas dos Estados e os do Distrito Federal», se terem como compreendidos também nessa regra os membros do Ministério Público Federal, de maneira a ser possível revelar-se, quanto aos mesmos, competência implícita desta Corte. Nem há, outrossim, no conjunto das regras que compõem o sistema da competência originária do Tribunal Federal de Recursos, assento legítimo a uma exegese extensiva, por via de compreensão.

Tratando-se, de outra parte, de normas constitucionais de eficácia

plena as que dispõem sobre competência originária do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Federal de Recursos, não é cabível admitir, quanto às mesmas, leis integrativas dessas regras maiores, segundo o sistema previsto na Constituição para a integração de suas normas de eficácia limitada. No caso concreto, a matéria está regida por normas constitucionais orgânicas, assim consideradas «as disposições de natureza organizativa da estrutura do Estado, dos poderes públicos e de suas relações entre si e com os governados, através da definição de competências e respectivas funções» (*apud* José Afonso da Silva, «*Aplicabilidade das Normas Constitucionais*», p. 169). É certo que, por vez, deixa o constituinte a regras integrativas tornarem plenamente eficazes tais normas orgânicas. Assim, na Constituição de 1967 e na Emenda Constitucional nº 1, de 1969, *ad exemplum*, a competência originária deste Tribunal para anulação de atos administrativos de natureza tributária que o parágr. único do art. 122, da Constituição, deixou ao legislador ordinário a faculdade de estabelecer-la. Se não houvesse essa autorização constitucional, exato é que, pela natureza das disposições do art. 122 em foco, essa competência não poderia ser atribuída ao TFR, nem por Lei Complementar ou Lei Ordinária.

Cumprido, de outra parte, ter presente também na interpretação da regra maior em apreço princípio constitucional inserto no artigo 153, § 15, 2ª parte, da Lei Magna em vigor, segundo o qual não haverá foro privilegiado, nem tribunais de exceção. Nesse sentido, ensina Pontes de Miranda: «Diz-se foro privilegiado aquele que cabe a alguém, como direito seu (elemento subjetivo, pessoal, assaz expressivo); portanto, o foro de juízo que não é o comum». E aduz, noutro passo:

«O § 15, 2ª parte, lê-se como se dissesse: Não haverá outros foros privilegiados que os instituídos pela própria Constituição, e.g., o do Presidente da República, o dos Ministros do Supremo Tribunal Federal etc.» (*apud Comentários à Constituição de 1967*, Tomo V, ps. 224 e 226). Nessa linha, outrossim, a lição de Themístocles Cavalcanti, in «*A Constituição Federal Comentada*», de 1946, vol. III, ps. 229-230.

No Recurso Extraordinário Criminal nº 74.381, de São Paulo, julgado pelo Pretório Excelso, a 4-10-72, em sessão plenária, o eminente Ministro Antonio Neder, em seu voto vencedor, destacou:

«Na verdade, a CF, no art. 153, § 15, expressa o princípio da proibição de foro privilegiado.

«Portanto, fora dos casos expressos no texto constitucional, não se tem como cogitar de foro dessa natureza.

«O legislador ordinário *não pode* instituí-lo, notadamente o estadual, que não pode legislar sobre processo penal (CF, art. 8º, XVII, b).

«Só o constituinte poderá fazê-lo.

«Este é o ponto de partida para o completo entendimento do assunto.

«Ora, se a CF, ela mesma, estabeleceu norma absoluta ou *ratione materiae*, de competência do Tribunal do Júri para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida (art. 153, § 18) e se ela estabeleceu normas de caráter estrito que derogam aquele princípio geral de competência no que respeita a alguns dos seus altos agentes políticos, e, doutro lado, se ela, a Constituição, só confere foro privilegiado ao Procurador-Geral da República e não aos

demais componentes do MP da União, a mim me parece contrário ao sistema constitucional vigente e à letra de uma de suas normas que a lei ordinária, mesmo federal, ou a Constituição de São Paulo, disponha em termos contrários a tal sistema e a tal norma.»

Anteriormente, no *Habeas Corpus* nº 38.050 (AC do Tribunal Pleno de 14-12-1961), o saudoso Ministro Nelson Hungria, em seu voto vencedor, já proclamara:

«O Código de Processo Penal foi publicado no regime do Estado Novo, quando a Constituição não era aplicada. Havia um estado constante de emergência. Aí, prevalecia o Código de Processo Penal. Mas, com o advento da Constituição de 1946, entre as pessoas julgadas pelo Tribunal de Justiça não se incluía o Ministério Público. Por outro lado, há dispositivo expresso: não há foro privilegiado. Os próprios comentadores da Constituição, entre os quais Pontes de Miranda, acentuam que não há foro privilegiado, exceto àquele que a própria Constituição admite e ela só admite o foro privilegiado para os juizes de direito, que são julgados pelo Tribunal de Justiça, e para os desembargadores, que são julgados pelo Supremo Tribunal Federal. Eu contramarchei, no caso do Rio Grande do Sul, e nós voltamos atrás. Realmente, não pode mais haver foro privilegiado para promotor de justiça porque a Constituição de 1946 não o permite.»

Penso, dessa maneira, que, em se tratando de competência originária do Tribunal Federal de Recursos não há invocar lei ordinária, anterior ou posterior à Constituição, para, em se cogi-

tando de competência para processar e julgar autoridades, por prerrogativa de função, incluir, na enumeração do art. 122, I, *b*, outro agente do Estado, que não possua a condição dos expressamente aí enunciados.

Não vejo, assim, *data venia*, a questão em termos de indagar se é ao legislador ordinário, ou não, que incumbe preponderantemente definir as hipóteses de competência por prerrogativa de função, no processo penal. Visualizo a *quaestio juris* na perspectiva da competência do Tribunal Federal de Recursos para julgar. Se, por via de interpretação das normas que a definem, ou do sistema em que se integram, não é possível ver compreendida a hipótese questionada, cuido que a Corte originariamente dela não pôde conhecer.

Tenho aqui presente o que, a tal propósito, escreveu Carlos Maximiliano, no regime de 1891, *verbis*:

«A questão de jurisdição e competência *ratione materiae* é fundamental; *nullus major defectus quam defectus potestatis.*»
(Comentários, op. cit., nº 381, p. 625).

No caso concreto, portanto, em que pesem as lúcidas considerações, que acolho integralmente, no que respeita à conveniência de os membros do Ministério Público Federal gozarem de foro especial por prerrogativa de função, a par da magistratura federal, não entendo, entretanto, como possa, na exegese da norma do art. 122, I, *b*, da Constituição, tê-los como aí compreendidos, mesmo utilizada a interpretação extensiva. Somente isso se poderia resolver, qual acima anotei, se e quando ao exegeta da norma admitido fosse criar hipóteses novas, o que se lhe recusa na Teoria Geral do Direito.

Em verdade, inobstante compreenda que, ao ensejo do processo

exegético, não se pode conceber a norma jurídica como algo *a se stante*, uma forma ou estrutura dotada de validade autônoma, suscetível de expressar a «totalidade de seu significado» com abstração dos fatos e valores de que se originou, assim como de fatos e valores supervenientes, na expressão admirável de Miguel Reale (*in O Direito como Experiência*, 1968, p. 238), não é menos exato, porém, na lição do mesmo eminente mestre paulista, que a liberdade do intérprete fica sempre contida nos limites de uma «estrutura objetivada». «A limitação do poder do intérprete não resulta, pois, de eventual deficiência ou carência de meios de pesquisa, mas é uma condição inerente à natureza mesma do ato interpretativo»: «a atividade interpretativa, em verdade, tem como um dos seus princípios essenciais o da fidelidade ao esquema ou estrutura objetivada, em função da qual pode se mover o investigador com relativa liberdade, desde que não desnature ou deforme a estrutura objetivada a que se acha vinculado» (op. cit., p. 243).

Não seria cabível, dessarte, em face de regra constitucional estrita, pretender ampliá-la, invocando hipótese criada por intermédio de norma legislativa a ela anterior e que, se aceita, contrariamente aos princípios da doutrina gradualista do Direito, importaria em alçá-la ao plano mais alto das normas constitucionais, por mágica ação do exegeta.

Compreendo, assim, que a norma do art. 87, do CPP, não pode incidir em matéria regulada, de expresso na Constituição em se tratando de competência originária do Tribunal Federal de Recursos como definida no art. 122, I, alínea *b*, da Lei Maior, onde não se poderão compreender os membros do Ministério Público Federal.

Do exposto, *data venia*, mantenho o despacho agravado.

EXTRATO DA ATA

AP. nº 5 — BA. Rel.: Sr. Min. Márcio Ribeiro. Autora: Justiça Pública. Réus: Carlos Alberto de Andrade e outros.

Decisão: Prosseguindo-se no julgamento, preliminarmente tomou-se conhecimento da ação penal por considerar-se competente o Tribunal, vencidos os Srs. Mins. Moacir Catunda e Néri da Silveira; quanto ao

mérito, à unanimidade, determinou-se o arquivamento da ação penal (em 29-1-73 — T. Pleno).

Não tomaram parte no julgamento os Srs. Mins. Amarílio Benjamin e Armando Rollemberg. Os Srs. Mins. Henoch Reis, Peçanha Martins, Décio Miranda, Jarbas Nobre, Jorge Lafayette Guimarães, Otto Rocha e Sebastião Reis votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro *Esdras Gueiros*.

AÇÃO RESCISÓRIA Nº 172 — DF

Relator — O Exmo. Sr. Min. Armando Rollemberg
Autor — Instituto Nacional de Previdência Social
Réus — Arthur de Araújo Carnaúba e outros

EMENTA

Ação rescisória. Agravo no auto do processo não conhecido porque incabível na espécie. Comprovado que o documento em que se fundamentou a decisão rescindenda contém falsidade, impõe-se o provimento da ação e condenação dos réus nas custas e em honorários de advogado.

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

Decide o Tribunal Federal de Recursos, em Sessão Plena, por unanimidade, não tomar conhecimento do agravo no auto do processo e julgar procedente a ação nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Custas de lei.

Brasília, 10 de outubro de 1974. — *Márcio Ribeiro*, Presidente; *Armando Rollemberg*, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. *Armando Rollemberg* (Relator): Em 1956, Arthur de Araújo Carnaúba, Alício Gabriel de Car-

valho e outros propuseram ação contra o IAPI, para haverem perdas e danos que lhes teriam sido ocasionados por ato do réu, cujos fundamentos foram assim resumidos na sentença que veio a ser proferida na causa pelo MM. Juiz em exercício na 4ª Vara da Fazenda Pública do antigo Distrito Federal, Dr. Oswaldo Goulart Pires:

«Referem que em dezembro de 1951 solicitaram ao R. financiamento para construção de um Edifício de apartamentos, indicando, inicialmente, o terreno da Rua Raul Pompéia esquina de Francisco Sá e, posteriormente, o da Rua Barão de Ipanema esquina Leopoldo Miguez; que o Conselho Fiscal do Réu aceitou a operação proposta na base da taxa de cobertura de 60% do valor da avaliação e demais condições gerais; que atenderam à taxa de avalia-

ção fixada pelo R. e, enquanto isso se aprestavam para a realização da obra, fazendo os necessários dispêndios; que, no entanto, embora concedido o empréstimo na base de 60% da avaliação, calculada pelo R. em Cr\$ 37.700.000,00, entendeu ele de conceder apenas Cr\$ 18.804.800,00 que é apenas 49,88%; que, não obstante, os AA. depositaram em 10-6-1952 a garantia exigida de Cr\$ 188.048,00, na Caixa Econômica; que, decorreram oito meses e o R. não se definiu pela conclusão do negócio, dando margem a que os AA. viessem a perder o terreno, base de toda a transação; que, nessa contingência, não tiveram outra alternativa senão pedir a substituição da garantia por outros bens, em petição de 26-2-1953; que um ano depois, 26-1-54, o R. indeferiu a substituição e a um pedido de reconsideração, mandou arquivar o processo. Daí a ação que tem lastro na responsabilidade pré-contratual e invoca aresto do T.F.R. em caso simile.

«Contestação às fls. 71 argüindo que é condição da ação o esgotamento da esfera administrativa e que o negócio não se concretizou pela indecisão dos AA., que inicialmente queriam construir; depois adquirir prédios feitos e, finalmente, procurar um novo prédio; que tais operações não são a finalidade do R. e só terão lugar quando sua situação econômica aconselhar tais investimentos; que a ampliação da assistência médica e restrições de recolhimentos, causando queda de suas disponibilidades, não permitiam qualquer inversão em financiamentos do Plano 'C', como era pretendido».

A sentença de primeiro grau deu pela procedência da ação e remeteu para a execução a fixação das perdas e danos incluída a verba de honorários de advogado, tal como pedida, custas e juros de mora.

Os autos vieram a este Tribunal e, distribuídos à 2ª Turma, realizou-se o julgamento dos recursos em 10-12-57, quando foram proferidos os votos seguintes:

Ministro Aguiar Dias (Relator):

«Mantenho a sentença agravada, por seus jurídicos fundamentos.

«Trata-se de responsabilidade contratual a que fugiu o Instituto, sem nenhuma causa justificada. Depois de acertar com os autores o financiamento do terreno, fugiu, sem qualquer razão de direito, ao contratado.

«A razão de maior relevo do Instituto é que não estava em condições de realizar o financiamento contratado, mas essa é uma razão que escusa o contratante da realização específica, não escusa das perdas e danos, tal qual o arrependimento. O contratante pode arrepender-se, mas não se escusa da execução sucedânea que consiste em perdas e danos. Foi exatamente isso que aconteceu. Se podia ou não o Instituto contratar, é coisa que não se pode apurar, mas contratou. Chegado o momento de levar a bom termo o contrato, não o fez, não realizou, não honrou o combinado. Pode a parte deixar de atender à realização específica de obrigação assumida, mas não pode deixar de compensar a parte contrária das perdas e danos razoavelmente arbitrados».

Ministro Cunha Mello (Revisor):

«Dou provimento às apelações de ofício, que tenho por interposta, e do réu, a fim de deixar à 2ª fase do processo a averiguação e julgamento do que existe a ressarcir, fixados desde logo em 5% sobre o montante respectivo os honorários de advogado. Não estou pela definição jurídica da sentença. Não é possível porém isentar de pena e culpa o Instituto, *in casu*. Constam dos autos provas que testificam atitudes de prepostos do réu, encorajando a pretensão, a perspectiva de deferimento do empréstimo pleiteado pelos autores. Veja-se, para panos de amostra, e valiosos, um acórdão, unânime, do conselho fiscal da entidade para-estatal e despachos da presidência do Instituto no concernente. De realçar — e isso tem muita importância para o meu ponto de vista — que o empréstimo não estava sendo avençado entre o Instituto e empresa exploradora de negócios imobiliários, hipótese que foge às finalidades dos institutos de previdência, mas entre instituto e particulares que tencionavam adquirir casa para morar, apartamento para residir.

«Foi sem dúvida danoso para os autores o desfecho do caso, devendo responder por isso, dentro nas balizas das suas faltas, o réu. O interesse do particular, numa situação assim, não pode ser depreciado, impunemente, por instituições criadas precisamente para assisti-lo, para dar-lhe amparo».

O vogal, Ministro Caetano Estelita, acompanhou o voto do Sr. Ministro Cunha Mello com o que restou vencido, em parte, o relator.

Dessa decisão foi interposto recurso extraordinário do qual o Egrégio Supremo Tribunal Federal, pela sua 1ª Turma, não conheceu, por fundamentos assim expostos no voto do relator, o Sr. Ministro Ari Franco, do teor seguinte:

«Sr. Presidente, não conheço do recurso.

«Acho que o Tribunal Federal de Recursos, à vista dos elementos de prova constantes dos autos, verificou que houve culpa por parte do Instituto, não cumprindo o contrato que fizera com os recorridos, e através da culpa chegou à determinação do dano, que ficou para ser fixado na fase da liquidação. O Tribunal decidiu à vista de elementos de prova, o que não enseja recurso extraordinário».

Em abril de 1962 o IAPI ingressou neste Tribunal com ação para rescindir o julgado da 2ª Turma antes referido, lastreada no art. 798, II, do Código de Processo Civil, narrando em síntese:

a) que, na fase de liquidação da sentença, ele suplicante constatara que as assinaturas de quase todos os suplicados, autores da ação de perdas e danos, apostas na inicial do processo de financiamento, eram falsas, sendo que a assinatura de Amélia Pereira Liberato, autora, nem sequer constava de tal documento;

b) que constatado o fato pela comparação entre a inicial referida e as procurações, fora determinada a abertura de um inquérito administrativo que concluíra pela confirmação da falsidade com base em perícia procedida pelo Instituto de Criminalística e nos depoimentos pessoais dos interessados quase todos reconhecendo que não ha-

viam assinado o pedido de financiamento;

c) que se a ação de perdas e danos havia sido julgada procedente ao fundamento de que os suplicados haviam requerido um financiamento a ele suplicante, verificado que as assinaturas no pedido referido eram falsas e que houvera substituição da folha 3 (três) do processo administrativo, não poderiam os mesmos suplicados intentar ação de perdas e danos porque não haviam requerido nenhum financiamento. Assim, acrescentou, a sentença ficara viciada pela fraude e o prosseguimento da execução do julgado rescindendo importaria em premiar fraudadores que pretendiam um enriquecimento ilícito. Acentuou ainda que, pelo teor das procurações outorgadas a Artur de Araújo Alves Carnaúba e Alício Gabriel de Carvalho, estes não eram simples procuradores dos demais autores e sim cessionários de supostos direitos. Anotou, por fim, nessa parte da inicial, que os autores ou seus cessionários não ficaram adstritos aos limites do julgado porque na fase de execução ingressaram no processo 25 litisconsortes utilizando os mesmos métodos fraudulentos;

d) que a falsidade apontada justificava a rescisão total do julgado, não sendo possível manter a sentença em relação a alguns autores, por ser ela indivisível, abrangendo um todo, como resultado de um exame conjunto de provas;

e) que a inicial do processo de financiamento se iniciara com a expressão «os abaixo assinados» propiciando a colocação posterior de assinaturas na inicial, o que ocorrera, tendo tal expediente pecado pela fraude pois as pessoas ali indicadas não assinaram a petição, e daí várias assinaturas serem do mesmo punho, como constatará a

perícia do Instituto de Criminalística e fora confirmado pelos depoimentos prestados perante a Comissão de Inquérito.

A inicial da ação rescisória foi instruída com cópias do pedido de financiamento, das procurações outorgadas pelos autores da ação de perdas e danos a Alício Gabriel de Carvalho, certidões das peças da mesma ação, e com o inquérito administrativo.

Distribuída a ação rescisória ao Senhor Ministro Cunha Vasconcellos este afirmou o seu impedimento sendo então redistribuída ao Sr. Ministro Djalma da Cunha Mello.

Citados para a ação os réus contestaram-na alegando:

a) que, iniciada a execução da sentença com a liquidação por artigos, vários outros interessados que se acnavam na mesma situação, deles réus, pleitearam admissão como litisconsortes pedido que lhes fora deferido por despacho irrecorrido, e, ainda, no despacho saneador, também transitado em julgado, mas, quando já deduzidos os artigos de liquidação o MM. Juiz chamando o processo à ordem declarara sem efeito a admissão dos mesmos litisconsortes que se viram obrigados a agravar de instrumento para este Tribunal, recurso que tomara o número 21.934 e veio a ser conhecido e provido unanimemente para restaurar o despacho referido;

b) que, irremediavelmente perdido, o autor inventara a «falsidade», argüida como fundamento da ação rescisória, que não tinha nenhuma consistência jurídica porque assentada na alegação de falsidade não em documento prova junto aos autos quer pelos réus, quer pelo próprio autor, e nem de prova documental oferecida, e sim de pretensa irregularidade em processo administrativo do autor;

c) que era estranhável a invocação de falsidade quando a ação já se prolongava por mais de seis anos, durante os quais nunca se pronunciara a respeito;

d) que os interessados réus foram ouvidos no inquérito administrativo e declararam que efetivamente foram e são partes do financiamento concedido, conheciam seus direitos e daí terem outorgado procurações relativas aos mesmos direitos, escapando-lhes, por vezes, algumas particularidades, o que se explica por terem os fatos ocorrido mais de dez anos antes;

e) que o documento acoimado de falso é a lista dos pretendentes ao financiamento, lista de nomes, constituída de aeronautas em movimentação que, consultados a respeito, autorizavam a inclusão de seus nomes na proposta;

f) que a operação de financiamento era classificada no Plano C, e, concedido o financiamento em 15 de maio de 1952, já em 2 e 4 de junho do mesmo ano os réus compareciam a cartório e outorgavam procurações a dois colegas para tratarem daquele financiamento, e, portanto, se outorgaram procurações isso ocorreu porque participantes do financiamento, situação que se confirmara em 1956 quando deram novas procurações, cedendo direitos e ações;

g) que o financiamento somente se concretizaria com a lavratura de escritura pública e, assim, não poderiam ser fictícios os nomes constantes de relação;

h) que a operação do Plano C poderia ser realizada com qualquer pessoa física ou jurídica, e, assim, não procedia a arguição de falsidade ideológica da proposta de financiamento por parte de alguns autores quando afirmaram não terem casa própria, tendo-a embora, por não ser tal fato elemento necessário à celebração do contrato;

i) que a circunstância de existir na proposta de financiamento algum nome ou nomes que não correspondem à assinatura dos réus e litisconsortes não tem significação pois tratava-se de simples relação, sendo os nomes incluídos com autorização das pessoas interessadas, não havendo, assim, falsidade ou imitação de assinaturas, como concluíra o Instituto de Criminalística.

A contestação veio instruída com certidões de procurações, substabelecimentos e peças da ação original.

O relator deferiu competência ao Juízo de 1ª instância para tomar o depoimento pessoal dos réus e presidir prova pericial o que foi feito pelo MM. Juiz da 4ª Vara da Fazenda Pública do Estado da Guanabara que, após cumpridas tais incumbências, proferiu o despacho seguinte:

«O Autor se pronunciou sobre o laudo do Dr. Perito desempatador, sem a necessária vista para fazê-lo.

«De qualquer modo, não é a este Juízo, cuja competência delegada não pode transcender das linhas do respeitável despacho de fls. 431, que cabe apreciar o laudo técnico, nem se justifica o requerimento para que o mesmo preste esclarecimentos em audiência, que não haverá.

«Igualmente, a norma do artigo 258 do Código de Processo Civil tem por destinatário o julgador que, na espécie, não somos nós.

«O respeitável despacho de fls. 431 foi cumprido, exceto no que concerne aos depoimentos dos Réus que não puderam ser notificados para depor, pelas razões certificadas às fls. 524/526.

Por fim, cumpre-nos solicitar ao Exmo. Sr. Ministro Relator a

relevação do excesso do prazo, além do que nos foi deferido, isto porque no dia 23 de agosto, designado para a tomada dos depoimentos, foi decretado feriado forense neste Estado.

«Encaminhem-se os autos ao E. Tribunal Federal de Recursos».

Desse despacho o IAPI agravou no auto do processo.

Os autos retornaram ao Tribunal e, em 20 de março de 1964, a autarquia autora pediu a juntada ao processo da sentença proferida pelo MM. Juiz da 4ª Vara da Fazenda Pública, Dr. Jonathas Milhomes, em ação de incidente de falsidade proposta na base de execução do julgado rescindendo, sentença que concluiu declarando falsos os documentos por fotocópias às fls. 346, isto é, a proposta de financiamento (folhas 557).

Seguiu-se o parecer da Subprocuradoria pela procedência da ação e razões finais do autor reportando-se à inicial.

Em 8 de novembro de 1966 o relator, Ministro Cunha Mello, remeteu os autos com relatório ao Sr. Ministro Oscar Saraiva, revisor, que os devolveu à Secretaria por ter assumido a Presidência do Tribunal, fazendo-se então conclusão ao Sr. Ministro Godoy Ilha que apôs o visto e pediu dia para julgamento.

Estava o processo nesse ponto quando o réu Alício Gabriel de Carvalho requereu e teve deferida a juntada por linha de certidão de sentença proferida pelo Dr. Américo Luz, na qual fora acolhido pedido do 8º Procurador da República Saraiva Ribeiro, de arquivamento de inquérito instaurado em atenção a representação formulada pelo IAPI para apuração de

responsabilidade penal, por fraude e falsidade, de Alício Gabriel de Carvalho e outros.

O feito foi incluído em pauta e, na sessão de 10 de setembro de 1968, foi proferida decisão assim consignada:

«O Sr. Ministro Relator propôs ao Tribunal que se dê à causa outro relator da presente ação, por ter sido relator do acórdão proferido na Apelação nº 16.696 (Acórdão-rescindendo) e ainda manifestando-se sobre o recurso referente à execução do dito julgado, tendo em vista a analogia de situações com a preceituação constante do Código de Processo, sobre embargos de nulidade e infringentes do julgado, no seu artigo 835, § 2º, do Código de Processo Civil e do Regimento Interno do Tribunal, no seu artigo 4º, § 1º, que se aplica às ações rescisórias. O Tribunal por maioria de votos, vencidos os Senhores Ministros Henrique D'Ávila, Godoy Ilha, Márcio Ribeiro e Oscar Saraiva (presidente), decidiu acolher a proposta do Sr. Ministro Relator, determinando a remessa dos autos ao Sr. Ministro Revisor, que deverá funcionar como Relator. Decidiu mais que esse entendimento prevalecerá, como emenda regimental. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro Oscar Saraiva».

Os autos vieram-me conclusos como revisor, apus o visto, e estava o processo em pauta quando se deu a aposentadoria compulsória do Senhor Ministro Godoy Ilha, com o que passei a relator por via de conclusão datada de 26 de setembro do ano corrente.

É o relatório.

Voto

O Sr. Min. Armando Rollemberg (Relator): 1. Não tomo conhecimento do agravo no auto do processo porque incabível em ação rescisória.

O recurso referido, como se depreendia dos termos do disposto no art. 801 do Código de Processo Civil, somente era admissível nos processos em que coubesse apelação, e, de qualquer sorte, apreciado que havia de ser pela instância revisora, não poderia ter curso em ação processada e julgada em instância única.

Se o autor entendia ter havido deficiência do laudo desempatador teria que pôr a questão perante o relator do processo por ocasião das razões finais, agravando para o Tribunal Pleno na forma do art. 45 do Regimento se indeferida a providência.

Nessa oportunidade não somente nada alegou contra o laudo, mas ainda nele firmou as suas alegações para reiterar o pedido de julgamento pela procedência da ação.

2 — O Egrégio Supremo Tribunal Federal não conheceu do recurso extraordinário interposto da decisão atacada na rescisória porque assentada esta última em matéria de fato. A competência para rescindir ou não o acórdão impugnado é, portanto, desta Corte.

3 — Como acentuado no relatório, duas decisões foram proferidas na 1ª instância sobre a alegação de falsidade em que se esteia a presente ação rescisória. Uma, a do MM. Juiz da 4ª Vara da Fazenda Pública do Estado da Guanabara, na qual foi julgada procedente ação incidental proposta para declarar-se falso o requerimento de financiamento feito pelos réus da presente ação, não pode ser agora con-

siderada desde que, na forma do disposto no art. 798, II, do Código de Processo Civil, a nulidade da sentença a ser decretada na rescisória terá que resultar da declaração de falsidade, pelo juízo criminal, de prova que haja constituído o seu principal fundamento, ou da apuração inequívoca da mesma falsidade no curso da própria rescisória. Quanto à outra sentença existente, prolatada em representação para apuração de crime, cabe verificar-se do seu teor resultou afastada a possibilidade de exame da arguição de falsidade na presente ação.

4 — Jorge Americano indica diretriz a ser observada na hipótese quando escreve:

«Conforme dispõe o Direito Penal, a isenção da responsabilidade criminal, não implica a da responsabilidade civil. A esta regra opõe o Código Civil uma restrição: «não se poderá questionar mais sobre a existência do fato, ou quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no crime». Pode suceder que o juízo criminal, consciente da falsidade do instrumento, não a impute ao réu ou julgue insuficiente a prova da autoria e absolva: Não haverá coisa julgada quanto ao fato; fica de pé, sem ter sido decidida, a questão da falsidade em si, secundária para o juízo criminal que absolve, mas primordial para a propositura da rescisória. Se o indiciado for absolvido, diz João Monteiro, porque não se provou ou a existência do crime, ou que fosse ele o seu autor, tal sentença não poderá ser oposta como coisa julgada no juízo cível para impedir a ação de satisfação. E óbvia é a razão: o fato pode ser verdadeiro e outra pessoa o seu autor, ou mesmo o acusado, mas

sem o concurso das condições de imputabilidade criminal».

«Nesta conformidade aduz João Luiz Alves o seguinte comentário: «Não pode este (o prejudicado) provar que a pessoa cuja autoria ou cumplicidade já foi negada pela sentença criminal, seja o autor do dano por ele sofrido. Pode, porém, se a absolvição se deu por outros fundamentos, que não a negativa da autoria, ou da cumplicidade (justificativa ou escusa legal) pretender provar que o autor, embora irresponsável criminalmente, é, entretanto, civilmente responsável, e nisto está o alcance da declaração do texto: a isenção da responsabilidade criminal assenta exclusivamente no dolo ou culpa lata; a civil existe, pela culpa leve ou levíssima». (Com. ao Cód. de Proc. Civil, 2ª ed., págs. 282/283).

Vejamos, portanto, o que se contém na sentença referida:

Transcrevo a parte relativa à falsidade:

«O documento em que diversas assinaturas teriam sido falsificadas é o pedido inicial do financiamento hipotecário, documento esse em que a simples aposição de nomes dos pretendentes, nenhum prejuízo poderia causar ao órgão financiador, uma vez que em se tratando de operação que só se consumaria por escritura pública, no competente instrumento seria indispensável a assinatura de todos os contratantes, por si ou por procuradores que viessem a constituir. Ademais o financiamento proposto não seria concedido a uma classe profissional específica, mas, sim, de acordo com o artigo sessenta e dois da Portaria

número CNT — noventa e seis, de trinta/doze/mil novecentos e quarenta e três (folhas setecentos e trinta e seis v.), «a qualquer pessoa física ou jurídica». Ora, todos os pretendentes ao financiamento ratificaram, segundo os autos, os atos praticados pelo indiciado Alicio, ao qual outorgaram mandados, por instrumento público; Terceiro, houvesse crime não haveria a separação entre o estelionato e a falsificação, porquanto «se o uso do documento falsificado for praticado pelo próprio falsificador, o crime é uno e não plúrimo, e, assim, as penas cominadas quanto ao crime de uso de documento falsificado, são aplicáveis ao crime de falsificação» (*Revista dos Tribunais*, Vol. cento e setenta e dois, quatrocentos e noventa e um). Como se já verificou, porém, não há crime na espécie argüida na representação do IAPI, nem mesmo o do artigo trezentos e quarenta e sete do Código Penal, ou seja, contra a administração da Justiça, pois nos autos da ação cível em grau de execução no Juízo da Quarta Vara Federal deste Estado, os Autores e Assistentes que a integram estão devidamente representados e nada consta, neste inquérito, que possa inquinar de falsa essa representação; Quarto) as razões do Ministério Público para pleitear o arquivamento do processo explicitam a matéria sob vários ângulos, demonstrando, com elogiável lucidez, a inexistência de qualquer ação penal e destaca, com inteira procedência, que se crime houvesse estaria fulminado pela prescrição extintiva fulcrada nos artigos cento e nove, terceiro, e cento e onze do Código Penal, já que o documento onde as assinaturas te-

riam sido falsificadas data de mil novecentos e cinqüenta e um, de quase dezesseis anos, portanto. Ainda que o prazo de prescrição houvesse de ser contado da data da aprovação da proposta de financiamento pela Autarquia, mesmo assim a extinção da punibilidade (tivessem praticado delito os indiciados) viria, a esta altura, beneficiá-los. Em face do que ficou acima exposto e dos elementos constantes dos autos, os quais examinei detidamente e, pelos fundamentos claros contidos na promoção de folhas setecentos e quarenta e seis e setecentos e quarenta e nove, ordeno o arquivamento do processo, *ex vi legis*».

5 — A sentença, como se viu da leitura que acabo de fazer, não prima pela precisão na apreciação da falsidade argüida. Assim, ao invés de considerar o fato de as assinaturas terem sido apostas, em documento encimado pelas expressões «os abaixo assinados», por pessoas diferentes das indicadas, considera de logo que de tal fato não poderia resultar prejuízo para o órgão financiador, porque a escritura pública teria que ser assinada por todos os contratantes.

Considerou ainda que o financiamento independia de pertencerem os pretendentes a classe profissional específica e, finalmente, que na ação em curso no Juízo Cível teria havido ratificação, da representação dos que haviam assinado por outros o requerimento do financiamento.

Entretanto, a circunstância de assentar-se a decisão, para determinar o arquivamento, na afirmação de que do ato não resultara prejuízo, e, ainda, de que fora ratificado por procurações outorgadas posteriormente, deduz-se que o julgador aceitou-o como existente,

considerando tão-somente que não configurava crime.

Ora, se o fato existiu, de acordo com a sentença proferida no Juízo Criminal, ao Juízo da rescisão cabe examinar se o seu conhecimento poderia influir decisivamente no julgamento que se pretende rescindir.

6 — O acórdão rescindendo, deste Tribunal, foi proferido por unanimidade de votos, sendo os seguintes os pronunciamentos dos Srs. Ministros Aguiar Dias e Cunha Melo, únicos que o fizeram:

«O Sr. Min. Aguiar Dias (Relator): Mantenho a sentença agravada, por seus jurídicos fundamentos. Trata-se de responsabilidade contratual a que fugiu o Instituto, sem nenhuma causa justificada. Depois de acertar com os autores o financiamento do terreno, fugiu, sem qualquer razão de direito, ao contratado. A razão de maior relevo do Instituto é que não estava em condições de realizar o financiamento contratado, mas essa é uma razão que excusa o contratante da realização específica, não excusa das perdas e danos, tal qual o arrependimento. O contratante pode arrepender-se, mas não se excusa da execução sucedânea que consiste em perdas e danos. Foi exatamente isso que aconteceu. Se podia ou não o Instituto contratar, é coisa que não se pode apurar, mas contratou. Chegado o momento de levar a bom termo o contrato, não o fez, não realizou, não honrou o combinado. Pode a parte deixar de atender à realização específica de obrigação assumida, mas não pode deixar de compensar a parte contrária das perdas e danos razoavelmente arbitradas».

«O Exmo. Sr. Min. Djalma da Cunha Mello: Dou provimento às apelações de ofício, que tenho por interposta, e do réu, a fim de deixar à 2ª fase do processo a averiguação e julgamento do que existe a ressarcir, fixados desde logo em 5% sobre o montante respectivo os honorários de advogado. Não estou pela definição jurídica da sentença. Não é possível porém isentar de pena e culpa o Instituto, *in casu*. Constan dos autos provas que testificam atitudes de prepostos do réu, encorajando a pretensão a perspectiva de deferimento do empréstimo pleiteado pelos autores. Veja-se, para panos de amostra, e valiosos, um acórdão, unânime, do conselho fiscal da entidade paraestatal e despachos da presidência do instituto no concernente. De realçar — e isso tem muita importância para meu ponto de vista — que o empréstimo não estava sendo avençado entre o Instituto e empresa exploradora de negócios imobiliários, hipótese que foge às finalidades dos institutos de previdência, mas entre instituto e particulares que tencionavam adquirir casa para morar, apartamento para residir. Foi sem dúvida danoso para os autores o desfecho do caso, devendo responder por isso, dentro nas balizas de suas faltas, o réu. O interesse do particular, numa situação assim, não pode ser depreciado, impunemente, por instituições criadas precisamente para assisti-lo, para dar-lhe amparo».

Da leitura dos votos vê-se que se assentaram no fato de existir contrato entre os autores da ação, réus na presente rescisória, e o IAPI.

Tal contrato, de sua vez, como se verifica na inicial da ação, trasladada

às fls. 54v. e seguintes, teria resultado da aceitação, pelo IAPI, da operação proposta no documento que se alega conter falsidade, com o que, se admitida esta, ter-se-ia por nulo o mesmo contrato e, portanto, que outra teria sido a decisão se o fato fosse considerado ao ser prolatada.

7 — A rescisória, assim, tem pleno cabimento, e o que a este Tribunal cabe decidir é se procede ou não a alegação de falsidade em que se apoia.

A fls. 9 dos autos consta cópia fotostática do requerimento dirigido ao IAPI, e por este considerado para deferir o financiamento afinal não concedido, com o seguinte teor:

«Os abaixo assinados vêm expor e requerer a V. Excia. o seguinte:

Pertencemos à classe dos aeronautas, classe essa como Vossa Excelência conhece, melhor do que ninguém, está completamente desamparada pelas nossas leis trabalhistas e também pela Caixa que pertencemos, Caixa de Aposentadoria e Pensões dos Serviços Aéreos de Tele-Comunicações.

A presente situação da referida Caixa nos impede de retirarmos o suficiente para construirmos a nossa casa, em virtude da mesma só estar fazendo empréstimos na base máxima de Cr\$ 75.000,00 (setenta e cinco mil cruzeiros).

Embora contribuamos com o máximo, sob a alegação de ganharmos bem, somos preteridos nos nossos direitos, como se não tivéssemos necessidade de possuírmos nossa moradia própria.

V.Exª sabe melhor do que ninguém, porquanto também é piloto, que vida atribulada e exposta aos maiores perigos com um

tempo de serviço bastante reduzido e com um futuro até o presente momento bastante negro.

Conhecendo o alto espírito de justiça de V. Excia. vimos apelar para que nos seja concedido um financiamento para a construção de um edifício de apartamentos para moradia própria, apartamentos esses que terão mais ou menos de 120 a 130 metros quadrados, estando situado no bairro de Copacabana.

Aguardando o despacho favorável ao presente,

Atenciosamente. . . .»

Analisando-se o documento, verifica-se:

a) que os requerentes do financiamento foram dados como signatários do requerimento;

b) que se afirmou serem todos da classe dos aeronautas;

c) que foi justificado com a afirmação de necessitarem os signatários de moradia própria que não tinham.

Examinando-se os depoimentos prestados na ação, constata-se:

a) que as assinaturas foram apostas por um grupo de pessoas as quais assinavam por outros (fls. 527 e seguintes);

b) que nem todos os pretendentes indicados ao financiamento eram aeronautas ou aeroviários (fls. 527v 530).

Além disso, dos depoimentos prestados no inquérito administrativo levado a efeito pelo IAPI, verifica-se que nem todos não dispunham de moradia própria (fls. 118).

8 — À constatação de que as assinaturas constantes da proposta de financiamento não foram em sua grande

maioria apostas pelos proponentes e sim por outras pessoas, respondem os réus com a alegação de que tal documento continha na realidade simples relação de pretendentes ao financiamento, com o que nenhum relevo apresenta o fato de não haver sido o documento por eles assinado.

O argumento, tratando-se de proposta de contrato, não pode ser aceito desde que, como acentua Orlando Gomes, examinando a exteriorização da vontade de contratar, «para que a vontade declarada por escrito se considere autêntica, exige-se que o instrumento contenha a assinatura do declarante, autógrafa ou hológrafa, permitindo-se, em alguns casos, a sua substituição pela impressão digital» (*Contratos*, 1ª ed., pág. 55).

De qualquer sorte, contudo, afirmam os réus o vício oriundo da aposição dos nomes de proponentes por pessoas outras teria sido sanado com a ratificação posterior de tal ato feita por via de outorga de procuração a Alício Gabriel de Carvalho e Arthur de Araújo Alves Carnaúba, (fls. 324/325), com o que reconhecem que de um deles ou dos dois foi a iniciativa de assinarem o documento pelos demais. Tais procurações, porém, somente foram outorgadas por 15 (quinze) dos proponentes, os autores da ação, quando esses foram em número de quarenta (40).

Dos vinte e cinco restantes, vinte e um, já depois de indeferido o financiamento e proposta a ação de perdas e danos, fizeram cessão a Alício Gabriel de Carvalho, outorgando-lhe procuração em causa própria, dos direitos que porventura tivessem em relação ao IAPI, quanto ao financiamento, o que não pode ser tido como ratificação da proposta, porque já repelida esta ao serem outorgadas ditas procurações.

Além disso proponentes cujos nomes haviam sido incluídos no documento que dera origem ao contrato que a decisão rescindenda teve como formado e descumprido, não praticaram posteriormente qualquer ato que pudesse ser tido como ratificação, e, é de acentuar, o Sr. Heitor Bracet, que outorgara procuração e figurou na ação de perdas e danos como autor, em seu depoimento prestado na instrução da ação rescisória, declarou:

«Primeiro: que conhecia o Senhor Alício Gabriel de Carvalho, antes de o filho do depoente lhe ter falado sobre esse financiamento que se pretendia obter no IAPI; segundo: que o depoente não tivera conhecimento de que figurara como impetrante em um mandado de segurança, mas anteriormente havia outorgado procuração com plenos poderes ao mesmo Alício Gabriel de Carvalho, fato de que não se recordou no momento; que da petição inicial de financiamento não constam nem o nome nem a assinatura do depoente; que o depoente não figurando na petição inicial de financiamento propôs ação contra o IAP dos Industriários, objetivando indenizações, certamente em razão do instrumento do mandado com amplos poderes outorgados ao Sr. Alício; que ele Alício será o responsável na petição inicial do nome do depoente e pela propositura daquela demanda; que o depoente não apresentou qualquer outra procuração (*sic*) ao Senhor Alício nem cassou a procuração anteriormente outorgada».

9 — Postos os fatos em tais termos poder-se-á ter como caracterizada falsidade capaz de anular a decisão rescindenda?

A lição no propósito é trazida por Jorge Americano ao escrever:

«Qual o conceito da falsidade, para nulificar a sentença? Pelo que expusemos não podemos fugir à definição de Paulo: é falso aquilo que, não sendo verdade, se houve por verdade.

É indiferente que haja ou não fraude.

A falsidade da prova, assim considerada, reveste três modalidades;

a) material, que é feita por convenção, por adulteração ou pelo uso de documento extrinsecamente falso;

b) pessoal, que se verifica quando a alteração da verdade cai sobre a qualidade e o modo de ser de alguma das pessoas que figuram no documento ou depoimento;

c) ideológica, que se dá quando em um instrumento ou depoimento que reveste a aparência da verdade se contêm declarações falsas.

O primeiro grupo compreende todas as adulterações parciais, cancelamentos ou raspaduras do documento (considerando-se tal também o depoimento, depois de materialmente reduzido a termo, e adulterado), as quais darão lugar à rescisão da sentença, salvo se se provar que a adulteração foi promovida por quem nela tinha interesse, nos termos do Regulamento nº 737, art. 145.

No segundo se incluem todas as alterações da verdade referentes às pessoas que nela figuram, ou às suas qualidades essenciais. Tais são, não somente a substituição de pessoas, mas também a proibição legal de depor, como a

suspeição, e ainda a omissão de qualidades que, se fossem conhecidas, modificariam ou anulariam o ato jurídico em que se verificam: v. g., a incapacidade, a loucura ou a embriaguez da testemunha no ato de testemunhar ou no ato de depor, a cegueira ou a surdez quando se trate de fatos que dependam da vista e do ouvido etc., etc. ; assim também, a omissão do estado de casado, para outorgar a escritura de compra e venda sobre que se assentou a sentença, e tantos outros casos quantas são as modalidades que a fraude pode revestir.

O terceiro grupo abrange toda a espécie de prova falsa, instrumental ou testemunhal, constante de afirmações contrárias à verdade, ou de ocultação desta, e, conseqüentemente, a subtração ou desconhecimento da existência do documento principal.

Toda espécie que possa se incluir nestes grupos deve, em princípio, dar lugar à ação rescisória da sentença que em tal prova decisivamente se baseou. Entretanto, a lei positiva não atendeu a tal princípio.

De quanto acaba de ser dito, e conformando a interpretação da lei com o conceito teórico das nulidades, conclui-se ser essencial à nulidade da sentença e conseqüentemente à admissibilidade da ação rescisória fundada em falsa prova:

1 — decorrer a decisão proferida do instrumento ou dos depoimentos falsos em modo tal que, se estes não tivessem sido produzidos quando falsos, ou se o tivessem, quando ocultados, outra teria sido a conclusão da sentença.

2 — ter tido o autor da rescisória conhecimento da falsa prova quando impossível lhe fosse produzi-la no pleito cuja sentença quer rescindir, ou, tendo-a, alegando, não fosse havida como tal». (Com. ao Cód. de Proc. Civil, 2^a ed., págs. 285-286).

10 — Aplicando-se tais ensinamentos ao caso presente conclui-se que se a decisão rescindenda se firmou para manter a procedência da ação no pressuposto de que existira contrato não cumprido, cuja formação erigia proposta assinada pelos proponentes e não por outrem sem poderes para representá-los, e se no voto vencedor do Sr. Ministro Cunha Mello, além de tal circunstância foi considerada a afirmação de não possuírem os proponentes casa própria, que se verificou ser falsa em relação a alguns deles, houve falsidade do documento-base que, se conhecida, não teria levado ao proferimento da decisão nos termos em que se deu.

11 — Tenho, assim, que procede a ação e por isso a acolho para anular a decisão rescindenda, condenando os réus nas custas e honorários de advogado de 10% sobre o valor da causa.

VOTO

O Sr. Min. Paulo Távora: Sr. Presidente, concluo com o Sr. Ministro Relator, inclusive relativamente àqueles que lançaram a firma em nome próprio.

A falsidade contaminou todo documento que serviu para a obtenção do financiamento.

EXTRATO DA ATA

AR nº 172 — DF. Rel.: Sr. Min. Armando Rollemberg. Rev.: Sr. Min. Esdras Gueiros. Autor: INPS (ex-Inst. de Aposentadoria e Pensões

dos Industriários). Réus: Arthur de Araújo Carnaúba e outros.

Decisão: À unanimidade, não tomaram conhecimento do agravo no auto do processo e julgaram procedente a ação nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Usou da palavra, pelo autor, o Dr. Paulo Cesar Gontijo (em 10-10-74 — T. Pleno).

Os Srs. Mins. Esdras Gueiros, Moacir Catunda, Peçanha Martins, Décio Miranda, Néri da Silveira, Jarbas Nobre, Jorge Lafayette Guimarães, Paulo Távora, Aldir Passarinho, Otto Rocha e Amarílio Benjamin votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. *Márcio Ribeiro*.

AÇÃO RESCISÓRIA Nº 242 — DF

Relator — O Exmo. Sr. Min. Márcio Ribeiro

Revisor — O Exmo. Sr. Min. Esdras Gueiros

Autores — Virgínia Pinheiro Castanheira e outros

Réus — União Federal e Rede Ferroviária Federal S.A.

EMENTA

Ação Rescisória. CPC, art. 798, ns. I, c e II. Procedência de ação, por aplicação do princípio do art. 209 do CPC.

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

Decide o Pleno do Tribunal Federal de Recursos, julgar procedente a ação, vencido o Sr. Ministro José Néri da Silveira, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Custas de lei.

Brasília, 26 de novembro de 1974.
— *Armando Rollemberg*, Presidente;
Márcio Ribeiro, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. *Márcio Ribeiro* (Relator) Virgínia Pinheiro Castanheira e outros propõem, contra a Rede Ferroviária Federal S.A. e a União, ação rescisória a fim de rescindir o Acórdão proferido na A.C. 12.365, o qual, pelos votos do revisor Ministro Cunha Mello e do vogal, Ministro Godoy Ilha, reformou a sentença de primeira instância para julgar procedente a ação

de reintegração de posse, ajuizada contra os ora autores pela antiga Estrada de Ferro Leopoldina, relativa a uma área de terreno situada entre os quilômetros 440, 410 a 440, 930, 90, no lugar Palmeiras, em Ponte Nova.

Embora tivessem alegado, os réus, na possessória, que o título de domínio da autora derivava de título de antecessor deles réus, achando-se limitado por condição imposta em doação feita à Estrada, a sentença de primeira instância foi modificada com base na exceção de domínio do art. 505 do C.C.

O voto vencedor do Min. Cunha Mello baseou-se em que somente a autora, E.F. Leopoldina, apresentara títulos de domínio válidos e registrados, corroborados por mapas devidamente autenticados; ao passo que os réus da ação possessória basearam-se em documento particular não autenticado, nem inscrito (fls. 43).

Firmou-se o voto vencedor, pois, repete-se, na exceção do domínio do art. 505 do C.C.

O Relator, Ministro Cunha Vasconcellos, manteve a sentença, que focalizara aquela filiação dos títulos e a condição imposta à Estrada e procurou demonstrar, ainda, que esta não tinha posse na área questionada.

São os seguintes os argumentos da sentença e dos votos (ler às fls. 33, 39 e 43, 44).

Os vencidos do *interdito undevi* visam, agora, obter a rescisão do Acórdão, não só reafirmando os argumentos que, como réus, haviam expendido sobre a alegada derivação e condição do título de domínio da E.F. Leopoldina, como, também, a falsidade da prova motivada pelo fato de que as plantas apresentadas na possessória não correspondem aos mesmos títulos. Assim se expressa a inicial em seus itens 14 a 17:

«14 — que, além de não ter a Supda. nem posse e nem domínio na área reclamada, nunca lhe havendo tais direitos sido outorgados pelos ancestrais dos Suptes., a planta nº 2, anexa referida na escritura, jamais teve correspondência com os termos explícitos desta, pois, enquanto nesta a doação se fez só da «faixa por onde passa a Estrada de Ferro de Ponte Nova a Bicudos», que se destacou dos terrenos possuídos pelos ancestrais dos Suptes., a planta mencionada, que não traz qualquer assinatura, e ainda que a trouxesse de nada valeria, porque em conflito com o documento outorgado, vai da via pública ao Rio Piranga, abrangendo todo o terreno possuído pelos ancestrais dos Suptes., que não foi todo doado, como é evidente, naquela escritura; 15 — mas, que, também a planta LP-3363 anexa, calcada na primeira, não expressa a realidade decorrente daquela escritura

de doação e, repetindo o absurdo da de nº 2, referida, abrange todo o terreno que nunca foi doado à Supda., correspondendo, ambas, assim, a falsa prova, que induziu em erro a Justiça; entretanto, 16 — que, apesar de ser falsa a prova de tais plantas, nesta última está retratada a cerca, feita pela própria Supda., entre a faixa de que tem o domínio por doação do ancestral dos Suptes., e os terrenos de que são possuidores os Suplicantes, por posse continuada de seus ancestrais, cerca esta edificada a 7,00m, de distância do trilho externo da via férrea, como mandava o Reg. 15.673, de 1922, em seu art. 15, § único, o que bem mostra a certeza da Supda. de que tais terrenos jamais lhe pertenceram, neles nunca havendo tido qualquer posse, senão uso precário e tolerado; finalmente. 17 — que arrolando na inicial da ação cujo acórdão se quer rescidir, venda feita a «L. Gouveia & Lopes», para prova, pela Supda., de que o terreno recebido em doação tinha divisa no rio Piranga, aqui esclarecido que o «Lopes», daquela firma era José Lopes Castanheira, assim lhe descreve as divisas a Supda. naquela peça...» dividindo e confrontando por dois lados com terrenos da autora e nos fundos com o rio Piranga» —, quando a verdade é que de acordo com a mencionada escritura, a esta anexa, tais divisas ali estão descritas — «... dividindo e confrontando, por dois lados com a outorgante, por outro com os compradores, e por outro com o rio Piranga...», tal como está configurado na planta LP-3363, sendo que «os compradores» ali mencionados, era, precisamente, José Lopes Cas-

tanheira, em cuja área possuída desde a doação, indica a referida planta — «Casa em construção e área ocupada pelo Sr. Augusto Lopes Castanheira», o que tudo prova a falsidade daquelas plantas e a posse adquirida por José Lopes Castanheira, aqui reconhecida, expressamente, pela Supda.»

Citadas as rés — a União por mandado e a Rede por carta de ordem — não foi contestada a ação rescisória. De notar, aliás, que a citação desta foi repetida, após a realização, na Comarca de Ponte Nova, de provas pedidas na inicial constantes de perícia (laudos de fls. 100 — 101 e 115) e depoimento de uma testemunha (fls. 120).

Em Ponte Nova a Rede se fez representar por um de seus ilustres advogados, o Dr. Waldemar Lanna, que apresentou perito, ofereceu quesitos e reperguntou a testemunha.

Entretanto, repetida a citação da mesma ré, por solicitação de seu representante em Brasília, não houve em definitivo constestação da ação ora em julgado (fls. 151).

A despeito, o mesmo representante, em suas razões finais de fls. 157-158 (lê), propugna a improcedência da ação.

No mesmo sentido, o parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Min. Márcio Ribeiro (Relator): Havia, subjacente à controvérsia da posse e do domínio, uma questão sobre divisas, que a perícia, unânime, resolveu a favor dos autores da rescisória.

Parece, assim, inegável que a área cuja posse havia sido questionada na

possessória está fora da área doada à Estrada por antecessores dos autores.

Essa conclusão unânime da perícia oferece suficiente suporte a rescisória?

Na ausência de contestação, é indubitável que sim.

Os autores arguíram a falsidade das plantas, apresentadas pela E.F. Leopoldina para completar o seu título.

O voto vencedor baseou-se, expressamente, na validade das mesmas plantas.

Ora, mesmo depois de feita a perícia em Ponte Nova, a ré — Rede Ferroviária Federal S.A. — novamente citada por carta de ordem, persistiu em não contestar a rescisória, isto é, concorreu deliberadamente para completar a prova de falsidade das plantas.

A pretensão dos autores, portanto, ajusta-se perfeitamente à permissão do art. 798, nº II, *in fine*, do CPC.

Aliás, a ofensa ao art. 505 do Código Civil parece-me também evidente por ser inegável a filiação do título da E. F. Leopoldina e de José Lopes Castanheira e sua mulher e a limitação da doação à Estrada pela condição de construção de cercas que a esta conferiram, apenas, o direito à faixa necessária à passagem da linha férrea de Ponte Nova e Bicudos (Rio Casca).

As alegações da Rede e da Subprocuradoria-Geral da República não alteram essas conclusões.

Embora a posse seja a visibilidade da propriedade e, portanto, com relação a essa, sempre provisórias as decisões tomadas nas ações possessórias, não se poderia, com base em prova falsa e com ofensa à própria lei, alterar, em desfavor dos réus da ação de força, uma respeitável e vetusta

situação de fato, que datava de mais de 30 anos.

Aliás, as «chances de outra ação específica no campo do petitório» cabem a ambas as partes que litigaram quanto à posse.

Julgo, pois, procedente a rescisória, nos termos do pedido inicial, arbitrados os honorários em 20% sobre o valor que essa deu à causa.

EXTRATO DA ATA

Ação Rescisória nº 242 — DF.
Rel.: Sr. Min. Márcio Ribeiro. Rev.: Sr. Min. Esdras Gueiros. Autores: Virgínia Pinheiro Castanheira e outros. Réus: União Federal e Rede Ferroviária Federal S.A.

Decisão: Após os votos dos Srs. Ministros Relator, Revisor, Moacir Catunda, Henoch Reis, Peçanha Martins e Décio Miranda julgando procedente a ação, adiou-se o julgamento em virtude de pedido de vista do Sr. Ministro José Néri da Silveira, aguardando os Srs. Mins. Jarbas Nobre, Jorge Lafayette Guimarães e Godoy Ilha. Ausentes os Srs. Mins. Henrique d'Ávila e Amarílio Benjamin (em 29-8-72 — T. Pleno).

Presidiu o julgamento o Sr. Min. Armando Rollemberg.

VOTO (VISTA — VENCIDO)

O Sr. Min. José Néri da Silveira: A antiga Estrada de Ferro Leopoldina ajuizou ação de reintegração de posse contra os ora autores, Virgínia Pinheiro Castanheira e outros, relativa a um terreno, situado em lugar denominado Palmeiras, em Ponte Nova, MG. Julgada improcedente a demanda, reformou a sentença o acórdão ora rescindendo, pelos votos dos Srs. Ministros Cunha Mello, revisor, e Godoy Ilha, vogal, no julgamento da Apelação Cível nº 12.365.

Firmou-se o voto vencedor na exceção de domínio do art. 505 do Código Civil, entendendo, na espécie, que somente a autora da ação possessória, E.F. Leopoldina, apresentara títulos de domínio válidos e registrados, corroborados por mapas devidamente autenticados. Quanto aos réus, ora autores, sustentou o aresto, basearam-se em documento particular não autenticado, nem inscrito (fls. 42). O relator, vencido, Sr. Ministro Cunha Vasconcellos, que confirmava a sentença, entendeu que a Estrada autora não tinha posse na área questionada, examinando, outrossim, a filiação dos títulos e a condição imposta à Rede.

Pois bem, no relatório, às fls. 163-165, o eminente Ministro Márcio Ribeiro sumariando os fundamentos da presente ação rescisória, escreveu:

«Os vencidos do *interdito undevi* visam, agora, obter a rescisão do Acórdão, não só reafirmando os argumentos que, como réus, haviam expendido sobre a alegada derivação e condição do título de domínio, da E. F. Leopoldina, como, também, a falsidade da prova motivada pelo fato de que as plantas apresentadas na possessória não correspondem aos mesmos títulos. Assim se expressa a inicial em seus itens 14 a 17:

«14 — que, além de não ter a Supda. nem posse e nem domínio na área reclamada, nunca lhe havendo tais direitos sido outorgados pelos ancestrais dos Suptes., a planta nº 2, anexa referida na escritura, jamais teve correspondência com os termos explícitos desta, pois, enquanto nesta a doação se fez só da «faixa por onde passa a Estrada de Ferro de Ponte Nova a Bicudos», que se destacou dos terrenos possuídos pelos

ancestrais dos Suptes., a planta mencionada, que não traz qualquer assinatura, e ainda que a trouxesse de nada valeria, porque em conflito com o documento outorgado, vai da via pública ao rio Piranga, abrangendo todo o terreno possuído pelos ancestrais dos Suptes., que não foi todo doado, como é evidente, naquela escritura; 15 — mas, que, também a planta LP-3363, anexa, calcada na primeira não expressa a realidade decorrente daquela escritura de doação e, repetindo o absurdo da de nº 2, referida, abrange todo o terreno que nunca foi doado à Supda., correspondendo, ambas, assim, a falsa prova, que induziu em erro a Justiça; entretanto, 16 — que, apesar de ser falsa a prova de tais plantas, nesta última está retratada a cerca, feita pela própria Supda., entre a faixa de que tem o domínio por doação do ancestral dos Suptes., e os terrenos de que são possuidores os Suplicantes, por posse continuada de seus ancestrais, cerca esta edificada a 7,00m de distância do trilho externo da via férrea, como mandava o Reg. 15.673, de 1922, em seu art. 15, parágrafo único, o que bem mostra a certeza da Supda. de que tais terrenos jamais lhe pertenceram, neles nunca havendo tido qualquer posse, senão uso precário e tolerado; finalmente, 17 — que arrolando na inicial da ação cujo acórdão se quer rescindir, venda feita a «L. Gouveia a Lopes», para prova, pela Supda., de que o terreno recebido em doação tinha divisa no rio Piranga, aqui esclarecido que o «Lopes», daquela firma era José Lopes Cas-

tanheira, assim lhe descreve as divisas a Supda. naquela peça — «dividindo e confrontando por dois lados com terrenos da autora e nos fundos com o rio Piranga» — quando a verdade é que de acordo com a mencionada escritura, a esta anexa, tais divisas ali estão descritas — «... dividindo e confrontando, por dois lados com a outorgante, por outro com os compradores, e por outro com o rio Piranga...», tal como está configurado na planta LP-3363, sendo que «os compradores» ali mencionados, era, precisamente, José Lopes Castanheira, em cuja área possuída desde a doação, indica a referida planta — «Casa em construção e área ocupada pelo Sr. Augusto Lopes Castanheira», o que tudo prova a falsidade daquelas plantas e a posse adquirida por José Lopes Castanheira, aqui reconhecida, expressamente, pela Supda.»

A presente ação rescisória de aresto relativo a discussão sobre posse de terreno está fundada no art. 798, I, letra C, do CPC de 1939 (decisão contra literal disposição de lei, aludindo-se na inicial aos arts. 505 e 500, do Código Civil), e no inciso II, do mesmo diploma processual («quando o seu principal fundamento for prova declarada falsa em juízo criminal ou de falsidade inequivocamente apurada na própria ação rescisória»).

Ora, regra expressa do Código de Processo Civil de 1939 dispunha, *verbis*:

«Art. 800. A injustiça da sentença e a má apreciação da prova ou errônea interpretação do contrato não autorizam o exercício da ação rescisória.»

No caso concreto, o acórdão deu pela procedência de ação de reintegração de posse, embora sob invocação do art. 505, do Código Civil, *verbis*:

«Art. 505. Não obsta à manutenção, ou reintegração na posse, a alegação de domínio, ou de outro direito sobre a coisa. Não se deve, entretanto, julgar a posse em favor daquele a quem evidentemente não pertencer o domínio.»

Ora, a acolhida da alegação de domínio na demanda possessória, para decidi-la contra aquela a quem evidentemente não pertencer o domínio não obsta a discussão da propriedade, dos títulos do vencedor, em ação petitória ou anulatória dos mesmos títulos considerados no Juízo possessório. A *exceptio dominii* não desborda do plano possessório; não é *decisum* de natureza petitória. O vencido no pleito possessório em que se invocou a regra do art. 505, 2ª parte, do Código Civil, tem ação petitória contra o vencedor. Dá ao juiz apenas a oportunidade de examinar os títulos de domínio não para resolver a quem pertence, numa ação possessória, mas exclusivamente para descobrir elementos que dizem com a posse, se conjugada a um dos titulares do domínio.

É do magistério de Pontes de Miranda, *verbis*:

«O julgamento da *exceptio dominii* dá a manutenção ou a reintegração ao réu, porém não faz coisa julgada material quanto ao domínio» (*apud Tratado de Direito Privado*, tomo 10, § 1.117, pág. 322).

E, noutro passo:

«Qualquer julgado sobre a chamada exceção de domínio é julgado sobre afirmação de posse, que, em luta com a afirmação de

outra, teve de ser preferida devido à probabilidade do domínio, com a evidência de que o outro figurante não no tem» (op. cit., págs. 322-323).

De fato, a alegação de domínio só tem lugar quando a posse de ambos litigantes é tida como duvidosa, caso em que esta se reconhece em favor daquele cujo domínio esteja melhor averiguado. Pontes de Miranda, de forma excelente, explica:

«Em termos rigorosamente científicos, a alegação do domínio não é exceção mas simples alegação para peso, a mais, em caso de provas dúbias. O art. 505, 2ª parte, apenas é regra jurídica sobre prova. Na dúvida, pesa mais a prova do domínio como prova de posse, se se prova que evidentemente não pertence à outra parte o domínio. Por isso mesmo, deve o Juiz abster-se de aplicar o art. 505, 2ª parte, se não há os pressupostos necessários» (Op. cit., p. 346).

Compreendo, dessarte, que o acórdão da colenda Segunda Turma, na Apelação Cível nº 12.365 — MG, que, por maioria de votos, deu provimento à apelação da RFFSA (E. F. Leopoldina), não pode ser rescindido pelos então vencidos na ação de posse, rediscutindo-se, aqui, questões eminentemente de domínio e de confrontantes, objetivando a re aquisição da posse. O aresto está assim ementado, consoante se vê da Certidão às fls. 45:

«Posse. Não se deve julgá-la em favor daquele a quem evidentemente não pertence o domínio (Código Civil, art. 505).»

Não seria possível, agora, para pedir a rescisão do acórdão, passar à discussão sobre falsidade de plantas consideradas na ação de posse e assim

demonstrar a inexistência de títulos hábeis da ora Ré, vencedora da ação possessória, referentemente ao imóvel, cuja posse lhe foi garantida.

Em realidade, os ora autores, na inicial, equacionam os fatos e documentos de domínio, às fls. 7-9, nestes termos:

«11 — que só provando o documento da Supda., o seu domínio na «faixa por onde passa a Estrada de Ferro de Ponte Nova a Bicudos», faixa esta cuja divisa, com José Lopes Castanheira, seria uma cerca de cinco fios de arame, na qual daria a Supda., como deu então, a aquele doador uma cancela de acesso aos terrenos por ele possuídos, entre a faixa e o rio Piranga, rio este indicado na doação como divisa integrante das divisas gerais dos terrenos dos quais se destacara aquela faixa, não se referindo, assim, o seu documento de domínio aos terrenos cuja posse pretende, à margem da faixa por ela, Supda., recebida em doação, decidindo como decidiu, *data venia*, fê-lo o v. acórdão contra literal disposição de lei, o próprio art. 505 do C. Civil que, quando diz que não se deve julgar a posse em favor daquele a quem, evidentemente, não pertencer o domínio, supõe que aquele a quem favoreça o julgado tenha melhor título de domínio da área cuja posse se discuta, o que no caso não ocorreu; e assim é,

12 — que, se os ancestrais dos Suptes. puderem apresentar um documento particular, um recibo, que anunciava terem eles adquirido aqueles terrenos, dos quais tiveram posse desde 1895 e 1912, inclusive para doar parte dele à Supda., uma faixa dos

mesmos, como consta da certidão anexa, essa escritura, outorgada pelos ancestrais dos Suptes. à Supda., de doação só de uma faixa dos terrenos possuídos por eles, evidentemente, não pode agora transformar-se em doação de todo o terreno que os doadores possuíam, o que é rematado absurdo, não provado, assim, qualquer domínio da Supda. sobre os terrenos cuja posse disputa: por outro lado,

13 — que, se assim é, meridianamente, o máximo que poderia ocorrer, negada a validade do recibo apresentado pelos ancestrais dos Suptes. como prova do seu domínio nos terrenos, mas do qual se originou a escritura de doação à Supda., seria constatar-se que nenhuma das partes, no julgado rescindendo, fez prova de domínio na área reclamada e, assim, necessariamente, dizendo-se ambas possuidoras da área em discussão, teria que ser improcedente a ação, sua procedência importando, ainda aqui, em decisão contrária a literal disposição de lei, o art. 500 do mesmo C. Civil, que diz:

«Quando mais de uma pessoa se disser possuidora, manter-se-á, provisoriamente, a que detiver a coisa, não sendo manifesto que a obteve de algum dos outros por modo vicioso,»

e quem sempre deteve a coisa, fora de dúvida, e até munido de um recibo de compra da mesma, nunca impugnado pelo vendedor, era o ancestral dos Suptes., como o provam a escritura de doação outorgada à Supda. e até a inicial da ação cujo acórdão se quer rescindir, tendo tido, assim, os ancestrais dos Suptes. posse da coisa até com justo título; mas,

14 — que, além de não ter a Supda. nem posse e nem domínio da área reclamada, nunca lhe havendo tais direitos sido outorgados pelos ancestrais dos Suptes., a planta nº 2, anexa, referida na escritura, jamais teve correspondência com os termos explícitos desta, pois, enquanto nesta a doação se fez só da «faixa por onde passa a Estrada de Ferro de Ponte Nova a Bicudos», que se destacou dos terrenos possuídos pelos ancestrais dos Suptes., a planta mencionada, que não traz qualquer assinatura, e ainda que a trouxesse de nada valeria, porque em conflito com o documento outorgado, vai da via pública ao rio Piranga, abrangendo todo o terreno possuído pelos ancestrais dos Suptes., que não foi todo doado, como é evidente, naquela escritura; mais,

15 — que, também a planta LP-3363, anexa, calcada em primeira, não expressa a realidade decorrente daquela escritura de doação e, repetindo o absurdo da de nº 2, referida, abrange todo o terreno que nunca foi doado à Supda., correspondendo, ambas, assim, a falsa prova, que induziu em erro a Justiça; entretanto

16 — que, apesar de ser falsa a prova de tais plantas, nesta última está retratada a cerca, feita pela própria Supda., entre a faixa de que tem o domínio por doação do ancestral dos Suptes., e os terrenos de que são possuidores os Suptes., por posse continuada de seus ancestrais, cerca esta edificada a 7,00m de distância do trilho externo da via férrea, como mandava o Reg. 15.673, de 1922, em seu art. 15, parágrafo único, o que bem mostra a certeza da Supda. de que tais terrenos ja-

mais lhe pertenceram, neles nunca havendo tido qualquer posse, senão uso precário e tolerado; finalmente,

17 — que, arrolando na inicial da ação cujo acórdão se quer rescindir, venda feita a «L. Gouveia & Lopes», para prova, pela Supda. de que o terreno recebido em doação tinha divisa no rio Piranga, aqui esclarecido que o «Lopes», daquela firma era José Lopes Castanheira, assim lhe descreve as divisas a Supda. naquela peça — «... dividindo e confrontando por dois lados com terrenos da autora e nos fundos com o rio Piranga» — quando a verdade é que, de acordo com a mencionada escritura anexa, tais divisas ali estão descritas — «... dividindo e confrontando, por dois lados com o rio Piranga...», tal como está configurado na planta LP-3363, sendo que «os compradores» ali mencionados, era, precisamente José Lopes Castanheira em cuja área possuída desde a doação, indica a referida planta — «Casa em construção e área ocupada pelo Sr. Augusto Lopes Castanheira», o que tudo prova a falsidade daquelas plantas e a posse adquirida por José Lopes Castanheira, aqui reconhecida, expressamente, pela Supda.»

A perícia, de resto, processada, nos autos desta ação rescisória, está a demonstrar o intento de debater questão de limites de propriedades, pois os autores admitem, inclusive, o domínio da Rede sobre certa faixa das terras em foco, compreendendo que o acórdão mal interpretou os títulos, ao considerar a ora ré proprietária de toda a área.

No laudo de fls. 100-101, inclusive, anotou um dos peritos a res-

peito de se as plantas oferecidas pela Ré conferem em área com os termos da escrituração, que «a resposta a esse quesito é não. Entretanto, só a vista no levantamento inicial, por ocasião das doações com a planta de demarcação das faixas doadas, poder-se-ia dar uma resposta mais concisa».

O volume de plantas trazidas aos autos revela, desde logo, a inviabilidade de reabrir-se debate sobre questão de domínio e limites, em rescisória de decisão sobre posse.

De outra parte, não há a evidência da falsidade das provas utilizadas no acórdão. A testemunha que depôs às fls. 120 e v., inclusive, torna clara a existência de posse da Estrada de Ferro Leopoldina: (lê).

Ademais disso, no que atine aos títulos invocados no acórdão, bem observou a RFFSA, às fls. 156-157:

«Embora Rescisória seja Direito Civil, sem dúvida que o pretendido pela inicial ofenderia o II do art. 273 do CPC. De fato, da inércia dos AA. na reintegração resultou a «não-realização da perícia» (fls. 28). Essa falha (notada, aliás, nessa Alta Instância às fls. 44) não pode invalidar o Ven. Ac. de fls. 44-45. Impossível consertar o hiato em recurso (fls. 44) e nesta Rescisória, ou premiar-se a quem faz jus ao *dormientibus*...

Perícia irrealizada... e uma realizada:

Dita falta de perícia resulta em uma orgia de metragens. A Doação à Rede (fls. 18) refere-se a 35.114,50 metros (harmônico com a inicial — fls. 3 e com o Reg. de imóveis, fls. 20-21). A perícia, já desta rescisória, acha 22.000 metros quadrados (fls. 100-101). O *punctum pruriens* divisa do rio Piranga aí aparece,

como final e como na própria Doação (fls. 19). E retumba um fato decisivo, em ilação espontânea: Há mais de 50 anos a Rede exerce direitos possessórios — dominiais até esse Rio Piranga (comparar: fls. 8-9, pág. 17 dos AA.; fls. 17; e escritura às fls. 48v.). Falsa prova:

O outro fundamento visado (art. 798, II, do CPC.) rúi pela base, já pelo apontado no título anterior, já por não ter sido a planta de fls. 46 nem considerada pelo Ven. Acórdão rescindendo (fls. 44-45).

Título:

O Aresto em tela reconhece o título de domínio da Rede (Doação, fls. 18), doação que, nos termos do art. 83 do Cód. Civ., é de posses, tendo merecido a devida transcrição no registro (Clóvis, última observação do art. 1.168 do C.C., pág. 345 do Vol. IV). De notar que o Minucioso oficial (em 1957) não refere «título anterior» (Decreto nº 4.857, 9-11-1939, art. 214; v. fls. 20-21).

Dilema férreo... apenas aparente.

O P. 13 (fls. 7, inicial) afirma, em resumo: inválido o Recibo, inválida a Doação. Mas o dilema apresenta uma ponta falsa. De fato, o registro firma e sana a propriedade (C.C. art. 530, I) embora impura e origem do título (Recibo). E os autores não postularam a nulidade desse registro, possivelmente nem em suas razões de apelados (apenas referidas às fls. 40), nem na inicial. Nem em defesa de possessória, nem em recurso, nem em rescisória caberia tal anulação: — só ação específica (C.C., art. 860; Dec. nº 4.857, art. 227; Clóvis, com. ao art. 860, Vol. 3, pág.

476; W. Loureiro, «Reg. Propr. Imóvel», nota 64, pág. 98). Infrutífero investirem os AA. contra a Doação registrada, portanto. Seus «recibos», sem forma ou figura de Juízo (fls. 44, Ven. Ac.), não passados pelos crivos da Doação e do Registro, merecem o anátema acima dos ilustres Julgadores.»

Por sua vez, a douta Subprocuradoria-Geral da República, às fls. 160, sinalou com propriedade, *verbis*:

«3. Não obstante o ven. acórdão ter sido tomado por maioria de votos, não foram opostos embargos, cabíveis.

4. Agora, pretendem rever o ven. acórdão sob a alegação de que a respeitável decisão assentara-se em falsa prova, o que se protestou provar no curso da rescisória.

5. Desenganadamente, impõe-se, como pressuposto essencial do recurso, não apenas falsa prova, mas, inequívoca falsidade.

6. Ora, no curso da fase probatória não se logrou demonstrar qualquer falsidade, muito menos inequívoca.

7. Por outro lado, é de se salientar que a demanda decidida era de caráter possessório.

Assim, a revisão do julgado, para quem se julgou titular do domínio não é, evidentemente, a ação rescisória de decisão de caráter possessório, mas, na verdade, a postulação de caráter petitório onde de forma ampla equacionaria matéria concernente ao domínio.»

Do exposto, julgo, *data venia*, improcedente a presente ação rescisória, condenando os autores nas custas e em honorários de advogado que arbitro, desde logo, em Cr\$ 1.000,00.

Fica, à evidência, ressalvado aos AA. discutirem, em ação de caráter petitória toda a matéria relativa a confrontações e limites de sua propriedade com a da RFFSA, ou ainda, a preponderância de seus títulos, ou mesmo, a invalidade dos títulos da RFFSA, invocada nesta ação.

VOTO

O Sr. Min. Jorge Lafayette Guimarães: Sr. Presidente, com a devida vênua do eminente Ministro Néri da Silveira e do longo e profundo voto que S. Exa. proferiu, acompanho o ilustre Ministro Relator.

Diante da situação exposta, parece-me estar devidamente fundamentada e justificada a rescisória.

Entendo que, não obstante assista razão ao Ministro Néri da Silveira, quando sustentou que na ação possessória só se decide sobre a posse, S. Ex^a mesmo aludiu que o domínio interfere como prova desta. Em consequência, se o documento do qual decorre o domínio, que influiu como prova da posse, é falso, justificada estará a ação rescisória, embora tenha sido a decisão rescindenda restrita à posse. Não há coisa julgada referente ao domínio, é certo, mas inegavelmente a decisão sobre a posse está fundada numa prova falsa, como resulta, inclusive, da vistoria realizada.

Assim, os elementos dos autos conduzem, realmente, à procedência da ação rescisória. O laudo, embora não tenha podido delimitar a área pertencente à autora, reconhece que a planta anexada na anterior ação não corresponde à escritura invocada, pelo que não podia servir de fundamento para dela se inferir o domínio, elemento conducente à posse, com base na qual se concluiu pela procedência da ação possessória.

Para mim, isso já seria suficiente.

Há, porém, os outros elementos, como a posse da ora autora, mencionada pelo eminente Ministro Relator, que data de 30 anos, e além disso, embora considere que a ausência de contestação não implica confissão, na vigência do antigo Código de Processo Civil, porque interpreto o art. 209 restritivamente, no sentido de que só o silêncio de quem contesta, sobre alguns pontos, é que dispensa a prova, e entendendo que ainda na vigência do atual Código, a revelia, em ação rescisória, não produz o efeito do seu art. 319, consistente em serem reputados verdadeiros os fatos afirmados pelo autor, tem a mesma alguma significação, frente ao conjunto de provas colhidas, para sua apreciação.

Por esses fundamentos, com a devida vênia do eminente Ministro Néri

da Silveira, acompanho o ilustre Ministro Relator.

EXTRATO DA ATA

Ação Rescisória nº 242 — DF.
Rel.: Sr. Min. Márcio Ribeiro. Rev.: Sr. Min. Esdras Gueiros. Autores: Virgínia Pinheiro Castanheira e outros — Réus: União Federal e Rede Ferroviária Federal S.A.

Decisão: Prosseguindo-se no julgamento, julgou-se procedente a ação, vencido o Sr. Min. Néri da Silveira (em 26-11-74 — T. Pleno).

Os Srs. Mins. Esdras Gueiros, Moacir Catunda, Henoch Reis, Peçanha Martins, Décio Miranda, Jarbas Nobre e Jorge Lafayette Guimarães votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. *Armando Rollemberg*.

AGRAVO DE PETIÇÃO Nº 34.572 — RS

Relator — O Exmo. Sr. Min. Moacir Catunda

Agravantes — União Federal, Roberto Albrecht (ou Roberto Fontoura Albrecht) e outra e Paulo Saldanha (Sindico da Massa Falida de Roberto Albrecht)

Agravados — Os mesmos

EMENTA

Agravo de Petição. Despacho de mero expediente, destituído de virtudes decisórias, não propicia recurso de agravo de petição.

Falido. Tem qualidade para intervir como assistente, nas ações em que a massa seja parte interessada e recorrer independente da representação da massa falida, pelo síndico.

Lei nº 4.121, de 27-8-1962. Defesa de Meação de Cônjuge. Não tem aplicação em executivo instruído com certidão de dívida emanada de processo administrativo fiscal.

Regularização Contábil. Dl. 1.184-71. Sua inaplicabilidade ao caso dos autos.

Juros. Podem ser exigidos à massa falida, até a data da sentença declaratória da falência.

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

Decide a Primeira Turma do Tribunal Federal de Recursos prosseguindo no julgamento: Votou o Sr. Mi-

nistro Jorge Lafayette Guimarães, divergindo do Relator e do Vogal, Ministro Peçanha Martins, sobre a ilegitimidade do falido para recorrer, conhecendo do agravo deste e negando-lhe provimento, no que foi acompanhado pelo Relator e pelo Vogal, os quais retificaram os seus votos anteriores, tornando-se, a propósito, unânime a decisão. No atinente aos agravos do falido, e sua mulher, e o do síndico, o voto do Sr. Min. Jorge Lafayette Guimarães harmoniza-se com o do Senhor Ministro Relator e do Vogal, deles divergindo, contudo, relativamente à imposição da taxa do Decreto-lei 1.025 ao falido, pelo que nesta parte a decisão, dando provimento em parte ao agravo da União Federal e ao recurso de ofício, é tomada por maioria de votos. Custas de lei.

Brasília, 10 de junho de 1974. —
Moacir Catunda, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. *Moacir Catunda* (Relator): Sr. Presidente — A Subprocuradoria-Geral da República expôs sobre a matéria dos autos e opinou nos seguintes termos:

«Inimizade entre advogado e Juiz não impede este nas ações que aquele patrocina. Se a massa falida os suportar, são cobráveis juros moratórios. Aplica-se o princípio da sucumbência nos executivos fiscais. 1. Promoveu a Fazenda Nacional executivo fiscal contra Roberto Albrecht (pessoa jurídica) em cobrança da quantia de Cr\$ 363.530,00 (trezentos e sessenta e três mil, quinhentos e trinta cruzeiros), proveniente de imposto de renda. 2. A ação foi julgada procedente pela r. sentença de fls. 152/159. 3. Roberto Albrecht e Margarida Retamal Albrecht agravam de petição (folhas 171/6), dizendo: a) que em

agravo de petição anteriormente manifestado (fls. 116-119), denunciada fora a inimizade existente entre o MM. Julgador e o advogado dos agravantes, pelo que não poderia ele julgar a ação; b) que o douto Julgador, além de suspeito, é incompetente para julgar a ação, em face do que dispõe o Código de Organização Judiciária do Rio Grande do Sul em seu art. 99, § 6º; c) que já tendo sido determinada a remessa dos autos ao Egrégio Tribunal Federal de Recursos, por despacho de fls. 148-148v., não poderia depois ser prolatada a sentença, o que acarreta a sua nulidade; d) que as dívidas ajuizadas foram remidas pelos Decretos-leis nºs 1.042, 1.116 e 1.184. 4. A União Federal agravou, também, porque desatendido o pedido de pagamento de juros moratórios de 1% ao mês, nem acolhido o pedido de pagamento da taxa de 20% de que trata o DL. nº 1.025, de 1969. 5. Agravou de petição, também, a massa falida de Roberto Albrecht, alegando que a r. sentença recorrida foi proferida por Juiz incompetente, e que atendeu contra as disposições do artigo 289 do Código de Processo Civil, eis que o despacho de fls. 148-148v determinara a subida dos autos ao Egrégio Tribunal. Diz, também, que as dívidas foram remidas pelos Decretos-leis, e que várias delas estão prescritas. 6. Preliminarmente, somos no sentido de que conhecidos somente os agravos de petição manifestados da r. sentença de folhas 152/159, visto como os demais são todos eles imprevistos na legislação específica, que é o DL. nº 960/38. 7. Assim sendo, merecem apreciados, apenas, os decorrentes de inconformação com

a r. decisão de primeiro grau, que concluiu pela procedência da ação. Salienta-se que a suspeição levantada não encontra amparo legal. Somente quando a inimizade é entre o Julgador e a parte é que fica ele impossibilitado de processar e julgar a ação. Quando essa inimizade é alegada como existente entre o Julgador e o advogado, não há norma legal que o impeça de processar e julgar a ação. Na espécie dos autos, pois, não há clima para invalidação da decisão recorrida, por esse fundamento. 8. Quanto ao fato de, antes da prolação da sentença de primeiro grau, haver sido determinada a remessa dos autos ao Egrégio Tribunal Federal de Recursos, temos que a circunstância é irrelevante. É que os recursos anteriormente manifestados não têm amparo em qualquer regra legal, razão por que a matéria nos mesmos versada somente poderia ser apreciada pela instância *ad quem* por ocasião do julgamento do recurso tomado contra a sentença, o que ora sucede. Assim, em comprovando o equívoco cometido, não restaria ao eminente Julgador senão prolatar a sentença, eis que na fase própria. Foi o que fez S. Exa., sem que tal comportamento possa ser tido como violador de uma só norma legal, e, assim, inexistente razão para que, sob argumento que tal, invalidada seja a r. decisão agravada. 9. No que diz respeito à remição das dívidas cobradas, o só exame dos Decretos-leis invocados (números 1.042, 1.116 e 1.184) revela que remição não houve, sendo cobráveis os créditos ajuizados. Sobre o assunto, adotamos as razões oferecidas pela exequente às folhas 202/3 e 204/5. 10. Quanto ao recurso da exequente, parece-nos

que merece provimento. É que os juros moratórios e a taxa de que trata o DL. nº 1.025/69 devem integrar a condenação, na conformidade da jurisprudência mansa e pacífica do Egrégio Tribunal. 11. Face ao exposto, opinamos pelo provimento do recurso de ofício, que devemos ter por manifestado, e pelo voluntário da União, a fim de reformar parcialmente a r. sentença recorrida e incluir na condenação juros moratórios e taxa do DL. nº 1.025/69. Em consequência, porque sejam julgados prejudicados os demais recursos.»

Houve agravo no auto do processo interposto pela Fazenda Federal às folhas 150. Deferi a juntada, por linha, da certidão extraída do auto de penhora procedida no rosto dos autos da falência de Roberto Albrecht.

Foi feita a juntada da petição de Roberto Albrecht e sua esposa para anexação da cópia do acórdão de correição parcial nº 18.070, pedida perante o Tribunal do Rio Grande do Sul, que declinou da competência para este Egrégio Tribunal.

É o relatório.

VOTO — 1ª PRELIMINAR

O Sr. Min. Moacir Catunda (Relator): Sr. Presidente. A exceção de suspeição levantada no agravo de petição de fls. 116 a 119, pelo executado Roberto Albrecht e sua mulher, Margarida Retamal Albrecht, contra o Dr. Juiz de Direito da 1ª Vara Cível, substituto da 2ª Vara Cível, por onde tramita o processo, e reativada no agravo de petição de fls. 171, sob o fundamento de inimizade com o advogado dos excipientes, dita exceção, dizia, não é de ser acolhida por falta de amparo legal. É que tanto o Código de Processo Civil de 1939, como o de 1974, não prevêm a inimizade do ad-

vogado da parte com o Juiz do feito, como motivo justificador da recusa. Suspeito será o Juiz inimigo da parte, não, porém, o que tenha inimizade com o procurador dela.

Em virtude da manifesta ilegitimidade, sou porque sequer merece processamento, daí porque o voto a repele, *in limine*, por medida de economia processual.

VOTO — 2ª PRELIMINAR

O Sr. Min. Moacir Catunda (Relator): Sr. Presidente. Relativamente à alegação de incompetência do mesmo Juiz, por falta de reassunção da Jurisdição da 2ª Vara Cível, item II, da petição de fls. 171, após as férias, sucede que os autos demonstram o contrário, como se verifica do termo de conclusão e do despacho de fls. 149, *in verbis*:

«Reassumi hoje a jurisdição por término de férias regulamentares. Baixo estes autos ao cartório de origem para fim de se juntar petição. Em 31-12-1971».

Prescreve o Código de Organização Judiciária do Rio Grande do Sul, artigo 99, § 6º, citado pelo excipiente:

«O Juiz de Direito conservará a jurisdição da Comarca ou Vara que houver assumido em substituição, embora durante esta desapareçam os impedimentos dos que com relação a ele tenham prioridade, salvo se em contrário deliberar o Conselho Superior da Magistratura, atendendo ao interesse do serviço forense».

Tendo o Juiz exceto assumido o exercício da 2ª Vara Cível, em substituição, fls. 110, e prescrevendo a lei que a conservará, salvo decisão em contrário do Conselho Superior da Magistratura, da qual não se fez prova, entendo que desprocede a alegação de incompetência.

A lei local parece admitir o concomitante exercício de dois juizes na mesma Vara, a título de substituição.

Considerando a situação dos autos, rejeito a alegação.

VOTO — 3ª PRELIMINAR

O Sr. Min. Moacir Catunda (Relator): Sr. Presidente. Desconheço do agravo de petição interposto às folhas 116 por Roberto Albrecht e D. Margarida Retamal Albrecht, do despacho de expediente de fls. 110, que mandou ouvir o síndico da massa falida, e o representante do Ministério Público, após a decretação da falência da executada, que, até então, estava em regime de concordata. Tratando-se de despacho impulsionador do processo, destituído de virtudes decisórias, descabe o recurso de agravo de petição, para o rever.

As considerações feitas pelo Juiz a quo, a propósito do assunto, são juridicamente incensuráveis.

Acontece, por outro lado, que, inassistindo ao falido legitimidade para recorrer, não será possível tomar-se conhecimento dos dois agravos interpostos por ele e sua mulher, seja do interposto às fls. 116, do despacho de folhas 110, seja do interposto às folhas 171, da sentença de fls. 152, que julgou o mérito da ação.

VOTO — 4ª PRELIMINAR

O Sr. Min. Moacir Catunda (Relator): Sr. Presidente. Desconheço também do agravo no auto do processo interposto pela exequente, fls. 180, do despacho que mandou desentranhar por extemporâneas as razões oferecidas por ela própria ao agravo supra-referido. E o faço porque o Decreto-lei nº 960, não prevendo o recurso de agravo no auto do processo, desautoriza o conhecimento do interposto nos autos.

VOTO-MÉRITO

O Sr. *Min. Moacir Catunda* (Relator): Sr. Presidente. A sentença de mérito decidiu também as preliminares de ilegitimidade passiva de Roberto Albrecht, para suportar o executivo fiscal, na qualidade de pessoa jurídica, e de ilegitimidade ativa, de D. Margarida Retamal Albrecht, mulher de Roberto Albrecht, para liberar a meação dela, que teria sido comprometida com a penhora de bens na execução do débito comercial do marido.

Os embargos da última não identificou os bens do seu interesse pessoal, porventura existentes no acervo do casal, cujo regime de bens é o da comunhão universal.

A Lei nº 4.121, de 27-8-1962, que dispõe sobre a exclusão dos bens da meação, dos que tenham sido penhorados na execução de título de dívida de qualquer natureza, firmado por um só cônjuge, não se aplica à espécie, que é de executivo fiscal instruído com certidão de dívida, emanado do processo administrativo pertinente.

As razões da sentença são estas:

«Vê-se dos autos, notadamente das certidões de dívida ativa às fls. 3/13, que o débito fiscal, objeto desta ação, resultou de lançamento de pessoa jurídica pela qual é responsável o Sr. Roberto Albrecht (*sic*) residente na Rua Gal. Canabarro, 2.357, nesta cidade de Santa Maria, Estado do Rio Grande do Sul. A legislação vigente estabelece aquilo que se deva entender como pessoa jurídica para os efeitos do imposto de renda, como é o caso dos autos. Expressamente essa legislação equipara às pessoas jurídicas as empresas individuais, nestas abrangidas as firmas individuais e as pessoas físicas que em nome individual explorem habitual e

profissionalmente qualquer atividade econômica de natureza civil ou comercial com o fim especulativo de lucros, mediante venda a terceiros de bens ou serviços. Já por ocasião da defesa alinhada às fls. 23 o réu Roberto Albrecht ou Roberto Fontoura Albrecht se qualificou como comerciante domiciliado na Rua General Canabarro 2.357 (fls. 26), e, mais do que isto, se confessou um comerciante em regime de concordata (que tramita pelo 2º Cartório desta comarca). Não há, pois, modo por que confundir o que explícito está nos autos, isto é, que a dívida ativa ora em cobrança neste feito é a que decorre de lançamento de pessoa jurídica, como tal conceituada para os fins de tributação do imposto de renda.

Logo, o executado Roberto F. Albrecht é o comerciante que, em nome individual, explorava habitual e profissionalmente atividade econômica de natureza mercantil, com o fim especulativo de lucro mediante venda a terceiros de bens, de mercadorias. Esse o sujeito passivo da relação tributária, isto é, da relação de direito material que se constitui no suporte da relação processual estabelecida nestes autos. Daí a razão por que o executivo fiscal ajuizado às fls. 2 atinge a pessoa jurídica, assim definida, estabelecida nesta cidade na Rua Gen. Canabarro nº 2.357, e não a pessoa natural de Roberto Albrecht. Na verdade, «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»; «a cobrança judicial do crédito tributário não é sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência, concordata, inventário ou arrolamento» (legislação vigente). Assim, o presente executivo fiscal inicialmente ajuizado contra um concordatário que havia, por força de lei, conservado a administração dos seus bens, mantido como fora à testa de seu negócio, embora sob fiscalização do comissário. Entretanto, rescindida a concordata e decretada a quebra, o executado perdeu *ipso facto* o direito de administrar os seus bens e deles dispor, não podendo o falido, desde o momento da abertura da falência, praticar qualquer ato que se refira direta ou indiretamente aos bens, interesses, direitos e obrigações compreendidas na falência, sob pena de nulidade que o juiz pronunciará de ofício independentemente de prova de prejuízo. Destarte, desde o momento da decretação da falência, i. e., desde a data de 16 de dezembro do ano de 1970 (v. desp., às fls. 80), a massa falida só poderia ter sido representada em juízo pelo síndico, a teor do que dispõe a Lei de Falências em seu art. 63, nº XVI. De resto, mui acertadamente a exeqüente requereu medida compatível com esse dispositivo, às fls. 81, em 22-12-70, muito embora só em a data de 24-11-71 o síndico diligenciasse em fazer-se representar a massa falida, como se vê às folhas 113 e 114. A despeito de ter pretendido o síndico residir em juízo nestes autos como mero assistente nos termos do art. 93 do estatuto de processo, a sua

qualidade de síndico comprometido não poderia desviar-se dos cânones da lei falencial. Houve indiscutivelmente uma substituição processual *secundum legem*. A inexistência de contrato de honorários advocatícios previamente ajustados e submetidos à aprovação do juiz não ilide a representação da massa falida através do mandato judicial junto às fls. 114. Outrossim, toda matéria ventilada em estes autos após a realização da audiência de instrução e julgamento (na qual audiência nenhuma prova se produziu) é estranha à controvérsia cristalizada nos termos da petição inicial e nos da defesa de fls. 23/24. Desse modo, carecem de fundamento as alegações dos ditos embargos. Com efeito, as certidões em que se estriba o pedido satisfazem amplamente todos os requisitos legais, de tal modo que têm por si a presunção de certeza e liquidez, dado que contêm em si mesmas o efeito de prova pré-constituída, que não foi validamente hostilizada no curso deste processo. Além disso, a invocada defesa de meação do cônjuge mulher com pretendido amparo na Lei nº 4.121, de 27-8-62, não pode prevalecer diante das ditas certidões da dívida ativa, visto como, segundo salienta a exeqüente, essa dívida não é resultante de títulos firmados pelo cônjuge varão; pelo contrário, no caso verídico, os créditos da Fazenda Pública resultam da incidência de tributo, a saber, prestação compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada. Nem pode prevalecer a alegação de que a mulher casada

com o executado já vem de muito contribuindo para a arrecadação do imposto de renda mediante descontos efetuados em folha de pagamento dos proventos que ela vem percebendo na inatividade. Na verdade, o tributo que desse modo é descontado se origina de outro fato gerador que não o que deu motivo ao «lançamento de pessoa jurídica» em razão mercância. Está suficientemente demonstrado nestes autos e nos documentos apensos que o débito ora exigido judicialmente resulta da atividade mercantil a que se dedicara o executado, ora falido e ora representado, como sujeito passivo da relação processual, pelo síndico da respectiva massa falida, mediante a substituição *ex vi legis* atrás referida. Nenhum argumento ou nenhuma alegação desenvolvidos nos embargos de fls. tem força para infirmar o pedido de fls. 2. Nem mesmo de remissão de dívida se há de cogitar, tendo-se em vista que todos os débitos são de natureza tributária no seu valor originário. E, como já se afirmou, por mais que os interesses da massa falida sejam merecedores de proteção, os privilégios da Fazenda Pública não devem ser postergados, máxime quando protegidos por normas legais, cuja aplicação não pode depender de arbítrio judicial (ac. un. da 1ª Turma do E. STF, de 7-11-66, *in Rev. Trim. Jurisp.* v. 39, p. 670). Isto posto, julgo procedente o executivo fiscal ajuizado às fls. 2, e condeno o executado Roberto Fontoura Albrecht ou Roberto Albrecht através de sua massa falida ao pagamento do principal expresso nestes autos em Cr\$ 363.530,00 (ex-NCr\$... 363.530,00), a que se aplicará a correção monetária, segundo os ín-

lices estabelecidos por lei; condeno-o também ao pagamento das custas processuais. Não se aplicam juros moratórios aos encargos da massa falida. Julgo subsistente a penhora efetuada, a fim de que produza os seus devidos efeitos. Oportunamente se proceda à avaliação do penhorado».

Do agravo interposto nas fls. 171, por Roberto Albrecht e sua mulher, não tomo conhecimento, em razão da ilegitimidade dos agravantes, anotada no voto sobre a 3ª preliminar, supra.

No tocante ao agravo interposto pelo síndico da massa falida, em que procura revalidar a preliminar de nulidade da sentença, por incompetência do Juíz, com apoio na ilegível tabela de substituição, o voto a rejeita, pelos motivos aduzidos no voto sobre a 1ª preliminar, supra.

Relativamente à alegação de que o quantitativo do débito é outro, menor do que o registrado nas certidões, isto em decorrência da regularização contábil a que a empresa teria direito, com apoio no art. 1º, e parágrafos, do Decreto-lei nº 1.042/69, o voto também a rejeita, porque inexistente prova pericial da alegada regularização contábil.

No atinente à remissão, com apoio no Decreto-lei nº 1.042/69, e art. 11, do Decreto-lei nº 1.184, de 11-8-1971, *verbis*:

«ficam remidas as dívidas de originário igual ou inferior a ... Cr\$ 300,00 (trezentos cruzeiros) inscritas como dívida ativa da União pelas Procuradorias da Fazenda Nacional até 21 de outubro de 1969, e não alcançadas pelo Dec.-lei 1.042, de 21-10-69»,

entendo que não tenha incidido sobre as certidões que instruem a inicial, alusivas a qualquer exercício, por

isso que nos cálculos constantes do processo administrativo em apenso considerou-se o cruzeiro novo, e não a moeda antiga, tudo indicando que esta tenha sido convertida à nova expressão monetária ao ensejo do lançamento, feito em 1968. Como quer que seja, o alegado equívoco não saiu esclarecido, mediante prova pericial capaz de ilidir as certidões de dívida de fls. a fls.

No que diz respeito ao agravo da União Federal, com vistas à contagem de juros legais, e à inclusão da taxa de 20% sobre o débito, prevista no DL. nº 1.025-69, dou provimento, em parte, para mandar computar os juros, até a data da sentença declaratória da falência, de acordo com o art. 26 da Lei de Falências, que me parece incidir sobre débitos fiscais.

No tocante à taxa de 20% do Decreto-lei nº 1.025, tendo caráter remuneratório de serviços profissionais, sou porque descabe, pelo princípio de que a massa falida não tem legitimidade para suportar condenação em honorários advocatícios.

O voto, *de meritis*, assim, é negando provimento ao agravo da massa falida, e provendo, em parte, o recurso de ofício, e o agravo da União Federal.

EXTRATO DA ATA

AP. nº 34.572 — RS. Rel.: Sr. Min. Moacir Catunda. Agtes.: União Federal Roberto Albrecht (ou Roberto Fontoura Albrecht), outra, e Paulo Saldanha (síndico da massa falida de Roberto Albrecht). Agdos.: Os mesmos.

Decisão: Após os votos dos Srs. Mins. Relator e Peçanha Martins, rejeitando todas as preliminares suscitadas no processo, e provendo em parte *de meritis* o recurso de ofício da União Federal, adiou-se o julgamento em vir-

tude do pedido de vista do Sr. Min. Jorge Lafayette Guimarães (em 3-6-74 — 1ª Turma).

Presidiu o julgamento o Sr. Min. Moacir Catunda.

VOTO-VISTA (VENCIDO EM PARTE)

O Sr. Min. Jorge Lafayette Guimarães: Dois são os agravos interpostos pelo falido Roberto Albrecht e sua mulher, contra quem foi ajuizado o executivo fiscal, posteriormente intervirindo no processo a respectiva massa falida, representada pelo seu síndico: o de fls. 116-119 e o de fls. 171-176.

Do primeiro não conheço, uma vez que havendo sido processado, com a manutenção do despacho agravado, veio o Dr. Juiz, pelo despacho de fls. 160-164, negar seguimento ao recurso, não só por incabível o agravo de petição, face ao art. 45, I, do Decreto-lei nº 960, de 1938, contra o interlocutório proferido como por haver ocorrido sua renúncia, pelo não preparo, no prazo de 24 horas seguintes à entrega da contraminuta.

Não foi, por outro lado, requerida Carta Testemunhável, na forma do art. 55, do referido Decreto-lei.

É de notar, outrossim, que a questão assume um caráter mais formal, pois a matéria ali abordada foi renovada no segundo agravo, contra a sentença que julgou o executivo fiscal procedente, renovação que encontra apoio na norma do art. 49, da mesma lei.

Com a devida vênia do eminente Ministro Relator, conheço do agravo de fls. 171-176, interposto pelo falido, que não obstante a representação da massa falida, em Juízo, pelo síndico, passando as ações a correr contra aquela, tem qualidade para recorrer e intervir como assistente, nos termos do disposto pelo art. 36, do Decreto-lei

nº 7.661, de 1945, Lei de Falências, *verbis*:

«Além dos direitos que esta lei especialmente lhe confere, tem o falido os de fiscalizar a administração da massa, de requerer providências conservatórias dos bens arrecadados e o que for a bem dos seus direitos e interesses, podendo intervir, como assistente, nos processos em que a massa seja parte ou interessada, e interpor os recursos cabíveis.»

Nego, porém, provimento ao agravo.

Nele se argüi a suspeição do Juiz que proferiu o despacho de fls. 110 e v. e a nulidade da sentença de fls. 152-159, prolatada após recebido e processado o agravo de petição de folhas 116-119, onde fora igualmente argüida dita suspeição, e já determinada a remessa dos autos ao Tribunal Federal de Recursos.

Na verdade, porém, não é o agravo meio idôneo à argüição da «suspeição», que devia ser objeto de exceção, nos três dias seguintes à intervenção na causa do Juiz considerado suspeito, segundo o art. 182, I, c/c o art. 186 do Código de Processo Civil de 1939, à época vigente, sob pena de se tornar ilegítima a argüição.

Por outro lado, aquele agravo ficou denegado, conformando-se os agravantes com a decisão proferida, e embora datada a sentença de 1º de Janeiro, que é feriado nacional, enquanto a decisão denegatória de seguimento ao agravo está datada de 2 de janeiro, foram os autos recebidos pelo cartório, com ambas a decisões, em 3 de janeiro (fls. 164v.).

As demais alegações feitas no aludido recurso foram também objeto de agravo interposto pela massa falida, e estou de acordo com o eminente Relator quando demonstrou, a propó-

sito deste, a improcedência das pretensões manifestadas, quanto à incidência da anistia dos Decretos-leis ns. 1.042, 1.116 e 1.184, inaplicáveis à espécie, bem como da incompetência do Dr. Juiz para julgar a ação, frente à Lei de Organização Judiciária do Estado do Rio Grande do Sul, matéria que ficou dirimida por decisão do próprio Tribunal de Justiça do mencionado Estado, em acórdão na correição realizada.

Do exposto, por sua vez, resulta minha concordância com o ilustre Relator, ao negar provimento ao agravo da massa falida executada (fls. 184-186).

Quanto ao recurso de ofício, dou provimento, não só para incluir na condenação os juros de mora, conforme dispõe o art. 2º da Lei nº 5.421, de 1968, e nos termos do mencionado nas certidões de inscrição de dívida, que instruem a inicial, a exemplo de que concluiu o eminente Relator, como ainda para incluir igualmente o percentual de 20%, do Decreto-lei nº 1.025, de 1969, que não se torna inexistível por ser a devedora uma massa falida.

Não só decorre o aludido percentual de preceito expresso de lei, que não contempla exceções, como ainda, se atentarmos para a circunstância de corresponder o mesmo a honorários de advogado, pela sua finalidade, prefixados e resultantes de lei especial, como reconhece a jurisprudência, nem por isso excluída estará a condenação da massa falida ao seu pagamento.

Entendo, e assim já sustentei no Agravo de Petição nº 34.656, embora havendo ficado vencido, que o art. 208, § 2º, da Lei de Falências, somente afasta o pagamento de honorários de advogado, a exemplo do que sucede com as custas, no próprio processo

falimentar e seus incidentes, nunca em ações nas quais a massa seja vencida.

Assim proclamou o Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário nº 66.074, Relator o Ministro Amaral Santos:

«Princípio da sucumbência (L. nº 4.632-65). Não se aplica aos processos regulados pela Lei de Falências. Recurso Extraordinário não conhecido» (RTJ, vol. 54, pág. 601),

enquanto numa interpretação mais ampla foram concedidos tais honorários em processos referentes a ações autônomas, embora regidas pela lei falimentar, como é o caso dos pedidos de restituição, disciplinados nos arts. 76 a 78, da Lei de Falências, que constituem ação autônoma.

Neste sentido decidiu o Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário nº 67.970, Relator o Ministro Eloy da Rocha, que em tais processos cabe condenação em honorários de advogado (DJ 13-3-70, pág. 815), e no Recurso Extraordinário 64.204, Relator também o Ministro Eloy da Rocha, foi afirmado, conforme sua ementa, que

«São devidos honorários de advogado, em pedido de restituição na falência ou na concordata preventiva, quando contestado, de acordo com o art. 77, § 7º, da Lei de Falências. Recurso Extraordinário conhecido e provido.»

Com maior razão admissível será a condenação da massa falida ao pagamento do percentual do Decreto-lei nº 1.025, de 1969, objeto de lei, quando vencida no executivo fiscal.

Finalmente, há, às fls. 150-151, um agravo no auto do processo, da Fazenda Nacional, aliás não deferido, contra o despacho de fls. 148, que determinou o desentranhamento da sua

contraminuta, ao agravo de fls. 116-119, por intempestiva.

Dele não conheço, não só porque incabível é o agravo no auto do processo, em executivo fiscal, não previsto no art. 45, do Decreto-lei nº 960-38, como ainda ficou a matéria prejudicada, em face do não conhecimento do agravo de fls. 116-119.

Pelo exposto, e estando no mais de acordo com o voto do eminente Relator, Ministro Moacir Catunda, que foi acompanhado pelo ilustre Ministro Peçanha Martins, o meu voto é não conhecendo do agravo de petição de fls. 116-119, e do agravo no auto do processo de fls. 150-151, conhecendo do agravo de petição do falido e sua mulher, de fls. 171-176, e negando-lhe provimento, bem como ao agravo da massa falida, de fls. 184-186; e dando provimento ao recurso de ofício para incluir na condenação os juros de mora, desde o vencimento da dívida, na forma do art. 2º, da Lei nº 5.421, de 1968 até a falência, e a percentagem do art. 1º do Decreto-lei nº 1.025, de 1969.

RECONSIDERAÇÃO DE VOTO

O Sr. *Min. Moacir Catunda* (Relator): Sr. Presidente. Em face dos motivos do voto do Sr. Ministro Jorge Lafayette Guimarães, sobre a legitimidade do falido para recorrer, reconsidero-me do voto proferido na assentada anterior para, conhecendo dos agravos manifestados pelo falido e sua mulher, negar-lhes provimento, confirmando o despacho agravado por seus fundamentos, e de acordo com as razões do voto do Sr. Ministro Jorge Lafayette Guimarães.

RETIFICAÇÃO DE VOTO

O Sr. *Min. Moacir Catunda* (Relator): Sr. Presidente. À vista

das considerações do Sr. Ministro Jorge Lafayette, a propósito da legitimidade do falido para acompanhar os processos de falência e recorrer das decisões ali proferidas, retifico-me para, aceitando-as, admitir o segundo agravo interposto pelo falido, e, no mérito, negar-lhe provimento, pelas razões aduzidas a respeito do agravo manifestado pelo síndico da massa falida.

Quanto aos demais itens dos recursos, em relação aos quais o eminente Ministro Jorge Lafayette também diverge, mantenho o voto proferido na assentada anterior, pelas razões mesmas dele.

RETIFICAÇÃO DE VOTO

O Sr. Min. Peçanha Martins: Retifico meu pronunciamento anterior para ficar de acordo com o último voto proferido pelo Ministro Moacir Catunda.

EXTRATO DA ATA

AP. nº 34.572 — RS. Rel.: Sr. Min. Moacir Catunda. Agtes.: União Federal, Roberto Albrecht ou

Roberto Fontoura Albrecht e outra e Paulo Saldanha (síndico da massa falida de Roberto Albrecht). Apdos.: Os mesmos.

Decisão: Prosseguindo-se no julgamento, votou o Sr. Min. Jorge Lafayette Guimarães, divergindo do Relator, e do Vogal, Min. Peçanha Martins, sobre a ilegitimidade do falido para recorrer, conhecendo do agravo deste e negando-lhe provimento, no que foi acompanhado pelo Relator e pelo Vogal, os quais retificaram os seus votos anteriores, tornando-se, a propósito, unânime a decisão. No atinente aos agravos do falido, e sua mulher, e o do síndico, o voto do Sr. Min. Jorge Lafayette Guimarães harmoniza-se com o do Sr. Ministro Relator e do Vogal, deles divergindo, contudo, relativamente à imposição da taxa do Decreto-lei nº 1.025 ao falido, pelo que nesta parte a decisão, dando provimento em parte ao agravo da União Federal e ao recurso de ofício, é tomada por maioria de votos (em 10-6-74 — 1ª Turma).

Presidiu o julgamento o Sr. Min. Moacir Catunda.

AGRAVO DE PETIÇÃO Nº 37.233 — SP

Relator — O Exmo. Sr. Min. Moacir Catunda
Recorrente — Juiz Federal da 7ª Vara, *ex officio*
Agravante — União Federal
Agravado — Christiano Altenfelder Silva

EMENTA

Imposto de Renda.

Locação.

Assiste ao contribuinte direito à dedução cedular das quantias correspondentes aos encargos e despesas feitas com os imóveis locados.

Honorários advocatícios.

Recurso provido, em parte.

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

Decide a Primeira Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade de votos, dar provimento, em

parte, aos recursos de ofício e voluntário, para reduzir os honorários de advogado a 10% sobre o valor da causa, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Custas de lei.

Brasília, 14 de abril de 1975. —
Moacir Catunda, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O *Sr. Min. Moacir Catunda* (Relator): A espécie foi exposta e solucionada pela sentença agravada, nos termos seguintes:

«A Fazenda Nacional ajuizou o presente executivo fiscal contra *Christiano Altenfelder Silva*, objetivando cobrar a quantia de Cr\$ 6.592,00 (seis mil, quinhentos e noventa e dois cruzeiros), e seus acréscimos, em virtude de impugnações feitas a descontos realizados pelo executado na Cédula E de sua declaração de renda do exercício de 1966, ano-base de 1965.

Embargando a penhora, o executado sustenta a improcedência da dívida, por estarem as deduções expressamente previstas em lei, e são elas referentes a pagamentos feitos por ele a título de taxas de força e luz, impostos e ordenados de empregados. Embora reembolsado pelos inquilinos, em sua quase totalidade, ditas quantias figuraram na cédula E, como valor recebido pelo declarante.

Com a defesa, exibiu o executado farta documentação (fls. 14-96).

Impugnando os embargos, alega a Fazenda que as deduções não estão devidamente esclarecidas; que há flagrante despropor-

ção entre o rendimento bruto e as despesas, daí resultando rendimento líquido irrisório; que, segundo está expresso no artigo 60, do RIR, Decreto nº 58.400, de 1966, todos os descontos estarão sujeitos a comprovação ou justificação, a juízo da autoridade lançadora; que, finalmente, as verbas descontadas, em sua totalidade, foram reembolsados pelos inquilinos, de sorte que não cabe deduzi-las dos rendimentos.

Saneado o feito, e juntadas as peças do processo administrativo requeridas pelas partes, vieram os autos conclusos para sentença.

Este é o relatório. Decido.

Cuida-se de glosas de despesas feitas pelo executado em imóveis que locou.

Descabe a alegação da Fazenda quando sustenta que o executado não respondeu pelos pagamentos, em virtude de os inquilinos haverem reembolsado as despesas. Isso seria verdadeiro se, porventura, os rendimentos declarados na Cédula E não incluíssem aluguéis e despesas recebidas dos inquilinos.

Como incluíram e como a lei permite a dedução dessas despesas, descabe a impugnação do fisco. De outra forma, estaria o executado apresentando como rendimentos valores que não entraram para o seu patrimônio, pois o reembolso significa apenas devolução do que foi despendido.

É exato que a autoridade fazendária tem a faculdade de exigir comprovação das despesas e a de examinar e sopesar a documentação relacionada com despesas dedutíveis. Isso não invalida, de

forma alguma, a documentação juntada aos autos, e que fora exibida no Serviço de Tributação, pois é indiscutível que os recibos apresentados traduzam pagamentos de impostos, taxas e despesas de administração.

Finalmente, não colhe a alegação do fisco quando diz haver desproporção entre o rendimento e as despesas. É que são por demais conhecidas as restrições impostas nas leis do inquilinato, sabendo-se que, congelados os aluguéis, e não as despesas, fatalmente haveria diminuição do rendimento líquido. Tanto isso é verdade, que a própria legislação do inquilinato acabou por permitir que os locadores cobrassem as despesas de impostos, taxas e de administração.

Em conseqüência, julgo improcedente o presente executivo e insubsistente a penhora, e concedo a Fazenda Nacional ao pagamento de honorários de advogado, arbitrados em 20% .»

A Fazenda Nacional, irredimida, agravou, repetindo as alegações feitas anteriormente, sobre a legitimidade e liquidez do débito.

O executado produziu contra-razões, em prol do acerto da sentença agravada.

O Juiz sustentou a decisão recorrida, e os autos subiram a esta Instância, onde oficiou a douta Subprocuradoria-Geral da República, pelo provimento.

É o relatório.

Voto

O Sr. Min. Moacir Catunda (Relator): De fora parte a dedução das inexpressivas quantias alusivas à

contribuição sindical e ao salário-família, sou porque a sentença bem decidiu quando julgou o executivo fiscal improcedente, visto que assistia ao contribuinte direito à dedução cédular das quantias correspondentes aos encargos e despesas feitas com os imóveis locados.

A propósito da matéria, explica e prova o executado que, na declaração de rendimento do exercício de 1966, correspondente ao ano-base de 1965, registrou, «como rendimento bruto (aluguel + encargos) a importância de Cr\$ 29.231,41, da qual apenas Cr\$ 17.731,50 corresponderiam ao valor dos encargos e despesas dos imóveis alugados, cobráveis e efetivamente recebidos dos locatários em se tratando de impostos, taxas, salários de zeladores e outras».

Dessa importância a exeqüente glosou a quantia de Cr\$ 12.134,94, correspondente, praticamente aos encargos e despesas anotados como rendimento bruto da Cédula E sob o argumento de que tais despesas, sendo dos inquilinos, não poderiam ser deduzidas.

Prossegue o executado, mais adiante:

«Ora, não o poderiam ser, se a declaração houvesse sido feita pelo valor líquido dos aluguéis, isto é Cr\$ 17.731,50. Feita pelo valor bruto de Cr\$ 29.231,41 justamente para melhor esclarecer o Fisco, é evidente que pode ser deduzida, e o deve, pois trata-se de valor que não veio crescer o patrimônio do contribuinte, e evidentemente constituiu dedução nos balanços dos locatários, que na sua maioria são pessoas jurídicas.

No item d.2, alega a Procuradoria não haver evidência de que tais despesas tenham sido pagas pelo contribuinte. A volu-

mosa documentação constante dos autos, em seus documentos originais, com quitações autênticas e perfeitamente conciliados os valores numéricos com a declaração de rendas, provam à saciedade que referidas contas, despesas, impostos e encargos, foram efetivamente pagas pelo embargante.

Às fls. 200 (Anexo nº 2, fls. 7), alega a Procuradoria erro material, pois o Doc. 15 é do valor de Cr\$ 24,08 quando no anexo 2 (dos autos) dá-se-lhe o valor de Cr\$ 48,56. Esta observação, que não corresponde à realidade, teve lugar porque a douta Procuradoria deixou de observar que constam dois documentos no referido anexo, e não apenas o da frente, somando os dois Cr\$ 48,56 tal como apresentado.

Às fls. 201 (Anexo nº 2, fls. 8) alega ainda a Procuradoria que há «vales» que considera inidôneos à dedução. Houvesse a D. Procuradoria observado melhor a natureza de tais vales, teria verificado que se referem à aquisição de selos de recibo, cuja comprovação é impossível, eis que os selos apostos nas aquisições do contribuinte foram entregues aos locatários dos guichês onde eram na época adquiridos.

Quanto ao valor principal dos encargos, ou sejam, despesas da água, esgotos, luz e impostos, nada diz a Procuradoria, ou se o faz é para alegar, como alegou às fls. 200 (Anexo nº 2 — fls. 7-8), que o contribuinte enumera as despesas sem provar que não recebeu dos seus inquilinos. Além do absurdo da prova negativa exigida pelo Fisco e ora encampada pela D. Procuradoria, o contri-

buinte nada tem a provar, mesmo porque efetivamente recebeu dos inquilinos, porém declarou as despesas como rendimento bruto celular, adicionando-as aos aluguéis recebidos no exercício.»

Os documentos apresentados são idôneos.

A lei permite a dedução, em caso que tais. Alega-se exagero nas deduções, que atingiram proporção superior a 50% do total recebido, sem maior fundamento, porém, eis que naquela época os aluguéis, isto é, com os rendimentos, verifica-se o contrário com as despesas decorrentes de impostos, taxas, salários, etc., que sempre tiveram acréscimos significativos como é notório.

Por estes motivos, sou porque a sentença não merece reparos, no principal decidido por ela.

Relativamente a honorária, no entanto, o voto é dando provimento aos recursos, de ofício e voluntário, para fixá-la em 10%, sobre o valor da causa, de acordo com o art. 20, § 3º, do Código de Processo Civil.

EXTRATO DA ATA

AP. nº 37.233 — SP. Rel.: Sr. Min. Moacir Catunda. Recte.: Juiz Federal da 7ª Vara. Agte.: União Federal. Agdo.: Christiano Altenfelder Silva.

Decisão: À unanimidade, deu-se provimento, em parte, aos recursos de ofício e voluntário, para reduzir os honorários de advogado a 10% sobre o valor da causa (em 14-4-75 — 1ª Turma).

Os Srs. Mins. Peçanha Martins e Otto Rocha votaram com o Sr. Ministro Relator. Não compareceu, por motivo justificado, o Sr. Min. Jorge Lafayette Guimarães. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Moacir Catunda.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 37.908 — GB

Relator — O Exmo. Sr. Min. Otto Rocha

Agravantes — B. P. Exploration Company (Libya) Limited e outro

Agravada — Petróleo Brasileiro S.A. — PETROBRÁS

EMENTA

Demonstrado à sociedade o interesse da União Federal na causa. Competência da Justiça Federal. Improvimento do agravo para manter íntegro o douto despacho agravado.

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

Decide a Primeira Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, negar provimento, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Custas de lei.

Brasília, 4 de novembro de 1974.
— Moacir Catunda, Presidente; Otto Rocha, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. Otto Rocha (Relator): B. P. Exploration Company (Lybia) Limited e Nelson Bunker Hunt, nos autos da ação ordinária que move no Juízo da 1ª Vara Federal (Seção da Guanabara) à Petróleo Brasileiro S.A. — PETROBRÁS, inconformada com o respeitável despacho do seu ilustre Titular, que se deu por competente para processar e julgar o feito, dele agravou de instrumento, com apoio no art. 522 do Código de Processo Civil.

Eis o despacho agravado: (lê, fls. 28-40).

Entendem os agravantes, em resumo:

a) que o despacho agravado não explicitou a qualidade da assistência da União, se de caráter

litisconsorcial ou de mera assistência *adjuvandi*;

b) que a ação ordinária proposta, relativa a propriedade de certos carregamentos de petróleo pode afetar o monopólio da União;

c) que a assistência, na espécie, é meramente *adjuvandi*, pois, *verbis*:

«Quando a assistência se justificasse, face ao monopólio, ou quando se justificasse, face ao abastecimento do país, não teria ela nunca o cunho litisconsorcial, pois a sentença que se proferir nesta ação não poderá de modo algum atingir uma relação jurídica entre a União e os autores — agravantes, como exige o art. 53 do CPC, pois entre eles e a União não existe nenhuma relação jurídica» (fls. 15).

O agravo foi devidamente instruído, de conformidade com o disposto no parágrafo único do art. 523 do Código de Processo Civil (fls. 28-71).

A agravada indicou peças a trasladar (fls. 73), que foram juntadas às fls. 75-119, e, às fls. 127-132, em obediência ao disposto no art. 526 do mesmo diploma legal, ofereceu sua resposta, alegando, em resumo:

a) que os autores, ora agravantes, pretendem «buscar recurso

em matéria preclusa, pela não interposição, à época, do remédio extraordinário para o pretório Excelso», quando do julgamento do agravo interposto na Justiça Estadual, do despacho que declinou de sua competência para a da Justiça Federal, despacho mantido pela 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara;

b) que, embora «ciente e consciente» de que não goza de foro privilegiado, segundo iterativa jurisprudência, somente reclama e defende a competência da Justiça Federal quando a intervenção da União faz com que se desloque essa competência do âmbito da Justiça Comum para a da União Federal, segundo ensinamento de Pontes de Miranda em seus *Comentários à Constituição de 1967*, Tomo IV, edição de 1967, pág. 193).

Mantido o decisório (despacho de fls. 134), subiram os autos a este Egrégio Tribunal, onde a douta e ilustrada Subprocuradoria da República ofereceu o Parecer de fls. 136-142, opinando pelo não provimento do agravo.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Min. Otto Rocha (Relator): Sr. Presidente. O Código de Processo Civil de 1939, ao tratar dos litisconsortes, assim dispunha em seu art. 93:

«Quando a sentença houver de influir na relação jurídica entre qualquer das partes e terceiro, este poderá intervir no processo como assistente, equiparado ao litisconsorte.»

Já o Código atual cuida, no Capítulo V, do litisconsórcio (arts. 46 a 49) e da assistência (arts. 50 a 55) separadamente.

Mas, em casos como tais, isto é, em se tratando de intervenção da União, sempre entendi, com a devida vênia, que a competência é aquela de ordem constitucional que nos dá notícia o § 2º, do art. 125 da Constituição da República Federativa do Brasil, *verbis*:

«As causas propostas perante outros Juizes, se a União nelas intervier, como assistente ou oponente, passarão a ser da competência do Juiz Federal respectivo.»

Daí entender eu irrelevante não determinar, o respeitável despacho agravado, a qualidade de assistente da União.

E, no caso concreto, a União Federal assim requereu, *verbis*:

«Demonstradas as razões da interveniência, requeremos com base na Constituição Federal, art. 125, § 2º, o deslocamento do processo para a órbita da Justiça Federal neste Estado, que passa a deter a competência jurisdicional para apreciá-lo.»

Com efeito, frente à jurisprudência do Excelso Pretório, esta questão de competência, quando da intervenção da União no feito, era resolvida segundo o enunciado da Súmula 250, *verbis*:

«A intervenção da União desloca o processo do juízo cível comum para o fazendário.»

Bastava a simples intervenção da União para que se deslocasse a competência do foro comum para o privilegiado.

A jurisprudência, entretanto, como é sobejamente sabido, evoluiu no sentido de que não bastava a simples intervenção, necessário tornar-se-ia que se demonstrasse o interesse efetivo da União na causa.

No caso ora *sub judice* o interesse foi plenamente demonstrado, segundo a petição de fls. 99-102, nestes termos:

«Perante o foro da Justiça Estadual da Guanabara a PETROBRÁS foi chamada a responder aos termos da presente ação ordinária proposta por *B. P. Exploration Company*, empresa sediada em Londres, subsidiária da *British Petroleum*, e Nelson Bunker Hunt, cidadão norte-americano, residente em Dallas, no Texas.

2 — Os autores, alegando direitos sobre o petróleo extraído da jazida de Sarir, na República Árabe da Líbia, cujo governo revolucionário do Coronel Muhammed Al-Khadafy lhes teria expropriado as antigas concessões naquela região, de chofre, num procedimento que denominam de «confisco», querem impedir que o produto oriundo daqueles campos e adquirido pela PETROBRÁS, como resultante de acordos de importação por ela celebrados com a empresa estatal daquele país, a *The Arabian Gulf Exploration Co.*, tenha aqui normal desembaraço.

3 — Afirmam, ainda, que a PETROBRÁS «soube do esbulho de que foram vítimas, e mesmo assim dispôs-se a comprar petróleo proveniente da referida jazida», quando já notórias as dificuldades do governo da Líbia na venda do produto, «em virtude da relutância dos compradores de se exporem ao que na gíria da indústria petro-

lífica se chama *hot oil* (óleo quente), isto é, óleo litigioso».

4 — Daí o procedimento judicial «para reaver o petróleo em questão ou serem indenizados do seu valor».

5 — O Juízo estadual, através de pronunciamento de primeira instância (fls. 288), ratificado integralmente pela Egrégia 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça ao decidir o agravo de instrumento interposto pelos autores, acolheu a exceção de incompetência oferecida pela PETROBRÁS, determinando fossem os autos remetidos à Justiça Federal, detentora de competência para decidir a controvérsia.

6 — Aqui chegado o processo entendem os autores em renitir na sustentação de que o pleito deve tramitar no foro estadual, alinhando os mesmos argumentos anteriormente esposados, em autêntica reprise, cansativa e monótona.

7 — Acentuam que o simples ingresso da União no feito, pedido ainda inapreciado por V. Exa., não seria o bastante para tornar competente a justiça federal. Em abono dessa tese trazem à colação alguns julgados do Supremo e do Tribunal Federal de Recursos, todavia inadequados à espécie, pois retratam situações e hipóteses bem diferentes do caso em exame.

8 — Não se trata, emérito Julgador, de reconhecer foro federal à PETROBRÁS que, estruturada como sociedade de economia mista, a ele não faz jus, em princípio, consoante se infere da Emenda Constitucional nº 1.

9 — Impossível, porém, deixar de ter em conta, na versão

sub judice, que a PETROBRÁS está comparecendo à Justiça para responder pela prática de atos de comércio internacional que consubstanciam atividades monopolista, exercida por delegação da União, que lhe conferiu tal atribuição, ou seja, executar o monopólio estatal do petróleo em nosso país.

10 — Nos precisos termos da Lei nº 2.004, de 3 de outubro de 1953, constituem monopólio da União as operações de pesquisa, lavra, refino e transporte marítimo de petróleo. Através de duas entidades a União exerce o monopólio (art. 2º, Lei nº 2.044): por meio do Conselho Nacional do Petróleo, como órgão de orientação e fiscalização; por meio da sociedade por ações Petróleo Brasileiro S.A. e das suas subsidiárias, constituídas na forma da presente lei, como órgão de execução.

11 — Entenda-se assim que o requerimento deste órgão do Ministério Público para ingresso no feito (fls. 251-252), ora ratificado integralmente, na qualidade de assistente da empresa demandada, não resultou, tão-só, do tipo ou da natureza jurídico-administrativa da empresa acionada.

12 — A PETROBRÁS não é simplesmente sociedade de economia mista, paraestatal e autônoma, de cujo capital formativo o Poder Público possui absoluta maioria. Isso não seria o bastante para justificar nossa interveniência no litígio. Acontece que a transação comercial avençada, tendo por objeto o petróleo dos campos da Sarir, o foi de um lado aparecendo a empresa estatal da República Árabe da Líbia, e do outro a PETROBRÁS, por

delegação da União, configurando o pacto assinado em Benghazi, pelas duas entidades estatais, um verdadeiro convênio entre ambos os Governos.

13 — Pretender, portanto, que a representação judicial da União deixe de oficiar no feito, revela cabal desconhecimento das incumbências que a Lei Orgânica do Ministério Público Federal atribui aos seus membros.

14 — A Procuradoria da República não ficaria inerte, como de resto, jamais teve atitude de alheamento, ou omissa, quando temas semelhantes redundaram em pleitos judiciais, como, por exemplo, aqueles recentes em que questionados foram os acordos de comércio firmados pela PETROBRÁS para importação de petróleo do Iraque. Na oportunidade, coube à insigne Dra. Maria Rita Soares de Andrade, então titular da 7ª Vara Federal, a lapidar decisão no Processo nº 653-72, prolatada em 12 de maio de 1972, reconhecendo a competência plena da Justiça que integrou até bem pouco, tão dignamente, para dirimir ações do tipo.

15 — Naquela ocasião, preocupado com o desfecho do litígio instaurado por *Basrah Petroleum Company*, da 3ª Vara Cível do Estado da Guanabara, com o objetivo de impedir que a PETROBRÁS recebesse o óleo então adquirido à *Iraq National Oil Company*, também empresa estatal (no patrocínio de ambas as ações aparecem os mesmos ilustres e doutos advogados), houve solicitação imediata para que a Procuradoria da República integrasse a relação processual, conforme o expediente incluso (doc. anexo),

dirigido ao Procurador-Chefe, Dr. Carlos Waldemar Rollemberg.

16 — Partiu do General Ernesto Geisel, quando na presidência da PETROBRÁS, o pedido de assistência do Ministério Público Federal, entre outros, pelos fundamentos contidos nos itens 3 e 4, do Ofício em apenso, cuja parcial reprodução afigura-se de máxima atualidade:

«A matéria tem direta repercussão no âmbito nacional, pois a supressão ou o embargo dessas importações, além de afetar as relações comerciais entre os dois países, trará óbvios reflexos nas atividades da PETROBRÁS, prejudicando o abastecimento dos produtos petrolíferos no país.

Acresce anotar que o Juízo Cível estadual é incompetente para conhecer de questão desta natureza, que está compreendida, *ex vi legis*, nas atribuições do Juízo Federal, não só porque resulta de um acordo internacional (Constituição art. 125, III), como, também, porque a importação do petróleo constitui monopólio assegurado à União Federal (Lei nº 2.004, de 3-10-53, e Dec. nº 53.337, de 23-12-1963). A competência do Juízo Federal, para essa matéria, aliás já foi reconhecida pelo Juízo da 4ª Vara Federal, deste Estado, em decisão recente, prolatada nos autos do Interdito Proibitório requerido pela PETROBRÁS com o objetivo de desembaraçar uma das importações de óleo cru proveniente, precisamente, do Iraque (documento anexo)».

17 — Ninguém ignora que a crise do petróleo, acarretando a

escassez da oferta e da disponibilidade do produto no mercado mundial, está trazendo seríssimos entraves à economia de grande número de países, quer aos mais ou menos desenvolvidos, determinando medidas governamentais que, embora variando de nação para nação, traduzem o empenho geral dos Governos em solucionar os problemas decorrentes de tal desequilíbrio.

18 — No Brasil, a adoção de medidas tendentes a minimizar os efeitos da crise tem sido objeto de acurados estudos do órgão incumbido de tão importante setor, ou seja, o Conselho Nacional de Petróleo, integrante da administração centralizada, vinculado diretamente à Presidência da República, com atribuições legais, como já dito, de supervisionar as importações de petróleo, que se tornarem necessárias.

19 — É marcante, pois, o interesse da União no desate do pleito intentado contra a PETROBRÁS, razão por que a Procuradoria da República, no pronto atendimento de recomendações superiores, nele intervém como assistente da empresa-ré, esperando seja repelida a postulação de fls. 323-329, no sentido de V. Exa. suscitar conflito negativo de jurisdição, de todo incabível na espécie *subexamem*, eis que a interveniência do MPF, amplamente justificada, é de molde a estabelecer a competência da Justiça Federal para julgar o litígio, *ex vi* do art. 125, parágrafo 2º, da Magna Lei.

E o douto despacho agravado confirma o legítimo interesse da União no feito, ao assinalar:

«De fato, questiona-se nos autos sobre a importação de pe-

tróleo estrangeiro, pela PETROBRÁS, e destinado ao abastecimento do País, matéria pertinente ao monopólio da União, constitucionalmente permitido (antes, art. 146, Constituição de 18-9-1946, e agora, art. 163, Constituição de 1967, Emenda 1-69) e implementado por lei especial (Lei nº 2.004, de 3 de outubro de 1953).»

E acrescenta:

«Pouco importa, pois, que a compra de óleo, a sua importação e o seu transporte tenham sido feito através da Petróleo Brasileiro S.A., sociedade por ações e de economia mista, que apenas está servindo de instrumento (órgão) de execução do monopólio, que não é seu.»

É o que se vê do art. 2º, da Lei nº 2.004, de 3 de outubro de 1953, que determina:

«A União exercerá o monopólio estabelecido no artigo anterior:

I — por meio do Conselho Nacional do Petróleo, como órgão de orientação e fiscalização;

II — por meio da sociedade por ações Petróleo Brasileiro S.A., e das suas subsidiárias, constituídas na forma da presente lei, como órgãos de execução.»

Como se viu, o monopólio é da União Federal, executado através dos órgãos que a lei especificou.

E em que consiste o monopólio?

Na pesquisa, na lavra, no refino e no transporte marítimo do petróleo, segundo os incisos I, II e III, do art. 1º da citada Lei nº 2.004, de 1953.

Ora, no caso concreto trata-se de contrato celebrado pela PETROBRÁS e *The Arabian Gulf Exploration Co.*, firmado em Benghazi, Líbia, para a

importação de óleo cru (ver contrato às fls. 84-95), sujeito, portanto, ao refinamento, que constitui monopólio da União.

E o exercício do monopólio, sendo ato administrativo, de direito público, só poderá ser praticado pela autoridade pública que o detém.

Daí não ser a pretendida assistência meramente *adjuvandi*, mas, sim, daquela equiparada ao litisconsorte, pois os reflexos do julgamento recairão, por certo, na detentora do monopólio, na União Federal, através de seus órgãos de execução legalmente constituídos.

Creio, assim, aplicável à espécie o verbete da Súmula 517, da Jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal.

Finalmente, estou com o respeitável despacho agravado quando, examinando o acórdão da Egrégia 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara, concluiu:

«Sem pretender criticar essa respeitável decisão, para dizer se foi razoavelmente emitida, embora não haja dúvida quanto à solução que deu, em sua área, ao problema competência, através da *declinatoria fori* (Cfr. art. 152 do CPC vigente ao tempo do ato) reputo-a final em face da preclusão máxima, porque permaneceu irremediada.»

Em verdade, a citada decisão transitou em julgado, pois dela não recorreram extraordinariamente os autores, ora agravantes, não cabendo, assim, ao ilustre Dr. Juiz prolator do despacho agravado entender, caso também declinasse de sua competência, de devolver o processo à justiça comum, para que julgasse o seu mérito, cabendo-lhe, tão-somente, nesta hipótese, suscitar conflito negativo de competên-

cia para esta Egrégia Superior Instância.

Em suma, o que se pretende com o presente recurso é excepcionar, novamente, a incompetência do Juízo Federal, matéria que se pode dizer preclusa, pela não manifestação, no prazo, do recurso cabível. No caso o extraordinário.

Por estes fundamentos, Sr. Presidente, o meu voto é no sentido de negar provimento ao agravo para manter íntegro o douto despacho agravado.

Voto

O Sr. Min. Moacir Catunda: Sr. Presidente. Meu voto, como vogal, adere inteiramente ao do Sr. Ministro Relator, porque, em decorrência do monopólio da União sobre a importação e transporte de petróleo, constitucionalmente instituído e disciplinado pela Lei nº 2.004-53, sua intervenção ostenta-se como de natureza litisconsorcial, e não meramente adjuvante. O caso em exame é totalmente diferente de outros decididos pela Turma, em que

pedido de assistência meramente formal da União foi declarado sem condições de justificar a competência da Justiça Federal. Neste caso está em jogo prerrogativa que é da própria União Federal, ao que tenho, daí porque, considerando a existência de interesse jurídico real da União na questão, o meu voto é também negando provimento ao recurso para confirmar o despacho agravado, que proclama a competência da Justiça Federal para julgar a matéria deduzida na ação.

EXTRATO DA ATA

AI. nº 37.908 — GB. Rel.: Sr. Min. Otto Rocha. Agtes.: B. P. *Exploration Company (Libya) Limited* e outros. Agdo.: Petróleo Brasileiro S.A. PETROBRÁS.

Decisão: Negou-se provimento. Decisão unânime (em 4-11-74 — 1ª Turma).

Os Srs. Mins. Moacir Catunda e Peçanha Martins votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Moacir Catunda.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 37.992 — PE

Relator — O Ex^mº Sr. Min. Paulo Távora
Agravante — Newton de Vasconcelos Samico
Agravada — Caixa Econômica Federal.

EMENTA

Trabalho. Processo. Reconvenção. Inadmissibilidade.

Omissa a CLT, sobre o cabimento da reconvenção, cabe, nos termos do seu art. 769, a aplicação subsidiária do novo Código de Processo Civil, e o reconhecimento da maior afinidade do procedimento trabalhista com o rito sumaríssimo que exclui a reconvenção (art. 315, § 2º).

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

Decide a Segunda Turma do Tribunal Federal de Recursos, por maioria, conhecer do recurso; *de meritis*,

negar-lhe provimento, vencido o Senhor Ministro Amarílio Benjamin, na forma do relatório e notas taquigráficas retro, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Custas de lei.

Brasília, 29 de novembro de 1974.

— *Amarílio Benjamin*, Presidente;
Paulo Távora, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. *Paulo Távora* (Relator): A Caixa Econômica Federal, Filial de Pernambuco, requereu a instauração de inquérito judicial para apuração de falta grave. O réu reconveio para solicitar a rescisão do contrato de trabalho.

A reconvenção foi indeferida sob o fundamento de ser o processo trabalhista, de rito sumaríssimo, incompatível com essa iniciativa, de acordo com o sistema do novo Código de Processo Civil, aplicável, subsidiariamente, aos feitos regidos pela CLT.

O empregado agrava de instrumento. Contraminutado, vem a esta Instância, e a Subprocuradoria-Geral da República opina pelo provimento do recurso. Invoca julgado da Colenda Primeira Turma deste Tribunal, no RO. nº 613, Relator Ministro Peçanha Martins (DJ. de 19-3-73, p. 1521), bem como a pacífica jurisprudência dos pretórios trabalhistas.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Min. *Paulo Távora* (Relator): A CLT não prevê reconvenção nos feitos trabalhistas. Sem embargo, a doutrina e o entendimento pretoriano manifestaram-se pela admissibilidade na vigência do Código de Processo de 1939, fonte subsidiária do

texto consolidado a teor de seu artigo 769.

Com o novo Estatuto alteraram-se os termos da questão. O art. 315, § 2º, veda a reconvenção «nas causas de procedimento sumaríssimo», limitando seu âmbito ao rito ordinário.

Cumpre, pois, identificar as afinidades da ação trabalhista com um dos estilos do processo comum para definir a aplicação subsidiária do novo Código no silêncio da CLT.

Os comentadores da presente lei instrumental têm assinalado a semelhança do rito sumaríssimo com o modo da reclamatória. Em ambos, a audiência inaugural concentra a defesa, a conciliação antes da instrução e o probatório.

Resulta, assim, evidente, que há maior analogia da ação trabalhista, com o procedimento sumaríssimo do que com o rito ordinário do processo comum. Essa premissa inova as bases os problemas, e não permite a invocação pura e simples do entendimento doutrinário e jurisprudencial estabelecido no regime do Código caduco. A interpretação integradora da CLT passou a fazer-se pela incidência complementar do rito expedito que exclui a reconvenção.

Nego provimento ao agravo.

VOTO (VENCIDO)

O Sr. Min. *Amarílio Benjamin*: Ao menos para manter coerência em meus pronunciamentos, antes de mais nada, não tomo conhecimento do recurso, desde que venho sustentando que, de acordo com a Lei nº 4.638, combinada com a resolução regimental desta Corte, que disciplinou a sua aplicação, recurso em reclamação trabalhista para este Tribunal, em todos

os casos, é o recurso ordinário. Uma vez que, na espécie, a parte usou de agravo de instrumento, fê-lo indevidamente.

De meritis, meu voto, *data venia*, ainda diverge do Sr. Ministro Relator. Não vejo justificativa para, por analogia, aplicar-se a recusa de reconvenção ao processo trabalhista, na base de que este mais se aproxima do processo sumaríssimo do que do processo ordinário. A meu ver, o processo trabalhista, no que se refere à reclamação, obedece a regras específicas. Em tal condição, não posso deixar de admitir a possibilidade da reconvenção nos termos do entendimento que se constituiu, anteriormente, em torno do tema, seja neste Tribunal, seja na Justiça do Trabalho.

Vencido na preliminar, o meu voto é no sentido de prover o recurso para mandar que a reconvenção seja processada e julgada normalmente.

EXTRATO DA ATA

Al. nº 37.992 — PE. Rel.: Sr. Min. Paulo Távora. Agte: Newton de Vasconcellos Samico. Agda.: Caixa Econômica Federal.

Decisão: Por maioria, conheceu-se do recurso; *de meritis*, negou-se-lhe provimento, vencido o Sr. Min. Amárilio Benjamin (em 29-11-74 — 2ª Turma).

O Sr. Min. Décio Miranda votou de acordo com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Amárilio Benjamin.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 38.126 — MA

Relator — O Ex^m Sr. Ministro Jorge Lafayette Guimarães

Agravante — José Bento Scacalossi

Agravado — Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária

EMENTA

Suspensão do Processo; CPC, art. 265, IV, a.

O art. 265, IV, a, do CPC, estabelecendo a suspensão do processo quando o julgamento depender de outra causa, prevê a existência de «questão prejudicial», que constitua objeto de outra ação pendente.

Como tal não pode ser considerada questão que só em ação própria pode ser decidida, e não admite decisão em caráter incidental, como é a invalidade da transcrição imobiliária existente.

Inadmissibilidade da suspensão da ação de consignação de impostos, até julgamento da ação de nulidade de transcrição imobiliária.

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

Acordam os Ministros que compõem a Primeira Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, em dar provimento ao agravo, nos ter-

mos do relatório e notas taquigráficas que passam a integrar este julgado. Custas de lei.

Brasília, 25 de abril de 1975. —
Peçanha Martins, Presidente; *Jorge Lafayette Guimarães*, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. Jorge Lafayette Guimarães (Relator): José Bento Scacalossi interpôs agravo de instrumento da decisão proferida pelo Juiz Federal no Maranhão, nos autos da ação de consignação em pagamento movida contra o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (fls. 9/14), que determinou a suspensão do processo, sob invocação do art. 265 do Código de Processo Civil, até que seja julgada a ação de nulidade do registro imobiliário das terras, às quais se referem os tributos consignados, ação esta proposta pelo réu na ação consignatória, não podendo exceder dita suspensão a um ano.

Depois de acentuar que a mencionada ação de nulidade e a contestação nela oferecida antecedem à ação de consignação, afirmou na decisão ora agravada o Juiz Federal, Dr. Carlos Alberto Madeira (fls. 12):

«A pretensão ora deduzida é a do pagamento de tributo que tem como fato gerador a propriedade do autor, fundada em títulos vinculados ao registro imobiliário, cuja nulidade a autarquia ora ré pretende seja decretada. Daí a alegada conexidade entre as duas ações. Sustenta o autor que, se numa ação se pretende a nulidade do registro imobiliário, e na outra o que se oferece é o pagamento de tributos, não se configura a conexão, principalmente porque o domínio é prevalente enquanto não for declarado nulo. Na realidade, se o tributo a pagar incide sobre imóvel rural cuja titularidade é posta em dúvida, não há como negar a conexidade, em face da comunidade de elementos que integram as duas demandas. Trata-se, evidentemente, da

denominada conexão genética, que torna indeclinável o julgamento em conjunto, das duas causas, como observa Frederico Marques (*Instituições*, I/452). É que, como é de fácil demonstração, a ação de nulidade do registro imobiliário é prejudicial à de consignação em pagamento.»

E, após citar o art. 265, IV, do Código de Processo Civil, que dispõe suspender-se o processo, quando a sentença de mérito:

«a) depender do julgamento de outra causa, ou da declaração da existência ou inexistência da relação jurídica, que constitua o objeto principal de outro processo pendente;»

bem como de acentuar que

«mais que a *connexitas causarum*, o que ocorre, na hipótese, é o ordenamento procesual que, como lembra J. Carlos Moreira Barbosa, «postula uma prioridade logicamente necessária na solução de determinadas questões, em razão do condicionamento que daí resulta no sentido em que essas outras não de ser, por sua vez, resolvidas» (*Questões Prejudiciais e Coisa Julgada*, 1967, págs. 41/42)» (fls. 13)

fazendo referência à doutrina, concluiu (fls. 14):

«A longa transcrição serve ao melhor entendimento do dispositivo do atual Código, que parece ajustar-se à hipótese destes autos. Com efeito, se o que pretende o autor é pagar o imposto que incide sobre propriedade do imóvel rural, é claro que a decisão a ser dada depende da questão condicionante, que versa sobre a le-

gitimidade do título em que se funda essa propriedade. A dependência, não é só lógica, mas também jurídica, pois na questão subordinante, objeto do outro processo, verificar-se-á a existência ou inexistência de uma relação jurídica que é fato gerador do imposto.»

Na minuta de agravo (fls. 4/6), sustenta o agravante que a decisão agravada violou os arts. 103, 105 e 265, do Código de Processo Civil, não ocorrendo conexão nem prejudicialidade, entre ambas as ações, e que, se assim não fosse, o caso seria, não de suspensão do feito, mas de reunião dos processos (art. 105 do CPC).

Acrescenta ser titular do direito decorrente da transcrição, cuja vigência somente cessará com a declaração de sua nulidade, e acentua o prejuízo que sofrerá com a paralisação do feito, que importará em cerceamento do seu direito de incorporar o imóvel à empresa da qual faz parte, retendo o INCRA a guia para pagamento do correspondente imposto.

Pediu, em conseqüência, o provimento do agravo, para ser determinado o prosseguimento da ação, sendo prolatada decisão de mérito.

No prazo de lei, o INCRA juntou cópia da sentença na ação de nulidade do registro imobiliário, julgando a mesma procedente (fls. 45/49), e, ouvido o agravante, arguiu este a falha de procuração em favor do advogado signatário da petição do INCRA, de fls. 44, e afirmou que o documento anexado não tem relação com a questão, pelo que nada tem a dizer.

Às fls. 53v repeliu o Juiz a argüida ilegitimidade da representação, face à certidão de estar arquivada em cartório a respectiva procuração, em livro próprio (fls. 53v).

Ofereceu o INCRA a contraminuta de fls. 57/58, pedindo a confirmação da decisão agravada, que tem apoio no art. 265, IV, a, do CPC, ressaltando que se foi impugnado o título de propriedade do autor, motivo maior haverá para a não-aceitação do imposto incidente sobre o imóvel.

Mantida a decisão (fls. 60), subiram os autos, e a douta Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se às fls. 63/64, pelo não-provimento do recurso, em parecer assim ementado:

«Consignação em pagamento de imposto territorial. Questão prejudicial. A existência de ação anulatória de título representativo, gerando dúvida sobre o domínio, autoriza ao julgador a suspensão do processo na forma permitida pelo art. 265, IV, a e b, do Código de Processo, pois só o deslinde dessa ação proporcionará ao autor a legitimidade, ou não, para requerer a consignação.»

É o relatório.

VOTO

O Sr. Min. Jorge Lafayette Guimarães (Relator): A impugnação à legitimidade do advogado do INCRA, que subscreveu a petição de fls. 44, e posteriormente veio a assinar a contraminuta de fls. 57/58, impropede, e foi bem repelida pelo Doutor Juiz, às fls. 53v, diante do que ali ficou certificado, pela Secretaria da Vara, *verbis*:

«Certifico que encontra-se arquivado em livro próprio desta Seção procuração outorgada pelo INCRA ao Dr. José Fiuza da Silveira.»

No mérito, está em causa a aplicação do art. 265, IV, a, do CPC, onde se declara que suspende-se o

processo quando a sentença de mérito depender do julgamento de outra causa ou da declaração da existência ou inexistência de relação jurídica, que constitua o objeto principal de outro processo pendente.

Enquanto o INCRA e a decisão agravada sustentam ocorrer essa hipótese, estando em causa consignação de impostos sobre imóvel, já que invoca o autor, ora agravante, a qualidade de titular dos direitos sobre o mesmo, decorrentes da transcrição imobiliária existente, e encontra-se pendente uma ação de nulidade da mencionada transcrição, proposta pelo INCRA, réu na consignatória, no agravo se afirma a inexistência de prejudicialidade entre ambas as ações, e mesmo de conexão, que, se verificada, determinaria apenas a reunião dos processos, na forma do art. 105 do CPC.

Cumpra distinguir institutos relacionados, mas distintos, aos quais o Código de Processo Civil deu tratamento diverso e específico.

Assim, não há como identificar a «conexão», consistente, segundo decorre da definição contida no art. 103, como o vínculo entre duas ou mais ações, resultante de ser comum o objeto ou a causa de pedir, hipótese em que o Juiz, de ofício, ou a requerimento de qualquer das partes, pode ordenar a reunião dos processos — embora não esteja a tanto obrigado — com a prejudicialidade, que nas palavras de José Carlos Barbosa Moreira, invocadas pela decisão agravada, em sua monografia *Questões Prejudiciais e Coisa Julgada*, pág. 41-42), bem esclarece, envolve uma «prioridade logicamente necessária na solução de determinadas questões, em razão do condicionamento que daí resulta para a de outras e que se refletirá especificamente no sentido em que essas outras não de ser, por sua vez, resolvidas».

Argüida, porém, uma questão prejudicial, isto é, a existência ou inexistência de uma relação jurídica da qual depende o julgamento de uma lide pendente, assim condicionada à decisão daquela questão, devendo normalmente o Juiz decidi-la em caráter incidental, admite o Código possa qualquer das partes requerer sua declaração por sentença (art. 5º), surgindo a denominada «ação declaratória incidental», para que se constitua coisa julgada sobre a matéria, desde que preenchidos os requisitos exigidos (CPC, art. 470).

O art. 265, IV, a, do mesmo Código, por sua vez, dispondo que suspende-se o processo quando a sentença de mérito

«depender do julgamento de outra causa, ou da declaração da existência ou inexistência da relação jurídica, que constitua o objeto principal de outro processo pendente;»

prevê questão prejudicial, que constitua objeto de outra causa pendente, hipótese em que dever-se-á aguardar, durante 1 ano (§ 5º), o seu julgamento, com a suspensão da causa condicionada, e este foi o dispositivo invocado pela decisão agravada.

Do exposto, verifica-se que a questão prejudicial deve consistir numa relação cuja existência ou inexistência condiciona a relação jurídica litigiosa, objeto da ação, e se não requerida a ação declaratória incidental, nem ocorrer a pendência de outra ação, da qual

seja o seu objeto principal, caberá ao Juiz decidi-la em caráter incidente, o que significa que, nesta parte, a decisão não produzirá coisa julgada (art. 469, III).

Por conseguinte, deve envolver matéria que possa ser apreciada na ação, em caráter incidental, e sem dar lugar à coisa julgada, desde que não verificadas as hipóteses da propositura da ação declaratória incidental, nem a pendência de uma lide, da qual constitua o objeto principal.

No caso, não se preenche este requisito, o que evidencia que, na realidade, não há uma verdadeira questão prejudicial.

De fato, a titularidade dos direitos invocados pelo autor, ora agravante, para consignar os impostos relativos ao imóvel, decorre da transcrição imobiliária existente em seu nome, e esta produzirá efeito enquanto não anulada (Código Civil, art. 859).

Nessas condições, jamais poderia o Juiz, na ação consignatória, concluir pela invalidade da transcrição imobiliária existente, pois só por meio de ação própria poderá o INCRA obter sua anulação, e enquanto não anulado o registro, produzirá o mesmo todos os seus efeitos.

Daí resulta que a nulidade da transcrição imobiliária, objeto da ação proposta pelo INCRA, não constitui, na realidade, uma questão prejudicial, em relação à ação consignatória, donde ser incabível a aplicação, na espécie, do citado art. 265, IV, *a*, do CPC, importando a suspensão do processo, em

última análise, em conceder àquela ação efeito suspensivo, sobre a titularidade dos direitos decorrentes da transcrição anulanda.

Quanto à cópia da sentença anexada pelo agravado às fls. 45/49, destituída de autenticação, mas não impugnada pelo agravante, segundo a qual foi julgada procedente a mencionada ação de nulidade de transcrição, não prejudica o agravo, eis que não há prova do seu trânsito em julgado, tanto mais que, tendo a data de 16 de outubro de 1974, e prolatada pelo mesmo Juiz que veio a proferir a decisão agravada em 13 de novembro de 1974, é anterior a esta, donde a confirmação de que com a suspensão ordenada visou-se à obtenção de uma decisão em última instância, ainda não alcançada.

Face ao exposto, o meu voto é dando provimento ao agravo para reformar a decisão agravada, e determinar o prosseguimento da ação.

EXTRATO DA ATA

AI. nº 38.126 — MA. Rel. Sr. Min. Jorge Lafayette Guimarães. Agte: José Bento Scacalossi. Agrdo: INCRA.

Decisão: À unanimidade, deu-se provimento ao agravo, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 25 de abril de 1975 — 1ª Turma).

Os Srs. Mins. Otto Rocha e Peçanha Martins votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. *Peçanha Martins*.

AGRAVO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 60.170 — GB

(Matéria Constitucional)

Relator — O Ex^m Sr. Min. Décio Miranda

Recorrente — Juiz Federal da 2ª Vara da Seção Judiciária da Guanabara

Agravante — Instituto do Açúcar e do Alcool

Agravada — Sociéte de Sucrieries Brésiliennes (S.A. Usinas de Açúcar Brasileiras)

EMENTA

Intervenção no domínio econômico. Instituto do Açúcar e do Alcool. Constitucionalidade do art. 5º e parágrafo único da Resolução nº 1.975, de 25-8-66, da Comissão Executiva do Instituto do Açúcar e do Alcool, e, bem assim, do art. 62 da Lei nº 4.870, de 1-12-65, em face dos arts. 141, §§ 1º, 3º e 14, 146 e 148 da Constituição de 1946. A providência intervencionista não pode autorizar obstinação ao seu cumprimento com a invocação teórica do direito adquirido, visto que no regime de intervenção no domínio econômico os direitos de cada interessado não devem ser considerados isoladamente, senão em confronto com o sistema de medidas, que, suprimindo certa situação preexistente, a substitui por outra que compensa a supressão. Regime de quotas de produção no setor açucareiro pode ser desdobrado em regime de especialização de produção, distinguindo-se, nesse ponto, três estágios, o da plantação, o da produção e o do refino.

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

Decide o Tribunal Federal de Recursos, em Sessão Plena, por unanimidade, rejeitada a arguição de inconstitucionalidade, dar provimento ao recurso para cassar a segurança, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Custas de lei.

Brasília, 24 de setembro de 1974.
— Márcio Ribeiro, Presidente; Décio Miranda, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. Décio Miranda (Relator): A Colenda Segunda Turma,

pelos votos dos Srs. Ministros J. J. Moreira Rabello e Godoy Ilha, vencido o Sr. Ministro Armando Rollemberg, confirmou sentença de primeira instância, do Juiz Federal Renato de Amaral Machado, que, considerando inválido o parágrafo único do art. 5º da Resolução nº 1.975, de 25-8-66, da Comissão Executiva do Instituto do Açúcar e do Alcool, concedera a segurança pedida por *Sociéte de Sucrieries Brésiliennes* para que o Presidente do Instituto do Açúcar e do Alcool se abstenha de praticar o ato ameaçado na intimação feita à empresa, assegurando a esta o funcionamento de quantos depósitos ou dependências possua, desde que instalados antes da promulgação da Lei 4.870, de 1-12-65, bem como para garantir-lhe as vendas do produto de seu fabrico, ou beneficiamento, para

seus consumidores habituais, qualquer que seja o domicílio destes» (fls. 77/88 e fls. 42/52).

Interposto pelo Instituto do Açúcar e do Alcool recurso extraordinário ao Egrégio Supremo Tribunal, este, pela sua Segunda Turma, Relator o Sr. Ministro Xavier de Albuquerque, dele conheceu e proveu para cassar o acórdão recorrido e determinar que novo julgamento se realize, este pelo Plenário do Tribunal Federal de Recursos (Recurso Extraordinário número 75.011).

Está assim concebido o voto do eminente Relator:

«O Sr. Min. Xavier de Albuquerque (Relator): Dispõe a Lei nº 4.870, de 1-12-65:

«Art. 62. Nenhuma usina poderá remeter açúcar refinado ou outro tipo assemelhado de açúcar beneficiado em refinaria anexa ou não, de sua propriedade, ou de terceiros, para os centros de consumo a que se refere o artigo anterior, sob pena de multa igual ao valor do açúcar negociado, a qualquer título ou sob qualquer forma, para os mencionados centros de consumo.»

No art. 61, anterior ao transcrito e nele referido, determinou a lei que o abastecimento de açúcar refinado dos grandes centros de consumo, já atendidos pelas refinarias autônomas neles sediadas, continuaria a cargo das mesmas refinarias autônomas, observadas as normas que enumerou.

Dispondo sobre a execução da lei e sobre as cotas de suprimento das refinarias autônomas, estabeleceu a Resolução nº 1.975, de 25-8-66, da Comissão Executi-

va do Instituto do Açúcar e do Alcool (fls. 17):

«Art. 5º Nenhuma usina poderá remeter açúcar refinado ou outro tipo assemelhado de açúcar beneficiado em refinaria anexa ou não, de sua propriedade ou de terceiros, para os centros de consumo, sob pena de multa igual ao valor do açúcar negociado, a qualquer título ou sob qualquer forma, para os mencionados centros de consumo, consoante dispõe o art. 62 da Lei nº 4.870, de 1 de dezembro de 1965.

Parágrafo único. Nos grandes centros de consumo a que se refere o art. 1º desta Resolução, em que as refinarias anexas mantenham depósitos, fica permitido o funcionamento dos mesmos pelo prazo de 60 (sessenta) dias.»

Bem observou, por ocasião do julgamento ora impugnado, após pedir vista e ficar vencido na preliminar, que suscitou, de afetação do julgamento ao Tribunal Pleno, o eminente Ministro Armando Rollemberg, que o art. 5º, *caput*, da Resolução questionada, mais não fez que repetir o art. 62 da lei em causa. E concluiu S. Exa., ao justificar a preliminar (fls. 84):

«Quanto ao parágrafo único contém simples desdobramento de determinação contida na regra legal transcrita, desde que, se as refinarias anexas não podem fornecer açúcar aos grandes centros de consumo, não há por que manterem estes depósitos para guarda do produto.

Tem-se, assim, que ao decidir da constitucionalidade do art. 5º da Resolução 1.975, do

IAA, realmente se está apreciando a constitucionalidade do art. 62 da Lei 4.870, de 1965.»

O parágrafo único do dispositivo regulamentar discutido não estava, efetivamente, no texto legal, mas foi manifestamente inspirado pela preocupação de não impor *ex abrupto* a proibição do art. 62 da lei, dando aos que ela alcançaria a dilação de um bimestre, que o Instituto considerou razoável.

Poder-se-ia entender, como parece haver entendido o Dr. Juiz de primeira instância, que a proibição legal, quando válida, não alcançaria, graças à reserva constitucional do direito adquirido, aquelas refinarias não autônomas que já mantinham, desde antes da lei, depósitos nos grandes centros de consumo. Desse modo, ao lhes fixar, com aparente benignidade, o prazo de 60 dias para cessarem o funcionamento de tais depósitos, o dito parágrafo teria ficado, ainda assim, muito aquém do alcance do direito adquirido, que, se admitido, não comportaria limitação temporal.

Não foi esse, porém, o entendimento do acórdão recorrido, que, ao cotejar a norma regulamentar com as disposições constitucionais, não lhe antepôs apenas o art. 141, § 3º, da Constituição de 1946, único a interessar a questão sob o prisma do direito adquirido e a justificar o reconhecimento da inconstitucionalidade da Resolução, independentemente de idêntico reconhecimento no respeitante à própria lei. É o que se vê, claramente, no voto prevalente do Relator, o Sr. Ministro Moreira Rabello (fls. 81):

«Se é certo que ninguém nega, nos dias tormentosos de

hoje, o direito do Estado intervir na vida econômica da Nação, essa intervenção, todavia, está constitucionalmente disciplinada ao supremo interesse do povo, às leis pertinentes. Ora, tal como demonstrado, à sociedade, a incriminada Resolução se colocou, ao avançar nas suas restrições à liberdade do comércio da impenetrante, às testilhas com os mandamentos dos arts. 141, seus §§ 1º, 3º e 14, e 146 e 148.»

A ementa do acórdão, por outro lado, não deixa margem a dúvidas (fls. 88):

«Controle de produção. IAA. Não podem as autarquias, nas suas incursões no domínio econômico, ir além das fronteiras constitucionais que balizam a liberdade de comércio.»

Resulta, pois, que a Segunda Turma do Tribunal Federal de Recursos examinou e reconheceu, ainda que por via oblíqua, a inconstitucionalidade do art. 62 da Lei nº 4.870, de 1-12-65, contrariando flagrantemente o art. 111 da Constituição de 1967, vigente ao tempo do julgamento. O preceito constitucional ofendido, aliás, não limita a exigência de *quorum* à declaração, pelos Tribunais, da inconstitucionalidade de lei, mas também à de ato do Poder Público, e seu alcance não pode ser posto em discussão quando o ato indigitado tem, como no caso, caráter nitidamente normativo.

Conheço do recurso e lhe dou provimento para cassar o acórdão recorrido e determinar que novo julgamento se realize, este pelo plenário do Tribunal Federal de Recursos.»

É o relatório a ser submetido, nos autos, ao Tribunal Pleno.

VOTO

O Sr. Min. Décio Miranda (Relator): A impetrante suscitou a inconstitucionalidade do art. 5º da Resolução nº 1.975, de 25-8-66, da Comissão Executiva do Instituto do Açúcar e do Alcool, assim redigido:

«Art. 5º Nenhuma usina poderá remeter açúcar refinado ou outro tipo assemelhado de açúcar beneficiado em refinaria anexa ou não, de sua propriedade ou de terceiros, para os centros de consumo a que se refere o art. 1º desta Resolução, sob pena de multa igual ao valor do açúcar negociado, a qualquer título ou sob qualquer forma, para os mencionados centros de consumo, consoante dispõe o art. 62 da Lei nº 4.870, de 1º de dezembro de 1965.

Parágrafo único. Nos grandes centros de consumo a que se refere o art. 1º desta Resolução, em que as refinarias anexas mantenham depósitos, fica permitido o funcionamento dos mesmos pelo prazo de 60 (sessenta) dias.»

O *caput* das disposições acima derivava, como nele mencionado, do art. 62 da Lei nº 4.870, de 1-12-65, a dizer:

«Art. 62. Nenhuma usina poderá remeter açúcar refinado ou outro tipo assemelhado de açúcar beneficiado em refinaria anexa ou não, de sua propriedade, ou de terceiros, para os centros de consumo a que se refere o artigo anterior, sob pena de multa igual ao valor do açúcar negociado, a qualquer título ou sob qualquer forma, para os mencionados centros de consumo.»

Para a impetrante, tais dispositivos ferem o princípio da isonomia (Constituição, art. 141, § 1º), impedem o livre exercício da profissão de refinador (art. 141, § 4º), violam o direito adquirido (art. 141, § 3º).

A sentença, do Juiz Federal Dr. Renato de Amaral Machado, considerou constitucional o art. 62 acima transcrito, se aplicado pelo Poder Público para coibir abusos e manipulações, mas não para impedir o comércio legítimo e tradicional que alguma empresa já anteriormente fizesse do açúcar refinado. Essa última finalidade, detrimetosa à Constituição, ficou inserida no parágrafo único da Resolução nº 1.975, visto que com ele se visou a impedir, não as manobras imprevistas ou imprevisíveis dos empresários, mas o exercício de seu negócio habitual de venda de açúcar refinado de sua própria produção em refinarias anexas: (lê fls. 49/52)»

O art. 5º da Resolução, com o complemento do parágrafo único, afirmou a sentença, é impossível com as normas constitucionais do art. 146 e do § 3º do art. 141.

Já o acórdão que, por maioria de votos, confirmou a sentença, entendeu que no passo examinado a resolução se colocou «às testilhas com os mandamentos dos arts. 141, seus parágrafos 1º, 3º e 14, e 146 e 148, da Constituição de 1946».

Cabe-nos, agora, em atenção ao acórdão do Egrégio Supremo Tribunal Federal, reexaminar em plenário a matéria e dizer da alegada inconstitucionalidade.

A Lei nº 4.870, de 1-12-65, em que se insere a controvérsia, dispondo sobre a produção açucareira, a receita do Instituto do Açúcar e do Alcool e sua aplicação, e dando outras providências, é um dos episódios legislativos

do regime instituído para a produção açucareira no País, que, como se sabe, visou fundamentalmente a assegurar o equilíbrio entre a produção e o consumo, as condições de permanência no mercado de regiões economicamente dependentes da produção açucareira, o incremento geral da atividade econômica representada pela procuração, comercialização interna e exportação do produto; Nesse regime de intervenção na atividade econômica, autorizado pelo art. 146 da Constituição de 1946, era legítima a distribuição de quotas de produção às empresas, e, a legitimidade dessa modalidade de intervenção jamais foi negada pelo Poder Judiciário.

Ora, permitida, em princípio, a fixação de quotas aos produtores, é inevitável considerar, nessas quotas, a especialização de cada empresa, a sua localização, a distribuição dos mercados entre elas.

Assim, a Lei nº 4.870, citada, no ponto que particularmente ora nos interessa, manteve a atribuição, que anteriormente já se conferira às refinarias autônomas (assim chamadas para contraste com as refinarias anexas, ou sejam, aquelas pertencentes a usinas de produção de açúcar) de suprir de açúcar refinado os grandes centros de consumo.

As refinarias autônomas seriam, para cumprimento dessa finalidade, supridas de açúcar cristal (matéria-prima do açúcar refinado) pelas usinas produtoras.

Era um sistema de combinação de quotas com especialização em estágios de produção, ou, simplificada, um regime de quotas especializadas, que, de resto, era até mais amplo, a começar da especialização do plantador da cana, atividade até certo ponto limitada para as usinas produtoras de modo a assegurar a sobrevivência dos plantadores não produtores de açúcar.

Disponha a Lei nº 4.870, no ponto que ora estamos focalizando:

Art. 61. O abastecimento de açúcar refinado nos grandes centros de consumo, já atendidos pelas refinarias autônomas neles sediadas, continuará a cargo de refinarias autônomas, observadas as seguintes normas:

1 — O IAA fixará, nos planos anuais de safra, as quotas de açúcar cristal necessárias ao suprimento das refinarias autônomas, a que alude este artigo;

2 — As quotas a que se refere o número precedente serão rateadas entre as usinas localizadas nas Unidades Federativas de procedência dos açúcares destinados a refinagem, proporcionalmente aos limites ou à estimativa de produção, conforme a situação de cada safra;

3 — As quotas-partes deferidas às usinas serão remetidas às refinarias, em parcelas mensais, na conformidade do que for estabelecido pelo IAA, nos Planos Anuais de Defesa da Safra.»

Eis aí descrito um dos estágios da distribuição especializada de quotas de produção, a que nos referimos: o estágio do refino.

Dentro desse contexto geral de disciplina e organização da produção, pode-se vislumbrar a existência de três estágios, o primeiro da plantação, o segundo da produção, o terceiro do refino.

O detrimento, que a especialização de estágios pode representar para alguma empresa, é compensado, sempre, por medidas que, no conjunto, asseguram uma vantagem a essa mesma empresa. Assim, se se proíbe à

usina plantar e colher canas próprias além de certo limite, por outro lado se condicionam os plantadores ao fornecimento dentro de certas condições de preço e prazo de pagamento. E no caso que estamos examinando, se se proíbe às usinas produtoras vender diretamente aos centros consumidores açúcar refinado, assegura-se-lhes a participação no suprimento de açúcar cristal aos refinadores.

Num conjunto de medidas de tal ordem, é evidente que não é possível restringir-se a intervenção no domínio econômico a alterações futuras na estrutura do mercado, deixando subsistir, por intocáveis, as situações já constituídas.

Se especializada a produção de açúcar refinado, há que retirar do mercado a produção adventícia e irregular dos estabelecimentos não especializados.

Se tal medida representa prejuízo superior à compensação dada em contrapartida no conjunto do sistema intervencionista, haveria lugar para, com a prova dos fatos constitutivos do desequilíbrio, pleitear indenização ou maior compensação.

Nunca, porém, a providência intervencionista poderá, gerar, em princípio, e por si mesma, a obstinação ao seu exercício pela invocação teórica do direito adquirido, visto que, nesse regime de intervenção, os direitos adquiridos não podem ser considerados isoladamente, senão em confronto com o sistema de medidas, que, suprimindo certo direito preexistente, o substituem por outros direitos ou vantagens.

Considerado isoladamente e a *outrance* cada um dos direitos adquiridos, não haveria intervenção no domínio econômico, autorizada no art. 146.

Dentro do quadro geral assim esboçado, é evidente que não está vedada ao legislador a especialização

das refinarias autônomas no atendimento do consumo de açúcar refinado dos grandes centros, com a contrapartida de se suprirem do açúcar a refinar nas usinas a esse estágio produtivo especializadas.

O art. 62 da Lei nº 4.870, de 1-12-65, é mera conseqüência dessa especialização, que não se manteria efetiva se se não proibisse às usinas produtoras a remessa de açúcar refinado ou de tipo assemelhado para os centros reservados às refinarias autônomas.

Por sua vez, o parágrafo único do art. 5º da Resolução nº 1.975 é mera conseqüência de tal proibição, que se não manteria efetiva se usinas produtoras pudessem manter depósitos para a comercialização do açúcar refinado nesses mesmos centros.

Foi o que bem expressou o Sr. Ministro Armando Rollemberg no voto vencido que pronunciou na Turma, ao declarar:

«Quanto ao parágrafo único contém simples desdobramento de determinação contida na regra legal transcrita, desde que, se as refinarias anexas não podem fornecer açúcar aos grandes centros de consumo, não há por que manterem nestes depósitos para guarda do produto.»

Isto posto, cabe concluir o meu voto sobre a argüida inconstitucionalidade.

Pelo visto, caracterizado o setor açucareiro como sujeito à intervenção autorizada no domínio econômico, e verificado que essa intervenção se destina ao equilíbrio e ao incentivo das várias atividades interdependentes, com atribuição e especialização de quotas de produção e ou de comercialização, as medidas impugnadas pela impetrante

não ofendem qualquer dos dispositivos constitucionais tidos como violados.

Não há que cuidar da infringência ao princípio da isonomia, do art. 141, § 1º, da Constituição de 1946, visto que não se está em presença de indivíduos, e a estes se dirige o preceito. Nem, se consideradas as empresas, haveria de falar-se em igualdade de usina produtora com refinaria autônoma.

O direito adquirido, protegido no § 3º do mesmo art. 141, não foi violado, pois não há de subsistir isoladamente, sob pena de negar-se o próprio princípio da intervenção na economia.

O livre exercício de qualquer profissão, assegurado pelo § 14 do mesmo artigo, também não está em jogo quando se trata de empresas, e não de indivíduos. Por igual, se extensível o princípio às empresas, ter-se-ia a negativa mesma do regime intervencionista autorizado.

O art. 146 da Constituição de 1946, longe de ter sido aluído pelas normas impugnadas, é o que lhes deu vitalidade em face do ordenamento jurídico do País.

Por último, o art. 148 da mesma Constituição, que condiciona a lei ordinária a reprimir toda e qualquer forma de abuso de poder econômico, não era ferido quando a intervenção se fazia, precisamente, no sentido de evitar o abuso econômico que poderia decorrer do aproveitamento dos desequilíbrios estruturais do setor açucareiro pelos mais fortes, para dominação horizontal ou vertical dessa atividade produtiva.

Em resumo final, bem é de ver que não é possível confrontar isoladamente as disposições impugnadas com as regras constitucionais, senão no contexto em que se inserem, e no qual

constituem um dos pesos e contrapesos do sistema de equilíbrio.

Isto posto, rejeito a arguição de inconstitucionalidade do art. 5º e parágrafo único da Resolução nº 1.975, de 25-8-66, da Comissão Executiva do Instituto do Açúcar e do Alcool, e, bem assim, do art. 62 da Lei nº 4.870, de 1-12-65, e em consequência dou provimento ao recurso da sentença de primeiro grau para cassar a segurança.

Voto

O Sr. *Min. Jorge Lafayette Guimarães*: Sr. Presidente, parece-me que, a rigor, a matéria estaria prejudicada, porquanto o art. 62, da Lei nº 4.870, de 1965, foi revogado pelo Decreto-lei nº 308, de 27 de fevereiro de 1967.

Como, porém, o Supremo Tribunal Federal determinou, especificamente, que o Tribunal Federal de Recursos aprecie a constitucionalidade desse dispositivo, em cumprimento ao acórdão do Pretório Excelso teremos que decidir a respeito.

Assim procedendo, acompanho o voto do eminente Ministro Relator, porque não vejo, realmente, inconstitucionalidade no citado dispositivo, estando de inteiro acordo com as considerações do ilustre Ministro Décio Miranda, que bem demonstrou a compatibilidade da aludida norma, de intervenção econômica, com a Constituição Federal.

O Sr. *Min. Décio Miranda* (Pela ordem):

O eminente Ministro Jorge Lafayette fez um reparo no sentido de que a arguição de inconstitucionalidade estaria prejudicada porque a lei considerada inconstitucional foi revogada.

Sempre entendi que, apesar de revogada a lei, a matéria de sua constitucionalidade deve ser apreciada, por-

quanto esta lei terá produzido efeitos, e, consoante seja a decisão sobre a constitucionalidade, tais efeitos prevalecerão ou não.

É certo que o Egrégio Supremo Tribunal, em um único acórdão sobre este tema, não admitiu exame da inconstitucionalidade de lei revogada. Trata o acórdão da inconstitucionalidade da lei que permitiu aos filhos de brasileiros naturalizados, nascidos antes da naturalização, optarem pela nacionalidade brasileira. E essa recusa do Supremo Tribunal em considerar a inconstitucionalidade dessa lei, por ter sido revogada, causa agora dificuldades. Por exemplo: na Segunda Turma digo que a lei é inconstitucional e não a aplico; já o eminente Ministro Paulo Távora diz que a lei não foi considerada inconstitucional e a aplica.

Data maxima venia, ousou sustentar que o Egrégio Supremo Tribunal Federal deveria ter julgado a matéria de inconstitucionalidade daquela lei, apesar de revogada.

Era o que tinha a dizer sobre o problema que, de passagem, foi levantado pelo eminente Ministro Jorge Lafayette.

O Sr. Min. Jorge Lafayette Guimarães: V. Exa. me permite? Eu não sou radical na tese, nem adoto a posição do acórdão citado, do Supremo Tribunal Federal. Há circunstâncias em que reconheço a necessidade de se apreciar a inconstitucionalidade da lei revogada. Mas, estando em causa um mandado de segurança, em que se pleiteia o exercício de atividade comercial, sem as restrições da lei impugnada, com a revogação desta cessaram tais restrições. Se estivéssemos diante de uma ação ordinária de indenização, outro seria o problema. Mas não em

mandado de segurança, para fazer cessar as restrições, pois elas já cessaram.

O Sr. Min. Décio Miranda: Elas cessaram, mas o ato terá produzido efeitos. O mandado de segurança era para confirmar ou desconfirmar uma situação existente no momento da impetração. Esse o momento que deve ser considerado: o da impetração. Naquele momento o impetrante teria ou não razão. Isso deve ser proclamado pelo Tribunal, a despeito de qualquer ato posterior que tenha vindo modificar para o futuro a atitude da autoridade.

EXTRATO DA ATA

AMS. nº 60.170 — GB. Rel: Sr. Min. Décio Miranda. Recte: Juiz Federal da 2ª Vara da Seção Judiciária da Guanabara. Agte: Instituto do Açúcar e do Alcool. Agdo.: Societé de Sucreries Brésiliense, S.A. Usinas de Açúcar Brasileiras.

Decisão: Rejeitada a argüição de inconstitucionalidade, deu-se provimento ao recurso para cassar a segurança. Decisão unânime (em 24-9-74 — T. Pleno).

Os Srs. Mins. Néri da Silveira, Jorge Lafayette Guimarães, Paulo Távora, Aldir Passarinho, Otto Rocha, Amarílio Benjamin, Esdras Gueiros e Peçanha Martins votaram com o Sr. Ministro Relator. Não compareceram, por motivo justificado, os Srs. Mins. Armando Rollemberg, Moacir Catunda e Jarbas Nobre. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Márcio Ribeiro.

AGRAVO EM MANDADO DE SEGURANÇA

Nº 67.092 — SP

Relator — O Exmo. Sr. Min. Paulo Távora
Recorrente — Juiz Federal da 1ª Vara, *ex officio*
Agravante — União Federal
Agravada — Almadero - Comercial e Administradora S.A.
Aut. Requerida — Inspetor Central da Receita Federal em São Paulo

EMENTA

Tributário. Imposto de renda. Dissolução de sociedade.

Confessada a compra das ações pelo administrador da entidade a que pertenciam, os fatos carecem da necessária evidência para ilidir por mandado de segurança a nulidade do art. 1.133, item I, do Código Civil.

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

Decide a Segunda Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade de votos, dar provimento aos recursos para reformar a sentença e cassar a segurança sendo que os Senhores Ministros Relator e Amarílio Benjamin ressalvaram à impetrante as vias ordinárias, vencido nessa parte o Sr. Ministro Decio Miranda, na forma do relatório e notas taquigráficas retro, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Custas de lei.

Brasília, 28 de fevereiro de 1975.
— *Amarílio Benjamin*, Presidente;
Paulo Távora, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. Paulo Távora (Relator): Almadero-Comercial e Administradora S.A., declarando-se «sociedade dissolvida e liquidada em 31 de julho de 1968» requer segurança contra ato do Inspetor-Central da Receita Federal em São Paulo, que indeferiu a reclamação da autora (fls. 51), confirmando «auto de infração e notificação fiscal», lavrado em 8 de agosto

de 1969. De seu teor consta que a Postulante:

«... tinha em seu Ativo 223.000 (duzentas e vinte e três mil ações) representativas do capital social do Banco Alfomares S.A.; que em dias do mês de julho de 1968 vendeu as referidas ações ao Banco do Estado do Paraná S.A. pelo preço total de NCr\$ 27.000.000,00 (vinte e sete milhões de cruzeiros novos) com o lucro de NCr\$ 24.777.000,00 (vinte e quatro milhões setecentos e setenta mil cruzeiros novos); que para fugir ao pagamento do imposto de renda sobre tão elevado lucro, o acionista e Diretor-Presidente Alfonso Martim Escudero, promoveu a extinção e liquidação da autuada de modo irregular, a fim de como pessoa física proceder a transferência das ações para o Banco do Estado do Paraná S.A.»

Em conseqüência, a requerente foi intimada a recolher o imposto de ... Cr\$ 8.669.500,00 e multa de Cr\$ 4.334.750,00 com os encargos legais.

Relata a impetrante que se constituiu em 1965 para, sob a forma de *holding*, gerir o patrimônio e os interesses de Alfonso Martim Escudero, incorporando seus bens, principalmente, as ações no Banco Alfomares S.A. Como acionistas majoritários da Almadero figuravam o referido Escudero e a Sociedade Transportes de Minas S.A., com sede em Madri, na Espanha, de quem Escudero era também administrador único.

Em 1968, Escudero resolveu extinguir a Almadero e, com esse intuito, adquiriu as ações que a Transporte de Minas S.A. nela possuía, e as remanescentes em nome de terceiros, tornando-se, assim dono exclusivo do capital da *holding*. Em 31 de julho de 1968, compareceu a um tabelionato em São Paulo, onde, como outorgante e reciprocamente outorgado, dissolveu, liquidou e extinguiu a Almadero, assumindo todo ativo e passivo social com a transferência, de pleno direito, do domínio e posse dos bens, assim como das responsabilidades.

Reavendo a titularidade das ... 223.000 ações do Banco Alfomares, Escudero alienou-as. Requereu certidão negativa do imposto de renda para instruir o arquivamento da escritura da dissolução no Registro do Comércio. Mas a autoridade fiscal não forneceu e intentou junto à Corregedoria da Justiça de São Paulo a apuração de responsabilidade do tabelião por prática de ato lesivo ao Tesouro Nacional. O órgão correicional não deu, entretanto, pela irregularidade. A ação do Fisco prosseguiu e culminou com a lavratura do auto de infração.

A impetrante sustenta a licitude do ato de extinção da Almadero e a legitimidade de buscar a forma jurídica que, sem ferir a lei, possibilitou negociar as ações do Banco Alfomares sem incorrer em incidência fiscal. É o caso de «evasão lícita» ou «economia de imposto».

Rejeita as razões do ato impugnado e justifica a impossibilidade de arquivar o documento de extinção por obstáculo do próprio Fisco, não fornecendo a certidão.

Mostra que a simulação torna o ato anulável e sua desconstituição deve ser pleiteada em juízo pelos representantes da Fazenda Pública nos termos do art. 105 do Código Civil. Antes, portanto, da decisão judiciária, é plenamente eficaz.

Quanto à discriminação numérica das ações, não há exigência legal nesse sentido, e a fé pública do tabelião, consignando que os títulos lhe foram exibidos, é bastante. Tratava-se, ademais, de papéis ao portador cuja posse induz propriedade até prova em contrário, de acordo com o art. 26 da Lei das Sociedades Anônimas. Esse diploma não proíbe, outrossim, a dissolução sem prévia liquidação do passivo, nos termos do art. 137, letra «c».

A aquisição das ações está demonstrada pela remessa dos dólares à vendedora em Madri (fls. 78-79) e o registro de seu investimento no Brasil, conforme certificado do Banco Central (fls. 80/81). Acostou-se, ainda, tradução juramentada de correspondência entre a Transporte de Minas e Escudero e do reconhecimento notarial de sua investidura como administrador único.

Rejeita, finalmente, a afirmativa de continuação da atividade da impetrante na pessoa do acionista remanescente, *ex vi* do art. 222, letra c, do Regulamento do Imposto de Renda. Increpa de contraditória e alegação, pois se a empresa se extinguiu, o processo fiscal é nulo, instaurado contra quem não mais existe, ou se não se extinguiu, impossível falar em prosseguimento por outra pessoa que não a própria sociedade. O art. 222 do Regulamento pressupõe a existência de

débito fiscal antes do término da entidade, e não fatos posteriores.

Prestou informações a autoridade requerida (fls. 96/120). Declara que os documentos trazidos aos autos evidenciam que as ações possuídas pela empresa espanhola foram compradas pela Almadero, e não por Escudero. Analisa os contratos de câmbio onde figuram como comprador dos dólares a Almadero, e recebedor, no estrangeiro, a Transporte de Minas S.A., consignando-se ao pé do documento que Escudero afirma-se sucessor da *holding*. Observa que nas informações prestadas no processo fiscal o mesmo Escudero asseverou que adquirira as ações diretamente da outra acionista sem intervenção da Almadero.

A remessa em moeda estrangeira não coincide com o investimento registrado no Banco Central onde nada consta sobre o retorno de capital. Considera inverossímil em termos comerciais a transação entre acionistas em que o vendedor declara de antemão aceitar qualquer preço que o comprador atribuir.

Insiste que o fato gerador do imposto está configurado pela comprovação de ter a venda se efetuado pela pessoa jurídica Almadero, e não pela pessoa física Escudero. Reporta-se, finalmente, ao art. 222 do Regulamento para, à vista da cláusula da escritura, caracterizar que Escudero continuou a atividade da Almadero e enquadra-se, assim, na previsão legal. Junta relatório da diligência do agente autuante bem como das informações instrutivas do julgamento na primeira instância fiscal.

Oficiou o Dr. José Lobato como Procurador da República, que arguiu, em preliminar, a inexistência de direito líquido e certo, carentes os fatos da necessária comprovação. No mérito, opinou pela denegação da segurança (fls. 122/125).

Em sentença de fls. 127/136, o Dr. Juiz Rondon Teixeira de Magalhães concedeu a segurança e recorreu de ofício.

A União agrava com as razões de fls. 141/151. Aduz que a fé pública da escritura concerne à existência da declaração, e não à verdade de seu conteúdo, que escapa ao tabelião. Dizer que é proprietário das ações ao portador não significa que seja verdadeiramente o dono dos papéis. Ademais, dissolvida a sociedade em 31 de julho de 1968, somente dia 29-8-1968 houve a compra das ações, depois de lavrado o auto de infração.

Demonstrada a simulação, falta direito líquido e certo à impetrante.

Contraminuta a postulante para repisar os argumentos da inicial e contraditar as razões do recurso. Os documentos apontados como contrato de compra e venda de ações são, em verdade, os comprovantes da remessa do preço para o exterior. Confundiu-se data da remessa com data do negócio. E o auto de infração é de 1969, e não de 1968.

A aquisição das ações efetivou-se mediante contrato verbal, segundo declarou Escudero no processo fiscal. A informalidade se explica pelo fato de ser Escudero o próprio administrador da sociedade espanhola, com plenos poderes para dispor dos bens da entidade de além-mar.

Contesta a afirmativa da União que foi a Almadero a compradora dos títulos. Implicaria a aquisição das próprias ações, operação que, se tivesse existido, determinaria a retirada dos valores de circulação. Mesmo nessa hipótese que, de fato, não ocorreu, Escudero continuaria como acionista único e poderia extinguir a sociedade como fez.

Defende a liquidez e certeza de seu direito à vista da prova documen-

tal que não foi infirmada apesar do exaustivo exame a que os agentes fiscais procederam na contabilidade da empresa. Tudo gira em torno da escritura de extinção cuja anulabilidade só pode ser declarada por via judicial, e não decretada, unilateralmente, pelo Fisco.

Subiu o processo a esta instância, e a requerente juntou a tradução juramentada de documento autenticado por notário espanhol, em que Transporte de Minas S.A. consigna que vendeu a Escudero, em 2 de julho de 1968, as ações que possuía, do capital da Almadero (fls. 177).

O Dr. Firmino Ferreira Paz, em parecer de fls. 182-195, opina pelo provimento do recurso para reformar-se a sentença.

O processo chegou a ser incluído em pauta. Mas com a aposentadoria do Relator, Ministro Godoy Ilha, foi retirado e redistribuído ao Ministro Sebastião Alves dos Reis. Os autos foram solicitados pela Subprocuradoria-Geral da República que os devolveu com pedido de juntada de memorial e documentos. Mandeí pensar por linha uma vez que não vi configuradas quaisquer das hipóteses previstas no art. 397 do novo Código de Processo Civil. Publicado o despacho, vieram-me conclusos os autos.

É o relatório.

Voto

O Sr. Min. Paulo Távora (Relator): O documento central da impetração é a escritura pública, de 31 de julho de 1968, em que figura Alfonso Martim Escudero como outorgante e reciprocamente outorgado e, na condição de proprietário de todo capital da sociedade anônima Almadero, delibera dissolver, liquidar e extingui-la. Assume o passivo e ativo da empresa, inclusive as 223.000 ações no Banco Al-

fomares em cujo livro se lavra, na mesma data, o termo de transferência (folhas 32). Seis dias após, Escudero vende essas ações, com ágio, ao Banco do Estado do Paraná.

Ao julgar procedente a ação fiscal contra a pessoa jurídica Almadero, a autoridade impetrada fundamentou a conclusão em razões, de que a primeira se enuncia nestes termos (fl. 119):

«... Considerando que a R. não fez prova idônea de que o Sr. Alfonso Martim Escudero adquirira as ações pertencentes à empresa com sede no exterior — Transporte de Minas S.A. — e que portanto era o único proprietário das ações representativas da totalidade do capital social da Almadero Comercial e Administração S.A., com o que estaria habilitado na forma prevista no art. 137, alíneas *c* e *d* a promover a liquidação desta sociedade;...»

As ações da Almadero eram ao portador, de sorte que militava em favor de quem as detivesse a presunção de domínio, *ex vi* do art. 26 da Lei das Sociedades Anônimas. Ao apresentar-se em cartório com os títulos, declarando-se seu proprietário, não restava ao tabelião, por dever de ofício, senão julgar Escudero habilitado a praticar o ato.

A perfeição formal da escritura não obstava, entretanto, o Fisco de examinar os pressupostos da operação, requisitando informações de acordo com o art. 363 do Regulamento do Imposto de Renda. Esclareceu Escudero que houvera as ações ao portador pertencentes à empresa estrangeira, Transportes de Minas S.A., com sede na Espanha, mediante contrato verbal celebrado em Madri a 2 de julho de 1968, para pagamento do preço em 60 dias por via do retorno do capital em dólares (fls. 43).

A regularidade do negócio entre os referidos acionistas é decisiva para a escritura, de 31 de julho de 1968, Pois seu pressuposto é a legitimidade da transferência das ações e concentração em poder de um único proprietário.

A presunção legal de domínio em favor do portador dos títulos inominados é *juris tantum* e permite prova em contrário nos termos do art. 26 da Lei das Sociedades Anônimas. Trajano de Miranda Valverde, autor e comentarista, do diploma, observa:

«Nas ações ao portador, como em todos os títulos dessa natureza, há que distinguir duas ordens de relações: a que se estabelece entre o portador, possuidor ou apresentante e a sociedade anônima emissora; a que resulta da negociação ou circulação delas, portanto, entre os sucessivos portadores.

Em ambas as ordens de relações, a presunção de propriedade, que decorre da posse ou detenção do título, pode ser ilidida por prova em contrário...» (*Sociedade por Ações*, vol. I, nº 144).

Embora a venda, segundo Escudero, tenha-se realizado na Espanha, destinava-se a produzir efeito no Brasil, sujeitando-se à disciplina legal de nosso País, na forma do art. 9º, § 1º de Lei de Introdução.

Em 1968, o administrador único da Transporte de Minas S.A. era Escudero, com poderes de alienar e gravar bens da companhia (fls. 24 e 84). Pelo art. 1.133 do Código Civil, os administradores não podem comprar, ainda em hasta pública, os bens confiados à sua guarda ou administração. No registro da legislação comparada, que precede os comentários ao dispositivo, Clóvis Bevilacqua relacio-

na a norma com o art. 1.459 do Código Civil Espanhol. Trata-se de proibição, de ordem pública, inspirada em fundamento moral, cuja violação determina a nulidade absoluta do ato, conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal em voto do Ministro Orozimbo Nonato (*Revista Forense*, vol. 112, p. 393).

É mister, todavia, distinguir duas hipóteses: uma, do autocontrato em que o administrador é outorgante e reciprocamente outorgado. Outra, da alienação feita, pessoalmente, pelo dono do bem ao administrador. A doutrina e a jurisprudência têm admitido, na última modalidade, a legitimidade da compra, como fez a Suprema Corte em acórdão publicado no *Archivo Judicial*, vol. 105, p. 244.

Aplicando a interpretação mais benigna ao caso, cumpria a Autora demonstrar que a aquisição das ações por Escudero foi contratada, diretamente, com a sociedade estrangeira, por seu órgão próprio com poderes de alienação de bens sociais.

A Postulante trouxe aos autos correspondência trocada posteriormente à dissolução da Almadero, a saber: de Escudero para Transporte Minas, datada de São Paulo em 12 de setembro de 1968 (fls. 88) e resposta da empresa a seu administrador, de Madri, a 26 do mesmo mês e ano (folhas 82). Ambas as cartas referem-se ao negócio das ações. Mas não identificam o órgão ou o representante da entidade espanhola que tinha atribuições para efetuar a venda.

Nesta instância, a Autora juntou a tradução oficial da declaração da sociedade vendedora, autenticada a firma e a qualidade do subscritor por notário de Madri em dezembro de 1969 (fls. 177/180). Confirma-se a alienação verbal, de 2 de julho de 1968 e, o recebimento do preço em agosto do mesmo ano, e a renúncia de Es-

cuadero, em junho de 1969, ao cargo de administrador. O signatário é qualificado como procurador e auditor da Transporte Minas S.A. Mas o documento não esclarece também o órgão e os poderes de quem efetuou a venda em julho de 1968.

A Autora não trouxe, assim, elementos suficientes para ilidir, por mandado de segurança, a nulidade da compra de bens da sociedade por seu administrador, que contamina o ato posterior de dissolução, cujo pressuposto é a legitimidade da transferência dessas ações.

Como o defeito da nulidade, ao contrário da anulabilidade, pode ser alegado em qualquer oportunidade processual e, inclusive, pronunciado de ofício pelo juiz, *ex vi* do art. 146 do Código Civil, concluo que os fatos carecem da necessária evidência para amparar direito líquido e certo.

Dou provimento ao recurso de ofício e voluntário da União para cassar a segurança, ressalvadas à autora as vias ordinárias.

Voto

O Sr. Min. Amarílio Benjamin: Recebi ontem, ao cair da tarde, memoriais da impetrante e da União Federal. Fiz o esforço que me foi possível para ler, na manhã de hoje, os dois trabalhos e formar orientação a respeito dos problemas discutidos. Todavia, tendo em vista o voto que acaba de proferir o Sr. Ministro Paulo Távor, e louvando-me nos conhecimentos, embora limitados, da minha experiência profissional, vou concordar com o pronunciamento de S. Exa., uma vez que o seu voto demonstra com clareza que, no mandado de segurança *sub judice*, a controvérsia não se limita somente a teses de direito. Faz-se necessário o confronto e a prova de fa-

tos, que a medida excepcional não comporta. Pelo que, nos termos do voto que acaba de proferir o Sr. Ministro Paulo Távor, também dou provimento ao recurso, para cassar a segurança, facultando, porém, à impetrante os meios ordinários.

Voto

O Sr. Min. Decio Miranda: Senhor Presidente, os votos que acabam de ser proferidos, do Sr. Ministro Paulo Távor e de V. Exa., encontram, na hipótese, um daqueles casos em que a discussão sobre fatos torna a matéria insuscetível de solução em mandado de segurança. Dentro dessa linha de princípio, ressalvam ambos à interessada as vias ordinárias.

Meu entendimento sobre o problema, derivado da leitura dos memoriais, dos debates travados nesta assentada, e, bem assim, dos referidos votos, é, porém, mais radical.

Entendo que, na escritura chamada de «dissolução, liquidação e extinção» da pessoa jurídica denominada Almadero Comercial e Administradora S.A., o que se verificou, em realidade, foi apenas uma escritura de dissolução. Dir-se-ia até melhor que foi uma escritura de declaração de dissolução, porquanto dissolvida já estava a sociedade quando se transformara em propriedade de sócio único. Essa escritura, embora se diga de dissolução, liquidação e extinção é, na verdade, uma escritura tão-só de dissolução e, como é de hábito, de previsão sobre o modo de liquidar.

Para demonstrar que não se tratava de uma escritura de liquidação, basta acentuar o fato de que nela foram transferidos imóveis para o sócio único, mas sem o prévio pagamento de impostos devidos pela transferência. Não se liquidou o passivo; apenas, o sócio único assumiu tanto o ativo

quanto o passivo. Isto, porém, não significa liquidar uma sociedade anônima. Teoricamente, uma sociedade pode ser dissolvida e liquidada no mesmo momento. Isso não ocorre, em linha de princípio, com as sociedades anônimas. Tanto assim é, que o Decreto-lei nº 2.627, de 26 de setembro de 1940, que dispõe sobre as sociedades por ações, declara:

«Art. 137. A sociedade anônima ou companhia entra em liquidação:

.....
c) por deliberação da assembleia geral, convocada e instalada na forma prevista para a destinada à reforma dos estatutos, ou pelo consentimento unânime dos acionistas, manifestada em instrumento público;»

«Art. 144. Pago todo o passivo e distribuído entre os acionistas o último rateio, o liquidante convocará, com quinze dias, no mínimo, de antecedência, a assembleia geral para a prestação final de contas, na forma do art. 140, nº 8. Julgadas estas boas e bem prestadas, a liquidação encerra-se, extinguindo-se a sociedade anônima.

.....
Prevê-se um ato em duas etapas: na primeira, a resolução de dissolver a sociedade. Nesse momento, ela entra em liquidação, não se liquida. Entrando em liquidação, há, necessariamente, um período de liquidação, no qual se procura realizar o ativo e satisfazer o passivo.

No caso concreto, dada a singularidade de haver um único interessado, tratou-se logo de indicar o destino do ativo e a responsabilidade pelo passivo. No entanto, isso não significa liquidar a sociedade. Esse destinatá-

rio do passivo e beneficiário do ativo era, na verdade, o liquidante da sociedade anônima. Ora, iniciada, nesse momento, a liquidação da sociedade, qualquer ato de disposição de bens, a partir desse instante e até a escritura definitiva de liquidação, era ato praticado pela sociedade anônima em liquidação, e não pelo aparente destinatário dos bens da sociedade.

Assentado que, a partir desse momento, os atos relativos aos bens do acervo eram atos praticados pela sociedade em regime de liquidação, a eles se aplicavam os dispositivos da legislação do Imposto de Renda, que consideram estas operações feitas pela pessoa jurídica e não pessoalmente pelo sócio a quem passariam a pertencer os bens, no encerramento da liquidação. Até a data em que fosse lavrada a verdadeira escritura de liquidação, os bens continuavam no acervo da sociedade e, conseqüentemente, tinha lugar a aplicação dos arts. 218 e 219 do Regulamento do Imposto de Renda, Decreto nº 58.400, de 10 de maio de 1966, que declaram:

«Art. 218. As firmas e sociedades em liquidação serão tributadas, até findar-se esta, de acordo com as normas estabelecidas no Livro III (Decreto-lei nº 5.844, art. 51).

Parágrafo único. Ultimada a liquidação, proceder-se-á de conformidade com o disposto no artigo seguinte (Decreto-lei número 5.844, art. 51, parágrafo único).»

«Art. 219. No exercício em que se verificar a extinção, a firma ou sociedade, além da declaração correspondente aos resultados do ano base, deverá apresentar a relativa aos resultados do período imediato até a data da extinção (Lei nº 154, art. 1º).

Parágrafo único. A declaração de que trata a parte final des-

te artigo será apresentada dentro de 30 (trinta) dias contados da data em que se ultimar a liquidação.»

Aplicáveis as normas do citado Livro III, que trata da tributação das pessoas jurídicas domiciliadas no Brasil, claro está que a venda ajustada no período da liquidação era negócio tributável na pessoa jurídica e não na pessoa do sócio destinatário dos bens.

Entendo, pois, para resumir, que a escritura em causa apenas declarou a dissolução da sociedade, e a liquidação se haveria de fazer por uma sucessão de operações posteriores. No interregno, a disposição de bens é operação da pessoa jurídica e, como tal, nesta tributável.

Já tive ocasião de fazer aplicação deste entendimento no Agravo em Mandado de Segurança nº 68.902, do Ceará, de que fui relator, julgado em sessão de 1º-6-73, desta Turma. Ali, os fatos apresentavam certas diferenças, mas, no fundo, as situações são idênticas.

Admito, em princípio, a hipótese de o contribuinte, pelos meios admitidos em lei, procurar aquela modalidade de negócio que escape à tributação.

Mas, os interessados, fascinados ou atraídos por essa possibilidade da chamada evasão lícita do imposto, se apressaram na realização do negócio antes que, realmente, se tenha completado a transferência regular do bem para a propriedade, para o domínio de cada um dos sócios pessoas físicas e, desse modo, acabam por incidir — como incidiram naquele caso do Ceará e incidiu agora o interessado neste

caso de S. Paulo — nesta situação de apresentarem a venda do bem como feita pela pessoa física, quando, na verdade, pela natureza das coisas, pela falta de interregno de tempo, pelas demais circunstâncias, verifica-se, claramente, que, embora nominalmente feita a operação pela pessoa física, em realidade, substancialmente, está sendo praticada uma operação de venda pela pessoa jurídica em liquidação.

Por estas razões, meu voto, como principiei por dizer, é mais radical, porque, se tivesse de examinar a ação ordinária proposta pela sociedade para invalidar o lançamento fiscal, chegaria à mesma conclusão de que não houve venda realizada pela pessoa física e sim disposição de bem pela sociedade anônima em liquidação e, nesse caso, operação tributável.

Dou, pois, provimento aos recursos voluntário e de ofício para cassar a segurança.

EXTRATO DA ATA

AMS. nº 67.092 — SP. Rel.: Min. Paulo Távora. Recte.: Juízo Federal da 1ª Vara. Agte.: União Federal. Agdo.: Almadero Comercial e Administradora S.A.

Decisão: Por unanimidade de votos, deu-se provimento aos recursos para reformar a sentença e cassar a segurança, sendo que os Srs. Ministros Relator e Amarílio Benjamin ressalvaram à impetrante as vias ordinárias. Sustentaram oralmente pela agravada o Dr. Luiz Carlos Bettiol e pela Subprocuradoria-Geral da República o Dr. Gildo Corrêa Ferraz.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro *Amarílio Benjamin*.

AGRAVO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 71.415 — GB

Relator — O Exmo. Sr. Min. Moacir Catunda
Recorrente — Juiz Federal da 6ª Vara, *ex officio*
Agravante — Instituto do Açúcar e do Alcool (IAA)
Agravado — José Robalinho de Barros

EMENTA

Produção canavieira. Lei nº 4.870-65 — art. 64 e Decreto-lei nº 308/67 — art. 8º.

Contribuição destinada às cooperativas de crédito dos fornecedores de cana.

Tratando-se de encargo genérico, com vistas a melhorar a produção canavieira, incide sobre os que estiverem na posição típica, sejam ou não sócios de cooperativas de fornecedores de cana.

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

Decide a Primeira Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, em dar provimento aos recursos para cassar a segurança, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas retro, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Custas de lei.

Brasília, 5 de agosto de 1974. —
Moacir Catunda, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. Moacir Catunda (Relator): Sr. Presidente. Trata-se de recurso de ofício e agravo de petição contrapostos à sentença que concedeu o mandado de segurança impetrado, contra o ato que indeferiu o pedido do agravado, que é fornecedor de cana, de isenção do pagamento da taxa de Cr\$ 1,50, *ad valorem*, sob o preço oficial da tonelada de cana de açúcar, prevista no art. 144, do Decreto-lei nº 3.855/41, e 64 da Lei nº 4.870/65,

sob o argumento, em resumo, da compulsoriedade da exigência da contribuição, que se destina: 1º) às cooperativas de crédito de fornecedores; 2º) aos órgãos regionais específicos de representação dos mesmos, e 3º) à respectiva Federação, nos percentuais de 1% (um por cento); 0,45% (quarenta e cinco centésimos por cento) e 0,5% (cinco centésimos por cento), respectivamente, *ex vi* da norma do parágrafo único, letras a, b e c, do art. 64, da Lei nº 4.870/65.

A sentença agravada, após repelir a alegação de impropriedade do mandado, contra a lei, em tese, houve por bem concedê-lo, sob os fundamentos em resumo, de inconstitucionalidade da taxa, e, bem assim, da ilegalidade da cobrança da fração de 1%, da mesma taxa, a favor da Cooperativa de Crédito dos Plantadores de Cana de Açúcar de Pernambuco, da qual o agravado não é associado.

O agravo, reiterando a alegação de impropriedade do remédio heróico, procura, no mérito, convencer da insubsistência dos argumentos de inconstitucionalidade e ilegalidade da exigência.

Contraminado o agravo, em abono da sentença, e sustentada esta, subiram os autos, neles tendo oficiado a douta Subprocuradoria-Geral da República, pelo provimento dos recursos, nestes termos:

«A sentença merece reformada. Nada na lei induz ao decreto de sua inconstitucionalidade. Trata-se de recolhimento antigo, instituído pelo art. 144 do Decreto-lei nº 3.855, de 21-11-41, para o financiamento dos fornecedores e devido na ocasião da entrega das canas às usinas. O art. 64 da Lei nº 4.870, de 1º de dezembro de 1955, modificou o critério de incidência, para torná-lo *ad valorem*, à razão de 1,5%, sobre o preço oficial da tonelada de cana. Não se conforma o agravo com a destinação dada a essa contribuição e a sentença viu nela uma taxa sem a correspondente prestação de serviço. Como se tem entendido, pouco importa o nome dado ao tributo. Relevante a verificação de sua verdadeira natureza. A Constituição Federal admite a intervenção estatal no domínio econômico e o monopólio de determinada indústria ou atividade, nas condições que especifica (art. 163), dispondo, ainda, que, 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. Ora, as cooperativas de crédito, a manutenção dos órgãos específicos dos fornecedores e da Federação são instrumentos de que se vale o IAA para prestar serviços com vistas ao fomento da produção, dentro da política global de sua intervenção, que vai desde o plantio da cana até o con-

sumo do açúcar. Para se tornar fornecedor de cana, há mister que o interessado atenda aos requisitos da lei e se submeta às condições nela estipuladas para essa categoria de atividade agrícola. Ao destinar o percentual incidente sobre o preço da tonelada de cana aos órgãos que enumera, quis com isso proporcionar aos fornecedores meios creditícios para o exercício eficaz de sua atividade. Sua má orientação, a falta de numerários, etc., podem ter efeitos reflexos na sua quota de produção e, conseqüentemente, no fabrico do açúcar. Mune-se o IAA., portanto, dos meios enumerados no art. 164, da Lei nº 4.780, de 1-12-65, para alcançar, entre outras formas de atuação, os objetivos que colima com sua intervenção na economia açucareira. Aliás, os serviços creditícios estão postos à disposição do produtor e tanto bastaria para se vislumbrar aí o conceito de taxa, eis que esta não corresponde apenas, aos serviços efetivamente prestados, mas aos que são colocados à disposição do interessado. Nem sob esse aspecto, pois, assistiria razão à sentença recorrida que, por isso, merece ser reformada, para ser indeferida a segurança».

É o relatório.

VOTO

O Sr. Min. Moacir Catunda (Relator): Sr. Presidente. *Data venia* das longas e eruditas razões da sentença, com vistas a convencer da inconstitucionalidade do preceito do inciso a, do parágrafo único, do artigo 64, da Lei nº 4.870, de 1965, dou provimento aos recursos para, reformando a sentença, cassar a segurança.

O Decreto-lei nº 3.855/41 — artigo 144 — instituiu a taxa de um cru-

zeiro, sobre o preço oficial da tonelada de cana, destinada às cooperativas de créditos de fornecedores, aos órgãos regionais específicos de representação dos mesmos, e à respectiva Federação.

A Lei nº 4.870/65, art. 64, elevou o percentual da imposição para um e meio por cento, *ad valorem*, mantendo-lhe a destinação originária, de vitalizar as cooperativas de crédito.

Consoante a letra *a*, do parágrafo único, do art 64, um por cento da taxa destina-se ao aumento das cotas de capital, nas cooperativas de crédito de fornecedores de cana.

O impetrante não levantou a prejudicial de inconstitucionalidade. A sentença é que a suscitou, por conta própria, concluindo por aceitá-la, sob o argumento de que a exigência, não correspondendo a uma contra prestação de serviço, estará em dissídio com a norma do inc. II, do art. 18, da Constituição.

Não homologo o argumento porque o produto recolhido, ficando a disposição dos fornecedores de cana, cooperados de certo modo realiza a previsão do constituinte.

O fato do impetrante não se utilizar do crédito, por não exibir qualidade de cooperado, constitui problema diverso, que não descaracteriza a exigência, em sua conformidade com a Constituição, que é manifesta, *data venia*.

Esta, de outra parte, prevê a intervenção no domínio econômico, com vistas ao desenvolvimento de indústria ou atividade, bem como a instituição de contribuições destinadas ao custeio de serviços e encargos.

O Decreto-lei nº 308, de 28 de fevereiro de 1967, define as imposições dos arts. 36, alíneas *a* e *c*, e 64, da Lei nº 4.870/65, como encargos da produção, ao passo que as denominadas de contribuições.

Tratando-se de encargo genérico, com vistas a melhorar a produção açucareira, incide sobre os que estiverem na situação típica.

O impetrante é produtor de cana.

Sua situação é típica.

Não levanta dúvidas sobre a legitimidade da contribuição, em si, na linguagem do Decreto-lei nº 308/67, ou da taxa, consoante denominação que lhe dava a Lei nº 4.870/65, queixando-se, ele, impetrante, somente da destinação da fração da letra *a*, do parágrafo único, do art. 64, às cotas de capital das cooperativas, de que não é sócio.

Sua posição pessoal, de não cooperado, evidentemente não compromete a legitimidade da exigência, que é de natureza genérica e impessoal. A despeito do não querer do impetrante, a lei em causa vale, objetivamente.

Em face da inexistência de preceito, isentando os fornecedores de cana, não cooperados, desprocede o pedido.

Por estes motivos, dou provimento ao recurso, de acordo com o parecer da Subprocuradoria-Geral da República.

EXTRATO DA ATA

AMS. nº 71.415 — GB. Rel. Sr. Min. Moacir Catunda. Recte.: Juiz Federal da 6ª Vara. Agte.: Instituto do Açúcar e do Alcool (IAA). Agdo.: José Robalinho de Barros.

Decisão: À unanimidade, deu-se provimento aos recursos para cassar a segurança, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 5 de agosto de 1974 — 1ª Turma).

Os Srs. Mins. Peçanha Martins e Jorge Lafayette Guimarães votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Moacir Catunda.

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 73.578 — DF

Relator — O Exmo. Sr. Min. Peçanha Martins

Requerente — Adriano dos Santos Rocha

Requerido — O Exmo. Sr. Min. de Estado da Fazenda

EMENTA

Agente Fiscal de Rendas Internas, Nível 17-D, aposentado e posteriormente reclassificado como Agente Fiscal de Tributos Federais — B. Direito de reclassificação como Agente de Tributos Federais — C (Decreto-lei nº 1.024, de 1969).

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

Decide o Tribunal Federal de Recursos, em Sessão Plena, prosseguir no julgamento, após os votos dos Senhores Ministros Otto Rocha e Amarílio Benjamin concedendo o mandado e do Sr. Ministro Armando Rollemberg denegando-o, proferiu voto de desempate o Sr. Ministro-Presidente concedendo a segurança, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Custas de lei.

Brasília, 8 de novembro de 1973.
— *Esdras Gueiros*, Presidente. — *Peçanha Martins*, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. *Peçanha Martins* (Relator): Adriano dos Santos Rocha, antigo funcionário fazendário, aposentado em agosto de 1956 como Agente Fiscal do Imposto de Consumo, foi enquadrado, ou reclassificado, posteriormente, como Agente Fiscal de Rendas Internas, Nível 17-D. Advindo o Decreto-lei de nº 1.024, de outubro de 1969, que dispõe sobre retribuição de servidores do Ministério da Fazenda e, em seguida, o Decreto-lei nº 1.099, de 25 de março de 1970, dispondo sobre o mesmo assunto, obteve a sua

reclassificação como Agente Fiscal de Tributos Federais — B.

Com esta reclassificação não se conformou e recorreu, administrativamente, alegando que o seu direito, na forma do Decreto-lei nº 1.024 e respectivas tabelas, era o de ser classificado como Agente Fiscal de Tributos Federais — C, recurso que, indeferido pelo Exmo. Sr. Ministro da Fazenda, ensejou o presente mandado de segurança escudado nos referidos diplomas e em decisões proferidas, uma pela Egrégia Segunda Turma no Agravo em Mandado de Segurança nº 68.510, em que figurou como relator o eminente Ministro Jarbas Nobre, e outra do colendo Tribunal de Contas da União, em que funcionou como relator o eminente Ministro Mem de Sá.

A ilustre autoridade coatora, dentro no prazo legal, através do Departamento do Pessoal e da Procuradoria da Fazenda Nacional, prestou informações sustentando a legalidade do ato impugnado, acentuando que o impetrante obteve o que podia obter, uma vez que não contava, quando da sua aposentadoria, trinta e cinco anos de serviço, não podendo, pois, auferir proventos da classe C, a imediata e final, *ex vi* do art. 184, I e II da Lei número 1.711, de 1952. E, continuando, alude ao Ofício-Circular de nº 8, de junho de 1970, que encerrava orienta-

ção baixada para as reclassificações dos aposentados. A do impetrante obedeceu ao estabelecido na letra *d* da referida circular.

A douta Subprocuradoria-Geral da República ofereceu parecer opinando pela denegação da segurança.

É o relatório.

VOTO

O *Sr. Min. Peçanha Martins* (Relator): Como já esclarecido do relatório, o impetrante era Agente Fiscal de Rendas Internas, Nível 17-D, aposentado, e nesta situação foi classificado na letra *B* da tabela anexa ao Decreto-lei nº 1.024, de outubro de 1969, combinado com o Decreto-lei número 1.099, de 25 de março de 1970, cujo art. 2º estabelecia:

«Na aplicação do disposto no art. 1º deste Decreto-lei aos funcionários aposentados ou em disponibilidade anteriormente à vigência do Decreto-lei nº 1.024, de 21 de outubro de 1969, será feita a reclassificação dos mesmos de conformidade com o procedimento adotado nas Tabelas anexas daquele decreto-lei».

A Reclassificação pois, vale repetir, teria que ser procedida na conformidade do Decreto-lei nº 1.024, de 69, que prescrevia em o seu art. 3º:

«as séries de classes de Agente Fiscal do Imposto Aduaneiro, do Imposto de Renda e de Rendas Internas são transformadas na de Agente Fiscal de Tributos Federais, de acordo com as tabelas anexas».

Pois bem. Das referidas tabelas anexas ao Decreto-lei nº 1.024, o cargo de Agente Fiscal de Rendas Internas, *D*, o cargo em que o impetrante

estava aposentado, foi transformado no de Agente Fiscal de Tributos Federais — *C*. Diante disto, claro que líquido e certo é o direito reclamado pelo impetrante, o direito de reclassificação como aposentado no cargo de Agente Fiscal de Tributos Federais — *C*, a contar do ato que, ilegalmente, o classificou na letra *B*.

Alega-se, com o evidente intuito de confundir, que o impetrante só teria direito aos vencimentos da classe *C* caso a sua aposentadoria tivesse ocorrido com fundamento no art. 184, inc. I, do Estatuto dos Funcionários Públicos, isto é, com o vencimento ou a remuneração da classe imediatamente superior. Este assunto o impetrante, que se aposentou por contar com mais de trinta anos de serviço, não discutiu, até mesmo porque, sendo o seu pretendido direito o de reclassificação na última classe, impossível lhe seria pleitear vencimentos de uma classe imediatamente superior inexistente.

Argumenta-se, também, que a reclassificação se realizou na Classe *B* em virtude da Nota 2 constante da Tabela, que menciona que os cargos da classe *C* seriam preenchidos por merecimento absoluto, mediante prova de seleção entre todos os ocupantes das classes *A* e *B*. Esta nota se refere aos aposentados, que não podiam preencher os cargos por merecimento, nem prova de seleção. No referente aos inativos, a reclassificação teria que proceder-se, pura e simplesmente, na forma dos diplomas citados, que não aludem às notas, nem podiam aludir para determinar que o aposentado se submetesse à prova de seleção.

Concedo a segurança.

VOTO

O *Sr. Min. Jarbas Nobre*: Senhor Presidente, por repetidas vezes

tenho votado e exposto o meu ponto de vista a respeito da aplicação dos Decretos-leis ns. 1.024 e 1.099.

Tenho que o Decreto-lei nº 1.024, em sua origem, pretendeu, ao unificar as três carreiras — Agentes Fiscais do Imposto de Renda, Rendas Internas e Aduaneiros — classificar esses funcionários em três categorias: «A», «B» e «C», incluindo na classe «C» aqueles que estivessem no último degrau das carreiras aludidas.

Interposto a tabela anexa ao Decreto-lei nº 1.024 dentro desse espírito. Ocorre — e isso vem reforçar o meu ponto de vista — que o Decreto-lei nº 1.099 mandou reclassificar os agentes fiscais aposentados de acordo com a tabela. Mas nessa tabela incluíram-se notas, cuja menção não é feita no corpo do Decreto-lei.

O Decreto-lei nº 1.024 alude somente a tabelas. Ainda ontem, na Turma, dizia eu que essas notas eram de origem duvidosa — e assim continuo a pensar.

Dessa maneira foi que se criou a figura do Exame para os agentes «A» e «B» atingirem a classe «C».

Assim interpretando, ponho-me de pleno acordo com o voto do eminente Ministro Relator, para conceder a segurança.

Voto

O Sr. Min. Décio Miranda: Senhor Presidente, a hipótese do presente mandado de segurança tem semelhança com aquela que foi objeto de decisão deste Tribunal Pleno, no Mandado de Segurança nº 69.819, de que fui relator, julgado em 9 de março de 1972.

Naquele caso, proferi o seguinte voto, *verbis*: (lê).

Esta solução vingou por unanimidade. Certo, não é caso absolutamente igual, mas os princípios a aplicar são os mesmos.

No presente caso, o impetrante não quer proventos aumentados de 20%, mas quer proventos da classe «C», imediata àquela em que o apanhou a inatividade.

O Sr. Min. Peçanha Martins: Devo esclarecer a V. Exa. que ele era aposentado na letra «D» e foi reclassificado, em face da nova lei, na letra «B».

O Sr. Min. Décio Miranda: Perfeito. Ele foi aposentado na letra «B», não se conforma com isso e quer proventos da classe «C».

Ocorre, porém, que o Decreto-lei nº 1.024 estabelece tabelas, em que classifica os Agentes Fiscais antigos até a classe «B» inclusive, que é a mais alta da carreira para os Agentes Fiscais preexistentes e cria uma classe superior, superposta às preexistentes, a ser atingida por merecimento. A tabela tem duas colunas gerais: na primeira, diz «situação anterior» e na segunda, «situação nova». A situação anterior, relativa aos Agentes Fiscais, nível 18-E ou equivalente, corresponde à situação nova da classe «B».

Na situação nova, à classe «C» não corresponde nenhuma situação antiga.

Além disso, uma nota ao pé da tabela mais esclarece o problema, declarando que o nível «C» seria atingido mediante apuração de merecimento entre os Agentes Fiscais existentes. Ora, o Decreto-lei nº 1.099, mandando aplicar a tabela aos Agentes Fiscais aposentados, é claro que a mandou aplicar até o seu nível máximo de atingimento admissível independentemente de concurso.

Quando mandou aplicar a tabela, mandou aplicar também as notas que constam ao pé dessa tabela.

Assim, não é possível, *data venia*, atender ao impetrante.

Seria possível reconhecer-lhe proventos da classe «C», superior àquela em que se achava no momento da aposentadoria, se tivesse completado o requisito de 35 anos de serviço até um ano após a Constituição de 1967, o que no caso não ocorreu.

Isto posto, indefiro o mandado de segurança com a devida *venia* ao voto do eminente Relator, Sr. Ministro Peçanha Martins.

VOTO

O Sr. Min. José Néri da Silveira: Sr. Presidente. O Decreto-lei número 1.024 dispôs a respeito da reclassificação dos Agentes Fiscais em atividade. Todos os Agentes Fiscais em atividade foram reclassificados, ou na classe «A», ou na classe «B», de acordo com a situação que detinham anteriormente e na conformidade das tabelas anexas ao diploma aludido, que previram essa reclassificação. Posteriormente, foi editado o Decreto-lei nº 1.099, de 1970, segundo o qual os Agentes Fiscais já inativos tiveram prevista sua reclassificação.

O que então estabeleceu o Decreto-lei nº 1.099, em seu artigo 2º? Expressamente estabeleceu que a reclassificação dos inativos devia fazer-se de conformidade com o procedimento adotado nas tabelas anexas ao Decreto-lei nº 1.024. Nem se poderia entender diferente em face do regime constitucional, que veda dar ao inativo situação superior ao funcionário correspondente em atividade.

Qual assim o critério adotado nas tabelas anexas ao Decreto-lei nº 1.024?

Foi este: todos os Agentes Fiscais em atividade ficaram ou na classe «A», ou na classe «B». Na classe «C», ninguém foi reclassificado. O acesso à classe «C» somente se daria através de promoção pelo critério do merecimento. Dir-se-á: a adotar-se a norma do Decreto-lei nº 1.024, em relação aos inativos, nenhum destes poderia ascender à classe «C». A resposta deve ser entendida em termos. Realmente, os Agentes Fiscais que detinham na inatividade situação especial, devem merecer, na aplicação do Decreto-lei nº 1.099, reclassificação também especial. Dessa maneira, aqueles que se aposentaram com mais de 35 anos de serviço, fazendo jus aos proventos correspondentes à classe imediatamente superior, de acordo com o art. 184, I, do Estatuto; ou se ocupantes da última classe da respectiva carreira, com direito à percepção de um aumento de 20 por cento (20%), *ut* art. 184, II, do mesmo diploma legal, ao lhes ser aplicado o Decreto-lei nº 1.099, estarão intitulados às vantagens da classe «C» em alusão. A esta situação não faz jus, todavia, quem não se aposentou com trinta e cinco anos de serviço público.

Tenho, nesse sentido, como certo que o Decreto-lei nº 1.099 não mandou reclassificar os inativos de maneira diferente dos em atividade. Se tivesse feito, seria inconstitucional tal mandamento, pois não poderia tratar superiormente aos inativos, dando mais do que aquilo que a lei liberalizara aos funcionários em atividade.

Não é possível, assim, na exegese do art. 2º, do diploma referido, *data venia*, chegar à conclusão do impetrante. O art. 2º é claro ao dizer que a reclassificação dos inativos deve se fazer em conformidade com o procedimento adotado no Decreto-lei número 1.024. Se o Decreto-lei nº 1.024 mandou que todos fossem reclassifica-

dos em «A» ou «B», como se pode entender, em aplicando o Decreto-lei nº 1.024 aos inativos, que algum inativo pudesse pretender, desde logo, qualquer que fosse sua situação, só à vista do padrão em que se aposentara, ficar reclassificado na classe «C»? Só poderia, repito, receber as vantagens da classe «C» aquele inativo que tivesse se aposentado com mais de 35 anos de serviço, o que não é a situação do impetrante, segundo ouvi do Relatório e debates.

Dessa maneira, meu voto é negando o mandado de segurança.

VOTO

O Sr. Min. Jorge Lafayette Guimarães: Já proferi voto neste Tribunal, quando sustentei que a Tabela anexa ao Decreto-lei nº 1.024, com as suas notas, é parte integrante do decreto. De modo que tudo que se contém nas notas é lei, como se constasse do próprio texto do Decreto-lei. Pensando assim, como já sustentei em voto aqui proferido, acompanho o voto dos eminentes Ministros Décio Miranda e Néri da Silveira, denegando a Segurança.

EXTRATO DA ATA

MS. nº 73.578 — DF. Rel. Sr. Min. Peçanha Martins. Reqte: Adriano dos Santos Rocha Filho — Reqdo: Exmo. Sr. Ministro de Estado da Fazenda.

Decisão: após os votos dos Srs. Ministros Relator e Jarbas Nobre concedendo a segurança e dos Srs. Ministros Décio Miranda, Néri da Silveira e Jorge Lafayette Guimarães denegando-a, adiou-se o julgamento em virtude de pedido de vista do Sr. Ministro Otto Rocha, aguardando os Srs. Ministros Amarílio Benjamin e Armand do Rollemberg. Ausentes os Srs. Mi-

nistros Moacir Catunda e Henoch Reis (em 4-10-73 — T. Pleno).

Presidiu o julgamento o Sr. Min. Esdras Gueiros.

VOTO (PEDIDO DE VISTA)

O Sr. Min. Otto Rocha: Sr. Presidente. Pedi vista dos presentes autos a fim de inteirar-me da verdadeira situação do impetrante, frente à Tabela Anexa do Decreto-lei nº 1.024, de 21 de outubro de 1969, que dispôs sobre a retribuição de servidores do Ministério da Fazenda, e na qual fôra pela Impetrante classificado, em obediência aos artigos 1º e 2º do Decreto-lei nº 1.099, de 25 de março de 1970.

Com efeito, conforme se verifica dos autos, o Impetrante, antes de sua classificação como Agente Fiscal de Tributos Federais, letra «B», era Agente Fiscal de Rendas Internas, nível 17-D.

A Tabela anexa ao Decreto-lei nº 1.024, de 21 de outubro de 1969, assim classificou os cargos de Agente Fiscal de Tributos Federais: (lê a Tabela).

Verifica-se, portanto, que o Impetrante fôra classificado erroneamente na letra «B», quando na Tabela era ele contemplado com a letra «C».

Entendi, Sr. Presidente, que a Tabela Anexa do Decreto-lei nº 1.024 criou 300 cargos de Agente Fiscal de Tributos Federais, porque não existindo situação anterior e na situação nova havendo 300 cargos vagos, estes, segundo a Nota 2 «serão preenchidos por merecimento absoluto, mediante prova de seleção entre todos os ocupantes das classes «A» e «B».

Não há, por se tratar de aposentado, que se falar em prova de seleção, pois segundo os termos da Nota 2, essa prova de seleção será realiza-

da «entre todos os ocupantes das classes A e B e o aposentado não ocupa vaga alguma.

Acresce Sr. Presidente que a Administração não só laborou em equívoco quando classificou o Impetrante na letra «B».

Em verdade, segundo consta do longo despacho fls. 42/49, do Sr. Diretor de Coordenação e Legislação do Departamento de Pessoal do Ministério da Fazenda, ali se pretende que, *verbis*: «enquadrar-se, diretamente, na classe «C» os Agentes Fiscais nível 18-E, é rematado absurdo, *contra legem*, havia visto que infringiria tal proceder o próprio comando legal, contido no art. 3º do Decreto-lei nº 1.024, de 21-10-69, que determinou o enquadramento de conformidade com as Tabelas Anexas».

E, continuando: «Demais disso, cumprirá aduzir que a Nota 2 da referida Tabela estabeleceu, *in verbis*:

«Nota 2 — Os cargos da classe «C» serão preenchidos por merecimento absoluto, mediante prova de seleção entre todos os ocupantes das classes «A» e «B». Entretanto, neste mesmo despacho, em seu item V, com todas as letras se lê às fls. 43/44:

‘V — Demais disso, cumprirá observar que, pelo Ofício Circular SPF nº 8, de 17 de abril de 1970, em seus itens e e f, publicado no Boletim do Pessoal nº 496, de 20-4-70, determinou o Sr. Diretor-Geral deste Departamento que:

e — Os Agentes Fiscais aposentados com proventos aumentados de 20%, na forma do artigo 184, inciso II da Lei nº 1.711/52, terão a sua situação ajustada no inciso I, do referido artigo. Exem-

plo: um AFIR, nível 18 aposentado com proventos aumentados de 20% (art. 184, inciso II do E.F.), reclassificado como AFTF, classe «B», terá o provento correspondente à classe «C», imediatamente superior (art. 184, inciso I do E.F.).

f — Os Agentes Fiscais aposentados com proventos correspondentes à classe imediatamente superior (art. 184, inciso I do E.F., ou Lei nº 3.906, de 19-6-61) receberão o mesmo tratamento depois de feita a classificação no novo sistema. Exemplo: Um AFIR nível 16, aposentado com o provento de nível 17 (art. 184, inciso I do E.F., ou Lei 3.906/61) classificado como AFTF classe «B», terá direito ao provento da classe «C», imediatamente superior».

É ainda o mesmo Diretor quem nos conta no item VI do seu despacho, negando direito à pretensão, do impetrante:

VI — Como se observa, lograram alcançar a classe «C» da carreira de Agente Fiscal de Tributos Federais, numerosíssimo servidores, aposentados com as vantagens o art. 184, inciso I ou II da Lei nº 1.711, de 1952, em extintas séries de classes, correspondentes à classe «B» da nova carreira».

Data venia, Sr. Presidente, esta solução não estava autorizada em lei e, usando as mesmas expressões do mencionado despacho, «é rematado absurdo, *contra legem*», pois a aludida Nota 2 à Tabela Anexa ao Decreto-lei nº 1.024, segundo enfatiza o despacho em causa, é expressa:

«Os cargos da classe C serão preenchidos por merecimento abso-

luto, mediante prova de seleção entre todos os ocupantes das classes A e B».

Com a aplicação desse critério mandado adotar pelo Sr. Diretor-Geral do Departamento de Pessoal, «numerosíssimos servidores» tiveram seus decretos de aposentadorias alterados pelo Ofício-Circular SPF nº 8, de 17 de abril de 1970, em seus itens «e» e «f».

O que em verdade a Tabela Anexa ao Decreto-lei nº 1.024 nos mostra, claramente, é que o Impetrante, aposentado no cargo de Agente Fiscal de Rendas Internas 17-D, alí está contemplado na classe «C», juntamente com os antigos Agentes Fiscais do Imposto de Renda 18-E; Agentes Fiscais do Imposto de Renda 17-D; Agentes Fiscais do Imposto de Renda 16-C; Agentes Fiscais de Rendas Internas 18-E; e Agentes Fiscais de Rendas Internas 16-C.

A prova de seleção entre os ocupantes das classes A e B de que fala a Nota 2 seria, ao que nos parece, para preencher os 300 cargos vagos, criados unicamente pela Tabela, pois a Lei não criou nem reduziu cargos.

Em caso semelhante, em que também aposentados pleiteavam o mesmo direito, nos autos do Agravo de Mandado de Segurança nº 68.510, de que foi Relator o eminente Ministro Jarbas Nobre, assim concluiu ele o seu voto, após minucioso exame da Tabela Anexa ao Decreto-lei nº 1.024, de 1969:

«A regra que se terá de atender na reclassificação dos agentes fiscais aposentados antes do Decreto-lei nº 1.024 (e não antes ou depois da Lei 1.711/52, como distingue o impetrado), é a prevista nas Tabelas anexas ao referido Decreto-lei 1.024, vale dizer, para os antigos agentes fiscais de

rendas internas, Níveis 18-E, 17-D e 16-C, a categoria de agente fiscal de tributos federais letra «C».

É o que está na Lei e que a sentença agravada não reconheceu.

Em grau de recurso extraordinário, RE nº 74.350, de que foi Relator, o Exmo. Sr. Ministro Luiz Gallotti, não se conheceu do recurso, por entender que a decisão recorrida dera razoável interpretação à lei (Súmula 400), em acórdão com a seguinte ementa:

«Agentes fiscais de imposto de consumo, aposentados. Proventos. Interpretação admissível da lei. Recurso extraordinário da alínea «a» não conhecido» (Cfr DJ de 21/12/72, pág. 8.779, 1ª coluna).

Com essas considerações, Sr. Presidente, e o devido respeito aos votos divergentes já proferidos, acompanho o eminente Relator, concedendo a segurança.

É o meu voto.

VOTO

O Sr. Min. Amarílio Benjamin: Srs. Ministros, já há algumas sessões que o Tribunal começou a examinar o presente caso. Era meu desejo, uma vez que as dúvidas estabelecidas entre os eminentes Colegas são dignas de toda ponderação, examinar os autos mais detidamente, a fim de fixar minha posição. Entretanto, vou deixar de pedir vista para que esse estudo se realize. Primeiro, porque estamos próximos ao encerramento dos nossos trabalhos e, segundo, porque, pela congestão das pautas, pelo menos para mim, a vista se constitui numa grande preocupação, uma vez que fico limitado

pelos meus nobres Colegas, na direção dos trabalhos, a pronunciar o meu voto, de acordo com a preferência das pautas e outros processos.

Não quero retardar a decisão da controvérsia e, por isso, vou proferir meu voto, de acordo com o que entendi e seguindo a orientação dentro da qual, uma ou duas vezes, já me manifestei. O impetrante requer o mandado de segurança, pretendendo sua classificação no padrão mais alto da nova carreira de Agente de Tributos Federais, uma vez que estava aposentado e foi reclassificado, segundo disposição do Decreto-lei nº 1.099 combinado com o Decreto-lei nº 1.024, em cargo que a seu ver não lhe corresponde. O Decreto-lei nº 1.024 estabeleceu os padrões correspondentes a *a*, *b* e *c* e indicou nas respectivas tabelas o número de cargos de cada classe.

Determinou a lei que os cargos do último padrão fossem preenchidos na base de merecimento.

Todavia, notas apostas às respectivas tabelas disciplinaram como se deveria fazer a classificação no último posto, exigindo espécie de seleção ou exame de suficiência.

Eminentes colegas sustentam que essas notas nada valem, porque a lei a elas não se referiu.

Para o ponto-de-vista em que me vou colocar, podia dispensar-me de examinar o valor das notas. Entretanto, enfrento o detalhe: salvo demonstração inequívoca de que as *notas* da tabela foram colocadas posteriormente ou artificialmente na redação ou publicação da lei, não podemos deixar de acolhê-las como integrantes da proposição. Há de se observar, portanto, o que diz a tabela e o que dizem as notas.

Também, nas divergências estabelecidas no debate, surgiu a restrição

ao impetrante e outros nas suas condições, por não terem 35 anos e não estarem situados naquela disposição especial do Estatuto, em que se concede aposentadoria e promoção a posto superior, por haverem os servidores completado o tempo máximo de serviço, ou mais 20%. Segundo a interpretação oficial, tal situação ficou reservada para esses casos.

Não obstante, realmente, não se trata, de referência ao suplicante de tal hipótese, isto é, de funcionário com 35 anos, que tenha direito à promoção na aposentadoria ou a mais 20%.

No caso, tem-se em vista um funcionário comum, que exercia a fiscalização, foi aposentado e, em virtude do Decreto-lei nº 1.099 deve ser reclassificado, de acordo com as tabelas.

Pergunta-se: em relação aos aposentados, as notas têm aplicação? A minha resposta é pela negativa. Relativamente, aos aposentados, a administração tem que adotar critério racional adequado à compreensão da lei, principalmente porque, quanto a eles a Administração não pode convocá-los à prova de suficiência ou demonstração de merecimento.

Tenho, portanto, de referência a aposentados, que a nova classificação se há de fazer, observando-se a classificação que anteriormente dispunham no cargo e quadro a que pertenciam.

Ora, diante disso, em face das alegações do impetrante e das informações, que não lhe restringem o direito, senão de acordo com as interpretações expostas, que, porém, julgo eu, não são aplicáveis ao caso, o meu voto, dentro do entendimento a que cheguei da matéria, é também para conceder a segurança. Poderia conceder, em parte, para que a Administração examinasse, de acordo com a classificação anterior, se competia ou não ao impetrante o último posto na nova série

que o Decreto-lei nº 1.024 estabeleceu. Deixo, porém, de fixar essa fórmula de julgamento, porque, a meu ver, afastadas as restrições que não se aplicam aos aposentados e foram as únicas argüidas, o impetrante tem direito de se classificar na letra «C».

É o meu voto.

ESCLARECIMENTO DE VOTO

O Sr. Min. Décio Miranda: Sr. Presidente, apenas queria esclarecer dois pontos.

O primeiro refere-se à alusão, que ora se faz, aos numerosíssimos fiscais que vieram, afinal, a ficar aposentados na classe «C», última. Isso ocorreu porque, havendo completado 35 anos de serviço no prazo admitido pela Constituição de 1967, teriam direito a uma classe superior à última em que deveriam ser aposentados. Não é o caso do impetrante, cuja petição inicial do mandado de segurança é explícita, ao dizer que teria ele direito a vencimentos integrais, *verbis*: «por contar, então, mais de 30 anos de serviço efetivo», fls. 2 médio. Logo, não é possível colocá-lo na mesma situação em que se colocam aqueles que, valendo-se da regra do artigo pertinente da Constituição de 1967, tivessem completado, ou viessem a completar dentro de um ano, os requisitos para serem aposentados com as vantagens da lei anterior.

O outro ponto concerne ao AMS nº 68.510. Concorri com voto de adesão para esse acórdão, porém, mais tarde, revi a minha posição e, na verdade, esse acórdão não trata de espécie idêntica, mas do agente fiscal que tivesse sido aposentado antes do Estatuto. É certo que as considerações feitas a propósito pelo Relator serviriam para uma e outra hipóteses. Esse acórdão, é certo ainda, foi confirmado

pelo Supremo Tribunal Federal, mas em julgamento de uma de suas Egrégias Turmas, no qual apenas se teve como «admissível» a interpretação dada, sem se afirmar que fosse a melhor. Admissível a interpretação, não era caso de recurso extraordinário.

A meu ver, este Tribunal deve propender para a melhor interpretação, que, em outros casos, temos adotado.

Era o que tinha a dizer, apenas para recordar a natureza do problema e para justificar o voto que proferi na sessão em que pediu vista o eminente Sr. Ministro Otto Rocha, que ora traz o seu voto.

ESCLARECIMENTO DE VOTO

O Sr. Min. Jarbas Nobre: Fui Relator no Agravo em Mandado de Segurança citado nesta assentada e, nessa oportunidade, apliquei a reclassificação prevista pelo Decreto-lei número 1.024, tendo em vista exatamente a tabela, da qual bem me recordo.

Ratifico o voto então proferido.

Dou importância à tabela, mas não às notas, porque tenho dúvidas sobre a sua legitimidade.

No corpo do Decreto-lei nº 1.024 não se faz alusão, em ponto algum, a notas às tabelas. Refere-se exclusivamente a estas.

De acordo com o que está na tabela, Agentes Fiscais de Rendas Internas, 16-C, 17-D, e 18-E, foram classificados na letra «C».

Foi através de notas que se instituiu o exame a que podiam concorrer os Agentes Fiscais enquadrados nas letras A e B.

A série de classes do impetrante, pela tabela, é a correspondente a letra C.

Era o que tinha a esclarecer.

ESCLARECIMENTO DE VOTO

O Sr. Min. Otto Rocha: A interpretação e o fundamento do meu voto foram somente frente à tabela publicada e às suas notas. Verificando a tabela, entendi que o impetrante está incluído na classe «C».

VOTO (DESEMPATE)

O Sr. Min. Esdras Gueiros (Presidente): Cabendo-me desempatar, faço-o desde logo, aderindo aos votos dos eminentes Ministros que concederam a segurança, a começar pelo eminente Sr. Ministro Relator, eis que já tem sido este o meu pensamento na Terceira Turma, em casos semelhantes.

Concedo a segurança.

EXTRATO DA ATA

MS. nº 73.578 — DF. Rel. Sr. Min. Peçanha Martins. Reqte: Adriano dos Santos Rocha. Reqdo: Exmo. Sr. Ministro de Estado da Fazenda.

Decisão: Prosseguindo-se no julgamento, após os votos dos Srs. Ministros Otto Rocha e Amarílio Benjamin concedendo o mandado e do Sr. Ministro Armando Rollemberg denegando-o, preferiu voto de desempate o Sr. Ministro Presidente concedendo a segurança (em 8-11-73 — T. Pleno).

Os Srs. Ministros Jarbas Nobre, Otto Rocha, Amarílio Benjamin e Esdras Gueiros (desempatando) votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Esdras Gueiros.

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 74.449 — RS

Relator	— O Exmo. Sr. Min. Moacir Catunda
Relator Designado	— O Exmo. Sr. Min. José Néri da Silveira
Requerente	— SUNAMAM
Requerido	— Juiz-Presidente da Junta de Conciliação e Julgamento de Rio Grande

EMENTA

Mandado de segurança.

Não é o Tribunal Federal de Recursos competente para julgar originariamente mandado de segurança contra decisões, em matéria trabalhista, de Juiz do Trabalho ou de Junta de Conciliação e Julgamento, que não se enquadram no art. 122, I, letra c, da Constituição. Quando esse dispositivo se refere a Juiz Federal, cumpre entender Juiz Federal de Primeira Instância previsto no art. 123 e parágrafo único, da Constituição, e não qualquer outro magistrado federal de primeiro grau.

Aos Tribunais Regionais do Trabalho compete o julgamento de segurança, em matéria trabalhista, conforme o art. 678, da CLT, com as modificações provenientes das Leis n.ºs 5.442-68 e 5.859-72.

Não conhecimento do mandado de segurança, determinando-se a remessa dos autos ao Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região.

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

Decide o Tribunal Federal de Recursos, em Sessão Plenária, por maioria, não conhecer do mandado de seguran-

ça, por incompetência deste Tribunal, determinando-se a remessa dos autos ao Tribunal Regional do Trabalho do Rio Grande do Sul, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Custas de lei.

Brasília, 11 de junho de 1974. — *Esdras Gueiros*, Presidente; *José Néri da Silveira*, Relator designado.

RELATÓRIO

O Sr. *Min. Moacir Catunda* (Relator): Senhor Presidente. Trata-se de mandado de segurança impetrado pela Superintendência Nacional da Marinha Mercante — SUNAMAM — autarquia Federal, contra despacho da douta Juíza Presidente da Junta de Conciliação e Julgamento de Rio Grande, que indeferiu os pedidos de intervenção da impetrante, como assistente, equiparado a litisconsorte, nas reclamações trabalhistas ajuizadas por numerosos conferentes e consertadores de cargas e descargas, contra diversas agências de navegação, e de declinação da competência, para a Justiça Federal do Rio Grande do Sul, com apoio no art. 125, I, da Constituição.

Alega a impetrante, em resumo, que, através das reclamações, o que pretendem os reclamantes é «decretar a nulidade ou tornar ineficaz ato administrativo da impetrante, a quem compete fixar percentuais de aumento ou reajustamento para os trabalhadores da orla marítima, na forma do Decreto nº 67.992, de 30-12-70, que determinou a mudança do critério em discussão, eis que as recdas. limitaram-se a cumprir tais mandamentos legais, baixados por quem de direito.»

É mais: que a «impetrante sequer foi chamada a integrar a lide, ferindo frontalmente princípio básico de direito processual, pelo qual a sentença não

pode produzir efeito senão entre as partes que compõem a demanda. Isto ocorreria no caso concreto, se a decisão da Junta impetrada apreciasse a legitimidade de ato privativo de terceiro não convocado ao processo.»

E conclui pedindo que se lhe defira medida liminar de sobrestamento das reclamações, e, afinal, que, com a concessão da segurança, decrete-se «a ilegalidade do despacho de fl. 217 da Reclamação Trabalhista n.ºs 362 a 458, de 1973, em curso na Junta de Conciliação e Julgamento de Rio Grande, com a conseqüente nulidade de todos os atos praticados nos processos em questão.»

O despacho impugnado, em sua parte dispositiva, é que:

«Sendo, assim, embora ficando entranhadas nos autos as petições, indefiro os pedidos de serem reconhecidos como litisconsortes os requerentes, e, conseqüentemente, da remessa dos autos à JF.»

O pedido, que foi ajuizado nas férias do Tribunal, veio instruído com os documentos de fls. a fls. Distribuído o processo, sucedeu que a impetrante reiterou o pedido de garantia liminar, que indeferi, com este despacho: (lê fl. 28).

Ao pedido de informações a autoridade impetrada remeteu as que se lêem nas fls. 30 e seguintes, instruídas com cópias das petições da impetrante e da União Federal, manifestando seu interesse nas reclamações, fl. 52; das impugnações dos reclamantes; de despachos, e da sentença com a qual o impetrado rejeitou a exceção de incompetência e as preliminares de ilegitimidade *ad causam* e *ad processum* dos reclamantes, fl. 70.

A douta 4ª Subprocuradoria-Geral da República, em parecer da lavra do

Professor Henrique Fonseca de Araújo, após citar jurisprudência, opina pela concessão da segurança, para que a impetrante fique nas causas, como assistente das reclamadas, sem deslocamento do processo, para a Justiça Federal.

É o relatório.

VOTO (VENCIDO)

O Sr. Min. Moacir Catunda (Relator): Senhor Presidente. Conforme se apura do relatório, o mandado de segurança foi impetrado com vistas à obtenção do ingresso da impetrante, como assistente, nas reclamatórias trabalhistas, e à decretação de nulidade dos respectivos processos, por incompetência da Junta de Conciliação e Julgamento, com a consequência da remessa dos mesmos à Justiça Federal.

A matéria nuclear da causa, desse modo, versa sobre competência. Além do tema da competência residem nos autos das reclamatórias as preliminares de ilegitimidade *ad causam* e *ad processum*, e, bem assim, a matéria da admissão da impetrante como assistente. Esses temas, todos eles, foram examinados e decididos antes da prolação do despacho impugnado, por sentença da Colenda Junta, que indeferiu a exceção de incompetência, oposta pelas companhias reclamadas. O despacho de indeferimento do pedido de assistência, do interesse da reclamada, desse modo é mero desdobramento das decisões anteriores, sobre o assunto, só que suscitado pelas reclamadas, antes, vinculando-se, assim, dito despacho, para efeito de recursos, àquelas decisões.

Prescreve a C.L.T. que, das decisões sobre exceção de incompetência, salvo se terminativas do feito, não caberá recurso, podendo, no entanto, a parte alegá-la novamente no recurso que couber da decisão final. As demais

exceções serão alegadas como matéria de defesa, também passíveis de reexame, no recurso que se interpuser da decisão final.

À vista do exposto, e considerando a norma pela qual não se dará mandado de segurança quando se tratar de despacho ou decisão judicial atacável por recurso previsto nas leis processuais, entendo que o conhecimento do pedido afrontará norma legal expressa: Lei nº 1.533-51, art. 5º, II.

No tocante ao pedido de assistência, instituto de que o processo judiciário do trabalho não se ocupa, parecendo remeter-se ao processo comum, *ex vi* do art. 769, da CLT, sou porque admitirá solução idêntica à da matéria competencial, por isso que o Código de Processo Civil de 1939 admitia recurso de decisão que tal, e o de 1973 também o consigna.

Ao Tribunal Federal de Recursos compete processar e julgar mandado de segurança contra ato de Juiz Federal, Constituição, art. 122, I, *c. in fine*, falecendo-lhe, assim, poderes de julgar mandado de segurança contra decisão do juiz pertencente a outra justiça.

É certo que a Consolidação das Leis do Trabalho, no art. 678, I, *b*, nº 3, atribui ao Tribunal Regional do Trabalho competência para julgar mandado de segurança contra ato de Junta de Conciliação e Julgamento, mas, na hipótese, em que impetrante é a SUDAM, autarquia federal, parece não se justificar a remessa do processo ao Tribunal Regional que tenha jurisdição sobre o juiz autor do ato impugnado.

No tocante à indicação do parecer da Subprocuradoria-Geral da República, no sentido da concessão da segurança, em parte, para que a impetrante seja admitida como litisconsorte, nas reclamatórias, sem deslocamento dos processos, para a competência da Justi-

ça Federal, isto com apoio na construção do STF — no AI nº 27.421 (DJ de 8-4-68), o voto a desacolhe, *data venia*, em primeiro lugar porque a solução não corresponderá à anulação dos processos, com a subsequente remessa dele à Justiça Federal, postulada pela impetrante.

No AI nº 27.421, tendo a União intervindo na causa proposta contra a NOVACAP, houve para bem o STF aplicar a Súmula 250, determinando o julgamento do recurso pelo TFR. A hipótese, aqui, é diversa, por isso que interveniente nas reclamatórias, para os efeitos do mandado, é uma autarquia federal, entidade a cujo ato de intervenção na causa o constituinte não atribuiu o efeito de deslocar competência para a Justiça Federal, nas duas instâncias. Constituição, art. 125, § 2º.

Em segundo lugar, porque as leis de processo, fornecendo recursos específicos ao exame do caso, indicam a impropriedade do mandado de segurança, para solucioná-lo.

Pelos motivos expostos, o voto não toma conhecimento do pedido.

VOTO (VENCIDO)

O Sr. Min. Henoch Reis: Senhor Presidente, apesar de o ilustre advogado da impetrante ser meu amigo de longa data, sinto-me inteiramente à vontade para negar a segurança, acompanhando o eminente Ministro Relator.

VOTO

O Sr. Min. José Néri da Silveira: Senhor Presidente. Ponho ao Tribunal questão que me parece de natureza preliminar e prejudicial, se acolhida, ao exame que vem de ser feito no voto do ilustre Ministro Relator. Refiro-me à incompetência do Tribunal Federal de Recursos para conhecer do presente mandado de segurança.

De acordo com o art. 122, I, alínea c, da Constituição, compete ao Tribunal Federal de Recursos processar e julgar, originariamente, mandados de segurança contra atos de Ministro de Estado, do Presidente do próprio Tribunal, ou de suas Câmaras ou Turmas, do responsável pela Direção-Geral da Polícia Federal, ou de Juiz Federal.

É assente a jurisprudência desta Corte, manifestada em diversos julgamentos a propósito da matéria, segundo a qual, na fórmula Juiz Federal, constante da alínea c, do inciso I, do art. 122 da Constituição, só se compreende o Juiz Federal de 1ª Instância previsto no art. 123 da Constituição, com as atribuições definidas nos artigos 125 e 110 da Lei Magna. Aí não se prevêem os atos de outros juizes, embora integrantes do Poder Judiciário da União, que não sejam os juizes federais, *ut* art. 123 da Constituição. Dessa sorte, ao Tribunal Federal de Recursos não cabe originariamente conhecer de decisões em matéria trabalhista, tal como aqui sucede, proferidas por Juizes do Trabalho ou Juntas de Conciliação e Julgamento, todos Juizes de Primeiro Grau da Justiça Especializada.

De outra parte, estando previsto o mandado de segurança em matéria trabalhista, de acordo com a modificação da Consolidação das Leis do Trabalho, introduzida pela Lei nº 5.859, de 5 de dezembro de 1972, e, já anteriormente, pela Lei nº 5.442, de 1968, estipula-se, na redação atual do art. 678 da CLT, o seguinte, *verbis*:

«Art. 678. Aos Tribunais Regionais, quando divididos em Turmas, compete:

I — ao Tribunal Pleno, especialmente:

a) processar, conciliar e julgar originariamente os dissídios coletivos;

b) processar e julgar originariamente:

1) as revisões de sentenças normativas;

2) a extensão das decisões proferidas em dissídios coletivos;

3) os mandados de segurança;

4) as impugnações à investidura de vogais e seus suplentes nas Juntas de Conciliação e Julgamento;

c) processar e julgar em última instância:

1) os recursos das multas impostas pelas Turmas;

2) as ações rescisórias das decisões das Juntas de Conciliação e Julgamento, dos juizes de direito investidos na jurisdição trabalhista, das Turmas e de seus próprios acórdãos;

3) os conflitos de jurisdição entre as suas Turmas, os juizes de direito investidos na jurisdição trabalhista, as Juntas de Conciliação e Julgamento, ou entre aqueles e estas;

d) julgar em única ou última instância:

1) os processos e os recursos de natureza administrativa atinentes aos seus serviços auxiliares e respectivos servidores;

2) as reclamações contra atos administrativos de seu presidente ou de qualquer de seus membros, assim como dos juizes de primeira instância e de seus funcionários.

II — às Turmas:

a) julgar os recursos ordinários previstos no art. 895, alínea a;

b) julgar os agravos de petição e de instrumento, estes de decisões denegatórias de recursos de sua alçada;

c) impor multas e demais penalidades relativas a atos de sua competência jurisdicional, e julgar os recursos interpostos das decisões das Juntas e dos Juizes de direito que as impuserem.

Parágrafo único. Das decisões das Turmas não caberá recurso para o Tribunal Pleno, exceto no caso do item I, alínea e, inciso I, deste artigo (286)».

Está, portanto, expressamente definida a competência originária dos Tribunais Regionais do Trabalho para o processo e julgamento dos mandados de segurança contra atos de autoridades judiciárias trabalhistas de primeiro grau.

Compreendo que o caso concreto é desta natureza.

O Presidente da Junta de Conciliação e Julgamento de Rio Grande, diante do pedido de intervenção em reclamatória trabalhista, portanto matéria trabalhista, feito por uma autarquia, indeferiu essa intervenção, pelos fundamentos postos na decisão impugnada.

Entendo que, se recurso coubesse, e em algumas situações cabe, como bem anotou o Senhor Ministro Relator, este seria para o Tribunal Regional do Trabalho. Não cabendo recurso, é hipótese de atacar o ato judicial por via de mandado de segurança. Qual, entretanto, o tribunal competente? É o Tribunal Regional do Trabalho, que detém a competência recursal também quanto aos atos desses mesmos Juizes do Trabalho.

Não há outra hipótese, além da construção feita pelo Supremo Tribu-

nal Federal e consolidada na Súmula 511, de competência, em matéria de mandado de segurança, que não se defina senão a partir da natureza da autoridade coatora. Portanto, o princípio aqui invocável é este: competente para apreciar o ato de autoridade judiciária coatora há de ser aquele tribunal que tiver jurisdição sobre dita autoridade.

O Tribunal Federal de Recursos não tem jurisdição sobre Juizes do Trabalho. A sua competência em matéria trabalhista decorre do art. 110 da Constituição. Portanto, quando, em matéria trabalhista, o Juiz Federal adotar decisão semelhante à de que se queixa o ora peticionário, aí sim, é hipótese de, pela via própria, este Tribunal conhecer da questão.

Mas, em se tratando de reclamação trabalhista, do âmbito da Justiça do Trabalho, não compreendida no artigo 110, da Lei Maior, não há falar em competência deste Tribunal para conhecer de qualquer incidente nessa reclamação trabalhista, mesmo no que concerne à intervenção da União Federal, se fosse pedida.

O próprio Tribunal, a propósito da Súmula 511, tem-se dividido. Há uma corrente que sustenta o princípio de que, se a autoridade é local, a competência, em matéria de mandado de segurança, é do juiz local, ainda que impetrante seja uma autarquia federal, como aqui sucede. Portanto, com maioria de razão, existindo competência expressamente definida, para conhecer do mandado de segurança contra decisões das Juntas de Conciliação e Julgamento e não havendo como de logo também capitular no art. 122, inciso I, alínea c, essa competência, quanto ao Tribunal Federal de Recursos, estou em que não se deve conhecer do mandado de segurança por incompetente esta Corte, cumprindo, em de-

corrência, determinar a remessa dos autos ao egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, em Porto Alegre.

Essa a questão a que me referi, inicialmente, como preliminar, que possui maior extensão do que o não conhecimento, como proposto no voto do ilustre Relator, que entende que o Tribunal seria, em princípio, competente para conhecer da matéria, só não o fazendo, no caso concreto, pelas razões que deduziu em seu minucioso voto.

VOTO

O Sr. Min. Jarbas Nobre: Senhor Presidente, não conheço do mandado, pelos fundamentos expostos no voto do Senhor Min. José Néri da Silveira.

VOTO

O Sr. Min. Paulo Távora: A competência em mandado de segurança se fixa *ratione personae* da autoridade requerida. Nessas condições, sendo o ato impetrado de Juiz do Trabalho, que não está jurisdicionado ao Tribunal de Recursos, e sim ao Tribunal Regional do Trabalho, a competência cabe ao segundo grau da jurisdição trabalhista.

Não me parece, outrossim, que a Súmula 511 tenha pertinência com o caso dos autos. Embora faça referência a autarquia federal, que é a condição da SUNAMAM, a Súmula cuida das causas entre autarquias federais e entidades públicas locais. Ora, o Juiz do Trabalho não é entidade pública local, mas órgão do Poder Judiciário da União.

Por esses fundamentos, e pelos aduzidos nos votos dos Senhores Ministros Néri da Silveira e Jorge Lafayette, com a vênia do Senhor Ministro Moacir Catunda, julgo incompetente esta Corte e voto pela remessa

dos autos ao Egrégio Tribunal Regional do Trabalho em Porto Alegre.

VOTO

O Sr. Min. Jorge Lafayette Guimarães: Senhor Presidente, meu voto é pela incompetência do Tribunal para conhecer do mandado porque coator é um juiz da Justiça do Trabalho, além de que a pretendida intervenção da União Federal, no processo trabalhista, segundo tenho sustentado, jamais deslocaria o feito para a Justiça Federal, uma vez que o art. 125, nº I da Constituição, funciona como limite à competência da Justiça Estadual, nunca das outras justiças federais especializadas.

Se assim não fosse, o art. 110 da Constituição seria inteiramente inútil, uma vez que o art. 125, nº I, já cobriria a matéria, pois nas relações de trabalho entre a União e seus servidores, evidentemente a União será parte. Então, não haveria necessidade do preceito do art. 110, o que demonstra que, quando se trata de competência de justiça especializada, não cabe invocação àquele dispositivo.

O art. 110 da Constituição, por sua vez, não cogita da assistência, deslocando a competência para a Justiça Federal.

Não conheço, assim, do mandado de segurança, e determino a remessa dos autos à Justiça do Trabalho.

VOTO

O Sr. Min. Otto Rocha: Senhor Presidente, *data venia* do eminente Ministro Relator, também não conheço do mandado, pelos fundamentos expendidos no voto do eminente Min. Néri da Silveira.

VOTO

O Sr. Min. Amarílio Benjamin: Senhor Presidente, não conheço do mandado, *data venia*, nos termos do Senhor Min. Néri da Silveira.

VOTO

O Sr. Min. Sebastião Reis: Senhor Presidente, *data venia* do Senhor Ministro Relator, acompanho o voto do Senhor Min. José Néri da Silveira.

EXTRATO DA ATA

MS. nº 74.449 — RS. Rel.: Senhor Min. Moacir Catunda. Reqte.: Superintendência Nacional da Marinha Mercante. Reqdo.: MM. Dr. Juiz-Presidente da Junta de Conciliação e Julgamento do Rio Grande do Sul.

Decisão: Por maioria, não se conheceu do mandado de segurança, por incompetência deste Tribunal, determinando-se a remessa dos autos ao Tribunal Regional do Trabalho do Rio Grande do Sul, vencidos os Senhores Ministros Relator, Henoch Reis, Peçanha Martins e Décio Miranda, que não conheciam por outro fundamento (em 11 de junho de 1974 — T. Pleno). Designado Relator do acórdão o Senhor Min. José Néri da Silveira.

Os Srs. Mins. Jarbas Nobre, Lafayette Guimarães, Paulo Távora, Otto Rocha, Sebastião Reis e Amarílio Benjamin votaram com o Sr. Min. Néri da Silveira. Não compareceram, por motivo justificado, os Senhores Mins. Márcio Ribeiro e Armando Rollemberg. Presidiu ao julgamento o Senhor Min. Esdras Gueiros.

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 74.585 — DF

Relator — O Exmo. Sr. Min. José Néri da Silveira.
Requerente — Jeronymo Pinheiro de Castilho
Requerido — Exmo. Sr. Ministro de Estado do Trabalho e Previdência Social.

EMENTA

SASSE.

Aposentadoria de economiário.
Secretário-Geral, efetivo, da CEF.

Pretensão de proventos correspondentes a vencimentos e vantagens do cargo de Presidente da então Caixa Econômica Federal do Rio de Janeiro, invocando-se, para tanto, o art. 180, letra *b*, § 1º, da Lei nº 1.711, de 28-10-1952.

Mandado de segurança de que não se toma conhecimento *ut* art. 18 da Lei nº 1533, de 1951.

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

Decide o Tribunal Federal de Recursos, em Sessão Plena, por maioria, em não tomar conhecimento do pedido, não tomar conhecimento do pedido, ficas precedentes, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Custas de lei.

Brasília, 2 de maio de 1974. — *Márcio Ribeiro*, Presidente; *José Néri da Silveira*, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. José Néri da Silveira (Relator): Jeronymo Pinheiro de Castilho, funcionário autárquico federal aposentado, com domicílio no Rio de Janeiro, impetra mandado de segurança contra ato do Exmo. Sr. Ministro do Trabalho e Previdência Social, «para o fim de, reformado o despacho ministerial contra o qual se investe, seja restaurada a resolução da Comissão Deliberativa do SASSE e determinada a revisão de sua aposentadoria para que, nos exatos termos do art. 180, letra *b*, § 1º, da Lei nº 1.711, de 28 de outubro de 1952, seus proventos correspon-

dam aos vencimentos e vantagens do cargo de Presidente da Caixa Econômica Federal do Rio de Janeiro, incidindo a prescrição quinquenal sobre as parcelas atrasadas, contada retrooperantemente a partir da data de petição de fls. 131, que é o Documento nº 3 anexo».

Deduz os fatos e fundamentos do pedido, às fls. 1/14. Esclarece que era titular do cargo isolado de Secretário Geral desde 4-9-1936 e exercia o lugar em comissão de Presidente da Caixa Econômica Federal do Rio de Janeiro, quando, a 8-10-1964, foi demitido. Requereu, a 13 do mesmo mês, aposentadoria, no SASSE, a qual lhe foi concedida no cargo de Secretário Geral, a 27-11-1964. Alega que, em fevereiro de 1971, pleiteou tivesse sua aposentadoria assento no art. 179, do Estatuto, o que lhe foi indeferido, sob fundamento de se haver aposentado como segurado facultativo e, assim, à vista do art. 5º, da Lei nº 4.518, de 2-12-1964, seus proventos não poderiam ultrapassar o nível 1-C. Esclarece, a seguir, que, em grau de recurso, entretanto, a Comissão Deliberativa do SASSE, em sessão de 12-10-1971, deu provimento a seu apelo para determinar a

revisão da aposentadoria, «a fim de que, nos termos do art. 180, letra *b*, § 1º, da Lei nº 1.711, de 28-10-1952, seus proventos correspondam aos vencimentos da atividade do cargo de Presidente da Caixa Econômica Federal do Rio de Janeiro». Indo, todavia, o processo à autoridade impetrada, em atenção também ao que decidira, na mesma oportunidade, a Comissão Deliberativa, eis que, por despacho de 27-3-1972, «deixou o Alto Titular de aprovar dita Resolução, reformando-a, pela preliminar de prescrição, ou textualmente, «face ao decurso do prazo de prescrição previsto na legislação aplicável, não havendo como invocar, na espécie, o disposto na Lei Orgânica da Previdência Social» (*sic*).

Aduz, ainda, o impetrante que, de ofício, ao conhecer desse despacho, a própria Comissão Deliberativa do SASSE solicitou à autoridade ministerial seu reexame. Por novo despacho, de 26-6-1973, o Sr. Ministro do Trabalho e Previdência Social manteve a denegação anterior, por seus próprios fundamentos, após ouvir o Dr. Consultor Jurídico do MTPS.

No que concerne aos aspectos jurídicos da controvérsia, sustenta a inaplicabilidade a seu caso do art. 9º, da Lei nº 4.518, de 2-12-64, que limita o provento da aposentadoria ao máximo da retribuição correspondente ao símbolo 1-C, sendo, porém, de disciplinar-se seu *status* de inativo, com base no art. 180, *b*, e § 1º, da Lei nº 1.711, de 1952, por contar mais de 35 anos de serviço à Caixa Econômica Federal referida, havendo exercido cargo em comissão por mais de dez anos, sendo o de maior hierarquia o de Presidente da entidade autárquica em apreço. Sustenta, de outra parte, que, a teor da Lei nº 3.149, de 21-5-1957, art. 8º, § 1º, *a*, sua aposentadoria, no SASSE, há de dar-se nas mesmas bases concedidas aos funcionários públicos federais.

Discorrendo em torno da questão prescricional argüida no despacho, que impugna, sustenta o impetrante somente caber invocar tal, quanto às prestações vencidas há mais de cinco anos, não, porém, no que concerne ao direito à aposentadoria. «O fundo do direito à pensão de aposentadoria, alimentícia, não prescreve», é o que sustenta, referindo doutrina e jurisprudência.

Alude ainda à norma do art. 57 da LOPS, segundo a qual

«Não prescreverá o direito ao benefício, mas prescreverão as prestações respectivas não reclamadas no prazo de 5 anos, a contar da data em que forem devidas», que alega aplicar-se, também, ao sistema do SASSE, embora disciplinada por legislação específica (Lei número 3.149, de 21-5-1957).

As informações ministeriais estão instruídas com parecer do dr. Consultor Jurídico do MTPS (fls. 75/85). Argüi-se, aí, preliminarmente, a extinção do direito de requerer mandado de segurança contra o ato do Sr. Ministro do Trabalho e Previdência Social que indeferiu o requerimento do impetrante, antes com parecer favorável, por maioria de votos, da Comissão Deliberativa do SASSE. O despacho foi publicado no *DOU* de 11-4-1972. Nele foi reformada a aludida decisão do C.D. do SASSE, «face ao decurso do prazo de prescrição previsto na legislação aplicável, não havendo como invocar, na espécie, o disposto na Lei Orgânica da Previdência Social», revigorando-se, outrossim, «a decisão denegatória do Sr. Presidente do SASSE, constante de fls. 144» (*sic*). Esclarece-se, ademais, que, após nove meses desse despacho ministerial, é que a Comissão Deliberativa pediu ao Ministro reexame da decisão anterior, «para observância normativa, como se diz no pronunciamento do membro do referido Colegiado que deu azo à nova iniciativa»

(sic). Manteve, entretanto, a autoridade coatora o entendimento anterior.

No mérito, o parecer do Sr. Consultor Jurídico do Ministério encaminhado com as informações da autoridade examina o pedido do impetrante, para mostrar a inviabilidade de se aplicar, em seu favor, o art. 179, da Lei nº 1.711/1952, sustentando não ser possível considerar como serviço qualificado qual relevante aquele prestado por quem veio a ser demitido do cargo, tal como aconteceu com o peticionário. No que concerne à prescrição, reiteram as informações os fundamentos do despacho impugnado (fls. 82/84).

A douta Subprocuradoria-Geral da República opinou preliminarmente pelo não conhecimento do mandado de segurança, acolhendo a arguição de decadência do direito de pedi-lo posta nas informações. No mérito, pronunciou-se pelo indeferimento, em virtude da ocorrência da prescrição quinquenal, a partir da data do ato de aposentadoria do impetrante, até a de sua súplica para que viesse a ser revisada e modificada. Ainda, quanto ao mérito, mesmo afastando a *quaestio juris* da prescrição, a douta Subprocuradoria Geral da República sustenta inexistir direito do requerente ao que pretende.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Min. José Néri da Silveira (Relator): Era o impetrante, em 1964, titular, em caráter efetivo, do cargo de Secretário Geral da Caixa Econômica Federal do Rio de Janeiro, encontrando-se, outrossim, como um dos Diretores da entidade, na Presidência da então Autarquia. Foi demitido, por decreto publicado no D.O. de 8-10-1964, do Presidente da República, com base no Ato Institucional nº 1, do mesmo ano. Pediu, então, sua aposentadoria, por tempo de serviço, no SASSE, a

qual lhe foi concedida, com referência ao cargo de Secretário-Geral da Caixa Econômica Federal do Rio de Janeiro, símbolo 1-C, pelo Ato nº 78, do Delegado Regional do SASSE, na Guanabara, datado de 27-11-1964, «de acordo com o art. 8º, § 1º, letra a, da Lei nº 3.149, de 21 de maio de 1957 e art. 19, combinado com o art. 23, alínea c, do Regulamento baixado com o Decreto nº 43.913, de 19 de junho de 1958, e art. 8º, letra a, da Lei número 3.149, de 21 de maio de 1957» (fls. 19).

Pois bem, consoante a própria inicial, a 8-2-1971, o impetrante requereu que a concessão de sua aposentadoria tivesse assento legal no art. 179 da Lei nº 1.711, de 28-10-1952. Indeferiu o pedido o Presidente do SASSE, com apoio em parecer desfavorável da Procuradoria Jurídica da entidade autárquica mencionada. Recorreu o peticionário à Comissão Deliberativa do SASSE que, em sessão de 12-10-1971, por maioria, resolveu (fls. 42), *verbis*:

«I — Conhecer e dar provimento ao recurso, tendo em conta expressamente os fundamentos do parecer do relator, para determinar a revisão da aposentadoria, a fim de que, nos termos do art. 180, letra b, § 1º, da Lei nº 1.711, de 28 de outubro de 1952, seus proventos correspondam aos vencimentos da atividade do cargo de Presidente da Caixa Econômica Federal do Rio de Janeiro;

II — Determinar que a prescrição quinquenal incida sobre as parcelas atrasadas, contada retrooperantemente a partir da data da petição de fls. 131;

III — Incorporar ao presente projeto de resolução o voto do Senhor Diretor C.J. de Assis Ribeiro e adotá-lo também, como fundamento da presente;

IV — Submeter a interpretação do direito em tese à prévia aprovação do Exmo. Sr. Ministro do Trabalho e Previdência Social;

V — Atribuir ao Sr. Presidente os atos de execução da presente resolução».

Pois, bem, conforme se verifica do ofício do Presidente do SASSE (folhas 86), foi a matéria relativa à revisão da aposentadoria do impetrante submetida à autoridade coatora, a 1º de novembro de 1971.

Por despacho, de 27-3-1972, no processo em causa, assim decidiu o Senhor Ministro do Trabalho e Previdência Social, Dr. Júlio Barata:

«Aprovo o Parecer nº 38 de 1972 do Dr. Consultor Jurídico. Em consequência, reformo a decisão da Comissão Deliberativa do SASSE, que deu provimento ao recurso interposto por Jerônimo Pinheiro de Castilho, face ao decurso do prazo de prescrição previsto na legislação aplicável, não havendo como invocar, na espécie, o disposto na Lei Orgânica da Previdência Social. Revigorada fica, assim, a decisão denegatória do Senhor Presidente do SASSE, constante de fls. 144. À Secretaria da Previdência Social para conhecer e, a seguir, encaminhar ao SASSE».

Essa decisão ministerial indeferitória do pedido do impetrante foi publicada no *Diário Oficial* da União, de 11 de abril de 1972.

O presente mandado de segurança é de 8 de fevereiro de 1974.

Tenho, pois, que extinto se achava, havia muito, o prazo de cento e vinte dias, *ut art.* 18 da Lei do Mandado de Segurança, para o impetrante atacar, na via eleita, a decisão ministerial em apreço.

À evidência, não favorece ao impetrante o fato posterior ocorrido depois de oito meses da publicação do despacho em causa, consistente em uma resolução da Comissão Deliberativa do SASSE, tomada a 19-12-1972 (folhas 60), no sentido de submeter ao Sr. Ministro do Trabalho e Previdência Social o processo, solicitando reexame da matéria prescricional. A razão desse pedido de reexame está às fls. 50, no parecer do relator, na Comissão Deliberativa, *verbis*:

«12. A decisão ministerial, no que se refere à matéria prescricional, assume particular relevo, pois deverá ter observância normativa.

Data venia, entendo que, nesse particular, deve esta Egrégia Comissão Deliberativa solicitar seu reexame pelo Exmo. Sr. Ministro do Trabalho e Previdência Social, pelas razões que passamos a expor».

Vê-se, assim, que orientou o pedido de reexame da Comissão Deliberativa do SASSE, preocupação de índole normativa, oriunda do decisório ministerial em apreço.

Pois bem, encaminhado o expediente ao MTPS, a 2-1-1973, manteve o despacho anterior a autoridade coatora a 26-6-1973, após audiência de sua Consultoria Jurídica (fls. 64).

Procede, portanto, a prejudicial argüida nas informações. Mesmo que de pedido de reconsideração se cogitasse, nessa segunda providência, mais de oito meses após o ato indeferitório, ainda assim não teria ela o condão de devolver ao impetrante o prazo já vencido de 120 dias, sendo invocável, outrossim, como destacou a douta Subprocuradoria Geral da República, às fls. 91, a Súmula nº 430, do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

«430. Pedido de reconsideração na via administrativa não interrom-

pe o prazo para o mandado de segurança».

Do exposto, com base no art. 18, da Lei nº 1.533, de 1951, tenho como extinto o direito do impetrante de pedir o presente mandado de segurança.

Não conheço do pedido.

VOTO (VENCIDO)

O Sr. Min. Jarbas Nobre: Sr. Presidente, o Sr. Ministro Relator leu o despacho ministerial.

Tenho a publicação em mãos e dela verifico que ela não se fez em forma de intimação ao impetrante, de vez que o indigitado despacho dá notícia que o Sr. Ministro impetrado reformara a decisão da Comissão Deliberativa do SASSE que dera provimento ao recurso do ora impetrante, revigorando a decisão denegatória do Presidente da autarquia ao argumento de que decorreria o prazo de prescrição.

Relator:

«À Secretaria da Previdência Social para conhecer e, a seguir, encaminhar ao SASSE».

O interessado não foi notificado dessa decisão porque a ele o mesmo não se dirigia e também porque o seu nome na publicação é incidentemente lançado tão-só para melhor caracterizar o processo que com ele tem relação.

Se no Judiciário impõe-se rigor nas intimações, exigindo-se, inclusive, que o nome do advogado venha, na publicação, citado por inteiro, por que não caber um mínimo de formalismo nos processos administrativos? Por que não se impor, pelo menos, que se mencione o nome do interessado na cabeça do despacho, para pô-lo em destaque?

O impetrante só podia ter tido ciência do despacho, por acaso, ou se ti-

vesse por hábito ler o *Diário Oficial* por inteiro e em detalhe.

Tenho que a ciência pelo impetrado, só veio a ocorrer no dia 22 de outubro de 1972, quando, mediante intimação pessoal, foi, de fato e de direito, intimado do resultado do seu processo.

Dou por tempestivo o pedido.

VOTO

O Sr. Min. Jorge Lafayette Guimarães: Sr. Presidente, meu voto, com a devida vênia, é acompanhando o eminente Ministro Relator.

Entendo não ser possível aplicar, em processo administrativo, aquelas mesmas exigências que lei específica, referente ao processo judicial, estabelece quanto à indicação do nome das partes e de seus procuradores. Os requisitos, no caso, em se tratando de processo administrativo, não se regem pelo disposto no Código de Processo Civil, e não há lei exigindo que, no processo administrativo, se mencione, além do número do processo, logo em primeiro lugar, o nome da parte interessada. É mesmo usual a publicação de despachos e decisões apenas como menção ao número do processo. Transplantar para a via administrativa preceito que é restrito ao processo judicial, não me parece admissível, e implicaria essa transposição em nulidade de decisões administrativas.

Acompanho, assim, o Ministro Relator.

VOTO

O Sr. Min. Paulo Távara: Sr. Presidente, acompanho o Sr. Ministro Relator, com o aditamento do Sr. Ministro Jorge Lafayette, no tocante ao aspecto suscitado pelo Sr. Ministro Jarbas Nobre.

VOTO

O Sr. Min. Peçanha Martins: Senhor Presidente, pelo que entendi, a aposentadoria do impetrante ocorreu em 1964 e de forma ilegal, parecendo-me que o ato a ser impugnado teria que ser o de 1964. Por este motivo, também não conheço da impetração.

VOTO (VENCIDO)

O Sr. Min. Décio Miranda: Senhor Presidente, o que está em jogo, neste momento, não é o mérito de atos anteriores, mas simplesmente o problema da prescrição, isto é, saber se o SASSE decidiu a favor do impetrante com infração da regra de prescrição quinquenal.

Relativamente à tempestividade, acompanho o voto do eminente Ministro Jarbas Nobre, não só pelos fundamentos por S. Exa. mencionados, como também porque, ultimamente, a jurisprudência deste Tribunal Pleno se orientou, em relação a casos semelhantes, nos assuntos da Previdência Social propriamente dita, em considerar a data da notificação do interessado, e não a data do despacho ministerial, publicado no *Diário Oficial*.

O Sr. Min. José Néri da Silveira: V. Exa. me permite um aparte? As decisões ocorridas neste particular, quanto a segurados do INPS, domiciliados no interior dos Estados, decorrem da invocação de regra expressa da LOPS, não posta em causa aqui, nem invocável na espécie, uma vez que se trata de legislação específica — legislação do SASSE.

O Sr. Min. Décio Miranda: A este respeito tenho a dizer que o que preponderou realmente, na orientação tomada por este Tribunal, não foi a regra da LOPS, que é expressa, mas não específica para despachos do Ministro de Estado, e sim a consideração de que

as pessoas que lidam com recursos de Previdência Social, tendo um seu caso perante a autoridade ministerial, não podem estar adstritas a acompanhar dia a dia, de longe, meses ou anos a fio, o *Diário Oficial*, para verificar se porventura o Ministro despachou contra o seu interesse.

O Sr. Min. Jarbas Nobre: Principalmente porque, no caso presente, o nome do interessado está citado em meio ao despacho. Seria necessário, assim, uma leitura meticulosa de todo ele e de qualquer outro que fosse publicado para ver se eventualmente o interessado estava neles referido.

O Sr. Min. José Néri da Silveira: *Data venia* do Sr. Ministro Décio Miranda, o que se invoca é a situação *in concreto* do segurado. O impetrante é sem dúvida um segurado da mais alta qualificação intelectual, demitido quando exercia cargo de Presidente da Caixa Econômica Federal do Rio de Janeiro.

Dessa sorte, se fazemos apelo à inviabilidade dos segurados do INPS do interior dos Estados de lerem o *Diário Oficial*, o mesmo não vale em relação ao impetrante, domiciliado que é na Guanabara e publicado que foi o Ato no *Diário Oficial* daquele Estado.

O Sr. Min. Décio Miranda: A consideração que acaba de fazer o eminente Ministro José Néri da Silveira leva a uma presunção, mas não à certeza de que o interessado teve conhecimento do despacho ministerial!

O Sr. Min. José Néri da Silveira: Isso é uma presunção!...

O Sr. Min. Décio Miranda: A orientação tomada por este Pleno, a que me referi, prescinde de verificar os casos concretos e se dirige à generalidade das hipóteses, considerando sempre prazo inicial da impetração a notificação posterior feita ao interessado.

Por essas razões, conheço, *data venia*, do pedido.

EXTRATO DA ATA

MS. nº 74.585 — DF. Rel: Sr. Min. José Néri da Silveira. Reqte: Jeronymo Pinheiro de Castilho. Reqdo: Exmo. Sr. Ministro de Estado do Trabalho e Previdência Social.

Decisão: Não tomaram conhecimento do pedido, contra os votos dos Senho-

res Ministros Jarbas Nobre, Henocho Reis e Décio Miranda (em 2-5-74 — T. Pleno).

Os Srs Mins. Jorge Lafayette Guimarães, Paulo Távora, Otto Rocha, Amarílio Benjamin, Armando Rollemberg, Moacir Catunda e Peçanha Martins votaram com o Sr. Ministro Relator. Não compareceu, por motivo justificado, o Sr. Min. Esdras Gueiros. Presidiu o julgamento o Sr. Min. *Márcio Ribeiro*.

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 74.626 — DF

Relator — O Exmo. Sr. Min. José Néri da Silveira

Requerente — Francisco Buarque de Holanda

Requerido — Exmo. Sr. Diretor-Geral do Departamento de Polícia Federal

EMENTA

Mandado de Segurança.

Liberação de peça teatral para a representação pública: «Calabar, o Elogio da Traição».

Decreto nº 10.493, de 24-1-1946, art. 41, alínea g.

A verificação da subsistência, ou não, dos motivos invocados pela autoridade indigitada coatora pende da análise crítica de complexos fatos e dados históricos, inoportável na via do mandado de segurança. Invocou a autoridade, para proibir a apresentação da peça teatral, motivos contemplados em norma regente da matéria, os quais não se podem, efetivamente, ter, aqui, *prima facie*, como insuscetíveis de merecimento.

A apreciação do mérito da peça teatral, no que concerne aos diálogos tidos como ofensivos à dignidade e interesse nacionais, não cabe realizada na via eleita. Exato é, também, que, de plano, simples leitura da obra revela a existência de passagens e expressões verbais que não se podem deixar de ter, desde logo, como censuráveis, pela forma segundo a qual retratam figuras e episódios assinalados da nacionalidade brasileira.

A História e a Nacionalidade.

Inocorrência de direito certo e líquido a proteger através de mandado de segurança.

Impetração denegada.

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

Decide o Tribunal Federal de Recursos, em Sessão Plena, por maioria, denegar o mandado de segurança, na forma do relatório e notas taquigráficas

precedentes, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Custas de lei.

Brasília, 16 de maio de 1974. —
Márcio Ribeiro, Presidente; *José Néri da Silveira*, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. José Néri da Silveira (Relator): Francisco Buarque de Holanda, brasileiro, casado, artista, residente no Rio de Janeiro, impetra mandado de segurança contra ato do Exmo. Sr. General Diretor-Geral do Departamento de Polícia Federal «a fim de que a peça «Calabar» seja liberada para representação pública, prevalecendo ato anterior da censura nesse sentido» (sic).

Deduz os fundamentos do pedido, de fls. 1-9.

Alega que, «de parceria com o teatrólogo e cineasta Ruy Guerra, escreveu a peça teatral «Calabar, o Elogio da Traição», para ser encenada em um dos teatros da cidade do Rio de Janeiro, depois de submetê-la ao Serviço de Censura de Diversões Públicas do Departamento de Polícia Federal que, em 25 de julho de 1973, expediu à empresária a autorização abaixo fielmente transcrita:

«Atendendo a sua solicitação constante do expediente protocolizado neste SCDP, sob o nº 14.918-73, comunico a V. Sa. que a peça teatral «Calabar» foi censurada pelo DCDP, em Brasília, com a classificação de imprópria para menores de 18 anos; conforme certificado nº 2079-73, válido até 1978, estando a referida peça dependendo de ensaio geral.

Atenciosamente, Oresto Mannarino — Chefe do SCDP-SR-GB.»

Aduz que estava a peça em preparação e, ao ficar pronta para ser levada à cena, foi o órgão competente provocado a marcar data para o ensaio geral, recebendo nessa oportunidade a empresária a seguinte comunicação, datada de 30 de outubro de 1973:

«Em atenção ao requerimento de hoje datado, informo a essa

empresa que a Direção-Geral do Departamento de Polícia Federal, através da Portaria nº 641, de 24 do mês em curso, publicada no Boletim de Serviço dia 8 seguinte, avocou, para reexame, a peça teatral «Calabar», de autoria de Francisco Buarque de Holanda e Ruy Guerra, e por esse motivo esta DCDP não pode estabelecer data para o ensaio geral do espetáculo, uma vez que essa medida fica na dependência da autoridade superior que está reexaminando a referida obra.

Atenciosamente, Rogério Nunes — Diretor da DCDP.»

Alega que se quedaram os interessados a esperar pelo exame prometido, afinal, no *Diário Oficial* da União, de 22 de janeiro de 1974, Seção I, Parte I, página 707, saiu publicada a Portaria nº 21, de 15 de janeiro do mesmo ano, emanada do Departamento de Polícia Federal, com o seguinte teor:

«O Diretor-Geral do Departamento de Polícia Federal, no uso das atribuições que lhe confere o artigo 60, inciso XXIII, da Portaria nº 04-B-MJ, de 10 de janeiro de 1973, resolve:

«Proibir a apresentação, em todo o território nacional, de acordo com o disposto no art. 41 — alínea g, do Decreto nº 20.493, de 24 de janeiro de 1946, da peça teatral «Calabar, o Elogio da Traição», de autoria de Francisco Buarque de Holanda e Ruy Guerra. — Gen. Antonio Bandeira, Diretor-Geral.»

Sustenta o impetrante que se cogita, assim, de ato motivado o da autoridade coatora, «uma vez que justificado na denúncia de que a peça

«Calabar» fere, de alguma forma, a dignidade ou o interesse nacional. Contesta tal o requerente, destacando que o Brasil, a esse tempo, não existia como nação independente, eis que estava temporariamente submetido à Espanha, e voltaria, como vinha desde 1500, ao domínio de Portugal. Logo, a dignidade nativa não estava em jogo, sinala o requerente, aduzindo: «A irreverência, convenientemente agressiva, para provocar o impacto das platéias, só podia alcançar a Holanda, a Espanha, e secundariamente, em face das circunstâncias, o colonizador português, que lutava ao lado da potência que despojava da independência a sua Pátria, que teria que reconquistá-la pela violência».

Acrescenta, a seguir, que também «interesse nacional» não pode ser encontrado no episódio e, não sendo encontrado, não pode ser ferido.

Salienta que o ato impugnado é assim vinculado e não discricionário. «Aliás, o que é discricionário é o poder de censurar e não o ato» (*sic*). Destaca, outrossim, que interdito está ao Judiciário examinar o mérito do ato administrativo, no que concerne a juízo de valor, ao julgamento de convicção, onde sejam admitidos, não, porém, quando envolve ele «definição, conceito, noção jurídica, científicos ou filosóficos», pois, aí, cumpre notar que «à autoridade não é lícito alterar o que está consagrado pela ciência para impor o que pensa, em atentado à definição científica» (*sic*).

Contraditando o fundamento do ato administrativo atacado, observa o impetrante, às fls. 7:

«Ora, que ofensa ou injúria aos brios ou interesses nacionais se pode captar em uma peça alusiva a um episódio histórico, em que os brios e interesses em causa são alheios ao Brasil e aos brasileiros,

aquele um simples nome geográfico e não uma nação, estes os nativos de uma terra disputada por potências estrangeiras, duas expulsas em breve tempo e outra despojada do seu domínio pela proclamação da Independência, precedida de movimentos que identificam a oposição de interesses, tão reconhecida, a justo título, pela Pátria brasileira que comemora com emoção sempre renovada o martírio de Tiradentes, precursor do rompimento do jugo português?»

Sustentando, ademais, que «a peça «Calabar» só pode ser examinada nesse contexto, dado o assunto de que trata» e inexistindo outras razões para a interdição, inócurrentes as invocadas, e não se cogitando aqui da verificação do poder discricionário da censura, eis que existe em causa ato vinculado — impõe-se a concessão do *writ*, para o fim inicialmente indicado, isto é, liberação da peça para a representação pública, prevalecendo o ato anterior da censura nesse sentido.

Estão as informações da autoridade indigitada coatora, às fls. 25-31, nestes termos:

«I — do fato.

«Esta Direção-Geral, ao tomar conhecimento de que a peça teatral referenciada acima faz apologia à tração, distorcendo de maneira capciosa os fatos históricos de uma das mais belas epopéias da nossa formação, marco que foi da unidade nacional, atingindo e denegrindo os valores tradicionais da nacionalidade, enquanto exalta a figura execrável do traidor Domingos Fernandes Calabar, avocou a referida peça para reexame.

«Isto feito, comprovada a existência no seu bojo das razões da medida adotada, foi proibida a apresentação da referida peça teatral, cuja apresen-

tação ao público ainda estava na dependência da aprovação do ensaio geral.

«II — do mérito da matéria.

«A peça teatral destaca a figura histórica de Domingos Fernandes Calabar, enforcado em 1635 por traição, durante a 2ª Invasão Holandesa. O roteiro tem como enfoque um segundo julgamento de Calabar para conduzi-lo à situação de um herói nacional.

«Apesar de às fls. 6, item 9 do Mandado de Segurança, o impetrante afirmar: Elogio, no caso, não foi usado no sentido de apologia e nada autoriza a pensá-lo, assim se expressa às fls. 61 do texto da peça teatral submetida a exame neste Departamento:

— Diálogo de Bárbara e Anna

.....
Bárbara — Um dia este país há de ser independente dos holandeses, dos espanhóis, portugueses... Um dia todos os países poderão ser independentes, seja lá do que for. Mas isso requer muito traidor. Muito Calabar. E não basta enforçar, retalhar, picar... Calabar não morre, Anna. Calabar é cobra de vidro. E o povo jura que cobra de vidro é uma espécie de lagarto que quando se corta em dois, três mil pedaços, facilmente se refaz.»

«Da mesma forma, o conteúdo das fls. 67 a 71 do texto da peça, juntadas por cópias a esta informação, contrasta com aquela afirmativa.

«De princípio não há o que contestar na afirmativa do impetrante às fls. 3 *in fine*: ... O Brasil, ao tempo da crônica escrita em «Calabar», estava na situação exata da Itália sob o jugo austríaco que, segundo Metternich, não era uma Nação, mas um simples nome geográfico». Todavia, o fato é mencionado na atualidade como inversão

de valores, de desprestígio aos vultos históricos e de enaltecimento de um traidor, o que jamais foi contestado pelos Historiadores mais categorizados, que a exemplos pode-se citar:

«Em 1632 dois acontecimentos importantes auxiliaram os holandeses: vieram reforços da Holanda e houve a traição de Domingos Fernandes Calabar, profundo conhecedor da região, que passou a colaborar com eles (Sérgio Buarque de Holanda, pág. 58 do livro *Estudos Sociais, Curso Moderno, História do Brasil, 1, Das Origens à Independência*).

A Holanda já discutia a hipótese de abandonar o Brasil, quando passou para o seu lado Domingos Fernandes Calabar (20-4-1632). A deserção desse mestiço, caíso como sugere o nome, mudou a sorte da guerra. Calabar incompatibilizara-se com Matias; valente, antigo discípulo dos jesuítas, não revelou mercenarismo, pois rejeitou ofertas de dinheiro e de honrarias, para voltar aos companheiros antigos. Nem recebeu dinheiro dos holandeses. Cronistas da época sugerem que Calabar aderiu aos holandeses, para evitar a punição por crime de furtos. Conhecedor do terreno, possibilitou a tomada de Rio Formoso, Afogados, toda a Ilha Itamaracá, o Forte dos Reis Magos, toda a Paraíba e o próprio arraial de Bom Jesus» (José Ferreira da Costa, pág. 125 do Livro-texto de *História do Brasil*).

«Se a atitude de Calabar tivesse sido uma simples opção, como quer fazer crer o impetrante, entre as colonizações holandesas ou portuguesas, há que se acrescentar ainda:

«Nada tão diferente da colonização portuguesa quanto a ho-

landesa, mais urbana do que rural, mais comercial do que agrícola, mais européia do que tropical. Enquanto os portugueses estabeleciam relações sexuais ou afetivas com os negros da terra e com os negros da costa, participando misticamente da natureza que os cercava, da sensualidade das águas e das florestas, os holandeses separavam as raças e as cores; seus pastores, do alto do púlpito, pregavam contra toda mistura de raças e levantavam barreiras contra o clima amolecedor, empregando regulamentos puritanos.

Queriam refazer a sociedade européia, a vida familiar, com a leitura quotidiana da Bíblia, o sermão dominical, numa natureza que, no entanto, nada tinha em comum com a de seu país de fria umidade, de nevoeiros, em que a família toda se amontoa em torno de grandes chaminés que a defendem no inverno.

Por isso a colonização holandesa não passou de uma fachada soberba erguida no litoral, mas sem alicerces sólidos, afundados na terra, sem aberturas, também, para o interior do país por onde passassem os largos ventos da aventura, da terra virgem à espera de ser violada e semeada (Roger Bastide, pág. 27 do livro *Brasil, Terra de Contrastes*).

«Ainda com relação à afirmativa do impetrante de que o Brasil àquela época não era uma Nação, cabem as seguintes citações:

«Começo do Sentimento Nativista — A Guerra do Açúcar foi, talvez, a primeira vez em que se manifestou, de maneira organizada, o sentimento nativista no Brasil. Negros, índios, mamelucos, cafusos, mulatos, brancos, todos

os matizes raciais unidos, irmanaram-se na luta pela expulsão do estrangeiro. A partir de então começou a se formar o processo físico e psicológico que resultou na consciência do «povo brasileiro» (Julierme de Abreu e Castro, pág. 165, *Livro do Mestre — História do Brasil — Para Estudos Sociais — 5ª série — 1º grau — vol. I*).

... Assim como a memória é, no dizer de Harzen, «a pedra angular do edifício pessoal», a tradição, dizemos nós, é a pedra angular do edifício nacional.

Em um livro que H. Pieron destinou especialmente ao estudo da evolução da memória, escreveu ele: «A possibilidade de transmissão direta das aquisições individuais permite o nascimento da tradição, fenômeno social, que as perpetua de idade; um fundo comum de tradições vai constituir a mentalidade social individualizada e, fora mesmo da raça, é o passado comum, persistindo na memória de todos, que constitui a unidade de uma nação» (H. Pieron, *L'Evolution de La Mémoire*, pág. 33, 1910). A tradição é, pois, a memória social de um povo, memória de acontecimentos, de dramas, de tragédias ou de epopéias que ele viveu; reunindo numa mesma «unidade histórica», que é a nação em que transformou gerações que se sucedem e se encadeiam pelo sentimento e o culto de um passado comum; refletindo através dessas gerações, a índole, as tendências, o gênio característico de uma só comunidade humana, com os seus códigos morais e jurídicos, com os seus hábitos e costumes.

Vivemos do que foram os nossos avós, do que sentiram, do

que passaram, do que fizeram, do que gozaram, do que sofreram; aquece-nos o sangue, num ritmo vital perene, o calor das pugnas em que se empenharam em defesa do solo que os abrigava e nutria; vibram em nós como o eco de uma idade que não se extingue, as suas trovas, os seus cantos de guerra e os seus hinos de paz» (Joaquim Pimenta, pág. 458 — *Nacionalidade — Enciclopédia de Cultura — Vol. II*).

«São nesses episódios que encontramos os fundamentos da nacionalidade brasileira.

«III — da legalidade do ato

«Esclareço a Vossa Excelência que a indicada peça teatral, de acordo com o que estabelece o art. 4º do Decreto nº 20.493, de 24 de janeiro de 1946, foi censurada pela Divisão de Censura de Diversões Públicas (DCDP, antigo SCDP), em 22 de maio de 1973, permanecendo, todavia, dependente de ensaio geral para a autorização da encenação (V. transcrição *ipsis literis* do doc. do SCDP-SR-GB datado de 25 de julho de 1973, no item nº 1 do pedido do Mandado de Segurança e que até consta por cópia em anexo).

«E, assim estabelece o art. 49 do supramencionado diploma legal se o texto submetido a exame for aprovado:

«Art. 49. Autorizada a representação ou a execução, o censor determinará dia e hora para o ensaio geral da peça ou número de variedades.»

«Como se pode verificar, o ensaio geral não fora realizado, não tendo *ipso facto* se completado o ato liberatório.

«O art. 54, do mesmo Decreto, assim redigido:

«Art. 54. A autorização concedida prevalecerá em regra, indefinidamente assegurada ao empresário o direito de incluir a peça em programas podendo, entretanto, o chefe do SCDP cassar ou restringir a autorização quando sobrevenham motivos imprevistos e justificados pelo interesse da dignidade nacional, da ordem, da moralidade ou das relações internacionais».

possibilitou, pelos fatos apresentados no item I desta informação, fosse a referida peça teatral avocada por esta Direção-Geral para reexame e decisão com base no art. 60, item XXIII da Portaria 04-B-MJ, de 10 de janeiro de 1973:

«Art. 60. Ao Diretor-Geral compete: «...

Inciso XXIII — avocar a qualquer momento e a seu exclusivo critério, a decisão de assunto de qualquer natureza policial ou administrativa.»

«Desta forma, procedido o reexame, constatado ficou que a peça em tela é conduzida, pelo seu texto, para uma área controvertida, com a ridicularização de vários heróis da nossa história, elementos fundamentais da formação da nacionalidade brasileira, cuja, uma das bases encontramos exatamente no episódio da luta contra a dominação holandesa no Nordeste, enquanto, por outro lado, enaltece aquele que fora incontestavelmente traidor.

«Assim, foi baixada a Portaria nº 21, de 15 de janeiro de 1974, proibindo a apresentação da referida peça teatral, fundamentada no art. 41, alínea g, do Decreto nº 20.493-46.

«Em face do exposto, provado haver esta Direção-Geral agido no âmbito da sua competência, respeitando e em respeito aos preceitos legais, bem como pelas razões apresentadas, Exmo. Sr. Ministro Relator, espera-se seja julgada improcedente a medida ora impetrada, julgado o impetrante carecedor de ação, visto não haver sido violado qualquer direito seu».

A douta Subprocuradoria-Geral da República, às fls. 47-62, opina no sentido da denegação do pedido: (lê) .

É o relatório.

Voto

O Sr. Min. José Néri da Silveira (Relator): A impetração é feita ao fundamento de insubsistência dos motivos invocados no ato administrativo, que se impugna.

Proibiu a autoridade coatora a apresentação, em todo o território nacional, da peça teatral «Calabar, o Elogio da Traição», de acordo com o disposto no art. 41, alínea g, do Decreto nº 20.493, de 24-1-1946, *in verbis*:

«Art. 41 — Será negada a autorização sempre que a exibição ou transmissão radiotelefônica:

.....

g) ferir, por qualquer forma, a dignidade ou o interesse nacionais».

Consoante se viu no Relatório, o impetrante defende a peça de sua autoria, sustentando que a mesma não ofende à dignidade ou ao interesse nacionais. Ao contrário, transcrevendo trechos da mesma peça, busca a autoridade evidenciar os aspectos de inversão de valores, de desprestígio aos vultos históricos e de enaltecimento de um traidor, «para conduzi-lo a situa-

ção de um herói nacional», que se focalizam no trabalho censurado.

O desate da controvérsia, a verificação da subsistência, ou não, dos motivos invocados pela autoridade coatora, pende, pois, do exame crítico de complexos fatos e dados históricos, incomportável na via do mandado de segurança. Certo está, porém, que, de plano, não há identificar abuso de poder no ato da autoridade coatora. As informações lidas ao Tribunal revelam que a decisão impugnada não é arbitrária, vazia de conteúdo. Invocou a autoridade, no exercício de suas atribuições, motivos contemplados em norma regente da matéria, os quais não se podem ter, aqui, como, *prima facie*, insuscetíveis de merecimento.

Os historiadores pátrios posicionam a figura de Calabar de forma diversa no contexto dos fatos ocorridos à época: «enforcado em 1635, por traição, durante a 2ª Invasão Holandesa». Sérgio Buarque de Holanda, citado nas informações, registra:

«Em 1632 dois acontecimentos importantes auxiliaram os holandeses: vieram reforços da Holanda e houve a traição de Domingos Fernandes Calabar, profundo conhecedor da região, que passou a colaborar com eles» (*in Estudos Sociais, Curso Moderno, História do Brasil, 1, Das Origens à Independência*).

Também o argumento do impetrante de que o Brasil não era, à época, nação e, portanto, seria inviável falar em ofensa à dignidade ou ao interesse nacionais, na obra em apreço, ao focalizar tal episódio de nossa História, não logra maior relevo, no plano do mandado de segurança, por decalcado em premissas cuja verificação implica no complexo exame crítico dos fatos históricos que assinalam já o surgimento

da nacionalidade ou a existência efetiva do sentimento nativista arraigado na alma do povo do Brasil. Registra, é certo, a História pátria que conjugaram, à época, esforços brancos, índios, negros, mamelucos, cafusos, mulatos, e todos unidos lutaram com bravura pela expulsão do estrangeiro.

De outra parte, a apreciação do mérito da peça teatral, no que concerne aos diálogos tidos como ofensivos à dignidade e interesse nacionais, não cabe realizada na via eleita. Exato é, também, que, de plano, simples leitura da obra revela a existência de passagens e expressões verbais, que não se podem deixar de ter, desde logo, como censuráveis, pela forma segundo a qual retratam figuras e episódios assinalados da nacionalidade brasileira.

Neste particular, cumpre ter presente a lição de Mário Pessoa, in «*O Direito da Segurança Nacional*», páginas 45/46, acerca da característica histórico-cultural da nacionalidade, *verbis*:

«Na característica histórica acentuam-se as reminiscências das adversões, os conflitos e rivalidades amortecidos pelo lento decorrer dos anos. O seu valor está na possibilidade do ressurgimento, desde que sobrevenha fato novo capaz de lembrar acontecimentos históricos de virulência aparentemente extinta.

«A História estabelece a ligação entre os comportamentos do passado e os deveres do presente com prospecções para o futuro.

«A História, fixando as nossas origens, assegura continuidade dos sentimentos e das aspirações. Tem a virtude de, através da meditação, estabelecer contatos e atualizar épocas diversas, num só impulso unificador. Daí a impor-

tância da sua interpretação, sobretudo pela mocidade estudiosa, naquelas bases.

«A função da História, como característica própria da Nação Brasileira, está precisamente nesse trabalho de ligação Passado-Presente-Futuro, donde se originam as idéias e os sentimentos dominantes, verdadeiras diretrizes morais e cívicas. A História é ainda a longa biografia dos exemplos e dos modelos a seguir. E por isso forma caracteres e inspira valores. É a formadora dos padrões éticos. O seu mais relevante desempenho é o de criar, através do estudo do caráter humano, o tipo moral nacional-médio, o portador das virtudes e defeitos brasileiros. Ela é, portanto, uma convergência de forças morais. Destarte, a Nação é também o resultado de uma história comum.

«Aprofundando-se o exame, verificar-se-á que o nacional-médio não tem idéias políticas fixas, nem soluções institucionais permanentes a que se vincule por mera tradição ou preferência.

«O mesmo não se poderá dizer da classe político-partidária que permanece fiel, na sua maioria, às leituras clássicas do pensamento político e, em nome delas, faz pregações e reivindicações. É claro que o Autor se refere à classe político-partidária das democracias ocidentais.

«Assim, o homem brasileiro comum não é escravo de sistemas. Disso decorre a sem-razão daqueles que se espantam com a natureza branca de algumas (apenas de algumas, ressalve-se) das nossas revoluções: sente-se que não há o por que se bater.

«Mas, não quer isto significar que o nacional-médio não esteja profundamente imbuído de uma idéia básica, que vem desde os tempos da Independência até os nossos dias, idéia aliás de cunho universal que o acompanha nas melhores fases de sua vida consciente: a idéia de Justiça, na verdade mais sentimento que idéia propriamente dita, como prefeririam dizer os prosélitos do direito natural.

«Dentro da sua largueza, inclui a Liberdade, a Propriedade e o Bem-estar. Mas, tudo isso se compreende genericamente na Justiça que reivindica para si, pouco importando as formas. Um tipo de Justiça que ora se reclama é a Justiça social, mesmo que se tenha de fazer aquela «revolução vertical» de que falou certa vez um naturalista norte-americano, segundo Sérgio Buarque de Holanda.

«Os conteúdos desse grande continente, que é a Justiça, subordinam-se a esta numa escala de valores. É o verdadeiro sentimento, profundo e arraigado, que dá origem às idéias quase sempre sensatas do nacional-médio, o seu modo de entrar em contato com a realidade política brasileira. Resulta disso o papel subalterno das formas e dos processos assecuratórios da própria Liberdade, cujas restrições processuais só o sensibilizam quando atingem a própria Justiça, isto é, o sancionado não seria merecedor da sanção. Entra aqui o mediúsmo brasileiro, a posição centrista em face dos conflitos, o que não deixa de ser uma prática da Justiça. Assim, na elaboração das sentenças, o juiz nacional-médio procura habitual-

mente a solução intermediária entre os petítórios adversos. Contrariamente à lei, não raro. O nosso magistrado, sobretudo o da primeira instância, traz consigo o princípio salomônico na arte de julgar. É a fórmula conciliadora que, numa iteração contínua, marca a imparcialidade de que se ufana mas que nem sempre corresponde à interpretação técnica do texto legal aplicado. O que é importante como observação de um comportamento».

De outra parte, no que concerne à legalidade do ato impugnado, quanto à competência da autoridade coatora, incoorre dúvida alguma, assegurado como está ao Diretor-Geral do Departamento de Polícia Federal «avocar, a qualquer momento e a seu exclusivo critério, a decisão de assunto de qualquer natureza, policial ou administrativa», *ut* art. 60, inciso XXIII, do Regimento Interno do DPF. Ora, pela avocação, substitui-se a competência do inferior pela do superior hierárquico, com todas as conseqüências dessa substituição, no dizer de Hely Lopes Meirelles, *in* «Direito Administrativo Brasileiro», 2ª ed., página 69.

Na espécie, outrossim, quando tal sucedeu, incoorria ato administrativo, juridicamente perfeito e acabado, oriundo da autoridade inferior, qual seja, o Diretor do Serviço de Censura de Diversões Públicas, do mesmo Departamento, criando em favor do impenetrante direito à apresentação da peça teatral em apreço. É que, em realidade, pendia de «ensaio geral» a sua definitiva liberação. Antes de o mesmo suceder, a autoridade coatora avocou o reexame da obra, cassando a decisão anterior, *si et in quantum* (fls. 39) e vindo a proibir, a final, a apresentação

da peça, pelos motivos, antes referidos.

Releva ainda conotar que, em realidade, no caso, a discricção administrativa, à vista do exercício do poder discricionário, guarda destaque, como bem expôs a douta Subprocuradoria-Geral da República, às fls., embora não se possam, desde logo, considerar espécies tais como meros atos discricionários.

De todo o exposto, não vejo, *in casu*, configurado direito certo e líquido. Denego o mandado de segurança.

VOTO (VENCIDO)

O Sr. Min. Jarbas Nobre: Senhor Presidente, na História há corrente respeitável que vê em Calabar, não um traidor, mas um herói, que teria preferido o domínio holandês ao português, por entender que aquele melhor consultava aos interesses da Colônia.

A obra de Chico Buarque de Holanda, «Calabar, o Elogio da Traição», segue este segundo grupo de opinião.

Encarando a peça teatral como obra de arte, as distorções são perfeitamente admissíveis.

Não fora isso, não teríamos, por exemplo, na pintura, os cubistas e os futuristas, e não seriam conhecidas e apreciadas as figuras dos Picasso, dos Portinari e dos Di Cavalcanti.

Se Calabar foi um traidor ou um herói, não sei, em verdade, pois nunca fui um entendido da matéria.

Aceito, em princípio, os dois conceitos, e admito que os propugnadores das duas idéias opostas externem a sua convicção.

Assim, entendo válida a reabilitação pretendida pelo autor da peça censurada.

Censurou-se a obra, ao fundamento de que ela fere a dignidade ou os interesses nacionais.

Sob tal aspecto, tenho que desassiste razão à Censura, vez que, à época, 1653, o Brasil ainda não se constituira em Nação.

No momento em que Calabar se fizera um traidor ou um herói, segundo entendem uns e outros, o Brasil — dizia — não se constituira ainda em Nação, pelo que não vejo como se possa afirmar que a obra, pretendendo reabilitar a figura histórica, possa, de algum modo, ofender a dignidade ou os interesses nacionais.

Alega-se que o ato impugnado se fizera no exercício do Poder de Polícia.

Todos sabemos que este pode ser vinculado ou discricionário.

Ele é vinculado quando desempenhado por órgão competente, nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal.

Se discricionário, mesmo assim, não pode ser exercido com total liberdade, eis que fica sempre limitado ao não abuso ou desvio de poder.

No caso, o ato, porque louvado no art. 41, letra *g*, do Decreto número 20.493/46, seria do tipo vinculado. Para produzir efeitos de Direito, teria, entretanto, que atender ao pressuposto em que se baseou, isto é, que a obra tivesse ferido a dignidade ou os interesses nacionais, o que não ocorre, no caso.

Concedo a segurança.

VOTO

O Sr. Min. Jorge Lafayette Guimarães: Sr. Presidente, o meu voto é acompanhando o do eminente Ministro

Relator, denegando a segurança, de vez que não está caracterizado ato abusivo, necessário à concessão do *writ*.

Procurarei expor rapidamente as premissas que me levam a essa conclusão.

Entendo que, realmente, a censura em relação a diversões e espetáculos públicos não é ato inteiramente discricionário, mas um ato vinculado. O que tem ocorrido a propósito é uma terminologia imprecisa, no Direito Administrativo, que recorre, muitas vezes, à denominação «autorização», quando se trata de verdadeira licença, conceitos diversos, cujos limites foram nitidamente traçados na sustentação oral do eminente Dr. 4º Subprocurador-Geral da República.

Em relação à censura de diversões públicas, entendo que o ato é vinculado e, na realidade, trata-se de uma licença. Isto porque, dispondo a Constituição Federal, no art. 153, § 8º, que «é livre manifestação de pensamento» com a ressalva, «independentemente de censura, salvo quanto a diversões e espetáculos públicos», assegurou a liberdade de pensamento também nos espetáculos e diversões públicas.

A exceção, ali ressalvada, diz respeito à censura. Não é possível dar à censura uma amplitude total, deixando-a a critério da autoridade, o que elidiria a própria liberdade de manifestação de pensamento. Se fosse esse o sentido, a Constituição diria: é livre a manifestação de pensamento, salvo nos espetáculos e diversões públicas. A exceção «salvo em espetáculos e diversões públicas», porém, se refere à censura, e não à liberdade de pensamento.

Em conseqüência, não determinando o preceito constitucional quando cabe à censura, evidentemente a lei é que o determina.

Está, assim, a autoridade vinculada, não podendo, a seu critério, interditar uma peça ou espetáculo, somente porque considerou-o inconveniente, sem qualquer outra justificativa.

Aliás, tanto é assim, que a própria autoridade coatora, acertadamente, justificou perante o Tribunal o seu ato, em detalhes; não se sentiu autorizada a invocar apenas o poder de censura, o que seria realmente inadmissível, pois estaria destruindo a própria liberdade de manifestação de pensamento, existente também nos espetáculos e diversões públicas.

Por conseguinte, a censura é um ato vinculado.

Mas, e o eminente Ministro Jarbas Nobre abordou, de certo modo, a matéria, não há, em regra, atos vinculados puros, nem atos discricionários puros. Se o ato é vinculado, comporta, não obstante, uma certa dose de discricionariedade, e vice-versa.

A autoridade pública não pode censurar, a seu arbítrio, sem nenhuma base, um espetáculo, sem qualquer fato que permita invocar os pressupostos previstos em lei: o interesse nacional, a dignidade nacional, a moralidade pública, etc. Mas, desde que estes ocorrem, cabe à autoridade pública, que exerce a censura, medir e pesar tais fatos, dar o valor que eles merecem, e avaliar da inconveniência que pode apresentar o espetáculo, pelo reflexo no público a que se destina.

Daí resulta, também, que a apresentação de uma tese, muitas vezes verdadeira, tal a forma pela qual seja feita, poderá tornar-se inconveniente, sob a forma da peça de teatro ou de outra manifestação escolhida, pelos reflexos capazes de produzir no grande público a que se destina.

Não vamos, nesta oportunidade, decidir se Calabar é traidor ou não.

Nem caberia ao Tribunal enfrentar um tema de natureza histórica. A propósito, basta assinalar a existência de divergências.

Como já ficou acentuado, era o Brasil, à época, uma colônia, e seria perfeitamente possível a adoção, por um nativo, um brasileiro, de uma ou outra posição, sem que pudesse ser tachado de traidor, em qualquer das hipóteses. Cabia uma opção, perfeitamente válida, não sendo possível qualificar de traidor quem preferisse o domínio holandês, espanhol ou qualquer outro. Traidores seriam, apenas, se exercessem atividades contrárias à independência do Brasil. Esta matéria, porém, não está em julgamento.

Como foi também, ressaltado da Tribuna, pelo nobre Subprocurador-Geral da República, o livro onde se discute e enfrenta a tese histórica foi publicado e circula livremente, obedecida e respeitada integralmente a liberdade de manifestação de pensamento, que na publicação de livros independe de censura prévia, nos termos da Constituição.

O que está em causa, no momento, são os inconvenientes da peça de teatro, pelos reflexos decorrentes, pela sua forma de apresentação, pelas consequências que do espetáculo possam advir, sobre o público.

Não encontro, nestas condições, aquela falta absoluta de base, que permitiria afirmar abusivo o ato de censura.

A autoridade avaliou os inconvenientes resultantes, considerou-os nocivos ao interesse nacional e à dignidade nacional. Situa-se a hipótese naquele campo cinzento, entre a pura discricção e o puro ato vinculado, onde prepondera o critério daqueles que têm a seu cargo exercer a censura e zelar pelo interesse público.

Não fosse esta circunstância, e estivesse o ato totalmente desprovido de apoio e de base nos fatos, não teria dúvida em conceder a segurança.

Por estes fundamentos, acompanho o voto do eminente Ministro Relator.

VOTO (VENCIDO)

O Sr. Min. Peçanha Martins: Acompanho o Ministro Jarbas Nobre. A peça apenas contribuirá para melhor esclarecimento da figura tão discutida de Calabar. Concedo a segurança.

VOTO

O Sr. Min. Paulo Távora: Ainda que se tratasse de ato administrativo vinculado, a conformação de seus motivos com o conceito legal de dignidade ou interesse nacional não seria possível determinar na via estreita do mandado de segurança, onde como informa o Sr. Ministro Relator, omitiu-se a juntada da peça visada pela censura.

Pelas informações do processo, não há configuração de abuso de poder reconhecível de plano.

Concluo com o Sr. Ministro Relator pela inexistência do direito líquido e certo para viabilizar a segurança.

EXTRATO DA ATA

MS. nº 74.626 — DF. Rel.: Sr. Min. José Néri da Silveira. Repte.: Francisco Buarque de Holanda. Reqdo.: Exmo. Sr. Diretor-Geral do Departamento de Polícia Federal.

Decisão: Foi denegado o mandado de segurança, contra os votos dos Srs. Ministros Jarbas Nobre e Peçanha Martins (em 16-5-74 — T. Pleno).

Impedidos os Srs. Mins. Armando Rollemberg e Esdras Gueiros. Os

Srs. Mins. Jorge Lafayette Guimarães, Paulo Távora, Otto Rocha, Amá-ri-lio Benjamin e Décio Miranda vota-ram com o Sr. Ministro Relator. Não compareceram, por motivo justificado, os Srs. Mins. Moacir Catunda e He-noch Reis. Presidiu o julgamento o Sr. Min. *Márcio Ribeiro*.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 74.728 — GB

Relator — O Exmo. Sr. Min. José Néri da Silveira.
Apelante — Mário Corrêa da Costa Neto.
Apelada — Caixa Econômica Federal.

EMENTA

Loteria esportiva.
Decreto-lei nº 594, de 27 de maio de 1969, Decreto nº 66.118, de 26 de janeiro de 1970, e Portarias nºs 72, de 23 de março de 1970, e 20, de 20 de janeiro de 1971, do Ministro da Fazenda.

Norma Geral dos Concursos de Prognósticos Esportivos.
Na execução direta do serviço público de concursos de prognósticos sobre os resultados de competições esportivas nacionais ou internacionais, cumpre ter presente sua disciplina específica, informada por normas e princípios de direito público.

Há critérios próprios da Loteria Esportiva acerca da apuração do resultado da competição.

Recurso desprovido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que são partes as acima indi-cadas:

Decide a Terceira Turma do Tri-bunal Federal de Recursos, por unani-midade, negar provimento ao recurso, na forma do relatório e notas taquigrá-ficas precedentes, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Custas de lei.

Brasília, 21 de junho de 1974. —
José Néri da Silveira, Presidente e Re-lator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. *José Néri da Silveira* (Relator): Assim sumariou a espécie dos autos o Doutor Juiz Federal *a quo*, às fls. 55-56:

«Mário Corrêa da Costa Neto, qualificado na inicial,

impetra o presente Mandado de Segurança contra a Administra-ção do Serviço de Loteria Fe-deral, órgão incumbido de dar execução aos concursos de prog-nósticos esportivos, decorrentes da Loteria Federal, alegando e objetivando, em resumo, o se-guinte: a) que o impetrante ha-bilitou-se ao concurso de nº 144, realizado nos dias 14 e 15 de ju-lho próximo passado, tendo feito sua aposta através do cartão nº 118.974, expedido pelo re-vendedor 19-001-01564 e, pelos resultados dos jogos, marcou os treze pontos necessários a qua-lificar-se como vencedor; b) que, no cartão do impetrante, no jogo nº 8 figura a vitória do Tira-dentes, coluna dois, enquanto que, no resultado da Loteria fi-gura como vitorioso o Flamen-

go, coluna um; c) que a divergência encontrada decorre da aplicação, pela Loteria Esportiva, da norma que cuida da suspensão da partida por qualquer motivo, e não terminada no mesmo dia, quando o certo seria a incidência constante do dispositivo do art. 11, letra a, da norma geral, porquanto a partida entre os dois times terminara no mesmo dia, sem ocorrência de fato estranho e imprevisível, tal como, chuvas torrenciais que pudessem impedir a continuação da contenda, não se justificando, portanto, o resultado que a Loteria Esportiva publicou; d) que é inadmissível o poder invocado pela impetrada de, a seu arbítrio, consignar vitória diferente daquela consignada pelo juiz da pugna, constante da Súmula, que veio prejudicar direito líquido e certo do impetrante; e) que espera a concessão do *mandamus* para o fim de habilitar-se ao recebimento do prêmio reservado ao ganhador, tendo em vista o resultado reconhecido pelo Conselho Nacional de Desportos, embasado nas Súmulas de cada jogo, conforme estabelece o § 1º, do art. 2º do Decreto nº 68.125, de 1971, pedindo a liminar. A liminar foi negada pelo ilustre Juiz da 5ª Vara Federal, que declinou de sua competência, frisando que o próprio impetrante, na inicial, proclamou que a sua «situação é idêntica a de Walter Francisco Paes, cujo mandado de segurança, foi julgado por este Juízo. Juntou os documentos de fls. 6 a 9. Requisitadas as informações, estas vieram, sustentando, em síntese, o seguinte: a) que

é descabido o *writ*, por falar-lhe os pressupostos para configurá-lo na legislação brasileira: a salvaguarda de direito líquido e certo, uma vez que nenhum ato ilegal foi praticado contra o impetrante, sendo certo que não sofreu e nem está ameaçado de qualquer lesão conseqüente de abuso de poder; b) que as normas que regem os concursos da Loteria Esportiva são por demais conhecidas e não estão subordinadas, na apuração dos pontos, ao Código esportivo de futebol; c) que a proclamação do resultado, na conformidade do DL nº 594-69, é um ato legal, como reiteradamente o reconheceu o Poder Judiciário, fls. 11 a 36. O Doutor Procurador da República falou, opinando pela denegação do *mandamus*, fl. 38.»

A sentença denegou o *writ* (folhas 56-57).

Apelou o impetrante, de fls. 61-64. Invoca a aplicação, no caso, da alínea a e não da alínea c, do art. 11, da norma geral, pois o juiz na Súmula reconheceu, ao final do tempo regulamentar, a vitória do Tiradentes, e esta é que deve ser considerada.

Contra-razões de fls. 66-69: (lê).

A douta Subprocuradoria-Geral da República, à fl. 175, opinou pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Min. José Néri da Silveira (Relator): A respeito do sistema que rege os concursos de prognósticos da Loteria Esportiva Federal, tenho ponto de vista assente, deduzido no voto que proferi no julgamento do AMS número

73.318-GB, a 20-3-74, do qual transcrevo o seguinte:

«Instituída a Loteria Esportiva Federal, *ex vi* do Decreto-lei nº 594, de 27-5-1969, para a exploração, em qualquer parte do território nacional, de todas as formas de concursos de prognósticos esportivos, estabeleceu o art. 2º do referido diploma, *verbis*:

«Art. 2º Fica o Conselho Superior das Caixas Econômicas Federais, através da Administração do Serviço de Loteria Federal, com a colaboração das Caixas Econômicas Federais, incumbido de dar execução aos serviços relacionados com concursos de prognósticos esportivos.»

«À sua vez, o art. 4º da carta *legis* mencionada atribuiu ao Conselho Superior das Caixas Econômicas Federais competência para apresentar «anteprojeto de regulamentação do Decreto-lei em apreço a ser submetido ao Presidente da República, através do Ministro da Fazenda.»

«Tal regulamentação foi editada em conformidade com o Decreto nº 66.118, de 26-1-1970, cujos arts. 1º e respectivo § 1º; 2º e 3º, rezam, *verbis*:

«Art. 1º Os concursos de prognósticos sobre os resultados de competições esportivas, nacionais ou internacionais, constituem serviço público exclusivo da União, que será executado, em todo o território nacional, pelo Conselho Superior das Caixas Econômicas Fe-

derais, através da Administração do Serviço de Loteria Federal, com a colaboração das Caixas Econômicas Federais, nos termos deste Decreto, e de acordo com o que estabelecerem a Norma Geral dos Concursos e as Normas de Serviço baixadas pelo Conselho Superior».

«§ 1º Considera-se concurso, para os efeitos deste Decreto, o conjunto de prognósticos sobre o resultado de uma série de competições esportivas nacionais ou internacionais em número não inferior a 13 (treze) com realização prevista para data prefixada, na forma da Norma Geral dos Concursos».

«Art. 2º A estrutura, a forma de implantação e o sistema de funcionamento dos serviços da Loteria Esportiva Federal serão fixados na Norma Geral dos Concursos».

«Art. 3º A execução dos concursos obedecerá a sistema de comprovada eficiência técnica, a juízo do Conselho Superior das Caixas Econômicas Federais, sujeita às alterações que forem sugeridas pela experiência.»

«Por último, em seu art. 23, dito diploma regulamentar da Loteria Esportiva Federal estabeleceu que o Conselho Superior referido, no prazo de 90 (noventa) dias, deveria submeter ao Ministro da Fazenda, para aprovação, projeto de Norma

Geral dos Concursos de Prognósticos Esportivos.

«Daí a edição da Portaria nº GB-72, de 23-3-1970, bem assim da Portaria nº GB-20, de 20 de janeiro de 1971, do Ministro da Fazenda, aprovando esta a Norma Geral dos Concursos de Prognósticos Esportivos, que veio aprimorar a anterior e adaptá-la à nova estrutura da Caixa Econômica Federal conforme se lê de seus Consideranda.

«Pois bem, dispondo sobre a apuração, que se define no artigo 10 da Norma Geral, como sendo o «conjunto de operações pelas quais, uma vez conhecidos os resultados de todas as competições incluídas no concurso, se procede à seleção e contagem das apostas», dispõe o art. 11, *in verbis*:

«Art. 11. Para efeito de apuração do concurso, considerar-se-á como resultado definitivo de cada competição o verificado no local da disputa, desde que tenha sido iniciada, e nas seguintes condições:

a) o resultado válido será o resultado público e notório que o juiz reconhecer na súmula, ao final do tempo regulamentar de jogo;

b) não serão consideradas quaisquer prorrogações havidas, salvo as que, a critério do juiz, se destinarem a compensar possíveis interrupções na competição;

c) se, depois de iniciada, a competição for suspensa por qualquer motivo, e não ter-

minada no mesmo dia, considerar-se-á como resultado válido o que se verificar no momento da suspensão;

d) não serão consideradas quaisquer modificações que se verificarem, posteriormente, nos resultados, tal como acima definidos, das competições esportivas, em consequência de quaisquer outras decisões, inclusive judiciais.

Parágrafo único — Não será considerada realizada a competição que, por qualquer motivo, inclusive por falta do comparecimento de uma das equipes não tiver sido iniciada.»

«Trata-se, pois, aqui, de disciplina específica traçada para a execução direta do serviço público de concursos de prognósticos sobre os resultados de competições esportivas nacionais ou internacionais, a teor da determinação inserta no art. 1º, do Decreto nº 66.118, de 1970, e art. 2º, do Decreto-lei nº 594, de 1969.

Cumpré, dessarte, visualizar a *quaestio juris* que se propõe, segundo os princípios regentes do direito público a que se submete o serviço público em geral. Não há invocar, na espécie, nem noções próprias das províncias do direito privado, nem princípios que não logram curso na plana do direito público.

Ora, a disciplina peculiar de certo serviço público, estabelecida para os efeitos de seu funcionamento, define-lhe a fisionomia, que impende respeitada, de forma inconfundível.

Nada obsta, assim, que, na espécie, a regulamentação da apuração dos concursos de prognósticos em foco, enquanto disciplina de execução de serviço público, se dê, em consonância com conceitos próprios, pré-estabelecidos e dotados dos requisitos de generalidade e continuidade.

Não há ver ilegalidade alguma no art. 11, alíneas e seu parágrafo único, da Norma Geral dos Concursos de Prognósticos Esportivos suso transcritos. Regras de disciplina para a execução do dito serviço público, traçam-lhe, no particular, fisionomia própria, que dispensa e inadmite a coadjuvação de conceitos outros definidos, para fins distintos, em outras normas jurídicas.

O critério adotado, «para efeito de apuração do concurso», consistiu em considerar como resultado definitivo de cada competição o verificado no local da disputa, desde que tenha sido iniciada (art. 11, predito, *caput*). Válido, para tanto, é o resultado que o juiz da competição reconhecer na súmula. Não será considerada realizada, de outra parte, a competição que, por qualquer motivo, inclusive por falta do comparecimento de uma das equipes, não tiver sido iniciada. Nesse caso, a teor de disposição contida no art. 12, da Norma Geral, «para efeito de apuração do concurso», o critério estabelecido consiste em fazer-se um «sorteio», com vistas a obter o resultado, observada quanto ao mesmo a forma previamente estabelecida em Norma de Serviço e não outra

qualquer regra jurídica a propósito de «sorteio», assim também aqui não invocável. Mas, se a competição cujo resultado se apurou, por meio de sorteio, para os efeitos do concurso, vier a realizar-se, posteriormente, em nova data, o resultado então havido nenhuma repercussão terá, no que concerne ao teste em que inserto, malgrado só aí venha a considerar-se para os efeitos distintos de atribuição de pontos na tabela de classificação dos clubes, na maratona a que se referir a competição.

Assim sendo, não vejo nenhuma dificuldade, de ordem legal, à incidência da regra do art. 11, alínea *d*, da Norma Geral, consoante a qual:

«Não serão consideradas quaisquer modificações que se verificarem, posteriormente, nos resultados, tal como acima definidos, das competições esportivas, em consequência de quaisquer outras decisões, inclusive judiciais.»

«Não há ver, aí, como afirmado pelo impetrante, disposição contrária ao § 4º, do artigo 153, da Constituição, pois essa norma não quer, evidentemente, significar que fica excluída do Poder Judiciário a apreciação de qualquer lesão de direito individual, nesse particular. Da disposição emana o estabelecimento de um critério que, na execução desse serviço público, ficou estipulado.

Compreende-se, desde logo, de outra parte, a intenção que anima, *in casu*, a norma, qual seja, a adoção de critério cuja

verificação independe de quaisquer discussões ou artifícios. O resultado da competição esportiva é por todos identificado. A equipe, no caso concreto do futebol, que, durante o tempo regulamentar ou de jogo, realizou maior número de gols, assim reconhecidos pelo juiz da competição, venceu-a. O juiz registrará o resultado na súmula. Eis o critério. Tal a forma de verificação do resultado. Se, por *fas* ou por *nefas*, invocando a norma tal ou qual, referente a outra matéria, quem de direito resolver, para outros efeitos, proclamar resultado diferente, este não é entretanto invocável no plano do concurso de prognósticos respectivos. Se esse critério é o melhor, o que mais prestigia as organizações disciplinares esportivas, ou não, constitui evidentemente questão *de lege ferenda*. No plano *de lege lata*, o critério está instituído, é geral, vale para todas as competições.»

Acerca da presente questão, posta nestes autos, a colenda Segunda Turma apreciou pedido idêntico de outro apostador — Walter Francisco Bastos Paes — no AMS nº 74.479-GB, sendo relator o ilustre Ministro Sebastião Alves dos Reis, cujo pronunciamento acolhido, à unanimidade, pela Turma, está assim deduzido:

«Quanto à preliminar suscitada no douto parecer da ilustre Subprocuradoria-Geral da República, da nulidade da sentença por não convocados para integrar a lide os litisconsortes passivos, é certo que *in casu* o decisório pode ter eficácia direta sobre a situação daqueles, mas *in concreto* tendo havido inde-

ferimento da pretensão (fl. 101) na Primeira Instância, cabia aos interessados agravar de instrumento, na forma do art. 842, I, e, não o havendo feito, a matéria tornou-se preclusa na Segunda Instância.

De meritis, inicialmente, é de fixar-se que, na forma da legislação presente, o concurso de prognósticos da Loteria Esportiva Federal, ao ter a sua direção, controle e execução confiados ao Conselho Superior das Caixas Econômicas Federais, através da Administração do Serviço de Loteria Federal, com a colaboração das Caixas Econômicas, se insere num complexo de serviço público exclusivo da União, princípio implícito no Decreto-lei nº 594-69, instituidor da experiência, explicitado no Decreto nº 66.118-70; paralelamente foi estatuído no decreto regulamentador que a estrutura jurídica do concurso respectivo, ao lado da dinâmica do serviço, seria objeto de Norma Geral, elaborada pelo Conselho, com aprovação do Senhor Ministro da Fazenda (arts. 1º, 2º e 25).

Correlatamente, infere-se do contexto da Norma Geral expedida, que o concurso se modela num contrato-tipo imposto unilateralmente pela Administração, situação impessoal e objetiva a que adere o apostador.

Recolhe-se dos autos que ambas as partes estão acordes em que a hipótese discutida está sob a regência da Norma Geral prefallada, situando-se a divergência na aplicação do dispositivo pertinente que para o impetrante é a letra *a* do art. 11, e para o

impetrado a letra c do mesmo artigo.

Para o equacionamento da controvérsia transcrevemos os textos respectivos:

«Art. 11. Para efeito de apuração do concurso, considerar-se-á como resultado de cada competição o verificado no local da disputa desde que tenha sido iniciada e nas seguintes condições:

a) o resultado válido será o resultado público e notório que o Juiz reconhecer na Súmula ao final do tempo regulamentar do jogo.

b) não serão consideradas quaisquer prorrogações havidas, salvo as que, a critério do Juiz, se destinarem a compensar possíveis interrupções da competição.

c) se, depois de iniciada, a competição for suspensa por qualquer motivo e não terminada no mesmo dia considerar-se-á como resultado válido o que se verificar no momento da suspensão.

d) não serão consideradas quaisquer modificações que se verificarem posteriormente nos resultados, tal como acima definidos, das competições esportivas, em consequência de quaisquer decisões, inclusive judiciais.

Parágrafo único — Não será considerada a competição que, por qualquer motivo, inclusive falta de comparecimento de uma das equipes, não tiver sido iniciada.»

«São princípios centrais do contexto acima reproduzido, os de que, para efeito de apuração de concurso é levada em conta a partida que tenha sido iniciada, prevalecente o tempo regular de jogo, ressalvadas as prorrogações compensatórias, valendo o resultado que o Juiz consignar na Súmula, ao final do mesmo tempo regulamentar; suspensão a competição por qualquer motivo e não terminada no mesmo dia, será válido o resultado que se verificar no momento da suspensão; num e noutro caso não serão consideradas quaisquer modificações de resultado, decorrentes de decisões, inclusive judiciais.

No caso concreto, a partida foi suspensa aos 45 minutos, quando o Flamengo, que vencia de 1x0, abandonou a disputa, em razão de penalidade máxima contra ele marcada; na Súmula, o árbitro registra esses fatos, consignando o placar do momento, o abandono do campo, sua causa e horário, não emitindo qualquer juízo sobre o resultado final.

Se a partida se encerrou legitimamente ou se devia prosseguir em outra data, se o Tiradentes deve ser declarado vencedor tudo isso pertence à legislação esportiva, é fato extrínseco, exterior ao resultado consignado no placar, ou, em outros termos, a alegada vitória do Tiradentes não resulta da competição, em si mesma e sim da sanção disciplinar imposta ao competidor, em razão do abandono do campo ou, ainda, a alteração do resultado do placar deflui de decisão posterior dos

órgãos esportivos, impossível *in casu*, como explicitado na letra *d* do art. 11 comentado.

A prevalência da Norma Geral do Concurso sobre o ordenamento jurídico esportivo não só tem assento legal, como pela especificidade dos objetivos pretendidos pela primeira, tendentes a preservar o prestígio da instituição e a confiança do apostador, e ao apontar como ponto referencial básico o resultado do placar, identificou um dado objetivo, seguro, distante das valorações subjetivas e das controvérsias.

Em face de tudo quanto foi aduzido e deduzido e reportando-me ao venerando aresto trazido aos autos, da Egrégia Primeira Turma, relatado pelo eminente Ministro Moacir Catunda, acompanhado à unanimidade pelos seus pares, mantenho a sentença, negando provimento ao recurso do agravante-impe-trante.»

Com efeito, a solução da controvérsia pende, aqui, da verificação do exato conteúdo da súmula do juiz da partida, ao proclamar o resultado, ou a situação do jogo e seus incidentes.

Conforme se vê à fl. 23, sem qualquer contradita e já foi objeto de consideração no voto supra, na colenda Segunda Turma, «o árbitro não considerou vencedor o time que permaneceu em campo, nem deu a partida como encerrada no tempo regulamentar, como se comprova pela súmula, enviada pelo Presidente da Federação Piauiense de Desportos à Agência Noticiosa *Sport Press* via anexa. Disse o árbitro:»

«A presente partida fica encerrada aos 35 minutos do se-

gundo tempo, quando o placar acusava 1x0 em favor do E. C. Flamengo, por motivo de abandono de campo do mesmo E. C. Flamengo a fim de evitar a cobrança de um pênalti marcado em favor da S. E. Tiradentes.»

Se houvesse o juiz proclamado vitorioso o Tiradentes, na súmula, tornando-se esse resultado público e notório, seguindo o entendimento acima evidenciado, estaria o apelante com razão. Acontece, porém, que, segundo se colhe dos autos, o registro do juiz na súmula foi de placar favorável ao Flamengo e de ter a partida à altura dos 35 minutos sofrido interrupção, pelo afastamento do Flamengo de campo. Não houve encerramento da partida, no tempo regulamentar previsto para a competição, a teor do que estabelece o art. 11, da Norma Geral.

Do exposto, nego provimento ao recurso. Mantenho a sentença.

EXTRATO DA ATA

AMS. nº 74.728 — GB. Rel.: Senhor Min. José Néri da Silveira. Apte.: Mário Corrêa da Costa Neto. Apdo.: Caixa Econômica Federal.

Decisão: Por unanimidade negou-se provimento ao recurso (em 21 de junho de 1974 — 3ª Turma).

Os Srs. Mins. Sebastião Reis e Paulo Távora votaram com o Senhor Ministro Relator. Não compareceu, por motivo justificado, o Sr. Min. Henoch Reis. O Sr. Min. Paulo Távora, compareceu para compor *quorum* regimental. Presidiu o julgamento o Senhor Min. José Néri da Silveira.

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 75.629 — SP

Relator — O Exmo. Sr. Min. Jorge Lafayette Guimarães
Requerente — Companhia Paulista de Mineração
Requerido — Juiz Federal Substituto da 4ª Vara, *ex officio*

EMENTA

Mandado de segurança. Liminar em ação possessória.

Não cabe mandado de segurança contra decisão que indefere liminar em ação possessória, ou exige para a mesma justificação, diante do disposto pelo art. 5º, II, da Lei nº 1.533/51, e da admissibilidade de agravo de instrumento, contra qualquer decisão interlocutória, segundo o art. 522 do novo Código de Processo Civil.

Inadequação, frente a este dispositivo, da antiga jurisprudência, pela irrecorribilidade da decisão indeferitória de liminar, em ação possessória.

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

Acordam os Ministros que compõem o Plenário do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, em não tomar conhecimento do pedido de mandado de segurança, na foram do relatório e notas taquigráficas que passam a integrar este julgado. Custas de lei.

Brasília, 20 de fevereiro de 1975.
— Márcio Ribeiro, Presidente; Jorge Lafayette Guimarães, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. Jorge Lafayette Guimarães (Relator): A Companhia Paulista de Mineração impetrou mandado de segurança contra a decisão proferida pelo Juiz Federal Substituto, da 4ª Vara Federal, de S. Paulo, que na ação de reintegração de posse por ela movida contra Luciano Lunerdelli e outros, determinou, para a reintegração *initio litis*, a realização de justificação.

Esclarece que é titular do direito de lavra de jazida de caulim, argila e associados, numa área de 66,54hs, conforme o Decreto nº 14.008, de

17-11-43, Processo nº 2.713-42, do Departamento Nacional da Produção Mineral, o qual está em vigor, cumprindo a impetrante regularmente as obrigações impostas aos concessionários das riquezas do subsolo, de conformidade com o Código de Minas e o respectivo Regulamento (Decreto-lei nº 227, de 1967, e Decreto nº 62.934, de 1968), havendo sido imitada na posse da jazida.

Alega que, apossando-se os réus na ação, ilegalmente, da área da concessão, impedindo o prosseguimento da lavra, e a exploração da jazida, desde 24 de setembro de 1974, solicitou a reintegração *initio litis*, com fundamento não só no direito comum, mas prevalentemente no Código de Mineração, e ordenada pelo Juiz a justificação prévia (fls. 42), solicitou reconsideração; proferiu, então, o Juiz, o despacho de fls. 49, eivado de interrogações, pondo em dúvida a vigência do Decreto de Lavra, e facultando a prova de haver a impetrante satisfeito as exigências do Código de Mineração, e da inoccorrência da caducidade do mesmo Decreto, condicionando a reintegração liminar à prova cabal da legislação federal concedente da lavra.

Havendo a impetrante anexado aos autos declaração inequívoca do 2º Distrito do Departamento Nacional da Produção Mineral (fls. 55), quanto à vigência da concessão para lavra, veio a seguir o Juiz Substituto a proferir a decisão impugnada (fl. 70), onde, afirmando embora a existência de esbulho, negou a reintegração *initio litis*, por não provada a data daquele, violando assim as normas federais que regulam o aproveitamento e a exploração do subsolo, a partir da Constituição.

Sustenta haver sido desprezado o art. 590, § 2º, IV, do Código Civil, que considera a exploração de minas como de utilidade pública, e que é titular de uma posse *sui generis*, de caráter público, inconfundível com a posse privada, não se ajustando integralmente ao conceito do art. 485, do Código Civil, acrescentando que conferida pela União, cessa a mesma tão-somente nos casos previstos pelo Código de Mineração, caducidade e nulidade do Decreto de Lavra, e só o DNPM pode, nos casos de lei, exigir sua justificação.

Desenvolve alegações no sentido de que tem direito líquido e certo a não ser embaraçada em sua atividade, «o que somente é possível, quando surge o esbulho, mediante a medida liminar de reintegração de posse», e invoca o art. 87, do Código de Mineração, segundo o qual não se impedirá por ação judicial de quem quer que seja, o prosseguimento da pesquisa ou lavra, bem como o art. 61, do Regulamento do aludido Código, onde se declara que no caso de qualquer medida judicial não poderá haver embargo, arresto ou seqüestro, que resulte em interrupção dos trabalhos de lavra.

Concluiu pedindo a concessão do *writ* para cassação da decisão do Dr. Juiz, por constituir típico constrangimento ilegal a exigência de justificação.

Indeferida a suspensão liminar do ato (fls. 74), foram solicitadas informações, prestadas pelo Dr. Juiz através do ofício de fls. 78/81, onde sustenta o descabimento da segurança contra o indeferimento da reintegração liminar, conforme jurisprudência, relacionando acórdãos que a admitem, mas no caso de decisão concessiva, não da indeferitória, como na espécie.

Afirma, outrossim, que a impetrante não efetuou prova essencial para a obtenção da liminar, qual seja a de datar de menos de ano e dia o esbulho (art. 924, do CPC, e arts. 507 e 508 do Código Civil), e reiterou as suas decisões, acrescentando que o direito de exploração do subsolo não é direito que se exerça absolutamente e arbitrariamente, em detrimento absoluto dos proprietários do solo.

A ilustrada Subprocuradoria-Geral da República, pelo parecer de fls. 83/85, manifestou-se preliminarmente, pelo não cabimento do mandado de segurança, uma vez que de acordo com o novo Código de Processo Civil (art. 522), contra a decisão impugnada, que exigiu a justificação, para a reintegração *initio litis*, admissível era o agravo de instrumento, e se assim não fosse a hipótese seria típica de correição.

No mérito, opina pela concessão do *writ*, declarando não comportar a espécie a dúvida de ser a posse de mais de ano e dia, pois «trata-se de matéria regida pela Constituição e pelo Código de Minas — subsolo, jazida, mina, desviada da superfície, do solo, matéria cogitada pelo Código Civil», acrescentando (fls. 84/85):

«A posse do subsolo é da União Federal, exclusivamente (art. 168), que a concede por ato específico — Ato de Imissão de Posse (art. 67). O Excelso Pretório teve oportunidade de fixar através do RE. 76.373, rela-

tado na E. Turma pelo Ministro Xavier de Albuquerque, e no Colendo Tribunal Pleno pelo Ministro Djaci Falcão, os princípios sobre a matéria (aliás, alterando decisão desse R. Tribunal). O art. 507, do Código Civil, não é óbice, pois o seu parágrafo aponta e define o que é justo título. No caso, pelo poder de disponibilidade da União Federal (art. 168 da Constituição) somente ela ou quem ela titula tem posse sobre o subsolo; os demais, ainda que proprietários, podem exercer atos arbitrários, que não geram direitos. Ao proprietário do solo está ressalvada participação na lavra pelo dízimo e pelos danos da ocupação a indenização justa; por acordo ou por vistoria com arbitramento (art. 86 e 82 — Decreto-lei 227/67)».

É o relatório.

Voto

O Sr. Min. Jorge Lafayette Guimarães (Relator): Afastando-se do sistema do Código de Processo Civil de 1939, e da tradição do nosso Direito, que limitavam o cabimento dos agravos aos casos expressamente previstos em lei, o novo Código de Processo Civil estabeleceu, no art. 522, a regra da admissibilidade ampla do agravo de instrumento, contra as decisões interlocutórias, *verbis*:

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

Referem-se, outrossim, os artigos 504 e 513, únicas exceções ao cabimento do agravo, aos despachos de mero expediente, que são irrecorríveis, e às «sentenças», decisões pelas quais se põe termo ao processo, segundo conceitua o art. 162, § 1º, fazendo o

último dos citados dispositivos remissão, ainda, aos arts. 267 e 269, que enumeram as hipóteses de extinção do processo, com ou sem julgamento do mérito.

Por sua vez, define o art. 162, § 2º, do Código de Processo Civil, a decisão interlocutória como o ato pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente, enquanto são despachos (§ 3º) os demais atos do juiz, a cujo respeito a lei não estabelece outra forma.

Nessas condições, o ato ora impugnado, indeferitório da reintegração liminar de posse, prevista no art. 928, do CPC, constitui, sem dúvida, uma decisão interlocutória, impugnável através de agravo de instrumento, o que conduz ao descabimento do mandado de segurança, como reconhece o parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República.

Se assim não fosse, aliás, cabível seria correção, nos termos do art. 6º, I, da Lei nº 5.010, de 1966, como também acentua o mesmo parecer, com toda a propriedade.

Daí impor-se a aplicação à espécie da norma do art. 5º, II, da Lei nº 1.533, de 1951, segundo o qual

«Não se dará mandado de segurança quando se tratar:

.....

II — de despacho ou decisão judicial, quando haja recurso previsto nas leis processuais ou possa ser modificado por via de correção.»

É de notar, outrossim, que diante da orientação exposta, adotada pelo novo Código de Processo Civil, e do disposto em seu art. 522, consagrando a admissibilidade de agravo de instrumento contra qualquer decisão interlocutória, não mais pode ser invocada

a antiga jurisprudência, pela irrecorribilidade da decisão que indeferia a medida possessória *initio litis*.

Em conseqüência, preliminarmente, não conheço do mandado de segurança.

EXTRATO DA ATA

MS. nº 75.629 — SP. Rel: Sr. Min. Jorge Lafayette Guimarães. Reqte: Cia. Paulista de Mineração. Reqdo: Juiz Federal Substituto da 4ª Vara.

Decisão: À unanimidade, não se tomou conhecimento do pedido de mandado de segurança. Não tomou parte no julgamento o Sr. Min. Moacir Catunda (em 20-2-75 — T. Pleno).

Os Srs. Mins. Paulo Távora, Aldir Passarinho, Otto Rocha, Amálio Benjamin, Armando Rollemberg, Peçanha Martins, Décio Miranda e Jarbas Nobre votaram com o Sr. Ministro Relator. Não compareceu, por motivo justificado, o Sr. Min. Néri da Silveira. Presidiu o julgamento o Sr. Min. *Márcio Ribeiro*.

EMBARGOS NA APELAÇÃO CÍVEL Nº 22.855 — SP

Relator — O Exmo. Sr. Min. Jarbas Nobre
Revisor — O Exmo. Sr. Min. Henrique d'Ávila
Embargantes — João Pereira Rodrigues de Moraes, sua mulher e outros
Embargada — União Federal

EMENTA

Ação de usucapião. Posse vintenária sobre a gleba. Alegação de estar a área usucapiada em terras da União.

Provada, na justificação prévia e no decorrer da ação, a posse vintenária dos autores sobre área cercada, a simples alegação de pertencerem as terras à União, desacompanhada de qualquer prova, não basta para negar aos requerentes o reconhecimento jurídico de usucapião.

Embargos recebidos.

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

Decide o Pleno do Tribunal Federal de Recursos receber os embargos, vencidos os Srs. Ministros Relator, Revisor, Antônio Neder e Peçanha Martins, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Custas de lei.

Brasília, 10 de setembro de 1974.
— *Armando Rollemberg*, Presidente;
Márcio Ribeiro, Relator designado.

RELATÓRIO

O Sr. Min. *Jarbas Nobre* (Relator): A Terceira Turma deste Tribu-

nal, pelo Acórdão que está às fls. 223, Relator o Ministro Cunha Mello, decidiu:

«Lide por usucapião. Se versa sobre terras em parte inusucapiáveis, porque do Patrimônio Nacional, só uma demarcatória, intencada pelos que se dizem posseiros trintenários, poderá fazer joeiramente, superar o que é do Estado, definindo e tranqüilizando a posição de usucapientes, dos autores, sobre o restante. Sem isso, antes disso, no caso especial, não terá virtude operante o reconhecimento jurídico de usucapião.»

Foi voto vencido o do Ministro Márcio Ribeiro (fls. 221):

«Os autores na justificação prévia e no decorrer da ação provaram sua posse vintenária sobre a gleba objeto da ação.»

A União afirmara, no ofício de fls. 111:

«O imóvel pretendido está localizado em zona onde existem bens imóveis da União, confiscados aos jesuítas, presumindo-se assim tratar-se de próprio nacional.»

«Entretanto, não demonstrou por prova pericial ou outra qualquer a veracidade desta afirmação.»

A simples presunção não justificaria sequer a consignação da ressalva ora reclamada no recurso voluntário.»

Os embargos fundam-se neste voto. Neles, ressaltam os embargantes, que é vaga a expressão «situado na zona», para se aquilatar que os imóveis sejam um só ou menos parte de um só todo. Que é fato notório que o bairro da Ressaca, na freguesia de M. Boy, é um dos maiores em extensão territorial na Comarca de Itapeçerica da Serra; que os jesuítas estiveram localizados no atual Município do Embu, na Fonte dos Jesuítas, distante 5 quilômetros do bairro da Ressaca; que o usucapião requerido objetiva acertar as divisas de 3 glebas de terra, uma com a área de 12.100m², a segunda com a área de 36.330m² e a última com a área de 61.254m², situada no meio das duas anteriores, formando um só todo; que é inconcebível que os jesuítas tivessem terras exatamente no meio das duas propriedades dos embargantes, e que ao serem confiscadas pela União esta tivesse permitido que durante 60 anos lá residissem posseiros

sem serem molestados; que a prova produzida é no sentido de que os embargantes são proprietários e possuidores do terreno usucapiendo (títulos de domínio de fls. 14 e 16), laudos periciais, fotografias de fls. 161 e 162, benfeitorias existentes no imóvel; que não há prova de que a área usucapienda é próprio da União e que os terrenos em causa foram confiscados aos jesuítas que, insistem, viveram no bairro da Ressaca, quando é certo que eles se localizam no Município do Embu, distante cerca de 5 quilômetros do terreno usucapiendo.

A Subprocuradoria-Geral da República pede a rejeição dos embargos para que os embargantes se sujeitem a, em ação de demarcação, comparem os títulos dos lindeiros.

É o relatório.

VOTO

O Sr. *Min. Jarbas Nobre* (Relator): João Pereira Rodrigues de Moraes e suas irmãs Eva e Esmeralda receberam, por herança de seu pai, José Pereira Rodrigues de Moraes, «uma parte no valor da casinha no lugar denominado bairro da Ressaca, freguesia de M. Boy, município de Itapeçerica desta Comarca, com o seu terreno de cultura em volta e que tem as divisas seguintes: principia em uma valeta que está na beira do córrego, dividindo com terras de João Teixeira de Araújo e da viúva D. Gertrudes Maria das Dores, sobe direto até encontrar outra valeta e desta sobre rumo direito até dar noutra valeta que está na beira do caminho que vai dar na casa de espólio, e desta sobre um pouco pelo dito caminho até dar no centro da lomba e desta quebra à direita e segue pelo centro da lomba até encontrar as divisas de João Teixeira de Araújo e daí quebra à direita e desce dividindo com mesmo João Teixeira de Araújo até

o córrego e desce por este até frontear a valeta onde começou» (fls. 7/8).

Gertrudes Maria das Dores, nos mesmos autos de inventário de José Pereira Rodrigues de Moraes, em pagamento de sua meação, recebeu «uma parte no valor da casinha no lugar denominado do Bairro da Ressaca, freguesia de M. Boy, município de Itapeçerica desta Comarca com o seu terreno de cultura em volta e que tem as divisas seguintes: principia em uma valeta que está na beira do córrego dividindo com João Teixeira de Araújo e com os órfãos Esmeralda, João e Eva, sobre uma valeta até sair no caminho, segue por este a dar no centro da lomba, quebra à direita e segue dividindo com ditos órfãos até as divisas de João Teixeira, quebra à esquerda e desce dividindo com o mesmo João Teixeira através da estrada e desce dividindo por uma restinga até o córrego, sobe pelo córrego até uma cabeceira, daí segue pelo centro da barroca dividindo com João Caquito até encontrar terras de Benjamin Camargo, quebra à esquerda e sobe dividindo com o dito Benjamin, atravessa a estrada e sobe por umas valetas até dar no centro do espigão, quebra à direita e segue pelo centro do espigão, até encontrar terras de Gregório Rodrigues, desce dividindo com terras do mesmo Gregório por uma valeta, até dar no caminho, atravessa este e desce a dar num buracão e daí desce pelo correçozinho a cair num outro córrego que faz barra, sobe pelo córrego até frontear a valeta onde começou».

Houve, também, um «terreno de um alqueire mais ou menos, no bairro da Ressaca, freguesia de M. Boy, município de Itapeçerica, desta Comarca, que tem as divisas seguintes: principia no córrego defronte a uma valeta e segue a dar na dita valeta dividindo com terras de Ignácio Rodrigues de Moraes, daí sobe até encontrar ter-

ras de Antônio Raphael do Amaral e segue dividindo com este até encontrar terras do finado Ignácio Antônio de Moraes por uma valeta até dar num pau de canela, e deste quebra à direita, segue por uma restinga dividindo com terras do finado referido Ignácio de Moraes, até encontrar terra de Gregório Rodrigues, quebra à direita, desce pela restinga e valetas dividindo com o referido Gregório Rodrigues até no córrego e desce pelo córrego até dar defronte à valeta onde começou» (fls. 9-11).

As certidões acima referidas, extraídas dos autos de inventário de José Pereira Rodrigues de Moraes, datam de 10 de agosto de 1917.

Por elas, a não ser com referência ao último terreno descrito, que mediria um alqueire, mais ou menos, quanto aos demais não há alusão às suas áreas.

Diz-se na inicial que Gertrudes Maria das Dores teria alienado de sua meação dois alqueires a Nathanael Weishaupt Domingues, assim dividido e confrontado: «principia numa valeta que está na beira do caminho, no centro da lomba, e desta segue pelo centro da lomba, seguindo por valetas até encontrar terras de João Teixeira de Araújo, daí quebra à esquerda e desce seguindo por uma restinga até a estrada, atravessando esta desce direito até o córrego, quebra à esquerda e sobe o córrego até a cabeceira e desta desce pelo centro da barroca, dividindo com João Rodrigues Cavalheiro, até encontrar com terras de Benjamin de Camargo em uma valeta, e desta quebra à esquerda e sobe por umas valetas até o espigão, dividindo com terras da mesma transmitente e quebra à esquerda e segue pelo centro do espigão até dar onde começou» (fls. 17).

Com o falecimento de Gertrudes Maria das Dores, mãe e sogra dos au-

tores, e de Eva, irmã e cunhada dos mesmos, esta em estado de solteira, os A. e sua irmã Esmeralda Ribeiro Antunes casada com José Ribeiro Antunes, partilharam os bens por escritura pública (fls. 14/15), escritura esta não registrada na circunscrição imobiliária porque a inventariada não possuía a área de 61.254,23m².

Como se há verificado do acima descrito, não só a área que os A. adquiriram, como sua própria localização, é incerta de relembrar-se que entre as marcas divisórias há valetas, buracão, restinga, pau de canela e outras indicações vagas e imprecisas. Daí porque, em boa hora, o registro imobiliário se recusou em registrar a escritura de partilha de fls.

A apuração de áreas e suas confrontações, como sabido, não se faz através de processo de usucapião. Certa, portanto, a tese esposada pelo Acórdão embargado no sentido de que somente uma demarcatória poderia apurar o que é dos A. e o que é da União Federal.

Os A., sem o acompanhamento de provas, afirmam que as terras usucapidas distam cerca de 5 quilômetros daquelas confiscadas aos jesuítas. Tudo isto, porém, está muito vagamente demonstrado, e sem a devida comprovação.

Isto posto, e também porque em ação de usucapião as terras deverão estar perfeitamente individuadas, localizadas e confrontadas, o que não se verifica na espécie, rejeito os embargos.

Voto

O Sr. Min. Márcio Ribeiro: Sr. Presidente, *data venia* recebo os embargos, de acordo com o voto que proferi no julgamento da apelação.

EXTRATO DA ATA

EAC. n^o 22.855 — SP. Rel: Min. Jarbas Nobre. Rev: Min. Henrique d'Ávila. Embtes: João Pereira Rodrigues de Moraes, sua mulher e outros. Embda: União Federal.

Decisão: Após os votos dos Srs. Ministros Relator, Revisor, Godoy Ilha, Antônio Neder, Esdras Gueiros, Henoch Reis e Peçanha Martins, rejeitando os embargos, e dos Srs. Mins. Márcio Ribeiro e Moacir Catunda, recebendo-os, adiou-se o julgamento em virtude do pedido de vista do Sr. Min. Décio Miranda, aguardando o Sr. Min. Néri da Silveira (em 18-3-71, T. Pleno).

Presidiu o julgamento o Sr. Min. Armando Rollemberg.

VOTO — VISTA

O Sr. Min. Décio Miranda: Trata-se de ação de usucapião com todos os visos de seriedade, de terras sobre as quais em grande parte já possuem título hereditário os promoventes, filiado à transcrição no Registro de Imóveis, fls. 165.

Em 11-2-57 a Fazenda Nacional oficiou ao Juízo, nos seguintes termos:

«Com referência à contrafé expedida por esse MM. Juízo, em que é interessado João Pereira Rodrigues, relativa à ação de usucapião por ele proposta, tendo em vista imóvel situado no Bairro da Ressaca, Freguesia de M. Boy, Município de Itapeçerica da Serra, comunico a V. Exa. que, possuindo a União terras de antigos aldeamentos de índios nesse Município, está o Serviço de Patrimônio da União coligindo dados a fim de poder pronunciar-se melhormente sobre o assunto» (folhas 100).

Em 26-6-57 a Fazenda Nacional oficiou ao Dr. Juiz da Vara de Registros Públicos, por onde se processava a ação, nos seguintes termos:

«Com referência à ação de usucapião requerida por João Pereira Rodrigues de Moraes nesse Juízo, e em face da informação prestada pela Delegacia do Serviço do Patrimônio da União em seu ofício nº 413, de 22 do corrente, o imóvel pretendido está localizado em zona onde existem bens imóveis da União confiscados aos jesuítas, presumindo-se, assim, tratar-se de próprio nacional.

Daí se conclui ser visível o interesse da União no caso, o que torna preventa uma das Varas do Juízo dos Feitos da Fazenda Nacional em São Paulo, por onde deve prosseguir o feito» (folhas 111).

A partir daí, nenhum documento, nenhuma prova, nenhum histórico, nada, absolutamente nada, juntou ou trouxe aos autos a União Federal para demonstrar o seu interesse na causa, muito embora tenha o Dr. Procurador da República, Dr. Fábio Andrada, mais tarde, retirado os autos de cartório em 18-11-57, só os devolvendo em 7-7-60, fls. 122.

Era, pois, de ser julgada procedente a ação, na qual foi produzida prova pericial, documental e testemunhal que satisfizesse o Juiz de Direito, Dr. Jurandyr Nilson, fls. 200, já que os confrontantes, citados, não contestaram, e o único que alegou certa divergência de limites acertou-a com os promoventes.

Apelou somente a União, sem nada acrescentar, de concreto, à sua vazia alegação de interesse (fls. 203).

Na Egrégia Terceira Turma, no estudo destes alentados autos já então

de 220 páginas, divergiram os Srs. Ministros Djalma da Cunha Mello, Relator, e Márcio Ribeiro, Revisor, acompanhado o primeiro pelo Sr. Ministro Henoch Reis.

O Relator proferiu o seguinte voto:

«A lide veio da circunstância de não cobrirem os títulos dos autores toda a faixa de terra de que se dizem posseiros, e há trinta anos ou mais.

Ocorre porém que a sentença não atentou para uma circunstância... A área objetivada pela demanda abrange, no todo ou em parte, terras que o Governo confiscou aos jesuítas, e que passaram a integrar o Domínio da União (fls. 111), tornando-se, por força de lei inusucapíveis.

Desse modo, só uma demarcatória poderia fazer luz sobre o assunto.

Condiciono a isso a pretensão favorecida pela sentença de folhas 199 verso e 200.

Dou assim provimento em parte aos recursos» (fls. 220).
O Revisor se manifestou nestes termos:

«Os autores na justificação prévia e no decorrer da ação provaram sua posse vintenária sobre a gleba objeto da ação.

A União afirmara, no ofício de fls. 111:

«O imóvel pretendido está localizado em zona onde existem bens imóveis da União, confiscados aos jesuítas, presumindo-se assim tratar-se de próprio nacional».

Entretanto, não demonstrou por prova pericial ou outra qual-

quer a veracidade desta afirmação.

A simples presunção não justificaria sequer a consignação da ressalva ora reclamada no recurso voluntário.

Nego provimento aos recursos» (fls. 221).

Vieram com embargos os promoventes, que, segundo entendo, devem ser recebidos, para que prevaleça o voto do Sr. Ministro Márcio Ribeiro, pois, como S. Exa., vi bem provados nos autos a posse, e em certa porção até mesmo o domínio, mais que trintenários, dos promoventes e seus antecessores.

Não podia ser provida, ainda que em parte, a apelação da União, para o fim de subordinar o êxito dos autores a uma demarcatória, eis que a União nem provou domínio, nem posse, quer sobre a gleba objeto de pedido, quer sobre qualquer gleba confrontante ou próxima.

Tudo não passou de alegação, inteiramente vazia, despida, mesmo, da menção de qualquer fato do qual se pudesse induzir a realidade de seu interesse.

O Sr. Ministro Jarbas Nobre deixa de receber os embargos, recusando aos promoventes direito de usucapião independente de demarcação, por serem feitas em termos vetustos as descrições das glebas compreendidas nos pedidos.

Mas era assim que se descreviam os terrenos à época, e isso não impediu que, na base dessas descrições, se apresentem nos autos várias plantas, fls. 12, 13, 90 (esta apresentada por um dos confrontantes, seguida de transcrição no Registro de Imóveis da vetusta descrição, fls. 91), plantas aquelas duas primeiras que o perito dos autores,

fls. 157, afirmou estarem de acordo com o terreno usucapiendo.

E com o laudo do perito dos autores concordou o perito da União, folhas 176.

Diante dessa situação, não vejo como podia ser provida a apelação da União, que não fez a mínima demonstração de seu interesse.

E da fundamentação do douto voto do Relator dos embargos ousou divergir, porque a descrição vetusta do terreno, embora pareça, à primeira vista, imprecisa, era a usada na época, era a que figurou nos inventários e era a que obteve transcrição no Registro de Imóveis, como se vê de fls. 16, 91, 165.

Recebo os embargos para restaurar em seus exatos termos a sentença que julgara procedente a ação.

RETIFICAÇÃO DE VOTO

O Sr. *Min. Godoy Ilha*: Peço vênha para retificar o meu voto, porque já sustentei, em longo pleito, ainda submetido à decisão definitiva do Egrégio Supremo Tribunal Federal, que já não mais pertence à União os terrenos dos chamados aldeamentos de índios. Antes de a Constituição de 1891 transferir aos Estados o domínio das terras devolutas, já uma lei imperial atribuíra o domínio dos chamados aldeamentos de índios aos Municípios e à antiga Província de São Paulo.

Fico, portanto, Sr. Presidente, com o brilhante voto do eminente Ministro Décio Miranda, recebendo os embargos.

RETIFICAÇÃO DE VOTO

O Sr. *Min. Esdras Gueiros*: Senhor Presidente.

Peço a palavra pela ordem.

Quero reconsiderar o meu voto anterior, para ficar de acordo com o voto agora proferido pelo eminente Sr. Ministro Décio Miranda, recebendo assim os embargos, convencido que estou agora diante da fundamentada exposição feita por S. Exa.

RETIFICAÇÃO DE VOTO

O Sr. Min. Henoch Reis: Senhor Presidente, peço a palavra pela ordem para retificar-me duas vezes. Primeiro, porque fui componente da Turma, com o Ministro Cunha Mello, Relator da Apelação Cível, como Vogal, aqui votei, rejeitando os embargos.

Entretanto, diante da argumentação sólida, do estudo perfeito que acaba de fazer o Sr. Ministro Décio Miranda, também me retifico, agora, recebendo os embargos.

EXTRATO DA ATA

EAC. nº 22.855 — SP. Rel.: Min. Jarbas Nobre. Rev.: Min. Henrique d'Ávila. Embtes.: João Pereira Rodrigues de Moraes e sua mulher e outros. Embda.: União Federal.

Decisão: Prosseguindo-se no julgamento, após o voto do Sr. Min. Décio Miranda, recebendo os embargos, e manifestando-se no mesmo sentido os Srs. Mins. Godoy Ilha, Esdras Gueiros e Henoch Reis, retificando seus votos, adiou-se o julgamento em virtude do pedido de vista do Sr. Min. Néri da Silveira (em 15-4-71 T. Pleno).

Presidiu o julgamento o Sr. Min. Armando Rollemberg.

VOTO — VISTA

O Sr. Min. José Néri da Silveira: Os casais de João Pereira Rodrigues de Moraes e José Ribeiro Antunes ajuizaram ação de usucapião, na comarca

de São Paulo, relativamente à parte do imóvel, com área global de 109.654 m², constituído de três glebas, assim discriminadas: a) a primeira, com 12.100 m², onde existe uma casa; b) a segunda, com 36.330 m², ambas já transcritas em nome dos AA. na 10ª Circunscrição de Imóveis, de São Paulo; c) a terceira, «que fica no meio das demais» (*sic*), com a área de 61.254,23 m², possuindo o imóvel, no seu todo, atualmente, as seguintes confrontações (fls. 3 v.):

«partindo-se do marco inicial, cravado além da grota (buracão), onde existiu uma árvore da caneleira, segue por uma reta até o marco 5A, dividindo com Gregório Rodrigues; daí defletindo à direita, segue até o marco 18 dividindo com Benjamim Camargo; daí, segue atravessando o caminho que vai da estrada à casa, até a estaca 20; dividindo com Nathanael Weishaupt Domingues, dali defletindo à direita, segue até a estaca 25, cravada na margem do córrego; daí segue pelo córrego abaixo até a confluência com outro córrego, dividindo com João Teixeira de Araújo; daí pelo córrego acima até o marco 44, cravado no princípio da grota (buracão); daí defletindo à direita, segue pelo lado esquerdo da grota, até o ponto onde começaram estas divisas, dividindo com Gregório Rodrigues».

Através da ação, pretendem regularizar seu título dominial acerca do imóvel, «principalmente» (*sic*) quanto à gleba de 61.254,23 m².

Alegam haver adquirido o imóvel na sucessão da mãe e sogra dos autores, Gertrudes Maria das Dores, o qual se situa no Bairro da Ressaca, Freguesia de M. Boy, Município de Itapece-

rica da Serra, não tendo, porém, logrado registrar os formais de partilha, na 10ª Circunscrição de Imóveis, «por alegar aquele registro que a inventariada não possuía aquela área pleiteada pelos autores, isto é, 61.254,23 m²» (*sic*) (fls. 2 v.). Sustentam ter ocorrido erro no registro anterior do imóvel, pois «o terreno dos autores foi registrado com 2 alqueires, quando em verdade possuem e ocupam 4 alqueires e meio, ou sejam, 109.654 metros quadrados». O inventário da mãe e sogra dos autores foi processado em outubro de 1946, perante a 16ª Vara Cível de São Paulo, juntamente com o de sua irmã Eva Pereira Domingues, falecida em estado de solteira. Aduzem que, «tanto os autores, como seus pais, sempre pagaram os impostos que recaíram sobre os imóveis acima mencionados, que constituem um só todo, assim como, desde sua aquisição, sempre nele exerceram posse mansa, pacífica e ininterrupta, tendo residido na casa e explorado as terras com cultivo de plantas, cereais e hortaliças».

A Fazenda do Estado manifestou seu desinteresse no feito (fls. 80), enquanto a União, às fls. 100, asseverou que, possuindo terras de antigos aldeamentos de índios no Município de Itapeperica da Serra, onde situado o imóvel usucapiendo, estava o SPU «coligindo dados a fim de poder pronunciar-se melhormente sobre o assunto» (*sic*), comunicando, a seguir, às folhas 111, o Procurador-Chefe da Fazenda Nacional em São Paulo estar dito imóvel «localizado em zona onde existem bens imóveis da União confiscados aos jesuitas, presumindo-se, assim, tratar-se de próprio nacional» (*sic*).

Procedida prova pericial, o experto indicado pela União Federal (folhas 176) concordou com as conclusões do laudo do perito dos AA., de fls.

156 a 160. Pois bem, aí, se esclarece que os AA. exercem a posse sobre «a área total do imóvel» (fls. 158), nele existindo, além da casa que é de «pau a pique com três (3) cômodos e cozinha, coberta de telhas comuns e piso de terra» (*sic*), plantações, tais como, roça de milho, laranjeiras, mexeriqueiras, limoeiros, mamoeiros, bananeiras, hortaliças etc., bem assim galinheiros, cercas de arame, poço etc. (folhas 158/159). Explicitou, outrossim, a perícia, que o imóvel é constituído de três glebas, «que compõem um só todo» (*sic*), com a área de 109.654 m², ou quatro alqueires e meio (fls. 156), dos quais não constam transcritos no Registro de Imóveis 61.254,00 m² (2,53 alqueires), ou seja, a gleba localizada no centro das terras (fls. 157 e 160).

Não chegou, assim, a perícia, a qualquer verificação no que concerne às alegações da União Federal. Esta, à sua vez, nenhum documento trouxe a confirmar a assertiva segundo a qual o imóvel usucapiendo seria presumivelmente parte de terras confiscadas aos jesuítas.

Trata-se, de outra parte, de gleba devidamente cercada, conforme esclarecem as testemunhas que depuseram às fls. 190 e 190v./191.

Também o perito e as testemunhas afirmam a posse dos AA., por si e seus pais, de mais de trinta anos. O documento de fls. 16 evidencia estarem transcritas, no Registro de Imóveis da 10ª Circunscrição da Comarca da Capital de São Paulo, duas partes integrantes do todo que compõe o imóvel, objeto da demanda.

Dando a sentença pela procedência da ação, e não reconhecendo comprovada a alegação da União Federal, de notar é que, no recurso de folhas 203/204, esta não opõe senão reparo especial aos termos do dispositivo da

sentença, qual seja, a necessidade de constar do decisório a ressalva, com base no art. 200, do Decreto-lei número 9.760, de 1946, dos «direitos da União sobre os terrenos do seu patrimônio que não podem ser objeto de usucapião». Dessa sorte, a União não contesta a existência de posse mansa e pacífica, pelo tempo necessário à aquisição do domínio por usucapião, como pleiteado na inicial. O mesmo se verifica do parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República (fls. 215), nesta Superior Instância.

Acontece, porém, que, na colenda Terceira Turma, onde julgados os recursos, aos quais se deu provimento parcial, emprestou o Relator, Sr. Ministro Djalma da Cunha Mello, com a adesão do ilustre Ministro Henoch Reis, especial ênfase à informação de fls. 111, quanto à eventual origem das terras, para condicionar a pretensão favorecida pela sentença a uma demarcatória onde se poderia, na expressão do voto vencedor, «fazer luz sobre o assunto» (*sic*), sintetizando-se, outrossim, na ementa do aresto, às folhas 223, tal entendimento, *verbis*:

«Lide por usucapião. Se versa sobre terras em parte usucapíveis, porque do Patrimônio Federal, só uma demarcatória, intentada pelos que se dizem posseiros trintenários, poderá fazer joeiramento, superar o que é do Estado, definindo e tranqüilizando a posição de usucapientes dos autores, sobre o restante. Sem isso, antes disso, no caso especial, não terá virtude operante o reconhecimento jurídico de usucapião».

Ora, data venia, essa ressalva não pode efetivamente vingar, *in hoc casu*. Em primeiro lugar, cumpria se houvesse provado que a gleba usucapienda, parte de área maior já parcialmente re-

gistrada, em favor dos embargantes, estava em realidade localizada em terras da União. Não se contesta o domínio dos AA., quanto às duas outras partes do imóvel, sendo uma de 12.100 m² e a outra de 36.330 m², que constituem um todo, qual esclarecido na perícia, com a área objeto da peça vestibular. Se fosse aceitável a solução, por presunção, pretendida no recurso e acolhida em termos no aresto embargado, força seria entender-se que as duas outras frações de terras, entre as quais se localiza a usucapienda, ficariam, por igual, compreendidas pela cláusula na letra do recurso ou pela demarcatória, na linha da solução fixada pela Turma. Compreendo que a demarcatória determinada no acórdão somente mereceria acolhimento, se e quando provado que a área dos AA. está efetivamente situada em gleba maior da qual a União teria parte. Isso entretanto não pode ser admitido, sob forma de presunção, como se afirma no citado documento de fls. 111.

Fico, portanto, com os eminentes Ministros que recebem os embargos dos AA., para restaurar a sentença, que deu pela procedência da ação, adotando, outrossim, os fundamentos do voto vencido do ilustre Ministro Márcio Ribeiro, às fls. 221, *in verbis*:

«Os autores na justificação prévia e no decorrer da ação provaram sua posse vintenária sobre a gleba objeto da ação.

A União afirmara, no ofício de folhas 111:

«o imóvel pretendido está localizado em zona onde existem bens imóveis da União, confiscados aos Jesuítas, presumindo-se assim tratar-se de próprio nacional».

«Entretanto, não demonstrou por prova pericial ou outra qual-

quer a veracidade desta afirmação.

A simples presunção não justificaria sequer a consignação da ressalva ora reclamada no recurso voluntário.

Nego provimentos aos recursos».

Recebo, pois, os embargos.

EXTRATO DA ATA

EAC nº 22.855 — SP. Rel.:
Min. Jarbas Nobre. Rev.: Min. Hen-

rique d'Ávila. Embtes.: João Pereira Rodrigues de Moraes e sua mulher e outros. Embda.: União Federal.

Decisão: Prosseguindo-se no julgamento, receberam-se os embargos, vencidos os Srs. Ministros Relator, Revisor, Antônio Neder e Peçanha Martins (em 10-9-74 T. Pleno).

Os Srs. Mins. Moacir Catunda, Décio Miranda, Godoy Ilha, Esdras Gueiros, Henoch Reis, Néri da Silveira votaram de acordo com o Sr. Min. Márcio Ribeiro. Presidiu o julgamento o Sr. Min. *Armando Rollemberg*.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 26.736 — GB

Relator — O Exmo. Sr. Min. Jorge Lafayette Guimarães

Revisor — O Exmo. Sr. Min. Otto Rocha

Apelantes — Raimundo Coelho de Abreu Rocha e outros

Apelada — Fundação IBGE

EMENTA

Uniformização de Jurisprudência. Enquadramento; Lei nº 4.069. Constituição de 1967, art. 177, § 2º.

Indeferimento do pedido de uniformização de jurisprudência, se não ocorre divergência, já manifestada, entre decisões de Turmas diferentes.

O art. 23, parágrafo único, da Lei nº 4.069-62, só beneficia o servidor admitido até a data de sua vigência, em função de caráter permanente; improcedência da ação, pois somente com a Lei nº 4.789-65, o Serviço Nacional de Recenseamento, onde serviam os autores, tornou-se permanente.

O art. 177, § 2º, da Constituição de 1967, apenas concedeu estabilidade, sem envolver enquadramento como funcionário público, do servidor regido pela CLT.

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

Acordam os Ministros que compõem a Primeira Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, preliminarmente, em homologar as desistências manifestadas por Raimundo Coelho de Abreu Rocha e Therezinha

Nunes Machado, e em indeferir o pedido de uniformização da jurisprudência; e, no mérito, em negar provimento ao recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas que passam a integrar este julgado. Custas de lei.

Brasília, 21 de março de 1975.
— *Moacir Catunda*, Presidente, *Jorge Lafayette Guimarães*, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. Jorge Lafayette Guimarães (Relator): A sentença do Juiz Federal Dr. Evandro Gueiros Leite assim expôs a controvérsia (fls. 116-117)

«Raimundo Coelho de Abreu Rocha, Alva Vitória Monteiro Faria, Amélia Gonçalves de Castro, Antônio Zacarias Monteiro, Eduardo Barros de Oliveira, Helena Iani Fernandes dos Anjos, Helena Moreira Cardoso, Ivan Barsanti, Joana D'Arc Gomes Borges, João Bahiense D'Almeida Victor, Julieta Jupter Figueiredo, Luís Alves Nóbrega, Maria Elcira Barreto Araújo, Maria de Lourdes Pereira Viegas, Nair Vasconcelos da Cunha, Nazareth dos Santos, Nelinda Neto Santos, Neuza Therezinha Gomes de Menezes, Roberto Duarte, Terezinha Frota Sá, Terezinha Nunes Machado, Tomaz José de Souza, Waldir da Silva e Yara Dias Seabra propõem esta Ação Ordinária contra o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (atualmente Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística) para obter o seu enquadramento na forma do art. 23, parágrafo único, da Lei nº 4.069, de 11 de junho de 1962. O direito pleiteado administrativamente pelo primeiro autor não obteve êxito. O réu argumentou com a inaplicabilidade da disposição legal invocada aos servidores temporários admitidos no Serviço Nacional de Recenseamento, também de natureza temporária. Mas, o art. 23, parágrafo único, citado, não admite essa restrição, pois dispõe, amplamente, que os servidores que contem ou venham a contar cinco anos de efetivo exercício em ativi-

dade de caráter permanente, serão enquadrados, qualquer que seja a forma de admissão ou pagamento. Ora, o serviço nacional de recenseamento não pode ser considerado de caráter transitório, sendo a orientação iterativa da nossa jurisprudência no sentido da sua natureza permanente a exemplo das decisões do Dr. Ivanio da Costa Carvalho Caiuby transcritas às fls. 31-34, confirmadas pelo Supremo Tribunal Federal, no RE nº 40.050. Depois, em face de tantos e tão sucessivos pronunciamentos judiciais, veio a furo a Lei nº 4.789, de 14 de outubro de 1965 (art. 1º), estabelecendo que o Serviço Nacional de Recenseamento (SNR) ficava instituído como órgão de natureza permanente, integrado na estrutura do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Aplica-se, finalmente, ao caso dos autores, o disposto no art. 177, § 2º, da Constituição do Brasil. Pediram a procedência da ação com base nesses fundamentos e na documentação junta às fls. 7-65. Citado, contestou o réu (fls. 71-77), apoiando-se em parecer-padrão da Divisão de Regime Jurídico do Pessoal do Departamento Administrativo do Serviço Público, por onde se vê que a admissão daquele pessoal teve por finalidade o aceleramento dos trabalhos de apuração e conclusão do censo geral do país, assim não se configurando o caráter permanente das suas atividades (fls. 72-3). Também fez uso de decisões dos Drs. Manoel A. de Castro Cerqueira e Wellington Moreira Pimentel, das antigas Varas da Fazenda Nacional, proferidas em casos semelhantes e onde se lê que a admissão dos interessados (em cada cargo)

se dera para o desempenho de funções transitórias, para atender a uma necessidade eventual do serviço de recenseamento (fls. 74 e 75). Sobre o art. 177, § 2º, da Constituição do Brasil, esclareceu, também, a diferença entre funcionários interinos e servidores sujeitos à legislação trabalhista, no que se relaciona com as conseqüências legais da estabilidade. Assim, quanto aos da segunda categoria, a estabilidade, se adquirida, não os transforma em funcionários públicos. Pediu a improcedência, replicando, em seguida, os autores (fls. 79-80), e falando a União Federal (fls. 83). O processo foi saneado às fls. 88 e deferidas provas orais, vindo aos autos documentação trazida pelo réu, já na qualidade de Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (fls. 91-106), e pelos autores, com requerimento junto por linha.»

Foi julgada improcedente a ação, com a condenação dos autores nas custas e honorários de advogado, arbitrados em 20% sobre o valor dado à causa (Cr\$ 500,00), afirmando a sentença a qualidade de «pessoal temporário» dos mesmos, à época de suas admissões, e ainda na vigência da Lei nº 4.069, de 1962, e negando aplicação a esta, que pressupõe atividade permanente, bem como ao art. 177, § 2º, da Constituição de 1967, que segundo a sentença não beneficia os que não eram funcionários públicos, mas simples admitidos pelo regime da CLT, e concluiu ainda afirmando que a Lei nº 4.789, de 1965, pela qual o Serviço de Recenseamento foi tornado permanente, não pode retroagir.

Apelaram os autores (fls. 122-126), desenvolvendo suas alegações, e acentuando que segundo decisões

judiciais, e pronunciamento da Coordenação do Serviço Nacional de Recenseamento, não há transitoriedade deste.

A Fundação IBGE e a União Federal ofereceram razões de apelados (fls. 132-136 e 137), sustentando a primeira não incidir a Lei nº 4.069, de 1962, por não se tratar de atividade permanente, e que o art. 177, § 2º, da Constituição de 1967, apenas assegura estabilidade ao servidor, mantida a respectiva categoria jurídica, enquanto que a União declarou subscrever as razões da ré.

Neste Tribunal oficiou a douta Subprocuradoria-Geral da República, que pelo parecer de fls. 141-142 pediu o não provimento da apelação.

É o relatório.

ADITAMENTO AO RELATÓRIO

O Sr. *Min. Jorge Lafayette Guimarães* (Relator): Em aditamento ao relatório de fls. 145-147, que mantenho, acrescento que pela petição de fls. 151 os autores Raimundo Coelho de Abreu Rocha e Therezinha Nunes Machado manifestaram desistência da ação, firmando, juntamente com o advogado, o respectivo pedido; nada alegando a Fundação IBGE, no prazo concedido (certidão de fls. 152) a União Federal concordou com a desistência, desde que imposta aos desistentes as cominações legais.

Posteriormente, através da petição de fls. 159-161, formulada em nome de Raimundo Coelho de Abreu Rocha e outros, foi requerida, com fundamento no art. 476, II, e seu parágrafo único, do novo Código de Processo Civil, a remessa do processo ao Tribunal Pleno, para a uniformização da jurisprudência, uma vez que a sentença apelada diverge da interpretação dada pelas Terceira e Segunda Turmas, respecti-

vamente na Apelação Cível nº 26.438 e na Apelação Cível nº 26.245.

Alega dita petição que no acórdão proferido na primeira destas apelações, a Terceira Turma, sendo Relator o Min. Néri da Silveira (docs. 162-171), reconheceu o direito ao enquadramento dos servidores, na forma da Lei nº 4.069, de 1962 (art. 23, parágrafo único), por serem permanentes as atribuições conferidas ao Serviço Nacional de Recenseamento, a partir da Lei nº 4.789, de 1965, conforme a sua ementa, *verbis*:

«Funcionário público. Servidores do Serviço Nacional de Recenseamento do IBGE. Norma de exceção, os requisitos do art. 23, parágrafo único, da Lei nº 4.069, de 1962, deveriam estar satisfeitos à época da vigência da lei, e na forma nela prevista. Assim, quem, servidor, admitido até 11 de junho de 1962, seria enquadrado nos termos do art. 19, da Lei nº 3.780, de 12-7-1960, desde que contasse ou viesse a contar cinco (5) anos de efetivo exercício em atividade de caráter permanente. Tornadas permanentes as atividades do Serviço Nacional de Recenseamento, por força da Lei nº 4.789, de 14-10-1965, os que, aí, viessem servindo, desde antes da Lei nº 4.069, de 1962, sem solução de continuidade, fazem jus a ver qualificado o tempo anterior de exercício, nas mesmas funções, para os efeitos, do quinquênio a que se refere o art. 23, parágrafo único, do diploma por último aludido. Recursos a que se nega provimento.»

O que também sucedeu com o acórdão da Segunda Turma, Relator o Min. Godoy Ilha (DJ 2-4-73, pág.

1978-1979), sendo a seguinte a sua ementa (fls. 160-161):

«Funcionários. Serviço Nacional de Recenseamento. Têm direito ao enquadramento, nos termos da Lei nº 3.780, de 1960, os servidores do Serviço Nacional de Recenseamento que exerciam há mais de cinco anos função de caráter permanente, como lhes assegurou o parágrafo único do art. 23 da Lei nº 4.069, de 1962. Conceito de função de caráter permanente, como já definira a Lei nº 525-A, de 7 de dezembro de 1948, é a que, por sua natureza, atenda a um serviço normal, indispensável à administração. A estabilidade da citada Lei nº 4.069 foi mantida pelo § 2º, do art. 177 da Constituição de 1967, que, como decidiu o STF no Recurso Extraordinário nº 69.814, não distinguiu entre as várias situações jurídicas dos servidores, inclusive dos simples contratados (RTJ 54.707). Controvérsia superada com o advento da Lei nº 4.789, de 24 de outubro de 1965, que constituiu o Serviço Nacional de Recenseamento como órgão de natureza permanente, integrado na estrutura do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Mantém-se a sentença que julgou procedente a ação em que os autores postularam o seu enquadramento.»

É o relatório.

EXPLICAÇÃO PRELIMINAR AO VOTO

O Sr. Min. Jorge Lafayette Guimarães (Relator): Sr. Presidente, antes de proferir o meu voto, quero esclarecer à Turma o procedimento que adotei, a propósito do incidente de uniformização da jurisprudência.

O ilustre advogado da apelada declarou da tribuna, que quase foi surpreendido, à última hora, com o requerimento para tanto formulado. Mas é uma contingência decorrente do Código de Processo Civil, que dispõe, no seu art. 476, parágrafo único:

«A parte poderá, ao arazoar o recurso ou em petição avulsa, requerer, fundamentadamente, que o julgamento obedeça ao disposto neste artigo.»

O Código, como se vê, não manda que se ouça a parte contrária, instituindo um debate sobre o incidente.

Exige, apenas, que haja pedido fundamentado, da parte, para a uniformização da jurisprudência; uniformização, que o Tribunal pode, também, de ofício ordenar.

Daí haver-me limitado a mandar juntar a respectiva petição aos autos, e, no aditamento ao relatório, fiz então referência ao pedido. Segundo entendi, e entendendo, não cabia outra providência.

Poder-se-á entender que o sistema do Código é inconveniente; que seria aconselhável concessão de «vista» à parte contrária. Mas a lei assim não dispõe, e seria mais uma providência, dentro do recurso, perturbando o andamento do processo, e retardando o seu julgamento.

Seguindo a referida orientação, que decorre estritamente do estabelecido na lei processual civil, apenas mandei juntar aos autos, para apreciação da Turma, a petição em que se requereu o incidente da uniformização da jurisprudência, fazendo menção à mesma no aditamento ao relatório, e outra providência não cabia.

VOTO — 1ª PRELIMINAR

O Sr. Min. Jorge Lafayette Guimarães (Relator): Preliminarmente,

homologo as desistências manifestadas às fls. 149, pelos autores Raimundo Coelho de Abreu Rocha e Therezinha Nunes Machado, com as quais manifestou-se de acordo a União Federal (fls. 152), permanecendo silente a Fundação IBGE (certidão de fls. 152), a fim de que produzam as mesmas seus devidos e legais efeitos, condenados os desistentes nas custas e honorários de advogado (arts. 55 e 64 do antigo CPC então vigente, e art. 26 do vigente Código de Processo Civil), mantido para estes o arbitramento da sentença.

VOTO — 2ª PRELIMINAR

O Sr. Min. Jorge Lafayette Guimarães (Relator): Quanto à aplicação do art. 476, II, da nova lei processual civil, requerida em nome dos autores apelantes, inclusive de Raimundo Coelho de Abreu, que veio a desistir do recurso, sou pelo indeferimento.

Não obstante a reconhecida autoridade de José Carlos Barbosa Moreira (*Comentários ao Código de Processo Civil*, ed. Revista Forense, vol. 5, pág. 19), que parece admitir o cabimento da uniformização da jurisprudência, quando a decisão apelada divergir do decidido por Turma diversa da que julga a apelação, posição que é também a de Luiz Antônio de Andrade (*Aspectos e Inovações do Código de Processo Civil*, pág. 202), penso que o inciso II, do citado art. 476, exigindo ocorrência de divergência já manifestada, entre o julgamento recorrido, e a interpretação de outra Turma, Câmara, Grupo ou Câmaras Cíveis Reunidas, está limitando o cabimento da aludida medida, aos casos em que a decisão recorrida tenha sido proferida por um outro destes órgãos, tanto vale dizer, por outra Câmara, outra Turma, ou outro Grupo (sendo as Câmaras Cíveis Reunidas, por sua natureza,

e conforme indica seu nome, órgão único).

A tanto conduz, também, a própria finalidade da uniformização da jurisprudência, que é a de harmonizar a interpretação do Direito, dentro do Tribunal, ao passo que a decisão apelada foi proferida por Juiz de Primeira Instância.

Ainda mais, segundo entendo, a proposta de qualquer Juiz, ao dar seu voto, na Câmara, Turma ou Grupo de Câmaras, pelo pronunciamento do Tribunal Pleno, deve estar fundada em divergência já verificada — «ocorre divergência», declara o nº I, do art. 476, ou «no julgamento recorrido a interpretação for diversa», diz o inciso II — e não na que possa decorrer do julgamento que está sendo proferido, e não foi ainda concluído, tanto mais que, com a conclusão deste e proclamado o resultado, não mais cabe aos integrantes do órgão julgador requerer aquele pronunciamento, pois já passou a oportunidade, que é o momento em que profere seu voto, a essa altura já computado, não podendo acolher o ensinamento de José Carlos Barbosa Moreira (ob. cit., pág. 20).

Indefiro, pois, o requerimento formulado pelos apelantes, com fundamento no art. 476, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

VOTO — MÉRITO

O Sr. Min. Jorge Lafayette Guimarães (Relator): O art. 23, parágrafo único, da Lei nº 4.069, de 1962, dispõe que:

«Os servidores que contem ou venham a contar 5 (cinco) anos de efetivo exercício em atividade de caráter permanente admitidos até a data da presente lei, qualquer que seja a forma de admissão ou pagamento, ainda que em regime

de convênio ou acordo, serão enquadrados nos termos do art. 19, da Lei nº 3.780, de 12 de julho de 1960.»

Entendendo que alcança o dispositivo os servidores regidos pela CLT, ainda que temporários, sou levado, porém, no caso, a confirmar a improcedência da ação, porque se o servidor pode ser temporário, a função exercida deve ser permanente — e a permanência se refere à atividade do cargo — como decorre da disposição expressa do dispositivo citado, e o Serviço de Recenseamento somente com a Lei nº 4.789, de 1965, foi tornado permanente.

Em conseqüência, devendo prevalecer, para a incidência da aludida norma, a data da Lei nº 4.069, de 11-6-62, não tinham os autores, à época, a necessária qualidade, pois não desempenhavam, ainda que como «pessoal temporário», função permanente da autarquia, como exige o mencionado diploma.

A este propósito estou de inteiro acordo com o voto proferido pelo saudoso Min. Oscar Saraiva, no Agravo em Mandado de Segurança nº 37.348, do qual foi Relator, quando afirmou (fls. 102):

«Também no mérito estamos em que merece confirmação essa sentença. Se o recenseamento é serviço permanente do Estado, sua realização é periódica, se realiza de decênio em decênio, não comportando, por isso mesmo, a manutenção de um numeroso corpo de servidores, que só teria ocupação nessas épocas tão espaçadas. Daí por que a admissão do servidor, para tais misteres, fez-se temporariamente, de onde a razão da Portaria SNR-259, de 20 de outubro de 1961 — cujo texto se acha às fls. 730 — e que serviu

de base à admissão dos impetrantes, alude à «realização de provas públicas de seleção, para funções transitórias de Auxiliar Censitário e de Perfuradora», esclarecendo em seu art. 5º que «o pessoal a ser contratado reger-se-á pelo disposto na legislação trabalhista, conforme estabelece o Decreto nº 50.314, de 4 de março de 1961.»

Assim, não obstante as decisões em contrário, invocadas pelos apelantes, fico, *data venia*, com a tese do voto do Min. Oscar Saraiva, ressaltando, apenas, que sendo de realização periódica o recenseamento, o Serviço Nacional de Recenseamento não exercia também uma atividade permanente, até a Lei nº 4.789, de 1965.

Assim, aliás, reconheceu o acórdão da Terceira Turma, de que foi Relator o Min. Néri da Silveira, na Apelação Cível nº 26.438, que, não obstante, depois de afirmar que para a aplicação da Lei nº 4.069, de 1962, deveriam estar satisfeitos os requisitos nela exigidos, à época de sua vigência, concluiu admitindo a retroação dos efeitos da Lei nº 4.789, de 1965, que tornou permanente a atividade do aludido serviço, a fim de permitir a incidência do art. 23, parágrafo único, daquele diploma, beneficiando quem vinha servindo, anteriormente, no desempenho de atividade temporária.

A ementa do acórdão citado proclama (fls. 162):

«Funcionário Público, Servidores do Serviço Nacional de Recenseamento do IBGE. Norma de exceção, os requisitos do art. 23, parágrafo único, da Lei nº 4.069, de 1962, deveriam estar satisfeitos à época da vigência da lei e na forma nela prevista. Assim, quem, servidor, admitido até 11 de junho de 1962, seria enquadra-

do nos termos do art. 19, da Lei nº 3.780, de 12-7-1960, desde que contasse ou viesse a contar cinco (5) anos de efetivo exercício em atividade de caráter permanente. Tornadas permanentes as atividades do Serviço Nacional de Recenseamento, por força da Lei nº 4.789, de 14-10-1965, os que, aí, viessem servindo, desde antes da Lei nº 4.069, de 1962, sem solução de continuidade, fazem jus a ver qualificado o tempo anterior de exercício, nas mesmas funções, para os efeitos do quinquênio a que se refere o art. 23, parágrafo único, do diploma por último aludido. Recursos a que se nega provimento.»

Não posso, *data venia*, acompanhar nessa conclusão a E. Terceira Turma, aceitando para o cômputo do quinquênio, necessário ao enquadramento, atividade que, na data base, constante da referida lei, não era permanente, e somente em 1965 adquiriu esse caráter, pelo que sou levado a negar aos apelantes o benefício do enquadramento, decorrente do já mencionado art. 23, parágrafo único, da Lei nº 4.069, de 1962.

No tocante ao art. 177, § 2º, da Constituição de 1967, tem sido reconhecido, e assim já decidi, que apenas concedeu estabilidade aos servidores que contassem mais de 5 anos de serviços públicos, sem envolver a disposição enquadramento como funcionário público, do servidor regido pela CLT, pois a estabilidade não acarreta modificação da categoria do servidor (Recurso Extraordinário nº 68.763, Rel. Min. Thompson Flores, RTJ).

vol. 56, pág. 719), não sendo diversa a jurisprudência deste Tribunal (Agravo em Mandado de Segurança nº 69.943, Rel. Min. Armando Rollemberg, DJ 9-3-70, pág. 705; Agravo em Mandado de Segurança nº 66.052, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ 22-12-70, pág. 6.422, e Agravo em Mandado de Segurança nº 66.976, Rel. Min. Henocho Reis, DJ 14-9-71, pág. 4.840).

Assim sendo, por estes fundamentos, o meu voto é negando provimento à apelação para confirmar a sentença.

VOTO

O Sr. Min. Otto Rocha (Revisor): Sr. Presidente. Preliminarmente, homologo os pedidos de desistência formulados por Raymundo Coelho de Abreu Rocha e Terezinha Nunes Machado, para que produzam seus devidos e legais efeitos.

Ainda preliminarmente, indefiro o pedido de uniformização de jurisprudência, adotando os fundamentos do voto do eminente Relator.

No mérito, tenho para mim inaplicável à espécie o disposto no parágrafo único, do art. 23, da Lei nº 4.069, de 11 de junho de 1962, que assim autorizou:

«Os servidores que contem ou venham a contar 5 (cinco) anos de efetivo exercício em atividade de caráter permanente, admitidos até a data da presente lei, qualquer que seja a forma de admissão ou pagamento, ainda que

em regime de convênio ou acordo, serão enquadrados nos termos do artigo 19, da Lei nº 3.780, de 12 de julho de 1960.»

Ora, os autores exerciam, no Serviço Nacional de Recenseamento, atividades transitórias, executando levantamentos censitários periódicos, sem vínculo empregatício, atividades essas que cessavam quando terminavam tais levantamentos.

Desta sorte, Sr. Presidente, e acolhendo a fundamentação da douta sentença recorrida, nego provimento ao apelo.

É o meu voto.

EXTRATO DA ATA

AC. nº 26.736 — RJ. Rel.: Sr. Min. Jorge Lafayette Guimarães. Rev.: Sr. Min. Otto Rocha. Aptes.: Raimundo Coelho de Abreu Rocha e outros. Apda.: Fundação IBGE.

Decisão: Preliminarmente, homologou-se as desistências manifestadas por Raimundo Coelho de Abreu Rocha e Therezinha Nunes Machado; ainda, preliminarmente, indeferiu-se o pedido de uniformização da jurisprudência, tudo por unanimidade de votos; *de meritis*, negou-se provimento ao recurso, unanimemente, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 21-3-75 — 1ª Turma).

Os Srs. Mins. Otto Rocha e Moacir Catunda votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Moacir Catunda.

EMBARGOS NA APELAÇÃO CÍVEL Nº 27.871 — GB

Relator — O Exmo. Sr. Min. Márcio Ribeiro
Revisor — O Exmo. Sr. Min. Esdras Gueiros
Embargante — União Federal
Embargado — Red Indian S.A. — Indústria e Comércio

EMENTA

Restituição de Tributo. CTN, art. 166.

Ação de repetição de indébito ajuizada pelo contribuinte *de jure* para obter restituição de taxa de despacho aduaneiro, indevidamente paga.

A restituição dependia da prova de que o autor suportou o ônus da tributação sem incorporá-lo ao preço da mercadoria.

Acolhimento de embargos, nos termos do voto vencido, que julgara a ação improcedente.

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

Decide o Tribunal Federal de Recursos, em Sessão Plena, por maioria de votos, receber os embargos, vencidos os Srs. Ministros Revisor, Décio Miranda, Godoy Ilha e Amarílio Benjamin, na forma do relatório e notas taquigráficas do presente julgado. Custas de lei.

Brasília, 17 de maio de 1973. — Armando Rollemberg, Presidente; Márcio Ribeiro, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. Márcio Ribeiro (Relator): Ação de repetição de indébito, referente a taxa de despacho aduaneiro paga sobre mercadoria isenta, ajuizada por «Red Indian S.A. Ind. e Com.» contra a União Federal e, afinal, julgada procedente em primeira e segunda instâncias, contra o voto do Ministro Armando Rollemberg.

Arrimada a esse voto vencido, a União embargou às fls. 152, o Acórdão de fls. 138, sustentando:

a) a impossibilidade de restituição de tributo indiretos (Súmula 71), como se conceitua a taxa de despacho aduaneiro na jurisprudência do próprio Supremo Tribunal Federal e de acordo com a melhor doutrina;

b) a legitimidade do reconhecimento dessa tese em Segunda Instância, embora não prequestionada na primeira.

Os embargos foram impugnados às fls. 166-171.

Para melhor compreensão da espécie, passo a ler os votos proferidos na Apelação (lê, às fls. 125-132).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Min. Márcio Ribeiro (Relator): A ação foi proposta em plena vigência do CTN (L. nº 5.172-66), cujo art. 166 regulou a mesma matéria da Súmula 71.

Aliás, o próprio Supremo Tribunal Federal havia, também, completado seu pensamento expresso nessa Súmula por uma outra, a de nº 546, *verbis*:

«Cabe restituição do tributo pago indevidamente, quando reco-

nhecido por decisão, que o contribuinte *de jure* não recuperou do contribuinte *de facto* o *quantum* respectivo».

Segundo aquele dispositivo do CTN, a restituição ao contribuinte que pagou tributo indireto depende de prova de que ele próprio suportou o encargo, sem transferi-lo para outrem.

Na conceituação do próprio Supremo Tribunal Federal, a taxa de despacho aduaneiro classifica-se como simples adicional do imposto de importação e, portanto, como tributo indireto.

A restituição, portanto, só seria cabível se a embargada tivesse provado que sobre ela recaiu o encargo, não transferido a terceiro.

Aliás, na importação de mercadoria estrangeira de preço não sujeito a tabelamento, o normal é supor que o acréscimo pago foi descontado no preço de venda da mercadoria, onerando os compradores.

Como o próprio art. 166 do CTN exige que o autor prove, desde logo, a não transferência do encargo, a ação de repetição deveria ter sido julgada improcedente pela falta de prova de um dos seus pressupostos legais.

A questão poderia, aliás, ser considerada como de legitimidade de como a situou o voto vencido, pois, ocorrendo transferência do encargo, a legitimidade para a ação também se transfere do contribuinte *de iure* para o contribuinte *de facto*.

A tese de prequestionamento, portanto, não tem adequação é espécie.

Concordo, em suma, com o voto vencido do Ministro Armando Rollemberg.

Recebo os embargos.

VOTO (VENCIDO)

O Sr. Min. Esdras Gueiros (Revisor): Sr. Presidente. Adoto o entendimento dos dois votos vencedores na Egrégia Segunda Turma, proferidos pelos eminentes Ministros Godoy Ilha, Relator, e Décio Miranda.

Em votos anteriores sobre a matéria, sempre assim entendi. Não considero a taxa de despacho aduaneiro um tributo rigorosamente indireto, mas susceptível de restituição, se indevidamente cobrado pelo Fisco.

Rejeito os embargos.

VOTO (VENCIDO)

O Sr. Min. Décio Miranda: Sr. Presidente, mantenho o voto proferido na Turma.

Trata-se de importação de azeitonas verdes, produto de uso comum.

Muitos importadores requeriam mandado de segurança, e sistematicamente, por esse meio, não pagavam a taxa de despacho aduaneiro.

Aquele que porventura pagou a taxa por não requerer mandado de segurança, evidentemente não trasladou o tributo para os consumidores, porque o preço da azeitona verde é o preço do mercado. O produto seria vendido, pelo importador que pagou a taxa ou pelo importador que não a pagou, pelo mesmo preço.

Tratava-se de artigo de muitos importadores e uso comum.

Bastava esta circunstância para evidenciar que não houve trasladação do imposto. O preço de venda era o mesmo para todos.

No outro caso referido pela douta Subprocuradoria-Geral da República, tratava-se de mercadoria de uso especializado. Aí realmente se poderia

exigir a prova, por meio contábil, da não repercussão do tributo.

Além disso, a alegação da falta de prova da não-repercussão, há de ser feita, a meu ver, na contestação, e não quando a causa chega a julgamento no Tribunal.

Rejeito os embargos.

VOTO

O Sr. Min. Jarbas Nobre: Sobre a matéria vem-me à lembrança artigo publicado no último volume da *Revista de Direito Administrativo* do professor Rubens Gomes de Souza, em que é feita a assertiva de que não existe imposto neutro.

Em princípio, digo eu, todo imposto traslada.

Ilustrando o seu trabalho, narra o articulista que Richelieu, para baratear o preço do trigo, teria proibido que nele houvesse repercussão, sob pena de o trigo ser queimado em praça pública.

Muito trigo foi queimado, mas nunca a proibição foi atendida.

Destaca Rubens no seu trabalho, que todos os defeitos podem ser levados a Richelieu, nunca o de não ser um homem inteligente.

Apesar disto, não chegou ele a compreender o fenômeno da translação do imposto.

No caso, trata-se de taxa de despacho aduaneiro, adicional do imposto de consumo, vale dizer, de imposto indireto, assim entendido, dentro de um conceito primário aquele que é transferido pelo contribuinte para outra pessoa, que o suportará em definitivo, a final.

O Código Tributário Nacional contém regra expressa a respeito.

Diz ele, em seu art. 167, que:

«A restituição de tributos que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro somente será feita a quem prove haver assumido o referido encargo, ou no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-la.»

No caso, trata-se do imposto que, pela sua própria natureza, obrigatoriamente, repercute no preço.

Ora, segundo está no texto legal:

«A restituição de tributos que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro, somente será feita a quem prove haver assumido o referido encargo.»

O ônus da prova, como se vê, por exigência da Lei, é de quem pede a repetição. Portanto, não há presumir que, neste caso ou naquele caso, a repercussão tenha ou não ocorrido.

Somente será repetido o imposto a quem tenha provado haver assumido o encargo, ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-la.

É regra expressa que não comporta qualquer outra interpretação que não a literal, dada a sua clareza.

Assim sendo, estando de pleno acordo com o voto vencido do Ministro Armando Rollemberg, recebo os embargos.

VOTO

O Sr. Min. Jorge Lafayette Guimarães: Sr. Presidente, quero esclarecer, inicialmente, que não me considero impedido, não obstante a anotação lançada na capa do processo, e o

fato de figurar meu nome como Juiz da 2ª Vara Federal. Examinei rapidamente os autos e verifiquei que o despacho saneador, a sentença e o recebimento da apelação foram do então Juiz Federal Substituto, Dr. Renato Amaral Machado. A minha intervenção limitou-se a um despacho, na inicial, distribuindo o feito ao Juiz Federal, a quem coube processá-lo, pelo que nada decidi.

Dei apenas esse despacho de distribuição, que nem mesmo envolve exercício de jurisdição.

Feita essa observação, passando à matéria dos embargos, o meu voto é acompanhando o do eminente Ministro Relator, recebendo-os, pelos fundamentos expostos por S. Exa. e, ainda, com o aditamento do voto do ilustre Ministro Néri da Silveira, que correspondem exatamente ao que tenho sustentado na Turma, em inúmeros pronunciamentos.

Adoto a distinção feita por S. Exa. quanto à importação de mercadorias, matéria-prima ou equipamentos. Se é certo que todo imposto, em determinado sentido, envolve uma repercussão, quando se fala em imposto indireto e proibição de restituição por força deste fenômeno, evidentemente visa-se à repercussão que envolve transferência direta do imposto, sem o que seria absolutamente inócua a lei, ao fazer a previsão das hipóteses em que cabe a restituição de tributo indireto. Se todo imposto fosse indireto, não caberia distinguir. No imposto de importação, quando se trata de bem destinado à venda, no exercício da atividade comercial, como, no caso, a azeitona, há essa transferência direta do ônus do imposto ao adquirente, e não cabe, em consequência, a restituição, solução que, porém, não adoto em relação à matéria-prima e aos equipamentos.

Com essas considerações, acolho os embargos da União.

Voto

O Sr. Min. Henrique d'Ávila: Sr. Presidente, por igual acolho os embargos da União Federal, nos termos do voto do eminente Sr. Ministro Relator.

Sempre que me ocupei de hipótese análoga à que ora debatemos, e já há longos anos, sustentei reiteradamente o entendimento do voto vencido emitido pelo eminente Sr. Ministro Armando Rollemberg, de que os tributos indiretos, qual seja, no caso, a taxa de despacho aduaneiro sobre mercadorias importadas repercutem sempre sobre o consumidor, dado que dito tributo é incluído no custo pelo vendedor.

Ultimamente, o Eg. Supremo Tribunal Federal vem acentuando que só em caso de o importador ou vendedor de produtos de consumo, como é a hipótese dos autos, demonstrar que não trasladou o tributo ao consumidor, é que merece lograr a repetição do tributo. E, no caso, tal não ocorreu.

Assim sendo, não tenho o que acrescentar ao voto vencido do eminente Sr. Ministro Armando Rollemberg, para, também, como os demais colegas, acolher os embargos.

VOTO (VENCIDO)

O Sr. Min. Godoy Ilha: Sr. Presidente, a hipótese constitui, hoje, pode-se dizer, matéria vencida neste Tribunal. Não obstante, permaneço no entendimento que sustentei no voto que proferi na Turma e que foi honrado com a solidariedade que lhe emprestou o eminente Sr. Ministro Dêcio Miranda.

A Súmula recente do Supremo Tribunal Federal, que se invoca para

condicionar a restituição do imposto pago indevidamente, subordina à prova de que não tenha havido repercussão. Acho difícil fazer a prova de que não houve a trasladação do ônus para o comprador.

Não convencido pelas decisões aqui proferidas, *data venia*, mantenho o voto que proferi na Turma.

VOTO (VENCIDO)

O Sr. Min. Amarílio Benjamin: Segundo os autores que versam o assunto, o imposto indireto é de difícil caracterização. O Sr. Ministro Aliomar Baleeiro, que, além de Juiz do Supremo Tribunal Federal, é dos mais reputados conhecedores da matéria, tem dito isso muitas vezes. Se nós considerarmos que o imposto seja indireto porque o vendedor, no preço, leva sempre em consideração todos os elementos que nele influem, não há imposto que não seja indireto.

O Sr. Min. Décio Miranda: Entretanto, pelo entendimento mais usual demonstrou, e creio que suficientemente, que o imposto de importação não é imposto indireto. O preço decorre da lei de concorrência e não há, assim, essa trasladação imediata ao comprador, para que, então, se diga que realmente se verificou o fenômeno da repercussão.

Por outro lado, tendo tido aqui na assentada os autos em mão, verifiquei que a embargada apresenta um argumento que, a meu ver, repele os embargos da União. E que, ao contestar o feito na Primeira Instância, a Fazenda Nacional não levantou essa restrição. Discutiu-se toda a controvérsia em torno de outros aspectos. Não era possível, pois, na Segunda Instância, de ofício, trazer-se tal consideração. Por que não era possível? Porque pelo entendimento rigoroso das

Súmulas, principalmente em face da Súmula 546, é possível evitar-se a repercussão, fazendo prova de que realmente não houve. Ora, se a União nada contestou na Primeira Instância, quando se firmou a *litis contestatio*, era natural que o autor não se preocupasse com prova alguma. Daí a razão de não ser adequado levantar-se, na Segunda Instância, na situação peculiar dos autos, a idéia de repercussão.

Por fim, tenho aqui em minhas notas um acórdão do Supremo Tribunal Federal que, se porventura não espelhar a verdade definitiva, mostra, contudo, pela autoridade dos Ministros que o assinam, que a matéria não é assim tão tranqüila:

«Taxa de despacho aduaneiro. Restituição. Código Civil, art. 964. Cabível pedido de restituição de indébito quando a taxa foi arrecadada, ilegalmente sobre a importação de mercadoria isenta. O conceito de tributo indireto irrestituível não é aplicável à taxa e não deve, aliás, ser erigido em tese de natureza absoluta. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário não conhecido (RE 73.173 — SP — Rel. Ministro Barros Monteiro, DJ nº 53, de 17-3-73).»

Em face, pois, das observações que acabo de desenvolver, meu voto é no sentido de desprezar os embargos da União.

EXTRATO DA ATA

EAC 27.871 — GB. Rel.: Sr. Min. Márcio Ribeiro. Rev.: Sr. Min. Esdras Gueiros. Embte.: União Federal. Embda.: Red Indian S.A. Ind. e Com.

Decisão. Por maioria de votos, vencidos os Srs. Mins. Revisor, Décio

Miranda, Godoy Ilha e Amarílio Benjamin, receberam os embargos. Não tomou parte no julgamento o Sr. Min. Peçanha Martins.

Os Srs. Mins. Henoch Reis, José Néri da Silveira, Jarbas Nobre, Jorge

Lafayette Guimarães e Henrique d'Ávila votaram de acordo com o Relator. Não compareceu, por motivo justificado, o Sr. Min. Moacir Catunda. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Armando Rollemberg.

EMBARGOS NA APELAÇÃO CÍVEL Nº 30.663 — GB

Relator — O Exmo. Sr. Min. Peçanha Martins

Revisor — O Exmo. Sr. Min. Décio Miranda

Embargante — Maria Pia Rafaela Guilhermina Alice Torres Guimarães

Embargada — União Federal

EMENTA

Pensão militar. Direito que se não reclama contra ato, mas em face da lei. Prescrição não ocorrida. Embargos recebidos.

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

Decide o Tribunal Federal de Recursos, em Sessão Plena, prosseguindo no julgamento, receber os embargos, contra o voto do Sr. Ministro José Néri da Silveira, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Custas de lei.

Brasília, 22 de agosto de 1974.
— *Márcio Ribeiro*, Presidente; *Peçanha Martins*, Relator.

RELATÓRIO

O *Sr. Min. Peçanha Martins* (Relator): Trata-se de embargos opostos ao V. Acórdão da Egrêgia Terceira Turma deste Tribunal, de fls. 110, cuja ementa assim resume a espécie em debate:

«Pensão militar. Prescrição quinqüenal. Decreto nº 20.910, de 1932, arts. 1º e 2º. Não cabe invocar a Lei nº 3.765, de 4-5-60, art. 28, se a ação já estava pres-

crita, anteriormente à vigência do referido diploma. Relevação de prescrição não se presume. Recursos providos, para julgar prescrita a ação.»

Os embargos foram opostos às fls. 112-117, admitidos à fls. 119 e impugnados às fls. 121-126.

É o relatório.

VOTO

O *Sr. Min. Peçanha Martins* (Relator): A autora requereu ao Exmo. Sr. Ministro da Guerra, em julho de 1968, a sua habilitação como pensionista (doc. de fls. 36). Este seu requerimento, pelo menos até 4-5-1970, não havia sido despachado. É o que positiva o Ofício de fls. 64, do Sr. Diretor da Contabilidade do Exército ao Sr. Chefe de Gabinete do Ministro, em cujo item *b* está escrito:

«Quanto ao processo de pensão militar nº 8.617, de 27 de julho de 1968, esta Diretoria não teve, ainda, oportunidade de examinar, visto em que se tratando

de habilitação somente a Pagadoria Central do Pessoal está em condições de prestar as informações necessárias, mesmo porque o processo inicial foi remetido àquele órgão conforme Ofício nº 3.907-8-5-1 de 18 de setembro de 1968.»

Na data, pois, da propositura, 28 de fevereiro de 1970, tenho que ainda se encontrava vivo o direito da autora, o direito de lhe ser assegurado receber as pensões deixadas por seu pai e pelo seu avô, ambos militares falecidos. É que se não reclama contra um ato administrativo que, como ficou visto, não foi praticado, mas a proclamação de direito decorrente de leis. Neste caso, Sr. Presidente, tenho votado, na Primeira Turma, pela rejeição da prescrição, sempre atento neste tópico do voto do eminente Ministro Gallotti no RE nº 51.813:

«quando é um direito reconhecido sobre o qual não se questiona, aí, são as prestações que vão prescrevendo, mas, se o direito às prestações decorrente do direito à anulação do ato, é claro que, prescrita a ação em relação a este, não é possível julgar prescritas apenas as prestações, porque prescrevem a ação para reconhecimento do direito, do qual decorreria o direito as prestações.»

Recebo, pois, os embargos para restabelecer o voto preliminar do eminente Sr. Ministro Relator, nestes termos:

«Rejeito a preliminar de prescrição levantada pela Procuradoria da República e reiterada, nesta Instância, pela douta Subprocuradoria-Geral da República, isto porque, não houve nenhum ato da autoridade negando direito à autora ao benefício, ora pleiteado. O

que prescreve na hipótese, como a dos autos, são as prestações de mais de cinco anos.»

E, recebendo os embargos, determino a devolução dos autos à Egrégia Terceira Turma, para julgamento do mérito do pedido. É que, relativamente a este, apenas votou o Relator, o eminente Ministro Henoch Reis.

VOTO

O Sr. Min. Décio Miranda (Relator): A maioria da Colenda Terceira Turma decidiu pela prescrição da ação, proposta para haver da União a pensão militar a que se julga com direito a autora, cujo pai faleceu em 20-8-49, sendo a ação ajuizada em 23-2-70, sem prova de interrupção do prazo de prescrição.

Está em causa apenas a pensão derivada do pai, porque a do avô foi negada pela sentença, sem recurso da autora.

Ora, em relação à pensão militar, faço aplicação da Lei nº 3.765, de 4-5-60, que dispõe:

«Art. 28. A pensão militar pode ser requerida a qualquer tempo, condicionada, porém, a percepção das prestações mensais à prescrição de cinco anos.»

Objeta um dos votos vencedores, o do Sr. Ministro José Néri da Silveira, que aí não se pode ver relevação da prescrição em que anteriormente tivesse incorrido a ação da autora, «o que se faria mister, de expresso, pois a prescrição em favor da Fazenda Pública somente pode ser relevada por via legislativa, de maneira explícita» (fls. 104-5).

Ocorre, porém, que, antes desse dispositivo, a prescrição do fundo do direito, nas pensões militares era con-

trovertida, inclinando-se a maioria das decisões deste Tribunal no sentido da não-prescrição, como atesta J. E. Abreu de Oliveira em *Pensões Militares*, 1960, pág. 184.

De qualquer modo, em matéria de benefício de índole alimentar, minha orientação tem sido a de estender para o passado o benefício da lei nova, como, por exemplo, o art. 57 da Lei nº 3.807, de 26-8-60, que também declarou não prescrever o benefício, mas apenas as prestações respectivas, não reclamadas no prazo de cinco anos.

Essa orientação, concernente às pensões militares e benefícios previdenciários, ou outras prestações da mesma natureza a que a lei tenha dado novo tratamento, não significa adesão à tese de que a prescrição do fundo do direito, consoante o Decreto nº 20.910, de 1932, só ocorre quando tenha havido ato positivo de negação desse direito.

Neste ponto, tenho votado na linha das doudas considerações que se lêem, nestes autos, na impugnação dos embargos, da lavra do Procurador da República Dr. Cícero Fernandes.

Em matéria de pensão militar (como também na pensão previdenciária), há disposição especial, que elide a norma geral sobre prescrição quinquenal.

Isto posto, recebo os embargos para que, afastada a prescrição, a Colenda Turma julgue o mérito como for de direito.

Voto

O Sr. Min. José Néri da Silveira: Sr. Presidente. Fui revisor na Turma ao ensejo do julgamento da apelação e acolhi a prejudicial de prescrição nestes termos: (lê).

Quando sobrevém legislação nova a propósito de matéria, como a ora

objeto do recurso, compreendo que não se pode aplicar a lei nova com prejuízo do direito da Fazenda em decorrência da prescrição, que anteriormente já a beneficiara, quanto a eventuais relações jurídicas.

Assim sendo, a Lei nº 3.765-60, no seu artigo 28, que criou regra nova, tornando imprescindível o direito à pensão, não me parece possa ser invocada para beneficiar a pretensão formulada tão tardiamente pela autora. Não vejo, dessarte, prescrição apenas de prestações referentes aos cinco últimos anos, mas sim do próprio fundo do direito.

Mantenho esse entendimento. Rejeito os embargos.

EXTRATO DA ATA

EAC nº 30.663 — GB. Rel.: Min. Peçanha Martins. Rev.: Min. Décio Miranda. Embte.: Maria Pia Rafaela Guilhermina Alice Torres Guimarães. Embda.: União Federal.

Decisão: Após os votos dos Srs. Mins. Relator, Revisor e Jarbas Nobre, recebendo os embargos, e o voto do Sr. Min. José Néri da Silveira, rejeitando-os, adiou-se o julgamento em virtude do pedido de vista do Sr. Min. Paulo Távora, aguardando os Srs. Mins. Otto Rocha, Amálio Benjamin, Armando Rollemberg e Esdras Gueiros. Não tomaram parte no julgamento os Srs. Mins. Moacir Catunda, Henoch Reis e Jorge Lafayette Guimarães (18-4-74 — T. Pleno).

Presidiu o julgamento o Sr. Min. Márcio Ribeiro.

VOTO (VISTA)

O Sr. Min. Paulo Távora: Até o advento em 1960 das leis orgânicas das pensões militares (nº 3.765) e da previdência social (nº 3.807), preva-

lecia na legislação a incidência indiscriminada da prescrição quinquenal sobre dívidas, prestações, direitos e ações, a partir do ato ou fato jurígeno, qualquer que fosse sua natureza, de acordo com a disposição peremptória do art. 1º do Decreto nº 20.910, de 6 de janeiro de 1932.

No tocante às pensões, o Decreto nº 22.414, de 30-1-1933, era também categórico:

«Art. 28. O direito à pensão e às prestações mensais não reclamadas em tempo oportuno prescreve em cinco anos de acordo com a legislação em vigor.»

Em que pese o esforço da doutrina e da jurisprudência para humanizar a atitude do Estado relativamente a essas prestações, realçando-lhes o caráter alimentar, o legislador não se comoveu a alterar a vetusta legislação. Em 1955, fez tímida concessão quando, para resolver caso determinado, a Lei nº 2.211, de 31 de maio, relevou a prescrição a herdeiros de funcionário do Ministério da Agricultura falecido em 1937, e estendeu o favor a todos que se encontrassem em idêntica situação. Reafirmou, porém, do mesmo passo, a doutrina tradicional, revigorando, expressamente dispositivo da lei das pensões de 1890. Suspendia-se por aí a prescrição apenas em relação aos absolutamente incapazes na linha do que dispõe o Código Civil nos artigos 168 e 169.

A evolução das idéias solidaristas acabou, entretanto, fazendo-se sentir nos novos textos orgânicos e a Lei nº 3.765 estatuiu no art. 28 que a «pensão militar pode ser requerida a qualquer tempo», logo correspondida na Lei nº 3.807 com a garantia expressa da imprescritibilidade dos direitos previdenciários (art. 57).

De acordo com a nova concepção legal, o entendimento dos textos deve

penetrar-se também da mesma amplitude para não se criar uma distinção inconseqüente, com a devida vênia, atenta a índole alimentar do benefício, entre herdeiros de sucessão aberta antes de 1960 e depois de 1960.

É na área assistencial que tem maior ressonância o princípio da Lei Vestibular pelo qual, na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige.

De fato, não condiziria com o estágio a que chegou a compreensão legal do assunto que o Estado sorteie seus alimentários pela época do óbito.

Como as relações de parentesco não prescrevem, assitia à autora, a partir da Lei nº 3.765, na condição de filha herdeira do autor da pensão, «requerer a qualquer tempo» a renda do montepio paterno.

O legislador não cogitou se o direito à pensão estava ou não prescrito, quando de forma ampla autorizou seu exercício, independente de qualquer condicionamento. Enfatizando a possibilidade de fazê-lo a todo tempo, nivelou os beneficiários e restaurou os direitos porventura caducos.

Ao mesmo efeito converge o entendimento que sustenta a imprescritibilidade do direito à pensão pelo caráter alimentar. Foi, aliás, exegese que vingou no Supremo Tribunal Federal em julgamento da Primeira Turma, Relator Ministro Barros Monteiro, no RE nº 67.047, de cuja ementa destaco esta passagem:

«... Prevalência do entendimento jurisprudencial de que o direito à pensão do montepio, pela sua natureza alimentar, não prescreve, prescrevendo apenas as prestações respectivas se anteriores ao quinquênio prescricional» (RTJ nº 53-818).

Por esses fundamentos, acompanho o Sr. Ministro Relator, recebendo os embargos.

EXTRATO DA ATA

EAC nº 30.663 — GB. Rel.: Min. Peçanha Martins. Rev.: Min. Décio Miranda. Embte.: Maria Pia Rafaela Guilhermina Alice Torres Guimarães. Embda.: União Federal.

Decisão: Prosseguindo-se no julgamento, receberam-se os embargos, contra o voto do Sr. Min. José Néri da Silveira (em 22-8-74 — T. Pleno).

Os Srs. Mins. Décio Miranda, Jarbas Nobre, Paulo Távora, Otto Rocha, Amarílio Benjamin, Armando Rollemberg e Esdras Gueiros votaram de acordo com o Sr. Min. Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. *Márcio Ribeiro*.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 31.701 — SP

Relator — O Exmo. Sr. Min. Armando Rollemberg

Revisor — O Exmo. Sr. Min. Esdras Gueiros

Apelante — Condutores Elétricos Kardos S.A.

Apelada — União Federal

EMENTA

Imposto de renda. Recolhimento de débito na forma prevista no Decreto-lei nº 352/68.

Tendo o contribuinte adotado as providências que lhe cabiam para beneficiar-se do favor, não se realizando o pagamento por culpa de preposto da União, assiste direito à consignação da importância respectiva. Procedência da ação proposta para tal fim.

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, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Custas de lei.

Brasília, 8 de novembro de 1974.
— *Armando Rollemberg*, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. *Armando Rollemberg* (Relator): Condutores Elétricos Kardos S.A., sociedade sediada em São

Paulo, propôs ação de consignação em pagamento contra a União, alegando:

a) que, sendo devedora à Fazenda Nacional, deliberara valer-se da Faculdade prevista no Decreto-lei nº 352, de 1968, e recolher dito débito, originário de dois processos diferentes, com o pagamento de metade da multa;

b) que, no último dia do prazo, 27-8-68, o seu auditor, Dr. Nilton Britto da Cruz, preencheria as guias adequadas e, visadas as mesmas pelo Agente da Delegacia do Imposto de Renda, Sr. Airton Eugênio Simões, dirigira-se à Delegacia Regional da Arrecadação com cheque correspondente aos valores constantes de tais guias e mais a correção monetária cuja cálculo fizera também com o funcionário antes citado, mas que deveria ter o seu quan-

titativo colocado na guia pelo caixa ao qual fosse feito o pagamento;

c) que ingressara em longa fila, e, por isso, somente às 20 horas foi-lhe possível chegar ao guichet para pagamento, quando foi surpreendido com a informação do funcionário que ali estava de serviço de que a guia já deveria ter trazido calculada e visada a parcela relativa a correção monetária, com o que não poderia receber;

d) que, então, pleiteou fosse aceito o pagamento sem a correção monetária recebendo o cheque a mais e devolvendo o saldo em dinheiro, o que não obteve;

e) que, no dia seguinte, procurou os responsáveis pela delegacia pleiteando contornar a situação e não tendo logrado êxito propôs a ação de consignação em pagamento.

Na contestação a União argüiu, preliminarmente, a inviabilidade da ação porque ajuizada quase dois meses depois de esgotado o prazo para o pagamento na forma prevista no Decreto-lei nº 352/68, e, no mérito, a impossibilidade de acolhimento pela administração da providência proposta pela autora para o pagamento de seu débito, isto é, o recebimento do cheque a maior com devolução do saldo, do que decorria, acrescentou, não ter havido recusa ou mora dela credora em receber, e que se o houvesse, seria justa a mesma recusa tornando a ação improcedente.

Após réplica foram ouvidas testemunhas, e, afinal, o MM. Juiz Luiz Rondon Teixeira de Magalhães proferiu decisão pela improcedência da ação assim fundamentada:

«Trata-se, como se verifica do relatório que vem ser feito, de consignação de pagamento com a finalidade de quitação de débito federal com os favores do Decreto-lei nº 352, de 17 de julho de 1968,

Rege-se o Instituto da Consignatória pelos arts. 972 e seguintes do Código Civil e visa facultar ao devedor o pagamento da dívida, pois este não tem apenas o dever de pagá-la mas o direito de fazê-lo nos casos e formas legais. A ação de consignação, todavia, de natureza restritiva, verdadeira ação executiva inversa, pressupõe nitidamente caracterizada não só a existência da obrigação mas a liquidez da dívida que se pretende extinguir judicialmente. Não constitui meio idôneo para fixar relação de direito entre as partes e nem comporta a solução divergência sobre a natureza, o mérito, ou a substância da obrigação.

Neste sentido, aliás, a lição predominante da jurisprudência. Isto significa que na consignação de pagamento não se poderá efetivamente resolver questão sobre a substância das obrigações discutidas.

Ora, a autora entende que o seu imposto só poderia ser recusado se o cálculo da correção monetária incidente fosse feito pela repartição arrecadadora; a ré, por sua vez, declara que a autora confessou dever apenas o imposto com o acréscimo da multa de mora e da correção monetária, sem oferecer o pagamento da multa de lançamento de ofício de 50% e que por isto recusou legitimamente recebê-lo. Além disto, as duas partes discutem sobre a prevalência de interpretação de cada uma delas a respeito do Decreto-lei nº 352/68. No concernente ao cálculo da correção monetária. Investigar sobre prevalência de interpretação de determinado texto de lei é matéria que também refoge ao âmbito restrito da consignatória. De resto, o longo tempo decorrido entre a data

da recusa em receber — 25-8-1968 — e o ajuizamento da ação — 7 de outubro de 1968 — esfuma a mora *accepiendi* e faz refungir a mora *solvendi*. Aliás, os doutores entendem que o devedor, caracterizada a mora do credor, deve desde logo agir, exatamente para evitar a inversão das situações jurídicas. De resto, para que a presente consignação tivesse força de pagamento, seria mister concorressem em relação às partes, ao objeto, modo de tempo, todos os requisitos sem os quais não é válido o pagamento, podendo-se a respeito conferir o Código Civil, art. 974, Pothier, Obl. 574; Aubry et Rau, IV, 322, t; Reg. 737, de 1850 (*sic*), art. 397, §§ 2º e 3º, o que na espécie não ocorre. Por tais razões, não estando a presente ação, ao ver deste Juízo, envolvida nos pressupostos legais que a informam, julgo a autora dela carecedora, condenando-a ao pagamento das custas.»

A autora apelou, e, contra-arrazoado o recurso, os autos vieram a este Tribunal onde a Subprocuradoria pediu a confirmação da sentença.

É o relatório.

Voto

O Exmo. Sr. Min. Armando Rollemberg (Relator): A questão posta na preliminar suscitada pela União na contestação, isto é, a carência de ação da autora por não ter vindo a Juízo imediatamente após o término do prazo para recolhimento do tributo, foi examinada por Luiz Machado Guimarães nos Comentários ao Cód. de Processo Civil, ed. da Rev. For. vol. IV, páginas 301/302, cuja lição parece-me perfeita.

Ei-la:

«Assim sendo, se, como ficou demonstrado, o pagamento em consignação tem lugar sempre que o credor estiver em mora, como limitar a um lapso de tempo determinado — 24 horas, como quer a jurisprudência — o direito do devedor de, por meio dele, obter a quitação a que tem direito? por que essa restrição, se a mora é do credor, se é este quem está em falta?

«Não incorre em mora o devedor em hipótese alguma» — ensina Carvalho Santos — «quando o retardamento não lhe é imputável.»

No entanto, limitando-se a jurisprudência a 24 horas do término do prazo o direito de consignar o pagamento, parece com isso querer significar que, após esse prazo, em mora estará o devedor, e, daí, o não lhe ser mais permitida a consignação. É essa a conclusão a que se chega, dada a referência que os julgados fazem ao art. 974, que exige concorreram, em relação ao tempo, todos requisitos, sem os quais não é válido o pagamento.

Esse artigo, entretanto, como é bem de ver, não pode, no caso em exame, ser apreciado isoladamente, e sim em combinação com os dispositivos referentes à mora, notadamente o art. 955, já referido, e, ainda e de modo particular, em confronto com o art. 939, que, de modo positivo, dispõe que «o devedor, que paga, tem direito a quitação regular e pode reter o pagamento, enquanto lhe não for dada».

Verifica-se do exposto, em conclusão, que, estando o credor em mora, em qualquer ocasião estará o devedor perfeitamente den-

tro do tempo para pagar, e pois, para consignar».

Realmente se a mora é do credor não há como admitir-se que o devedor somente possa utilizar-se da ação de consignação imediatamente após a recusa do pagamento.

Sem procedência, portanto, a preliminar.

Quanto ao mérito cumpre examinar separadamente dois aspectos acentuados pela sentença e reiterados nas contra-razões do recurso e no parecer da Subprocuradoria.

O primeiro deles é o que diz respeito à afirmativa feita pela Procuradoria da Fazenda Nacional em São Paulo de que a autora pretendia recolher tão-somente o imposto, multa de mora e correção monetária, não oferecendo o pagamento de multa de 50% conseqüente do lançamento de ofício do imposto de renda.

Ora, tal alegação é contrariada de forma decisiva pelas cópias das guias de recolhimento que se acham às fls. 8 e 9 dos autos, visadas pela Delegacia Regional do Imposto de Renda em 27 de agosto de 1968, dia em que foi tentado o recolhimento, em cujo verso consta o cálculo da multa, considerando-a originariamente da metade do imposto, e, em atenção ao Decreto-lei número 352, reduzida a 25%.

O primeiro argumento contra a procedência da ação, portanto, é inaceitável, *data venia*.

Vejamos o segundo. Reside ele na afirmação de que a autora, por seu preposto, comparecera para pagar o débito sem cálculo de correção monetária feito devidamente e daí ter pretendido o recebimento, pelo funcionário, de cheque a maior, com devolução do saldo, procedimento de todo inadmissível nas relações com a Administração.

A autora afirmou, sem contestação, que, por seu auditor, procurara a Delegacia Regional do Imposto de Renda onde foram feitos os cálculos totais do que deveria pagar, inclusive da correção monetária, e extraídas guias devidamente visadas, que juntou aos autos, das quais constavam o imposto e a multa devidos, não estando incluída a parcela relativa a correção por ser a indicação desta atribuição do funcionário encarregado do recebimento do pagamento, funcionário este que, no guichet, dissera o contrário, isto é, que caberia à DRIR calcular a correção monetária, e, por isso, não recebera o cheque tal qual lhe fora apresentado.

Esses fatos foram confirmados pelos depoimentos de Nilton Brito da Cruz, antigo auditor da autora já então sem relação de emprego com a mesma, e pelo funcionário que visara as guias, Ayrton Eugênio Simões, o qual afirmou ainda que o pagamento poderia haver sido recebido sem o visto pretendido pelo Caixa como ocorrera com várias outras firmas.

Ora, quer o cálculo de correção monetária devesse ser feito pela Delegacia Regional do Imposto de Renda, quer pelo funcionário que receberia o pagamento, se a autora, por preposto seu, visava guias na Delegacia e as levava para liquidação do débito no lugar próprio, e se isso não foi possível por inexistência de cálculo de correção monetária que caberia, em qualquer das hipóteses, a funcionário da União, não pode ser ela prejudicada por tal fato desde que adotou as providências que lhe cabiam para beneficiar-se do favor previsto no Decreto-lei nº 352.

Chego, assim, a conclusão contrária à do MM. Juiz prolator da decisão de 1º grau.

Dou provimento ao recurso para, reformando a sentença, julgar a ação procedente nos termos do pedido e condenar a União no pagamento de hono-

rários de advogado de 10% sobre o valor da causa.

EXTRATO DA ATA

AC. nº 31.701 — SP. Rel.: Sr. Min. Armando Rollemberg. Rev.: Sr. Min. Esdras Gueiros. Apte.: Condutores Elétricos Kardos S.A. Apda.: União Federal.

Decisão: Por unanimidade deu-se provimento à apelação, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 8 de novembro de 1974 — Terceira Turma).

Os Srs. Mins. Esdras Gueiros e Néri da Silveira votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Armando Rollemberg.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 32.774 — SP

Relator	— O Exmo. Sr. Min. Décio Miranda.
Relator designado	— O Exmo. Sr. Min. Jarbas Nobre.
Revisor	— O Sr. Min. Jarbas Nobre.
Recorrente	— Juiz Federal da Sétima Vara, <i>ex officio</i> .
Apelantes	— União Federal e Bril S.A. Indústria e Comércio.
Apelados	— Os mesmos.

EMENTA

Imposto de Renda.

Instalações em prédio alheio.

Glosa que se despreza por se entender a despesa necessária à finalidade da empresa.

Distribuição disfarçada de lucros (art. 72, II, da Lei nº 4.506/64).

Créditos em favor de acionista pela venda de ações cujo preço o Fisco entendeu notoriamente superior ao do mercado.

Ações anteriormente negociadas em Bolsa por preço aproximado ao referido nesses créditos.

Não caracterização da figura da distribuição disfarçada de lucros.

Ademais, os créditos são anteriores ao advento da Lei nº 4.506. Daí a impossibilidade de, com fulcro nela, o imposto ser cobrado.

Inaplicabilidade, no caso, do princípio do ano-base, pela ocorrência de fato gerador instantâneo.

Natureza penal de ato ilícito.

Evasão fiscal que se reconhece.

Verba honorária que se eleva a 5%.

Sentença parcialmente reformada.

Recurso provido em parte.

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

Decide a Segunda Turma do Tribunal Federal de Recursos, por maioria de votos, negar provimento aos recur-

sos de ofício e da ré, e dar provimento ao apelo da autora, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Custas de lei.

Brasília, 24 de agosto de 1973. —
Godoy Ilha, Presidente. — *Jarbas Nobre*, Relator designado.

RELATÓRIO

O Sr. *Min. Décio Miranda* (Relator): Bril S.A. Indústria e Comércio move ação anulatória de decisão do Primeiro Conselho de Contribuintes que confirmou exigência de imposto de renda e multa no montante total de Cr\$ 1.310.377,50, sendo Cr\$ 873.585,00 de imposto e Cr\$ 436.792,50 de multa, no exercício de 1965, base 1964.

A glosa fiscal corresponde a: 1) despesas de instalação em prédio de terceiros, deduzidas no próprio exercício de sua realização, e não com observância do art. 58, § 3º, letra *d*, da Lei nº 4.506, de 30-11-64, que estabelece a amortização no prazo mínimo de 5 anos, a partir do momento em que iniciada a operação ou atingida a plena utilização das instalações; 2) distribuição disfarçada de lucros, na operação pela qual a autora adquiriu de diretores seus, e incorporou ao capital, 500.000 ações da empresa Ferrojo S.A. Indústria e Comércio, pelo valor de Cr\$ 2.100.000,00, considerado notoriamente superior ao de mercado, e, por isso tributado o excesso de Cr\$ 1.600.000,00 nos termos do artigo 72, II, c/c art. 73 da citada Lei número 4.506, de 30-11-64.

Alegou a autora, quanto ao primeiro ponto, que as benfeitorias introduzidas em prédio de terceiro se incorporaram desde logo ao patrimônio do locador, constituindo despesas, e não investimento a amortizar, do locatário.

Quanto ao segundo, sustentou: a) não se ter efetuado por valor notoriamente superior ao de mercado a venda das ações da Ferrojo S.A., visto terem sido elas negociadas em bolsa, em data aproximada à da incorporação, por .. Cr\$ 4,10 cada uma; b) a incidência tributária reclamada decorre de norma excepcional, de caráter punitivo e não de caráter meramente fiscal, que não funciona segundo o princípio do ano-base, dessa consideração, decorrendo que, instituída para vigorar a partir de 1º de janeiro de 1965, não se aplicando ao fato produzido no ano de 1964.

Para forrar-se à execução da dívida fiscal reclamada, depositou a autora, em Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional, a quantia de Cr\$ 1.310.420,16.

Contestando, a União Federal reportou-se aos fundamentos do acórdão do Primeiro Conselho de Contribuintes; aduziu mais, que Robfer Indústria e Comércio Ltda., locadora, Ferrojo S. A. Indústria e Comércio, emitente das ações, e Bril S.A. Indústria e Comércio, locatária e adquirente das ações, constituem um «grupo industrial», a implicar na responsabilidade solidária das empresas que o integram; e argüiu que, na venda de ações, a palavra «mercado», segundo decidiu o Supremo Tribunal Federal, significa a situação geral de mútua dependência das transações, efetuadas em grande escala, supondo negociações, devidamente registradas no interesse da cotação das ações.

Juntou-se, às fls. 39/56, o acórdão do Primeiro Conselho de Contribuintes, proferido no Recurso nº 68.273, subordinado à ementa que dá notícia do seu conteúdo: a) somente quando atendidas as condições expressamente previstas em lei, é admissível a amortização, e pela forma nela indicada, de benfeitorias realizadas em imóvel de terceiro; b) a compra pela empresa, de ações de

seus dirigentes, caracteriza distribuição disfarçada de lucro quando não comprovada, de modo irrefutável, que a operação não fora por valor notoriamente superior ao de mercado; c) têm aplicação no ano de 1964 as hipóteses previstas no art. 72 da Lei nº 4.506, de 30-11-64, face ao princípio do ano-base e visto não constituírem ato ilícito, fraude ou sonegação dolosa; d) cabível a multa de 50% sobre o suplemento do imposto a pagar, quando apurado em procedimento *ex officio*.

Posteriormente à contestação, trouxe a autora aos autos, entre outros documentos, cópia do acórdão da Colenda Primeira Turma deste Tribunal, no AMS 60.549, Relator o Sr. Ministro Moacir Catunda; cópia do acórdão da Primeira Turma do Egrégio Supremo Tribunal Federal, no Agravo de Instrumento nº 50.575, Relator o Sr. Ministro Aliomar Baleeiro, confirmatório de despacho denegatório de recurso extraordinário no caso anteriormente referido; e parecer do Prof. Gilberto de Uilhôa Canto sobre a espécie discutida nos autos.

O parecer, que se lê às fls. 80/149, após focalizar a matéria da consulta, afirma, em resumo: a) examinada a natureza do imposto previsto no art. 73 da Lei nº 4.506, de 1964, pode-se concluir que se insere na categoria dos tributos incidentes sobre o lucro distribuído, e não sobre o lucro produzido, pela pessoa jurídica; b) do ponto de vista de enquadramento nas categorias do processo cognitivo, as regras de tributação de distribuição disfarçada de lucros, do art. 72 da Lei nº 4.506, constituem presunções legais absolutas ou ficções jurídicas, parecendo que, no caso concreto da consulta, a espécie mais se aproxima da presunção; c) do ponto de vista do objetivo colimado pelo legislador, o imposto de 50% do art. 73 da Lei nº 4.506 se apresenta como imposição de natureza sancioná-

ria, a punir o modo sub-reptício como foi tentada a ocultação do lucro e do rendimento, constituindo sanção para o lícito da sonegação dos impostos devidos, e não como imposição puramente tributária ou extrafiscal; d) como consequência prática dessa última conclusão, e tendo-se em conta, ainda, que o fato gerador da sanção fiscal é de índole instantânea, e não complexa ou complexiva, escapa às regras da tributação segundo o princípio do ano-base, e, portanto, no caso focalizado, não pode ser apanhado pela lei superveniente ao exercício em que ocorreu, pelo que a indigitada distribuição disfarçada de lucros no ano de 1964 não é alcançada pela lei destinada a reger o imposto de renda do ano de 1965, ou seja, a Lei nº 4.506, de 30-11-64, com vigência a partir de 1-1-65; c) ainda que se pudesse aplicar a Lei nº 4.506 ao caso sob exame, não se justifica dizer que as ações adquiridas pela empresa aos seus diretores houvessem sido compradas por valor notoriamente acima do de mercado, como quer o art. 72.

A sentença do Juiz Federal, Doutor João Gomes Martins Filho, julgou procedente a ação e condenou a União nas custas do processo e em honorários de advogado, estes arbitrados em 1% sobre o valor da causa.

No ponto alusivo às despesas de instalação em prédio de terceiro, considerou a sentença: a) preenchem os requisitos da lei; b) foram feitas em prédio alugado por contrato epistolar formalizado nos termos da lei comercial e civil; c) referido contrato não atribuía ao locatário reembolso ou indenização pelos gastos feitos, pelo que se presume a agregação automática das benfeitorias ao imóvel, no momento em que são feitas, do que decorre ser desse ano-base a despesa; d) as benfeitorias não aumentavam o patrimônio da autora, mas sim o da locadora; e) a amortização após a efetiva utilização dos

bens integrantes do ativo imobilizado da própria pessoa jurídica que realiza as despesas.

Relativamente ao problema da distribuição disfarçada de lucros, teve a sentença por inadmissível a exigência fiscal, seja por não caracterizada a figura impositiva prevista no art. 72 da Lei nº 4.506, seja porque a operação não se realizou sob o império dessa lei. Ou havia valor de mercado consubstanciado na operação de bolsa noticiada nos autos, ou não havia valor de mercado, porque a operação isolada era insuficiente para caracterizar dito valor. Em ambas as hipóteses, não se pode falar em venda por valor notoriamente superior ao de mercado. De qualquer forma, realizada a compra das ações em 31-7-64, não é apanhada pela Lei nº 4.506, que somente entrou em vigor em 1-1-65. Inaplicável o princípio do ano-base, por se tratar de fato instantâneo, e não de fato complexo ou complexivo, nem de fato pendente. Além disso, não é alcançável a operação pelo princípio do ano-base por se tratar de norma fiscal de caráter punitivo, reservada aos fatos posteriores (lê fls. 181/193).

Apelou a autora, por entender irrisória a percentagem de 1% para honorários de advogado, e pedindo seja ela fixada com melhor critério pelos juízes da apelação (lê fls. 196/8).

Apela, de sua vez, a União Federal, pedindo a improcedência da ação (lê fls. 201/4).

A Subprocuradoria-Geral da República oficia pelo provimento (lê folhas 218/222).

É o relatório.

Voto

O Sr. Min. Décio Miranda (Relator): A autora, nos exercícios de 1964 a 1966 deduziu dos rendimentos, como

despesas, quantias no total, indicado às fls. 41, de Cr\$ 258.014,80, por ela aplicado em obras nos armazéns ou galpões construídos na via Anchieta — km 13 — pela Robfer Indústria e Comércio Ltda., e desde a construção «destinados a instalação da fábrica dessa Empresa (a autora) a título de locação», como referido no documento de fls. 12.

Diz-se que esse documento consubstancia um contrato de locação, e, nele expresso que as instalações da fábrica deveriam ser feitas sem nenhum ônus para a Robfer «e sem direito a qualquer indenização ou reembolso», desde logo se incorporavam ao patrimônio da Robfer, e, assim, os gastos seriam despesas da autora, e não investimentos a amortizar.

Em verdade, porém, a carta de folhas 12 não expressa um contrato de locação, senão, quando muito, uma promessa de locação, pois o aluguel, essencial ao contrato, não é determinado, nele apenas se dizendo que «pelo uso dos referidos galpões ou armazéns, poderemos cobrar um aluguel a ser determinado em época própria».

Assim, o referido ajuste é um contrato inominado, em que a comutatividade não é perfeita. Seu caráter mais distintivo é a revelação de uma íntima comunhão de interesses entre a suposta locatária e a suposta locadora.

Robfer e a autora são empresas do mesmo grupo industrial, empresas integradas, bastando ver que o diretor da primeira, Roberto Sampaio Ferreira, signatário da procuração outorgada para esta ação, fls. 8, é o mesmo Diretor da Robfer que enuncia o ajuste da desnaturada locação, fls. 12, bem como do seu complemento, fls. 13.

As obras empreendidas no prédio não expressavam, em essência, uma comutatividade de obrigações ou aluguel

não expresso em dinheiro, de vez que em verdade não estipuladas como contraprestação do uso dos galpões ou armazéns, mas efetuadas no só interesse da produção industrial da autora, residindo o interesse da proprietária não propriamente na incorporação das instalações a seu patrimônio, mas nos reflexos daquela produção, e conseqüente rendimento, na prosperidade comum, de vez que Robfer e Bom Bril (hoje simplesmente Bril) são empresas intimamente integradas.

Não há, pois, como aplicar em sua pureza a consideração de que obras realizadas em prédio alheio, que a ele se incorporem, constituem mera despesa de quem as efetua, não podendo ser escrituradas como ativo recuperável.

Na verdade, nas condições em que foi feita, a despesa era investimento de capital, em modalidade que a lei tributária permite recuperar por via de amortização, como estabelecido no art. 128 do Decreto nº 55.866, de 25-3-65.

Dispõe, com efeito, esse artigo, em primeiro lugar, sobre recuperação de capital aplicado na aquisição de direitos ou bens cujo exercício ou utilização tenha duração limitada, e nesse caso o prazo de amortização será o prazo do exercício ou utilização. E, a seguir, para a recuperação de capital investido sem prazo limitado, concede o prazo mínimo de cinco anos, nas condições que menciona, a significar que o vertido de uma só vez ou concentradamente, será recuperado em forma diluída, na presumida proporção do rendimento por ele produzido.

Nesta última modalidade se inseria o capital investido pela autora para instalar uma fábrica no imóvel da outra empresa integrada no grupo.

E para a hipótese dispunha o citado art. 128, no § 3º:

«Art. 128

§ 3º Poderão ser também amortizados, no prazo mínimo de 5 (cinco) anos (Lei nº 4.506, artigo 58, § 3º):

.....

d) a partir do momento em que é iniciada a operação ou atingida a plena utilização das instalações, a parte dos custos, encargos e despesas operacionais registrados como ativo durante o período em que a empresa, na fase inicial de operação, utilizou apenas parcialmente o seu equipamento ou as suas instalações.»

Em substância, não há diferença alguma entre os investimentos assim realizados em prédio próprio e os realizados em prédio alheio, quando, neste último caso, pela natureza das relações entre o investidor e o proprietário do prédio, esse último está jungido a cláusula implícita de não retomar o imóvel antes da amortização dos investimentos por quem os fez.

Isto posto, tenho como de todo procedente a atuação fiscal, nessa parte.

Passo a examinar o ponto atinente à distribuição disfarçada de lucros, atribuída à autora.

Em verdade, não consegui demonstrar a autora que a aquisição de 500.000 ações da Ferrojo S.A. Indústria e Comércio, do valor nominal de Cr\$ 1,00, que efetuou a diretores seus pelo valor unitário de Cr\$ 4,20, não tenha sido realizada por preço notoriamente superior ao seu verdadeiro valor.

O histórico desse valor foi sintetizado pelos agentes fiscais, e, em substância, não foi desmentido pela autora, que se limitou a introduzir fatores de correção nos valores colacionados.

Desse histórico, fls. 48, vê-se que máquinas apropriadas ao fabrico dos

artigos da autora foram importadas ao custo de NCr\$ 19.308,31, nos anos de 1954 a 1960; foram em 1961 vendidas ao Diretor-Presidente da autora pelo preço de NCr\$ 42.704,00; em 1963, entraram como bens constitutivos de quase todo o capital da Ferrojo Indústria e Comércio Ltda., pelo valor de NCr\$ 513.950,00; em 1964, sete meses depois da anterior operação, 500.000 ações da Ferrojo, aparentemente a maior parte de seu capital, são vendidas à autora, também aparentemente em sua maior parte pelo mesmo seu Diretor-Presidente, pelo preço de NCr\$ 2.100.000,00, sendo, ao depois, o crédito resultante dessa venda, feito aos Diretores vendedores, incorporado ao capital da autora.

Esse simples histórico, em sua essência não desmentido senão apenas tentado minimizar com a introdução de fatores de reavaliação nos valores mencionados, mostra, à evidência, que à autora cumpriria alargar os meios de prova no tocante ao valor real das ações que adquiriu de Diretores seus, ao mesmo tempo Diretores da empresa emittente.

Mas a única demonstração que se apresentou, do que seria o valor do mercado, foi a sumária e deficiente certidão da Bolsa de Valores de São Paulo, vista por cópia nestes autos a fls. 14, fazendo menção a que ações da Ferrojo, do valor nominal de Cr\$ 1,00, foram negociadas, em 26-6-64, ao preço de Cr\$ 4,11 cada uma.

Esclareceu-se, porém, no processo fiscal, que essa certidão expressava tão somente a venda de 44 ações, ainda pelo mesmo Diretor-Presidente da autora, sem se ter conseguido demonstrar a quem foram vendidas. Ainda mais, em se tratando de venda de ações até então não admitidas à cotação na bolsa, o registro da operação fora feito mediante simples comunicação do Corre-

tor ao Presidente da Bolsa, figurando a operação como leilão (fls. 50).

Objeta-se, porém, que, em não havendo valor de mercado, não há o padrão sobre o qual aferir se a operação de venda das 500.000 ações foi feita por preço acima do valor normal ou se pelo preço correto.

Ora, em se tratando de operação entre pessoas e empresas, vendedores e compradores, ligados por íntimas relações do grupo industrial que formaram e dirigem, corria-lhes o dever de afastar por meios convincentes toda eiva de suspeição.

É operação corrente, no mercado de capitais e no mundo dos negócios antes que aquele se desenvolvesse até a forma atual, a apuração do valor de ações pela simples divisão do patrimônio líquido pelo número das quotas, partes, ou ações representativas da totalidade do capital.

Dessa demonstração simples não cuidaram os interessados, como seria de elementar cautela e expediente, nem no ato da aquisição das ações, nem na defesa do processo administrativo fiscal nas duas instâncias em que se desenvolveu, nem na instrução da presente ação ordinária, onde uma perícia de índole contábil-financeira se impunha.

Pela inexistência de valor demonstrado no mercado financeiro de capitais, não se segue possam os interessados erigir como insuscetível de correção o valor que bem lhes aprouver, máxime estando ausente, no caso, a comutatividade normal dos negócios, aqui descaracterizada pela comunhão, convergência e intimidade de interesses entre empresas e pessoas.

De todo procedente, assim, a arguição do Fisco, de se tratar de venda por valor notoriamente superior ao de mercado (aqui usada a palavra em sentido amplo, como valor normal do bem,

em atenção ao seu real conteúdo financeiro).

Diz-se, porém, e esta foi a ênfase principal do doutíssimo parecer de Gilberto de Ulhôa Canto, que a tributação da espécie como distribuição disfarçada de lucros não podia alcançar operação realizada no ano de 1964, quando a lei, que prevê de forma sancionária ou punitiva uma tributação exacerbada para essa modalidade de distribuição de lucros, não pode ser aplicada segundo o princípio da consideração dos rendimentos do ano anterior ao da declaração, ou seja, segundo o princípio do ano-base.

Uma das demonstrações que faz o eminente tributarista é o de que, tanto se trata de imposto sancionário ou punitivo, que a taxa é de 50%, quando a normal, do lucro produzido e distribuído, é de 30% (eu encontraria 28% segundo o art. 37 da Lei nº 4.506) mais 7% pela distribuição do lucro em espécie (art. 38 da mesma lei). E, assim, como imposição sancionária ou punitiva, e não como imposição meramente tributária ou extra-fiscal, não há de reger o lucro distribuído antes de sua vigência.

Ocorre, no entanto, que certas modalidades tributadas, a partir da Lei nº 4.506, como distribuição disfarçada de lucros, já eram punitivamente sancionadas pela legislação anterior, de forma genérica, como sonegação de rendimentos, figura elementar de toda lei tributária.

É curial que a sonegação de lucros, qualquer que fosse a modalidade praticada, tinha corretivo na legislação anterior, mediante a glosa das importâncias indevidamente debitadas ou inclusão das indevidamente omitidas.

A legislação anterior, consubstanciada por último no Decreto nº 51.900, de 10-4-63, continha todo um mecanismo de apuração da limpidez financeira

das operações da empresa em relação às imposições tributárias (arts. 32 a 43) e, em seguida, regras de revisão (art. 74), tornados efetivos, em falta de atendimento, pelo lançamento *ex officio*.

Neste desaguiariam as sonegações de lucros, de modo genérico considerados como omissão de rendimentos.

Estabelecia o art. 77 do citado Decreto nº 51.900:

«Art. 77. O lançamento *ex officio* terá lugar quando o contribuinte:

a) não apresentar declaração de rendimentos;

b) deixar de atender ao pedido de esclarecimentos que lhe for dirigido, recusar-se a prestá-lo ou não os prestar satisfatoriamente;

c) fizer declaração inexata, considerando-se como tal não só a que omitir rendimentos, como também a que contiver dedução de despesas não efetuadas ou abatimentos indevidos.»

Nessa cláusula, «omitir rendimentos», entravam muitos dos expedientes que na lei subsequente, nº 4.506, vieram a ser sancionados como formas de distribuição disfarçada de lucros, entre eles, sem dúvida, o que é visto nestes autos, de compra de ações por preço superior ao verdadeiro valor.

Não fosse assim, e qualquer empresa poderia anular todo seu rendimento e nenhum imposto pagar.

Quanto piores as ações, tanto mais desvaliosas, tanto mais desconhecido, por ínfimo ou irreal, o verdadeiro valor, tanto mais eficiente seria o expediente sonegatório.

E, apurada a sonegação de lucros, a sanção do lançamento *ex officio* compreendia a exigência do imposto

e mais a multa de 50%, ou, em casos como o dos autos, a de 300%, por comprovado o «evidente intuito de fraude», art. 145, letras *c* ou *d*, do Decreto nº 51.900, citado.

Vê-se, assim, que a inserção da sonegação de rendimentos, vista nestes autos, como modalidade de «distribuição disfarçada de lucros», longe de constituir exacerbação punitiva, constituiu suavização da lei tributária.

Ouso, mesmo, dizer que a imposição perdeu o caráter sancionário ou punitivo e passou a ter natureza meramente tributária, apenas exacerbada a taxa do imposto para desestimular (sem proibir) a prática, antes considerada delitual sob o ponto-de-vista tributário, hoje não desejada mas de certo modo vista sem exageros de intolerância.

A imposição não é essencialmente nova, mas apenas suavizante da que antes já sancionava tal modalidade de sonegação de lucros, e, por sinal, contemporânea da tendência da apropriação das figuras mais graves da sonegação fiscal pela lei penal comum, tendência que veio a concretizar-se na Lei nº 4.729, de 7-1-66, o que, possivelmente, já revelava o propósito do legislador de retirar do campo da sonegação as figuras mais toleráveis.

Como figura nova, meramente tributária e não sancionária ou extrafiscal, podia reger-se pelo princípio do ano-base, não só por esse mesmo caráter não punitivo, como por haver deixado de definir o fato como infração, e, ainda na hipótese de ser considerada punitiva a taxa exacerbada de 50%, por ser essa sanção menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da prática do ato, ou seja, o imposto de 28% mais 7%, mais a multa de 300%.

Dispõe, a esse respeito, claramente, o art. 106 do Código Tributário

Nacional, com o estabelecer a retroatividade da *lex mitior*:

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

.....

II — tratando-se de ato não definitivamente julgado:

a) quando deixe de defini-lo como infração;

b) quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo;

c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.»

Em suma: aplicada a lei anterior, Decreto nº 51.900, de 1963, a autora teria o seu procedimento capitulado como omissão fraudulenta ou sonegação de rendimentos, sujeita ao imposto de 23% mais 2% de adicional, mais a multa de 300%; aplicada a lei nova que trata o fato como objeto de mera incidência de imposto sujeitar-se-ia apenas ao tributo à taxa de 50% (caso o tivesse declarado).

Vê-se, pois, que a lei nova, tratando o fato com maior suavidade, como hipótese de sujeição a imposto e não como fraude, deixando de defini-lo como infração, ensejaria até mesmo aplicação retroativa, e, com maioria de razão, aplicação ao fato do ano-base, modalidade de incidência retroativa normal no sistema do imposto de renda, graças ao princípio do fato gerador complexo ou complexivo.

É bem verdade que o acórdão da Colenda Primeira Turma deste Tribunal no AMS 60.549, Relator o Sr. Ministro Moacir Catunda, afirmou, em

caso apreciado à luz dos mesmos dispositivos, que, cotejada a época das autuações (e também da operação de venda de ações), em fins de 1964, com o dia do início da vigência da Lei nº 4.506, de 1964, ou seja, 1º de janeiro de 1965, verificar-se-ia a infringência, pelo Fisco, do princípio da legalidade, no que tange ao fato gerador da imposição fiscal, por distribuição disfarçada de lucros, que não era previsto pelo direito fiscal, vigente na época da venda das ações (fls. 66).

Mas o acórdão enunciou esse princípio como argumento a maior, talvez sem atentar para a ressalva do art. 106 do Código Tributário Nacional, pois, em verdade, a ênfase principal do julgado residiu na negativa de reconhecimento, na espécie, da ocorrência de venda por preço superior ao mercado, visto que as ações, do valor nominal de Cr\$ 1,00, não tendo embora cotação em bolsa, foram adquiridas a Cr\$ 2,00, preço que se revelava inferior ao de Cr\$ 2,795, demonstrado pelo valor do patrimônio líquido da sociedade, segundo o último balanço (fls. 63 *fine* e 64 *princ.*).

Tanto foi essa a consideração principal e decisiva do acórdão, que, ao ser apreciado no Egrégio Supremo Tribunal Federal o agravo de despacho denegatório de recurso extraordinário da União (Agravo de Instrumento nº 50.575), o voto do Relator, Ministro Aliomar Baleeiro, sublinhou que o acórdão objeto do recurso extraordinário decidira apenas questão de fato, ou seja, o valor efetivo das ações adquiridas em certa data dos fins de 1964.

E é ainda desse acórdão o ensinamento preciso, aproveitável para reforço das considerações que fazemos neste voto sobre a imprestabilidade da prova de valor de bolsa apresentada pela autora, de que «a palavra mercado, nas Leis ns. 4.506-64, art. 72, e 3.470,

de 1956, art. 86, parágrafo único, significa a situação geral de mútua dependência das transações, efetuadas em grande escala, mesmo porque «os casos de troca, isoladamente, não constituem mercado (W. Heller, *Dicionário de Economia*, apud A. Lopes de Sá, *Mercado de Capitais*, pág. 22).»

Isto posto, e em conclusão final, encontro não demonstrada a pretensão da autora de anular a decisão fiscal administrativa, quer no ponto atinente à dedução como despesas de investimentos amortizáveis a partir da data do seu aproveitamento produtivo e no prazo mínimo de cinco anos, quer, ainda, no tocante à aquisição das 500.000 ações da Ferrojo S.A., que considero efetuada por valor notoriamente superior ao de mercado, assim constituindo distribuição disfarçada de lucros aos vendedores, Diretores da empresa adquirente e, aparentemente, também da empresa emitente, sujeita a tributação no exercício de 1965 e segundo a lei posta em vigor para esse exercício, pelo princípio de abrangência dos fatos geradores complexivos iniciados no ano-base, alcançados pela incidência meramente tributária, substitutiva da conceituação mais severa do fato como infração fiscal.

Dou provimento à apelação e ao recurso *ex officio* para julgar improcedente a ação, condenando a autora nas custas e em honorários de advogado, estes arbitrados em 1% sobre o valor da causa, os mesmos que a sentença carregava à União Federal, prejudicada a apelação da autora.

VOTO

O Sr. Min. Jarbas Nobre (Revisor): A autora aplicou certa quantia em instalações em prédio alheio.

Escriturou tais despesas, na mesma conta em que contabilizava os gastos com a conservação dos seus próprios

prédios («Despesas de Fabricação» — «Manutenção e Limpeza de Prédios e Terrenos»).

No caso, o imóvel de terceiro consiste em um armazém de 30.000m², de início graciosamente cedido. Depois (de 1965 a 1968), pelo seu uso era pago o aluguel mensal de Cr\$ 1.500,00, a partir de 1-3-68, majorado para Cr\$ 20.000,00, sob a condição de as instalações ficarem incorporadas ao imóvel, sem qualquer reembolso, compensação ou indenização.

A sentença é no sentido de que impede a glosa, porque a despesa, no caso, teria atendido aos requisitos do art. 172, do Regulamento do Imposto de Renda, por ter sido feita para a realização de operações próprias da atividade da autora, decorrer de contrato escrito e as benfeitorias não terem aumentado o patrimônio da autora.

Em verdade, na espécie dos autos, há contrato entre as partes no que toca ao mencionado armazém (fls. 12 e 13).

De acordo com esse ajuste, à proprietária do imóvel cabia «construir somente os referidos galpões, mas todas as construções ou instalações industriais necessárias ao funcionamento da fábrica de V. Sas. ... deverão ser feitas por V. Sas., às suas expensas, sem nenhum ônus para nós e sem direito a qualquer indenização ou reembolso» (fls. 13).

Ora, como disposto no art. 162, do Decreto nº 58.400, são operacionais as despesas não computadas nos custos, necessárias à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora, assim entendidas:

«as usuais ou normais no tipo de transações, operações ou atividades da empresa» (§ 2º).

No que se deve entender por «despesa necessária», adverte Bulhões

Pedreira, *Imposto de Renda*, § 6.34, (13), que

«a lei distingue entre pessoas jurídicas e empresas individuais para inverter, em relação a estas, o ônus da prova da necessidade de determinadas despesas do seu titular: «a autoridade lançadora poderá impugnar as despesas do titular da empresa que não forem expressamente previstas na lei como deduções admitidas, se esse não puder provar a relação da despesa com a atividade da empresa. Nas empresas com personalidade jurídica as despesas que não contrariem dispositivos legais têm a seu favor a presunção de serem necessárias e normais. Se a empresa as registra e elas são impugnadas pela administração, a esta cabe demonstrar que não são necessárias ou normais.»

Frente ao que reza o art. 170, do Regulamento,

«Serão admitidos como custos ou despesas operacionais as despesas com reparos e conservação de bens e instalações destinadas a mantê-los em condições eficientes de operação.»

À propósito, escreveu o mesmo autor, *ob. cit.*, § 6.34 (42) que:

«No caso de bens e instalações locados, ou de bens de terceiros, em geral a despesa de conservação ou reparo será corrente, e dedutível do lucro operacional, de vez que a ela não corresponde aumento do ativo da empresa que suporta a despesa.»

Embora se deva fazer distinção entre despesa de reparo e conservação e despesa de benfeitorias ou melhoria do bem, em última análise, os princípios a estas atinentes são os mesmos. Neste

particular, o que se leva em boa conta, é o prazo da sua vida útil, pois, se for superior a um exercício, a despesa com elas feitas deve ser capitalizada para sofrer depreciação ou amortização, regra esta aplicável inclusive nas benfeitorias realizadas em bens de terceiros.

No caso dos autos, não se trata de amortização, mas de glosa da despesa com imóvel de terceiro que o Fisco, como lhe cabia, não provou ser ela desnecessária ou inútil.

Ao contrário, ficou demonstrado que ela é útil e necessária à finalidade da empresa, e não redundou no aumento do seu patrimônio. Sim, no da locadora do bem.

Intepcede assim, por inteiro, a glosa.

A Lei nº 4.506, de 30-11-64, criou a figura da «distribuição disfarçada de lucros».

Entre as formas dessa distribuição, previu no art. 72, II:

«a aquisição, de qualquer das pessoas referidas no artigo anterior, de bem ou direito por valor notoriamente superior ao do mercado.»

As pessoas aludidas no texto são as seguintes: acionista, sócio, dirigente ou participante nos lucros de pessoas jurídicas, ou aos respectivos parentes ou dependentes de bem ou direito (art. 72).

Sobre tal distribuição disfarçada incide o imposto de 50%, sem prejuízo do que couber à pessoa física beneficiada (art. 73).

O Decreto nº 58.400-66 trata da matéria em seus arts. 251 e 252.

Assim dispõem os dispositivos invocados:

«Art. 251. Consideram-se formas de distribuição disfarçada

de lucros ou dividendos pela pessoa jurídica:

b) a aquisição, de qualquer das pessoas referidas na letra anterior, de bem ou direito, por valor notoriamente superior ao de mercado.

§ 3º Nas hipóteses previstas neste artigo serão classificados como dividendos ou lucros distribuídos:

a) nos casos das letras a e b, a diferença entre o valor de mercado e o da alienação, ou aquisição, respectivamente».

«Art. 252. Sobre os lucros ou dividendos disfarçadamente distribuídos, nos casos previstos no artigo anterior, incidirá o imposto, de 50%, sem prejuízo do que couber à pessoa física beneficiada.

Parágrafo único. No cálculo do imposto de que trata este artigo, serão consideradas as quantias já exigidas de acordo com os artigos 248 e 249.»

Entende-se por lucro real, está no Decreto nº 58.400, o

«lucro operacional das atividades normais da empresa com personalidade jurídica de direito privado, seja qual for a sua forma ou objeto...» (art. 154, do RIR),

«... formado pela diferença entre a receita bruta operacional e os custos, as despesas operativas, os encargos, as provisões e as perdas autorizadas por este Regulamento» (art. 156).

Bulhões Pedreira (*Imposto de Renda*, § 6.10-14) lembra que

«Somente constitui lucro operacional o resultado da atividade normal da empresa. A noção de

normalidade, no caso, corresponde à de atividade que é própria da empresa, ou que constitui o seu objeto precípua, além do resultado.»

No que diz respeito ao imposto de renda, propriamente dito, nada se discute nestes autos.

O que se pretende onerar é a figura da distribuição disfarçada de lucro, com fulcro no art. 72, II, da Lei nº 4.506.

Quer o Fisco que essa partilha esteja representada nos créditos de Cr\$ 1.890.000,00, Cr\$ 105.000,00 e Cr\$ 105.000,00 contidos nas contas correntes dos Diretores da empresa, pela venda de 500.000 ações da «Ferrojo S.A.», créditos esses que foram posteriormente capitalizados no aumento de capital realizado em 10-8-64.

A União defende a tese de que a venda das ações se fizera por preço notoriamente superior ao do mercado, donde ser devido o imposto à alíquota de 50%.

No caso das ações da «Ferrojo», dizem os autos que elas foram anteriormente negociadas na Bolsa de Valores, pelo preço unitário de Cr\$ 4,10. Isto em 23-6-64.

Na operação objeto dos autos essas ações foram vendidas, um mês depois (30-7-64), por preço um pouco superior: a Cr\$ 4,20.

Do simples confronto entre os dois valores bem se vê que, ao contrário do que sustenta o Fisco, a venda em causa não se fez por preço notoriamente superior.

Ademais, o negócio feito, como apontado, data de 31-7-64, momento em que ainda não existia a Lei nº 4.506, que data de 30-11-64.

Esta Lei, ao criar a figura da distribuição disfarçada de lucro, tomou

como fato gerador do imposto a distribuição.

Neste sentido, parecer de Rubens Gomes de Souza, publicado na *Resenha Tributária* de 1971, vol. I, pág. 292.

Se isto é indubitável, segue-se que, no caso, o fato gerador é do tipo chamado simples ou instantâneo, em oposição ao denominado complexo ou complexo.

Com a distribuição do lucro, caracterizada pelos créditos feitos nas contas dos vendedores dos títulos, estes adquiriram a disponibilidade econômica dos seus valores, fato gerador do tributo.

Ora, nessa ocasião, como já focalizado, ainda não vigorava a Lei nº 4.506, donde a impossibilidade de, com base nela, se cobrar o imposto, como o pretende a apelante.

Nada há a argüir, na espécie, a aplicação do princípio do ano-base que constitui exemplo de fato gerador complexo, isto é, de ocorrência de conjunto de fatos.

No caso sob exame, o fato gerador é do tipo instantâneo, em que o importante e decisivo é a «realização» do rendimento, e não o seu pagamento («separação»).

O simples creditamento do seu valor, por si só, constitui o fato gerador do imposto, visto como, nesse momento, o vendedor das ações adquiriu a disponibilidade econômica e jurídica sobre o produto da operação.

Não confundir esta realidade com o imposto devido pelas pessoas jurídicas, que é devido e calculado de acordo com os dados do balanço. Aqui, o lucro do exercício é devido no próprio exercício, porém sua apuração se faz em momento posterior. Isto, por uma simples ficção porque, em rigor, só se poderá saber se uma empresa obteve

lucro ou prejuízo, quando de sua liquidação, e não em períodos certos e estanques.

Inaplicável, na espécie, pois, o princípio do «ano-base», mesmo porque a tributação do lucro disfarçadamente distribuído, não é feita pelo balanço, pelo resultado do exercício, mas pelo exame de fato ou ato isolado, como no caso, pela venda das ações da «Forjaço».

Relevante, ainda, ao deslinde da causa sob julgamento, destacar a natureza jurídica da incidência prevista no art. 72, da Lei nº 4.506.

Estou em que ela tem natureza punitiva de ato ilícito. É tipicamente uma sanção que objetiva, como diz Alfredo Augusto Becker, «impedir ou desestimular, diretamente, um fato ou ato que a ordem jurídica proíbe» (*Teoria Geral do Direito Tributário*, pág. 556).

Norma de caráter penal, não pode ela ser aplicada com respeito ao princípio do «ano-base», mas a lei vigorante quando da ocorrência do fato gerador.

Ora, já ficou apontado, o negócio realizado com as ações da «Forjaço» data de 23-6-64. A Lei nº 4.506 é de 30-11-64. A figura da distribuição disfarçada de lucros foi nesse momento criada.

Logo, não pode ela ser aplicada a fato já definitivamente constituído quando de sua edição.

Por derradeiro, de assinalar-se que as ações negociadas, foram cotadas em Bolsa à razão de Cr\$ 4,10 por unidade. Vendidas que foram a Cr\$ 4,20, o fato jamais poderá ser entendido como aquisição por valor superior ao de mercado, e muito menos notoriamente superior.

O Ministro Décio Miranda em seu voto sustenta que na espécie dos autos

teria ocorrido a figura da sonegação fiscal, cuja penalização fora até abrandada pela lei que criou o instituto da distribuição disfarçada do lucro.

Com sua permissão, discordo de seu ponto-de-vista.

Conhecidos são os estudos doutrinários em torno da diferença entre «evasão fiscal» e «fraude fiscal».

Rubens Gomes de Souza em seu *Compêndio de Legislação Tributária*, 2ª edição, pág. 99, alerta o modo para distinguir uma figura da outra.

O critério que recomenda

«é verificar se os atos praticados pelo contribuinte, para evitar, retardar ou reduzir o pagamento de um tributo, foram praticados antes ou depois da ocorrência do respectivo fato gerador: na primeira hipótese, trata-se de evasão; na segunda, trata-se de fraude fiscal. É fácil compreender a razão: se o contribuinte agiu antes de ocorrer o fato gerador, a obrigação tributária específica ainda não tinha surgido e o direito do fisco ainda se encontrava em sua fase abstrata, não concretizada nem individualizada em relação a um fato e a um contribuinte determinado: por conseguinte o fisco nada poderá objetar se um determinado contribuinte consegue, por meios lícitos, evitar a ocorrência de fato gerador, ou fazer com que essa ocorrência se dê na forma, na medida ou ao tempo que lhe sejam mais favoráveis. Ao contrário, se o contribuinte agiu depois da ocorrência do fato gerador, já tendo, portanto, surgido a obrigação tributária específica, qualquer atividade desenvolvida pelo contribuinte, ainda que por meios lícitos, só poderá visar a modificação ou ocultação de uma situação

jurídica já concretizada a favor do fisco, que poderá então legitimamente objetar contra essa violação de seu direito adquirido, mesmo que a obrigação ainda não esteja individualizada contra o contribuinte pelo lançamento, de vez que este é meramente declaratório.»

Alfredo Augusto Becker (*ob. cit.*, pág. 123), após assinalar que para que o contribuinte seja obrigado a adotar o caminho tributariamente mais oneroso, é necessário que exista regra jurídica que o obrigue a tal escolha, lembra Albert Hensil quando afirmou: que

«o comando — tu deves pagar o imposto — está sempre condicionado à frase: se tu realizas a hipótese de incidência (não: se tu visas um determinado efeito econômico)».

E traduz o pensamento do tributarista alemão, nestas palavras:

«a regra jurídica tributária incidirá sobre a hipótese de incidência somente quando esta se realize. Ora, se determinado efeito econômico não é elemento componente ou integrante da hipótese de incidência daquela regra jurídica, de modo que o indivíduo poderá, sem violar regra jurídica ou eficácia jurídica, atingir aquele efeito econômico, escolhendo um outro caminho (outros atos, fatos ou estados de fato) que não seja elemento integrante da hipótese de incidência de regra jurídica tributária, ou, então, que seja elemento integrante de hipótese de incidência de outra regra jurídica mais favorável (menor tributo).»

Se, para atingir esse resultado econômico, o contribuinte fere regra

de Direito ou sua eficácia, terá praticado fraude fiscal. Caso contrário, se para conseguir tal efeito de ordem econômica, não viola regra jurídica, então terá praticado evasão fiscal.

À página 125 da obra citada, escreve Becker:

«Nada altera a circunstância de estes efeitos econômicos serem análogos ou idênticos aos efeitos econômicos que seriam irradiados pelo outro negócio jurídico que foi evitado a fim de se evadir (eludir) o tributo. A evasão é perfeitamente lícita, pois não foi violada nenhuma regra jurídica ou eficácia jurídica e, por conseguinte, a estrutura jurídica dos atos e contratos deve ser respeitada pelo intérprete da lei tributária. Se o intérprete abstrai a estrutura jurídica para se fixar na realidade econômica, quem pratica ato ilícito é o intérprete (e não o contribuinte que evadiu o tributo), pois não existe regra jurídica autorizando tal abstração. A fraude, porém, é ilícita, porque o contribuinte ergueu a estrutura jurídica de seus negócios, violando regra jurídica ou desprezando a eficácia jurídica (efeitos) resultante da incidência de regra jurídica sobre sua hipótese de incidência.

«Havendo fraude, o que o intérprete deverá observar é que, em virtude daquela violação de regra jurídica ou daquele desprezo da eficácia jurídica, a estrutura erguida pelo contribuinte resultou: ou inexistente ou nula ou anulável ou ineficaz. Portanto, a incidência da regra jurídica tributária (que o intérprete está a constatar) está condicionada ou à inexistência ou à nulidade ou à anulabilidade ou à ineficácia da estrutura fraudulenta. Em cada um destes casos,

o intérprete não deverá, simples e empiricamente, abstrair a estrutura jurídica e se fixar na realidade econômica. Deve o intérprete verificar de que maneira influiu para a incidência ou a não incidência da regra jurídica tributária, aquela inexistência, ou nulidade ou anulabilidade ou ineficácia da estrutura (fato jurídico: atos, fatos ou estados de fatos).»

Mantenho a sentença, de modo parcial, pois dou provimento ao apelo da autora, para majorar a verba honorária a 5%.

Quanto aos demais, nego provimento aos recursos.

EXTRATO DA ATA

AC. nº 32.774 — SP. Rel: Sr. Min. Décio Miranda. Rev: Sr. Min. Jarbas Nobre. Recte: Juiz Federal da 7ª Vara. Aptes: União Federal e BRIL S.A. Indústria e Comércio. Apos: Os mesmos.

Decisão: Após os votos do Sr. Ministro Relator, dando provimento aos recursos de ofício e da União Federal, para julgar improcedente a ação e considerar prejudicada a apelação da autora, e do Sr. Ministro Revisor, negando provimento aos recursos voluntário da União Federal e necessário, e provendo o recurso da autora, adiou-se o julgamento por ter pedido vista o Sr. Min. Godoy Ilha (em 24-11-72 — 2ª Turma).

Presidiu o julgamento o Sr. Min. Godoy Ilha.

VOTO (VISTA)

O Sr. Min. Godoy Ilha: Em que pese o magnífico voto do eminente Relator, estou em que os fundamentos da douta decisão de primeira instância

restaram inatacáveis, inobstante a sólida e brilhante argumentação do pronunciamento do Sr. Ministro Décio Miranda, a quem peço vênias para adotar o voto do eminente Revisor, Ministro Jarbas Nobre.

Duas são as questões suscitadas na causa e enfrentadas pelo ilustrado Julgador *a quo*.

A primeira diz respeito com as despesas de instalação, girando a controvérsia em saber-se se as despesas realizadas pela Autora com as benfeitorias no prédio alugado, da Via Anchieta, constituem ou não despesas dedutíveis do seu lucro tributável, no ano-base em que foram feitas, e a legitimidade dessas deduções foi assim proclamada pela sentença:

«No caso *sub judice*, as despesas de instalação são legitimamente dedutíveis porque:

«a) são despesas que preenchem os requisitos do art. 172 do atual Regulamento do Imposto de Renda (Decreto nº 58.400/66) pois foram pagas ou incorridas para realização de operações exigidas pela atividade da A., e são usuais ou comuns ao tipo de atividade da A.;

«b) é certo que foram feitas em prédio simplesmente alugado, de terceiros, mas o foram por força de contrato escrito (epistolar) devidamente formalizado nos termos dos arts. 127 do Código Comercial e 129 do Código Civil (docs. ns. 4 e 5).

«c) referido contrato epistolar previu expressamente que a locatária não tinha direito ao reembolso ou indenização pelos gastos feitos, e, como o contrato não tinha prazo certo, presume-se a agregação automática das instalações ou benfeitorias ao imóvel, no

momento em que são feitas; então, a despesa é desse ano-base;

«d) as instalações ou benfeitorias não aumentaram o patrimônio da A., mas sim o da locadora;

«e) o fisco, segundo se apura dos autos, não contestou, de modo absoluto, o direito da A., ao abatimento da despesa em seu lucro fiscal. porém, entendeu apenas que as despesas somente poderiam ser amortizadas após a efetiva utilização dos bens. Mas isso não é exigido pela legislação do Imposto de Renda, a não ser na hipótese de bens integrantes do ativo imobilizado da própria pessoa jurídica que realiza as despesas (art. 57, § 8º, da Lei nº 4.506);

«f) os próprios órgãos fazendários (ver acórdão 59.154, do 1º Conselho de Contribuintes citado nos autos) têm entendido que 'devem ser levadas a débito da conta de lucros e perdas, por sua totalidade, no exercício em que são efetivadas, as despesas com construção realizadas em imóvel de terceiros, quando o melhoramento, por disposição contratual, se transfere imediatamente à propriedade locada» (*DOU SIV.*, de 24-6-68).

Essas despesas, cuja dedução era expressamente autorizada pelas disposições e regulamentos então vigentes, não representavam e nem enriqueciam o patrimônio da Autora, eis que, em virtude de convenção expressa, ficavam incorporadas ao imóvel locado e para atenderem à realização das operações próprias da sua atividade precípua.

A locação foi estipulada nos termos das cartas de fls. 12 e 13, que o Cód. Comercial, nos seus arts. 122, inciso 4º,

e 127 confere à correspondência epistolar as galas de obrigação contratual.

Irrelevante, *data venia*, o argumento de que locadora e locatária eram empresas coligadas, com direção comum. Todavia, em face do direito positivo brasileiro, posto que, mesmo interligadas por um interesse econômico comum, conservam a sua personalidade jurídica própria, distinta uma da outra.

Existindo contrato de locação a prazo indeterminado, com a condição expressa de que as benfeitorias se agregavam automaticamente ao prédio locado, sem que fossem indenizadas pela locadora, elas integravam o patrimônio desta e não podiam ser escrituradas no ativo imobilizado daquela. E a dedução, impugnada pelo Fisco, tinha apoio no art. 57, § 3º, da Lei nº 4.506/64 e 188, § 3º, do vigente Regulamento do Imposto de Renda — Decreto nº 58.400/66 — e, como dispõe o art. 162 desse diploma regulamentar, são operacionais as despesas não computadas nos custos, indispensáveis à atividade da empresa e à manutenção da sua fonte produtora, assim entendidas, nos termos do texto regulamentar: «As despesas operacionais admitidas são as usuais ou normais no tipo de transações, operações ou atividades da empresa» (art. 47, § 2º, da Lei nº 4.506).

E, neste sentido, decidiu o Acórdão nº 59.154, do 1º Conselho de Contribuintes, invocado pela apelada, e onde se declara, expressamente:

«Devem ser levadas a débito da conta de lucros e perdas, por sua totalidade, no exercício em que são efetivadas, as despesas com construções realizadas em imóvel de terceiros, quando o melhoramento, por disposição contratual, se transfere imediatamente à propriedade locada.»

No que tange ao segundo ponto da controvérsia, a suposta distribuição disfarçada de lucros, tais como assim previstas no art. 72, inciso II, da citada Lei nº 4.506-64: «a aquisição por qualquer das pessoas referidas no artigo anterior, de bem ou direito por valor notoriamente superior ao do mercado». Não menos precedentes são os fundamentos da sentença ao repelir a impugnação fiscal.

Acolho, a respeito, a douta fundamentação, apoiada nos mais autorizados fiscalistas pátrios, tendo presente o texto legal em causa.

As pessoas referidas no inciso I são o acionista, sócio, dirigente ou participante nos lucros das pessoas jurídicas, e os respectivos parentes ou dependentes, de bem ou direito, por valor notoriamente inferior ao do mercado.

E os arts. 251 e 252 do Decreto nº 58.400 tratam especificamente da matéria, e é de salientar-se, como o fizeram a sentença e o voto do eminente Revisor, a inaplicabilidade das disposições punitivas, de caráter penal, que sobrevieram à venda das ações da «Forjap».

Sustenta a sentença que essas disposições não poderiam ter efeito retrooperante, como se colhe do que foi expresso às fls. 189 a 190!

A transação foi realizada em 31 de julho de 1964, e a Lei nº 4.506, por força de seu art. 90, somente entrou em vigor em 1º de janeiro de 1965, não podendo retroagir os seus efeitos àquela data.

«É certo que o fisco pretende aplicar, ao caso, o princípio de ano-base, segundo o qual todos os atos ou fatos ocorridos no ano em que os lucros são produzidos e apurados (ano-base) são regulados pela lei fiscal vigorante no primeiro dia do exercício finan-

ceiro seguinte. Mas essa regra não se aplica ao caso da A., tendo em vista as características da operação e a natureza jurídica da norma consubstanciada no art. 72 em causa. A transação realizada pela A. é compra e venda de ações ou um negócio jurídico, que se completa com o acordo de vontades e o pagamento do preço e a entrega da coisa. É daqueles atos que Baleeiro (*Direito Tributário Brasileiro*, pág. 404) chama de fatos simples, isolado, único, instantâneo, em contraste com os fatos complexos, continuados ou periódicos. Gilberto Ulhôa Canto, também (no parecer anexo aos autos), invocando, entre outros, Amílcar Falcão, classificando tais atos como instantâneos (e não complexivos), observa, que, nesse caso, considera-se ocorrido o fato gerador da obrigação tributária no momento em que a situação jurídica ou, no caso, o negócio jurídico, se acha definitivamente constituído. Assim, não se pode aplicar, ao caso, o princípio do ano-base, aplicável somente aos atos ou fatos complexos, complexivos ou periódicos, como é o da produção de renda anual objeto da declaração de rendimentos, e nem aplicar-se a regra dos fatos geradores pendentes (art. 105 do C.T.N.), porque, na espécie, a operação estava completa e acabada. Assim, a transação em causa deve ser, forçosamente regida pela Lei vigente em 31-7-64, que não evidentemente a Lei nº 4.506-64 vigorante a partir de 1-1-1965. Aliás, nesse sentido formam muito claros e categóricos o Tribunal Federal de Recursos e o Supremo Tribunal Federal, nos acórdãos citados, sobretudo no AMS 60.549 de Minas Gerais, e Agravo de

Instrumento nº 50.575, de 13 de outubro de 1970, quando decidem:

«Do cotejo da época das atuações, em fins de 1964, com o início de vigência da Lei nº 4.506/64, 1º de janeiro de 1965, art. 90, verifica-se, outrossim, a infringência pelo fisco do princípio da legalidade, no que tange ao fato gerador da imposição fiscal, por distribuição disfarçada de lucro, que não era prevista pelo direito fiscal vigente na época da venda das ações.»

No mesmo sentido decidiu o MM. Juiz da Vara da Justiça Federal em São Paulo, Dr. Jarbas dos Santos Nobre, em 23-3-68, no MS 3.182/67 de São Paulo, quando concede a segurança relativa à matéria *sub judice*, porque o fato gerador da obrigação tributária ocorreu em época anterior à Lei nº 4.506-64 (ver *Resenha Tributária*, Jurisprudência, 1969, pág. 55/65).

Aliás, o próprio fisco federal, melhor dizendo, a própria Delegacia da Receita Federal em São Paulo e a Superintendência Regional da Receita Federal em São Paulo, que julgaram o processo administrativo da A., assim também têm entendido, conforme decisões anexas a estes autos, sendo uma delas publicada na *Resenha Tributária, Legislação, Imposto de Renda* nº 232/70, pág. 771 (documentos de fls. 74/77).

Mas não é somente por isso que a Lei nº 4.506 não se aplica à operação *sub judice*. Indiscutível que a norma dos arts. 72 e 73 daquela Lei é de caráter punitivo, penal, pois constitui verdadeira sanção contra ato que a lei reputa ilícito: distribuição disfar-

çada de lucros (art. 251 do Regulamento) — em contraste com a distribuição normal» (art. 249 do mesmo Regulamento).

E acrescenta o ilustrado Julgador que a natureza penal dessa norma infere-se não somente da letra da lei, como dos princípios do direito tributário e da doutrina pacífica sobre a matéria, sendo certo que a Lei nº 4.506 só entrou em vigor a 1º de janeiro de 1965.

O princípio da legalidade tributária inscrita no art. nº 153, § 29, da Constituição vigente e do art. 90, incisos I e II, impossibilita «cobrar imposto sobre o patrimônio e a renda com base em lei posterior à data inicial do exercício financeiro a que corresponda» (C.T.N., art. 9º, inc. III). A obrigação tributária é rigorosamente *ex lege*, dela decorre exclusivamente e nos casos por ela previstos. E, com razão, afirmou o voto do Revisor, o preceito do art. 72 da Lei nº 4.506, de 30-11-64, constitui norma de caráter penal, não podendo ser aplicado com relação ao ano-base, mas à lei vigente à época da ocorrência do fato gerador, quando é indubitado que a venda das ações da «Forjaço» operou-se em 23 de junho de 1964, que foi o fato gerador do tributo e nele não pode incidir a lei nova.

É, ainda, de assinalar-se que, segundo a certidão da Bolsa de Valores de São Paulo (doc. de fls. 14), a cotação das ações da «Forjaço» de valor nominal de NCr\$ 1,00 era, em 26 de junho de 64, de NCr\$ 4,11, por unidade, e foram vendidas a NCr\$ 4,20,

o que desautoriza a suposição de que tenham sido negociadas por valor superior ao mercado e sequer notoriamente superior.

E, como acentua a sentença, depois de aludir ao parecer do Prof. Rubens Gomes de Souza:

«Indiscutível que uma das conseqüências jurídicas referidas pelo aludido parecer é a de que, como norma de direito tributário penal, ou norma excepcional da lei tributária, não está sujeita ao princípio do ano-base (privativo da norma tributária impositiva), não podendo ser aplicada retroativamente a fatos geradores ocorridos antes de sua vigência, como prescreve o art. 106 do C.T.N. Em outras palavras, e em harmonia com o que decidiram, também o E. Tribunal Federal de Recursos e o Supremo Tribunal Federal, a norma prevista nos arts. 72 e 73 da Lei nº 4.506/64, regulamentados pelo Decreto nº 55.866/65 (art. 192) e, depois, pelo Decreto nº 58.400/66 (art. 251) não pode ser aplicada a fatos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1965, sob pena de infringência da legalidade, pois se trata de aplicação retroativa de norma Penal a fatos pretéritos.»

Sem procedência a alegação de que a operação já era taxada desde a legislação anterior à Lei nº 4.506, que criou uma figura nova, do ilícito tributário, quando é certo e não foi contraditado, que na legislação anterior ine-

xistia qualquer dispositivo tributando essa maior valia. Só a partir de 1º de janeiro de 1965 é que se tornou possível a sua tributação, que era e continua sendo com base no lucro real, o lucro operacional acrescido ou diminuído dos resultados líquidos das transações normais, como definido no art. 153 do R.I.R. e entre as transações eventuais (art. 191) e outros acréscimos permissíveis na lei, previstos no art. 243 do mesmo Regulamento, não incidem nem nunca incidiram nas operações incriminadas pelo fisco.

Invocando os douts suplementos do voto do eminente Revisor, nego provimento aos recursos necessários e voluntários e dou provimento parcial ao apelo da A. para elevar a verba honorária a 5% sobre o valor da causa, que a sentença, com excessiva parcimônia, fixou em 1%.

EXTRATO DA ATA

AC. nº 32.774 — SP. Rel: Sr. Min. Décio Miranda. Rev: Sr. Min. Jarbas Nobre. Recte: Juiz Federal da 7ª Vara. Aptes: União Federal e BRIL S.A. Indústria e Comércio. Apdos: Os mesmos.

Decisão: Prosseguindo-se no julgamento, vencido o Sr. Ministro Relator, negou-se provimento aos recursos de ofício e da ré, e deu-se provimento ao apelo da autora. Lavrará o acórdão o Sr. Min. Jarbas Nobre (em 24-8-73 — 2ª Turma).

O Sr. Min. Godoy Ilha votou com o Sr. Min. Jarbas Nobre. Presidiu o julgamento o Sr. Min. *Godoy Ilha*.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 33.594 — SP

Relator — O Exmo. Sr. Min. Peçanha Martins.
Revisor — O Exmo. Sr. Min. Jorge Lafayette Guimarães.
Apelantes — Departamento Nacional de Estradas de Rodagem (DNER)
e Aureliano Junqueira Caetano e sua mulher.
Apelados — Os mesmos.

EMENTA

Expropriação. Indenização fixada com base no laudo oferecido pelo perito oficial e de forma acertada, por isso que não oferecidos outros elementos de convicção. Deu-se, porém, provimento parcial aos recursos do expropriante e ao *ex officio*, para excluir da indenização a construção da passagem de nível e estabelecer os honorários no percentual de cinco por cento (5%) sobre a diferença entre o preço oferecido e o finalmente fixado.

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

Decide a Primeira Turma do Tribunal Federal de Recursos; por maioria de votos, dar provimento aos recursos, *ex officio* e voluntário do Departamento expropriante para excluir da condenação a passagem de nível, e fixar os honorários em 5% sobre a diferença entre o preço oferecido e o finalmente fixado, contra o voto do Sr. Ministro Revisor que mantinha a sentença relativamente à construção da passagem de nível: e, unanimemente, dar provimento ao apelo dos expropriados para conferir correção monetária na forma da lei, sendo que o Revisor provia, também, para fixar em 3 meses de prazo para a construção de passagem de nível, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Custas de lei.

Brasília, 16 de outubro de 1974.
— Moacir Catunda, Presidente; Peçanha Martins, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. Peçanha Martins (Relator): O Dr. Juiz assim relatou a matéria em debate:

«O Departamento Nacional de Estradas de Rodagem — DNER, propôs a presente ação de desapropriação contra Aureliano Junqueira Caetano e sua mulher, residentes e domiciliados nesta Capital, na Rua Pires da Mota, número 581, alegando que:

Em virtude do Decreto número 63.049/68, baixado pelo Excelentíssimo Senhor Presidente da República, foi declarada de utilidade pública para efeito de desapropriação uma área de terreno medindo 224.770 metros, situado na faixa de domínio da Rodovia BR-116, no Município de Miracatu, Estado de São Paulo.

Não tendo o autor conseguido efetivar amigavelmente a desapropriação do imóvel em causa, pretende fazê-lo judicialmente para o que ofereceu, a título de indenização, a importância de Cr\$ 44.954,00 (quarenta e quatro mil, novecentos e cinqüenta e quatro cruzeiros) já tendo se imitado na posse da área.

O pedido inicial veio devidamente instruído com os documentos de fls. 7/9.

Pelo MM. Juiz *a quo*, foram determinadas as medidas requeri-

das tendo sido nomeado perito o Dr. Francisco Meiches.

Devidamente citados (folhas 12), ofereceram os expropriados a contestação de fls. 14/15, na qual alegam que o autor ofereceu apenas a importância de Cr\$ 44.954,00, para o pagamento de tão valiosa área de terras.

Às fls. 18/19 foi procedido o depósito prévio.

O processo foi saneado às folhas 37. Despacho irrecorrido.

O expropriante apresentou quesitos às fls. 38 e 39, tendo indicado assistente de perito, o expropriado indicou perito às fls. 57, e quesitos às fls. 58/59, havendo a Procuradoria da República subscrito os pronunciamentos do expropriante.

Foi apresentado pelo perito designado pelo Juiz o laudo constante de fls. 43/53, às fls. 63/67 o laudo do *expert* do expropriado e às fls. 72/76 do expropriante.

Às fls. 80/81, foi realizada a audiência de instrução e julgamento à qual compareceram as partes e a União Federal» (*sic*).

Sentenciando, o Dr. Juiz julgou procedente a ação para incorporar ao patrimônio do Departamento Nacional de Estradas de Rodagem o imóvel mencionado na inicial, mediante a indenização de Cr\$ 584.402,00 acrescida dos juros devidos, incidindo estes somente sobre a diferença depositada e o valor da condenação, contados a partir da imissão até a época do depósito desta quantia e custas do processo. Fixou em Cr\$ 3.000,00 o salário do perito Edgar Mello Mattos de Castro bem como honorários advocatícios em 5% sobre o valor da indenização.

Apelaram Aureliano Junqueira Caetano e sua mulher, às fls. 86 aduzindo as razões de fls. 87/89.

Apelou também o DNER às folhas 97/99.

Contra-arrazoaram as partes.

Nesta Instância pronunciou-se a Subprocuradoria-Geral da República às fls. 112/114.

É o relatório.

VOTO

O Sr. *Min. Peçanha Martins* (Relator): Nestes autos funcionaram três peritos, cujos laudos, como geralmente ocorre nos processos deste tipo, divergem no que diz respeito ao valor da área desapropriada. O perito nomeado pelo Juízo estabeleceu o preço da indenização em Cr\$ 584.402,00, enquanto os outros dois, os indicados pelo Departamento Autor e Expropriados, fixaram-no, respectivamente, em Cr\$ 91.474,39 e Cr\$ 730.500,00.

O ilustre Juiz Federal adotou o laudo do perito oficial acentuando que as críticas opostas não abalaram as conclusões adotadas pelo referido técnico. Por sua vez, as razões oferecidas pelos Apelantes, notadamente as de apelação, não convencem do desacerto da sentença no tocante ao valor da área, merecendo reparo, apenas, quanto à verba de Cr\$ 50.000,00 destinada à construção de passagem de nível. É que o expropriante paga, exclusivamente, o valor real do que desapropriou, não se responsabilizando por obras futuras de caráter voluptuário, como acontece com a passagem de nível cuja construção, às suas custas, ficou determinada.

Isto posto, dou provimento parcial aos recursos, isto é, ao apelo do Departamento Expropriante e ao *ex officio* para excluir da condenação a construção da passagem de nível, ou ponte de ligação e fixar os honorários em cinco por cento sobre a diferença entre o preço inicialmente oferecido e o fi-

nalmente fixado. E dou provimento ao apelo dos Expropriados para conceder correção monetária na forma da lei.

VOTO (VENCIDO, EM PARTE)

O Sr. Min. Jorge Lafayette Guimarães (Revisor): Preliminarmente considero como interposto o recurso de ofício, por lei obrigatório, sendo o expropriante uma autarquia federal, e havendo a indenização excedido mais do dobro da oferta (art. 28, § 1º, Decreto-lei nº 3.365, de 1941).

Confirmo a sentença, na parte em que fixou a indenização em Cr\$. . . 584.402,00, com base no laudo do Perito Oficial, que deve prevalecer, em princípio, e contra o qual nada se alega, capaz de invalidá-lo.

A pretensão do expropriante de prevalência do laudo de seu assistente técnico (fls. 72), que apenas atualizou o valor da oferta, é inaceitável, e já tenho repellido em outros processos.

Com referência ao laudo do Assistente dos expropriados, que impugna a dedução a ser feita do valor arbitrado — Cr\$ 730.500,00 — do percentual de 20%, em atenção à área do imóvel, não é de se acolher, como também não justifica maior indenização o seccionamento do terreno em duas porções, eis que a expropriante foi condenada a construir uma passagem de nível.

Para esta construção, omitiu a sentença prazo, pleiteado na apelação dos expropriados em três meses, que adoto, por considerá-lo razoável, a partir da intimação na execução da sentença.

O percentual dos honorários não merece elevação, fixado que foi em 5%, numa indenização de Cr\$ 584.402,00.

Quanto à correção monetária, já havendo agora decorrido mais de 1 ano do laudo de avaliação, é de ser concedida, nos termos da Lei nº 4.686, de 1965.

A fluência dos juros compensatórios, a partir somente da avaliação, não é admissível, devendo ser contados desde a imissão na posse do imóvel — Súmula nº 164 — princípio que deve alcançar as imissões decorrentes de ato próprio do expropriante, havendo o princípio da Súmula nº 345, referente à desapropriação indireta, sido abandonado pela jurisprudência mais recente (*R.T.J.*, vol. 41/142, vol. 48/490 e 724 e vol. 53/38).

A redução da verba honorária, pleiteada pelo expropriante, deve ser acolhida, para o efeito de incidência do percentual de 5%, sobre a diferença entre a indenização e a oferta, e não sobre a totalidade daquela.

Não se justifica, outrossim, custas em proporção, não havendo a contestação fixado valor para o pedido.

Por último, como tenho sustentado, os juros compensatórios são devidos embora o imóvel não produzisse renda (Apelação Cível nº 30.125 e Embargos na Apelação Cível número 33.155), e assim o reconhece o Supremo Tribunal Federal (*RTJ*, vol. 50/200).

No tocante à sua incidência sobre a indenização corrigida monetariamente, reporto-me ao voto que proferi nos Embargos na Apelação Cível número 31.237, quando afirmei:

«O cálculo de tais juros se faz, todavia, sobre a indenização corrigida, o que conduz praticamente ao mesmo resultado, e na espécie o Contador do Juízo esclareceu que assim procedeu. Pela incidência dos juros compensatórios sobre a indenização corrigida, decidiu o Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário nº 62.470 (Rel. Min. Themístocles Cavalcanti, *RTJ*, vol. 50/447), proclamando a ementa do

respectivo acórdão: «Juros moratórios devem ser contados da data da imissão de posse com a consideração da valorização do imóvel». Princípio aplicável aos juros compensatórios parecendo, aliás, que versou dito acórdão hipótese relativa a estes juros, como resulta da sua fluência a partir da imissão de posse que é o seu termo inicial. Neste Tribunal também assim tem sido entendido (Apelação Cível nº 23.655, Rel. Min. Armando Rollemberg, *DJ* 3-8-67, pág. 2.074 e Apelação Cível 26.317, Rel. Min. Armando Rollemberg, *DJ* 3-2-70, pág. 254). Com referência à correção monetária dos honorários de advogado, em voto vencido proferido nos Embargos na Apelação Cível nº 30.907, diante das dúvidas surgidas na aplicação do art. 27, § 1º, da Lei das Desapropriações, assim me pronunciei: «Entendo que, no silêncio do dispositivo, simples e lacônico, em princípio são admissíveis ambas as orientações ora focalizadas nos debates. Eu mesmo já tenho adotado os dois critérios: tanto podem os honorários incidir sobre a diferença corrigida, como sobre a diferença sem a correção. É evidente que a adoção, pelo Juiz ou Tribunal, de um outro critério, influi decisivamente no próprio percentual dos honorários, porque ao fixar o Tribunal um determinado percentual, o faz sempre tendo em vista o valor da indenização — sendo os honorários decrescentes — e leva em conta, evidentemente, este valor. Concedidos os honorários sobre a diferença corrigida, o percentual, evidentemente, será mais baixo. Na hipótese contrária, porém, concede-se um percentual mais elevado. O que não é possível é manter um percentual elevado, concedido sobre a indenização

sem a correção e, depois, fazê-lo incidir sobre a indenização corrigida. Como Juiz Federal, tive um caso em que o Supremo Tribunal Federal havia concedido honorários de 20%, porque a indenização era pequena, em caso de desapropriação indireta. Depois veio a conceder correção monetária, e esta indenização atingiu cifra astronômica, por datar de muitos anos a ocupação do imóvel. Na decisão que proferi, sustentei que esses honorários de 20% não incidiam sobre a indenização corrigida, evidentemente, sem o que seria mais do que excessiva a sua fixação. Assim, admito, em princípio, ambos os critérios. Em regra, todavia, inclino-me no sentido de ser a diferença apurada sem a correção monetária. Ela é uma imposição da lei, concede-se até *ex officio*, e os honorários, por sua natureza, remuneram o serviço do advogado. Daí a orientação que tenho seguido, de não conceder honorários sobre a indenização corrigida, a não ser quando resultou a correção monetária do trabalho do advogado, como nos casos em que, para obtê-la, houver necessidade, inclusive, de interposição de recursos, por terem sido negados. Neste caso, é justo conceder honorários de advogado sobre a indenização corrigida. Mas quando a matéria é tranquila, não se discute quanto ao cabimento da correção — e às vezes até o Tribunal a concede de ofício — não vejo, com a devida vênua, razão para fazer calcular os honorários sobre esta verba corrigida, que não decorre propriamente de trabalho do patrono do expropriado, sendo uma decorrência da lei, fixada na indenização diante do termo decorrido, corrige-se a mesma. A correção, porém, é uma indenização do ex-

propriado; assegurasse a lei correção monetária para os honorários, seria outra a situação, mas não é o que ocorre». De acordo com estes princípios, no caso, sou levado ao cálculo dos honorários de advogado sobre a indenização, sem a correção».

Pelo exposto, o meu voto é dando provimento, em parte, ao recurso de ofício e à apelação do DNER, apenas para determinar que os honorários de advogado de 5% incidam sobre a diferença entre a oferta e a indenização, e também parcialmente à apelação dos expropriados, para o fim de conceder correção monetária, na forma da lei, e fixar em três meses o prazo para o expropriante construir a passagem de nível a que foi condenada, a partir da intimação da sentença, para a execução.

EXTRATO DA ATA

Ac. nº 33.594 — SP. Rel.: Sr. Min. Peçanha Martins. Rev.: Senhor

Min. Jorge Lafayette Guimarães. Aptes.: DNER e Aureliano Junqueira Caetano e sua mulher. Apdos.: os mesmos.

Decisão: Por maioria de votos, deu-se provimento parcial aos recursos, *ex officio* e voluntário do Departamento expropriante para excluir da condenação a passagem de nível, e fixar os honorários em 5% sobre a diferença entre o preço oferecido e o finalmente fixado, contra o voto do Sr. Ministro Revisor que mantinha a sentença relativamente à construção da passagem de nível. E, unanimemente, deu-se provimento ao apelo dos expropriados para conferir correção monetária na forma da lei, sendo que o Revisor, provia, também, para fixar em 3 meses de prazo para a construção da passagem de nível (em 16-10-74 — Primeira Turma).

O Sr. Min. Otto Rocha votou *in totum* com o Sr. Ministro Relator. Presidiu ao julgamento o Sr. Ministro Moacir Catunda.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 34.720 — GB

Relator — O Exmo. Sr. Min. Armando Rollemberg.
Revisor — O Exmo. Sr. Min. Esdras Gueiros.
Apelante — Milton Antônio Thomas.
Apelada — União Federal.

EMENTA

Militar. Ação proposta para obter a alteração das condições de reforma. Procedência parcial reconhecida com apoio em laudo apresentado por perito da União onde foram descritas situações que se ajustam à definição de alienação mental contida no art. 28, § 3º, da Lei nº 4.902/65. Gratificação militar indeferida por falta de comprovação do tempo de serviço necessário.

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 parcial à apela-

ção, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Custas de lei.

Brasília, 9 de dezembro de 1974.
— Armando Rollemberg, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. Armando Rollemberg (Relator): Milton Antônio Thomaz, 2º Sargento reformado do Exército, propôs ação contra a União objetivando que sua reforma, concedida na graduação que ocupava na atividade e com o soldo dela, passasse a ser paga na base do soldo de 2º Tenente, que lhe fosse atribuída gratificação por tempo de serviço de 35%, diárias de asilado a gratificação de 20% por possuir o C.A.S.

Na contestação a ré sustentou que o autor não sendo considerado alienado mental teria que ser reformado com aplicação do art. 25, letra e, da Lei nº 4.902/65, e não da letra d da mesma disposição como pretendia, do que decorria não ser possível a alteração dos proventos da reforma. Argumentou ainda que a gratificação de 35% pleiteada na inicial não lhe poderia ser concedida por assentada a sua pretensão na Lei nº 4.328, de 1964, revogada pelo Decreto-lei nº 728/69. Iguualmente não tinha direito a diárias de asilado, prosseguiu, porque revogada tal vantagem pelo mesmo Decreto-lei número 728/69, que instituiu o benefício de auxílio-invalidéz com pressupostos para o seu pagamento não atendidos pelo autor. Finalmente, de relação à gratificação de 20% este a percebia desde 6 de novembro de 1969.

Após réplica o MM. Juiz proferiu sentença pela improcedência da ação, o autor apelou reiterando as razões da inicial e, quando os autos se achavam na Subprocuradoria, foi pedida a juntada de documento que deferi e sobre o qual se manifestou a União.

É o relatório.

Voto

O Sr. Min. Armando Rollemberg (Relator): No laudo apresentado no

curso da ação, o perito indicado pela União transcreveu os resultados da observação psiquiátrica da qual resultou haver sido o autor reformado com o diagnóstico de «personalidade psicopática paranoide, sujeita a distúrbios reativos».

São as seguintes as observações aludidas:

«Interrogatório do Paciente: Informa que permanece sem condições de lidar com o ambiente militar. É só um antigo colega de farda dele aproximar-se para que comece a tremer e a sentir um medo inexplicável. Considera-se um individuo estranho, pois acha que os outros lhe consideram ridículo, e tal idéia fixa o faz sentir-se irritado e com idéias de vingança. Vê em cada olhar, uma suspeita que é homossexual. Informa que não tem vida sexual há mais ou menos 2 anos e nem por isso sente falta da mesma. Quando em repouso passam-lhe pela mente idéias e sentimentos que reputa contrários a sua moral, este é o maior motivo de sua terrível angústia. Tenta fugir das mesmas porém estas têm a força de uma Obsessão. H.D.A.: Consta de sua baixa anterior em sua observação psiquiátrica os seguintes dados extraídos pelo que consideramos importante no estudo de seu caso. H.D.A.: Desde 1954, isto é, após um ano de sua inclusão nos quadros do Exército, vem se sentindo perseguido... Consta que as vezes ouve vozes que predizem o que vai acontecer... Diz que jamais teve amigos e que suas relações sexuais são nulas. Esclarece que jamais teve namoradas. Apresentação do Paciente: Apresenta-se angustiado, nervoso com face ansiosa e com hipomotilidade dos M superiores o que lhe dá uma postura catate-

móide. Associação de idéias: Lento, predominando nas mesmas as associações com vivências afetivas ligadas aos estados deliróides. Pensamento: Predominando os temas delirantes. Juízo: Alterado nas relações a que se sente prejudicado e desejado. Emotividade: Evidencia-se que na vida emocional é altamente controlada, não permitindo o paciente que inúmeras emoções ligadas à sua vida sexual ... Pragmatismo: prejudicado. Tônus volitivo ... hipobulia». Aqui ficou internado durante várias meses, permaneceu com sentimentos persecutórios, comumente em atitude catatênóide. Por fim seu médico relator na época chegou à seguinte conclusão: O paciente é portador de uma personalidade psicopática caracterizada por hipersensibilidade, irritabilidade, acerbadada, desconfiada, insegurança, egocentrismo e reduzido sentimento de comunidade. Seu ajuste ao meio ambiente é difícil e instável. Em consequência sua capacidade de rendimento fica prejudicada o que pode agravar-se pelo aparecimento de sintomas produtivos e de sua esquizofrenia. Evolução do caso: Aqui permaneceu baixado mais ou menos 2 meses. Todas as características observadas na primeira internação persistiram. Exame psíquico: Paciente letrossomático, leucodérmico, regular estado de nutrição. Principais aparelhos sem apresentar anormalidades a inspeção, percussão e auscultação. Temperamento: Esquizóide. Tipo físico: Normolíneo — atlético. Exame psíquico: Apresenta-se às diversas entrevistas sempre angustiado, nervoso e com acentuada diminuição da motilidade, tornando-o um indivíduo parado e inexpressivo. Presença de delírios de

perseguição. Curso do pensamento lento e com idéias de auto-referência de conteúdo paranóide. Juízo alterado face a intensa auto-referência. Humor depressivo. Sentimentos de minus valia referente a sua posição masculina. Pragmatismo e tonus volitivo diminuídos.»

Esse quadro, conforme o perito da União, não caracteriza alienação mental, opinião da qual discordou o louvado do autor.

O MM. Juiz não nomeou perito desempataador com o que a aferição da procedência das respostas terá que ser feita analisando-se os dados constantes do trecho transcrito frente a norma do art. 28, par. 3º, da Lei nº 4.902 de 16-12-65, que reza:

«Art. 28 A incapacidade no caso da letra e do art. 25 pode ser conseqüente a:

a) ferimento recebido em campanha ou na manutenção da ordem pública ou enfermidade nessa situação, ou que nela tenha sua causa eficiente;

b) acidente em serviço;

c) doença adquirida em tempo de paz, com relação de causa e efeito às condições inerentes ao serviço;

d) tuberculose ativa, alienação mental, neoplasia maligna, cegueira, lepra, paralisia, cardiopatia grave, desde que qualquer delas torne o indivíduo total e permanentemente inválido para qualquer trabalho;

e) acidente ou doença sem relação de causa e efeito com o serviço.

.....
.....

§ 3º Considera-se alienação mental todo o caso de distúrbio mental ou neuromental grave e per-

sistente, no qual esgotados os meios habituais de tratamento, permanença alteração completa ou considerável na personalidade, destruindo a autodeterminação do pragmatismo e tornando o indivíduo total e permanentemente inválido para qualquer trabalho. Ficam excluídas do conceito de alienação mental as epilepsias psíquicas e neurológicas, assim julgadas pelas Juntas Militares de Saúde.»

Tenho que a situação descrita nas observações anteriormente transcritas se ajusta às exigências previstas em tal disposição, quer pela persistência da moléstia, quer pela circunstância de alterar essa consideravelmente a personalidade do autor, quer por torná-lo inválido definitivamente para qualquer trabalho, este último ponto aliás reconhecido pelas Juntas Militares de Saúde.

Fico, assim, com o laudo do perito do autor, reforçado de resto pelo documento trazido ao processo nesta instância onde se lê:

»Instituto Psiquiátrico Forense Dr. Maurício Cardoso.

Porto Alegre, 2 de abril de 1973.

Atestado nº 18/73-ST.

Atesto, para os devidos fins, que o Sr. Milton Antônio Thomaz encontra-se neste Instituto Psiquiátrico Forense desde 27 de maio de 1971, em cumprimento de Medida de Segurança, por determinação do MM. Juiz de Direito da Comarca de Santa Cruz do Sul, neste Estado.

Seu laudo de Responsabilidade Penal, emitido em 4 de dezembro de 1970, chegou ao diagnóstico de «surto psicótico por ocasião do delito, em personalidade psicopática paranóide», o que indicou

a inimputabilidade do paciente. Sua Medida de Segurança foi renovada em 1972, por não haver cessado as causas determinantes de sua periculosidade.

Mario Bertoni

Médico Psiquiatra Forense

Diretor.»

Por assim concluir acolho a apelação na sua primeira reivindicação, isto é, conseqüentemente, na forma da letra *d* do art. 28 da Lei nº 4.902/65, o que lhe dá direito ao soldo de 2º tenente *ex vi* do disposto no art. 31 da mesma lei.

Quanto à gratificação militar de 35%, não lhe assiste razão, pois na forma do art. 20 do Decreto-lei nº 728 de 1969 tal gratificação é devida na base de 5% sobre cada quinquênio de serviço e o autor não tem sete quinquênios.

Improcedente é também a pretensão ao recebimento de diárias de asilado porque não comprovado o direito a obtê-las.

Assim, considerando que a gratificação de função militar está sendo paga ao autor desde a data da reforma, 6-11 de 1969, o meu voto é provendo em parte a apelação, para condenar a União a pagar ao autor o soldo de 2º tenente e sobre ele calcular as vantagens a que tem direito, bem como em honorários de advogado de 20% do valor da causa, sem custas porque delas isenta.

EXTRATO DA ATA

AC. nº 34.720 — GB. Rel. Sr. Min. Armando Rollemberg. Rev.: Senhor Min. Esdras Gueiros. Apte.: Milton Antônio Thomaz. Apda.: União Federal.

Decisão: Por unanimidade, deu-se provimento parcial à apelação, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 9-12-74 — Terceira Turma).

Os Srs. Mins. Esdras Gueiros e Al-
dir Passarinho votaram com o Sr. Mi-
nistro Relator. O Sr. Min. Néri da
Silveira, não compareceu, por motivo
justificado. Presidiu o julgamento o
Sr. Min. Armando Rollemberg.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 35.483 — SP

Relator — O Exmo. Sr. Min. Paulo Távora
Revisor — O Exmo. Sr. Min. Amarílio Benjamin
Apelante — Carlos Marcondes Siqueira
Apelada — Caixa Econômica Federal

EMENTA

Caixa Econômica Federal. Regímen de trabalho. De-
missão de funcionário, tendo em vista «diferença de cai-
xa». Ilegalidade do ato. Procedência da ação de reintegra-
ção proposta.

Segundo o Regimento Interno, a «diferença de cai-
xa», reposta em 48 horas, não constitui «alcance» ou
ilícito penal.

Como reconheceu a Comissão de Inquérito, a pena
que o fato ensejava seria de «advertência» ou, no máximo,
de «suspensão». Assim, se o tesoureiro responsável pela
ocorrência foi demitido, o ato constituiu ilegalidade ma-
nifesta, que justifica, plenamente, a procedência da ação
reintegratória do funcionário prejudicado.

Vistos, relatados e discutidos es-
tes autos, em que são partes as acima
indicadas:

Decide a Segunda Turma do Tri-
bunal Federal de Recursos, por maio-
ria, dar provimento à apelação para
reformular a sentença e julgar a ação
procedente, na forma do relatório e no-
tas taquigráficas precedentes, que ficam
fazendo parte integrante do presente
julgado. Custas de lei.

Brasília, 22 de novembro de 1974.
— *Amarílio Benjamin*, Presidente e
Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. Paulo Távora (Re-
lator): O Autor propõe esta ação or-
dinária contra a Caixa Econômica Fe-
deral para ser reintegrado no cargo de
Tesoureiro-Auxiliar de 1ª Categoria e

indenizado de todos os prejuízos ma-
teriais e funcionais, com juros de mora,
custas e honorários de advogado.

O Postulante era servidor estatu-
tário da autarquia Caixa Econômica
Federal de São Paulo e exercia as fun-
ções na tesouraria da Agência de Vila
Maria na capital do Estado.

No dia 1º de agosto de 1968, em
inspeção realizada no referido estabele-
cimento, constatou-se uma diferença de
caixa de Cr\$ 10.938,62. Intimado a
repô-la em 48 horas (fls. 6), o Reque-
rente entrou com a quantia no prazo
estipulado (fls. 17).

Aberto inquérito administrativo
(fls. 14) e suspenso preventivamente
(fls. 15), a Comissão concluiu pela
inexistência de alcance, dado o supri-
mento tempestivo da falta, de acordo
com o art. 563, § 1º do Regimento

Interno da Caixa. Opinou, contudo, pela aplicação da pena de suspensão em virtude do fato configurar falta grave.

Convertido o processo em diligência, a Comissão reiterou seu pronunciamento. O Conselho Administrativo entendeu, porém, caracterizado o alcance e impôs a demissão, com base no art. 576, item I, do texto regimental, conforme portaria de 19 de fevereiro de 1969 (fls. 86).

Infrutíferos os pedidos de reconsideração e revisão, o Autor vem ao Judiciário para anular, por ilegalidade, a punição cominada.

Sustenta que, na forma do artigo 563 do Regimento, o servidor é responsável por «diferença em caixa», vale em caixa, alcance, peculato, estelionato, falsidade ou falsificação. A demissão é aplicável nas hipóteses penais, que dispensam definição, e nos casos de alcance e desfalque. Os §§ 1º e 2º do art. 563 conceituam esses ilícitos administrativos, estabelecendo que a diferença em caixa, não coberta dentro de 48 horas, será considerada «alcance». Como o Autor repôs a falta no prazo regulamentar, não se tipificou o «alcance» que não poderia, assim, motivar a demissão.

A Caixa contestou às fls. 166/173. Assinala a responsabilidade do Postulante pela vultosa diferença em relação ao total de Cr\$ 42.413,25 que devia existir na caixa, a circunstância de ter encerrado o movimento no dia 1º de agosto sem denunciar qualquer anomalia, e haver sido surpreendido pela inspeção no término do expediente em falta de Cr\$ 10.938,62.

Distingue a «diferença de caixa», quando é acusado pelo próprio tesoureiro ao concluir a conferência diária e se resolve pela reposição em 48 horas. Somente nessa hipótese é que a omis-

são do recolhimento converte a diferença em alcance.

Tratando-se, contudo, de deficit de haveres, apurado pela fiscalização sem iniciativa do tesoureiro, configura-se, formalmente, o alcance, que a simples devolução do numerário não ilide, *ex vi* do art. 563, § 3º do Regimento Interno. Cabe ao responsável o ônus de provar a inocorrência ou a descaracterização da falta grave, o que o Requerente não fez apesar da oportunidade que teve no processo administrativo.

O Dr. Paulo Pimentel Portugal julgou a ação improcedente, condenando o Autor nas custas e honorários de advogado (fls. 182).

Em apelação de fls. 189, reiteraram-se as razões de inconformidade e a Caixa responde às fls. 196.

A Subprocuradoria-Geral da República opina pela confirmação da sentença (fls. 205).

É o relatório.

Voto

O Sr. Min. Paulo Távora (Relator): Os fatos são incontroversos. O autor, depois de encerrar o movimento de sua caixa em 1º de agosto e certificar a conferência de valores, foi surpreendido com tomada de conta onde reconheceu no «termo de balanço de tesouraria» a falta de Cr\$ 10.938,62 em um total de Cr\$ 42.413,25.

Repôs a quantia em 48 horas e durante o inquérito administrativo e nesta ação, não deu explicação para o fato. Negou, contudo, tivesse lançado mão do dinheiro e afirmou não saber elucidar a ocorrência.

O Regimento Interno da extinta autarquia dispunha:

«Art. 561. Todo servidor é responsável pelo serviço que executa, confere ou dirige. Em casos de inadvertência, erro ou dolo, a sanção atingirá não só o responsável direto como aquele a quem incumbirem deveres de conferência e fiscalização imediata». Prescrevia ainda:

«Art. 562. Pelo exercício irregular de suas atribuições o servidor responde civil, penal e administrativamente».

Esses dispositivos constituem mera explicitação do princípio geral consagrado no Estatuto dos Funcionários Públicos da União (Lei nº 1.711/52):

«Art. 200. As cominações civis, penais e disciplinares poderão cumular-se, sendo umas e outras independentes entre si, bem assim as instâncias civil, penal e administrativa».

O tesoureiro, sob o ponto de vista civil, tem as obrigações de depositário. Responde pela integridade e restituição das coisas confiadas à sua guarda e só se exime da obrigação nas hipóteses previstas no Código Civil:

«Art. 1.277. O depositário não responde pelos casos fortuitos, nem de força maior; mas, para que lhe valha a escusa, terá de prová-los».

O depósito de coisas fungíveis, de natureza privada, sujeita-se à disciplina do mútuo (Código Civil, artigo 1.280). O regime não se aplica, porém, ao responsável por dinheiros e valores do Estado em razão de vínculo funcional que torna inconfundível o servidor. Ademais, os bens públicos são inalienáveis, de modo que a tra-

dição, mesmo dos fungíveis, não implica transferência de domínio.

Por conseguinte, faltando numerário em caixa, o tesoureiro responde, civilmente, pelo dano. Ressarcido extingue a obrigação pecuniária. Podem, entretanto, subsistir a responsabilidade funcional, que se afere pela observância dos deveres disciplinares, e a penal que requer o concurso do dolo ou culpa e a capitulação do fato em definição legal de crime.

À luz desses princípios, «a diferença de caixa» determina sempre a responsabilidade civil do tesoureiro, salvo os casos do art. 1.277 do Código Civil, e pode constituir o elemento material tanto do alcance, que é espécie de falta disciplinar, quanto dos delitos de peculato, doloso ou culposo.

Dada a autonomia das três órbitas jurisdicionais, a reparação civil não afeta, necessariamente, a instância administrativa e penal.

O Regimento Interno da autarquia englobava em um mesmo item três tipos de responsabilidade:

«Art. 563. O servidor é responsável:

.....

V — Por diferença em caixa, vale em caixa, alcance, peculato, estelionato, falsidade ou falsificação».

Enquanto a «diferença de caixa» situa-se no âmbito da responsabilidade civil e dá lugar à indenização; o «alcance» resulta da responsabilidade administrativa por falta disciplinar e enseja a pena de demissão prevista no artigo 576, item I do Regimento; o «peculato» é a apropriação dolosa em termos de responsabilidade penal.

Concorrem no alcance o elemento material, que é a omissão de valor ou

de bem público móvel, e o elemento disciplinar, que é a violação de dever funcional. A «diferença de caixa» é, assim, apenas o componente objetivo do «alcance» que pode, ainda, revestir outras modalidades relacionadas no art. 888 do Regulamento do Código de Contabilidade Pública da União.

Nessas condições, a falta de recolhimento do dinheiro faltante é passível de convolar-se em «alcance» como previa o Regimento da Caixa de São Paulo:

«Art. 563, § 1º. A diferença em caixa, não coberta dentro de quarenta e oito (48) horas, será considerada alcance».

Não significa isso, entretanto, que o «alcance» só exista depois de escoadas as 48 horas sem reposição.

Trata-se, em primeiro lugar, de prazo de tolerância que não dá ao responsável direito de dispor dos bens sob sua guarda nem de justificar qualquer hiato dos deveres funcionais.

Ainda que repostos no termo estipulado, a transgressão administrativa pode ter-se verificado se houve infração de obrigações da função.

Nesse sentido é que o Regimento do órgão ressaltava:

«Art. 563, § 4º. A indenização não exime o servidor da pena disciplinar, quando for o caso».

É fundamental, pois, indagar se houve violação da regra disciplinar. A regulamentação interna estabelecia:

«Art. 558. São deveres do servidor:

.....

VIII — Ter exatidão na escrituração dos livros, contas, fichas e documentos.

.....

X — Guardar, com fidelidade, os valores que lhe forem confiados».

No cargo de tesoureiro, os deveres de fidelidade e exação são decisivos para o exercício do ofício. O Autor, ao ser surpreendido com sensível falta de valores e infidelidade do atestado de conferência, incorreu, formalmente, em infração de deveres do cargo. Cabia-lhe, além de reparar civilmente o dano, ilidir a responsabilidade funcional pela irregularidade emergente dos fatos.

A doutrina administrativa prescinde da pesquisa de dolo para a caracterização da falta disciplinar. A ação ou omissão violadora de dever funcional, quando imputáveis ao servidor na plenitude de sua capacidade, denota presumidamente, a culpa. É o magistério de Carlos de Barros Júnior em obra que dedicou ao assunto:

«Caracteriza-se, pois, a responsabilidade como capacidade especial, que se traduz na idoneidade exigida da pessoa, para investir-se na situação funcional, e, por conseguinte, no conhecimento presumido das obrigações que assume com a investidura. Assim, não podem as infrações disciplinares ser cometidas senão por quem se encontra numa relação especial de subordinação e tenha a idade e capacidade requeridas para encontrar-se nessa situação.

Compreende-se, assim, o ensinamento de Marcello Caetano, quando prescinde de investigar os elementos dolo e culpa, para a verificação da existência da falta, asseverando que se o serviço público foi prejudicado por procedimento imputável a uma vontade esclarecida e livre, a falta existe,

independentemente da intenção do agente.

Quer-nos parecer, porém, mais acertado, ou mais precisamente, de maior clareza, considerar que a ação consciente e voluntária, traz em si elementos intencionais que assumem a configuração própria da culpa, da qual decorrerá a imputabilidade.

A falta disciplinar, por conseguinte, é independente de dolo, bastando para caracterizá-la, quanto ao elemento subjetivo ou moral, uma vontade capaz, ou seja, esclarecida e livre, na prática de ato que importe violação dos deveres ligados ao exercício da função pública». (*Do Poder Disciplinar na Administração Pública* — pág. 77).

Em termos probatórios, evidenciada a materialidade e a autoria da falta, bem como as condições subjetivas de imputabilidade, o funcionário responde pelo descumprimento do dever de ofício.

O Autor nada opôs ao fato da diferença de caixa e à conferência infiel. Perfez-se, assim, o «alcance» no momento da verificação e a reposição posterior extinguiu apenas a responsabilidade civil, subsistindo a administrativa.

Indemonstrada a ilegalidade da demissão, não ocorre também hipótese de abuso de poder. Embora a comissão de inquérito tenha concluído pela pena de suspensão, o parecer não vincula a autoridade decisória. O art. 570 do Regimento da autarquia conferia ao administrador poder de discricção em apreciar as faltas, segundo a natureza, gravidade e conseqüências patrimoniais, para determinar a punição. Excluído o dano material, pela reposição,

assistia ainda à instância disciplinar avaliar o grau de ilicitude pelos demais aspectos. Nessa operação, não delirou dos fatos nem aberrou de juízo que configurariam formas de abuso do poder.

Em verdade, abstraída a restituição, o Autor não ofereceu qualquer adminículo de prova para excluir a violação disciplinar dos deveres de fidelidade e exação.

Infelizmente, nego provimento à apelação.

VOTO

O Sr. Min. Amarílio Benjamin (Revisor): Estudei, com o devido cuidado, o caso dos autos, passando assim ao meu voto: É verdade que exercia o autor o cargo de tesoureiro da Caixa Econômica Federal, na agência de Vila Maria, São Paulo. Em agosto de 1968 uma inspeção constatou a existência da diferença de Cr\$ 10.938,62. Efetuadas as diligências necessárias à apuração do fato, consistentes sobretudo no inquérito a que se procedeu, a administração superior da Caixa achou por bem aplicar ao suplicante a pena de demissão. Contra tal sanção, veio o interessado a juízo pedir a sua reintegração no cargo, com as decorrências correspondentes, inclusive recebimento de todas as prestações, juros da mora e honorários de advogado. Na hipótese, antes de mais nada, está fora de consideração o caráter penal da falta, porque a própria Caixa reconheceu tal exclusão, do que é prova convincente, conclusiva, a não-instalação do respectivo processo criminal. O problema, assim, tem que ser examinado em face das regras do direito administrativo. O Sr. Ministro Relator, no seu bem elaborado e erudito voto, invocou os diversos preceitos aplicáveis a ocorrências semelhantes, demonstrando que, no

entendimento comum do direito, a falta, independentemente de cogitação de dolo ou culpa, leva à aplicação da sanção disciplinar, cuja natureza fica à escolha da autoridade administrativa. Em princípio, concordo com S. Ex^ª. Todavia, não posso deixar de, desde logo, manifestar minha divergência, dadas as peculiaridades de que a espécie se reveste.

A Comissão, que procedeu ao inquérito, assim conclui o relatório:

«A falta atribuída ao indiciado acha-se perfeitamente descrita às fls. 2, 3 e 4.

«Diz o art. 563 do Regimento Interno da Caixa Econômica Federal de São Paulo:

O servidor é responsável:

I —

II —

III —

IV —

V — Por diferença em caixa, vale em caixa, alcance, peculato, estelionato, falsidade ou falsificação.

«A falta do indiciado seria, pois, a denominada «alcance», para a qual o art. 576 estipula a pena de demissão.

«Mas, dispõe o parágrafo 1º do artigo 563, nº VI:

A diferença em caixa, não coberta dentro de 48 horas, será considerada alcance».

«Ora, o indiciado repôs, dentro das 48 horas, a diferença constatada. Não constitui, pois, alcance, a falta que lhe é atribuída.

«Pelas declarações do gerente da Agência Vila Maria (fls. 15), verifica-se ser bom o conceito que

faz, ou, pelo menos, fazia, a respeito do indiciado, razão pela qual recebeu com surpresa os fatos. Referindo-se ao caso dos bilhetes, informa que a entrega das frações, sem comprovante, para pagamento posterior, constituía praxe.

«Em seu depoimento (folhas 16), o indiciado não procura se justificar pela falta verificada em sua caixa. Diz, apenas, que não encontra explicação para o fato, que isso nunca ocorrera antes, que seus boletins sempre conferiam com os da Contabilidade e que não lançou mão de dinheiro da Caixa, para futura reposição. Não procurou, também, eximir-se da responsabilidade, o que, aliás, já estava caracterizado pela reposição havida.

«Quanto ao caso dos bilhetes, afirmou que não efetuara os pagamentos no tempo devido por ter sido afastado imediatamente de suas funções.

«Esses pagamentos foram, entretanto, como já se disse, cumpridos posteriormente.

«Diz a defesa, às fls. 44, não constar, do processo prova alguma de que tenha o indiciado pretendido se locupletar com o numerário sob sua guarda.

«Parece-nos difícil, em face do que existe no processo, refutar essa afirmação.

«À vista de todo o exposto, entende esta Comissão, uma vez excluída a hipótese do delito denominado «alcance», ter o indiciado incorrido em falta grave, uma vez que se verificou ter havido diferença vultosa no numerário sob sua guarda.

«Pensa, pois, ter o indiciado cometido falta para a qual a pena prevista é a do artigo 574 do Regimento Interno (fls. 57/59)».

Ora, diante disso, verifica-se, a toda evidência, que, segundo o Regimento do Estabelecimento e a orientação habitual, a diferença de caixa coberta em 48 horas constituía tão-só simples divergência, não levando, portanto, à caracterização de alcance ou ilícito outro mais grave de caráter administrativo ou penal.

A Comissão reconheceu que, para o fato, segundo o Regimento, a pena a ser aplicada seria no máximo a de suspensão, arts. 574 e 576, I — folhas 154. Pelo sistema do Regimento, talvez a pena pudesse se limitar à advertência, para que, em caso futuro, verificada a mesma ocorrência, a Caixa pudesse tomar uma deliberação mais grave.

Na hipótese, como acaba de ser vista, tenho para mim, *data venia* do Sr. Ministro Relator, que houve apenas uma diferença, que foi repostada, não podendo dar lugar à pena de demissão. De acordo com os fatos, como foram eles expostos e reconhecidos pela Comissão, a administração superior da Caixa não procedeu com discricção. Procedeu com arbitrariedade.

Por estas razões, o meu voto é no sentido de dar pela procedência da ação e determinar que o autor seja repostado no cargo, com o pagamento de todas as vantagens a que fazia jus se nele houvesse permanecido, com o pagamento de juros de mora, a partir da citação inicial, e honorários de advogado, na base de 10% sobre o valor apurado na execução.

VOTO

O Sr. Min. Jarbas Nobre: Sr. Presidente, numa Tesouraria, a dife-

rença de caixa é fato corriqueiro, previsto e admitido. Tanto isto é certo que, normalmente, o tesoureiro faz jus a uma «quebra de caixa», para cobrir essas diferenças.

No caso dos autos, num movimento de Cr\$ 42.403,25, apurou-se, em determinado momento, uma diferença de Cr\$ 10.938,62.

Tivesse o ora apelante a intenção de apropriar-se, de cometer o alcance, pergunto: por que não levou tudo, mas somente uma parte? Digo isto para encaminhar meu pensamento no sentido de que, no caso, não ocorreu dolo. Não posso conceber alcance sem dolo.

Ademais, é o próprio Regimento da Caixa que se incumbe de definir o alcance: há alcance, quando apurada uma diferença de caixa, como foi o caso, essa importância não é repostada em 48 horas.

O apelante, no caso, tão logo convidado a cumprir a determinação do Regimento Interno, apressou-se e, no prazo previsto, recolheu aquilo que fora apurado como diferença. Logo, não vejo caracterizada, tipificada a figura do alcance. Alcance não se presume, é fato material. Fica caracterizado se, apurada a diferença de caixa, esta não é repostada em 48 horas.

O apelante foi penalizado no máximo previsto no Regimento, por presunção.

Assim sendo, com a devida vênio do Sr. Ministro Relator que nos deu uma magnífica aula de Direito Administrativo, acompanho o voto do Senhor Ministro Revisor.

EXTRATO DA ATA

AC. nº 35.483 — SP. Rel.: Sr. Min. Paulo Távora. Rev.: Sr. Min.

Amarílio Benjamin. Apte.: Carlos Marcondes Siqueira. Apda.: Caixa Econômica Federal.

Decisão: Por maioria, vencido o Sr. Ministro Relator, deu-se provimento à apelação, para reformar a sentença e julgar a ação procedente, nos

termos do voto do Sr. Ministro Amarílio Benjamin, que lavrará o acórdão (em 22-11-74 — 2ª Turma).

O Sr. Min. Jarbas Nobre votou com o Sr. Min. Amarílio Benjamin. Presidiu o julgamento o Sr. Min. *Amarílio Benjamin*.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 35.605 — GB

Relator — O Exmo. Sr. Mtn. Armando Rollemberg
Revisor — O Exmo. Sr. Min. Esdras Gueiros
Recorrente — Juiz Federal da 5ª Vara, *ex officio*
Apelantes — Armindo Ribeiro Pinto e União Federal
Apelados — Os mesmos

EMENTA

Ex-combatente. Mesmo sem padecer de qualquer das moléstias referidas no art. 1º da Lei nº 2.579-55, tornando-se incapaz de prover a subsistência, assiste-lhe direito à reforma com proventos correspondentes à graduação imediata, que, no caso de soldado, é a de 3º Sargento. Sentença confirmada.

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 a todos os recursos, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Custas de lei.

Brasília, 9 de dezembro de 1974.
— *Armando Rollemberg*, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. *Min. Armando Rollemberg* (Relator): Armindo Ribeiro Pinto, ex-integrante da Força Expedicionária Brasileira, propôs ação contra a União, na qual narrou que no último conflito mundial, como soldado do Regimento Sampaio, fora ferido à bala e, em consequência de explosão de granada,

passara a sofrer de surdez intermitente, fatos dos quais resultara ficar a sua saúde abalada e impedido de exercer qualquer atividade, e, conseqüentemente, sem poder prover a sua subsistência. Pediu a seguir:

«Por tais razões e fundamentos, visa o A., com a presente ação, compelir a União Federal a lavrar o seu ato de reforma com os totais benefícios das legislações pertinentes ao inciso 2º desta propositura, o art. 10 do Decreto-lei nº 8.795, de 25 de janeiro de 1946, combinado com os arts. 1º e 2º e seu parágrafo único, no posto de 3º Sargento, com os vencimentos do de 2º Sargento, ainda mais 25% e as vantagens integrais, e na inatividade promovido ao Posto de 2º Tenente, com os vencimentos do de 1º Tenente, inclusive a etapa de asilado, tudo conforme rezam os arts. 27, letra

c, 30, letra a, 31 e 33, § 1º, letra a e § 3º, da Lei nº 2.370, de 9 de dezembro de 1954, condenando ainda a União Federal aos honorários de advogado na base de 20%, sobre o total apurado, até o total cumprimento da respeitável decisão, a partir do último quinquênio que precede a presente ação, obediente à farta jurisprudência do Egrégio Tribunal Federal de Recursos (Apelações Cíveis ns. 24.203, 26.862 e 25.924 — GB).»

Contestando, a União alegou prescrição da ação porque licenciado o autor em 1945 e ajuizada a inicial 25 anos depois, em 1970, carência do direito de propô-la, por ter sido intentada sem que antes o autor propusesse a pretensão na órbita administrativa, e im procedência no mérito por serem inaplicáveis à hipótese as leis invocadas.

Após réplica, saneador irrecorrido e realização de perícia, o então Titular da 5ª Vara da Seção Judiciária do Estado da Guanabara, hoje nosso eminente colega Aldir G. Passarinho, proferiu sentença rejeitando as preliminares de prescrição e carência de ação, e julgando a ação procedente no mérito, para, fazendo aplicação da Lei nº 2.579-55, condenar a União a pagar ao autor, a partir da data do primeiro laudo que o considerou incapaz definitivamente de prover a subsistência, isto é, 19-10-70, os proventos do posto imediato ao que ocupava na atividade. A sentença ainda ressaltou ao autor o requerimento administrativo de auxílio-invalidez, determinou o reembolso das despesas de perícia ou porventura existentes pela União, e condenou esta em honorários de advogado de 10% sobre o afinal apurado.

O recurso de ofício foi secundado por apelação da União, insistindo na

preliminar de prescrição e contestando o acerto da sentença no mérito.

O autor também apelou para os fins assim expostos no final de sua petição:

«Nestas condições, espera o apelante que este Egrégio Tribunal Federal de Recursos dê provimento ao presente apelo, para o fim de, reformada a respeitável sentença, condene a União Federal a lavrar o ato da Portaria de Reforma do apelante, no posto de 3º Sargento, vencimentos de 2º Sargento, acréscimo de 25%, por não poder prover os meios de subsistência, conforme o que nos diz os arts. 1º, 2º, parágrafo único do DL. nº 8.795-46, com a inclusão da Etapa de Asilado, hoje Auxílio de Invalidez, pagando-se-lhe os atrasados a partir da citação, em obediência à Jurisprudência, mansa e pacífica, constante do documento 1 e o laudo médico de fls. 72.»

Em seu parecer a Subprocuradoria insistiu na arguição de prescrição da ação e sustentou que o deferimento do amparo previsto na Lei nº 2.579-55 importara em julgamento *extra-petita* afrontando o art. 4º do CPC.

É o relatório.

Voto

O Sr. Min. Armando Rollemberg (Relator): Dispõe a Lei nº 2.579, de 23-8-55:

«Art. 1º — Os militares, convocados ou não, que tenham servido no teatro de operações da Itália, no período de 1944-45, em qualquer tempo julgados inválidos ou incapazes — mesmo depois de transferidos para a reserva — reformados, aposentados ou licen-

ciados do serviço militar, que sofrerem de tuberculose ativa, alienação mental, neoplasia, serão considerados, quando verificada a enfermidade pela Junta Militar de Saúde, como se um serviço ativo estivessem, e reformados ou aposentados com as vantagens da Lei nº 288, de 8 de junho de 1948, combinada com o art. 10 do Decreto-lei nº 8.795, de 23 de janeiro de 1946, e com o art. 303 da Lei nº 1.316, de 20 de janeiro de 1951, com a interpretação do Decreto nº 30.119, de 1º de novembro de 1951, e com o direito à etapa de asilado nas condições previstas na citada Lei nº 1.316 de 20 de janeiro de 1951.

Art. 2º — Os veteranos de guerra definidos no artigo anterior que, em qualquer tempo, forem incapacitados para o serviço, por sofrerem de outras doenças não referidas no art. 1º, desde que a incapacidade os impossibilite de prover os meios de subsistência, independentemente de tempo de serviço, e da relação de causa e efeito com as condições de guerra, serão, também, considerados — quando verificada a incapacidade pela Junta Militar de Saúde — como se em atividade estivessem, e reformados ou aposentados nas condições previstas na Lei nº 288, de 8 de junho de 1948, com direito à etapa de asilado, estabelecida na Lei nº 1.316, de 20 de janeiro de 1951.»

As normas transcritas contêm, sem dúvida, relação de prescrição porventura ocorrida quanto aos benefícios previstos na legislação especial para os que serviram no teatro de guerra da Itália, prescrição que a partir do momento em que entrou em vigor passou a ser contada da data em que se veri-

ficar a invalidez ou incapacidade a que aludem.

Tenho, assim, como correta a decisão da sentença ao refutar a arguição de prescrição.

As mesmas normas, de outro lado, não concedem benefícios nelas criados, e sim estabelecem formas novas de incidência das Leis ns. 288-48 e 1.316, de 1951, do Decreto-lei nº 8.795-46 e do Decreto nº 30.119-51, com o que a sentença ao dar-lhes aplicação não fugiu ao pedido formulado na inicial, porque fundado, entre outros, no Decreto-lei nº 8.795-46, não sendo de aceitar-se assim a increpação de conter a sentença julgamento *extra petita*.

Passo ao exame do mérito.

Dos autos vê-se que perícia realizada por Junta Médica de Psiquiatras militares concluiu ser o autor incapaz para o serviço do Exército, não poder prover sua subsistência e não ser alienado mental (fls. 37), enquanto laudo de especialistas civis concluiu «ser ele portador de síndrome neurótica reacional, acrescido de características pertinentes a síndrome comicial (353.3 — epilepsia psíquica) (fls. 63), com nexo de causa e efeito entre os acontecimentos durante a guerra e a doença (fls. 72).

Vê-se, assim, que em nenhum dos laudos se afirmou ser o autor alienado mental, com o que, ao seu caso, a norma aplicável é a do art. 2º, da Lei nº 2.579-55, e não a do art. 1º, do que decorre que o direito que lhe assiste é o de ser considerado como se em serviço estivesse, promovido à graduação imediata e reformado com os proventos desta, isto é, como 3º sargento, pois na atividade era ele soldado, tal como reconheceu a sentença. Caber-lhe-ia, além disso, direito à etapa de asilado. Proposta que foi a ação, contudo quando já não existia tal benefício,

substituído pelo auxílio-invalidez por via do Decreto-lei nº 728, a solução teria que ser, como indicou a sentença, o requerimento dessa última vantagem na órbita administrativa.

Meu voto, assim, é confirmando por inteiro a sentença para o que nego provimento a todos os recursos.

EXTRATO DA ATA

AC. nº 35.605 — GB. Rel.: Sr. Min. Armando Rollemberg. Rev.: Sr. Min. Esdras Gueiros. Recte.:

Juiz Federal da 5ª Vara. Aptes.: Armando Ribeiro Pinto e União Federal. Apdos.: Os mesmos.

Decisão: Por unanimidade negou-se provimento a todos os recursos (em 9-12-74 — 3ª Turma).

Os Srs. Mins. Esdras Gueiros e Aldir Passarinho votaram com o Sr. Ministro Relator. Não compareceu, por motivo justificado, o Sr. Min. Néri da Silveira. Presidiu o julgamento o Sr. Min. *Armando Rollemberg*.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 35.667 — GB

Relator — O Exmo Sr. Min. Décio Miranda
Revisor — O Exmo. Sr. Min. Jarbas Nobre
Relator designado — O Exmo. Sr. Min. Jarbas Nobre
Recorrente — Juiz Federal da 1ª Vara, *ex officio*
Apelante — Bayer do Brasil Indústria Química S.A.
Apeladas — A mesma e União Federal

EMENTA

Com o advento do Decreto-lei nº 1.042, de 1969, a ação restou prejudicada sem que tivesse ocorrido sucumbência.

Honorários indevidos.

A correção monetária não incide sobre o depósito eis que, na forma do art. 7º, § 4º, da Lei nº 4.357-64, a autora não foi vitoriosa na lide.

Sentença confirmada.

Recursos improvidos.

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

Decide a Segunda Turma do Tribunal Federal de Recursos, por maioria de votos, negar provimento aos recursos, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Custas de lei.

Brasília, 27 de setembro de 1974.
— *Amarílio Benjamin*, Presidente;
Jarbas Nobre, Relator designado.

RELATÓRIO

O Sr. Min. *Décio Miranda* (Relator): Trata-se de ação anulatória de débito de imposto do selo, proposta com prévio depósito da quantia discutida, fls. 24.

A sentença, do Juiz Federal Dr. Evandro Gueiros Leite, julgou perempta a instância, em face da superveniência do Decreto-lei nº 1.042, de 1969, que cancelou os débitos do imposto do selo. Deixou de condenar a União

em honorários, por não haver sucumbência. Autorizou o levantamento da importância depositada, mas sem qualquer correção (fls. 152).

Apela a autora, pleiteando, alternativamente, ou se julgue procedente a ação, como inicialmente pedido, o que considera não conflitante com o simultâneo reconhecimento de que o débito está cancelado, condenada a ré à devolução do depósito com correção monetária e com o pagamento das custas e honorários de advogado; ou, caso entenda o Tribunal de confirmar a sentença em face da superveniência do Decreto-lei nº 1.042, de 1969, que a reforme na parte em que negou a correção monetária do depósito (fls. 159 *fine*).

A União, em contra-razões, pede o provimento do recurso *ex officio*, para que a ação seja julgada improcedente (fls. 162 e segs.).

A Subprocuradoria-Geral da República oficia pelo não-provimento do apelo da autora (fls. 175-8).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Min. Décio Miranda (Relator): Nas circunstâncias da espécie ora discutida, tenho reconhecido ao contribuinte o direito de recusar o simples cancelamento do débito fiscal e insistir no prosseguimento da ação, para haver, com a procedência do pedido, os efeitos da sucumbência.

Mas, no caso, a autora-apelante não se quer sujeitar a isto: pede seja julgada procedente a ação, mas sem prejuízo de reconhecer-se, em qualquer caso, que o débito está cancelado (fls. 157 *medio*). Ora, isto não é possível. O prosseguimento da ação leva à eventualidade tanto da sucumbência do réu quanto do autor.

De outra parte, não tem razão a União em pedir o provimento do recurso *ex officio*, fundada em parecer ilustre, mas reiteradamente desacolhido neste Tribunal, de que o Decreto-lei nº 1.042, de 1969, desatende à norma superior do Código Tributário Nacional.

Resta, assim, a ser considerado o outro termo da alternativa proposta pela apelação: a devolução do depósito com a correção monetária.

Neste ponto, dou razão à autora-apelante.

Dispõe a Lei nº 4.357, de 16-6-64:

«Art. 7º Os débitos fiscais, decorrentes de não recolhimento, na data devida, de tributos, adicionais ou penalidades que não forem efetivamente liquidados no trimestre civil em que deveriam ter sido pagos, terão o seu valor atualizado monetariamente em função das variações no poder aquisitivo da moeda nacional.

.....
§ 2º A correção prevista neste artigo aplicar-se-á inclusive aos débitos cuja cobrança seja suspensa por medida administrativa ou judicial, salvo se o contribuinte tiver depositado em moeda a importância questionada.

§ 3º No caso do parágrafo anterior, a importância do depósito que tiver de ser devolvida, por ter sido julgado procedente o recurso, reclamação ou medida judicial, será atualizada monetariamente, nos termos deste artigo e seus parágrafos.

§ 4º As importâncias depositadas pelos contribuintes em garantia da instância administrativa ou judicial deverão ser devolvidas obrigatoriamente no prazo

máximo de 60 (sessenta) dias, contados da data da decisão, que houver reconhecido a improcedência parcial ou total da exigência fiscal.

§ 5º Se as importâncias depositadas, na forma do parágrafo anterior, não forem devolvidas no prazo nele previsto, ficarão sujeitas a permanente correção monetária, até a data da efetiva devolução, podendo ser utilizadas pelo contribuinte, como compensação, no pagamento de tributos federais.»

É certo que o parágrafo 3º dá como causa da devolução corrigida o haver «sido julgado procedente o recurso, reclamação ou medida judicial».

No caso, não houve declaração de procedência da ação anulatória. Mas a ela se equipara a de cancelamento superveniente da dívida, pois, de igual modo, satisfaz ao contribuinte.

Demais, a correção monetária, reciprocamente instituída, na citada Lei nº 4.357, a favor do Fisco ou do contribuinte, não é pena, senão mero restabelecimento do valor original exigido ou depositado.

Considerando devida a correção monetária na devolução do depósito da autora, restrinjo-a, todavia, à data do início de vigência da Lei que a autorizou, fazendo, neste ponto, aplicação das Leis ns. 4.862, de 29-11-65, art. 15, e 5.670, de 2-7-71, art. 1º.

A partir da data da vigência da Lei nº 4.357, a correção monetária se calculará seguidamente.

O texto legal é suficientemente claro para desautorizar a interpretação da União Federal, que reiteradamente manifesta o entendimento de que o cálculo se inicia com a eventual demora na devolução do depósito, após autorizada.

Tal entendimento destrói a paridade entre a situação do Fisco como credor e como devedor de correção monetária, segundo lhe seja favorável ou adverso o resultado do recurso, reclamação ou medida judicial.

Essa paridade está instituída no § 3º supra transcrito, a dizer que o crédito será atualizado monetariamente a favor do contribuinte nos termos deste artigo e seus parágrafos, isto é, nos mesmos termos em que o é a favor da Fazenda.

O prazo de 60 dias, do § 4º do mesmo artigo, não é prazo de início da correção monetária, senão regra de conduta administrativa, decorrido o qual a correção monetária continuará sendo imposta até o efetivo pagamento, podendo o contribuinte utilizar o depósito e a correção no pagamento de débito seu para com a Administração devedora.

Assim, dou provimento, em parte, à apelação, para mandar que o depósito seja devolvido à autora com correção monetária, calculada a partir do início de vigência da Lei nº 4.357, de 1964.

Voto

O Sr. Min. Jarbas Nobre (Revisor): O Decreto nº 1.042-69 atingiu o pedido da autora, prejudicando-o.

Daí a preempção da instância bem decretada pela Sentença.

À ausência de sucumbência, no caso, não há falar em condenação em verba honorária.

Outrossim, tenho que o depósito feito pela autora, não pode ser restituído com correção monetária.

O art. 7º, § 4º, da Lei nº 4.357-64, dispõe que

«As importâncias depositadas pelos contribuintes em garantia da instância administrativa ou judi-

cial, deverão ser devolvidas obrigatoriamente no prazo de 60 (sessenta) dias, contados da data da decisão que houver reconhecido a improcedência parcial ou total da exigência fiscal.»

Na espécie, a autora não foi vencedora na lide. Logo, a regra legal transcrita não a favorece.

Mantenho o decisório.
Nego provimento aos recursos.

EXTRATO DA ATA

AC. nº 35.667 — GB. Rel.:
Sr. Min. Décio Miranda. Rev.: Sr.

Min. Jarbas Nobre. Recte.: Juiz Federal da 1ª Vara. Apte.: Bayer do Brasil Indústria Químicas S.A. Apdos.:
A mesma e União Federal.

Decisão: Por maioria, vencido o Sr. Ministro Relator que provia parcialmente a apelação da autora, negou-se provimento aos recursos. Designado Relator do acórdão o Sr. Ministro Jarbas Nobre (em 27-9-74 — 2ª Turma).

Os Sr. Min. Paulo Távora votou com o Sr. Min. Jarbas Nobre. Prejudicou o julgamento o Sr. Min. *Amarílio Benjamin*.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 36.401 — GB

Relator — O Exmo. Sr. Min. Jarbas Nobre
Revisor — O Exmo. Sr. Min. Paulo Távora
Recorrente — Juiz Federal da 5ª Vara, *ex officio*
Apelantes — Instituto Nacional de Previdência Social e Lucilia do Carmo Silva Conongia
Apelados — Os mesmos

EMENTA

Enquadramento .

Técnico de Laboratório.

Não se enquadra no cargo de Laboratorista quem exerce funções típicas daquele cargo e percebe remuneração devida a tal categoria.

Honorários de advogado que são elevados.

Assistência da União Federal que se equipara a litisconsórcio.

Sentença parcialmente mantida.

Recurso da autora a que se dá provimento.

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

Decide a Segunda Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, dar provimento, em parte, à apelação da autora, prejudicados os recursos do INPS e *ex officio*, na forma

do relatório e notas taquigráficas precedentes, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Custas de lei.

Brasília, 4 de abril de 1975. —
Décio Miranda, Presidente. — *Jarbas Nobre*, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. Jarbas Nobre (Relator): Ação ordinária movida contra o INPS em que a autora, enquadrada provisoriamente como Laboratorista nível «8», objetiva ser enquadrada no cargo de Técnico de Laboratório nível «12».

A ação foi julgada procedente, em parte,

«para que o INPS encaminhe ao Senhor Presidente da República, na forma prevista no art. 4º do Dec.-lei nº 625/69, a proposta de retificação de enquadramento da autora, no cargo de Técnico de Laboratório (Código P-1.601, nível 12-A), classe inicial, com efeitos a partir de 15 de junho de 1962, com pagamento, portanto, das diferenças atrasadas e juros de mora, contados da citação».

Há recurso *ex officio*.

Apelam as partes.

A autora para que a ação seja julgada procedente *in totum*, dada a desnecessidade do chamamento da União, eis que o INPS constitui uma subdivisão da Administração Federal e, em qualquer caso, não ser possível exercer controle jurisdicional sobre o Senhor Presidente da República.

Pede, também, a elevação da verba honorária para 20% sobre o montante das diferenças de vencimentos e vantagens vencidas, na data da execução.

O INPS luta pela improcedência da ação ao fundamento de que as atribuições da autora se ajustam ao cargo no qual fora enquadrada.

A Subprocuradoria-Geral da República opina pela reforma da sentença.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Min. Jarbas Nobre (Relator): A autora, no exercício de suas funções no Laboratório de Patologia Clínica do ex-IAPB, colhia materiais e também se incumbia da coloração de lâminas e da cultura de germens.

Foi o que disse o médico Jorge de Azambuja Corrêa Pires, Chefe da Seção de Bactereologia, às folhas 45-v/46:

«O tipo de serviço desempenhado pela autora pode mencionar a coloração de lâminas, cultura de germens, fazendo também esfregaços, e também colheita de material; que ela não trabalhou no laboratório da Treze de Maio na Bioquímica e, portanto, lá não fazia dosagens, mas está informado que atualmente faz tal tipo de serviço; que tais dosagens são de sangue, para verificação de glicose, uréia e creatinina; que o laboratorista, segundo entende, assim como o auxiliar de laboratório, não fazem dosagens; que o técnico de laboratório faz dosagens».

Segundo esclareceu o DASP (folhas 52), são atribuições de técnico de laboratório:

«Proceder a exames de rotina, tais como: glicemias simples e sob a forma de curvas glicêmicas; proceder à dosagem de colesterol, das proteínas totais e separadas, de cloro globular e plasmático de fosfatos alcanina, do fósforo, do cálcio, da bilirrubina; fazer colheita do material por punção venosa ou digital».

Estou com o decisório quando conclui que a autora exercia funções

de Técnico de Laboratório face à complexidade dos seus encargos.

No que se refere à sua remuneração, outro pressuposto a ser examinado, face ao Decreto-lei nº 625/69, § 1º, art. 3º, dizem os autos, apesar da negativa do INPS em fornecer elementos, que à data da Lei nº 4.069/62, a autora percebia Cr\$ 21.000,00, valor que excede aos vencimentos de Laboratorista e se inclui nos de Técnico de Laboratório (ofício de fls. 51, do DASP).

Seu enquadramento neste cargo é legítimo, como entendeu o Dr. Juiz.

É certo que a União Federal não foi citada para integrar a lide como litisconsorte.

A autora, porém, pediu fosse ela científica de sua condição de assistente (fls. 2).

Seu ciente foi aposto no próprio mandado citatório (fls. 22-v), pelo que assumiu a qualidade de assistente equiparado a litisconsorte, eis que passou a integrar a lide, sujeita ao seu resultado.

Assim sendo, tenho que a ação procede inteiramente, isto é, sem a restrição contida no decisório.

Os honorários de 20% sobre o valor da causa (Cr\$ 500,00) são baixos.

Mantenho o percentual, porém incidente sobre o montante das diferenças de vencimentos e vantagens vencidas, como pedido no apelo (folhas 87).

Confirmo a sentença, em parte.

Dou provimento ao recurso da autora e nego provimento aos demais.

Voto

O Sr. Min. Paulo Távora (Revisor): O médico, que foi superior da

autora como Chefe da Seção de Bacteriologia e do Laboratório de Patologia Clínica do ex-IAPB, testemunhou às fls. 45 que a postulante ali trabalhou há cerca de 10 anos no serviço de coloração de lâminas, cultura de germens, esfregaços e colheita de material.

Exceto a última, que não é ocupação típica, mas comum também a «laboratorista», aquelas funções incluem-se na especificação de tarefas próprias de «técnico de laboratório» (folhas 52/53), a saber: «preparar lâminas microscópicas e meios de cultura microbiológicos».

Procede, assim, o fundamento da postulação.

O enquadramento e a revisão são atos administrativos complexos que requerem a participação da autarquia e a aprovação do Presidente da República para aperfeiçoarem-se.

Configura-se, assim, o litisconsórcio passivo necessário porque o juiz tem de decidir a lide de modo uniforme para a União e o Instituto. A circunstância de não ter sido, formalmente, declarada essa condição não trouxe prejuízo.

A União foi citada conforme se vê às fls. 22 v, acompanhou o feito e teve oportunidade de requerer e defender-se.

O saneador aludiu, expressamente, a seu comprometimento na pessoa do Chefe do Poder Executivo, ao afirmar que a competência presidencial para praticar o ato postulado não desfigurava a legitimidade *ad causam* do INPS. Em verdade, não havia exclusão de um pelo outro, mas integração de ambos que ficou, assim, reconhecida.

O pedido é cumulativo: constituição de novo enquadramento e con-

denação em atrasados. Apenas no tocante ao primeiro, há o litisconsórcio, dada a natureza complexa do ato administrativo. Já o segundo responde apenas o INPS pelo pagamento, pois não se provou que o errôneo enquadramento tenha resultado de alteração da proposta originária da Autarquia.

Nego provimento aos recursos de ofício e voluntário do INPS e dou provimento ao recurso da autora para julgar a ação procedente *in totum* na forma do pedido, juros de mora a partir da citação inicial e honorários de advogado de dez por cento sobre a diferença de vencimentos e vantagens vencidas.

EXTRATO DA ATA

AC. nº 36.401 — GB. Rel.: Sr. Min. Jarbas Nobre. Rev.: Sr. Min. Paulo Távora. Recte.: Juiz Federal da 5ª Vara. Aptes.: INPS e Lucília do Carmo Silva Conongia. Apdos.: os mesmos.

Decisão: Deu-se provimento, em parte, à apelação da autora, prejudicados os recursos do INPS e *ex officio*, decisão unânime (em 4-4-75 — 2ª Turma).

Os Srs. Mins. Paulo Távora e Décio Miranda votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Min. *Décio Miranda*.

REMESSA EX OFFICIO Nº 37.321 — PR

Apelação Cível

Relator — O Exmo. Sr. Min. Jorge Lafayette Guimarães

Remetente — Juízo Federal da 1ª Vara

Partes — Ernesto Golnaghi e União Federal.

EMENTA

Embargos de Terceiro. Tempestividade. Procedência. Alienação anterior à inscrição da dívida.

A tempestividade dos embargos de terceiros, oferecidos em executivo fiscal, não pode ser regida pelo superveniente Código de Processo Civil, que já encontrou preclusa a oportunidade da sua apresentação, segundo a lei anterior.

Tempestivos, porém, são os embargos, se não há prova de anterior ciência da penhora, pelo embargante, não podendo fluir o respectivo prazo do conhecimento presumido, decorrente da averbação da penhora no Registro de Imóveis.

Procedentes os embargos se já havia sido alienado o imóvel pelo devedor, em data anterior à inscrição da dívida.

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

Acordam os Ministros que compõem a Primeira Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, confirmar a sentença nos termos do

voto do Sr. Ministro Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas que passam a integrar este julgado. Custas de lei.

Brasília, 17 de março de 1975.
— *Peçanha Martins*, Presidente. —
Jorge Lafayette Guimarães, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. Jorge Lafayette Guimarães (Relator): A sentença de folhas 24/27, do Juiz Federal da 1ª Vara do Paraná, Dr. Milton Luiz Pereira, assim resumiu a espécie, em seu relatório:

«Ernesto Golnaghi, qualificado nos autos, representado por seu procurador judicial, ofereceu «embargos de terceiro», como Senhor, procurando livrar bem imóvel, penhorado para a garantia de execução fiscal, promovida pela Fazenda Nacional (autos número 1.542/72), ora embargada, contra Irmãos Lange Ltda. cuja ação tramita por esta Vara. Em resumo, deduzindo a sua pretensão (fls. 2 a 3), alegou que, à falta de bens da firma executada, a penhora recaiu em imóvel, transcrito em seu nome. Quando penhorado, já não era mais da executada, digo, da executada e por falha do Cartório de Registro de Imóveis, da 2ª Circunscrição, desta Capital, foi fornecida certidão, não constando que a competência dessa circunscrição tinha sido transferida, quanto aos registros do imóvel penhorado, para a 9ª circunscrição imobiliária. Omitido esse esclarecimento, com base naquela certidão, oferecida por Cartório incompetente para certificar sobre os registros pertinentes ao imóvel questionado, é que originou a penhora malsinada. A inicial veio acostada aos docs. de fls. 4 a 12. Sem o efeito suspensivo, foram recebidos e processados os embargos (fls. 13). A Embargada, em síntese, sustenta que a penhora louvou-se em certidão *juris et de jure*, comprovando que João Otto Lange,

responsável e sócio da firma proprietária, é o proprietário do imóvel. Aludiu que a inscrição da penhora ocorreu aos 12 dias de abril de 1973, de cuja data, da publicidade do ato jurídico, deve ser contado o prazo para o oferecimento dos embargos, tendo o Embargante postulado intempestivamente (fls. 16 a 17). A resposta da Embargada veio instruída como o doc. de fls. 18».

Foram os embargos de terceiro acolhidos, dada por insubsistente a penhora, havendo a sentença, depois de reconhecer aplicáveis as normas dos arts. 1.046, do novo Código de Processo Civil, que incidem sobre os processos pendentes (art. 1.211), não obstante vigorar, quando do seu oferecimento, o art. 42, do Decreto-lei nº 960, de 1938, rejeitado a preliminar de intempestividade, em falta de prova de anterior conhecimento da penhora, por parte do embargante, além de que, segundo a nova disciplina (art. 1.048, do CPC), podem ser os mesmos apresentados a qualquer tempo, até a assinatura da carta de arrematação, adjudicação ou remição.

No mérito, desenvolveu a sentença fundamentação no sentido de que em relação à inscrição da penhora não é invocável a doutrina, que considera a transcrição como prova absoluta, em benefício do adquirente de boa-fé, não sendo a embargada «adquirente», e que as certidões de fls. 5 e 11, comprovam a propriedade da embargante, não havendo o oficial de justiça, que se baseou em antigo registro, se percebido que não mais pertencia o imóvel à pessoa nele indicada.

Concluiu assim resumindo os seus fundamentos (fls. 26):

«Considerando que o imóvel, com acentuada anterioridade à pe-

nhora incidente, é da propriedade do Embargante; considerando que a dívida objeto da execução foi inscrita em nome de Irmãos Lange Ltda. (fls. 8 e 9) e não à responsabilidade do Embargante, inclusive, até mesmo, sendo discutível, segundo calmosa jurisprudência do Egrégio Tribunal Federal de Recursos, se João Otto Lange, sócio da firma executada, com cotas integralizadas no capital-social, pode ter bens particulares penhorados; considerando que não há prova de qualquer vínculo obrigacional do Embargante com a dívida executada; considerando, finalmente, que o bem imóvel do Embargante (docs. fls. 5 a 7 e fls. 11), que foi objeto da penhora (doc. de fls. 10), não pode ser penhorado para a garantia de execução promovida contra Irmãos Lange Ltda., de cuja sociedade sequer faz ou fez parte»;

Declarou, ainda, o Dr. Juiz deixar de condenar a embargada em honorários de advogado, por falta de elementos para a sua fixação, e determinou a remessa dos autos a este Tribunal, na forma do disposto pelo art. 475, II, do CPC.

Sem recurso das partes, subiram os autos.

Neste Tribunal oficiou a ilustrada Subprocuradoria-Geral da República que, em seu parecer de fls. 32/33, pediu a reforma da sentença, diante da intempestividade dos embargos, pelo decurso do prazo de 5 dias, da ciência da penhora, previsto no art. 42, do Decreto-lei nº 960, de 1938, invocando a inscrição da penhora, feita em 12 de abril de 1973, datando de 9-11-73, os embargos.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Min. Jorge Lafayette Guimarães (Relator): Para a rejeição da preliminar de intempestividade dos embargos, a sentença invocou dois fundamentos: a) aplicável seria, por estar o processo pendente, o art. 1.046, do novo Código de Processo Civil, que permite o oferecimento de embargos de terceiro, na execução, a qualquer tempo, até 5 dias depois da arrematação, adjudicação ou remição, mas sempre antes da assinatura da respectiva carta; b) não há prova de anterior ciência da penhora, pelo embargante.

No tocante à aplicabilidade do novo Código de Processo Civil, *data venia*, não posso concordar com a tese da sentença, pois oferecidos os embargos de terceiro em 9 de novembro de 1973, a sua admissibilidade não pode ser regida pela lei superveniente, que jamais poderia, também, fazer desaparecer preclusão acaso verificada, pela sua não apresentação dentro de 5 dias, da ciência da penhora, se tal ocorresse.

A aplicação imediata do novo Código, consagrada no seu art. 1.211, no caso, deve ser observada quanto ao rito dos embargos e seu procedimento, mas não a propósito de requisito de admissibilidade, já que a incidência imediata das leis processuais, em relação aos processos pendentes, que não significa retroatividade, não pode alcançar atos já praticados, ou efeitos já produzidos destes atos, segundo o princípio de direito intertemporal, que rege a matéria, reconhecido pela doutrina.

Procede, porém, o segundo fundamento.

Não há, nos autos, qualquer elemento do qual se possa inferir ciência da penhora, pelo embargante, em data anterior, não constando, das certidões lavradas pelo oficial de Justiça (folhas 10), sequer referência ao seu

nome, e muito menos tenha sido intimado da penhora.

Argumenta a exequente, e neste sentido a ilustrada Subprocuradoria-Geral da República desenvolve a fundamentação do seu parecer, com a inscrição da penhora, realizada em abril de 1973 (fls. 18).

Dessa averbação, porém, não resulta a fluência do prazo para embargos, dependente de conhecimento efetivo da penhora, implicando o registro realizado em conhecimento presumido, para outros efeitos, em proteção à eficácia do ato, *erga omnes*, como é do sistema do registro imobiliário entre nós vigente.

É o que já decidi, em situação semelhante, a propósito de ciência presumida, decorrente de edital de praça (Agravado de Petição nº 37.293).

Fosse a transcrição do embargante posterior a essa averbação, aí sim, caberia a invocação à eficácia da mesma e à sua anterioridade.

No mérito, confirmo, igualmente, a sentença, que bem decidiu a hipótese.

Estando em causa cobrança de I.P.I., de responsabilidade de Irmãos Lange Ltda., conforme dívida inscrita em 31 de agosto de 1972, e referente ao exercício de 1972 (certidão de folhas 9), desde 10 de outubro de 1969 havia o imóvel, que veio a ser penhorado, sido alienado ao embargante, sendo transcrito em seu nome, no Cartório da 9ª Circunscrição do Registro de Imóveis (certidão de fl. 5), em 10 de outubro do mesmo ano, de 1969.

A penhora resultou de um equívoco do Oficial de Justiça, que assim procedeu diante da certidão de fls. 11, da 2ª Circunscrição, à qual antes pertenceu o imóvel, onde se menciona a transcrição ali existente, em nome da executada, datada de 7 de dezembro

de 1964, quando desde 15 de julho de 1968, havia passado para a 9ª Circunscrição, por força de desmembramento daquela, como se esclarece e comprova com a certidão de fls. 12, e fora alienado desde 1969.

Em conseqüência, não pode ser invocada, contra o embargante, a averbação da penhora, muito posterior à aquisição do imóvel por ele realizada, e à transcrição em seu nome, no competente Registro, além de que, como bem ressalta a sentença, não tem aplicação à embargada o princípio da presunção de domínio, em favor do adquirente de boa fé, pois não é ela uma «adquirente», e está em causa simples averbação de penhora, efetuada com fundamento em transcrição não mais em vigor, cancelada pela subsequente transcrição em nome daquele.

A proteção à boa fé, decorrente da transcrição imobiliária, no caso, deve ser dispensada, mas em favor do embargante, que confiando na transcrição então existente, veio a adquirir o imóvel, em data anterior à inscrição da dívida, do seu antecessor, ora executado, e ao próprio exercício a que diz respeito o imposto devido.

Por essas considerações, confirmo a sentença.

EXTRATO DA ATA

Remessa *ex officio* nº 37.321 — PR. Rel.: Min. Jorge Lafayette Guimarães. Remetente *ex officio*: Juízo Federal da 1ª Vara. Partes: Ernesto Golnaghi e União Federal.

Decisão: Confirmou-se a sentença nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, unanimemente (em 17 de março de 1975 — 1ª Turma).

Os Srs. Mins. Otto Rocha e Peçanha Martins votaram com o Sr. Ministro Relator. Não compareceu, por

motivo justificado, o Sr. Ministro Moacir Catunda. Compareceu o Senhor Ministro Otto Rocha, Juiz Federal convocado, para compor *quorum* regimental. Presidiu o julgamento o Sr. Min. *Peçanha Martins*.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 37.449 — RS

Relator — O Exmo. Sr. Min. Jarbas Nobre
Revisor — O Exmo. Sr. Min. Paulo Távora
Recorrente — Juiz Federal da 4ª Vara, *ex officio*
Apelante — União Federal
Apelado — Germano Bonow Filho

EMENTA

Magistrado.

Gratificação do art. 12 do Decreto-lei nº 113/67.

Não perde direito à sua percepção aquele que se aposenta.

Incompatibilidade entre «afastamento», que é de caráter transitório, com aposentadoria, de cunho definitivo e irreversível.

Sentença confirmada, com exclusão da correção monetária.

Recursos parcialmente providos.

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

Decide a Segunda Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade de votos, dar provimento parcial aos recursos *ex officio* e voluntário da União Federal para excluir a correção monetária, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Custas de lei.

Brasília, 7 de março de 1975. — *Décio Miranda*, Presidente; *Jarbas Nobre*, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. *Jarbas Nobre* (Relator): Trata-se de ação ordinária movida por Juiz de Direito aposentado do Território do Amapá, objetivando a inclusão em seus proventos da gratificação a que se refere o art. 12, do Decreto-lei nº 113/67.

Foi ela julgada procedente ao fundamento de que:

«Essa gratificação de permanência, ou seja, pelo efetivo exercício em tão longínquas paragens, se justificou e se justifica pela insalubridade, pelo alto custo de vida e por todas as outras dificuldades existentes na região amazônica, onde os Juizes vivem esquecidos de tudo e de todos, entregues mesmo à sua própria sorte.

Entendo que o autor, Juiz de Direito, percebendo ao requerer sua aposentadoria, a gratificação de que trata o DL nº 113/67, faz jus a incorporação da vantagem de 30% aos proventos da aposentadoria, outro procedimento viria a ferir o princípio constitucional da irredutibilidade dos vencimentos da magistratura.»

Há recurso *ex officio* e apelação da União Federal.

A Subprocuradoria-Geral da República opina pela reforma do decisório. É o relatório.

VOTO

O Sr. Min. Jarbas Nobre (Relator): Dispõe o art. 12, do Decreto-lei nº 113/67:

«Aos juizes da Justiça dos Territórios, de que trata o presente Decreto-lei, além dos vencimentos e adicionais, fica assegurada a gratificação de 30% sobre os vencimentos pelo efetivo exercício de cargo no primeiro decênio e 60% nos seguintes».

Seu parágrafo único esclarece:

«Será suspenso o pagamento da gratificação de que trata este artigo sempre que houver afastamento do exercício do cargo, exceto em caso de férias, nojo e gala»

A gratificação, como se vê do texto, é devida pelo efetivo exercício do cargo.

Em ocorrendo afastamento não decorrente de férias, gala e nojo, a vantagem se torna indevida.

Daí a assertiva da Subprocuradoria-Geral da República no sentido de que ela é de caráter transitório e, assim, incorporável aos proventos da aposentadoria.

Em sentido contrário é o parecer de fls. 33 de Raul Gudolle, Ministro do Tribunal de Contas do Rio Grande do Sul, segundo o qual

«o disposto no parágrafo único do art. 12 somente se refere aos funcionários em plena atividade funcional, mesmo os que estejam em exercício ficto, sendo, apenas deferida a concessão da gratifi-

cação de 30%, nos casos especiais de exercício ficto, como férias, gala e nojo.

É para esses que o legislador consignou aquelas normas e vedou a percepção para os demais casos de exercício ficto. Tais normas não podem ser estendidas aos servidores aposentados, ou que postulam a aposentadoria quando já eram beneficiários de tal gratificação».

Noutro passo, sustenta o douto pronunciamento:

«O parágrafo único do citado artigo 12, manda «suspender» a concessão da gratificação de 30% quando o servidor estiver afastado do cargo, em todos os casos, exceto em caso de férias, nojo e gala. Quis o legislador manter a percepção por parte do servidor, nestes casos especialíssimos de «exercício ficto», suspendendo nos demais casos. É evidente que se trata única e exclusivamente dos casos de exercício ficto, salvo os casos em que expressamente consigna. Mas, a própria expressão usada pelo legislador leva a conclusão inarredável de que se trata de providência provisória: suspender, sustar. Demonstra, assim, que o servidor esteja momentaneamente afastado do exercício do cargo, não levando em consideração entretanto, os demais casos de «exercício ficto».

Estou em que esse parecer reflete o bom entendimento. A suspensão da gratificação, de acordo com o texto legal, só ocorre quando há afastamento do exercício do cargo.

Com a aposentadoria não há afastamento, mas «período de descanso, em geral ininterrupto» (Cretella Júnior —

Direito Administrativo no Brasil — vol. II, pág. 361). É «a situação do funcionário público desligado definitivamente do exercício do cargo (Mário Masagão e Marcello Caetano citados por Abreu de Oliveira — *Aposentadoria do Serviço Público*, pág. 5).

A idéia de afastamento, que tem caráter de transitoriedade, é incompatível com a de aposentadoria, de cunho eminentemente definitivo e irreversível.

Assim, a regra dos § 2º, art. 12, do Decreto-lei nº 113/67, não é aplicável aos casos, como o presente, em que o Magistrado, pela aposentadoria, se desliga do serviço público.

Mantenho a sentença, com exclusão da correção monetária, indevida no caso.

Dou provimento parcial aos recursos.

VOTO

O Sr. Min. Paulo Távora (Revisor): É sabido que a irredutibilidade de vencimentos não é privilégio pessoal do magistrado mas garantia inerente ao cargo e à independência das funções judicantes.

Cumpra, pois, distinguir as vantagens que decorrem das condições individuais do juiz daquelas atribuídas, especificamente, ao cargo. Entre as primeiras, cita-se o adicional por tempo de serviço que varia em função da antiguidade de cada qual na militância pública, o salário-família etc. Já a contraprestação da atividade judiciária conceitua-se na Constituição com uma única designação: «vencimento». Ainda que a lei ordinária venha a dar outra denominação a uma ou todas as parcelas da retribuição e condicione o pagamento de alguma ao exercício efetivo do cargo, tudo são «vencimentos» coberto pela garantia da irredutibilidade. Não fora, assim, a prerrogativa constitucional do Judiciário se reduzi-

ria a puro nominalismo segundo a terminologia que a legislação entendesse de empregar para a remuneração do ofício judicial.

Tratando-se de membros de um Poder do Estado com tratamento específico na Carta Política, o regime estatutário comum não pode ser aplicado indiscriminadamente. Enquanto no funcionalismo público agrupam-se as gratificações em dois tipos *pro labore facto* e *pro labore faciedo*, no Judiciário prevalece o critério único da intangibilidade. Se a gratificação, abono ou que outro nome receba, vincula-se, objetivamente, ao exercício do cargo é intocável. Se a vantagem concerne às condições pessoais do magistrado, poderá incorporá-la em nome da garantia comum do direito adquirido, mas nunca a título de prerrogativa exclusiva do Judiciário. Pois, não se trata de retribuição do cargo, mas ligado à pessoa do servidor.

Dentro desse entendimento, a gratificação prevista no art. 12, do Decreto-lei 113, de 25-1-1967 é «vencimento» no sentido constitucional da irredutibilidade. Está condicionada, direta e objetivamente, ao exercício do cargo, e não à situação pessoal de seu eventual ocupante. Sendo vencimento, incorpora-se aos proventos da aposentadoria.

Dou, entretanto, provimento parcial ao recurso de ofício e voluntário da União para excluir a correção monetária das prestações devidas à falta de norma legal autorizadora, *ex vi* da Lei nº 5.670, de 2-7-1971.

Mantenho no mais a douta sentença.

EXTRATO DA ATA

AC. nº 37.449 — RS. Rel.: Senhor Min. Jarbas Nobre. Rev.: Senhor Min. Paulo Távora. Recte.:

Juiz Federal da 4ª Vara. Apte.: União Federal. Apdo.: Germano Bonow Filho.

Decisão: Deu-se provimento parcial aos recursos *ex officio* e voluntário da União Federal para excluir a corre-

ção monetária. Decisão unânime (em 7-3-75 — 2ª Turma).

Os Srs. Mins. Paulo Távora e Décio Miranda votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. *Décio Miranda*.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 38.162 — MG

Relator — O Exmo. Sr. Min. Aldir G. Passarinho
Revisor — O Exmo. Sr. Min. Armando Rollemberg
Recorrente — Juiz de Direito da Comarca de Betim, *ex officio*
Apelante — Instituto Nacional de Previdência Social
Apelada — Eny de Oliveira

EMENTA

Previdência Social. Pensão. Casamento Eclesiástico. Comprovada a vida em comum durante muitos anos do segurado com a autora, vinculados inclusive, por casamento eclesiástico, é de ser deferida a esta a pensão previdenciária. É certo que a esposa legítima — que chamada ao feito nele não ingressou — comprovadamente jamais procurou seu marido, internado há muitos anos, vítima de terrível mal.

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

Decide a Terceira Turma do Tribunal Federal de Recursos, negar provimento aos recursos, unanimemente, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Custas de lei.

Brasília, 30 de abril de 1975. — *Armando Rollemberg*, Presidente; *Aldir G. Passarinho*, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. *Aldir G. Passarinho* (Relator): Eny de Oliveira, qualificada na inicial, propôs ação ordinária contra o INPS, com vistas a obter pensão previdenciária, em decorrência do falecimento de seu companheiro Antônio Ferreira da Silva, aposentado da

extinta Estrada de Ferro Central do Brasil e segurado daquela autarquia previdenciária. Pede atrasados desde o dia seguinte ao do falecimento, juros de mora, custas processuais e honorários de advogado.

A autora, ora agravada, requereu a citação da viúva do falecido Antônio Ferreira da Silva, como litisconsorte passivo, o que veio a fazer-se, não tendo ela, porém, ingressado nos autos, em razão do que funcionou o curador de ausentes.

Segundo alegou a postulante, casouse ela com dito Antônio Ferreira da Silva, no religioso, em 5 de abril de 1947, e durante 23 anos, ou seja, até 13 de setembro de 1970, viveram juntos no Sanatório Santa Isabel, conforme prova a declaração do Diretor do Sanatório, em poder do INPS: que não houve casamento civil de vez que Antônio Ferreira da Silva era casado

com dona Maria Anna Ferreira, que abandonara, entretanto, o lar conjugal em 1924, tomando rumo ignorado; que Antônio procurou designar a autora como sua dependente, o que não lhe foi possível, justamente por possuir ele esposa legítima, embora esta jamais tenha prestado qualquer assistência a seu esposo durante os muitos anos em que ele ficou internado no Sanatório — onde permaneceu até falecer — e sendo certo que não possuía o seguro qualquer dependente daqueles enumerados como podendo beneficiar-se da pensão previdenciária. Esclarece a postulante que requereu justificação judicial, que veio a ser homologada em 26 de outubro de 1971, mais de um ano após a morte de Antônio Ferreira da Silva, mas apesar da justificação novamente o Instituto lhe negou o benefício, sob a afirmação de que não havia a requerente apresentado documentos que comprovassem sua qualidade de dependente.

Contestando, diz o INPS que não lhe era possível conceder a pensão, posto que para o cancelamento da inscrição da legítima esposa, ainda em vida desta, teria sido necessário que houvesse sido apresentada ao INPS certidão que provasse haver a esposa se desquitado ou haver sido anulado o seu casamento ou, então, que tivesse havido abandono do lar, desmotivado e definitivo, pela esposa, desde que tal fato tivesse sido reconhecido por sentença judicial, mas como tal não ocorrera não poderia ser atendida a pretensão da autora. Quanto à justificação judicial diz o INPS que não teria ela qualquer valor, em face do disposto no art. 19 da LOPS, mesmo que se tivesse revestido dos requisitos legais, o que não se verificou, pois o Instituto não foi citado para acompanhá-la.

Houve réplica, manifestou-se a União no mesmo sentido do INPS, foi requisitado o processo administra-

tivo, do qual foram extraídas peças e, após a realização da audiência, veio a ser prolatada a r. sentença de folhas 78/78-v, tendo sido julgada procedente a ação, e em consequência condenando o INPS ao pagamento da pensão a que a autora fizer jus pela morte de Antônio Ferreira da Silva, a partir da data do seu falecimento (13 de setembro de 1970), bem como em honorários de advogado no valor de 20% sobre o valor da causa.

Inconformado, apelou o INPS, contra-arrazoou a apelada e, subindo os autos, aqui manifestou-se a douta Subprocuradoria-Geral da República pela reforma da sentença recorrida.

É o relatório.

Voto

O Sr. Min. Aldir G. Passarinho (Relator): O MM. Juiz *a quo* assim decidiu a controvérsia:

«Está comprovado que a autora conviveu com Antônio Ferreira da Silva uma vida inteira e o mesmo não era seu marido legítimo.

«A esposa legítima não compareceu em momento algum do processo e a intervenção do Dr. Promotor como curador de ausentes supre a sua falta.

«Existe a justificação judicial comprovando a vida em comum da autora com o segurado.

«O art. 19 da LOPS enquadra o caso perfeitamente na hipótese de abandono do cônjuge.

«A decisão juntada aos autos às fls. 27, proferida pelo Conselho de Recursos da Previdência Social em 11 de março de 1971, serve de paradigma para o caso dos autos.

«Por aquela decisão, se a esposa não reivindica a pensão por ocasião da separação e está em lugar incerto e não sabido, o direito da companheira deve ser reconhecido.

«E a decisão é sábia, pois haveria no caso a renúncia tácita da esposa.

«Seria muito formalismo exigir-se uma decisão judicial em processo de desquite.

«Mesmo porque o citado art. 19 fala em desquite, anulação de casamento e, note-se, o abandono injustificado. Logo, este abandono não precisa ser reconhecido por sentença, caso contrário, nem seria mencionado porque seria uma desnecessária redundância do legislador.

«Adoto igualmente os acórdãos citados na decisão de fls. 31 a 35 do Dr. Carlos Mário da Silva Velloso.

«Com todos estes fundamentos e em face das provas dos autos, julgo procedente a ação para condenar o INPS ao pagamento da pensão a que tiver direito a autora pela morte de Antônio Ferreira da Silva, falecido em 13 de setembro de 1970 e a partir do falecimento, de profissão maquinista, filho de João Antônio Ferreira e Ana Candida de Jesus.

«Condeno o INPS ao pagamento de honorários de advogado no valor de 20% (vinte por cento) sobre o valor da causa».

A apelação insiste nos argumentos da inicial e a douta Subprocuradoria-Geral da República diz que nos autos não ficou provado que a esposa legítima do ex-segurado tivesse falecido ou perdido sua qualidade de depen-

dente do mesmo, bem como não houve comprovação de designação expressa da apelada como dependente do ex-segurado, o que, aliás, somente poderia ter sido feito se tivesse havido sentença judicial do desquite, abandono injustificado do lar ou de anulação do casamento.

O que resulta dos autos é, em síntese, que a Autora, interna no Sanatório Santa Isabel — que é um leprosário vivia em estado de conjugue, desde 1947, com Antônio Ferreira da Silva, cuja qualidade de segurador do INPS sequer é posta em dúvida pelo réu. Chegaram a contrair casamento religioso em 5 de abril de 1947.

É verdade que a designação tácita admitida em lei com o casamento religioso, só é prevista em não sendo o segurador casado civilmente (§ 4º do art. 11 da LOPS), mas não é menos certo, por outro lado, que a própria situação do autor, interno há muitos anos em um sanatório para doentes do Mal de Hansen, e da sua companheira, na mesma situação, permite se atenuar a interpretação de texto legal, sendo cabível admitir-se a designação tácita, embora não desfeitos os laços do casamento civil.

A esposa legítima foi citada para ingressar no feito, embora por edital. Na verdade, não é possível saber-se se a separação do casal não se deve a ter o segurador Antônio Ferreira da Silva sido atacado do terrível mal que o manteve internado por tantos anos, mas, por outro lado, não se tem notícia de que sua esposa tivesse continuado a procurá-lo, mesmo indiretamente.

Na verdade, na hipótese dos autos, não fosse o segurador ter sido casado civilmente com outra mulher, certamente não haveria dúvidas na concessão da pensão à Apelada, em face do art. 11 da LOPS. Aliás, a respeito

tem-se tranqüilizado igualmente a jurisprudência. Apenas, como exemplo refiro-me a recente acórdão da Colenda Segunda Turma deste Tribunal na A.C. nº 36.295-BA, assim ementado:

«INPS. Pensão. Direito da esposa do segurado, em virtude de casamento eclesiástico tem direito à pensão, de acordo com as leis em vigor, a esposa do segurado, em virtude de casamento eclesiástico. Fora disso, a situação de dependentes justifica o benefício».

A solução, assim, a meu ver que melhor se ajusta aos princípios que regem a Previdência Social, é o proporcionamento da pensão à autora. Não se deixará, assim, de conceder o benefício a uma infeliz interna, que viveu durante tantos anos maritalmente com o segurado, apenas pela possível sobrevivência da viúva (pois até o falecimento desta é hipótese admissível), quando, de qualquer forma, sequer sabe ela, ao que tudo indica, da morte de seu marido, e, segundo os autos, jamais o procurou.

Meu voto, assim, é mantendo a r. sentença de 1º grau, com o que nego provimento aos recursos.

VOTO

O Sr. Min. Armando Rollemberg (Revisor): Tenho a solução da sentença como correta. A autora comprovou, com documentos idôneos, que, além de ser casada com o segurado no religioso, com ele conviveu por mais de 23 anos, e que a esposa com a qual fora ele casado no civil o abandonara em 1924 não havendo notícias do seu destino, o que faz presumir ou a sua morte ou a constituição de novo lar. Em qualquer dos casos a pensão deve ser paga à autora.

Nego provimento aos recursos.

EXTRATO DA ATA

AC. nº 38.162 — MG. Rel.: Senhor Min. Aldir Passarinho. Rev.: Sr. Min. Armando Rollemberg. Recte.: Juiz de Direito da Comarca de Betim. Apte.: INPS. Apdo.: Eny de Oliveira.

Decisão: Por unanimidade negou-se provimento aos recursos (em 30-4-75 — 3ª Turma).

Os Srs. Mins. Armando Rollemberg e José Néri da Silveira votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Armando Rollemberg.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 40.807 — MG

Ação Sumaríssima

Relator — O Exmo. Sr. Min. Aldir G. Passarinho
Remetente — Juízo Federal da 5ª Vara, «ex officio»
Apelante — Instituto Nacional de Previdência Social
Apelado — João Ferreira Ayres

EMENTA

Acidente de Trânsito. Sentença apoiada em laudo pericial que se mostra ajustado à prova das testemunhas que impõem maior credibilidade é de ser confirmada. Recurso desprovido.

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

Decide a Terceira Turma do Tribunal Federal de Recursos dar provi-

mento em parte à apelação, confirmando-se parcialmente a sentença para excluir a condenação do réu em correção monetária, unanimemente, na forma do relatório e notas taquigráficas prece-

dentem, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Custas de lei.

Brasília, 9 de abril de 1975. —
José Néri da Silveira, Presidente; *Aldir G. Passarinho*, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. *Min. Aldir G. Passarinho* (Relator): Trata-se de apelação interposta pelo Instituto Nacional de Previdência Social (INPS) perante este Tribunal, objetivando ver reformada a r. Sentença do MM. Juiz da 5ª Vara Federal da Seção Judiciária de Minas Gerais, que julgou procedente a ação sumaríssima proposta por João Ferreira Ayres contra aquela autarquia, em decorrência de acidente de trânsito.

A demanda foi movida, segundo a inicial, por ter sido o carro de propriedade do autor abalroado por veículo de propriedade do INPS, do que resultou um prejuízo para o postulante de Cr\$ 2.090,00 (dois mil e noventa cruzeiros), conforme recibos e orçamentos que juntou. Esclarece o Autor que tentou reembolsar-se das despesas que tivera, por meios amigáveis, sem êxito, entretanto, e isto apesar de a perícia realizada haver concluído pela culpa do motorista daquele órgão. Pleiteou, ainda, o Autor, além do principal, acréscimo de juros, correção monetária, custas e honorários de advogado na base de 20% do montante.

Na sua contestação diz o Instituto-réu que o laudo pericial favorável ao Autor é lacônico, e, por outro lado, o exame do acidente realizado pelo órgão do INPS mostra que o carro do autor, embora estivesse na preferência prevista no art. 13, IV, do Código Nacional de Trânsito, foi imprudente, pois somente o direito de preferência pode ser invocado, nos cruzamentos, quando os veículos atinjam ao mesmo tempo a

confluência das duas vias públicas, o que não aconteceu, pois o carro do Instituto já havia ultrapassado mais da metade da via secundária, quando se deu a colisão. Conclui assinalando que a simples circunstância de poder o Autor deslocar-se pela direita não lhe dava o direito de entrar, como o fez, na Avenida Silviano Brandão, a preferencial, sem as cautelas exigidas para o local (rua estreita, desembocando numa avenida), para em seguida ultrapassar um ônibus e ir chocar-se contra o veículo da autarquia, pelo que, agindo como agiu, foi o Autor imprudente e mesmo imperito.

Outrossim, impugna a autarquia o valor indicado como sendo o do prejuízo verificado, por ser o veículo do postulante já antigo.

Pede o réu, em face das razões que expôs, a improcedência da ação, com condenação do Autor nas custas processuais e em honorários de advogado, e demais cominações legais.

Foram ouvidas três testemunhas arroladas pelo Autor e duas pelo réu, vindo, então, o MM. Juiz, a prolatar sentença condenando o INPS na forma do pedido, determinando, outrossim, que após o prazo de recurso fossem remetidos os autos a esta Corte.

Inconformada, apelou a autarquia sustentando que o decisório, apegando-se à prova pericial, deixou, contudo, de considerar outros elementos probatórios, que pelo menos levariam ao reconhecimento da reciprocidade de culpa. Acrescenta que assim não entendeu o douto Julgador, por ter considerado as testemunhas do preposto do apelante como inidôneas, admitindo que elas engendraram a presença de um ônibus no local do acidente, em forma tal que o coletivo forçaria o motorista do Instituto a ter maior prudência com referência ao tráfego no momento; e

que, igualmente, as testemunhas do apelante deram notícias de carga de sacos no carro do autor. Sustenta ser verdadeiro o que declararam as suas testemunhas, sendo mesmo certo que o parecer da Chefia do Departamento de Transporte do Instituto alude à presença do mencionado ônibus. Menciona, ainda, que ditas testemunhas alertaram o motorista do INPS para a carga de sacos existentes no carro do autor, o que, ao contrário do que pareceu ao Julgador, é detalhe importante, em face de ser o carro do apelado já velho, e que descia uma rua íngrime, de tal forma a forçar o seu sistema de freios. Insistindo, por fim, em que maior importância seja dada ao depoimento de suas testemunhas, o apelante pede a reforma da v. sentença de primeiro grau.

O autor não ofereceu contra-razões, e, subindo os autos, aqui manifestou-se a douta Subprocuradoria-Geral da República endossando as razões do apelo, e propugnando, em consequência, pelo provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Min. Aldir G. Passarinho (Relator): O laudo pericial, após mencionar o Regulamento do CNT, cujo art. 38, item IV, que, segundo diz, preceitua que «quando veículos, transitando por direções que se cruzam, se aproximarem de local não sinalizado, terá preferência de passagem o que vier da direita», conclui que vindo a segunda unidade, ou seja, o carro do autor, ora apelado, pela direita, e não havendo sinalização no cruzamento, a causa do acidente, no entender dos peritos, foi o desrespeito, por parte do condutor da primeira unidade, isto é, do carro do INPS, à norma legal mencionada.

O MM. Juiz apoiou-se no laudo para alicerçar seu decisório, bem como nas testemunhas do autor. E, na verdade, o que aliás causou reparos no apelante põe tom de dúvida nos depoimentos das testemunhas do Instituto-réu. De fato, diz o nobre magistrado:

«As testemunhas do autor são unânimes e tranqüilas no relato dos fatos, testemunhas praticamente visuais, que só noticiam presentes ao evento os veículos em causa, os mesmos fatos que levaram a perícia-técnica a concluir pela responsabilidade do réu, nos termos da lei.»

«As testemunhas do réu, entretanto, ali chegadas após a ocorrência, não só engendraram a presença de um ônibus parado na esquina da Rua Monte Carmelo com a Avenida Silviano Brandão, o que levaria o preposto do réu a ter maior prudência no tráfego do momento, que não teve, como ainda referem carga de sacos no veículo do réu, de nenhuma significação no evento. Da presença do ônibus, na ocorrência, só as testemunhas do réu, que não o são presenciais, dão notícia em seus depoimentos, sendo certo, também, serem ambas, como o motorista do veículo do réu, empregados seus...»

Examinando os autos, chego à mesma conclusão a que chegou o MM. Juiz «a quo». Acrescento que, ainda que houvesse um ônibus no local, dificultando a visão do motorista do carro particular, ou seja o do autor, igualmente estaria dificultando a visão do motorista da ambulância, pois óbvio está que o ônibus não iria dificultar apenas a visão do primeiro referido. E, assim, sendo a preferencial do carro particular, como assinala o laudo peri-

cial, o que não é posto em dúvida pelo apelante, o cuidado a tomar deveria ser o da ambulância. Anote-se, outrossim, que esta se encontrava com sua sirena desligada, pelo que não se encontrava alertando o autor de que um veículo com situação privilegiada de trânsito, ou melhor, de trânsito livre, se aproximava. A razão, a meu ver, à igualdade do que ao nobre Juiz pareceu, se encontra com o autor, ora apelado.

Quanto ao valor dos reparos, o fato de ser o veículo já antigo não reduz em muito o valor dos consertos de lanternagem e mecânica, pois o valor da mão-de-obra e de material não se altera, pelo menos sensivelmente, por ser o veículo mais antigo. Aliás, cabe referir que a contestar os valores apresentados pelo apelado não trouxe o apelante qualquer elemento que os infirmasse, e é mesmo certo que, ao ensejo da apelação, sobre as despesas de conserto manteve-se silente, numa implícita manifestação de que passava a aceitá-las, insistindo, apenas, na irresponsabilidade do evento do seu motorista, pelo menos totalmente.

Pelo exposto, entendendo válidos os elementos em que se fundou a r. Sentença, confirmo-a, exceto no tocante à correção monetária, que considero não ser devida, no caso.

É o meu voto.

EXTRATO DA ATA

AC. nº 40.807 — MG. Rel.: Senhor Ministro Aldir G. Passarinho. Ação sumaríssima. Remte.: Juiz Federal da 5ª Vara, «ex officio». Apte.: INPS. Apdo.: João Ferreira Ayres.

Decisão: À unanimidade deu-se provimento em parte à apelação, confirmando-se parcialmente a sentença para excluir a condenação do réu em correção monetária (em 9-4-75 — 3ª Turma).

Os Srs. Mins. Néri da Silveira e Sebastião Reis votaram com o Senhor Ministro Relator. O Sr. Min. Sebastião Reis, Juiz Federal convocado, compareceu para compor «quorum» regimental. Presidiu o julgamento o Senhor Ministro José Néri da Silveira.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA APELAÇÃO CRIMINAL Nº 2.280 — SP

Relator — O Exmo. Sr. Min. Jarbas Nobre
Embargante — União Federal
Embargado — O V. Acórdão de fl. 617

EMENTA

Peculato de uso não constitui crime.

Ademais, os autos não comprovam tenha o denunciado agido dolosamente.

A Comissão de Inquérito apurou que nas Exatorias onde o denunciado trabalhou, a desorganização imperava e este desconhecia as normas de serviço que regem o assunto.

O denunciado era pessoa de bons antecedentes e bem considerado no meio social, onde se elegeu Vereador e Vice-Prefeito.

Embargos que se recebem, em parte.

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

Decide a Segunda Turma do Tribunal Federal de Recursos, por maioria de votos, conhecer e receber em parte

os embargos, para o esclarecimento dos votos, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Custas de lei.

Brasília, 30 de agosto de 1974. —
Amarílio Benjamin, Presidente; *Jarbas Nobre*, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. *Min. Jarbas Nobre* (Relator): Sócrates Makrakis, Auxiliar de Exatoria Federal, foi denunciado pela prática de peculato.

Pela Sentença de fls. 580-585 foi ele absolvido ao fundamento de que, tendo sido repostas as quantias em alçance, no caso teria se verificado peculato de uso, figura não prevista no Código Penal vigente.

Lê-se às fls. 584:

«Aí está: o peculato de uso será alçado à categoria de ilícito penal quando o novo Código entrar em vigor. Atualmente, não está definido em lei. A simples retenção indevida, que o caracteriza, hodiernamente, permite, tão-só, a aplicação de sanções administrativas, como aliás ocorreu na instância própria, com a exoneração do réu, a bem do serviço público, em ato legítimo, que não merece qualquer reparo».

À oportunidade do julgamento da apelação interposta pelo Ministério Público, a ela neguei provimento, mantendo o decisório (fls. 610-612).

O Revisor, Ministro Paulo Távora (fls. 613-615), também negou provimento ao recurso.

Fê-lo, entretanto, sob outro fundamento: por insuficiência de prova para a condenação.

O resultado do julgamento está exposto às fls. 616:

«À unanimidade de votos, negou-se provimento ao recurso. (Em 15-5-74 — 2ª Turma). Os Srs. Mins. Paulo Távora, Amarílio Benjamin e Décio Miranda votaram com o Senhor Ministro Relator».

O acórdão ficou assim ementado:

«Peculato de uso.
Não constitui crime.
Sentença mantida.
Recurso improvido.»

O Ministério Público Federal (folhas 619-622), alegando a ocorrência de erro material, pede a correção do acórdão ou o recebimento de sua petição como Embargos de Declaração para o fim de:

a) ser esclarecido se os votos dos Mins. Décio Miranda e Amarílio Benjamin acompanharam realmente os fundamentos do voto do Ministro Relator, ou, ao contrário, o do Ministro Revisor, fazendo-se constar, em consequência, qual o voto que ficou vencido;

b) lavar-se novo acórdão, dando-se, conforme ficar apurado, os verdadeiros fundamentos do julgamento, a fim de que esta Subprocuradoria-Geral, conhecendo-os, possa ou não, segundo o caso, manifestar Recurso Extraordinário para a Suprema Corte».

Argúi, ainda, às fls. 621, que o voto que proferi

«é também omisso quanto ao principal aspecto do problema

versado no parecer de fls. 599-602, qual seja o de que, no caso destes autos, não se discute a punibilidade ou não do peculato de uso (estamos todos de acordo quanto a não punibilidade dessa figura no Código de 1940, ainda em vigor).

O que importava, neste processo, era definir se o fato atribuído ao réu — e confessado em Juízo — ou seja, a apropriação de uma importância em dinheiro (coisa fungível) só resarcida, muito tempo depois, em virtude de uma prisão administrativa, pode ou não ser qualificada de simples peculato de uso, em face da doutrina que entende não ser possível falar-se em peculato de uso de coisa móvel fungível, hipótese em que o uso implica consumição da coisa».

Tomando o pedido como Embargos Declaratórios, fiz o relatório supra.

VOTO

O Sr. Min. Jarbas Nobre (Relator): No meu voto, mantinha a sentença recorrida.

Esta admitiu a configuração do peculato de uso na hipótese dos autos quando a coisa apropriada consistiu em dinheiro cuja reposição se fizera após a decretação da prisão administrativa do acusado.

Destaco a seguinte passagem do decisório, que é esclarecedora:

«Desde Merkel, com sua «unidade culposa do ilícito», que não se pode afirmar, diante de um ato ilícito, aprioristicamente, ser o mesmo de natureza civil ou penal. As conseqüências que re-

dundarão para o agente, «a posteriori», é que lhe fixarão a natureza. Assim, se para o sujeito ativo resultar, como conseqüência do ato ilícito, uma obrigação de indenizar, fazer, não fazer, uma execução forçada ou expurgo do público serviço, dentre outras, o mesmo é meramente civil. Se a conseqüência resultante, principal, for a imposição de uma pena, em concreto, o mesmo é penal. Assim, à ausência de lei expressa que contemplesse o simples uso de bem, ou valor, que o funcionário retenha, em razão do ofício, inexistindo condições legais para aplicação de pena, o ato ilícito é meramente civil, mais propriamente administrativo — grave suficientemente para autorizar sua dispensa, a bem do serviço público, tão-só».

No meu voto, já que a sentença alude à legislação da Itália, trouxe à colação um autor italiano, Maggiore, que, a propósito, escreve:

«in conseguenza, non commette peculato funzionario che disponga a profitto de se... una somma de denaro della pubblica amministrazione (peculato de quantità) quando si tratti di uso precario che esclude l'animo di appropriarsi».

Citei, ainda, acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo no sentido de que só se há caracterizado o dolo, e, via de conseqüência, o estelionato punível, se o funcionário que reteve indevidamente dinheiro público é intimado e não ressarcir o prejuízo.

Do exposto bem se vê que no meu pronunciamento não há omissão.

Nesta parte, rejeito os embargos.

Resta colher os esclarecimentos dos Srs. Mins. Amarílio Benjamin e Décio Miranda para que se saiba com quem ficaram. Se comigo ou se com o Sr. Min. Paulo Távora.

Daí resultará o recebimento ou não dos embargos.

EXTRATO DA ATA

EDACr. nº 2.280 — SP. Rel.: Senhor Jarbas Nobre. Embgte.: União Federal. Embdo.: V. Acórdão de folhas 617.

Decisão: Após os votos dos Senhores Ministros Relator e Paulo Távora, adiou-se o julgamento por ter pedido vista o Sr. Min. Amarílio Benjamin. Aguarda o Sr. Min. Décio Miranda. (Em 28-8-75 — 2ª Turma).

Presidiu o julgamento o Senhor Min. *Amarílio Benjamin*.

VOTO — VISTA

O Sr. Min. *Amarílio Benjamin*: Na Apelação Criminal nº 2.280, o Ministério Público Federal, representado nesta Instância, ofereceu embargos de declaração no pressuposto de que teria havido erro material no acórdão.

Na sessão anterior, o Sr. Ministro Jarbas Nobre, Relator do processo, já manifestou a sua opinião, isto é, não há o que se corrigir no acórdão. Entretanto, seria conveniente a manifestação de como teriam votado os Senhores Mins. Amarílio Benjamin e Décio Miranda.

Cumpra esclarecer que neste processo o Sr. Min. Jarbas Nobre votou no sentido de reconhecer que havia peculato de uso, e o Sr. Min. Paulo Távora, Revisor, votou para se con-

firmar a sentença, vez que o delito não se configurara. O Sr. Min. Paulo Távora, ao se pronunciar sobre os embargos, também os recebeu, parcialmente, como o Min. Jarbas Nobre. . .

Pedi vista para melhor esclarecimento e assim fixar a minha posição em torno do assunto.

Devo dizer, desde logo, aos Eminentes Colegas, que, a meu ver, o acórdão não padece do defeito que lhe atribui a Subprocuradoria-Geral. O acórdão está muito claro: «Negou-se provimento ao recurso para confirmar-se a decisão recorrida».

Entendo que os embargos de declaração não obedecem aos requisitos legais, ou seja, não houve omissão, obscuridade ou contradição. Também, dentro de meu ponto de vista, carece de maior relevância o objetivo assinalado na petição de embargos, de esclarecer-se qual a fundamentação que prevaleceu, a fim de possibilitar melhor adequação do recurso extraordinário. «Data venia» da Subprocuradoria-Geral, acho que esse argumento não tem procedência. Se o fundamento do acórdão foi múltiplo, ao recorrer, a Subprocuradoria atenderá à multiplicidade dos argumentos. Se porventura a Subprocuradoria admite que a absolvição, ao menos, por um dos fundamentos vitoriosos, tem procedência, evidentemente que o recurso extraordinário careceria de objeto, porque, na verdade, os Tribunais não são órgãos de discussão acadêmica. Visam fixar uma decisão em face de uma controvérsia. Se por uma das razões a parte aceita que a conclusão procede, não há motivo para recorrer. Assim é que compreendo. Em resumo: meu voto é no sentido de rejeitar os embargos. Entretanto, menos porque seja polêmico, não deixo de enfrentar os pontos que a Subprocuradoria destacou.

O Sr. Min. Jarbas Nobre votou afirmando que, no caso, ocorria peculato de uso e, dentro do seu modo de pensar, o peculato de uso não sendo previsto na nossa lei penal, o réu devia ser absolvido. O Sr. Min. Paulo Távora votou reconhecendo que o crime não estava configurado. Mas, dentro do voto do Sr. Min. Paulo Távora, está implícito o seguinte, como se poderá ver se procedermos à leitura do seu respeitável pronunciamento: a repartição vivia desorganizada; não havia regularidade de escrita, e não se podia dizer realmente se desvio ocorreu. O desvio e a subsequente reposição que houve, teriam sido fatos sem o preciso relacionamento, e sem intuito doloso. Tudo decorreu mais da situação de tumulto reinante. Dentro do voto de S.Ex^a, o que também está definido é que o réu foi e deve ser absolvido porque não reconhece a ocorrência de dolo.

Nesse aspecto, os dois votos, aliás, coincidem. Então, estou tranqüilo. De minha parte aceitei, sem generalizar, que, nas peculiaridades do caso, o fato não devia ser punido porque, dentro de um voto ou de outro, dolo não havia. Pelo menos quanto a mim, a minuta registrou certo. Votei com o Senhor Min. Jarbas Nobre, sem que com isso me tenha oposto à fundamentação do voto do Sr. Min. Paulo Távora, desde que, na sua essência, as duas fundamentações se equivalem. Absolvi com o Min. Jarbas Nobre, admitindo com o Min. Paulo Távora mais um motivo de absolver. Meu voto, portanto, é no sentido de rejeitar totalmente os embargos.

VOTO

O Sr. Min. Décio Miranda: Senhor Presidente, o desvio de dinheiro público, ainda que pouco duradouro, constitui, a meu ver, desde o seu ponto inicial, o peculato. Não acolho, «data venia», a tese do eminente Relator, de que é possível caracterizar-se, após este momento inicial, e até a devolução próxima do dinheiro, um peculato de uso que não seria punível.

Dito isto, é evidente que, ao votar na apelação criminal de que se trata, aderi ao voto do eminente Ministro Revisor. Foram os fundamentos expostos pelo Revisor que me levaram a concluir de acordo com o Relator, sem, contudo, adotar a fundamentação de S.Ex^a.

Isto posto, recebo parcialmente os embargos de declaração para, no que toca ao meu voto, declará-lo pela forma que acabo de enunciar.

EXTRATO DA ATA

EDACr. nº 2.280 — SP. Rel.: Senhor Min. Jarbas Nobre. Embte.: União Federal. Embdo.: V. Acórdão de fls. 617.

Decisão: Por maioria, foram os embargos conhecidos e recebidos, em parte, para o esclarecimento dos votos, vencido o Sr. Min. Amarílio Benjamin, que os rejeitava integralmente (em 30-8-74 — 2ª Turma).

Os Srs. Mins. Paulo Távora e Décio Miranda votaram com o Senhor Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. *Amarílio Benjamin*.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 2.518 — SP

Relator — O Exmo. Sr. Min. Amarílio Benjamin
Revisor — O Exmo. Sr. Min. Décio Miranda
Apelantes — Justiça Pública e Wladimir de Oliveira
Apelados — Os mesmos

EMENTA

Estelionato. Sentença condenatória dos acusados principais. Apelações dos réus e do Ministério Público. Confirmação do julgado, de acordo com o Parecer da Subprocuradoria-Geral.

Superada a preliminar da nulidade do processo, argüida por um dos acusados, vez que, na realidade, todas as regras da defesa foram cumpridas, deve manter-se a condenação imposta, diante da prova irrefutável da prática do delito. Também não se justifica aumento de pena, desde que a falsificação havida foi bem considerada simples crime-meio. Fora disso, o Dr. Subprocurador-Geral manifestou-se pela confirmação da sentença recorrida.

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

Decide a Segunda Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, negar provimento a ambos os recursos, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Custas de lei.

Brasília, 25 de abril de 1975. — *Amarílio Benjamin*, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Min. *Amarílio Benjamin* (Relator): o Ministério Público do Estado de São Paulo ofereceu denúncia contra Luiz Carlos Naso, Wladimir de Oliveira Campos, Antônio Carlos de Campos e Antônio Barranco Filho, alegando que os réus Luiz, Wladimir e Antônio Carlos, fiscais do ex-IAPC, agindo de comum acordo, conseguiram, usando do cargo e nessa qualidade, ludibriar diversas pessoas;

os réus compareciam perante as suas vítimas e, acenando-lhes com a aposentadoria, captavam sua confiança, embora estivessem certos de nenhum direito existir; após receberem as quantias, que variavam de um caso para outro, colhiam as assinaturas dos interessados, em papel timbrado do ex-IAPC, preenchendo-o com declaração falsa, a fim de, por meio da falsidade, obter junto ao Instituto a aposentadoria. Os acusados não recolheram as importâncias cobradas, e os benefícios foram revogados. Para melhor alcançar o intento criminoso, os réus promoviam o reconhecimento de firmas fantásticas, contando com a negligência de vários serventuários, já punidos administrativamente. O réu Antônio Barranco Filho, intitulando-se despachante, concorreu, mediante prévio acordo, de maneira eficiente, para que Antônio Carlos de Campos conseguisse consumir alguns dos crimes praticados. Pelos fatos expostos, foram os réus tidos como incurso nas sanções dos arts. 171 e 299 c/c o art. 51, § 2º e 25, todos do Código Penal.

Na fase investigatória foi o inquérito instaurado (fls. 6); as declarações das vítimas encontram-se às fls. 156-157, 158/158v, 16/1161v 162/163, . . 164/165, 169/169v, 170/170v 171/171v, 172/172v, 173/173v 175/176, 178/178v, 179/179v, 229/229v, 234, 237, 248, 281 e 283. As fls. 167/168, 232, 238/239v, 250/250v, 273/273v, 275/275v, encontram-se os termos da acareação. O interrogatório e qualificação dos réus estão às fls. 196/197, 225/225v, 289/290v e 296. A autoridade policial ofereceu o relatório de fls. 303/309.

Em Juízo, distribuídos inicialmente à 21ª Vara Criminal do Estado (fls. 7v), oferecida e recebida a denúncia (fls. 312), foram os réus, com exceção de Wladimir, interrogados (fls. 343/344v, 345/346 e 372/373), e ofereceram defesas prévias, às fls. 352 e 354. O réu Wladimir de Oliveira Campos, encontrando-se em lugar incerto e não sabido (fls. 342), foi citado por edital (fls. 360), e, deixando de comparecer para o interrogatório, foi-lhe decretada a revelia (fls. 374), nomeando-se-lhe defensor dativo, que nada requereu inicialmente, fls. 378v.

A 18/9/67, por solicitação do Dr. Promotor, fls. 397v, remeteu-se o feito à Justiça Federal da 7ª Vara, fls. 398. Efetuou-se a ratificação de todos os seus termos, fls. 399/399v. Posteriormente, em cumprimento ao Prov. nº 30 do Conselho Federal, veio a redistribuição ao Juízo da 3ª Vara, fls. 426, onde o processo teve seguimento, inquirindo-se as testemunhas de acusação (fls. 435/435v, 450/451, 452/452v, 453/453v, 454, 455/455v, 456, 457, 458, 463/463v, 465/465v; e as testemunhas de defesa do réu Luiz Carlos Naso; fls. 473/474v e 494/494v.

O Ministério Público apresentou as razões finais de fls. 495v, ratificadas pelo assistente de acusação (fls.

500) e a defesa as de fls. 503/504, 506/509, 510/521 e 540/542.

Às fls. 526 está a certidão de óbito, comprovando o falecimento do réu Antônio Barranco Filho, opinando o Ministério Público pela extinção da punibilidade (fls. 527/527v).

Por sentença de fls. 544/552 o Dr. Juiz julgou, preliminarmente, extinta punibilidade de Antônio Barranco Filho (art. 108, I, do Código Penal), além de rejeitar a preliminar de nulidade argüida pelos defensores de Wladimir de Oliveira Campos e Antônio Carlos Campos. No mérito, reconhecendo estar a falsificação praticada absorvida pelo estelionato (crime-fim), entendeu o Dr. Juiz estar a acusação devidamente provada, pelo que condenou Wladimir de Oliveira Campos e Antônio Carlos Campos à pena de um ano e dois meses de reclusão, além do pagamento da multa de Cr\$ 0,60 (sessenta centavos), por infração ao disposto no art. 171 *caput*, c/c o art. 51, § 2º, ambos do Código Penal; e absolveu Luiz Carlos Naso, com fundamento no art. 386, VI, da carta processual vigente.

Apela a Justiça Pública, a fls. 554, insurgindo-se contra a fixação da pena imposta aos réus.

Apelam, também, os réus, às fls. 555 e 566.

Nesta Superior Instância opina a douta Subprocuradoria-Geral, às fls. 635/638, pela confirmação da r. sentença recorrida, assim se manifestando sobre as apelações:

«Denunciou o Ministério Público Wladimir de Oliveira Campos, Antônio Carlos de Campos, Luiz Carlos Naso e Antônio Barranco Filho, por estelionato e falsificação de documentos, delitos esses praticados em detrimento do antigo IAPC e de alguns seguros.

Concluída a instrução, foi proferida a sentença de fls. 544/552, 3º vol., cujas conclusões foram as seguintes:

«Pelo exposto, e pelo mais que dos autos consta, provendo em parte o libelo, condeno Wladimir de Oliveira Campos e Antônio Carlos de Campos, qualificados às fls. 196 e 225, à pena de um (1) ano e dois (2) meses de reclusão, ao pagamento da multa de Cr\$ 0,60 (sessenta centavos), por infração ao disposto no art. 171 *caput*, c/c o art. 51 § 2º, ambos do Código Penal, e absolvo Luiz Carlos Naso, qualificado às fls. 296, da mesma imputação que lhe foi feita, com fundamento no art. 386, VI, da Carta Processual Penal vigente» (fls. 552).

Foi, ainda, julgada extinta a punibilidade de Antônio Barranco Filho, por morte (fls. 546).

Dessa decisão recorreram:

- a) a acusação, pleiteando exacerbação da pena imposta aos réus condenados (fls. 554 e 557/558);
- b) Wladimir de Oliveira Campos, pedindo sua absolvição, em face da prova (fls. 595/596);
- c) Antônio Carlos Campos, argüindo, preliminarmente, cerceamento de defesa e, no mérito insistindo no pedido de absolvição (fls. 599/603).

Vejamos, começando pela questão preliminar levantada pelo acusado Antônio Carlos Campos (fls. 599/601):

Alega este apelante ter sofrido cerceamento de defesa pelo fato

de não terem sido ouvidas as testemunhas que arrolou às fls. 352. Invoca, igualmente, a nulidade da notificação de fls. 530 por ter sido expedida para endereço errado.

Tais alegações não merecem, *data venia*, acolhida.

Possuía este réu advogado constituído (v. fls. 350 e 351, do 2º vol.). Esse mesmo advogado desistiu expressamente de ouvir a única testemunha de defesa encontrada (fls. 485, 2º vol.) e, não obstante pessoalmente intimado a

«se manifestar sobre as testemunhas arroladas e não encontradas» (fls. 476, 2º vol.),

deixou de atender dita notificação.

O engano ocorrido no endereço do réu, em a notificação de fls. 530, 3º vol., para constituição de novo defensor, é totalmente irrelevante, visto como o erro fundamental está na própria existência dessa notificação, eis que, diante dos expressos termos do parágrafo único, do art. 265, caberia ao Juízo, ao invés de expedir dita notificação, nomear desde logo defensor *ad hoc*, o que de resto acabou por ser feito no despacho de fls. 535.

Inexistem, pois, a nosso ver, as nulidades argüidas.

No mérito, a sentença em exame bem decidiu a questão. A prova carreada na instrução, contra ambos os acusados, é impressionante, como pode ser visto pelos depoimentos de fls. 450, 452, 453, 454, 455, 456, 457, 458, 463, 465, etc.

Por outro lado, a absorção do *falsum* pelo estelionato, no caso

de fraude, como a de que se trata, para abtenção exclusiva de benefícios previdenciários indevidos, pode ser reputada razoável pois a alteração da verdade, no caso, visou unicamente ludibriar o agente passivo para obtenção de proveito patrimonial ilícito.

Assim, somos, em conclusão, pelo não provimento de todos os recursos».

É o relatório.

VOTO

O Sr. Min. *Amarílio Benjamin* (Relator): Conheço dos recursos e passo a examiná-los. Relativamente ao acusado Antônio Carlos de Campos, a sua advogada alega a existência de nulidades do processo decorrentes de cerceamento de defesa e da irregularidade da notificação que se pretendeu fazer ao réu, e não foi feita, por haver o oficial de justiça o procurado em outro endereço.

O réu Antônio Carlos de Campos constituiu advogado, conforme se vê de fls. 350 a 351, segundo petição assinada pelo Dr. Paulo Silva Soares Brandão.

O Dr. Advogado, em nome de seu constituinte, apresentou testemunhas de defesa, fls. 352. Na oportunidade em que tais testemunhas deviam ser ouvidas, o Juízo determinou a respectiva intimação. Foi encontrada somente a testemunha Antônio Franco Neto. As demais deixaram de ser intimadas, por não residirem no endereço indicado. Aconteceu, porém, que a testemunha Antônio Franco Neto nunca chegou a ser ouvida. Nas primeiras oportunidades em que a diligência de inquirição foi marcada, a testemunha, que é advogado, uma vez, não compareceu porque estava desenvolvendo atividades relativas às eleições que se

procediam na Ordem; de outra feita encontrava-se doente. O certo, porém, é que posteriormente houve desistência expressa da inquirição da dita testemunha, conforme consta dos autos, fls. 485. Releva salientar a respeito que o Dr. Advogado foi notificado de todas essas ocorrências, inclusive para oficial de justiça, que não encontrara duas das testemunhas de defesa. O Dr. Advogado nada requereu. Não pediu substituição, não deu o endereço certo, nem promoveu qualquer esclarecimento. Nessa parte, portanto, não há por que se cogitar de nulidade, uma vez que testemunhas de defesa não foram ouvidas: uma, porque a defesa desistiu expressamente, e as duas outras não foram encontradas, e o advogado não requereu substituição. Resta examinar o outro problema levantado no recurso: fora o réu notificado em endereço que não era o seu, para constituir novo advogado. Faz-se necessário, em primeiro lugar, esclarecer por que ocorreu isso. Ao encerrar-se o processo, o Dr. Juiz determinou, na forma da lei, que as partes cumprissem as diligências e razões finais previstas pela lei, (Código de Processo Penal, arts. 499 e 500).

O advogado constituído foi intimado para que cumprisse as exigências. Como tal determinação, o advogado deixasse de atender, o Dr. Juiz, conforme se vê de fls. 523, despachou nos seguintes termos:

«Ante a inércia do defensor, int. o réu Antônio Carlos de Campos a constituir outro, para os fins do art. 500, prosseguindo-se (fls. 522).

Oficie-se à OAB/SP, comunicando o fato (não atuação do Bacharel, Paulo Silva Soares Brandão que é Defensor constituído — fls.), para os competentes fins.»

Tomou o Dr. Juiz essa orientação como sendo a melhor, mas, na verdade, não se tratava de renúncia de mandato.

O Juiz, na direção do processo, entendeu que, ultrapassados todos aqueles prazos, o advogado não cumprira sua obrigação, nem era possível o réu ficar sem a garantia de alegações finais. Então determinou a providência mencionada. Fez-se a notificação no endereço declarado, à Rua Barão de Paranapiacaba 40, 3º andar, sala 34. O Oficial de Justiça certificou que não fora o réu encontrado. Realmente, o réu não foi encontrado nesse endereço, mas consta do interrogatório que o seu local de trabalho ficava precisamente à Rua Barão de Paranapiacaba, 40, onde foi procurado. É verdade que no interrogatório, ao mesmo tempo, o réu declarou a sua residência como sendo Rua Nogueira Acioli, 265, Jardim Paulista. De qualquer sorte, porém, a meu ver, não houve prejuízo para o acusado.

O Dr. Juiz foi muito cuidadoso, pois logo em seguida, fls. 531, promoveu a nomeação de advogado para oferecer as razões finais em nome do acusado. Esse advogado não aceitou o encargo. O Dr. Juiz conseguiu nomear, conforme consta de fls. 540/542, a Dra. Odete Camargo Peçanha Falcão. A Dra. Advogada cumpriu eficientemente o encargo, oferecendo defesa em nome do acusado e, posteriormente, interpondo recurso em que estudou o processo e traz a debate essas irregularidades.

Data venia, a meu ver, irregularidades não houve. Demonstrei, com os autos, que as testemunhas de defesa não foram ouvidas, uma porque houve desistência, e as demais porque não foram substituídas com oportunidade; e quanto à notificação no local de trabalho não causou nenhum prejuízo

ao acusado, porque o Dr. Juiz lhe deu advogado, que é a Dra. Odete Camargo Falcão, a qual produziu boa defesa em favor do apelante. Cabe finalmente, a esse respeito, destacar, como fez o douto Suprocurador-Geral, que o caso não era de se notificar o réu para constituir advogado, uma vez que a situação se acha prevista no Código de Processo Penal, art. 265, nesses termos:

«Art. 265. O defensor não poderá abandonar o processo se não por motivo imperioso, a critério do juiz, sob pena de multa de Cr\$ 100,00 (cem cruzeiros) a Cr\$ 500,00 (quinhentos cruzeiros).

Parágrafo único — A falta de comparecimento do defensor, ainda que motivada, não determinará o adiamento de ato algum do processo, devendo o juiz nomear substituto, ainda que provisoriamente ou para o só efeito do ato».

A recomendação da lei foi cumprida, não havendo motivo, portanto, para que se argúa nulidade.

No mérito, os dois recursos, seja o do réu Antônio Carlos de Campos, seja o de Wladimir de Oliveira Campos, não merecem maior apreço, por isso que, na verdade, as faltas que lhe são atribuídas foram praticadas e estão suficientemente provadas.

O meu voto, portanto, quanto à apelação dos acusados, é para negar provimento.

Relativamente à apelação do Ministério Público, a mesma perdeu qualquer significado, em face da manifestação do Dr. Subprocurador-Geral, que, representando a Justiça Pública nesta Instância, concorda com a manutenção da sentença.

De qualquer sorte, deve ser dito que a exacerbação da pena não se justifica, seja relativamente ao crime pelo qual o Dr. Juiz afinal responsabilizou os acusados, seja pela consideração que deu ao crime de falsificação. Considerou o Dr. Juiz que o crime de falsificação representou apenas crime-meio, para melhor os acusados conseguirem o intento, punido no art. 171. Este foi o crime-fim e que, afinal, recebeu da parte do Juiz a pena que julgou acertada ou conveniente para a hipótese.

Pelo exposto, de acordo com o parecer do Ministério Público nesta Segunda Instância, o meu voto é para negar provimento a todos os recursos.

VOTO

O Sr. Min. Décio Miranda (Revisor): Rejeito as alegações de nulidade da apelação dos réus, pelos fundamentos do parecer.

No mérito, a leitura atenta dos autos me leva a concordar, em linha de princípio, com o douto parecer do Procurador da República, Dr. Francisco de Assis Toledo, proferido nesta Instância, com aprovação do Dr. 4º Subprocurador-Geral.

Digo em linha de princípio porque a solução teoricamente perfeita para a hipótese seria o provimento da apelação do Ministério Público Federal.

De grande intensidade se revelou o dolo dos acusados, na ação delitativa. Para praticar o estelionato, falsificaram documentos, e, mais grave ainda, violaram seu dever funcional, como fiscais da autarquia previdenciária. O réu Wladimir chegava a dar parecer, como fiscal, nos processos em que a «gang», de que participava, forjava os documentos, fls. 66 e segs.

Assim, a pena-base não podia ficar no mínimo da cominada no art. 171 do Cód. Penal, que é de 1 a 5 anos.

Trata-se, todavia, de fatos ocorridos em 1964. A sentença, de dezembro de 1973, não acarretou a prisão dos réus, considerados primários e de bons antecedentes. Logo, a pena aplicada, simplesmente confirmada ou majorada, só terá execução em 1975, ou seja, onze anos depois do crime.

Em tais circunstâncias, creio que a majoração da pena não terá muito sentido, por não corresponder à atualidade do delito.

Basta manter a pena mínima, imposta pela sentença, como sinal de que a sociedade está vigilante contra os criminosos.

Por estas considerações, deixo de atender ao pedido de majoração da pena, que, como disse, em tempo mais próximo dos fatos se justificaria.

Confirmo a sentença.

Nego provimento às apelações.

EXTRATO DA ATA

A. Crim. nº 2.518 — SP. Rel: Min. Amarílio Benjamin. Rev: Min. Décio Miranda. Aptes: Justiça Pública e Wladimir de Oliveira Campos e outro. Apdos: Os Mesmos.

Decisão: Por unanimidade de votos, negou-se provimento a ambos os recursos. (em 25-4-75 2ª Turma).

Os Srs. Mins. Décio Miranda, Jarbas Nobre e Sebastião Reis votaram de acordo com o Relator. O Sr. Min. Sebastião Reis, Juiz Federal convocado, compareceu para compor *quorum* regimental. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Amarílio Benjamin.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 2.530 — SP

Relator — O Exmo. Sr. Min. Jarbas Nobre
Revisor — O Exmo. Sr. Min. Paulo Távora
Apelantes — Djanir Costa Coelho e outro
Apelada — Justiça Pública

EMENTA

Certificado de produtos agropecuários, falso, usado para transportar carne de um estado para outro.

Documento preenchido por um dos apelantes a quem fora entregue com espaços em branco e assinado por pessoa competente para tanto.

Ausência de falsidade.

Ilícito administrativo caracterizado.

Não-conhecimento pelo outro apelante dos fatos tidos como incriminadores.

De ressaltar-se que, no caso, o malsinado documento não se prestaria ao fim colimado, eis que incapaz de iludir qualquer elemento da fiscalização.

Para que a falsidade documental constitua crime, exige-se que ela seja apta a causar prejuízo.

Recurso provido, para absolver os apelantes.

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

Decide a Segunda Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade de votos, dar provimento à apelação, para reformar a sentença e absolver os acusados, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Custas de lei.

Brasília, 28 de fevereiro de 1975
— *Amarílio Benjamin*, Presidente; *Jarbas Nobre*, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. Jarbas Nobre (Relator): Djanir Costa Coelho e José Antônio Campos foram denunciados como incurso nas penas do art. 297 c/c, art. 25 do Código Penal, e Fran-

cisco Ferreira Ribas e Pedro Reis Ribeiro por infração ao art. 304 c/c artigo 25 do mesmo diploma legal.

A peça inicial está vazada nos seguintes termos:

«Consta deste inquérito que, no dia 31-10-68, a fiscalização da Inspetoria de Produtos Agropecuários e Materiais Agrícolas apreendeu na Rodovia Presidente Dutra, no Município de Ribeira, 16.008 quilos de carne bovina ilegalmente remetidos pela firma J. Ribas & Cia. Ltda., de Santos, neste Estado, para a firma «Priscal» Ind. e Com. de Carnes Ltda., de Três Rios, Estado do Rio de Janeiro (folhas 5-8).

A mercadoria era transportada, na ocasião, por Djanir Costa Coelho que dirigia o caminhão

de chapa 25-72-93, de Três Rios, de propriedade da compradora «Priscal».

Em poder do transportador Djanir foram ainda apreendidos a nota fiscal de fl. 7, relativa à operação de compra e venda da carne em foco, e o certificado de sanidade de produtos agropecuários de fl. 8, atribuído ao Ministério da Agricultura, totalmente falso.

O certificado em causa, usado por Djanir, para possibilitar a retirada ilegal da carne para fora do Estado de S. Paulo, é falso, segundo se apurou no laudo de fls. 86-94, da Polícia Técnica, e foi preenchido «com auxílio da máquina de escrever da marca «Olivetti» Studio 44 de número 996942» (fl. 89), de propriedade de J. Ribas & Cia. Ltda., máquina essa que também serviu para preenchimento da nota fiscal de fl. 7.

O impresso que serviu de base para a falsificação (fl. 8) imita o modelo em uso pelas autoridades sanitárias (fl. 28) e, segundo se apurou, foi obtido por Djanir, em Três Rios, de um empregado não identificado da firma «Priscal», de nome «João de Tal»; o mesmo Djanir levou dito impresso para Santos e entregou-o ao empregado da firma J. Ribas, incumbido da expedição da nota fiscal, José Antônio de Campos, solicitando a este último que preenchesse dito certificado com os mesmos dados da nota fiscal, o que realmente foi feito por José Antônio de Campos.

Consta, ainda, do inquérito que os responsáveis e diretos

beneficiários pela falsificação em causa foram: Francisco Ferreira Ribas, sócio e representante do frigorífico J. Ribas & Cia. Ltda., e Pedro Reis Ribeiro, referido nos autos como «proprietário» da firma «Priscal» (folhas 34).

Com efeito, ambos tinham conhecimento de que os produtos bovinos da firma J. Ribas não podiam sair de S. Paulo por falta de registro no SIPAMA e de certificado sanitário; não obstante, Francisco Ferreira Ribas confessa à fl. 29v. que, mesmo sabendo dessa proibição, resolveu remeter a mercadoria para o Estado do Rio, «para evitar prejuízo maior», porque estava com grande estoque de mercadoria «encalhada».

Por sua vez, Pedro Reis Ribeiro, o comprador, também confessa à fl. 67 que, mesmo advertido por Djanir da exigência de certificado federal para o transporte da mercadoria, dera ordem a esse empregado que efetuasse o transporte sem esse certificado. De resto, foi a firma de Pedro Reis Ribeiro que forneceu o impresso falso e foi a firma de Francisco Ferreira Ribas que se incumbiu de preenchê-lo, completando-se com o concurso de ambas, e falsificação material do documento público.»

Pela sentença de fls. 400-412, José Antônio Campos e Francisco Ferreira Ribas foram absolvidos.

Djanir Costa Coelho e Pedro Reis Ribeiro foram condenados a dois anos de reclusão.

Apelam da Sentença.

A Subprocuradoria-Geral da República opina pela confirmação do decisório.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Min. Jarbas Nobre (Relator): Djanir Costa Coelho transportava 16.008 quilos de carne, na condição de motorista da firma «J. Ribas e Cia.», de Santos.

Acompanhava a mercadoria o certificado de fl. 8, do SIPAMA, que se quer falso.

Foi ele condenado, com fulcro no art. 297 c/c art. 25 do Código Penal:

«Falsificar, no todo ou em parte, documento público, ou alterar documento público verdadeiro».

«Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas.»

Esse documento, dizem os autos, lhe fora entregue, em branco, não obstante assinado e carimbado, por João J. Mascarenhas, preposto de Dante Franquini, corretor da firma «J. Ribas».

Quem o preencheu, a máquina, foi o faturista José Antônio de Campos, co-réu absolvido.

A falsificação desse certificado, assevera Icaro Damasio Alves, médico veterinário do Ministério da Agricultura, apreensor da carne,

«que reputa o documento de fl. 8 pouco hábil a iludir qualquer elemento de fiscalização em barreira»

«que em barreira seria difícil o documento de fl. 8 iludir até os menos avisados» (fls. 242 e 243).

Para que a falsidade documental constitua crime, exige-se que ela seja apta a causar prejuízo.

A propósito, citando acórdão do Supremo Tribunal Federal no HC nº 40.782, Relator Ministro Evandro Lins e Silva (*DJ* de 10-9-64, pág. 689), Cláudio Heleno Fragoso (*Jurisprudência Criminal*, Vol. I, pág. 248, nº 224), escreve:

«Concedeu o STF — HC por ausência de justa causa, em caso de falsidade documental sem capacidade para causar prejuízo. Aplicou, assim, uma exigência doutrinária tranqüila, para os crimes de falso em geral, embora nossa lei seja omissa a respeito. Tratava-se de alteração praticada em subestabelecimento de procuração.»

No caso, a falsidade de documento era imprestável, pois que, nas barreiras, onde ele teria que produzir efeitos, ele não poderia iludir até os menos avisados.

Inatendida a exigência, a justa causa terá desaparecido.

O apelante não operou falsidade. De posse de um documento que o próprio apreensor reconhece e proclama à fl. 24 que a assinatura nele lançada era autêntica (fl. 242), sua participação se restringira em solicitar ao faturista da firma vendedora da carne que o preenchesse a máquina, ao tempo em que emitia a «nota fiscal» da operação de venda.

Se a assinatura contida no documento não era falsa, falso, também, não era o próprio papel. Teríamos aí um ilícito administrativo praticado pelo funcionário do Ministério da Agricultura que, desatendendo dever funcional, assinou certificado em branco.

Icaro Damasio Alves à mesma folha 242 esclarece que

«as normas do SIPAMA exigem que os próprios funcionários preencham os certificados em branco às firmas; será uma irregularidade de responsabilidade do funcionário; ...que o funcionário do SIPAMA deve preencher o certificado com os dados da nota fiscal fornecida pela firma e deve assistir ao embarque da mercadoria.»

No caso, em rigor, não há falsidade.

E, se houvesse, ela não se prestaria à ocorrência do dano.

Mas, admitindo, para argumentar, que no caso estivesse caracterizado o *falsum*, nele não ficou demonstrada a participação do apelante Pedro Reis Ribeiro.

O Doutor Juiz, *data venia*, o condenou por simples presunção.

Alega-se que ele sabia que a carne vendida não poderia atravessar a fronteira estadual e, mesmo assim, determinara que o transporte prosseguisse da mesma forma.

Certo.

Nota-se que ao dar tal ordem, acrescentou que, se a mercadoria fosse apreendida, ele pagaria a multa.

O seu comprometimento fica aí.

Não há nos autos qualquer prova no sentido de que participara da falsificação, do delito.

Sem razão, assim, o decisório quando conclui no sentido de que não é crível que alguém tome tal atitude e desconheça que de seu estabelecimento saía um documento falso fornecido por um seu empregado (fl. 405).

O apelante sabia, é irrefutável, que de seu estabelecimento saía carne desacompanhada do certificado do SIPAMA. Não que seu empregado estaria implicado na sua falsificação.

Da trama delituosa, ele não participou.

De qualquer sorte, o documento em questão não é falso, eis que foi assinado por funcionário.

E, mesmo que essa assinatura não fosse verdadeira, o certificado não se prestaria ao fim colimado.

Na espécie, não há crime.

Absolvo os apelantes.

Dou provimento aos recursos.

Voto

O Sr. Min. Paulo Távora (Revisor): Djanir Costa Coelho, motorista do caminhão-frigorífico, que transportava carne da cidade de Santos para a de Três Rios, foi condenado à pena de dois anos de reclusão por falsificação do certificado de Serviço de Inspeção de Produtos Agropecuários e Materiais Agrícolas (SIPAMA), do Ministério da Agricultura (fl. 8).

Interrogado em Juízo (fl. 207), declarou que, como empregado da empresa «Priscal», da cidade fluminense, ao dali partir para São Paulo a fim de apanhar o carregamento de carne, recebeu de outro empregado do escritório, João José Castanheira, um envelope, contendo o referido certificado. Recomendou-lhe o colega que pedisse ao expedidor da nota fiscal em Santos para preencher o impresso sanitário com os dados da mesma nota. Cumpriu as ordens, e o faturista do matadouro, José Antônio Campos, inseriu no certificado os elementos do documento fiscal, usando a mesma máquina de escrever.

José, que também foi denunciado e acabou absolvido, confirmou o depoimento de Djanir. Na Polícia, o Apelante informou que recebeu o papel em Três Rios já assinado e carimbado (fl. 34). Em Juízo, declarou que «não pode dizer se tal certificado já estivesse assinado ou carimbado» (fl. 207).

Antônio, por sua vez, asseverou no inquérito que preencheu o formulário a pedido do motorista e não atentou se já continha assinatura ou carimbo (fl. 31). Em Juízo (fl. 205), afirmou que o documento estava em branco.

As versões são, basicamente, coincidentes e a variação quanto à existência ou não de assinatura e carimbo demonstra que ambos não tinham prestado maior atenção à circunstância. Trata-se, aliás, de atitude admissível em condutor profissional de veículo que se limitou a atender a instrução recebida do preposto de sua empresa. Não há nos autos prova de ter apostado o falso carimbo e a assinatura da autoridade. A própria condição de chofer não induz que contasse com meios próprios para praticar o ilícito. E o fato de ser subalterno exclui a idéia de agir em busca de proveito pessoal. Sua absolvição se impõe.

Quanto ao co-réu, Pedro Reis Ribeiro, condenado também a dois anos de prisão por fazer uso do falso certificado (Código Penal, art. 304), a situação é mais comprometedora. Sócio-dirigente da empresa de Três Rios, que adquiriu a partida de carne, evidenciou ser comerciante de pouco escrúpulo. Advertido pelo motorista Djanir que, na viagem anterior, a fiscalização ameaçara apreender o caminhão se não portasse também o certificado sanitário federal, insistiu no transporte interestadual, disposto a pagar a multa se fosse apanhado. Tinha, pois, interesse e vantagem no procedimento fraudulento. Es-

cusou-se sob a alegativa que João José Castanheira não era seu empregado mas preposto de corretor de compra de carne e não conhecia sua residência. Contradiz o co-réu Djanir, que informou estar João trabalhando há poucos meses na firma do patrão e ter sido despedido no dia seguinte à apreensão do caminhão. Essas circunstâncias mostram que o acusado Pedro procurou dificultar a localização de João e foi bem sucedido. Apesar de tratar-se de testemunha-chave ou, quiçá mesmo, de co-responsável, o inquérito policial não revelou maior empenho em investigar seu paradeiro em Três Rios e obter indicações no livro de registros de empregados ou nos assentamentos da empresa fluminense. Resulta dessa omissão que não se fez prova concludente de ser o dirigente da «Priscal» o autor do uso de certificado falso.

Por falta de elementos suficientes para a condenação, dou provimento à apelação de ambos os réus, para absolvê-los da imputação nos termos do artigo 386, item VI, do Código de Processo Penal.

EXTRATO DA ATA

A. Criminal nº 2.530 — SP. Rel.: Sr. Min. Jarbas Nobre. Rev.: Senhor Min. Paulo Távora. Aptes.: Djanir Costa Coelho e outro. Apda.: Justiça Pública.

Decisão: Por unanimidade de votos, deu-se provimento à apelação, para reformar a sentença e absolver os acusados (em 28-2-75 — 2ª Turma).

Os Srs. Mins. Paulo Távora, Amarílio Benjamin e Décio Miranda votaram de acordo com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. *Amarílio Benjamin*.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 2.632 — RS

Relator — O Exmo. Sr. Min. Moacir Catunda
Revisor — O Exmo. Sr. Min. Peçanha Martins
Apelante — Ildemar Marques de Moura
Apelada — Justiça Pública

EMENTA

Comércio clandestino ou facilitação de uso de entorpecente. Código Penal, art. 281. Competência.

A aquisição do produto na Argentina, imprimindo ao fato delituoso conotação de internacionalidade, define a competência federal, a teor do item V, do art. 125, da Constituição e da Súmula 522, do STF, mesmo porque se trata de crime que o Brasil assumiu o compromisso de reprimir, em convenção internacional.

Indivisibilidade da Ação Penal. Inocorrência, no caso, em decorrência da autonomia dos fatos ensejadores das prisões e subseqüentes inquéritos.

Depoimento do cônjuge. Sua irrelevância. Em face da prova da autoria, decorrente da apreensão do produto, conjugada à confissão do réu, em Juízo, e da total ausência de circunstância em favor do acusado, segue-se porque o depoimento isolado do cônjuge, imbuído de humano interesse, evidentemente não concorria para inocentar o réu. Recurso desprovido.

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

Decide a Primeira Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade de votos, negar provimento, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Custas de lei.

Brasília, 18 de novembro de 1974.
— Moacir Catunda, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. Moacir Catunda (Relator): A matéria dos autos foi assim exposta e solucionada pela sentença de fls. 117, *verbis*:

«Ildemar Marques de Moura, brasileiro, branco, casado, motoris-

ta, nascido em 15/5/1941, natural de São Luís Gonzaga, RS, filho de Acelino Vieira de Moura e de Iná Marques de Moura, residente à Rua Santos Dumont, 1.293 — Niterói — Canoas, foi preso em flagrante por agentes da Delegacia de Tóxicos da Secretaria de Segurança Pública do Estado, no dia 24 de julho do ano em curso, na casa de nº 637 no Bairro de Niterói, na cidade de Canoas, pela prática do delito previsto no artigo 281 (com nova redação dada pela Lei nº 5.726, de 1971) do Código Penal.

«Conforme prescreve a legislação pertinente, por ocasião da audiência de apresentação, presentes o réu, seu Defensor, o Ministério Público Federal apresentou a denúncia de fls. 33/34, que

foi recebida. De imediato foi interrogado o acusado, bem como foram inquiridas duas das testemunhas do flagrante.

«No prazo legal, arrola o Ministério Público uma testemunha, fls. 43. Apresentou o réu sua defesa prévia (fls. 68) bem como rol de testemunhas.

«Juntado aos autos o Inquérito nº 109/74, bem como o Laudo Pericial de fls. 63.

«Proferido despacho saneador, fls. 71.

«Às fls. 81, o Ministério Público desiste da testemunha que arrolara, isso tendo em vista a celeridade do processo, e em face de constar do doc. de fls. 80, que a testemunha arrolada estava hospitalizada.

«Às fls. 85/86 está pedido do Defensor, no sentido de que sejam os autos remetidos para a Justiça Estadual, Comarca de Canoas, competente para processar e julgar o feito, nos termos do art. 20 da Lei nº 5.726, isso porque ali ocorreram os fatos tidos como delituosos. Requereu também o relaxamento da prisão, tendo sido ambos os pedidos indeferidos, fls. 89.

«A audiência não foi realizada na data designada, por não ter sido intimado o advogado do réu, tendo sido designada nova data.

«Na audiência de Instrução e Julgamento, fls. 104/113 foram ouvidas as testemunhas da defesa, face a desistência da única testemunha da acusação pública.

«Arrazoaram as partes, a final. Foram requisitados os antecedentes criminais do acusado.

«Isto posto, vieram-me os autos conclusos.

«É o relatório. Passo a decidir.

«O réu foi preso em flagrante, no dia 24 de julho do ano em curso, conforme Auto de Prisão em Flagrante de fls. e fls. por ter sido encontrado em sua mala, na casa de propriedade de seu concunhado, onde pernoitava, o material constante do Auto de Apreensão de fls. reconhecido como substância tóxica, que induz a dependência psíquica — Pervitin.

«A defesa alega em resumo:

— «Que é nula a instrução processual, por não ter sido observado o disposto no art. 20 da Lei nº 5.726, isso porque os fatos tidos como delituosos ocorreram em Canoas, e assim a competência para processar e julgar o feito, era da competência da Justiça do Estado, naquela Comarca.

— «Por outro lado, afirma que é nulo o processo, por cerceamento de defesa, eis que, requerida a substituição de testemunha, o Dr. Representante do Ministério Público deu parecer contrário, por se tratar de esposa do acusado, e o Magistrado indeferiu a substituição, sem todavia permitir que se ouvisse a testemunha arrolada anteriormente.

«Diz que a denúncia peca por ter denunciado apenas Ildemar Marques de Moura, quando é sabido pelos fatos constantes dos autos, que o material apreendido se encontrava sobre o guarda-roupa do quarto de seu concunhado. Alega a defesa que aquele cidadão (concunhado do acusado) de forma alguma, poderia ignorar

a presença desse material em seus aposentos, e que por isso, deveria também ser denunciado, o que não aconteceu, com o que se feriu a indivisibilidade da denúncia, que deve ser declarada nula e nulo também o processo a partir da citação.

«Quanto ao mérito, o que se poderia dizer, simplesmente, é que se porventura ficasse comprovado o tráfico de entorpecentes, o delito não teria sido consumado.

Afirma que nenhum elemento viciado foi ouvido, para informar que o acusado alguma vez tivesse fornecido esse elemento tóxico para sustentar seu vício.

— «Diz que o passado do Réu é sem mácula.»

«Não procede a preliminar de incompetência da Justiça Federal, em base no art. 20 da Lei nº 5.726. Ocorre, na espécie, tráfico internacional, e a jurisprudência dominante é no sentido de que nesses casos a competência é da Justiça Federal.

«Quanto a outra preliminar, onde se diz que houve cerceamento de defesa, é bom esclarecer que o Dr. Defensor requereu a substituição de uma testemunha arrolada por outra que era a esposa do Réu.

«Ouvido o Ministério Público, esse se manifestou contrário a essa substituição, isso porque a pessoa que se pretendia ouvir, como esposa, tinha interesse e o dever de defender o marido.

«A substituição foi indeferida e o Advogado do réu nada mais requereu, como se poderá verificar às fls. 110.

«Não pode prosperar o argumento de última hora, da defesa,

que com o objetivo de fazer pairar dúvida no espírito do julgador, em alegações finais, vem querer incriminar o concunhado do acusado.

«Esquece-se o Dr. Defensor, que o acusado, desde as suas primeiras declarações, na Polícia ainda, e posteriormente, em Juízo, confessou a prática do delito, esclarecendo, com minúcias, como procedeu e assumindo inteira responsabilidade pelo ato criminoso.

«Finalmente, por força da Lei nº 5.726, de 29 de outubro de 1971, o art. 281 do Código Penal passou a ter a seguinte redação:

«Importar ou exportar, preparar, produzir, vender expor à venda ou oferecer, fornecer, ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar trazer consigo, guardar, ministrar ou entregar de qualquer forma, a consumo substância entorpecente, ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.»

«A lei considera criminosa a conduta daquele que traz consigo a droga, o tóxico, nos termos da nova redação dada ao art. 281 da lei substantiva penal.

Vicente Greco Filho, em sua obra intitulada *Tóxicos, Prevenção, Repressão, Comentários à Lei nº 5.726*, às fls. 143, diz textualmente:

‘... consuma-se o delito com a prática de uma das ações previstas no tipo. Alguns atos de execução, eventualmente caracterizadores de tentativa, são por si mesmo conduta igualmente puníveis, daí ser difícil a existência da forma tentada.’

Entendo que procedem os argumentos do Ministério Público

Federal, quando às fls. 110/111, ou seja, em alegações finais, diz em resumo:

‘... ficou perfeitamente caracterizada durante a instrução, a autoria e a culpabilidade do acusado. A mercadoria apreendida na mala do acusado se encontrava na residência do seu concunhado, para onde aquele se dirigira ao voltar de sua viagem à Argentina, onde fora adquirir o Pervitin.’

O acusado confessou, quer na presença da autoridade policial, e em Juízo, que era proprietário dos entorpecentes, por ele trazidos de São Tomé, cidade argentina que faz divisa com a cidade brasileira de São Borja, destinados esses entorpecentes, à comercialização.’

«Não existe dúvida quanto à autoria e materialidade do delito.

«Diante do exposto, julgo procedente a denúncia, para condenar, como condenado tenho Ildemar Marques de Moura por infração ao art. 281 do Código Penal, à pena de um (1) ano de reclusão e multa no valor de cinquenta (50) vezes o maior salário mínimo vigente no País, atendendo a sua condição de primário.

«Designo o Presídio Central de Porto Alegre, para o cumprimento da pena de reclusão.

«Designo o dia 27 de agosto, próximo vindouro, às 14 horas para a leitura desta decisão ao acusado, o qual deverá ser requisitado.

«Lance-se o nome do réu no rol dos culpados.

«Recomende-se-o na prisão.»

O réu Ildemar Marques de Moura, inconformado, manifestou recurso às fls. 135/140, levantando preliminares de incompetência da Justiça Federal, de cerceamento de defesa e de descumprimento do princípio da indivisibilidade da ação penal, e, no mérito, pleiteia a reforma total da decisão.

O Ministério Público apresentou contra-razões às fls. 149/51.

A Subprocuradoria-Geral da República, sustentando ser o próprio acusado quem mantém a assertiva de ser o único responsável pelo delito, fls. 35/6, opina no sentido de que seja conhecido e desprovido o recurso ajuizado, para que seja conformada a sentença.

É o relatório.

Voto

O Sr. Min. Moacir Catunda (Relator): Sr. Presidente. A preliminar de nulidade do processo, pelo crime do art. 281, do Código Penal, por incompetência da Justiça Federal, mostra-se irrelevante, porque as 3.950 ampolas de «Pervitin», apreendidas em poder do réu, na noite de 24 de julho deste ano, na casa do seu cunhado — Nei Pereira, em Canoas, foram adquiridas pelo próprio réu, na cidade de São Tomé, na Argentina, de onde havia regressado na noite mesma da diligência policial que resultou na sua prisão em flagrante e na apreensão da droga, em quantidade considerável; que o laudo do laboratório de Toxicologia, do Instituto Médico Legal, da Secretaria de Segurança, afirma ser causadora de dependência psíquica — fls. 63.

A aquisição do produto, na Argentina, confessada pelo réu na polícia, e reiterada no seu interrogatório, em juízo, imprimindo ao fato delituoso conotação de internacionalidade, define a competência federal, a teor do item

V, do art. 125, da Constituição e da Súmula 522, do STF., mesmo porque se trata de crime que o Brasil assumiu o compromisso de reprimir em convenção internacional.

A Lei nº 5.726, de 26-10-1971 — art. 20 — que atribui competência à Justiça Estadual, para julgar o crime do art. 281 do Código Penal, quando o lugar da prática do fato não for servido de Vara Federal, como sucede com a Comarca de Canoas — a lei invocada, dizia — achando-se em dissídio com a Constituição, não incide sobre a espécie vertente, em virtude de comprovada conotação internacional do fato delituoso narrado na acusação, daí porque rejeito a preliminar de nulidade, por incompetência da Justiça Federal.

No tocante à preliminar de nulidade da prisão em flagrante, por ter sido efetuada no interior da residência familiar, às 23 horas, sem que os policiais tivessem munidos de mandado judicial, tendo resultado superada, com o julgamento da ação por sua procedência, com a subsequente condenação do réu, já não exhibe objeto algum, com vistas ao deslinde do recurso dos autos.

No atinente à alegação de nulidade, por falta de inclusão, na denúncia, dos nomes de Jorge Luiz Viglei, Rube Viglei e Nei Pereira do Couto, com infringência ao princípio de indivisibilidade da ação penal, igualmente não merece acatamento, porque a prisão dos dois primeiros ocorreu em circunstâncias de tempo e lugar diversas da prisão do réu. A prisão deste foi feita em 24-7-1974, enquanto a daqueles verificou-se em 18-7-1974, isto é, sete dias antes. Os fatos ensejadores das prisões, posto que sejam configurativos do crime do art. 281 do Código Penal, são autônomos, desautorizando a unificação das ações, inclusive por-

que os imputados a Jorge Luiz Viglei e Rube Viglei, não preenchendo o requisito da internacionalidade, justificador da competência da Justiça Federal, legitima a competência da Justiça Estadual, onde estariam ditas pessoas respondendo a processo penal.

Relativamente à não inclusão de Nei Pereira Couto, na denúncia, por falta de elementos probatórios que autorizassem a medida, a Juízo do Ministério Público, que é senhor da ação penal, também não caracteriza vício apto a nulificar a ação mesmo porque não se comprovou que o fato tivesse ocasionado prejuízo à defesa do réu, apelante.

No concernente à alegação de nulidade, decorrente do indeferimento do pedido de substituição da testemunha da defesa, Valtrude José Muller Pinto — por D. Arminda Marques de Moura, esposa do réu, também não exhibe relevância porque, não podendo prestar compromisso, produziria mera declaração, cuja significação dependeria de outros elementos de elucidação, sobre circunstâncias que excluíssem o crime ou isentassem o réu da pena, por exemplo — que a defesa sequer prometeu fazer.

Como o depoimento de cônjuge do acusado é facultativo, tornando-se obrigatório somente quando, por outro meio, não for possível integrar-se a prova do fato, e da autoria, é completa e perfeita.

Em face da prova da autoria, decorrente da apreensão do produto, conjugada à confissão do réu, em Juízo, e da total ausência de circunstância em favor do acusado, segue-se porque o depoimento isolado do cônjuge, imbuído de humano interesse, evidentemente não concorria para inocentar o réu.

Inexiste, de outra parte, demonstração de que a defesa, após o indeferimento da audição do cônjuge, tenha

requerido a da testemunha, Valtrudes José Müller Pinto, arrolada primitivamente, de modo que a prejudicial de nulidade do processo, por cerceamento da defesa, não merece acolhida.

No mérito, a sentença bem decidiu, eis que a prova do crime, e da autoria, é perfeita.

Correta, por outro lado, a apenação, no mínimo legal, tanto a de privação da liberdade, como a pecuniária.

Por estes motivos, nego provimento, de acordo com o parecer da ilustrada Subprocuradoria-Geral da República.

EXTRATO DA ATA

Acr. Crim. nº 2.632 — RS. Rel: Sr. Min. Moacir Catunda. Rev: Sr. Min. Peçanha Martins. Apte: Ildemar Marques de Moura. Apda: Justiça Pública.

Decisão: Negou-se provimento. Decisão unânime (em 18-11-74 — 1ª Turma).

Os Srs. Mins. Peçanha Martins, Jorge Lafayette Guimarães e Otto Rocha votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu ao julgamento o Sr. Min. *Moacir Catunda*.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 2.738 — PR

Relator — O Exmo. Sr. Min. Aldir G. Passarinho
Revisor — O Exmo. Sr. Min. Armando Rollemberg
Apelantes — Luiz Antonio Boucinha e outro
Apelada — Justiça Pública

EMENTA

Entorpecentes. Art. 281 do Código Penal. Menores de 21 anos. Lei nº 5.726/71 (art. 11, § 2º).

Reconhecido por exame pericial que os menores envolvidos no ilícito são viciados no uso de maconha, e são menores de 21 anos, impõe-se a substituição da pena por internamento hospitalar adequado, na conformidade do que dispõe o § 2º do art. 11 da Lei nº 5.726/71.

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

Decide a Terceira Turma do Tribunal Federal de Recursos, dar provimento parcial à apelação, para que seja a pena substituída por internamento em estabelecimento hospitalar adequado, unanimemente, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Custas de lei.

Brasília, 23/4/1975. — *Armando Rollemberg*, Presidente; — *Aldir G. Passarinho*, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. *Aldir G. Passarinho* (Relator): O Ministério Público Federal junto à Seção Judiciária paranaense ofereceu denúncia contra Daniel Araujo Leite, Luiz Kursan, Luiz Antonio Boucinha, Nivaldo Coelho e Carlos Roberto Werner, porque, conforme a peça acusatória,

«aproximadamente às 19,30 horas, do dia 29 de setembro de 1974, os denunciados foram presos em flagrante delito, quando foi interceptado, nas proximidades do

Ginásio Estadual Monsenhor Guilherme, em Foz do Iguaçu, o veículo dirigido por Daniel Araújo Leite, no interior do qual foi encontrado um quilo de maconha, proveniente do Paraguai. Após a prisão dos três primeiros denunciados, estes informaram que a erva lhes havia sido encomendada pelos dois últimos denunciados, que os aguardavam na Lanchonete Jardim Tropical, onde foram presos. Considerou-os o Ministério Público incursos, pelos fatos expostos, nas penas do art. 281, combinado com o art. 25, ambos do Código Penal.»

Recebida a denúncia, foram interrogados os acusados, oferecidas defesas prévias, ouvidas testemunhas, exarado o saneador e, ouvido o Ministério Público Federal, que pediu, inclusive, a absolvição do réu Carlos Roberto Werner, veio a ser prolatada a r. sentença de 1º grau, tendo sido os réus condenados, todos eles, à pena de um ano de reclusão e à multa de 50 vezes o salário-mínimo. Carlos Roberto Werner, em face de exame de saúde a que se submeteu, no qual ficou comprovada a necessidade de tratamento médico em decorrência de encontrar-se, embora em grau reduzido, dependente do vício na maconha, teve sua pena substituída por internação em estabelecimento hospitalar, pelo tempo necessário à sua recuperação, já tendo sido as providências adotadas a respeito.

O réu Nivaldo Coelho, quando no Manicômio Judiciário onde se encontrava a fim de, juntamente com Carlos Roberto Werner, ser submetido a exame psiquiátrico, evadiu-se. Por sua vez, Daniel Araújo Leite veio a ter considerada deserta apelação que a seu favor fora interposta, e isto porque tendo sido o recurso subscrito por advogado outro que não o que havia sido

constituído pelo acusado, mas sem que apresentasse o necessário instrumento da procuração, tal documento não veio aos autos, apesar de intimado para tal providência o causídico que subscivera a petição de recurso. Outrossim, Carlos Roberto Werner mostrou-se conformado com a sanção que lhe foi imposta, com substituição, como se disse, da pena de reclusão por internamento em estabelecimento de tratamento adequado.

Assim, apenas há que examinar-se a apelação interposta pelos réus Luís Kurpan e Luiz Antonio Boucinha.

À apelação, contrariando-a, ofereceu o Ministério Público suas contra-razões, e manifestou-se a douta Subprocuradoria-Geral da República, propugnando pela confirmação da sentença.

Verificando que os dois apelantes haviam sido levados a exame de sanidade mental, após a sentença condenatória no manicômio Judiciário do Paraná, determinei expedição de telex ao Juízo da 1ª Vara Federal daquela unidade da Federação sobre o resultado do aludido exame, a fim de não haver maior demora, e faço presentes os autos ao ilustre Ministro Revisor, possibilitando com maior rapidez a entrada do processo em pauta de julgamento.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Min. Aldir G. Passarinho (Relator): Anoto, inicialmente, que a douta Subprocuradoria-Geral da República, nesta assentada, teve vista dos laudos periciais.

A participação dos apelantes no ilícito ficou bastantemente provada. Os depoimentos das testemunhas e dos demais co-réus firmam a convicção da culpabilidade dos recorrentes, não fos-

sem suficientes suas próprias declarações ao ensejo do interrogatório em Juízo. Realmente, são eles próprios que reconhecem seu envolvimento delituoso nos fatos, para o que convém ler tais declarações: (lê fls. 38 e 40).

Aliás, a apelação (fls. 143) não nega, certamente ante a irretorquível prova dos autos, que os recorrentes carregaram a maconha. Apenas procura atenuar-lhes a culpa, dizendo que a levavam para os acusados Nivaldo Coelho e Carlos Roberto Werner. E acrescenta o apelo que *visa o recurso a absolvição* dos postulantes, menores de 21 anos, posto que eram apenas viciados. E encarcerá-los, privá-los de sua liberdade, só pode vir a prejudicá-los quanto a sua reintegração social, com reflexos para o futuro dos mesmos, tanto mais que não eram eles traficantes, mas apenas viciados.

As razões do apelo, de fato, sensibilizam, pois não deixa de preocupar-se o Juiz com a situação de jovens tão cedo envolvidos com entorpecentes, seja como traficantes, seja apenas como viciados. No caso dos autos, porém, os dois apelantes, não foram surpreendidos tão só procurando adquirir maconha para uso próprio, mas, na verdade, diligenciando para promover a aquisição, participando ativamente nas negociações de compra e venda da substância que afinal veio a ser apreendida, como se pode ver de suas próprias declarações.

Ocorre, entretanto, que os apelantes são menores de 21 anos.

Assim, cabe a aplicação do disposto no § 2º, art. 11 da Lei nº 5.726, de 29-10-71, em vista do resultado dos exames médicos que hoje nos chegaram às mãos, por onde ficou comprovado serem eles viciados em maconha.

De fato. Diz o § 2º do art. 11 da Lei nº 5.726, de 29 de outubro de 1971, *in verbis*: (lê).

E, como se viu, os apelantes são menores de 21 anos.

Assim, pois, meu voto é dando provimento parcial à apelação, para que seja a pena substituída por internamento em estabelecimento hospitalar adequado, na conformidade do disposto no § 2º do art. 11 da Lei nº 5.726, de 1971.

É o meu voto.

VOTO

O Sr. Min. Armando Rollemberg (Revisor): A prática do delito foi confessada e confirmada por inteiro pela prova dos autos. A própria apelação não nega os fatos, cingindo-se a pedir absolvição ou a conversão da pena de reclusão em detenção e transformação desta em liberdade condicional, porque menores de 21 anos os recorrentes e nociva a convivência com presos que praticaram outros delitos.

A absolvição, no caso, é impossível porque provado o crime como antes afirmado.

Entretanto, na forma do art. 11, § 2º, da Lei 5.726/71, a pena imposta aos apelantes, maiores de 18 e menores de 21 anos, teria que ser substituída por internação em estabelecimento hospitalar.

Em razão disso o meu voto é acompanhando o Sr. Ministro Relator.

EXTRATO DA ATA

A. Crim. nº 2.738 — PR. Rel.: Sr. Min. Aldir Passarinho. Rev.: Min. Armando Rollemberg. Aptes.: Luiz Antonio Boucinha e outro. Apda: Justiça Pública.

Decisão: Por unanimidade deu-se provimento parcial à apelação, para que seja a pena substituída por internamento em estabelecimento hospitalar adequado. O Ministério Público tomou

conhecimento do laudo do exame médico psiquiátrico a que foram submetidos os apelantes e nada opôs (em 23 de abril de 1975 — 3ª Turma).

Os Srs. Mins. Armando Rollemberg, Néri da Silveira e Rondon Ma-

galhães votaram com o Sr. Ministro Relator. O Sr. Min. Rondon Magalhães, Juiz Federal convocado, compareceu para compor quorum regimental. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Armando Rollemberg.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 2.771 — MG

Relator — O Exmo. Sr. Min. Amarílio Benjamin
Revisor — O Exmo. Sr. Min. Décio Miranda
Apelantes — Ercílio Fernandes Leão Júnior, Absai Pereira Gomes e
Justiça Pública
Apelados — Justiça Pública e Ercílio Fernandes Leão Júnior

EMENTA

Crime relativo a entorpecentes. Tráfico internacional. Competência da Justiça Federal. Preliminar de conhecimento do recurso. Incumbindo ao Tribunal Federal de Recursos decidir sobre a competência de juízes de justiça diversa, nos termos da Constituição Federal, pode inegavelmente conhecer de apelação contra sentença de Juiz Estadual, tendo em vista a declarada finalidade.

Conhecido, pois, o recurso, decreta-se a nulidade do processo. Tratando-se de crime relativo a entorpecentes, envolvendo tráfico internacional, a competência, para a apreciação e julgamento do processo respectivo, pertence à Justiça Federal, na conformidade da Súmula nº 522 do Pretório Excelso.

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

Decide a Segunda Turma do Tribunal Federal de Recursos, por maioria, dar provimento às apelações para decretar a nulidade do processo *ab initio* pela incompetência da justiça comum, determinando a remessa dos autos à Justiça Federal do Estado de Minas Gerais, a fim de que promova a apuração do delito, na forma da lei, ordenando-se a soltura dos acusados, se por al não estiverem presos, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Custas de lei.

Brasília, 18 de abril de 1975. —
Amarílio Benjamin, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. Amarílio Benjamin (Relator): O representante do Ministério Público na Comarca de Matias Barbosa, Minas Gerais, ofereceu denúncia contra Ercílio Fernandes Leão Júnior, vulgo «Boy», Absai Pereira Gomes e Hélio Lúcio Martins Ribeiro, como incurso nas sanções do art. 281, *caput*, do Código Penal, c/c o § 5º, com as alterações decorrentes da Lei nº 5.726, de 20-10-71, sendo que Ercílio Fernandes Leão Júnior teria ainda praticado os crimes previstos nos arts. 329 e 330 do Estatuto Penal vigente.

Relata a peça vestibular que os denunciados, há mais de cinco anos se uniram na prática de tráfico de entorpecentes, vendendo os psicotrópicos em Juiz de Fora, nos bairros de São Mateus, Santa Catarina, Mariano Pro-

cópio, e ainda nos prostíbulos denominados «Colina Bar» e «Km 2». Os entorpecentes eram adquiridos no Paraguai e de lá, em automóvel de propriedade de Ercílio, vinham para Juiz de Fora, sendo aí vendidos a viciados. As autoridades policiais estavam a par daquele tráfico e aguardavam, apenas, a oportunidade de surpreendê-los em flagrante delito. A 15 de março de 1972, surgiu a oportunidade: o indiciado Hélio Lúcio Martins Ribeiro, de posse da soma de Cr\$ 500,00, fornecida pelo primeiro indiciado, Ercílio, deslocou-se para a cidade de Presidente Stroessner, no Paraguai, onde comprou duzentas e tantas ampolas de «Perventin», para vendê-las em Juiz de Fora. Dois dias após, por volta das 20 horas, Hélio, previamente combinado com os seus comparsas, encontrou-se com eles na localidade de Areal, no Estado do Rio de Janeiro, e daí rumaram para Juiz de Fora, no automóvel de Ercílio. Prosseguiram a viagem e, quando já haviam transposto a ponte do rio Paraibuna, no Município de Simão Pereira, foram interceptados, por volta das 22 horas, por agentes da Polícia Federal e elementos da 4ª Região Militar. Procuraram evadir-se mas não conseguiram o seu intento. Dada busca no carro em que viajavam os indiciados, encontrou-se uma ampolas da «Perventin», em poder de Absai Pereira Gomes, que é sargento reformado do Exército. Como um dos comparsas houvesse sido ferido, por força de resistência aos Agentes da Lei, estes fizeram conduzir o ferido a Juiz de Fora para tratamento adequado. Todavia, no dia seguinte, por sobre a via férrea que passa em frente à ponte do rio Paraibuna, empregados na Rede Ferroviária Federal encontraram um embrulho contendo em quantidade a substância psicotrópica. Consta de fls. 20/21, o laudo do exame pericial realizado.

Com a denúncia, o Dr. Promotor de Justiça solicitou a decretação da prisão preventiva dos acusados; o Dr. Juiz recebeu a peça acusatória, mas reservou-se a examinar a prisão solicitada, no correr do sumário, fls. 56v.

Os denunciados foram interrogados às fls. 66/67, 68/69 e 70/71.

Os indiciados Ercílio e Absai apresentaram defesa prévia, fls. 73/74, acompanhada de uma carta subscrita pelo denunciado Hélio Lúcio Martins Ribeiro, chamando a si toda a culpa e inocentando os co-réus.

Sob a justificativa de conveniência da instrução criminal e da necessidade para a manutenção da ordem pública, foi decretada a prisão preventiva dos acusados, após o fracasso das primeiras providências para ter início a formação da culpa, 136/137, sendo o denunciado Absai Pereira Gomes recolhido a estabelecimento militar, fls. 176.

Durante o processo foram ouvidas testemunhas de acusação e de defesa, com expedição de diversas cartas precatórias. Vários esclarecimentos, inclusive noticiários dos jornais, vieram aos autos. Submeteu-se à perícia médica, a requerimento próprio, o denunciado Ercílio Fernandes Leão Júnior, recolhido depois à casa de saúde «Clínica São Domingos», fls. 171/172, 175 e 193/194 — embora não haja notícia do exame complementar determinado pela Dra. Juiza. Marcada audiência final, a defesa, alegando necessidade de substituir testemunhas, que deixaram de ser ouvidas, e descumprimento de diligências outras, requereu o respectivo adiamento, para que pudesse manifestar-se, como de direito — fls. 244/245. Indeferida a pretensão, fls. 247/248, realizou-se a audiência, com a nomeação de advogados para os réus e a presença dos denunciados Ercílio e Absai — fls. 250/253. O Ministério Público apresentou razões escritas, fls.

254/257. Um dos defensores dativos requereu, mas não obteve, adiamento da diligência. *De meritis*, a defesa manifestou-se pela falta de provas para condenação.

Por sentença de fls. 269/275, a Dra. Juíza declarou procedente a denúncia para condenar: a) Hélio Lúcio Martins Ribeiro e Absaí Pereira Gomes, a 4 anos de reclusão e multa de 20 salários mínimos vigentes no País; b) Ercílio Fernandes Leão Júnior, a 4 anos de reclusão e multa de 40 salários mínimos, todos como incurso nas sanções do art. 281, § 5º do Código Penal, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 5.726. A Dra. Juíza determinou fossem recomendados nas prisões os réus que se achavam detidos, expedindo-se mandado para a prisão de Hélio Lúcio, a qual se verificou meses depois, fls. 317/320.

Apelaram os acusados, fls. 284, 285 e 286, 319 e 321, sendo, porém, indeferido o recurso de Hélio Lúcio, fls. 322, no pressuposto de que decorreria o prazo, após a intimação de seu advogado. Tal denegação, o Tribunal de Justiça do Estado confirmou, fls. 412.

Recorreu também o Ministério Público contra a absolvição de Ercílio, pelo crime de resistência, fls. 298/301.

Subiram os autos ao Tribunal de Justiça do Estado — fls. 335/337. Nessa Instância apresentou Ercílio suas razões — fls. 341/390 — que foram contraditadas pelo Promotor de Justiça junto à Procuradoria-Geral, com a preliminar de incompetência do 2º Grau, fls. 393.

O Dr. Procurador-Geral, porém, no parecer definitivo de fls. 395/406, opinou pelo conhecimento do recurso e decretação de nulidade do processo, pelas irregularidades registradas, inclusive cerceamento da defesa.

O Tribunal de Justiça, manifestando-se de fls. 423/428, não conheceu da apelação e remeteu os autos a este Tribunal.

Nesta Superior Instância, o Dr. Procurador-Geral, tendo em vista a ocorrência do tráfico internacional, opina pela incompetência da Justiça Comum, anulação do processo e remessa dos autos à Justiça Federal — fls. 432/434. Deve ficar esclarecido que, além do recurso de Hélio Lúcio, para o Tribunal de Justiça de Minas — RC 2.052, conhecido e denegado, fls. 412 — houve ainda os seguintes incidentes:

- a) H.C. nº 15.631 — T.J. M.G. — em que foi denegada a ordem em favor dos interessados, 9-10-73, fls. 427;
- b) HC nº 15.945 — T.J. M.G., não conhecido, fls. 354/360; e
- c) Exceção de Suspeição nº 38, fls. 427, 18-9-73, em que este Tribunal declinou de sua competência.

É o relatório.

VOTO (PRELIMINAR)

O Sr. *Min. Amarílio Benjamin* (Relator): Em seu douto parecer, a Subprocuradoria-Geral da República sustenta o seguinte (fls. 432):

«A tramitação do processo decorreu na Justiça Comum, embora caracterizado o tráfico internacional da droga, como reiteradamente sustentou o acusado Hélio Lúcio (vide: fls. 22/23 e 66).

«Foram, inclusive, os réus sentenciados pela MM. Dra. Juíza de Direito, da municipalidade (r. decisão — fls. 269/275), pronunciamento este impugnado pelos denunciados, tendo então deliberado

o Egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais não conhecer dos apelos, determinando a remessa dos autos a esta Egrégia Casa (vide: doc. às fls. 423 — 2º vol.)

«Ainda que acertada tenha sido esta manifestação colegiada, quanto à competência deste Egrégio Sodalício, não o foi, todavia, com relação à conclusão, pois deveria, desde logo, ter decretado a nulidade do processo, com a conseqüente remessa dos autos à Justiça Federal de 1ª Instância, consoante inequívoco magistério do art. 569, do CPP.

«Não o fazendo, poder-se-ia mais alongar a pronta decisão da controvérsia, suscitando-se o incidente processual de competência.

«Contudo, encetando lúcida interpretação no tocante à disposição contida na Emenda Constitucional nº 1/69, que concede ao Tribunal Federal de Recursos o julgamento dos conflitos de competência «entre juízes de Estados diversos», compreendeu-se também — «interpretação compreensiva», de que nos fala o Prof. Romeu Pires de Campos Barros — que em casos, como o presente, pode esta Egrégia Casa também conhecer das decisões dos Juízes estaduais, para lhes reconhecer ou negar competência.

«Neste sentido, ementa lavrada pelo ilustrado Min. Décio Miranda, *verbis*:

«Competência. Após a Emenda Constitucional nº 1, de 1969, pode o TFR conhecer do recurso de decisões de juízes estaduais, para lhes reconhecer ou negar competência, e, neste último caso, cassar a respectiva decisão. Apelação do réu, provida em parte, para decretação de nulidade do

processo, *ab initio*, por incompetência da Justiça Estadual. (ACr. nº 1.615-DJ de 8-9-70 — pág. 4.013).

«Somos portanto, pelo conhecimento dos recursos, com a conseqüente decretação da nulidade do processo *ab initio*, e imposterçável remessa dos autos à Justiça Federal, no Estado de Minas Gerais, para que aprecie e decida a controvérsia.»

De fato, sobretudo no que se refere à matéria criminal, esta Corte vem seguindo a orientação preconizada pelo Sr. Ministro Décio Miranda na apelação, cuja ementa foi transcrita no parecer que li à Turma há poucos instantes.

Também a 3ª Turma já assim procedeu na Apelação Criminal nº 2.226. Adotando, portanto, tais precedentes, conheço do recurso para apreciar a matéria em todos os seus aspectos, seja quanto às nulidades argüidas, seja quanto ao mérito.

VOTO (PRELIMINAR)

O Sr. Min. Décio Miranda (Revisor): Na Exceção de Suspeição nº 38, que os ora apelantes opuseram neste Tribunal à Dra. Juíza de Direito da Comarca de Matias Barbosa (acórdão publicado no DJ de 3-12-73), da qual fui relator, o Tribunal Pleno não tomou conhecimento da exceção de suspeição nem do *habeas corpus* requerido pela Subprocuradoria-Geral da República, determinando-se a remessa dos autos ao Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

Assim se decidiu porque a favor dos acusados já se havia requerido um *habeas corpus* àquele Tribunal, ao qual caberia proclamar sua própria incompetência, se fosse o caso.

Agora, temos presente a decisão em que aquele Colendo Tribunal assim decidiu.

Cabendo-nos julgar a apelação é necessário, em primeiro lugar, fixar se a espécie é de tráfico internacional de entorpecentes.

Se a conclusão for negativa, teremos de suscitar conflito negativo de competência, perante o Egrégio Supremo Tribunal Federal.

Se positiva, teremos de verificar se era competente ou não o Juízo de Direito da Comarca de Matias Barbosa, ante o art. 20 da Lei nº 5.726, de 29-10-71, segundo o qual «quando o crime definido no art. 281 e seus parágrafos do Código Penal for daqueles de competência da Justiça Federal e o lugar em que tiver ocorrido for município que não seja sede de Vara Federal, o processo e julgamento caberão à Justiça Estadual com interveniência do Ministério Público local».

No voto que proferi na referida Exceção de Suspeição nº 38, admiti a constitucionalidade desse preceito legal, mas a jurisprudência do Tribunal veio a fixar-se em sentido contrário.

Isto posto, se verificado que a espécie é de tráfico internacional, a solução será anular, por incompetência de Juízo, a sentença de primeiro grau, que condenou os apelantes.

Examinando esse ponto, se se trata de tráfico interno ou tráfico internacional, verifico que, segundo a sentença condenatória de fls. 269 e segs., o tráfico que levou os réus à Justiça se iniciou com a compra de duzentas e tantas ampolas de «Pervitin» na cidade de Presidente Stroessner, República do Paraguai (fls. 269 *fine*).

Logo, a hipótese é de tráfico internacional, o que me leva a conhecer das apelações.

VOTO (PRELIMINAR)

(VENCIDO)

O Sr. Min. Jarbas Nobre: — A questão de competência já está praticamente decidida pela maioria da Turma.

Tenho entretanto, *data venia* ponto-de-vista diferente, uma vez que, no caso, evidentemente, não se trata de tráfico internacional de entorpecentes.

A droga foi apreendida em território nacional, não em zona de fronteira.

Se se tratasse de contrabando, não de tráfico, sim, porque o Brasil adota o chamado contrabando interno, que é criação própria, nossa.

Tenho que o caso é de suscitamento de conflito perante o Supremo Tribunal Federal, já que o Tribunal de Justiça de Minas Gerais se julgou incompetente.

Voto pela incompetência deste Tribunal.

VOTO (MÉRITO)

O Sr. Min. Amarílio Benjamin (Relator): Segundo o meu ponto-de-vista, na hipótese dos autos, verifica-se na realidade tráfico internacional, relativamente à droga que constitui objeto do delito. Os autos indicam que a substância tida como entorpecente foi adquirida em Presidente Stroessner, no Paraguai, e trazida para o Brasil, onde, em Minas Gerais, se deu a apreensão. Assentada essa primeira consideração, vem que seguida a contingência de apreciarmos o problema da competência. O Supremo Tribunal Federal estabeleceu na súmula 522 o seguinte enunciado:

«Salvo ocorrência de tráfico para o Exterior, quando, então, a competência será da Justiça Fe-

deral, compete à Justiça dos Estados o processo e julgamento dos crimes relativos a entorpecentes».

Em face dessa orientação assentada pelo Pretório Excelso, o crime de que os autos cuidam seria da competência da Justiça Federal.

Foi, entretanto, processado e julgado pela Justiça do Estado de Minas Gerais, convindo ressaltar, a respeito, que o próprio Tribunal daquela unidade da Federação já interferiu no processo em diversos incidentes. Não obstante, temos que examinar, realmente, se essa competência está definida e se o processo merece ser apreciado em seu conteúdo. Por certo, a ação penal foi instalada na Comarca de Matias Barbosa, em Minas Gerais, tendo-se em vista o art. 20 da Lei nº 5.726.

«Art. 20 — Quando o crime definido no artigo 281, e em seu parágrafo, do Código de Processo for daqueles de competência da Justiça Federal, e o lugar em que não seja sede de vara federal, o processo e julgamento caberão à Justiça Estadual, com intervenção do Ministério Público.

Entretanto, tal preceito foge à regra da competência estabelecida pela Carta Magna.

O Tribunal, em seu Plenário, apreciando a incidência do art. 20 mencionado, teve ocasião de assentar, no Conflito de Jurisdição nº 1.622, que o preceito não merecia observância, por isso que não se harmonizava com a Constituição Federal. Nesse conflito, a ementa traduz bem o ponto-de-vista em que o Tribunal se firmou:

«Competência. Tráfico de entorpecentes. Do contexto do art. 20, da Lei nº 5.726, de 1971, resta meridiano que a competên-

cia é da Justiça Federal para o processo e julgamento de crimes de tráfico de entorpecentes com o Exterior. Pretendeu, entretanto, a lei abrir exceção, mesmo nessa hipótese, em matéria do art. 281, do Código Penal, atribuindo competência à justiça local, baseada no fato de o lugar da infração não ser sede de Vara Federal.

«Não pode, porém, esse dispositivo prevalecer, em face do art. 125, inciso V, da Constituição, e de exegese que anteriormente o Supremo Tribunal Federal deu à regra equivalente do art. 119, V, da Carta Política de 1967, consubstanciada na Súmula nº 522, publicada já na vigência da Emenda Constitucional nº 1, de 1969.

«Não procede, em favor da dita ressalva, constante do art. 20, da Lei nº 5.726, de 1971, argumento segundo o qual, nesse diploma, ficou definido processo específico para os crimes do art. 281, do Código Penal. Norma ordinária, em qualquer hipótese, não poderá prevalecer contra dispositivo constitucional (art. 125, V, da Emenda Constitucional nº 1, de 1969), cuja exata compreensão está definida pelo Pretório Excelso, na Súmula nº 522.

«Nem empresta respaldo à hipótese de competência estadual, prevista no art. 20 da Lei nº 5.726, de 1971, a regra do art. 127, da Constituição, pois esse dispositivo concerne apenas a matéria cível. No caso concreto, a competência é do Juiz Federal, também, porque os réus, além de introduzirem no País substâncias capazes de estabelecer dependência física ou psíquica (Código Penal, art. 281), estão acusados de contrabandar do Paraguai cigarros estrangeiros

(Código Penal, art. 334). Conexos os dois delitos, a competência, mesmo se admitida fosse a validade do art. 20 mencionado, é da Justiça Federal, eis que ocorreria concurso entre a jurisdição comum e a especial, incidindo, assim, a norma do art. 78, inciso IV, do Código de Processo Penal. Conflito Negativo de Jurisdição improcedente, reconhecendo-se a competência do Juiz Federal suscitante».

A súmula que acabo de ler encontra-se suficientemente justificada no erudito voto que proferiu o relator, o Sr. Ministro Néri da Silveira. A 3ª Turma teve oportunidade de reeditar a mesma compreensão, ao apreciar a Apelação Criminal nº 2.226, de Mato Grosso, sendo relator o Sr. Ministro Henoch Reis.

Na conformidade, portanto, desses antecedentes, o meu voto, reconhecendo que, na espécie, se trata de tráfico internacional e, assim, a competência pertence à Justiça Federal, é para decretar a nulidade do processo *ab initio* e determinar a sua remessa ao Juiz Federal da Seção de Minas Gerais, a fim de que promova a apuração do delito, na conformidade do Código de Processo Penal e da Lei Especial que disciplina a matéria, Lei nº 5.726, de 28 de outubro de 1971.

Em consequência dessa manifestação, também entendo que se deve, desde logo, ordenar a libertação dos acusados, não só porque, vingando o ponto-de-vista que acabo de exprimir, a prisão foi determinada por Juiz incompetente, como também, porque, de qualquer modo, haveria excesso exagerado, na conclusão do processo, que os acusados não poderiam suportar, senão com ofensa aos princípios constitucionais que nos regem.

VOTO (MÉRITO)

O Sr. Min. Décio Miranda (Revisor): Conhecendo das apelações, anulo a sentença codenatória, por incompetência do Juízo de Direito da Comarca de Matias Barbosa, determinando a remessa dos autos à Justiça Federal, Seção de Minas Gerais, expedindo-se, desde já, alvará de soltura aos réus.

VOTO — MÉRITO

(VENCIDO)

O Sr. Min. Jarbas Nobre: Meu voto preliminar se reflete no voto mérito.

Continuo a não compreender como uma mercadoria que se diz comprada em Porto Stroessner, no Paraguai, apreendida em Matias Barbosa, no Estado de Minas Gerais, possa se caracterizar como tráfico internacional de entorpecente. Aceitar a tese — se essa mercadoria de fabricação paraguaia amanhã for apreendida no Acre, por exemplo, continuará a ser tráfico internacional — é inadmitir que um produto estrangeiro tenha trânsito no território nacional, pois seria sempre internacional.

De modo que persisto no meu ponto-de-vista de que a competência do juiz estadual é legítima e via de consequência não seria nossa a competência recursal. O caso, é de conflito de competência a ser resolvido pelo Supremo Tribunal Federal.

VOTO

O Sr. Min. Paulo Távora: Com ressalva do meu ponto-de-vista pessoal sobre a constitucionalidade do art. 20 da Lei de Entorpecentes, acompanho o Sr. Ministro Relator, atendendo que a decisão do Tribunal Federal de Recur-

os obteve aprovação do Supremo Tribunal Federal.

EXTRATO DA ATA

A. Cri. nº 2.771 — MG. Rel.: Min. Amarílio Benjamin. Rev: Min. Décio Miranda. Aptes: Ercílio Fernandes Leão Jr., Absai Pereira Gomes e Justiça Pública. Apdos: Justiça Pública e Ercílio Fernandes Leão Jr.

Decisão: Preliminarmente, por maioria, conheceu-se das apelações e às mesmas deu-se provimento, para

decretar a nulidade *ab initio* do processo, pela incompetência da Justiça comum, determinando-se a remessa dos autos à Justiça Federal do Estado de Minas a fim de que promova a apuração do delito, na forma da lei, e ordenando-se a soltura dos acusados, se por al não estiverem presos, vencido em ambos os aspectos o Sr. Min. Jarbas Nobre (em 18-4-75 — 2ª Turma).

Os Srs. Mins. Décio Miranda e Paulo Távora votaram de acordo com o Relator. Presidiu ao julgamento o Sr. Min. Amarílio Benjamin. ..

RECURSO DE HABEAS CORPUS Nº 3.466 — RS

Relator — O Exmo. Sr. Min. Peçanha Martins.
Recorrentes — Rubens José Gatti e outro.
Recorridos — Justiça Pública e Caixa Econômica Federal.

EMENTA

Prisão administrativa determinada por Gerente da Caixa Econômica, Empresa Pública Federal. Capacidade reconhecida pela sentença que se confirma, por maioria, para negar-se provimento ao recurso.

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

Decide a Primeira Turma do Tribunal Federal de Recursos, por maioria de votos, negar provimento ao recurso, vencido o Sr. Ministro Jorge Lafayette Guimarães, que o provia para conceder a ordem de *habeas corpus*, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Custas de lei.

Brasília, 4 de novembro de 1974.
— Moacir Catunda, Presidente; Peçanha Martins, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. Peçanha Martins (Relator): Trata-se de recurso de ha-

beas corpus assim relatado pela sentença recorrida:

«Os advogados Osmar José Martins, Antônio Marcelos Carlos de Carvalho e Otávio Francisco Caruso da Rocha, devidamente qualificados na peça inicial de fls. 3 impetraram a presente ordem de *habeas corpus* em favor de Rubens José Gatti e João Gonçalves, alegando: «Ambos os pacientes foram ontem surpreendidos, em sua cidade, de Rio Grande, com a presença de Agentes da Polícia Federal, que lhes davam subitânea voz de prisão, impondo lhes fossem conduzidos em veículo oficial, até as dependências do órgão, nesta cidade de Porto Alegre, na Av. Paraná, nº 991, onde se encontram detidos desde a sua chegada a esta

Capital, tudo por ordem do Senhor Walter Geraldo Eggers, Gerente Geral da Caixa Econômica Federal neste Estado do Rio Grande do Sul. Os ilustrados impetrantes, após tecerem considerações sobre o comportamento em sociedade dos pacientes, argüiram, em seguida, a inconstitucionalidade do Decreto-lei nº 3.415, de 10 de julho de 1941, tace as disposições constantes nos parágrafos 12, 17 e 20 do art. 153 da vigente Constituição. Detendo-se no exame daquele decreto-lei, entendem os impetrantes que na espécie não há sujeito ativo revestido de capacidade jurídica para decretar prisão administrativa, porque o impetrado — Gerente Geral da Caixa Econômica — não possui atribuições para decretar a medida impugnada. Ao examinarem a existência de sujeito passivo, contra quem dirige-se a medida, teve essa apenas o propósito de facilitar e acautelar as investigações, fato que contraria a doutrina e a jurisprudência. Entendem, ainda, que inexistente justa causa para decretação da medida, porque os Pacientes não praticaram: a) alcance; b) remissão ou omissão em fazer as entradas ou as entregas nos devidos prazos; c) desvio de materiais; e d) apropriação de bens dominiais ou custodiados pela Fazenda Nacional. Após examinarem a exatidão daqueles itens, terminam a peça vestibular pedindo seja a mesma recebida como pedido de relaxamento da prisão administrativa ou, se assim não entender este Juízo, que o conheça como *habeas corpus*. Instruíram o pedido com os documentos de fls. 17/103. Encontrando-se de plantão o Exmo. Sr. Dr. Juiz Federal da Quarta Vara, recebeu o pedido e solicitou informações. A delegacia de Polícia Fe-

deral oficiou às fls. 107, onde diz que os pacientes encontram-se presos em cumprimento aos termos contidos em o ofício GG. 672/74 do Sr. Gerente-Geral da Caixa Econômica Federal, nesta cidade. O Dr. Juiz Federal da Quarta Vara sentenciou às fls. 109/101, encaminhado os autos a este Juízo, às fls. 113v foram solicitadas informações ao Sr. Gerente-Geral da Caixa Econômica Federal, nesta cidade. Tempestivamente produzidas as informações, alega o impetrado possuir competência para ordenar a medida consistente em prisão administrativa nos termos do item 727 do Regulamento de Pessoal, e mesmo porque a Jurisprudência apoia a medida. Após descrever o envolvimento dos Pacientes nos fatos que culminaram com sua prisão, termina por entender que restou inequívoca a lesão patrimonial que sofreu. Juntou os documentos de fls. 128/211.

O eminente Juiz Eli Goraieb denegou a ordem, os pacientes recorreram e a Caixa Econômica Federal ofereceu contrarrazões.

Neste Tribunal a douta Subprocuradoria-Geral da República opina pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Min. Peçanha Martins (Relator): Invocaram os eminentes advogados dos pacientes o voto que proferi, perante o Supremo Tribunal Federal, quando convocado para o julgamento do Rec. Extraordinária oposto pela União no processo de *habeas corpus* concedido a Agostinho Janequine e outros. Pronunciando-me sobre preliminares, efetivamente dei pela inconstitucionalidade do Decreto-lei nº 3.415,

de 1941, o mesmo diploma em que se escudou o Gerente da Caixa Econômica para decretar as prisões dos recorrentes, aduzindo naquele meu voto:

«Também inconstitucional, no meu entendimento, é o Decreto-lei nº 3.415, de 1941, que autorizou prisão administrativa visando alcançar agentes do Estado e os que fossem com eles coniventes. É que desde a Constituição de 1946 foi proclamado que «não haverá prisão por dívida, multa ou custas, salvo o caso de depositário infiel e o de inadimplemento da obrigação alimentar, na forma da lei» (artigo 141, § 32). O mesmo princípio consagrou a Constituição de 1967 (art. 150, § 17) mantido pela Emenda nº 1 (art. 153, § 17).»

O Supremo não adotou este meu pronunciamento, nem o repeliu. Apenas julgou superada a questão constitucional, a mesma questão repetida neste recurso: a duvidosa constitucionalidade do Dec.-lei nº 3.415 frente ao parágrafo 17 do Art. 153 da Constituição.

Mas, posteriormente à aludida decisão, tomei parte em outros julgamentos da mesma espécie proferidos por esta Primeira Turma, principalmente na que foi tomada no HC 3.014, em que funcionou como relator o eminente Ministro Moacir Catunda. E deneguei o *habeas corpus* retificando o meu ponto de vista primitivo, exatamente por haver passado a entender que a Constituição, no § 17 do seu Art. 153, apenas proíbe a prisão por dívida, multa, ou custas, não ocorrendo, assim, a argüida incompatibilidade do Dec.-lei nº 3.145, que se refere à prisão administrativa do peculatório e dos estranhos colaboradores na prática do delito.

No mencionado HC 3.014, julgado por esta Turma, também reconheci como legal a prisão administrativa determinada pelo Gerente da Caixa Econômica Federal, que não pode deixar de estar incluído entre os «chefes de repartição» expressamente referidos no art. 1º do Dec.-lei nº 3.415, valendo a leitura do resumo do decidido no apontado *writ*:

«*Habeas corpus*. Empregado de Empresa Pública. Peculato. Prisão Administrativa. A apropriação de valores penitentes a Empresa Pública integrante da administração Federal indireta, por empregado dela, constitui crime contra o patrimônio da União, da qual a empresa pública é mera derivação instituída por motivos de conveniência e fins administrativos. Cabe prisão administrativa contra empregado de Empresa Pública baixada por gerente, com apoio na Lei nº 3.415, de 1941»...

Os ora impetrantes foram acusados de co-autoria com servidores da Caixa Econômica, inclusive graduados servidores, de desvio, em proveito próprio, de aproximadamente seis bilhões de cruzeiros antigos. Os fatos estão descritos nos docs. de fls. 18 e seguintes e foram apurados pelo «Serviço de Perícia e Segurança Bancária», não havendo, portanto, a alegada falta de justa causa, que só se reconhece «quando o fato, nem mesmo em tese constitui crime, ou quando, configurando uma infração penal, resulta de pura criação mental da acusação».

Nego provimento ao recurso.

VOTO (VENCIDO)

O Sr. Min. Jorge Lafayette Guimarães: Sr. Presidente, mantendo voto vencido que já proferi nesta Turma, como vogal, sou levado a dar provimento ao recurso para conceder a ordem.

Sustentei, no *Habeas Corpus* número 3.014, que a prisão administrativa é uma faculdade do Estado, em relação aos seus servidores.

Na empresa pública, o Estado abriu mão desta prerrogativa desde que, para exercer determinadas atividades, se submeteu aos princípios que regem as empresas privadas. Não será possível reconhecer no Estado ao mesmo tempo, a qualidade de titular destas prerrogativas, quando assim lhe convier, e admiti-lo despojado dessas prerrogativas quando de sua conveniência aparecer como um particular qualquer. Impõe-se uma definição. Se o Estado optou pelo exercício de uma atividade equiparado às entidades de direito privado, utilizando a forma de «empresa pública», não terá o poder de decretar prisão administrativa de seus empregados, como nenhum empregador o tem, para compeli-los a restituir quantias de que se hajam apossado. O que não posso admitir é esse hibridismo: para gozo de certas prerrogativas, subsistiriam na empresa pública as prerrogativas do Estado, para outras, não. Quando se trata de liberação das restrições do Código de Contabilidade, Tribunal de Contas etc., a empresa pública seria uma empresa privada, mas pretendem-se as prerrogativas de Estado, inclusive a de decretar a prisão de seus empregados, quando nenhum outro empregador tem essa regalia. É preciso que o Estado se defina: ou conserva suas prerrogativas — e para a descentralização a forma própria seria a autarquia — ou despe-se das prerrogativas estatais, e vem exercer atividade como empresa pública ou sociedade de economia mista, não sendo admissível apresentar-se como empresa pública e conservar ao mesmo tempo as prerrogativas estatais.

Noto, a propósito, que também o art. 170, § 2º, da Constituição conduz

à inadmissibilidade da decretação de prisão administrativa, do servidor de empresa pública ou sociedade de economia mista, cujas relações com o empregador são regidas pela legislação do trabalho, onde não é conhecido esse instituto.

Por outro lado, qualquer norma regulamentar em contrário, evidentemente não poderá prevalecer.

Reportando-me ao voto que proferi na Turma e, com a devida vênia, dou provimento ao recurso para conceder a ordem de *habeas corpus*.

VOTO

O Sr. Min. Otto Rocha: Sr. Presidente, *data venia* do eminente Ministro Jorge Lafayette, acompanho o Relator. Entendo que, em se tratando de empresa pública, e principalmente de uma empresa como a Caixa Econômica Federal, o seu Presidente tem competência para decretar a prisão preventiva.

VOTO

O Sr. Min. Moacir Catunda: Sr. Presidente, *Data venia* do eminente Ministro Jorge Lafayette, meu voto é negando provimento ao recurso, para confirmar a sentença denegatória do *habeas corpus*. A Caixa Econômica, posto que transformada em empresa pública, pelo seu regulamento, aprovado por Decreto presidencial, tem a faculdade de decretar a prisão preventiva de servidores seus, declarados em alçada, por atos dos respectivos gerentes. Essa disposição legal, tendo sido examinada pelo Tribunal de Recursos por suas diferentes Turmas, foi julgada compatível com as leis de maior alçada que tratam da garantia individual contra a prisão preventiva. Não depa-
rando ilegalidade no ato impugnado, nego provimento.

EXTRATO DA ATA

RHC nº 3.466 — RS. Rel.: Sr. Min. Peçanha Martins. Rectes.: Rubens José Gattis e outro. Recdos.: Justiça Pública e Caixa Econômica Federal.

Decisão: Por maioria de votos, negou-se provimento ao recurso, vencido

o Sr. Min. Jorge Lafayette Guimarães, que o provia para conceder a ordem de *habeas corpus* (em 4-11-74 — Primeira Turma).

Os Srs. Mins. Otto Rocha e Moacir Catunda votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Moacir Catunda.

HABEAS CORPUS Nº 3.498 — BA

Relator — O Exmo. Sr. Min. Peçanha Martins

Impetrantes — Luiz Vicente Belfort de Ouro Preto e João de Melo Cruz

Paciente — Flávio Marcos Costa Rodrigues

EMENTA

Falta de justa causa para propositura de ação penal contra o paciente. Ordem unanimemente concedida.

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

Decide a Primeira Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, conceder a ordem para excluir o paciente da denúncia, por falta de justa causa, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Custas de lei.

Brasília, 13 de dezembro de 1974.
— Moacir Catunda, Presidente; Peçanha Martins, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. Peçanha Martins (Relator): Os advogados Luiz Vicente Belfort de Ouro Preto e João de Melo Cruz impetram a presente ordem de *habeas corpus* em favor de Flávio Marques Costa Rodrigues, que está sofrendo, segundo alegam, constrangimento ilegal, por isso que processado, como co-réu, em crime de peculato atribuído a Elbert Menezes, perante a Segunda Vara da Justiça Federal da

Seção do Estado da Bahia, cujo ilustre titular recebeu a seguinte denúncia:

«O Procurador da República subassinado e com exercício nesta Seção Judiciária, no uso das atribuições que lhe são conferidas por lei, vem oferecer a presente denúncia contra: 1º) Elbert Menezes, brasileiro, casado, engenheiro, filho de Aurélio Brito de Menezes e Flaviana Franco Matta de Menezes, residente na Rua Ceará, 31, Pituba, nesta Capital; 2º) Fernando Patury, brasileiro, solteiro, maior, industriário, filho de Pedro Patury e Maria Durvalina dos Santos Patury; 3º) Flávio Marcos Costa Rodrigues, brasileiro, casado, industrial, filho de Tasso Costa Rodrigues e Maria de Lourdes Mello Barreto Costa Rodrigues, residente na Rua Domingos Ferreira, 188, apto. 402, Rio de Janeiro, Guanabara; 4º) Osmar Alvares de Macedo, brasileiro, casado, industrial, filho de Alberto de Macedo e Lídia Alvares de Macedo, residente na Rua Baden

Powell, 42, Bonfim, nesta Capital, e 5º) Josino Baldino de Almeida, não qualificado no inquérito policial, mas residente nesta Cidade, com base no inquérito policial em apenso, pelos fatos e fundamentos seguintes: o primeiro denunciado, aproveitando-se de sua condição de chefe do DNAE, Departamento Nacional de Águas e Energia, no ano de hum mil novecentos e sessenta e sete, após incinerar as fitas do relógio de ponto correspondentes ao período compreendido entre março de hum mil novecentos e sessenta e seis e abril de hum mil novecentos e sessenta e sete e relativas a diversos funcionários irregularmente admitidos nesse ano, os obrigou a que assinassem folhas de pagamento relativas àquele período, e após isso apropriou-se dos vencimentos dos mesmos, no montante de (Cr\$ 62.151,97) sessenta e dois mil, cento e cinqüenta e hum cruzeiros e noventa e sete centavos (denominação atual). Entre os servidores que tiveram adulteradas as datas, no processo supramencionado encontram-se Abenoni Coelho de Barros, Ana Tereza Soares Quintas, Antônio Honório de Assis, Antônio José Batista, Antônio José Moreira de Almeida, Domingos Alves de Jesus, Ivone Tereza Ferreira Sales, Joana Adélia de Matos Cardoso, João Lopes Ferreira, Maria Lúcia Soares de Azevedo, Osvaldo Souza Marques, Silvia Maria Maia da Silva, Delma de Souza e Silva, Ivo de Almeida Irzan, Reginaldo Santos de Almeida, Elvira Petronilia Capollo do Vale, Jaércio Cesar Santos e João Augusto Costa; em hum mil novecentos e sessenta e cinco, e hum mil novecentos e sessenta e seis,

e sete cruzeiros e cinqüenta e seis recebeu os suprimentos OS-A/65 e OS/133/66, nos valores respectivamente de setenta e cinco mil cruzeiros (Cr\$ 75.000,00) e dezessete mil e seiscentos cruzeiros (Cr\$ 17.600,00), não comprovando até o presente momento a aplicação ou depósito de tais importâncias; em vinte e cinco e vinte e nove de outubro de hum mil novecentos e sessenta e cinco recebeu da firma Josino Balbino de Almeida e Gonçalves recibos no valor total de dezessete mil, oitocentos e setenta e quatro cruzeiros e noventa e três centavos (Cr\$ 17.874,93) que fez anexar à sua prestação de contas sem que houvesse qualquer serviço prestado por aquela empresa que, aliás, inexistia, juridicamente, de março a junho de hum mil novecentos e sessenta e seis. Procedeu de igual modo com a Metalúrgica Serrador Ltda., atingindo os recibos tomados o montante de setenta e nove mil, quatrocentos e vinte e sete cruzeiros e cinqüenta e seis centavos (Cr\$ 79.427,56); em hum mil novecentos e sessenta e sete, no período compreendido entre vinte e quatro de maio e vinte de dezembro, utilizou-se do mesmo processo, recebendo recibos de Hidrologia Comércio Ltda., no valor de (Cr\$ 55.951,30) cinqüenta e cinco mil, novecentos e cinqüenta e hum cruzeiros e trinta centavos e de Instrumental Hidráulico S.A., no total de treze mil, cento e trinta e seis cruzeiros (Cr\$ 13.136,00); (Laudo pericial); assim agindo o denunciado Elbert Meneses praticou os crimes capitulados nos artigos 312 e 314 do Código Penal, aquele na forma do art. 51, § 2º, do mesmo diploma legal; o segundo denunciado,

na condição de chefe da Seção Administrativa e co-responsável pelos pagamentos do DNAE, era quem intimidava os funcionários para que assinassem as folhas de pagamento relativas ao período em que não trabalharam, assim como era a pessoa encarregada de efetuar os pagamentos dos serviços, inclusive daqueles que não foram executados, embora os recibos se encontrassem no movimento contábil, tudo com pleno conhecimento do denunciado que, assim, está na forma do art. 25, do Código Penal, na condição de co-autor do crime previsto no art. 312, do mesmo diploma legal, praticado em caráter de continuidade, na situação prevista no art. 51, § 2º, do referido Código; os terceiro, quarto e quinto denunciados, responsáveis pelas empresas que forneceram os recibos sem prestação dos serviços neles especificados, concorreram eficazmente para a prática do delito previsto no art. 312, do Código Penal, estando assim na forma do art. 25 da mesma norma incursos nas penas do mencionado dispositivo. Requer, portanto, o subassinado, a instauração da competente ação penal, citando-se os denunciados para todos os seus termos e ouvindo-se as testemunhas cujo rol segue abaixo, para que, sendo esta recebida e afinal provada, sejam todos condenados nas penas da lei».

Após descrever longamente os fatos e procurar demonstrar não serem gratuitos os recibos fornecidos, todos correspondentes a serviços efetivamente realizados, inclusive atestado da administração superior no sentido da não ocorrência de inadimplemento das firmas Hidrologia Comercial Ltda. e Instrumental Hidráulica SA na execução dos contratos firmados com o Depar-

tamento ou qualquer dos outros órgãos que lhe são subordinados, arguem a nulidade da denúncia e a evidente falta de justa causa.

Solicitei informações que me foram prestadas nos seguintes termos:

«Atendendo à solicitação formulada por V. Exª através do Telex SA-805 de 27-11-74, presto as seguintes informações, para instruir o *habeas corpus* nº 3.498, impetrado em favor de Flávio Marcos Costa Rodrigues: Conforme está evidenciado nos autos da ação penal nº 5.212, o paciente, na qualidade de um dos sócios-diretores das firmas Hidrologia Comercial Ltda., e a Instrumental Hidráulica S.A., sucedidas pela Hidrologia S.A. Engenharia, Indústria e Comércio, recebera diversas quantias no final do exercício de 67, como fazem prova os documentos em anexo fotocopiados, em número de 10, para a execução futura de obras contratadas. Por isso mesmo figura como acusado nos termos da denúncia oferecida pela douta Procuradoria da República (Doc. nº 11). Prestando depoimento, na qualidade de Testemunha da Acusação o engenheiro Reginaldo Dias Mariano, esclareceu a este Juízo que o Dr. Elbert Menezes pagou, às firmas Josias Balbino de Almeida — Gonçalves Metalúrgica Salvador e Hidrologia Comercial Ltda., pela execução dos serviços que à época não foram de fato, realizados (doc. nº 12). É bem verdade que, posteriormente, a firma Hidrologia S.A. — Engenharia, Indústria e Comércio cumpriu o pactuado, conforme foi certificado pela Diretoria da Divisão de Águas do Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica — DNAEE (Docs. ns. 13 e 14)».

A douta Subprocuradoria-Geral da República ofereceu o parecer de fls. 175, *usque* fls. 179, em que acentua a existência do crime em tese, aponta jurisprudência e opina pelo indeferimento do pedido.

É o relatório.

VOTO

O Sr. *Min. Peçanha Martins* (Relator): A denúncia enumera os denunciados figurando o paciente, dentre eles, como o terceiro (3º), e relata os fatos criminosos atribuídos ao primeiro, o chefe do Departamento Nacional de Águas e Energia, no Estado da Bahia, que teria, entre março de 1966 e abril de 1967 anexado à prestação de suas contas recibos de serviços não prestados ao Departamento, inclusive os referidos neste tópico:

«Em hum mil novecentos e sessenta e sete, no período compreendido entre vinte e quatro de maio e vinte de dezembro, utilizou-se do mesmo processo, recebendo recibos de Hidrologia Comércio Ltda., no valor de (Cr\$ 55.951,30) cinquenta e cinco mil novecentos e cinquenta e um cruzeiros e trinta centavos e de Instrumental Hidráulico S.A., no total de treze mil cento e trinta e seis cruzeiros (Cr\$ 13.136.00); (Laudo pericial).

Contir ando, diz ainda a denúncia:

«Os terceiros, quarto e quinto denunciados, responsáveis pelas empresas que forneceram os recibos, sem prestação dos serviços neles especificados, concorreram eficazmente para a prática do delito previsto no art. 312, do Código Penal, estando, assim, na forma do art. 25 da mesma norma, in-

clusos nas penas do mencionado dispositivo».

A denúncia, tal como dito no parecer da Subprocuradoria-Geral, não é peça modelar, mas descreve o fato, isto é, o fornecimento de recibos ao Chefe do Departamento Estadual, o principal dos denunciados, para prestação de serviços não executados ao tempo. Mas o ilustre Juiz coator informou que as firmas cumpriram o pactuado, como prova o certificado do Departamento Nacional que juntou, nos seguintes termos:

«Pelo presente, certifico que os trabalhos contratados no ano de 1967 entre o 6º Distrito deste Departamento e a firma Hidrologia Comercial Ltda., sucedida por Hidrologia S.A. — Engenharia, Indústria e Comércio, no valor de Cr\$ 54.691,30 (cinquenta e quatro mil, seiscentos e noventa e um cruzeiros e trinta centavos), foram executados de acordo com o programa especificado por esta Divisão, através do Ofício nº 520-70, de 15 de dezembro de 1970, tendo sido os resultados dos referidos trabalhos entregues e protocolados sob o nº 703.664-71, neste departamento, constituindo-se de documentação técnica que formou processo sob o mesmo número de protocolo supracitado, encontrando-se nos arquivos desta Divisão».

E, como que para robustecer o contido nesta certidão, ainda certificou o Departamento Nacional:

«Pelo presente, certifico que, além dos trabalhos contratados em 1967 pelo então 6º Distrito deste Departamento, a que se refere certificado passado em 13 de março de 1973, por esta Diretoria, foi adjudicada às firmas Hidrologia Comercial Ltda. e Instru-

mental Hidráulica S.A., a realização de outros serviços técnicos no Estado da Bahia e em outras partes do território nacional; que, em novembro de 1969, celebrou este Departamento um contrato, no valor de Cr\$ 139.930,80, com a Hidrologia S.A. — Engenharia, Indústria e Comércio, para instalação da rede de esgotos de hidro-metria no Estado da Bahia, não constando qualquer inadimplência em que hajam incorrido as firmas Hidrologia Comercial Ltda. e Instrumental Hidráulico S.A. na execução do mesmo ou de outros contratos, celebrados com este Departamento, ou qualquer dos órgãos que lhe são subordinados, quer no tocante à falta de prestação de serviços ou de execução de trabalhos, quer pela omissão de entrega ou fornecimento de materiais ou equipamentos adquiridos ou locados e, finalmente, que não há nada a desabonar do ponto-de-vista técnico, profissional e ético, as duas firmas em questão, que seja do conhecimento deste Departamento através de sua Divisão de Águas.»

Tudo indica, pois, que a colaboração das firmas no peculato do chefe da repartição baiana não se deu, configurando-se a denúncia, neste caso, como um abuso de poder do Ministério Público. E que o Departamento Nacional, como se infere dos documentos que li, sabia dos adiantamentos para execução de serviços, mas que dependiam de programação que só se concluiu em 1970. E, coincidindo as informações do Departamento Nacional com as declarações prestadas pelo denunciado perante a Polícia Federal no Rio de Janeiro (fls. 121), declarações constantes do inquérito em que a denúncia se baseou, claro que esta não podia ser recebida contra o paciente. Cumprindo

com a sua obrigação logo que o Departamento lhe ofereceu as condições, desapareceu o interesse de agir que tinha por base o conluio, ou a combinação ilícita entre o paciente e o primeiro acusado. Este pode ter cometido o crime anunciado com a colaboração de muitos, como se diz, não com a do paciente, que continuou a merecer a confiança do Departamento Nacional.

Isto posto, por falta de justa causa para a propositura, e apenas por este motivo, pois que entendo que a ação podia ser proposta contra o principal entre os responsáveis pelas empresas, concedo a ordem para determinar o trancamento da ação penal.

Voto

O Sr. Min. Jorge Lafayette Guimarães: Sr. Presidente, meu voto é acompanhando o eminente Relator. O peculato é crime que exige dano ou prejuízo. No caso, não ocorre uma coisa nem outra. Houve irregularidades administrativas, isto é inegável, irregularidades graves, infração às leis que regem a parte financeira e contábil da administração pública. Mas, daí a se inferir a existência de peculato, há uma distância considerável, e não posso, *data venia*, concordar com a capitulação dada aos fatos, na denúncia, pelo Ministério Público.

Não se trata, sequer, de obra que tivesse sido feita *a posteriori*, depois de descoberta a irregularidade, como um meio de compor a situação. Houve um pagamento antecipado do preço, face a contingências, situação, aliás, irregular, mas comum, na administração. A firma contratante forneceu a respectiva documentação, assumiu compromisso expresso de que iria efetuar a construção, e assim o fez, de modo que os cofres públicos nada perderam.

Não houve dano, nem houve prejuízo. Não posso ver peculato nessa irregularidade, meramente administrativa. Acompanho, pois, o ilustre Ministro Relator.

EXTRATO DA ATA

HC nº 3.498 — BA, Rel: Min. Peçanha Martins. Imptes: Luiz Vicente Belfort de Ouro Preto e João de Melo

Cruz — Pacte: Flávio Marcos Costa Rodrigues.

Decisão: À unanimidade, concedeu-se a ordem, para excluir o paciente da denúncia, por falta de justa causa. (Em 13-12-74 — 1ª Turma).

Os Srs. Mins. Jorge Lafayette, Otto Rocha e Moacir Catunda votaram de acordo com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. *Moacir Catunda*.

HABEAS CORPUS Nº 3.553 — SP

Relator — O Exmo. Sr. Min. Amarílio Benjamin
Paciente — Júlio Rossi
Impetrante — Edson Giusti

EMENTA

Emissão de cheque sem fundos resgatado posteriormente mediante acordo com a parte credora. Descabimento de processo, inclusive inquérito policial.

Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal, Súmula 246, comprovado não ter havido fraude, não se configura o crime de emissão de cheque sem fundos. Assim, na espécie, se o paciente faz prova de que, emitido o cheque sem fundos, por engano, como alega, comunicou o fato à parte credora e, em seguida, logo se compôs, resgatando a dívida, mediante dação em pagamento, e recebendo plena quitação, torna-se evidente a impropriedade da ação penal. Merece, pois, deferimento o *habeas corpus* requerido, para que seja trancado o processo, inclusive o inquérito policial instaurado.

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

Decide a Segunda Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, conceder a ordem, determinando-se o trancamento da ação penal, na forma do relatório e notas taquigráficas anexas, que ficam fazendo parte

integrante do presente julgado. Custas de lei.

Brasília, 25 de abril de 1975. —
Amarílio Benjamin, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. *Amarílio Benjamin* (Relator): O Dr. Edson Giusti requereu *habeas corpus* em favor de Júlio Rossi, alegando encontrar-se o mesmo

sofrendo coação ilegal, representada por injustificada instauração de inquérito policial, conforme determinação do Dr. Juiz da 3ª Vara da Justiça Federal de São Paulo, por suposta infração do art. 171, § 2º, item VI, do Código Penal.

Em seu requerimento, o Advogado impetrante resume os fatos:

O paciente é titular da firma Rossi Loterias Ltda., que é credenciada pela Caixa Econômica Federal, em São Paulo, para recolher os prognósticos da Loteria Esportiva. Numa das prestações de contas, o paciente emitiu um cheque em favor da Caixa, sem a suficiente provisão de fundos. Alega que o fez por engano, porque havia recebido vários cheques em pagamento e que devido a diversas razões, não foram devidamente compensados. Logo, porém, que se deu a ocorrência, o paciente comunicou a situação à Caixa. Esta, ciente dos fatos, decretou incontinente a prisão administrativa de Júlio Rossi.

Aconteceu, porém, que no dia seguinte, isto é, a 12-9-74, Júlio Rossi e a Caixa Econômica entraram em acordo, e o cheque foi resgatado por meio de dação em pagamento.

A inicial está acompanhada de documentos que provam o entendimento havido e a liquidação da dívida. Não obstante, instaurado inquérito, a Polícia prosseguiu nas diligências, até que se dirigiu ao Dr. Juiz Federal, pedindo prazo para conclusão do processo.

O Dr. Juiz ouviu o Ministério Público; Júlio Rossi interveio, fazendo

ponderações, na idéia de que não tinha maior objetivo o inquérito ou processo criminal subsequente, em face da liquidação da dívida.

O Dr. Juiz, no entanto, de acordo com o Ministério Público, mandou que o inquérito prosseguisse por entender que somente no processo se poderia aferir, realmente, se teria ocorrido ou não crime. Daí é que vem o *habeas corpus*.

Tomei as informações, não só à Caixa Econômica, como ao Dr. Juiz e à autoridade policial. As respostas obtidas estão no processo e confirmam as ocorrências, inclusive a de que a dívida se acha liquidada.

É certo que o Dr. Juiz, em sua manifestação, defende o ponto-de-vista de que o inquérito deveria prosseguir, para que afinal se apurasse a existência ou não do delito.

Nesta Superior Instância, o Dr. Subprocurador-Geral da República, pelo parecer de fls. 105 a 107, opinou pelo deferimento da ordem.

O parecer do Ministério Público encontra-se assim ementado: (fls. 105)

«Em tese, inviável é o pedido de trancamento do inquérito policial, sob a alegação de constrangimento ilegal, dada a própria natureza deste momento pré-processual. Todavia, incontestavelmente demonstrada a extinção da punibilidade pelo pagamento do débito antes da formalização da acusação por fraude no pagamento, por meio de cheque — Súmula

nº 246 — não há porque se permanecer na *persecutio criminis*.»
É o relatório.

VOTO

O Sr. Min. Amarílio Benjamin (Relator): Conhecem os Srs. Ministros o velho debate que se estabeleceu, principalmente na doutrina, a respeito da natureza do crime de expedição de cheque, sem a necessária provisão. Grandes mestres do Direito sustentam que o crime é formal e se verifica tão-só com a prática do ato, sem necessidade de perquirir-se o resultado. Não obstante a autoridade de vários penalistas patricios e a indicação fornecida pela doutrina estrangeira e também por outros Códigos, venho, de antiga data, sustentando que a emissão de cheques sem fundos é crime material e, por isso mesmo, comporta a perquirição do dano produzido. Seja qual for, em nosso Direito, o assunto está solucionado perfeitamente, seja pela legislação, seja pela jurisprudência, no sentido da tese que adoto.

O Código Penal inclui a previsão do crime de cheques sem fundos no capítulo «Dos Crimes contra o Patrimônio», art. 171, § 2º, inciso VI:

«VI — emite cheques, sem suficiente provisão de fundos em poder do sacado, ou lhe frustra o pagamento».

A orientação, portanto, está subordinada ao próprio *caput* do crime de estelionato, art. 171:

«Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou man-

tendo em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento.»

Em resumo, desde que se apure que no fato não houve fraude, nem prejuízo, o crime não existe. Este é o entendimento do Supremo Tribunal Federal, decorrente da Súmula 246:

«Comprovado não ter havido fraude, não se configura o crime de emissão de cheque sem fundos».

O Supremo Tribunal Federal, em diversas oportunidades, reiterou sua posição, concedendo *habeas corpus* em favor de acusados, para impedir o inquérito policial ou para trancar a ação penal, quando feita a prova de que, embora emitido o cheque sem fundos, o emitente o honrou posteriormente. No caso dos autos, tal se verifica, pelo que concedo a ordem para, excepcionalmente, determinar o trancamento da ação penal, alcançando o próprio inquérito policial em andamento.

EXTRATO DA ATA

HC nº 3.553 — SP. Rel: Min. Amarílio Benjamin. Impte: Edson Giusti. Pacte: Júlio Rossi.

Decisão: Concedeu-se a ordem, determinando-se o trancamento da ação penal. Decisão unânime (em 25-4-75 — 2ª Turma).

Os Srs. Mins. Décio Miranda, Jarbas Nobre e Sebastião Reis votaram de acordo com o Relator. O Sr. Min. Sebastião Reis, Juiz Federal convocado, compareceu para compor *quorum* regimental. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Amarílio Benjamin.

RECURSO ORDINÁRIO Nº 941 — RS

Relator — O Exmo. Sr. Min. Sebastião Reis
Recorrentes — Valmor Portella e outros
Recorrido — Instituto Nacional de Previdência Social

EMENTA

Reclamação-trabalhista. O pacto laboral é um contrato — realidade, nasce do fato, transborda dos rótulos nominais, independente da vontade das partes e surge à revelia delas. O quadro fático, apurado nos autos, abonado por prova testemunhal idônea e coerente, é no sentido de que os Rectes.: médicos já diplomados, embora admitidos como «bolsistas», na verdade trabalharam para o recdo., em situação idêntica à dos demais colegas regidos pela CLT, desempenhando as mesmas tarefas permanentes e inerentes aos objetivos da instituição, com sujeição a horário e subordinação administrativa; os objetivos acenados pela bolsa de estudo, análise e pesquisa, foram inteiramente absorvidos pelo trabalho, em favor do recdo., de execução e estritamente profissional. Vínculo empregatício comprovado. Direito a férias, décimo-terceiro salário e anotações na carteira.

Negados o aviso-prévio, a equiparação salarial e gratificação de produtividade, por falta de prova dos pressupostos próprios.

Recurso provido, em parte.

ACÓRDÃO

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

Decide a Segunda Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, dar provimento, em parte, ao recurso por conhecer o vínculo empregatício dos reclamantes, de acordo com o Sr. Ministro Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Custas de lei.

Brasília, 18 de dezembro de 1974.
— *Amarílio Benjamin*, Presidente; *Sebastião Reis*, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. *Sebastião Reis* (Relator): Valmor Portella, Renato Nunes de Faria, ambos médicos, Isabel e Zilda Necoton Lazeti, assistentes-sociais, e

Nilza Maria Alves Molina, psicóloga, propõem a presente reclamatória trabalhista contra o Instituto Nacional de Previdência Social, na qual postulam o recebimento de diferenças salariais, gratificações de produtividade, aviso-prévio, férias, décimo-terceiro salário, recolhimento e reversão do FGTS, nos valores que indicam, bem como assinatura das respectivas carteiras de trabalho.

Alegam que prestavam serviços ao recorrido, de acordo com a formação profissional de cada um, quatro horas diárias, no mesmo regime de trabalho dos demais colegas de categoria profissional, e que, apesar disso, percebiam salários visivelmente inferiores àqueles, como se vê dos valores ora postos em confronto, além de não receberem os médicos a gratificação de produtividade, e todos, as demais parcelas já referidas, e que, ante o inadimplemento repetido dessas obrigações contratuais e previdenciárias, deram por rescindi-

do o contrato de trabalho, nos termos do art. 483, *d*, da CLT, em datas diferentes, conforme ora apontam; na oportunidade indicaram paradigmas e testemunhas.

O INPS, em sua defesa (fls. 31-2), pediu a improcedência da ação, argüindo não existir vínculo empregatício entre as partes, opondo que nos seus quadros os colegas dos recorrentes se distribuem por regimes jurídicos diferentes, em função da investidura respectiva, e que os suplicantes cursavam uma bolsa de estudos oferecida pelo recorrido aos recém-formados, a fim de que aperfeiçoassem e ampliassem seus conhecimentos adquiridos na Universidade, e que não desempenhavam propriamente uma função, mas eram treinados por técnicos de seu quadro, e que foram admitidos de acordo com as instruções das circulares 9 e 24, inexistindo, assim, relação empregatícia *in casu*; de outro lado, que as bolsas foram programadas por mais de um ano, não cursado, por que os interessados, de sua livre iniciativa, solicitaram o seu cancelamento, para tratar de interesses particulares; juntou os documentos de fls. 38-93.

Ouvidas as testemunhas arroladas, o MM. Juiz Federal *a quo*, o culto Magistrado Dr. Hermílio Gallant, através da sua douta sentença de fls. 94-6, julgou improcedente a ação.

Recorreram os autores, às fls. 101-5, desenvolvendo a tese do contrato-realidade do ajuste laboral; contra-razoado o recurso neste Tribunal oficiou a ilustrada Subprocuradoria-Geral, manifestando-se pela confirmação de sentença (fls. 144).

Após, os recorrentes anexaram os documentos de fls. 137-42, alegando configurarem o reconhecimento do vínculo empregatício, na espécie, pelo recorrido; ouvida novamente a douta Subprocuradoria-Geral, esta, às fls. 144, embora tenha admitido que a

análise objetiva dessas peças pudesse, em princípio, alterar o panorama jurídico do debate, deu-as, no entanto, como inoponíveis, por não autenticadas.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Min. Sebastião Reis (Relator): A r. sentença recorrida, ao dar pela improcedência da ação, partiu dos pressupostos de que os recorrentes não demonstraram cabalmente a existência do vínculo empregatício, como lhes cumpria, e que a prova colhida é no sentido de que os suplicantes frequentaram os serviços do recorrido na condição de bolsistas, situação de que se afastaram espontaneamente; essa qualidade é reconhecida pelos interessados no documento de fls. 51-3, onde declaram inexistir vínculo empregatício; outrossim, admite S. Exa. que a remuneração paga é mera ajuda financeira, conforme se vê de fls. 50.

Os recorrentes, em suas douts razões de recurso, sustentam a tese do contrato-realidade do pacto laboral e o surgimento do vínculo empregatício, independentemente da vontade das partes; criticam a sentença, quando inverteu o ônus do alegado, transferindo-o aos suplicantes; argüem que o vínculo trabalhista e o tratamento salarial discriminatório foram devidamente comprovados; a prova testemunhal idônea demonstra que se trata de prestação de serviço não eventual, mediante contraprestação certa, com sujeição hierárquica e exclusiva, não havendo confundir-se a situação de profissionais já diplomados com a de estudantes-bolsistas, estagiários, ou com aprendizes; afirmam que em lugar de treinamento e aperfeiçoamento, sob supervisão técnica, foram-lhe cometidas atribuições de execução, em regime de subordinação pertinentes à profissão, iguais às desempenhadas pelos colegas,

que percebem salários e acessórios ora pleiteados, desenvolvendo o já dito em audiência.

Vê-se dos autos que os recorrentes foram admitidos nos quadros do recorrido conforme plano instituído pelo INPS de concessão de bolsas de estudos para estagiários, sem vínculo empregatício, deferidas a profissionais legalmente habilitados, com dois anos, no máximo, de diplomação universitária, objetivando, através do planejamento adequado, proporcionar aperfeiçoamento e treinamento técnico-profissional, valendo a assistência aos beneficiários da previdência social como aplicação prática dos fins específicos perseguidos, com a duração máxima de 2 anos, promovendo-se a seleção mediante prova, tudo conforme instruções juntas aos autos, em particular às de fls. 56.

Na petição administrativa de fls. 51 os recorrentes, ao lado de outros colegas, manifestaram sua frustração, de bolsistas, pois em lugar de supervisão individual ou de grupo que lhes permitisse o aperfeiçoamento e treinamento que lhes fora acenado pelo INPS, a situação apresentada é a de trabalho profissional, produtividade igual aos demais vinculados, pontualidade e assiduidade, sob pena de desconto na forma da CLT, recusa de quaisquer direitos trabalhistas e previdenciários.

Inicialmente, não há confundir-se a posição dos estudantes-bolsistas com a dos bolsistas já diplomados, seja porque a primeira objetiva fins predominantemente práticos, seja porque na segunda os objetivos de prevalência técnica podem ser absorvidos, de fato, pelo desempenho de tarefas de execução estritamente profissionais, desvio que, ocorrido, suscita o debate ora cogitado.

No caso concreto, os suplicantes, profissionais liberais diplomados, habi-

litados em bolsas para fins de aperfeiçoamento e treinamento, alegam precisamente essa distorção, sustentando o surgimento do vínculo empregatício daí decorrente.

A esse propósito, informa a testemunha Rafael Célio, médico, às fls. 32-3:

«Todos os reclamantes encontravam-se trabalhando para o INPS durante o período em que lá exerceu atividades o depoente. PR. que todos os reclamantes neste período exerciam atividade de sua profissão, nas mesmas condições de depoente. PR. que, como o depoente, todos os reclamantes também costumavam assinar atestados e laudos médicos a serviço do reclamado. PR. que percebia o depoente ultimamente o salário aproximado de Cr\$ 1.100,00 cruzeiros e os reclamantes em torno de Cr\$ 600,00. PR. que o depoente com seus colegas executavam o seu serviço em equipes e dessas equipes também participavam os chamados bolsistas. PR. que o depoente como os bolsistas encontravam-se subordinados a uma chefia de serviço, no caso do depoente o Serviço de Assistência ao Menor Excepcional. PR. que o depoente percebia o 13º salário, e no seu caso não se verificava o Recolhimento para o Fundo de Garantia em virtude de não haver por ele optado; que com relação aos Reclamantes não percebiam eles 13º salário por serem bolsistas. PR. que os médicos como o depoente percebiam Gratificação de Produtividade, em que correspondia aos excessos de pessoas atendidas por, digo, durante, digo, além de número limitado para cada médico. PR. que não pode precisar o número exato de pessoas atendidas pelos recla-

mantes, mas sabe que a eles não era permitido exceder o número previamente fixado, isto durante o período em que lá trabalhou o depoente; que posteriormente soube através de terceiros que houve alteração desse critério relativamente aos que faziam jus à gratificação.»

Igualmente, a testemunha Marlene Coleta de Brum de Vielmond, assistente social, às fls. 34:

«Conhece as atribuições dos bolsistas a serviço do INPS, e que são as mesmas exercidas pela depoente como contratada sob a CLT; PR. que os bolsistas eram admitidos no INPS com a realização de concurso; PR. que na sua condição de Coordenadora recebeu no Serviço alguns bolsistas que ali desenvolviam atividades nas mesmas condições da depoente; que os bolsistas nesse serviço obedeciam normas prescritas pela Direção como qualquer outro servidor. PR. que sob a orientação da depoente só trabalhavam bolsistas, e assim não pode esclarecer se existia alguma distinção entre o trabalho dos mesmos e outros servidores; PR. que as bolsas eram fixadas pelo prazo de um ano e que em alguns casos houve prorrogação antes de terminar esse prazo, pelo órgão central. PR. que os bolsistas estavam sujeitos ao livro ponto, e sempre que havia falta eram os mesmos cortados; PR. que a depoente percebia 13º salário e também era feito o recolhimento do fundo de garantia, que não se verificava com relação aos bolsistas.»

Ainda, Cláudio Balduino Franzen, às fls. 35-6:

«Os reclamantes Walmor, Renato e Ivone trabalharam no

mesmo turno do depoente e estavam sujeitos ao livro ponto, sendo que Walmor primeiramente, quando trabalhou no turno do depoente, e posteriormente passou para o turno da noite; PR. que os bolsistas foram admitidos no serviço do reclamado através de uma prova de seleção e chamados através de edital; PR. que não se recorda com exatidão dos termos do edital, mas sabe que havia a exigência da apresentação de diploma com data inferior a dois anos da expedição do mesmo; PR. que soube por intermédio dos bolsistas que pretendiam eles pleitear sua permanência no serviço após o término dos dois anos; PR. que existiam nos serviços médicos assistentes-sociais contratados sob o regime da CLT e como bolsistas, e pode esclarecer que o trabalho executado pelos mesmos não diferia do desenvolvido pelo depoente; PR. que os bolsistas integrantes de seu turno eram subordinados ao depoente.»

Como se extrai das declarações prestadas por profissionais idôneos, os recorrentes, embora sob o nome de «bolsistas», na real verdade, trabalhavam para o INPS, em situação idêntica à dos demais colegas regidos pela CLT, sujeitos a horário de trabalho, desempenhando as mesmas tarefas, permanentes e inerentes aos objetivos da instituição, num regime de subordinação administrativa.

É certo que as instituições consideraram o atendimento aos associados da previdência social como aplicação prática de seus conhecimentos, mas *in casu* é irrecusável que os objetivos precípuos de bolsa, de ordem técnica, de estudo, análise e pesquisa, de aperfeiçoamento, enfim, foram inteiramente absorvidos pelo trabalho, em favor do

INPS, de natureza estritamente profissional.

O pacto laboral é um contrato realidade, nasce do fato, transborda dos rótulos nominais, independe da vontade das partes e surge à revelia delas; na espécie, à vista do Registro, ainda, que o INPS, como se vê da documentação junta às fls. 137-42, acabou por reconhecer aos bolsistas o *status* de servidores regidos pela CLT, quadro fático ora fixado, tenho como demonstrada a relação disciplinada pela CLT alegada pelos recorrentes.

Isto estabelecido, examinemos o direito dos recorrentes, quanto aos demais itens do pedido.

Nego a equiparação salarial, com as diferenças pretendidas, porque não há prova satisfatória, quanto aos requisitos do art. 461, § 1º, da CLT, no plano do tempo de serviço, da produtividade e da perfeição técnica de trabalho prestado; também, recuso o aviso-prévio, por ter ocorrido afastamento espontâneo do trabalho, da parte dos solicitantes (fls. 40-2) e rescisão indireta não comportar essa verba; outrossim, indefiro o pagamento de gratificação de produtividade por falta de prova, no particular.

Reconhecido o vínculo empregatício têm direito às férias e décimo-terceiro salário, na forma pedida, com exclusão da gratificação de produção, e, ainda, às anotações próprias na carteira de trabalho; aos valores apurados em execução são de acrescentar-se juros de mora e correção monetária na forma da lei.

Não há condenação em honorários de advogado, conforme jurisprudência deste Tribunal.

Dou provimento parcial ao recurso dos recorrentes, nos termos enunciados.

EXTRATO DA ATA

RO. nº 941 — RS. Rel.: Sr. Min. Sebastião Reis. Rectes.: Valmor Portela e outros. Recdos.: INPS.

Decisão: Deu-se provimento, em parte, ao recurso, por reconhecer-se o vínculo empregatício dos reclamantes, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Decisão unânime (em 18 de dezembro de 1974 — 2ª Turma).

Os Srs. Mins. Amarílio Benjamin e Jarbas Nobre votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. *Amarílio Benjamin*.

RECURSO ORDINÁRIO Nº 1.256 — GB

Relator — O Exmo. Sr. Min. Aldir G. Passarinho

Recorrente — Fernando Estelita Lins

Recorrida — União Federal (Hospital Naval Nossa Senhora da Glória)

EMENTA

Reclamação trabalhista. Indenização. Falta grave não regularmente apurada. Período anterior à opção pelo FGTS.

Se antes da opção já perfizera o empregado dez anos de serviço, não pode ser despedido por falta grave e, portanto, sem indenização, relativamente a tal tempo, sem que seja ela regularmente apurada.

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

Decide a Terceira Turma do Tribunal Federal de Recursos dar provimento parcial ao recurso, por maioria,

na forma do relatório e notas taquígráficas precedentes, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Custas de lei.

Brasília, 13 de dezembro de 1974.
— José Néri da Silveira, Presidente;
Aldir G. Passarinho, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. Aldir Passarinho (Relator): Fernando Estellita Lins propôs reclamação trabalhista contra a União Federal (Hospital Naval Nossa Senhora da Glória — Ministério da Marinha), pleiteando, sob a alegação de despedida injusta, e por ser estável, indenização em dobro, correspondente ao período de estabilidade, com acréscimo do prejudicado nº 20; 13º salário proporcional referente ao período de 1 de janeiro a 28 de fevereiro de 1973, e mais juros de mora e correção monetária, e, ainda, honorários de advogado.

Fundamentando o pleiteado, disse o postulante ter sido admitido, como médico do aludido Hospital, em 29-3-56, tendo sido seu último salário, quando recebeu o aviso-prévio em 29 de janeiro de 1973, o de Cr\$ 1.135,00 (um mil, cento e trinta e cinco cruzeiros) mensais; que passou a ser optante do FGTS somente em 1 de fevereiro de 1970, quando já contava 14 anos ininterruptos de serviços prestados à reclamada, sendo, portanto, já estável, em tal época, pelo que faz jus à indenização em dobro; que foi despedido, mas apenas lhe foi dado o aviso-prévio e a guia para levantamento do FGTS correspondente ao período da opção, isto é, a partir de 1 de fevereiro de 1970 até 28 de fevereiro de 1973.

A União Federal ofereceu sua contestação, na oportunidade da audiência, verbalmente, tendo alegado, então, em

resumido, o seguinte: que o reclamante foi admitido a 1-9-69, como empregado da AMSA, atualmente Hospital Naval Nossa Senhora da Glória; que foi despedido em 28-2-73, pelas suas inúmeras faltas ao serviço, tendo, inclusive, sido advertido, pois mantinha ele vínculo empregatício com a FUNABEM, com horário integral de trabalho; que o demandante recebeu o 13º salário. Contesta tudo o mais pleiteado em global, e sustenta, outrossim, a ocorrência de prescrição bial.

Com a petição de fls. 38 a União juntou documento comprobatório do pagamento do 13º salário.

Foram ouvidas testemunhas e o reclamante prestou depoimento pessoal.

Em razões finais, manifestaram-se as partes, sustentando o reclamante ter sido admitido, realmente, em 20-3-56, e até a data da sua demissão prestou bons serviços ao reclamado, com assiduidade, tendo exercido várias chefias, e sem qualquer punição; que mereceu elogios, pelo que não tem fundamento a alegação sobre ter sofrido punição e não ser cumpridor dos seus deveres; que, assim, tem direito ao que pleiteia.

A União, a seu turno, declarou ter ficado provado que o demandante foi admitido somente em 1-9-69, conforme resultados documentos de fls. 12 a 16, além dos depoimentos das testemunhas, tendo ficado demonstrado que o reclamante não era assíduo, afastando-se, deliberadamente, do seu trabalho na reclamada, ora recorrida, em face das outras atividades que exercia.

O MM. Juiz *a quo* veio a julgar a ação improcedente, e condenou o autor nas custas e em honorários de advogado.

Inconformado, recorreu o reclamante, sustentando que a sentença entendeu que a admissão tivera opoio

no art. 482, letra e, da CLT, para os efeitos da regulação dos direitos relativos ao tempo anterior à opção, quando é certo que a prova é no sentido da inexistência de justa causa para sua dispensa. Afirma, ainda, que, sendo ele empregado com 17 anos ininterruptos de serviço, precisaria que a falta fosse revestida de especial gravidade, o que no caso não ocorre, pois os documentos de fls. 13 a 15, em que a sentença buscou fundamentos, eram desconhecidos dele, recorrente, até a data da audiência, e tais documentos foram transformados em prova de advertência por faltas ao trabalho em 2 (dois) dias do mês de agosto, 4 (quatro) dias do mês de setembro e 3 (três) dias do mês de outubro de 1972, sem haver sido mesmo oferecida prova do controle de registro de frequência, nem, tampouco, sido comprovadas as faltas apontadas pelos comprovantes de pagamento. Alega, ainda, que os depoimentos de fls. 42 e 43, repleto de contradições, não provaram sua desídia, sendo certo que após as «advertências» que lhe teriam sido feitas em 1972, veio ele a ter renovado seu contrato de trabalho em janeiro de 1973 (fls. 23 a 25), pelo que tais advertências não podem ser consideradas, pela sua inatualidade, como justa causa para a dispensa, mas, se houve justa causa, não lhe poderia ter sido pago aviso prévio e dada autorização para sacar o FGTS, na forma como o foi. Assim, finaliza, a sentença deve ser reformada.

A União ofereceu suas contra-razões, sustentando ter havido prova bastante do comportamento desidioso do reclamante no exercício de suas funções, além de deter ele outros empregos de médico, nos quais dava tempo integral, em razão do que veio a ser demitido, tendo recebido aquilo que fazia jus.

A douta Subprocuradoria-Geral da República, junto a este Tribunal,

pede a confirmação da sentença, exceto no que diz respeito a honorários advocatícios, nos quais foi condenado o ora recorrente, em face da tranqüila jurisprudência a respeito, e destaca alguns trechos da decisão recorrida para mostrar ter havido, realmente, justa causa para a dispensa.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Min. Aldir G. Passarinho (Relator): Assim expôs o MM. Juiz *a quo*, o ilustrado Dr. Evandro Gueiros Leite, a controvérsia:

«Vistos, etc. Fernando Estellita Lins propõe esta Reclamação Trabalhista contra o Hospital Naval Nossa Senhora da Glória, do Ministério da Marinha, para obter indenização em dobro, com acréscimo do Prejulgado nº 20, 13º salário proporcional ao período indicado, juros de mora, correção monetária e honorários advocatícios. O reclamante foi admitido como médico em 20 de março de 1956. Em 29 de janeiro recebeu aviso prévio, quando percebia o salário mensal de Cr\$ 1.135,00. Optou pelo FGTS somente em 1º de fevereiro de 1970, quando já era estável, com 14 anos ininterruptos, fazendo, pois, jus à indenização na forma do Prejulgado nº 20. Como recebeu do reclamado, tão-só, aviso prévio e guia para o levantamento do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, vem a Juízo com esta ação, cuja procedência depreca para os fins objetivados, conforme está às fls. 2 e 3 da petição inicial. Realizou-se a primeira audiência de conciliação e julgamento, na qual o reclamado contestou (fls. 31), alegando que o reclamante foi demitido em virtude das inúmeras

faltas ao serviço, sendo advertido. Além disso, mantinha ele vínculo empregatício com outro órgão, com horário integral. Argüiu, ainda, a prescrição bienal e juntou documentos, que se encontram às fls. 11-30. A União Federal oficiou às fls. 38, comprovando que o reclamante recebera quantia alusiva ao 13º salário (fls. 39). Foram ouvidas testemunhas (fls. 41-43) e realizou-se, em seguida, a 2ª audiência de conciliação e julgamento, com razões finais. Tudo visto e examinado, decido: Dos autos se verifica que o reclamante ingressou no serviço de Assistência Médico-Social da Armada (AMSA) em 20 de março de 1956, conforme anotação em sua Carteira Profissional (fls. 23). Consta, ainda, do mesmo documento (fls. 24) a renovação de contrato, em junho de 1970. Em 1º de janeiro de 1973 assinou ele, no Hospital Naval Nossa Senhora da Glória, o contrato de trabalho nº 15, visto às fls. 25, com vigência até 31 de dezembro de 1973, contrato esse que foi rescindido um mês depois de assinado, isto é, em 28 de fevereiro do mesmo ano. Há, portanto, relação empregatícia que começa em 1956, na AMSA, e termina em 1973, no Hospital Naval Nossa Senhora da Glória, sabendo-se não ter havido solução de continuidade na dita relação, enquanto perdurou, isso também pela palavra da testemunha Caio Antonio Telles Bardy, médico do mesmo Hospital (fls. 41), a que não se fez contraprova válida. É certo, porém, que o reclamante optou, em 1º de fevereiro de 1970, pelo regime do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, época em que já contava com 14 anos ininterruptos de ser-

viços médicos prestados à Marinha, seja na AMSA e depois no Hospital. Tendo sido demitido em 28 de fevereiro de 1973, recebeu, segundo ele, apenas o aviso prévio e foi autorizado a levantar o FGTS, de modo que se acha também com direito à indenização em dobro, correspondente ao período da estabilidade, com o acréscimo previsto no Prejulgado nº 20, do TST (fls. 2, item 3). Não há dúvida que o reclamante dispunha, até a data da opção (1-2-70), de mais de 10 anos de serviços médicos prestados à Marinha de Guerra, de modo que se encontra ressalvado, em termos, o seu direito quanto a essa parte anterior, *ex vi* do disposto no art. 16, da Lei nº 5.107-66. É ler-se:

«Art. 16. Os empregados que, na forma do art. 1º optarem pelo regime desta Lei terão, na ocorrência de rescisão do contrato de trabalho, regulados os direitos relativos ao tempo anterior à opção, de acordo com o sistema estabelecido no Capítulo V do Título IV da CLT, calculada, porém, a indenização, para os que contem 10 (dez) ou mais anos de serviço, na base prevista no artigo 497 da mesma CLT. Pelo tempo de serviço posterior à opção, terão assegurados os direitos decorrentes desta Lei» (Cf. doc. de opção às fls. 28).

Os direitos anteriores à opção regulam-se, contudo, segundo aquele art. 16, pelo sistema indicado no Capítulo V, da CLT, deixando o empregado em face de dois textos principais, a saber: a) art. 477, quando a rescisão tenha ocorrido sem que o empregado lhe tenha dado causa, assim

com direito a uma indenização; b) art. 482, quando a rescisão tenha ocorrido por justa causa, assim sem direito a ser indenizado. Ora, segundo a prova suficientemente feita nos autos, o reclamante, de um certo tempo à data da rescisão do seu contrato, mostrava-se desidioso no desempenho das suas funções médicas, deixando de comparecer aos plantões sem motivo justificado. A respeito, vejamos os documentos de fls. 12-14, que comprovam a falta de comparecimento aos plantões, embora houvesse o empregador tentado remanejar as respectivas escalas, em benefício do reclamante, conforme comunicação feita, ao mesmo, pelo próprio Diretor do Serviço, verificando-se, ainda, que o problema não era novo (fls. 29). Sobre o assunto há também a prova testemunhal. Oswaldo Luiz de Athayde, Diretor do Hospital Naval Nossa Senhora da Glória desde 30 de novembro de 1972, antes pois da demissão do reclamante, informou que o mesmo não tinha freqüência normal ao trabalho, o que lhe foi comunicado pelo seu chefe direto e comprovado nos registros do órgão, elementos esses fornecidos à defesa (folhas 42). Aymoré Fernandes Quadra, Chefe da Clínica Obstétrica do Hospital e, portanto, chefe do reclamante, informou, de ciência própria, que o mesmo não era assíduo ao trabalho nos últimos meses do ano de 1972 e que as suas amiudadas faltas chegaram a impossibilitar até a sua substituição por outros colegas (fls. 43). Contrariamente a esses depoimentos, temos o do médico Caio Antônio Telles Bardy, que disse do reclamante raver o mesmo se desempenhado com exação das suas

tarefas, não sendo um funcionário faltoso. Mas é de ver-se que essa testemunha se desligara do Hospital antes que surgisse a causa demissória do reclamante (fls. 41, *in fine*). O reclamante também foi advertido, várias vezes (fls. 13 e 15). E dele se disse, ainda, que tinha outros empregos de médico, nos quais dava tempo integral. Ele mesmo admite, às fls. 41 *verso*, que também é médico do Hospital dos Servidores do Estado. Nos depoimentos de fls. 42 e 43, do Diretor e do Chefe da Clínica Obstétrica do referido Hospital, se lê que o reclamante prestava serviços à BENFAM, às custas da qual teria que se afastar do País, de modo que, não sendo possível um acertamento nos plantões, impossível ser-lhe-ia continuar. Acho, pois, que a demissão do reclamante teve apoio no art. 482, letra e, da Consolidação, que se aplica à hipótese para os efeitos da regulação dos direitos relativos ao tempo anterior à opção (art. 16, Lei nº 5.107-66), sabendo-se que a menção ao art. 497, do mesmo contexto, é no sentido da sua aplicação, mas condicionada ao reconhecimento daquele direito. O reclamante admite haver recebido aviso prévio, o que se comprova às fls. 26. É mais, que foi autorizado a movimentar o seu Fundo de Garantia, correspondente aos depósitos posteriores a 1970 (fls. 27-28 e 17). Pretende, além da indenização em dobro (a que não faz jus), o 13º salário proporcional ao período de 1-1-73 a 28-2-73. A reclamada comprovou, às fls. 39, o pagamento dessa verba em 13 de março de 1973, como última a que tinha direito o reclamante, em face do aviso prévio com validade a partir de

29 de janeiro do mesmo ano (fls. 26). Nestes termos, julgo improcedente a reclamação e condeno o seu autor nas custas e nos honorários advocatícios, estes arbitrados em 0,5% (meio por cento) sobre o valor dado à causa. Assim faço, quanto aos honorários, coerentemente com o meu ponto-de-vista de que, ocorrendo sucumbência, serão devidos os honorários.»

Entretanto, *data venia* das razões expandidas na R. sentença, não posso mantê-la.

Vejamos porque.

A R. sentença reconhece que o empregado era estável, posto que, antes de optar pelo Fundo de Garantia de Tempo de Serviço já perfizera o decênio assegurado de estabilidade.

Entretanto, aceitando as alegações de o ora recorrido ser o empregado faltoso ao serviço, o que caracterizaria sua desídia, considerou cabível a demissão do empregado, ora recorrente.

Entretanto, tendo o ora recorrente mais de dez anos anteriores à opção evidentemente não poderia ser dispensado sem indenização sem que houvesse inquérito judicial para apuração de falta grave, a este não se realizou.

Admitem alguns que ou se tratando de servidores públicos suficiente se tornaria o inquérito administrativo, pois se é este bastante para apurar faltas graves do funcionário público, deverá sê-lo igualmente em se tratando de empregado sob o regime da CLT.

Observa-se, porém, que não houve também tal inquérito.

Certamente entendeu a União que não havia razão para o inquérito judicial, por não considerar que o reclamante, ora recorrente, era funcionário estável antes da opção.

Apóia-se a União, para tanto, no documento de fls. 16, segundo o qual consta como data de admissão o dia 1º de setembro de 1969. Ocorre, porém, que, realmente, conforme alegado na inicial, se vê ter sido o recorrente admitido na Assistência Médico Social da Armada (AMSA) do Ministério da Marinha, em 20 de março de 1956, conforme anotação constante de sua carteira profissional e que se encontra por cópia autenticada às fls. 23 e sobre a qual não foram opostas dúvidas. E às fls. 24 se vê anotação de renovação do contrato, já em 1970.

A testemunha do recorrente assevera que este entrou no serviço da AMSA em 1956, esclarecendo que o ingresso se fazia a título precário, sendo que ele, depoente, também foi médico daquele estabelecimento de assistência médica, tendo sido contemporâneo o do ora recorrente.

A segunda testemunha do recorrido, Chefe da Clínica Obstétrica do Hospital Naval N. S. da Glória, do Ministério da Marinha, por sua vez, declara que há uns cinco anos, pelo menos, o recorrente trabalhava na referida Clínica, o que já por aí vem mostrar anterioridade de prestação de serviço do reclamante em relação à data pela União indicada como o de sua admissão.

Assim, estou com a sentença quando reconhece o período anterior à opção. Não a endosso, contudo, quando vem a julgar a ação improcedente sem que tivesse havido inquérito judicial para apuração de falta grave e nem mesmo inquérito administrativo, para o mesmo fim, que pudesse justificar o não pagamento da indenização.

Anote-se, por último, a título apenas de observação, que as duas advertências aplicadas ao recorrente, conforme se vê às fls. 13 e 15, por faltas ao serviço, são de 5 de outubro

de 1972 e 31 de outubro do mesmo ano, inatuais, portanto, para a pena de demissão aplicada, sendo mesmo certo que após aquelas datas veio a ser assinado um contrato de trabalho, em 1 de janeiro de 1973, e já em 29 do mesmo mês lhe foi dado o aviso prévio, conforme se vê às fls. 25 e 26, o que só por si descaracterizaria a alegação de falta grave.

Dou, assim, provimento ao recurso para julgar procedente, em parte, a reclamatória, condenando a União a pagar indenização em dobro, relativamente ao período de 20 de março de 1956 a 29 de janeiro de 1973, com acréscimo do prejudicado nº 20, com acréscimo de juros de mora e correção monetária, esta a ser aplicada de conformidade com o disposto no Decreto-lei nº 75, de 1966. Deixa de haver condenação na parcela referente ao 13º salário, eis que já foi ele pago, conforme se vê pelo documento de fls. 39 e em honorários de advogado, que não são devidos nas questões trabalhistas, conforme remansosa jurisprudência a respeito, salvo na hipótese de assistência judicial gratuita, o que não é o caso.

É o meu voto.

EXTRATO DA ATA

RO. nº 1.256 — GB. Rel.: Sr. Min. Aldir Passarinho. Recte.: Fernando Estellita Lins. Recda.: União Federal (Hospital Naval Nossa Senhora da Glória).

Decisão: Após o voto do Sr. Ministro Relator, dando provimento em parte ao recurso, pediu vista dos autos o Sr. Min. Néri da Silveira, aguardando o Sr. Min. Sebastião Reis. Impedido o Sr. Min. Esdras Gueiros (em 18-10-74 — 3ª Turma).

Presidiu o julgamento o Sr. Min. José Néri da Silveira.

VOTO (VISTA)

O Sr. Min. José Néri da Silveira: Após o voto do Sr. Ministro Relator, provendo parcialmente o recurso, pedi vista dos autos.

O recorrente era médico do Hospital Naval N. S. da Glória, do Ministério da Marinha, no Rio de Janeiro, admitido em 1956, passando a ser optante em 1-2-1970, quando já estável.

Ao ser despedido, recebeu aviso-prévio e guia para levantamento do FGTS do período opcional, pretendendo, agora, indenização em dobro correspondente ao período da estabilidade e 13º salário proporcional ao período de 1-1-1973 a 28-2-1973.

A inviabilidade de lograr o reclamante amparo no art. 16, da Lei nº 5.107, de 1966, *in casu*, resulta efetivamente da circunstância de sua dispensa ter sido fundada em justa causa.

A prova dos autos bem examinada na sentença evidencia que a conduta do recorrente, como empregado, ensejou o procedimento da Administração.

Às fls. 48-50, assim deduziu seu entendimento o ilustre Magistrado *a quo*:

«Ora, segundo a prova suficientemente feita nos autos, o reclamante, de um certo tempo à data da rescisão do seu contrato, mostrava-se desidioso no desempenho das suas funções médicas, deixando de comparecer aos plantões sem motivo justificado.

A respeito, vejam-se os documentos de fls. 12,14, que comprovam a falta de comparecimento aos plantões, embora houvesse o empregador tentado remanejar as respectivas escalas, em benefício do reclamante, conforme comuni-

cação feita, ao mesmo, pelo próprio Diretor do Serviço, verificando-se, ainda, que o problema não era novo (fls. 29).

Sobre o assunto há também a prova testemunhal.

Oswaldo Luiz de Athayde, Diretor do Hospital Naval Nossa Senhora da Glória desde 30 de novembro de 1972, antes pois da demissão do reclamante, informou que o mesmo não tinha frequência normal ao trabalho, o que lhe foi comunicado pelo seu chefe direto e comprovado nos registros do órgão, e elementos esses fornecidos à defesa (fls. 42).

Aymoré Fernandes Quadra, Chefe da Clínica Obstétrica do Hospital, e, portanto, chefe do reclamante, informou, de ciência própria, que o mesmo não era assíduo ao trabalho nos últimos meses do ano de 1972, e que as suas amiudadas faltas chegaram a impossibilitar até a sua substituição por outros colegas (fls. 43).

Contrariamente a esses depoimentos, temos o do médico Caio Antonio Telles Bardy, que disse do reclamante haver o mesmo se desempenhado com exatidão das suas tarefas, não sendo um funcionário faltoso. Mas é de ver-se que essa testemunha se desligara do Hospital antes que surgisse a causa demissória do reclamante (fls. 41, *in fine*).

O reclamante também foi advertido várias vezes (fls. 13 e 15). E dele se disse, ainda, que tinha outros empregos de médico, nos quais dava tempo integral. Ele mesmo admite, às fls. 41 verso, que também é médico do Hospital dos Servidores do Estado.

Nos depoimentos de fls. 42 e 43, do Diretor e do Chefe da Clínica Obstétrica do referido Hospital, se lê que o reclamante prestava serviços à BENFAM, às custas da qual teria que se afastar do País, de modo que, não sendo possível um acertamento nos plantões, impossível ser-lhe-ia continuar.

Acho, pois, que a demissão do reclamante teve apoio no art. 482, letra e, da Consolidação, que se aplica à hipótese para os efeitos da regulação dos direitos relativos ao tempo anterior à opção (art. 16, Lei nº 5.107-66), sabendo-se que a menção ao art. 497, do mesmo contexto, é no sentido da sua aplicação, mas condicionada ao reconhecimento daquele direito.»

A condenação, todavia, em honorários, advocatícios, não deve prevalecer, em consonância com a jurisprudência que não a admite em casos tais.

Para tanto, dou provimento apenas em parte ao apelo para excluí-la, confirmando, no mais, a sentença.

VOTO

O Sr. Min. Sebastião Reis: Entendeu o Relator que, antes da opção, já era o reclamante titular da estabilidade e que esta condição não teria ficado prejudicada com a opção posterior. De outro lado, ponderou S. Exa. que, em se tratando de servidor estável, se impunha inquérito judicial pertinente para sua dispensa, e que, na hipótese, não houve essa formalidade, nem a de inquérito administrativo.

Postas essas premissas, concluo, com o Sr. Ministro Relator, que, realmente, não tendo havido essas forma-

lidades prévias, assecuratórias do direito de defesa ao funcionário estável, não há como se falar em despedida com justa causa. Nessa ordem de idéias, acompanho o voto, integralmente, do Sr. Ministro Relator.

EXTRATO DA ATA

RO. nº 1.256 — GB. Rel.: Sr. Min. Aldir Passarinho. Recte.: Fernando Estellita Lins. Recda.: União

Federal (Hospital Naval Nossa Senhora da Glória).

Decisão: Prosseguindo-se no julgamento, a Turma por maioria, deu provimento parcial ao recurso, contra o voto do Sr. Min. Néri da Silveira (em 13-12-74 — 3ª Turma).

O Sr. Min. Sebastião Reis votou com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. José Néri da Silveira.

RECURSO ORDINARIO Nº 1.392 — SP

Relator — O Exmo. Sr. Min. Paulo Távora
Recorrente — Juiz Federal da 7ª Vara, *ex officio*
Recorrente — Serviço Federal de Processamento de Dados - SERPRO
Recorrida — Rosimeire Andrade

EMENTA

Trabalho. Processo. Rescisão. Nulidade. Não argüida a nulidade pela falta de conciliação final, descabe a decretação de ofício (CLT, art. 795).

Sentença. A inserção de sua notícia no jornal oficial, sem comunicação às partes na audiência prevista nem mediante registro postal, não tem efeito de intimação regular (CLT, art. 852).

Empresas Públicas. Regem-se pelas normas aplicáveis às empresas privadas, não se beneficiando do privilégio processual de ampliação do prazo ou do recurso de ofício (CF 69, art. 170, § 2º).

Rescisão. A ação junto a colegas para suspender a prestação de serviço no recinto e em horário de trabalho constitui justa causa de rescisão contratual.

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

Decide a Segunda Turma do Tribunal Federal de Recursos, à unanimidade, não tomar conhecimento do recurso de ofício. Conhecido o recurso voluntário, ao mesmo dá-se provimento, para reformar a sentença e julgar improcedente a reclamação, na forma do relatório e notas taquigráficas retro,

que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Custas de lei.

Brasília, 4 de setembro de 1974. —
Amarílio Benjamin, Presidente; *Paulo Távora*, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. Paulo Távora (Relator): Por sentença de fls. 61, foi julgada procedente em parte a reclamação da Autora para condenar o Ser-

viço de Processamento de Dados — SERPRO — a pagar aviso prévio e expedir guia de movimentação de Fundo de Garantia em favor da Postulante com acréscimo de 10%.

Repeliu a alegação de falta grave, por não comprovada a baixa produção, o desacato a superior e o aliciamento à paralisação do trabalho. Recorreu de ofício.

O SERPRO interpõe recurso (folhas 66) e a Autora contradita as folhas 74, argüindo, preliminarmente, a intempestividade do apelo voluntário e o descabimento do *ex officio*.

A Subprocuradoria-Geral da República subscreve as razões do Recorrente para efeito de provimento (fls. 87).

É o relatório.

VOTO-PRELIMINAR

O Sr. Min. Paulo Távora (Relator): Descabe o recurso de ofício. O SERPRO é empresa pública (Lei número 5.615, de 13-10-1970). Vale dizer, explora atividade econômica e se rege pelas normas de Direito do Trabalho, aplicáveis às empresas privadas, na forma do art. 170, § 2º da Constituição de 1969. Não se beneficia, assim, nem do prazo em dobro para o recurso voluntário, nem da via de ofício que o Decreto-lei nº 779, de 21 de agosto de 1969 reserva às autarquias e às fundações que não explorem atividade econômica.

Cita-se a propósito decisão da Egrégia Primeira Turma no RO nº 698, Relator Ministro Jorge Lafayette, nestes termos:

«Não se conhece de recurso de ofício por incabível, se vendida foi uma empresa pública não abrangida pela norma do art. 1º, V, do Dec.-lei nº 779-69» (DJ de 3-12-1973, pág. 9.197).

Não conheço do recurso *ex officio*.

Quanto à preliminar de intempestividade, a presença foi publicada no Diário Oficial de 29-11-1973, 5ª feira, conforme certidão de fls. 65. Certificou-se a entrega do recurso em Cartório a 12-12-1973, despachado no dia seguinte segundo os registros de folhas 66.

Verifica-se, contudo, que na última assentada, presentes as partes, o Dr. Juiz marcou «o dia 9 de março de 1973, às 14,00 horas para audiência de conciliação e julgamento e conciliação final» (fls. 44).

Conclusos a 26-2-1973, os autos baixaram à Secretaria em 25-9-1973 com a sentença (fls. 60).

Omitiu-se a oportunidade da conciliação final. Todavia, no processo trabalhista, a única nulidade decretável de ofício é a de incompetência de foro. As demais não serão declaradas senão mediante provocação das partes (CLT, art. 795). Como os litigantes abstiveram-se de argüir o defeito, desprezo a ocorrência.

Não procede, outrossim, a preliminar de intempestividade. No processo de dissídio individual, a regra é a intimação pessoal da sentença em audiência:

«Art. 852 — Da decisão serão os litigantes notificados, pessoalmente, ou por seu representante, na própria audiência. No caso de revelia, a notificação far-se-á pela forma estabelecida no § 1º do artigo 841».

Compreende-se que assim seja, porque a parte pode atuar na instância trabalhista, pessoalmente, independente de advogado. Se for analfabeto, inócua será a ciência pela publicação em jornal.

Daí a exigência da notificação oral. O art. 852 só abre exceção quando houver revelia, hipótese em que a comunicação deve fazer-se por registro postal.

A conclusão confirma-se pelo artigo 834 que, inserto no capítulo do «Processo em Geral», reitera a norma específica para a reclamação individual:

«Art. 834 — Salvo nos casos previstos nesta Consolidação, a publicação das decisões e sua notificação aos litigantes, ou a seus patronos, consideraram-se realizadas nas próprias audiências em que forem as mesmas proferidas.»

No caso, as partes compareceram a todos os atos do processo e a decisão não foi publicada na audiência prevista. Não podem os demandantes ficar em situação pior que o revel, a quem se assegura, pelo menos, a ciência da sentença pelo Correio.

A divulgação em folha oficial não operou efeito regular de intimação para determinar o fluxo do prazo do recurso. O apelo é tempestivo e dele conhecido.

VOTO-MÉRITO

O Sr. *Min. Paulo Távora* (Relator): No mérito houve três acusações contra a Autora.

A redução proposital de produtividade foi afastada pela encarregada da seção. Esta declarou ser bom o rendimento de trabalho da Reclamante e nem ter observado baixa em sua produção (fls. 19v.).

O incidente entre a Postulante e a chefe imediata não assumiu as proporções de desacato.

O mal-estar resultante da queixa da encarregada ao superior por ganhar

clusive a reclamante presente na ocasião, gerou a reação da Autora, sem configurar uma intenção de desautoramento.

Finalmente, a paralisação temporária e geral do trabalho, motivada por desinformação sobre aumento salarial, ocorreu em 8 de junho. Ainda que o depoimento da encarregada possa ressentir-se do incidente ocorrido entre ambas, a atividade aliciatória da Autora está comprovada no depoimento de sua companheira de trabalho às fls. 20. A Reclamante procurou fugir às conseqüências da atitude, afirmando que se achava na enfermaria. Mas, a própria testemunha que arrolou às fls. 18v. informa de sua participação no movimento.

A circunstância de a rescisão do contrato ter-se verificado somente 11 dias depois, não induz perdão nem falta de imediação. Trabalhavam no local cerca de 70 pessoas e a necessidade de apurar as responsabilidades, de que resultou a despedida de seis empregados (fls. 16), não podia ser realizada de pronto.

A ação junto a colegas para suspender a prestação de serviço no recinto e em horário de trabalho constitui falta grave.

Dou provimento ao recurso, para julgar improcedente a reclamação.

EXTRATO DA ATA

RO nº 1.302 — SP. Rel.: Sr. Ministro Paulo Távora. Rectes.: Juiz Federal da 7ª Vara e Serviço Federal de Processamento de Dados — SERPRO. Recda.: Rosimeire Andrade.

Decisão: À unanimidade não se tomou conhecimento do recurso de ofício. Conhecido o recurso voluntário,

ao mesmo deu-se provimento para reformar a sentença e julgar improcedente a reclamatória (em 4-9-74 — 2ª Turma).

Os Srs. Mins. Amarílio Benjamin e Décio Miranda votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. *Amarílio Benjamin*.

REVISÃO CRIMINAL Nº 324 — SP

Revisor — O Exmo. Sr. Min. Armando Rollemberg

Relator — O Exmo. Sr. Min. Amarílio Benjamin

Requerente — Mário Vicidomini

EMENTA

Revisão Criminal. Quando não tem cabimento. Improcede a revisão de condenação que encontra apoio na prova dos autos.

Quanto à redução da pena, o pedido ficou prejudicado, em face de acórdão do Supremo Tribunal, atendendo à pretensão.

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

Decide o Plenário do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, indeferir a revisão, na forma das notas taquigráficas anexas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Custas de lei.

Brasília, 22 de abril de 1975. — *Márcio Ribeiro*, Presidente; *Amarílio Benjamin*, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. *Amarílio Benjamin* (Relator): Mário Vicidomini requereu revisão criminal da ação processada perante o Juízo da 3ª Vara Federal de São Paulo, na qual foi condenado a 2 (dois) anos de reclusão, como incurso nas sanções do art. 334 (*caput*), c/c o inc. II e parágrafo único do artigo 12, do Código Penal, requerendo sua absolvição, posto que a sentença contraria a evidência dos autos, ou a redução da pena que lhe foi aplicada por critério manifestamente ilegal. Para tanto, argüiu que, embora tecni-

camente primário, foi condenado à pena de 2 (dois) anos de reclusão por tentativa de descaminho. Esclarece que esta corte, ao apreciar o HC. 2.828, impetrado em seu favor, anulou a sentença condenatória, por excesso na fixação da pena-base e insuficiência de fundamentação quanto à intensidade do dolo do agente (fls. 26/38). Todavia, o Dr. Juiz *a quo*, em cumprimento ao r. *decisum*, prolatou nova sentença, persistindo na manutenção da mesma pena (fls. 39/48). Irresignado, o réu lançou mão de novo *habeas corpus* (HC. 3.194, fls. 49/58). Indeferida a ordem à consideração de que se pretendia reexame de fato e provas, o acusado interpôs recurso ordinário para o Egrégio Supremo Tribunal Federal, que pende de julgamento (RHC. 52.523, fls. 59/68). Alega cingir-se o recurso à ilegalidade quanto ao critério adotado pela r. sentença condenatória, na fixação da pena, tendo em vista a primariedade do réu.

Por outro lado, afirmou ser a r. sentença rescindenda contrária à evidência dos autos, onde não se encontram provas suficientes para a própria con-

denação. Ainda que admitida a materialidade do delito, não há como estabelecer-se o nexó causal entre os atos concretos imputáveis ao réu e os fatos criminosos da acusação. Em sua petição, arrola as circunstâncias que considera essenciais para ressaltar a sua inocência. Solicitou, por fim, que fosse requisitado o processo principal.

Indo os autos com vista ao Dr. Subprocurador-Geral, este, às fls. 99/100, manifestou-se no sentido da requisição do processo original, o que foi determinado às fls. 102 e atendido às folhas 103.

Falou novamente a Subprocuradoria-Geral, às fls. 104/124, esclarecendo já haver sido apreciado pelo Supremo Tribunal o RHC. 52.523, provido para reduzir a pena a 1 ano e 6 meses de reclusão (fls. 108/124). Assim, solucionado o fundamento da dosimetria da pena, resta somente o exame da alegada condenação contra a evidência dos autos, que no entender da ilustrada Subprocuradoria não merece guarida, desde que a douta sentença encontra-se bem fundamentada e correta.

É o relatório.

Voto

O Sr. Min. Amarílio Benjamin (Relator): Baseia-se a presente revisão criminal em que a sentença, que condenou o acusado, é contrária à evidência dos autos. A este argumento o ilustre Advogado não deixou de acrescentar o de possível nulidade da sentença, por que o Dr. Juiz não cumpriu, como determinara este Tribunal, as exigências da lei, ao proferir nova decisão, a anterior fora considerada sem fundamentação suficiente, e dosagem da pena em termos regulares.

Enfrentando esse segundo aspecto da revisão, devo dizer, desde logo, que a meu ver nenhuma nulidade ocorre.

O Dr. Juiz, na nova sentença, teve oportunidade de, ao contrário do que fez na primeira, mencionar expressamente passagens dos autos em que baseava a sua conclusão. Justificou o Dr. Juiz, desse modo, o ponto de vista que adotou. Fora disso, a argumentação, sob tal aspecto, poderia, no máximo, levar ao reexame da pena aplicada. Ocorre, entretanto, que o Supremo Tribunal Federal, no Recurso de Habeas Corpus nº 52.523, documentado nos autos pela Subprocuradoria-Geral da República, procedeu a este exame e reduziu a pena a um ano e seis meses de reclusão. Tenho, portanto, que, sob tal ângulo, o alcance que a revisão pudesse ter está completamente prejudicado.

Resta, portanto, o argumento de que a sentença foi proferida contra a evidência dos autos.

Discute-se, no caso, a modalidade de contrabando conhecida vulgarmente sob o nome de «canguru». A mercadoria importada é acondicionada em caixas, ou outros invólucros, que, na repartição aduaneira, para que o ato delituoso seja consumado, são abertas e entregues ao destino ilícito, enquanto caixas de tamanho menor e com o mesmo sinal de identificação, que vinham acondicionadas dentro das primeiras, ficam no lugar, com mercadorias de somenos, declaradas no embarque, substituindo as de valor mais expressivo, que foram desembaraçadas, industriosamente.

No caso dos autos, constatou-se que as mercadorias importadas vinham preparadas em termos de «operação canguru». Funcionário da Alfândega, o Agente Fiscal Nilo Furtado de Oliveira informa que determinada pessoa procurara o fiscal do armazém, Vicente George Carmo, para retirar as mercadorias, completando-se assim o plano criminoso. Os funcionários não con-

cordaram com a proposta recebida, levaram o fato ao conhecimento de seus superiores, e foi determinada a apreensão, que se realizou, conforme consta do processo original, fls. 10 a 12, com a mais minuciosa descrição demonstrativa de que na realidade havia uma determinação ilícita na importação que fora realizada.

O Dr. Juiz, ao examinar o problema, disse expressamente, em resumo:

«A materialidade do crime de descaminho, em sua forma tentada, transparece patente e indiscutível da prova. É sua autoria, só e unicamente, atribuível ao dono do produto, o réu Mário Vicidomini.

Aquela materialidade vem desde logo comprovada pela documentação anexada às fls. 23/29, e por outros documentos e informes, inclusive alguns ofícios emanados da autoridade alfandegária santista (fls.), expedidos no respectivo processo alfandegário. Vem comprovada, ainda, pelas cópias da classificação, relatório e decisão da Inspeção da Alfândega de Santos, processada no proc. 71.848/68, referente à apreensão de quatro caixas marcas «LN», descarregadas em 31-5-68 pelo vapor «Cabo Santa Martha», consignando «à ordem» a respeito das quais caixas se abriram naquele setor portuário a sindicância nº 17/68, em que figura como interessado Mário Vicidomini, que ali solicitou o desembaraço dos referidos volumes (fls. 49), encontrando-se anexo a esse ofício a relação bastante detalhada e minudente de classificação e avaliação de todas as mercadorias constantes das quatro caixas ora questionadas (fls. 50/52), mercadorias aquelas que a Alfândega, após reclassifi-

cação, distribuiu assim: tecidos de lã (casimira), caixas nºs 1 e 3; relógios, caixa nº 2; conservas, caixa nº 4. Aquela materialidade, finalmente, vem corroborada pelos inúmeros testemunhos colhidos na instrução policial (fls. 15/16, 17/19, 21, 34/35, 36/37; e posteriormente, em fase judicial, fls. 126/128 e 147/151).

Tal prova testemunhal confirma, em amplos termos, a materialidade do crime e detalha bem a conduta do agente, mostrando sua exclusiva e total responsabilidade pela prática do fato criminoso. A tais elementos testemunhais se reporta o Juiz *brevitatis causae*. O acusado Mário Vicidomini, na fase investigatória, prestou declarações às fls. 20 e às fls. 36/37, as quais situam bem os fatos, que não podem isentá-lo de responsabilidade penal, sobretudo as de folhas 36. Posteriormente, já em Juízo, e após a redistribuição noticiada às fls. 91, vindo os autos a esta Vara, aqui oferecida a denúncia (fls. 92), recebida ela e citado o réu (fls. 95), requisitando-se as informações de praxe, foi Mário Vicidomini novamente ouvido perante o Juiz ora signatário, constando seu interrogatório às folhas 101/102: reporta-se o Juiz àquelas declarações que são incriminatórias, e devem ser havidas no seu exato e justo valor. Na fase instrutória, em Juízo, foram ouvidas diversas testemunhas de acusação, algumas já ouvidas anteriormente (fls. 126, 128 e 147): bastante instrutivo, para o conhecimento do «mecanismo» seguido pelo réu, para compreensão do *iter criminis* por ele escolhido, é a leitura dos depoimentos da 3ª testemunha, Vicente Carmo Jorge (fls. 127vº/128 e sobretudo do depoimento

de Nilo Furtado de Oliveira (folhas 147/149), este principalmente, pois explicam ambos muito bem o mecanismo do «canguru»; o depoimento de Cristina Vladir Pires de Andrade, segunda testemunha (fls. 126v/127), também é de utilidade, a eles se reportando o Juiz, para não delongar este decisório. Foram ouvidas quatro testemunhas de defesa, que informam da intensa vida comercial do réu, e do seu trato constante em arrematações de mercadorias leiloadas, e no comércio de produtos estrangeiros; referem as transações corretas do estabelecimento do acusado e do seu bom conceito como comerciante, o que aliás não é posto em dúvida pelo Juízo, mas que também não ilide nem exclui a ação delituosa presentemente investigada».

Prossegue o Juiz pormenorizando o que nos autos reforça a conclusão adotada.

É oportuno então perguntar-se: a condenação contraria a evidência dos autos, a fim de que se tenha a revisão como procedente? Dentro do meu ponto de vista, não. A condenação pode ser discutida, como o fez, com brilhantismo, o Dr. Advogado, trazendo à consideração diversos fatos. Mas, na realidade, não está contra a evidência dos autos. No meu modo de ver, ao revés disso, a responsabilidade do acusado está suficientemente provada. A importação se realizou à ordem. Na alfândega ou na repartição alfândegária foi verificado que a importação obedecia a um condicionamento, que propiciava a modalidade do contrabando, conhecida sob o nome de «canguru». O acusado identificou-se para despachar estas mercadorias. Dir-se-á: ao identificar-se para despachar essas mercadorias, o acusado estava na prática de um ato regular. Cer-

to, em princípio. Mas o acusado não poderia deixar de explicar por que as mercadorias estavam embaladas daquela forma, tida e havida como manobra de contrabando. Há também a ponderar na conduta do acusado o seguinte: realmente, o acusado pediu o despacho, requereu até mandado de segurança. Ouvido, porém, inicialmente, mesmo diante dessas circunstâncias que o indiciaram, o acusado disse que havia assinado a petição de despacho apenas para servir à ajudante de despachante Cristina Vladir Pires Andrade, como consta do termo de declaração de fls. 20 do processo original.

Posteriormente, Cristina Vladir Pires Andrade informou com detalhes, inclusive, o recebimento de faturas, o contrato de preposição que recebera do acusado. A essa altura o acusado retifica o depoimento anterior, fls. 36, com a seguinte desculpa: «que fora intimidado e aconselhado a dizer que a mercadoria não era sua».

Quanto ao mandado de segurança, inicialmente, houve liminar; porém, afinal, o Dr. Juiz se reconsiderou. Tenho, portanto, que a sentença condenatória decidiu satisfatoriamente a espécie. Quanto à pena, é matéria superada, vez que o Supremo Tribunal Federal a reduziu ao que legalmente devia ser. Concluindo o meu voto, devo informar ao Plenário desta Corte que tive oportunidade de examinar matéria semelhante na Apelação Criminal nº 1.839, de São Paulo. Tratava-se do caso de Lydia Mariotti ou Lydia de Queiroz Teles, que constituiu, também, um exemplo da importação sob a modalidade de «canguru». Esse caso de Lydia Mariotti veio referido, aliás, numa das informações dos funcionários fiscais, no processo em exame. Fora despachada, do estrangeiro para o Brasil uma série de caixas grandes e, dentro destas, caixas pequenas, armadilha perfeitamente preparada.

A nossa representação diplomática avisou que havia sido embarcada tal mercadoria, sem o cumprimento das formalidades regulares. Até aí não se havia positivado que a importação era uma forma do contrabando já referida; apenas formalidades de importação não tinham sido cumpridas. Em face disso, as autoridades fiscais tomaram providências de separar as mercadorias, e apuraram que houve contrabando, porque o acondicionamento denunciava a operação «canguru». Levantou-se a acusação contra Lydia Mariotti. Examinando o processo, cheguei à conclusão de que nemi mesmo a tentativa se havia definido. Considerei que, na espécie, havia necessidade de um elemento dentro da repartição, que fosse conivente. Tal elemento não surgira, não houvera denúncia de que qualquer funcionário fora procurado, para esse ou aquele fim, tendente ao desembaraço simulado da mercadoria. Lydia Mariotti, por sua vez, só estava identificada por haver despachado as mercadorias, alegando, porém, não ser responsável por aquele acondicionamento. Meu voto foi, portanto, pela absolvição, de acordo com a sentença de Primeira Instância. Lavrei o acórdão com a seguinte ementa:

«Contrabando. Tentativa. Quando não ocorre. Não se verifica tentativa de contrabando na remessa de volumes de mercadorias estrangeiras, transportadas por via normal e dependentes de desembaraço aduaneiro, mesmo denuncie certo «cálculo» malicioso. É que apreendidos os volumes, pela Alfândega, antes de qualquer iniciativa dos supostos interessados, não houve em verdade começo de execução, sobretudo dependendo o delito da colaboração de alguém, dentro da própria repartição, que nunca se

apresentou ou agiu, para descaminhar as mercadorias de valor e submeter a despacho apenas coisas de preço reduzido.

Por outro lado, o «ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio, salvo disposição expressa em contrário, não são puníveis, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado» (Art. 27 de Código Penal).

A decisão na Turma foi por empate na votação. Ficaram vencidos os Senhores Ministros Décio Miranda e Jarbas Nobre. A Subprocuradoria-Geral da República interpôs recurso para o Supremo Tribunal Federal. Na Suprema Corte o processo tomou o número RE - 75.825. Na maioria dos casos tenho tido o bom acolhimento do Petrório Excelso aos modestos votos que produzo nesta Corte. Desta vez, porém, não fui bem sucedido, apesar da justificação que desenvolvi. O Alto Pretório inclinou-se pelo voto do Sr. Ministro Décio Miranda, achando que a tentativa se definira, uma vez que, segundo o eminente Ministro Thompson Flores, Relator, o crime não se consumara devido à intervenção oportuna das autoridades. Ora, se no caso de Lydia Mariotti, em que a meu ver, todas as circunstâncias, *data venia* da respeitável decisão da nossa Corte Suprema, podiam justificar a decretação de sua irresponsabilidade, se no caso de Lydia Mariotti o Supremo Tribunal Federal entendeu assim, como iríamos nós entender de modo contrário no presente processo, em que o interessado se identificou, apresenta hesitações que fazem duvidar do seu bom propósito, e, sobretudo, não explicou por que a embalagem da mercadoria importada viera na forma condenada?

Indefiro a revisão, Sr. Presidente, porque não está comprovado o funda-

mento da contrariedade à evidência dos autos.

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

O Sr. Min. Décio Miranda: Sr. Presidente, por um engano, este processo de Revisão Criminal foi levado ao meu Gabinete como se fora eu o Revisor. Acostumado a ser o Revisor do eminente Ministro Amarílio Benjamin na Segunda Turma, não reparei no engano e estudei o processo.

Desse estudo, resultou um voto escrito que, depois de verificado o engano, guardei. Quando se começou a discutir o caso nesta assentada, estava eu tendo recordações muito vivas do assunto e achei que não podiam provir tão-somente do memorial que recebi. Então, lembrei-me de que havia escrito um voto na ocasião, cujo teor passo a ler.

Voto

O Sr. Min. Décio Miranda: Não é possível aceitar a alegação de contrariar a condenação a evidência dos autos.

O requerente pediu a liberação das mercadorias (fls. 14), que em seu nome haviam sido faturadas no Exterior (fls. 23 e 24), faturas essas que reconhece terem sido por ele entregues

à despachante (fls. 36v.), a quem encarregada do despacho (fls. 102).

O fato de haver manifestado o propósito de legalização da mercadoria de comércio, afeiçoada ao desvio fraudulento pela chamada «operação canguru», não apaga a tentativa de descaminho, pois ocorreu após ciência da apreensão (depoimento da despachante Cristina às fls. 126v.-127).

Indefiro a revisão, quanto ao pedido remanescente, já que o outro, relativo a excessão da pena, foi atendido em *habeas corpus* pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal.

EXTRATO DA ATA

RC. nº 324 — SP. Rel.: Sr. Ministro Amarílio Benjamin. Rev.: Senhor Min. Armando Rollemberg. Recorrente: Mário Vicidomini.

Decisão: À unanimidade, foi indeferida a revisão (em 22-4-75 — Tribunal Pleno).

Os Srs. Mins. Armando Rollemberg, Moacir Catunda, Peçanha Martins, Décio Miranda, Néri da Silveira, Jorge Lafayette Guimarães, Paulo Távora, Aldir Passarinho e Otto Rocha votaram com o Sr. Ministro Relator. Não compareceu, por motivo justificado, o Sr. Min. Jarbas Nobre. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Márcio Ribeiro.

DESPACHOS EM RECURSOS
EXTRAORDINÁRIOS

AÇÃO PENAL Nº 20

(Recurso Extraordinário)

Recorrente — Ronald Guimarães Levinsohn.

Recorrido — Ministério Público Federal.

Recebida, pelo relator da ação penal de competência originária do Tribunal, denúncia oferecida contra várias pessoas a quem se atribuiu a prática de crimes inafiançáveis, e ordenado sua citação para imediato interrogatório, agravaram dois dos acusados, sustentando que não foi observada a determinação do art. 5º da Resolução Regimental nº 7, que concede ao acusado, depois de notificado, o prazo de 15 dias para apresentar resposta escrita: que não compete ao relator, e sim ao Tribunal, o recebimento da denúncia; e que esta não poderia ter sido recebida, por falta de justa causa para a ação penal.

Apreciando os recursos, deu-lhes provimento em parte o Plenário para, mantido o recebimento da denúncia pelo Relator, determinar a notificação dos acusados a fim de lhes proporcionar oportunidade de apresentarem resposta escrita, nos termos da referida Resolução.

Eis como a ementa do acórdão resumiu a decisão: «Ação penal originária. Inteligência da Resolução nº 7 do Tribunal Federal de Recursos. A competência para receber a denúncia é do relator do processo que, a seguir, dará ao acusado a oportunidade de apresentar resposta escrita seja ou não afiançável o delito a ele imputado».

Pretendendo que houve obscuridade ou contradição no decisório, a exigir

esclarecimentos, Ronald Guimarães Levinsohn, um dos acusados, manifestou embargos declaratórios, que foram unanimemente rejeitados.

Irresignado, recorre o mesmo acusado extraordinariamente, apenas pela alínea a do preceito constitucional autorizador, afirmando que «as questões federais que dão lugar ao recurso referem-se à vigência de textos do CPP., particularmente os arts. 556 (sobre designação, e não sorteio de relator); 557, parágrafo único, letra a (sobre recurso do despacho que recebe a denúncia); e 558 e 559 (sobre resposta escrita antes do recebimento da denúncia).

A primeira questão, relativa à designação, e não sorteio do relator, não foi ventilada, em momento algum, no julgamento impugnado, nem a suscitou o ora recorrente ao apresentar embargos de declaração, padecendo, assim, dos vícios previstos nas Súmulas 282 e 356.

Quanto ao agravo de que cuida o art. 557, parágrafo único, do CPP., considerado cabível e provido em parte pelo julgado hostilizado, nada se aduziu que permita admitir-se qualquer ofensa a essa norma processual.

Os argumentos a merecerem examinados, realmente, com maior acuidade são os relativos à competência do Tribunal, e não do relator, para deliberar sobre o recebimento da denúncia, e à apresentação de defesa preliminar

antes desse recebimento, na acepção técnica do termo.

Entretanto, estando a admissão do recurso extraordinário, eis que só fundado na letra *a* da permissão constitucional, condicionada à demonstração de ofensa a dispositivo da Carta Magna ou negativa de vigência a texto de lei federal, não tem eficácia o primeiro dos argumentos, amparado que está na interpretação de norma regimental (Súmula 399).

Relativamente à faculdade de o acusado, após notificado, apresentar resposta escrita, é de se ter pelo menos como razoável a interpretação dada pelo aresto recorrido ao art. 558 do CPP. (Súmula 400), no sentido de se admitir que tal resposta seja posterior ao recebimento da denúncia, cujo despacho o Tribunal confirmou, concedendo, ainda, ao recorrente, mais do que previsto no referido preceito processual, ao lhe assegurar a prerrogativa de defesa escrita prévia também em se tratando de crime inafiançável, com base no art. 5º da Resolução nº 7. E com esse procedimento, de outro lado, não

fica prejudicada a observância do que dispõe o art. 559 do mesmo diploma legal, pois nada impede que o relator, caso se convença da improcedência da acusação, revogue o despacho de recebimento e proponha o arquivamento do processo.

Não há, pois, como lobrigar qualquer negativa de vigência das disposições de lei federal mencionadas na petição recursal.

Vale ressaltar, finalmente, que o recurso impugna, em última análise, o despacho que recebeu a denúncia, ato renovável ou ratificável, insuscetível, por isso, de ser atacado através do apelo extremo, face a inexistência de decisão final.

Por todas essas razões, em que pese a brilhante argumentação do ilustre patrono do recorrente, a postulação recursal, não atende tecnicamente, aos pressupostos necessários ao seu processamento. Nego-lhe seguimento.

Publique-se.

Brasília, 28 de agosto de 1975. —
Ministro *Moacir Catunda*, Presidente.

AGRAVO EM MANDADO DE SEGURANÇA

Nº 74.017 — GB

(Recurso Extraordinário)

Recorrente — Alberto Daflon Gomes.

Recorrido — I. N. P. S.

Ex-integrante da FEB, que havia preenchido os requisitos do art. 197, letra *c*, da Constituição, e contribuído, como segurado da previdência social, sobre o salário efetivamente percebido na forma das Leis 4.298/63 e 5.315

de 1967, requereu mandado de segurança contra o INPS para que sua aposentadoria fosse calculada sem observância do limite de 10 vezes o maior salário-mínimo vigente no País, fixado na Lei 5.698/71, porque violadora do

referido preceito constitucional, que assegura proventos integrais aos ex-combatentes com 25 anos de serviço.

Reconhecida, em primeiro grau, a alegada afronta da Carta Magna pela norma da lei ordinária, decidiu a Colenda Segunda Turma submeter a arguição de inconstitucionalidade ao Plenário, que a rejeitou e cassou a segurança, assentando:

«Previdência Social. Aposentadoria. Ex-combatente. Não são inconstitucionais, à luz do art. 197, letra «c», da Constituição de 1967, com a redação da Emenda nº 1, os dispositivos da Lei nº 5.698, de 31-8-71, que assegurem ao ex-combatente, aos 25 anos de serviço, proventos iguais a 100% do salário de benefício, concedido, mantido e reajustado de conformidade com o regime geral da legislação orgânica da previdência social. A Constituição garante «proventos integrais», segundo o conceito próprio da legislação ordinária aplicável, o que não é o mesmo que «aposentadoria com estipêndios iguais aos da atividade». Cautela da lei nova, de respeitar os direitos adquiridos, aos que houvessem completado os requisitos para a aposentadoria de acordo com o regime da Lei nº 4.297, de 23 de dezembro de 1963, mais generoso do que o previsto na Constituição. Coincidência da lei nova com o bem público, no evitar as anomalias que a Lei nº 4.297 propiciava, de influírem irregular e imoderadamente os interessados nos proventos de suas aposentadorias mediante aumentos simulados e ilimitados no período a que é sensível o cálculo do benefício».

Inconformado com esse entendimento, recorre extraordinariamente o impetrante, buscando suporte na letra

«a» do permissivo constitucional, para reiterar a arguição de inconstitucionalidade repelida pelo decisório.

Argumenta o recorrente em torno de irregularidades e circunstâncias que teriam influenciado na elaboração e aprovação da Lei 5.698 pelo Congresso, o que, entretanto, não pode ser objeto de consideração neste ensejo, eis que nada a respeito foi suscitado ou ventilado no julgamento impugnado (Súmula 282), além de configurar aspectos fáticos insuscetíveis de reexame, ainda que apreciados houvessem sido, na via estreita da instância excepcional (Súmula 279).

O fundamento básico do apelo, a ser examinado, é a assertiva de que a Lei 5.698/71, ao sujeitar, no seu artigo 1º, os ex-combatentes ao regime geral da legislação orgânica da previdência social, e fixar, no art. 5º, um limite para «os futuros reajustamentos do benefício do segurado ex-combatente», afastou o direito a proventos integrais assegurado no art. 197, letra «c», da Constituição, «verbis»:

«Art. 197. Ao civil, ex-combatente da segunda Guerra Mundial, que tenha participado efetivamente em operações bélicas da Força Expedicionária Brasileira, da Marinha, da Força Aérea Brasileira, da Marinha Mercante ou de Força do Exército, são assegurados os seguintes direitos:

.....
c) aposentadoria com proventos integrais aos vinte e cinco anos de serviço efetivo, se funcionário público da administração direta ou indireta ou contribuinte da Previdência Social;»
.....

É inquestionável que o recorrente atende a todos os pressupostos para fazer jus aos proventos integrais aí previstos, tendo-lhe sido permitido, por

outro lado, contribuir sobre o que efetivamente percebia, mas não logrou demonstrar, de forma razoável, a alegada ofensa à norma constitucional transcrita.

Embora não o tendo feito, é indiscutível a relevância da tese jurídica discutida nestes autos, de larga repercussão na vida social do País, sobre a qual ainda não há pronunciamento do Pretório Excelso, onde, aliás, têm sido providos agravos de instrumento para

determinar a subida de matéria bem menos relevante.

Tenho, assim, como recomendável e justificada uma nova e melhor apreciação da controvérsia por parte da Egrégia Suprema Corte, razão por que determino o processamento do apelo.

Publique-se, inclusive para os efeitos do art. 545 do C.P.C.

Brasília, 12 de setembro de 1975.
— Ministro *Moacir Catunda*, Presidente.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 74.223 — DF

Recorrente — União Federal.

Recorrido — Demostenes Fonseca Maranhão.

Fundada nas alíneas *a* e *d* do permissivo constitucional, recorre extraordinariamente a União Federal de ares do Plenário desta Corte, cujas razões de decidir estão assim sintetizadas na ementa:

«Previdência Social. Funcionário municipal aposentado que contribuía para a Previdência Social. Faz jus à aposentadoria previdenciária, desde que satisfeitos os requisitos de lei para tanto, não constituindo óbice o fato da aposentadoria no plano municipal. Se a lei municipal concede aposentadoria a seus servidores, embora contribuintes do INPS, é questão não invocável pela autarquia previdenciária, quando deva conceder o benefício previdenciário referido, após o tempo de contribuições previsto em lei. Em princípio não está vedada a acumulação de aposentadoria de funcionário com a aposentadoria previdenciária. Mandado de segurança concedido.»

Alega a recorrente negativa de vigência do art. 102, § 2º, da Constituição, e discrepância com as Súmulas 37, 243, 371 e 372.

Tenho como improcedente o argumento relativo à violação da norma constitucional que veda excedam os proventos de inatividade a remuneração percebida na atividade, por considerar que, para tal efeito, não se pode levar em consideração a aposentadoria previdenciária, no caso de se reconhecer que a ela faz jus funcionário público.

Também não se acha caracterizado, a rigor, o dissídio de interpretação com os verbetes da Súmula do STF invocados, os quais não prevêm, precisamente, a hipótese percutida nos autos.

Entendo, porém, que os funcionários municipais, regidos por normas estatutárias, com regime previdenciário próprio como sucede no caso, estão expressamente excluídos do âmbito da LOPS, e assim as contribuições feitas pelo recorrido ao INPS o foram ao arripio da lei, o que justifica o processa-

mento do apelo extremo, para ensejar uma nova apreciação da controvérsia pela Egrégia Suprema Corte.

Prossiga-se.

Publique-se.

Brasília, 5 de setembro de 1975.
— Ministro *Moacir Catunda*, Presidente.

AGRAVO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 74.316 — RJ

(Recurso Extraordinário)

Recorrente — Instituto Brasileiro do Café.

Procurador — Dr. Arnaldo Brandão.

Reccrrido — Paulo Ribeiro Wright.

Após exercer por mais de 10 anos o cargo em comissão de Chefe de Escritório do IBC em Tóquio, Paulo Ribeiro Wright foi dele exonerado, pelo Presidente da autarquia, que na mesma data o agregou como Classificador Provedor de Café e o aposentou neste cargo.

Contra esses atos o funcionário requereu e obteve, na primeira instância mandado de segurança para garantir-lhe aposentadoria com as vantagens da comissão exercida em Tóquio.

Turma deste Tribunal, entretanto, reformou parcialmente a sentença, pelas razões assim explicitadas na ementa do acórdão:

«Funcionário do I.B.C. servindo no exterior. Remuneração igual à de diplomata. Aposentadoria. Fixação de proventos.

O provento da aposentadoria do funcionário da carreira de diplomata e de ocupante de cargo isolado de provimento efetivo no exterior, será calculado sobre a remuneração que perceber no Brasil, art. 185 do Estatuto dos Funcionários.

Sendo aplicável essa regra ao funcionário do I.B.C., que, na atividade, é equiparado a *diplomata*, para efeito de vencimentos, torna-se evidente que os seus *proventos* não possam ser calculados pela *moeda estrangeira*, que servia de base à remuneração ou vantagem. Todavia, na espécie, devem ser conciliados o direito do funcionário, com mais de 35 anos de serviço e de 10 em exercício de cargo em comissão, de aposentar-se com a vantagem, que vinha percebendo, e a proibição de pagamento em dinheiro estrangeiro. Para atender a essa contingência, a aposentadoria do impetrante se deve conceder com os vencimentos de *chefe de escritório*, símbolo 4-C, em moeda brasileira, da carreira de Diplomata do Ministério das Relações Exteriores, ou, na falta de símbolo, padrão ou nível indicado, com os vencimentos em moeda nacional que corresponderiam ao símbolo mencionado, na data em que a aposentadoria foi deferida».

Alegando dúvida quanto ao modo de cumprir a decisão, manifestou o Ins-

tituto embargos declaratórios, de que a Turma não tomou conhecimento, acolhendo o voto seguinte do Ministro Relator:

«Em várias oportunidades, tenho conhecido dos *embargos de declaração* fora dos limites rígidos da lei processual, seja para corrigir algum erro ou até infração de regras do julgamento.

No caso presente, não se trata de omissão, obscuridade, contradição, erro ou violação de forma processual. A meu ver, os *embargos visam*, na realidade, o modo de cumprir-se a decisão por nós prolatada. Não nos cabe, porém, essa função. O IBC é que deverá interpretar o acórdão e dar-lhe cumprimento.

A parte contrária, se não estiver satisfeita, usará as devidas providências».

De ambos os arestos recorre extraordinariamente o IBC, afirmando fazê-lo com fundamento na letra *a* do preceito constitucional que o autoriza.

Relativamente ao primeiro, alega ter negado vigência a normas que regulam a retribuição no exterior, notadamente o art. 46 da Lei 5.803/72, que preceitua:

«Art. 46 — Os proventos de aposentadoria do funcionário público e os de inatividade do militar continuam a ser calculados com a respectiva legislação específica, baseados unicamente nas retribuições ou remunerações no País, neles não devendo ser computadas as somas recebidas, a qualquer título, quando em serviço no exterior».

A ementa transcrita, por si só, evidencia que o decisório hostilizado sequer cogitou da aplicação dos mencionados dispositivos legais, nem os contrariou, padecendo o apelo, desde logo,

do vício da falta de prequestionamento (Súmula 282).

Mas, ainda que afastado tal óbice, não poderia vingar, pois em momento algum se julgou que os proventos do recorrido deveriam ser calculados à base de moeda estrangeira. O aresto, pelo contrário, expressamente o vedou, ao determinar que o cálculo se fizesse considerando os vencimentos do símbolo 4-C da carreira de Diplomata do Ministério das Relações Exteriores, em moeda brasileira.

Improcede, assim, a toda evidência, a argumentação com que o recorrente impugna o primeiro acórdão.

Não mais feliz é, por outro lado, quando procura atacar o julgamento dos embargos de declaração, alegando negativa de vigência do art. 535, I, do C.P.C. de 1973, que admite o recurso na hipótese de dúvida.

Ao embargar, apresentou o ora recorrente fórmulas de cálculo, tendo em vista os vencimentos anteriores e posteriores à implantação do novo sistema de Classificação de Cargos no Ministério das Relações Exteriores, pretendendo que a respeito se pronunciasse a Turma, com o indisfarçável objetivo de obter uma escolha para o cumprimento do julgado.

Não é esse, evidentemente, o tipo de dúvida a que se refere o preceito procesual que se diz violado. O modo de se proceder, no caso, é o indicado, com acerto, pelo voto que repeliu a pretensão. Cabe ao IBC fazer o cálculo dos proventos do recorrido, e a este, se discordar, impugná-lo.

A minguada do pressuposto em que se apoia, nego seguimento ao recurso.

Publique-se.

Brasília, 16 de setembro de 1975.
— Ministro *Moacir Catunda*, Presidente.