

APELAÇÃO CÍVEL N.º 11.833 — MG.

Relator — O Ex.^{mo} Sr. Min. Godoy Ilha

Revisor — O Ex.^{mo} Sr. Min. Oscar Saraiva

Apelantes — Luíza Gomes Antunes e outros e Mineral do Brasil Ltda.

Apelados — Os mesmos e União Federal

Acórdão

Ação anulatória de autorização de lavra de que cogita o art. 38 do Código de Minas. O prazo para sua propositura é de decadência. Reconhecimento de sua ocorrência.

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de Apelação Cível n.º 11.833, do Estado de Minas Gerais, apelante Luíza Gomes Antunes e outros e Mineral do Brasil Ltda. e apelados os mesmos e a União Federal:

Acorda, por maioria de votos, a Segunda Turma julgadora do Tribunal Federal de Recursos em dar provimento ao recurso da segunda apelante para declarar decadente o direito à ação por parte dos autores, conforme consta das notas taquigráficas anexas, as quais, com o relatório, ficam fazendo parte integrante dêste julgado, apurado nos termos de fô-lhas 765. Custas de lei.

Brasília, 16 de julho de 1965.
— *Godoy Ilha*, Presidente; *Oscar Saraiva*, Relator, art. 77 do RI.

Relatório

O Sr. Min. *Godoy Ilha*: — Sr. Presidente, adoto o relatório da Subprocuradoria-Geral da República, vazado nestes termos: “Ação proposta por D. Luíza Gomes Antunes e outros, como sucessores de Olímpio Menezes de

Aguiar (viúva e filhos), possuidores, em condomínio, do imóvel denominado “Fazenda dos Três Irmãos”, situado no município de Brumadinho, Estado de Minas Gerais, contra a União Federal e a empresa denominada “Mineral do Brasil Limitada”, com sede em Belo Horizonte, pretendendo “seja decretada a nulidade do Decreto Federal n.º 34.795, de 16 de dezembro de 1953, na parte em que a área nêle descrita invade a divisa da Fazenda Três Irmãos, situada entre a cerca de arame ou divisor de águas, e o muro de pedra existente dentro da mesma fazenda, reduzindo-se os efeitos da referida concessão, exclusivamente à área de propriedade da citada empresa”; mais perdas e danos que se liquidaram, além de custas, honorários advocatícios e demais pronunciações cabíveis. Ao pedido inicial incorporou-se, de logo, como litisconsorte ativo, a empresa “Minas do Paraopeba S.A.”, com sede no Distrito Federal, na qualidade de arrendatária, que é, da jazida de ferro da referida Fazenda Três Irmãos, por força de contrato firmado em vida de

Olimpio Menezes de Aguiar, e ainda em vigor em relação aos seus sucessores.

De par com a contestação da suplicada “Mineral do Brasil Ltda.” (fls. 84/195), que também apresentou reconvenção (fls. 196), juntando anexos, a União Federal, primeira suplicada, falou a fls. v. 216/217, assinalando, de logo, que a ação ajuizada “tem o objetivo precípua de remover velha questão de limites entre terras dos contendores, face à alegada adulteração de palavras em documentos públicos que transmitiram o domínio”, e acentuando que o seu chamamento a Juízo, dela, União, decorre de haver a mesma concedido, anteriormente, à Mineral do Brasil Ltda., autorização para pesquisar minério, na parte em que teria sido invadida área do terreno de propriedade dos autores. Requereu, em consequência, a União, a requisição do Processo n.º D.N.P.N. 5.773/48, ao Sr. Ministro da Agricultura, e adotando as razões d’ele constantes, como defesa da mesma União, e ressalva de responsabilidade do Governo Federal.

Tendo curso o feito, cheio de incidentes para a vistoria requerida, houve agravo no auto do processo, manifestado pela “Mineral do Brasil Ltda.” (fls. 477/78, 2.º vol.). Por fim, foi prolatada a r. sentença de fls. 627/636 (3.º vol.), concluindo pela improcedência da ação e também da reconvenção. Custas em partes iguais.”

O Dr. Juiz *a quo* assim decidiu: “Esta ação se traduz como mais um capítulo da longa batalha judiciária entre os mesmos litigan-

tes e pelo mesmo objeto. Tribunais e Juizes, várias vezes já foram chamados a se pronunciar. Não faz muito tempo, julguei uma ação de manutenção de posse entre as mesmas partes, cuja sentença consta por cópia da certidão de fls. 492/507, em grau de recurso no Egrégio Tribunal Federal de Recursos.

Os autores, que naquele interdito não lograram melhor êxito, pretendem por esta via que seja decretada a nulidade do Decreto Federal n.º 34.795, de 16 de dezembro de 1953, pelo qual o Sr. Ministro da Agricultura expediu em favor da “Mineral do Brasil Ltda.”, o direito de lavra sobre a área de 14,42 hectares, com base na carta de arrematação de fls. 87.

O ponto saliente do litígio é de que no referido decreto teria sido incluída uma parte da Fazenda Três Irmãos, de propriedade dos autores, sucessores que são de Olimpio Menezes de Aguiar.

Penso que é de se fazer uma abstração, pois nesta ação voltou-se novamente a debater o aspecto possessório, cuja controvérsia já foi objeto de decisão neste Juízo na mencionada sentença que aguarda julgamento na Superior Instância. Conseqüentemente, tal aspecto não terá significação para o deslinde da questão, porque, evidentemente, enquanto não fôr modificada a sentença que julgou a ação possessória, ela terá de prevalecer na coerência de meus julgamentos.

Por outro lado, é mister ficar bem esclarecido que o interdito proibitório julgado em favor dos

autores, na comarca de Bonfim, foi cassado pelo Colendo Supremo Tribunal Federal (Rec. Ext. número 27.312, de 20-9-1956) porque a Alta Côrte proclamou a incompetência do honrado Juiz prolator da sentença.

E, ainda no Supremo, quando os autores impetraram mandado de segurança, objetivando suspender o ato de imissão de posse decorrente do Dec. Federal n.º 34.795, com a mesma alegação de invasão de divisas em terrenos de sua propriedade, não conseguiram acolhida para sua pretensão (Mandado de Segurança n.º 2.775 — certidão de fls. 198/206).

Conseqüentemente, o ato administrativo questionado, até o instante atual não está violando as decisões do Poder Judiciário; ao contrário, tais decisões têm sido favoráveis aos efeitos da concessão de lavra. Pode acontecer que, afinal, venha a Instância Superior modificar tal situação, mas até agora isto não aconteceu.

Destarte, colocado o litígio em seus justos têrmos, é mister decidi-lo no seu *punctum saliens*, ou seja, no que diz respeito à nulidade do ato administrativo.

Na lição do eminente Francisco Campos “a anulação dos atos administrativos, como dos jurídicos em geral, é função própria e especificamente judiciária, cujo exercício só é legítimo mediante formas e os processos que a administração se cinge na sua atividade” (*Pareceres* — vol. 1.º, pág. 239).

É por demais sabido que a característica principal do ato administrativo, na técnica do Direito Público, é produzir um efeito

jurídico específico. Torna essencial, portanto, ao ato administrativo estar em razão dos requisitos que lhe asseguram integração e legitimidade: a) seja quanto a sua natureza; b) seja quanto a sua procedência; c) no que se refere ao seu alcance, isto é, ao seu objeto.

No caso em tela busca-se a nulidade do decreto, que encerra um ato administrativo, com o argumento de que carece êle de valor jurídico, no que tange ao seu objeto, porque fundou-se em documento eivado de fraude, ao dar crédito à carta de arrematação apresentada pela “Mineral do Brasil Ltda.”, já que êste documento invade as divisas da propriedade dos autores.

Não há dúvida que o decreto questionado autorizou a ré a fazer lavra numa área de 14,42 hectares, em terrenos de sua propriedade, tudo de conformidade com a carta de arrematação de fls. 87, levada a efeito em 17 de novembro de 1948, portanto cinco anos antes do referido decreto.

Penso que enquanto não se anular o documento em questão, os efeitos que dêle decorrem terão que ser respeitados. A concessão tal como se fêz não pode sofrer a censura que se lhe quer atribuir. E por fôrça de preceito legal, a concessão se traduz num título que legitima a posse, consoante está expresso no Código de Minas, em seu art. 35. Ora, a posse do solo, que no caso é distinta da do subsolo, também já foi reconhecida judicialmente em favor da ré.

Para justificar a fraude alegada no documento exibido pela “Mineral do Brasil Ltda.,” pretendem os autores que se reconheça que a linha divisória do terreno arrematado tem que obedecer à expressão “rumo à pedra”, e que foi adulterada para “muro de pedra”, com o propósito de avançar a divisa até o muro de pedra que se coloca dentro da Fazenda Três Irmãos.

A indagação, portanto, reside em saber se o muro de pedras é a linha divisória entre as duas propriedades. A convicção que retirei dos diversos elementos probatórios alinhados pelas partes é de que não se tem certeza se a divisa é o muro de pedras, como expressamente consta da carta de arrematação da ré, ou se ela deve ser considerada como querem os autores, em rumo à pedra, isto é, indicando que ela deve seguir em direção a uma pedra nas proximidades.

Argumenta-se que o Tabelião, ao extrair uma certidão, intencionalmente e com o propósito de fraude, teria feito referência a um muro de pedras, quando deveria fazê-la declarando em “rumo à pedra”.

Ainda que assim tivesse ocorrido, está por demais evidenciado que só numa ação *finium regundorum* se poderá estabelecer a verdadeira linha divisória das propriedades. Caso contrário, qualquer julgamento somente poderá alicerçar-se em mera suposição de verdade, porque a prova é contraditória, e tanto poderá suportar a alegação dos autores como con-

duzirá a se acreditar na argumentação da ré.

A meu ver, é de todo impossível fixar-se a divisa questionada na forma pretendida pelos autores, acolhendo-se a referência vaga de que ela se dirige rumo a uma pedra, quando, no local, conforme salientam os peritos e testemunhas, existem várias pedras.

O exame da prova não conduz a uma certeza absoluta. As testemunhas dos autores afirmam que a divisa é estabelecida há muitos anos pela cêrca que coincide com o divisor de águas; já as testemunhas arroladas pela ré informam que tal divisa sempre foi o muro de pedras, chegando também a testemunha de fls. 524, dos autores a afirmar que três pessoas informaram aos peritos de que a divisa é nesse muro de pedras, muito embora entenda ela de maneira diferente.

A perícia concluiu que, considerando-se o título de propriedade dos autores, houve invasão na área da concessão; já isto não ocorrerá considerando-se a carta de arrematação da ré.

Por ocasião da audiência de instrução e julgamento, esclareceu um dos peritos “que não há coerência entre os documentos na descrição das divisas”; “que os documentos antigos são mal redigidos e imprecisos”.

Uma testemunha — que por sinal é um engenheiro de minas e civil — diz que pelos documentos constantes do processo, não se pode chegar à conclusão que a divisa entre as Fazendas Bom Jardim e Três Irmãos seja por águas

vertentes, isto porque apura-se contradição tanto nos documentos dos autores como no da ré; que as divisas não são precisas; que o único documento que contém as divisas com precisão é a carta de arrematação expedida em favor da Mineral do Brasil. Igual é o depoimento de outro ilustre engenheiro.

Diante de uma prova tão contraditória é impossível reconhecer-se a invasão de terrenos, sem primeiramente fixar ou restaurar a linha separatória dos dois prédios; que se proceda à demarcação para fixação de rumos novos ou aviventação dos existentes; ou, então, que se anule, se fôr o caso, a arrematação já devidamente transcrita.

Porque, a tôda sorte, a se julgar pelos elementos de prova trazidos para os autos, não me animo a decretar a nulidade do ato questionado, porque êle se fundou em título de propriedade formalizado. O ato administrativo poderia ser anulado se êle não atendesse os requisitos legais; se o seu objeto se divorciasse da documentação oferecida pela concessionária, o que não acontece.

Resta o exame da reconvenção de fls. 196. Com a alegação de que injustos embaraços têm sido opostos pelos autores, entende a reconvincente que não tem podido usufruir na lavra da jazida, pelo que deverão os reconvidos pagarlhes perdas e danos que se liquidarem, honorários, custas e demais pronunciações de direito.

Não lhe assiste razão.

É exato que o litígio já é longo. Entretanto os motivos argüidos pelos autores não induzem a acreditar e nem convencem os fatos, que se trate de uma lide temerária. Muito ao contrário, porque eu mesmo não hesitaria em lhe abrigar a pretensão, se a prova fôsse suficientemente positiva, se se pudesse ter a certeza de que houve invasão na concessão da lavra. Mas porque tal prova não convence, decorre que o decreto federal merece ser respeitado.

Pelo exposto, e mais que dos autos consta, julgo improcedente a ação, bem assim a reconvenção.

Custas em partes iguais. Arbitro em Cr\$ 10.000 os honorários de cada perito."

A Suplicada, Mineral do Brasil Ltda., veio com Embargos de Declaração (fls. 640/641), os quais foram rejeitados pelo r. despacho de fls. 643. A seu turno, os autores, inconformados com a MM. decisão da causa, apelaram tempestivamente a fls. 651/680, com anexos. Também a ré, Mineral do Brasil Ltda., apelou parcialmente da mesma decisão, a fls. 705/706. As partes contra-arrazoaram.

Em seu parecer, prossegue a Subprocuradoria-Geral da República: "Merece plena confirmação a MM. sentença de fls., na parte em que deu pela improcedência da ação ajuizada pelos autores, e reformada, *data venia*, no parte concernente à reconvenção invocada pela Mineral do Brasil Limitada; desprovendo-se, pois, obviamente, o apêlo dos autores.

Como se vê do volumoso processado, os autores-apelantes, invo-

cando a qualidade de proprietários de determinada área de terra, pretendem o direito de explorar-lhe o subsolo, visto que têm preferência na concessão da respectiva lavra. E para lhes ser reconhecido esse direito, intentaram a presente ação anulatória da concessão deferida pela União Federal à ré, Mineral do Brasil Ltda., ora segunda apelante. Mas não se limitaram apenas a isso. Pretenderam também, e pela mesma razão, anular uma partilha, uma arrematação judicial, o registro de propriedade, além de demarcar prédios vizinhos, afora indenização por perdas e danos; o que tudo decorre do petitório ajuizado.

A ilustrada sentença limitou, em boa hora, os vãos dos autores, e considerou, com exatidão, que o ato administrativo em causa, que se pretendia anular (e daí o chamamento da União à lide), era e é inatacável, pois que a concessão da lavra, em favor da "Mineral do Brasil Ltda.," foi feita para área de solo de propriedade desta, que exibiu título de propriedade legítima, da ré-apelante (2.^a apelante), assegura-lhe o direito de preferência, como proprietária, para obter a concessão da lavra do minério de ferro pretendida. Nada, assim, mais simples e claro.

Aos autores, no caso, cumpria adotar outro caminho, que não o seguido no presente feito. Na ação *sub judice*, proposta para anular o ato do Governo Federal, que concedeu a lavra, com base em título de propriedade devidamente transcrito, não cabe a anulação do título de propriedade da "Mineral do Brasil". Inadequada

a ação, não podia deixar de ser julgada improcedente, como o foi.

Por outro lado, a reconvenção formulada pela ré, Mineral do Brasil, tem cabimento, a nosso ver, pois a pretensão de anular ato administrativo fundado em justo título; a insistência infundada dos autores; o tumulto levantado no correr da ação e alhures, procurando confundir a Administração e a Justiça; os meios de que se servem os mesmos autores para prejudicarem a legítima exploração da mesma ré: tudo isso é de molde a demonstrar que a lide ajuizada é temerária, e que cumpre se oponha uma barreira a tal obstinação.

Merece, pois, inequivocamente, ser confirmada a MM. sentença, quando julgou improcedente a ação, e provida a apelação da "Mineral do Brasil Ltda.", quanto à reconvenção proposta."

Ê o relatório.

Voto-preliminar

O Sr. Min. Godoy Ilha: — Falando em último lugar, após arazoadas e contra-arazoadas as apelações das partes, argüiu, na cota de fls. 732, o representante da União Federal, a decadência do direito de ação dos autores, invocando equivocadamente, o art. 58 do Código de Minas, sob o fundamento de que a ação anulatória do direito de concessão da lavra, que data de 12 de dezembro de 1953, só veio a ser proposta em 20 de abril de 1956, decorrido, portanto, mais de um ano em que ela podia ser útilmente ajuizada. Em verdade, o art. 38 do Código de Minas (e

não o de n.º 58) estabelece que a ação de nulidade das autorizações de lavra deve ser proposta no prazo de um ano.

Só à undécima hora invocou-se a suposta decadência, sobre a qual sequer foram ouvidos os autores, relevando salientar que essa prejudicial não foi levantada na contestação, nem considerada na decisão de Primeira Instância.

Isto pôsto, cumpre, em primeiro lugar, fixar-se o indispensável entendimento do invocado dispositivo legal, o de saber se o prazo ali estabelecido é de prescrição ou de decadência.

Na doutrina, não parece a muitos escritores fácil a distinção, antes difícil e obscura a questão. Douto julgado da 3.ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul sustentou, ao apreciar a controvérsia, que o prazo extintivo da lei falimentar para o exercício da ação revocatória não era de decadência, mas de prescrição, e apoiou-se na lição de Aubry et Rau, para os quais a prescrição se distingue, facilmente, e por sua própria natureza, das decadências resultantes da expiração dos prazos fixados pela lei, pela convenção ou pelo Juiz, como para o exercício de uma opção ou de uma faculdade qualquer, assim para o pagamento de uma obrigação ou execução de uma condenação (R.F. 91/497). Carpenter (*Da Prescrição, in Manual do Código Civil*, vol. IV, págs. 75 e seguintes) traça a distinção entre prazos extintivos ou resolutivos e prazos preclusivos ou liberativos, podendo incluir-se entre aquêles os prazos de decadência e, nestes,

os de prescrição. Para Carvalho Santos, instituto afim da prescrição é o da decadência do direito, não sendo muito nítidos os traços que os extremam. A decadência atinge o próprio direito, o que não sucede com a prescrição, que diz respeito, apenas, ao exercício da ação, pela inércia do credor, e tem caráter liberatório (*Código Civil Interp.* III, págs. 371 e seguintes).

Como observa Clóvis, o Código Civil não distingue a prescrição dos prazos extintivos, que operam a decadência ou caducidade dos direitos. No entanto a doutrina estabelece diferenças entre as duas figuras jurídicas. O prazo extintivo opera a decadência do direito que, se não fôr exercido, se extingue, não se suspendendo nem interrompendo o prazo (*Com. I.* pág. 324). Do mesmo sentir M. I. Carvalho de Mendonça (*Obrigações*, n.ºs 419 a 427), para quem a prescrição tem efeito liberatório da obrigação, pela inércia e negligência do credor e lapso de tempo e se dirige contra a ação, impossibilitando o seu exercício. Já a decadência fere o próprio direito e, por isso, não vê razão na disputa entre os dois conceitos.

A prescrição refere-se à ação e não ao direito, que perime pelo seu não exercício *oportuno tempore*. Por isso, na ação rescisória há decadência depois de cinco anos, porque o art. 178 do Código Civil estabeleceu expressamente nesse prazo o direito de propor ação rescisória. Daí o princípio dominante na doutrina e na jurisprudência de que, tratando-se do direito da ação, a prescrição é a regra, a decadência a exceção.

A prescrição é a sanção ao credor desídiioso que, pela sua inércia, faz perimir o direito ao exercício da ação.

Ora, antes mesmo da expedição do decreto autorizativo da lavra, obtinha o antecessor dos autores mandado de manutenção de posse em ação julgada em 7-4-1953 (doc. de fls. 35), por sentença confirmada pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, e que só foi cassada pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal, por incompetência de juízo, pelo acórdão de 20-9-1956, no julgamento do Recurso Extraordinário 27.312 (já depois de ajuizada a ação anulatória), como refere a sentença apelada.

Ocorre, ainda, e é relevante assinalar, que contra o decreto de autorização da lavra, por parte do Governo, impetraram os antecessores dos autores, o casal Olímpio Menezes de Aguiar, originária e tempestivamente, ao mesmo Egrégio Supremo Tribunal Federal, mandado de segurança contra o Senhor Presidente da República, signatário do questionado Dec. n.º 34.795. Conhecendo do pedido, o Colendo Tribunal denegou-o, todavia, por considerar inidônea a via excepcional, não se podendo opor ao ato governamental a decisão local proferida na ação possessória em que não fôra parte a União Federal, e o julgamento do mandado só veio a ocorrer em data de 17-5-1955 (Mandado de Segurança 2.575, certidão de fls. 198 a 206 do 1.ª volume). Já quando da autorização da pesquisa, o mesmo Olímpio Menezes de Aguiar e sua mulher impetraram,

contra aquela concessão liminar, a êste Tribunal, mandado de segurança que lhes foi denegado por voto de desempate, por não poder a controvérsia, ligada a questão de fato, ser dirimida senão na via ordinária (doc. de fls. 116/128 — Mandado de Segurança n.º 2.733).

Face a êsses procedimentos judiciais estava interrompido o curso do prazo prescricional, que só começou a correr da data do julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do referido Mandado de Segurança 2.575, isto é, a 17 de março de 1955, e a ação foi ajuizada em tempo útil, a 20 de abril de 1956, e ordenada a citação da União a 24 do mesmo mês, teve ela lugar a 3 de maio seguinte (fls. 169 e 181 do 1.º volume), satisfeita, dêste modo, a exigência do § 2.º do art. 166 do Código de Processo Civil.

Sabido é que a prescrição se interrompe por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor (Cód. Civil, art. 172, inciso IV). Como observa o citado Carvalho Santos, apesar de Carpenter entender desnecessária essa disposição, porquanto o Código só se poderia referir a interpelação judicial, todavia, o Cód. Civil não declarou os atos judiciais que, além da citação inicial e do protesto, podem constituir o devedor em mora, porque êles variam, mas caracterizados por êsse feito não podem oferecer dúvida sempre que se apresentarem (op. e loc., pág. 430, com apoio na lição de Clóvis no seu comentário ao mencionado dispositivo da lei civil).

O próprio Carpenter, a despeito daquela manifestação, sustenta

que os processos preparatórios e preventivos, desde que tenham uma ligação íntima com a demanda principal, a tal ponto que devam ser reputados início dela, então interrompem a prescrição (op. cit. pág. 289, n.º 124). E, no caso, têm êsse indiscutível caráter o interdito possessório e o mandado de segurança, premunitório da lesão de que se queixara o proprietário das terras e titular do direito da lavra, por força de disposição constitucional.

Não procede, *data venia*, o argumento do ilustre patrono da apelada, de que, mesmo considerada interrompida a prescrição, ela recomeçou a correr pela metade do prazo e, portanto, consumada 6 meses depois, a teor do que prescreve o art. 9.º do Dec. 20.910/32.

Todavia é de manifesta inaplicabilidade êsse dispositivo legal, eis que o referido diploma só regulou a prescrição quinquenal em favor da União, subsistindo a regra contida no art. 179 do Código Civil de que a prescrição interrompida recomeça a correr, e pela integralidade do prazo, da data do ato que a interrompeu ou do último ato do processo que a interrompeu. Ademais, e como se demonstrou, o prazo prescricional então suspenso só começou a fluir da data do julgamento do Supremo Tribunal Federal. Rejeito a preliminar.

Voto

O Sr. Min Oscar Saraiva: — Agradeço a V. Ex.^a me haver re-

memorado essas circunstâncias de fato, que não estavam anotadas por mim.

Mas devo observar que o que se evidencia bem nítido na política mineradora, que prevalece na Constituição Brasileira, é que a propriedade do solo é distinta da propriedade da jazida ou da mina. Há, portanto, uma distinção entre a propriedade do solo e a propriedade das riquezas do subsolo, estas pertencentes ao Estado.

Com base nesse raciocínio vê-se que o superficiário tem apenas um direito de preferência na concessão para exploração da mina.

O Poder Judiciário deve, portanto, considerar com severidade e *stricto sensu* os prazos que a lei fixa para a propositura da ação anulatória de concessão da exploração porque, na realidade, não pode essa concessão ficar dependendo do elastério que as partes queiram dar às suas demandas ou das vias errôneas que elas tomem para anular o ato. A lei é clara: a ação deve ser proposta no prazo de um ano. A lei alude à ação sumária, e o Código, hoje, não prevê mais ação dessa natureza. Tôdas as ações, a não ser aquelas de rito especial, no Código, seguem o rito ordinário. Mesmo porque, atualmente, a ação ordinária quase que corresponde à antiga ação sumária. Tudo porém me leva à conclusão de que êsse prazo é de decadência, e prazo preclusivo. V. Ex.^a, Sr. Min. Godoy Ilha, acentuou muito bem, que a questão de prescrição e da decadência se reveste de muita sutileza. Também assim a considero, mas tenho como certo que na decadência o prazo é

preclusivo, e não há interrupção, ou o prazo é fatal. E precisamente o que caracteriza o prazo de decadência é a sua fatalidade. De sorte que não há possibilidade de sua interrupção. O prazo se escoou e os dias decidem da extinção do direito pelo desuso da ação. Verifico que os autores, primeiros apelantes, tomaram caminhos transversos, que não eram aquêles previstos pelo Código de Minas, para invalidar o decreto de concessão. Até mesmo no que toca à sua situação possessória, o que se evidencia no processo é que não há, realmente, uma situação de liquidez e certeza que justificasse a anulação do decreto, ou seja, uma situação líquida e certa da propriedade da superfície que autorizasse impugnação do ato do Governo. Mas estamos verificando que em todos os lances de um prolongado debate judiciário, que não se atacou frontalmente o ato do Governo, porque a primeira ação foi uma ação oblíqua, proposta em comarca do interior, e inteiramente ineficaz para anular esse ato. Foi uma ação de si ineficaz, e o Egrégio Supremo Tribunal Federal, que a decidiu afinal, declarou sem efeito a sentença do Juiz local que a acolheu. Não vejo em que essa ação pudesse ser tomada como interruptiva de um prazo preclusivo, porque manifestamente era uma ação inadequada. Também o mandado de segurança era um procedimento inidôneo para o fim colimado, inclusive porque pretendia-se discutir fatos concernentes à propriedade, e esse mandado de segurança acabou sendo repellido. Não vejo em

que tais procedimentos judiciais transversos ou descabidos pudessem prejudicar o prazo de preclusão. Este deve ser considerado sem liberalidade, e aplicado literalmente o texto da lei que assegurou o direito do proprietário, de anular o ato administrativo, sob o fundamento de que não lhe foi assegurada a preferência à exploração da jazida ou da mina. Mas o que se verifica é que não havia uma situação prévia de liquidez e certeza da propriedade da superfície e os apelantes sempre procuraram contornar essa situação e criar obstáculos à exploração, enquanto não se firmasse seu alegado direito de propriedade.

O Sr. Min. Godoy Ilha: — Se a Turma acolher o voto de V. Ex.^a, vai-me privar do prazer de responder a tôdas as questões que forem surgindo no processo.

O Sr. Min. Oscar Saraiva: — Teria um grande prazer em ouvir o voto de V. Ex.^a, que é certamente meditado, e seria desejável que tivéssemos guardado a ordem de discussão, que o Dr. Advogado da apelante observou da tribuna, deixando a prejudicial para a segunda parte. Mas, pela sua natureza, a prejudicial, como o seu nome diz, deve ser discutida previamente.

Entendo, *data venia*, que há preclusão, porque não verifiquei que tivesse havido ação própria, no tempo próprio, de proprietários, tidos e havidos com certeza como tais, para anular o ato administrativo pela forma por que o prescreve o Código de Minas.

Acolho, *data venia*, a prejudicial.

Decisão

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: Depois de ter o Relator rejeitado a preliminar, e de haver o Revisor votado em contrário, pediu vista dos autos o Min. Armando Rollemberg. Presidiu o julgamento o Sr. Min. *Djalma da Cunha Mello*.

Voto

O Sr. Min. Armando Rollemberg: — A hipótese sobre a qual sou chamado a decidir, ocorrência de prazo de prescrição ou de decadência, de si das mais ingratas com que se depara o julgador, pela ausência de distinção legal expressa, no caso presente, revestese de dificuldade maior resultante de os votos já proferidos se terem colocado em posição antagônica.

Levou-me tal circunstância a detido reexame da matéria, com consulta à doutrina, vindo afinal a concluir que o melhor entendimento, *data venia* do Min. Godoy Ilha, foi esposado pelo Min. Oscar Saraiva, quando considerou que o prazo para propositura da ação para anular autorização de lavra é prazo de decadência.

A ação referida corresponde ao direito que tem o interessado de promover a anulação da autorização de lavra. Por via dela não obtém, o mesmo interessado, diretamente, o reconhecimento de direito que porventura lhe assista à exploração da mina.

Em consequência, o direito à ação somente nasce no momento

da expedição do decreto, e a faculdade de propô-la, isto é, de exercer o direito de anular, tem prazo certo, circunstâncias que caracterizam a hipótese de decadência.

Ajusta-se a tal conclusão o que a respeito do assunto ensina Ruggiero: "Um instituto afim da prescrição, pois também nêle opera o tempo como causa extintiva, mas que todavia tem uma natureza intrínseca diversa, é a decadência. O seu conceito e, mesmo, os caracteres diferenciais da prescrição, são dados pelo seguinte: que para determinadas relações jurídicas a lei ou a vontade do indivíduo estabelece previamente um termo fixo dentro do qual se pode promover uma ação, de modo que terminado esse termo já não pode ter lugar, seja por que modo fôr, prescindindo-se para tal de qualquer consideração de negligência do titular ou da impossibilidade, na qual se encontre, e olhando-se apenas exclusivamente ao fato do decurso do termo. Pode assim dizer-se que não é um direito que se extingue com o decurso do tempo, mas sim que é a aquisição de um direito que se impede com o decurso inútil do termo, ou melhor: que a faculdade, a cujo exercício se marcou de antemão um termo, nasce originariamente com uma limitação de tempo, de modo que já se não pode fazer valer quando, por qualquer motivo, tenha decorrido esse tempo, ao passo que na prescrição o direito nasce com uma duração indefinida e somente se pode perder se houver negligência no seu uso."

Igualmente acorde com a concepção por nós aceita é o pensamento de Caio Mário da Silva Pereira, muito bem pôsto, por sinal, nos seguintes termos: "Efeito do tempo na relação jurídica é, também, a decadência ou caducidade, que muito se aproxima da prescrição, diferindo, entretanto, nos seus fundamentos e no modo peculiar de operar. Decadência é o perecimento do direito, em razão do seu não exercício em um prazo determinado. Com a prescrição tem êstes pontos de contato: é um efeito do tempo, aliado à falta de atuação do titular.

Mas diferem em que a decadência é a morte da relação jurídica pela falta de exercício em tempo prefixado, enquanto que a prescrição extingue um direito que não tinha prazo para ser exercido, mas que veio a encontrar mais tarde um obstáculo na criação contrária oriunda da inatividade do sujeito. O fundamento da prescrição encontra-se, como vimos, num interesse de ordem pública em que se não perturbem situações contrárias, constituídas através do tempo. O fundamento da decadência é não se ter o sujeito utilizado de um poder de ação, dentro nos limites temporais estabelecidos à sua utilização. É que há direitos que trazem, em si, o germe da própria destruição. São faculdades condicionadas ao exercício dentro do tempo certo, e, então, o perecimento da relação jurídica é uma causa ínsita no próprio direito, que oferece esta alternativa: exerce-se no prazo preestabelecido,

ou nunca mais. Quando, pois, o direito subjetivo pode ser exercido sem a predeterminação de um prazo, extingue-se por prescrição levantada por quem tenha um interesse contrário; mas, quando a lei marca um tempo, como condição de exercício, o vencimento dêste limite temporal importa na caducidade, ou decadência do direito."

Não seria demais, contudo, lembrar Clóvis Beviláqua que, sucintamente embora, fixa de forma clara o conceito de decadência, ao escrever: "O Código Civil não distinguiu a prescrição dos prazos extintivos, que operam a decadência ou caducidade dos direitos. No entanto a doutrina estabelece diferenças entre as duas figuras jurídicas. O prazo extintivo opera a decadência do direito, objetivamente, porque o direito é conferido para ser usado num determinado prazo; se não fôr exercido, extingue-se. Não se suspende nem se interrompe o prazo; corre contra todos e é fatal, termina na hora preestabelecida."

Se, como afirmávamos no início dêste voto, o direito que à autora, ora apelante, foi assegurado pelo art. 38 do Código de Minas foi tão-sòmente o de anular a autorização de lavra quando concedida com desatenção ao prazo e formalidades estabelecidas no art. 26 do mesmo código, há de se concluir, frente às lições invocadas, corretas ao nosso ver, que se operou a decadência do direito à ação pelo decurso do prazo de um ano, não sujeito a interrupção.

Por tais motivos acompanho o Sr. Ministro Revisor.

Decisão

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: Deu-se provimento ao recurso da segunda apelante para declarar decadente o direito à ação por parte dos autores, vencido o Sr. Min. Relator e designado para lavrar o Acórdão

o Min. Revisor. O Sr. Min. Armando Rollemberg votou com o Sr. Min. Revisor. Não compareceram, por motivo justificado, os Srs. Mins. Cunha Vasconcellos e Djalma da Cunha Mello. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Godoy Ilha.

APELAÇÃO CÍVEL N.º 12.301 — GB.

Relator — O Ex.^{mo} Sr. Min. Godoy Ilha

Revisor — O Ex.^{mo} Sr. Min. Oscar Saraiva

Recorrente — Juiz da Fazenda Pública, *ex officio*

Apelantes — IAPI, Félix Rabello e outros, Delizeth Borges Grecco e outros

Apelados — Os mesmos.

Acórdão

Servidor autárquico. Cargo de Tesoureiro; tem direito de nêle ser efetivado o funcionário que, ao entrar em vigor a Lei 403/48, exercia funções de tesouraria, se nessa situação o encontrou a Lei 1.095/50.

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de Apelação Cível número 12.301, do Estado da Guanabara, apelantes Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Industriários, Félix Rabello e outros, Delizeth Borges Grecco e outros e apelados os mesmo, assinalando-se também recurso *ex officio*:

Acorda, por unanimidade a Segunda Turma julgadora do Tribunal Federal de Recursos, em negar provimento à apelação dos autores e litisconsortes, e em dar provimento, em parte, à apelação do Instituto, conforme consta das notas taquigráficas anexas, as quais, com o relatório de fls., ficam fa-

zendo parte integrante dêste julgado, apurado nos têrmos do resumo de fôlhas 173. Custas *ex lege*.

Brasília, 14 de junho de 1963.
— *Cunha Vasconcellos*, Presidente; *Godoy Ilha*, Relator.

Relatório

O Sr. Min. Godoy Ilha: — Félix Rabello e outros apelam da sentença, assim relatada e decidida pelo MM. Dr. Juiz a quo:

“Vistos, etc.

Félix Rabello e outros, propuseram a presente ação ordinária contra o Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Industriários, para

que: a) se lhes reconheça o direito à efetivação nos cargos de Tesoureiro e Tesoureiro-Auxiliar do Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Industriários, com todos os direitos e vantagens devidos, a partir da vigência da Lei 403, de 1948, aos ocupantes dos referidos cargos; b) seja o referido Instituto condenado a apostilar-lhes os títulos funcionais e a pagar-lhes as correspondentes diferenças de vencimentos, além de juros de mora, honorários de advogado, na base de 20% e custas”.

Instruem a inicial os documentos de fls. 9 a 31.

Contestou o réu dizendo, em síntese, que:

“a) consoante se depreende, de forma inequívoca dos termos da inicial, os próprios autores reconhecem que a pretendida garantia de efetividade, decorrente dos dispositivos das leis n.ºs 403 e 1.095, de 24-9-1948 e de 3-5-1950, só poderia beneficiar na hipótese, os que já exercessem as funções de Caixa ou equivalente, à data da vigência das mencionadas leis;

b) em face do exposto, MM. Juiz, parece claro que, para os próprios autores, só teriam direito aos invocados benefícios das Leis n.ºs 403 e 1.095 os funcionários que, à data da vigência desses mandamentos legais, ocupassem as funções de Caixa ou equivalentes. Pois bem: dos quatro autores, apenas dois, Félix Rabello e Delizeth Borges Grecco, foram designados para exercer as funções de confiança de “Chefe do Serviço de Caixa” e “Encarregado da Caixa”,

respectivamente, antes das mencionadas Leis. Os demais, consoante consta dos documentos de fls. 25, 26 e 29, só posteriormente foram designados para exercer as funções de Caixa ou de Tesoureiro-Auxiliar, sendo de notar, quanto a Wanda de Abreu Webler, que, nos termos dos documentos de fls. 29 a mesma só teria sido designada para as funções de Tesoureiro-Auxiliar a título precário, em 16 de outubro de 1957, não constando sequer dos autos se foi dispensada e em que data o teria sido;

c) evidente, portanto, que quanto aos dois citados postulantes — Helena Azevedo Ramos e Wanda de Abreu Webler, o pedido em análise se mostra *in limine* despedido de qualquer procedência, pela inexistência de condição por elas mesmo reconhecida como essencial à caracterização de seus alegados direitos, sendo de notar, ainda, quanto a Félix Rabello e a Delizeth Borges Grecco: a) que o primeiro deixou as funções de Chefe de Serviço de Caixa por ter sido nomeado para exercer o cargo de Agente em Juiz de Fora; b) que a segunda foi dispensada a pedido, nada tendo, portanto, a reclamar; e c) que essa dispensa se deu em 14 de fevereiro de 1949, pela Portaria n.º 18.106, estando assim, além do mais, irremediavelmente prescrito o seu direito de postular a pretendida efetivação;

d) a dispensa dos ocupantes das funções de Caixa ou outras que tais no IAPI representou, portanto, providências perfeitamente legais, adotadas em absoluta consonância com as Leis n.ºs 403 e

1.095, dado que os referidos autores mesmo os que foram designados para as funções de Caixa, ou equivalentes antes das mencionadas Leis, não tinham e não têm qualquer direito à pretendida efetivação, face a sua condição de ocupantes de meras funções gratificadas.”

Réplica dos autores, pedidos de litisconsórcios, deferidos a fls. 105, despacho saneador irrecorrido e audiência sem provas.

Tudo examinado e bem ponderado, decide:

No V. Acórdão de fls. 12 a 21, vem transcrita sentença por mim proferida em hipótese idêntica, embora que em mandado de segurança, sentença essa que excluiu dos favores das Leis invocadas (n.ºs 403/48 e 1.095/50) dois dos impetrantes por terem sido designados para o exercício de cargos da Tesouraria posteriormente àquelas leis.

Como se vê daquele respeitável aresto, relatado pelo eminente e douto Aguiar Dias, dita exclusão foi rechaçada, à unanimidade de modo que não há como persistir no meu ponto de vista, repudiado tão expressivamente.

Reporto-me à aludida decisão Superior, que acolho e acato, homenageando-a.

Ocorre, porém, que a autora, Delizeth Borges Grecco foi dispensada, “a pedido”, pela Portaria n.º 18.106, de 14-2-1949, de forma que seu direito e ação estão irremediavelmente incursos na prescrição quinquenal, já que a presente ação foi proposta mais de “nove anos” depois da dispensa voluntária.

São colhidos pela prescrição também os litisconsortes George Varzea, dispensado em 16-1-56; Henrique Cássio Nunes de Abreu, dispensado em 17-12-951; Hélio Azevedo, dispensado em 2-10-50; Maria Lúcia de Souza Ricci, dispensada em 12-6-1953, Rodolpho de Barros Correia, dispensado em 24-1-949; e Anna Iris de Sá, dispensada em 19-4-1951.

Por essas razões de decidir, julgo:

I) prescritos direitos de ação da autora, Delizeth Borges Grecco, e dos litisconsortes, George Várzea, Henrique Cássio Nunes de Abreu, Hélio Azevedo, Maria Lúcia de Souza Ricci, Rodolpho de Barros Correia e Anna Iris de Sá.

II) procedente a ação, quanto aos demais autores e litisconsortes, nos termos da inicial e dos pedidos de litisconsórcio, excluídos, porém, os honorários de advogado, por indevidos, e contados os direitos e vantagens, a partir da Lei número 403/48, para os designados para o exercício de funções de Tesouraria, antes da mesma Lei, e a partir das respectivas designações, para os designados posteriormente, tudo como fôr apurado na execução.

Custas em proporção. P.R.I.

Recorro de ofício.”

O Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Industriários apela às fls. 135.

Félix Rabello e outros apelam da parte da sentença que considerou indevidos honorários advocatícios.

Dizem em suas razões:

... “Forçoso é convir que a hipótese em tela equivale a uma verdadeira reintegração, em tôda a sua essência: funcionário afastado do cargo que é assegurado por lei, e no qual estava em efetivo exercício, e que o judiciário ordena volte (efetivação) ao cargo ocupado anteriormente.” /...../...../

... Reiteradamente, tem decidido o Colendo Supremo Tribunal Federal:

No caso de reintegração deve a reparação ser a mais completa e abranger honorários de Advogado” (Recurso Extraordinário número 13.853. Pub. Rev. Dir. Adm. Vol. 25-1951 — pág. 90).

Assim sendo, concluiu, recorrem os apelantes ao Egrégio Tribunal, para que, dando provimento a êste apêlo, determine a inclusão, na V. decisão apelada, da obrigação de pagar o IAPI os honorários advocatícios, na base de 20% sobre o total da condenação.

Delizeth Borges Grecco e outros apelam da parte da sentença que julgou prescrito o direito postulado pelos recorrentes.

As razões do apêlo estão redigidas a fls. 144 a 146.

Contra-razões de Félix Rabello e outros a fls. 149.

O Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Industriários, como apelado, expôs as suas razões.

A União Federal, como assistente, falou pelo seu ilustre Procurador.

E, nesta Superior Instância, a douta Subprocuradoria-Geral da

República endossa as ilustradas razões de fls. 136/126, do Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Industriários e, espera a reforma da sentença apelada.

É o relatório.

Voto

O Sr. Min Godoy Ilha: — Negro provimento à apelação dos autores e litisconsortes Delizeth Borges Grecco, George Várzea, Henrique Cássio Nunes de Abreu, Hélio de Azevedo, Maria Lúcia de Souza Ricci, Rodolpho de Barros Correia e Anna Iris de Sá, dispensados que foram há mais de cinco anos da data de propositura da ação, como bem acentuou a sentença de Primeira Instância.

Não colhe a assertiva dos apelantes de que a prescrição só incide sobre as prestações vencidas anteriormente ao quinquênio que antecedeu à propositura da causa, pôsto que não se trata de revisão de proventos, mas o que êles impugnam é o próprio ato de sua dispensa da função que exerciam, infringente de lei e onde nasceria direito postulado de serem nelas conservados. Já decidi a Suprema Instância que “se as parcelas de que se tratam só poderiam ser reclamadas como decorrência de um direito, e se prescreveu a ação para obter tal reconhecimento, não é possível ter como não prescrito o direito àquelas parcelas” (Recurso Extraordinário número 37.100). Argúem, ainda, os apelantes, que não impugnam a dispensa, mas o manifesto descum-

primento das leis vigentes. Todavia, êsse descumprimento ter-se-ia dado com a dispensa que teria causado a lesão dos seus direitos. Não há como desatender à prescrição oportunamente invocada pelo réu.

Dou provimento, em parte, ao recurso de officio e ao apêlo do réu, para julgar a ação procedente sòmente com relação aos autores e litisconsortes Félix Rabello, João Moacir Lins Caldas, Jayme da Costa Monsanto e Francisco Filippe, todos investidos nas funções antes do advento das Leis 403, de 1948 e 1.095, de 1950, com exceção do último que foi designado anteriormente à vigência da citada Lei 1.095. Estão todos favorecidos pelos dois referidos diplomas legais.

A Lei 403, que reestruturou os serviços de Tesouraria no Serviço Público Federal, assegurou a efetividade dos ocupantes de cargos de tesourarias, sem qualquer restrição a comissionamento ou a função gratificada (art. 11) e, pelo art. 3.º, reconheceu o direito à efetividade aos próprios extranumerários mensalistas. A Lei 1.095, de 3-5-1950, considerou as autarquias como compreendidas na locução "serviços autônomos" do art. 2.º da precitada Lei 403, que se lhe tornou extensiva. E determinou que a reestruturação dos serviços de tesouraria, nessas entidades, obedeceria às bases do art. 1.º da referida lei, "respeitados os direitos dos atuais tesoureiros, ajudantes de tesoureiro, fiéis de tesoureiro e caixas." Como sustentou

em voto proferido no Recurso Extraordinário n.º 46.484 o eminente Min. Vitor Nunes Leal, trata-se aí de enumeração exemplificativa, abrangente de outros servidores que, com denominação diversa, vinham exercendo funções de tesouraria, o que parece ter ampliado o disposto no art. 3.º da Lei 403, para dispensar a condição de extranumerário mensalista.

Em tais condições, torna-se evidente que o invocado Dec. 31.479 de 1952, que dispôs sôbre o cumprimento da Lei 1.095, não podia afetar a situação de quantos, como êsses autores, estivessem resguardados por aquêle diploma legal, eis que todos encontravam-se no exercício de funções de tesouraria por ocasião do advento da mencionada Lei 1.095, sendo que quase todos, à exceção do último, antes mesmo da vigência da Lei 403, só foram dispensados a pretexto de se cumprir o referido Decreto 31.479.

Neste sentido tem decidido inúmeras vêzes êste Tribunal, como se vê dos acórdãos proferidos nos Agravos em Mandado de Segurança n.ºs 2.424, 6.005, 13.137, 16.482, 17.748 e 13.836, nas Apelações Cíveis 4.027, 7.915, 12.799, 12.801 e 12.046 e no Recurso de Revista n.º 496, muitos dêles confirmados pela Suprema Instância (Recursos Extraordinários n.ºs ... 23.454, 26.626 e 46.484 e Recursos de Mandado de Segurança n.ºs 8.945 e 10.499). E, como já o acentuou um julgado do Colendo Supremo Tribunal Federal, reconhecida por decisão judicial tran-

sitada em julgado, situação de fato e de direito comum a uma ou mais classes de servidores, não é possível deixar de ampliá-la a todos os servidores que a ela pertenciam.

Mas, já o mesmo não ocorre com relação aos autores e litisconsortes Helena Azevedo Ramos, Wanda de Abreu Webler, Mário Crócamo, José Cavalcanti e Renato Custódio Gonçalves, com relação aos quais a sentença de Primeira Instância julgou também procedente a ação. Todos foram designados para responder a título precário e em caráter provisório, pelas funções de caixa, muito posteriormente ao advento da Lei 1.095 de 1950, sendo que os dois últimos foram dispensados a pedido, e já na vigência do Decreto 31.479 que, regulamentando aquela lei, dispusera quanto ao modo de provimento dos cargos de tesouraria, mediante concurso, extintas as funções gratificadas.

A Lei 1.095 só amparou os atuais ocupantes, vale dizer aqueles que, à data, ocupavam os cargos ou funções de tesoureiro, fiéis e ajudantes de tesoureiro e caixas, e não os que posteriormente passaram a ocupá-los, como, de resto, já o dispunha o art. 11 da Lei 403. Tanto um como outro diploma legal, só resguardara a situação dos que estivessem exercendo os cargos e funções de tesoureiro por ocasião da sua publicação.

Dêste modo são providos os recursos necessários e do réu, para

limitar a procedência da ação tão-só com relação aos já mencionados autores e litisconsortes Felix Rabello, João Moacir Lins Caldas, Jayme da Costa Monsanto e Francisco Filippe, com efeito somente a partir da vigência da Lei 1.095 de 1950, pôsto que foi esta que estendeu às autarquias o regime da Lei 403. Não se trata, com relação àquela, como se tem pretendido, de lei interpretativa, mas de direito nôvo. Na nossa sistemática constitucional, não há leis interpretativas, pôsto que a função de interpretar as leis é atribuição privativa do Poder Judiciário.

Os honorários de advogado realmente são devidos, mantida neste ponto a sentença e negado provimento ao recurso dos autores.

É o meu voto.

Voto

O Sr. Min. Oscar Saraiva: — Estou de pleno acôrdo com o Sr. Min. Relator em todos os pontos analisados, e meu voto se conforma em tudo com o de S. Ex.^a.

Decisão

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: Por unanimidade, negou-se provimento à apelação dos autores e litisconsortes e deu-se provimento, em parte, à apelação do Instituto. Os Srs. Ministros Oscar Saraiva e Cunha Vasconcellos votaram com o Sr. Min. Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Cunha Vasconcellos.

APELAÇÃO CÍVEL N.º 12.443 — SP.

Relator — O Ex.^{mo} Sr. Min. Godoy Ilha
Revisor — O Ex.^{mo} Sr. Min. Oscar Saraiva
Apelantes — Benedito Penteado e outros
Apelada — Fazenda Nacional

Acórdão

Servidor Público Interino. Exoneração por reprovação em concurso para o cargo ocupado. Direito aos Benefícios do art. 23 do A. D. C. T. Somente os servidores que à época de seu advento contassem cinco anos de exercício interino de um certo cargo foram beneficiados pelo disposto no art. 23, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível número 12.443, de São Paulo, apelantes Benedito Penteado e outros e apelada Fazenda Nacional:

Acorda, por unanimidade, a Segunda Turma julgadora do Tribunal Federal de Recursos em negar provimento à apelação. Antes, indeferiu-se o litisconsórcio, conforme consta das notas taquigráficas anexas, as quais, com o relatório, ficam fazendo parte integrante deste julgado, apurado nos termos de folhas 210. Custas ex lege.

Brasília, 10 de dezembro de 1963. — *Djalma da Cunha Mello*, Presidente; *Godoy Ilha*, Relator.

Relatório

O Sr. Min Godoy Ilha: — Trata-se de ação ordinária proposta por ex-fiscais aduaneiros, exoneros dos cargos que exerciam em caráter interino, na Alfândega de Santos, em virtude de inabilitação em concurso para provimento efetivo desses mesmos cargos, pleiteando reintegração, sob o fundamento de que já estariam dispen-

sados da exigência do concurso pela Constituição (art. 23 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias) e legislação ordinária que invocam, inclusive o Estatuto dos Funcionários de 1952.

A ação foi devidamente contestada pela União Federal, tendo o Dr. Juiz a quo na parte decisória assim concluído:

II) — Dispôs o art. 23 do A.D.C.T.: “Os atuais funcionários interinos da União, dos Estados e Municípios, que contem, pelo menos, cinco anos de exercício, serão automaticamente efetivados na data da promulgação deste Ato...”.

O dispositivo só se aplica, portanto, aos que já eram Funcionários em 18-9-1946, e que a essa data contavam pelo menos cinco anos de exercício.

Na espécie, porém, muitos dos autores foram admitidos em data posterior à da promulgação do A.D.C.T. Não podem, portanto, invocar os favores do seu art. 23. São eles: Orlando Barbosa de Moura Júnior, Augusto Carlos Leonardo de Baker, Wallace Simões Motta, José Sprega, Pedro

Diniz Pina, Jair de Andrade Motta, Cyro Lacerda Filho, Algemir Maciel Gonçalves, Sérgio Barbosa dos Santos, Roger Billar Corchs, Priamo Luciano, José Machado, Haroldo Figueiredo, Odair Penellas Baeta, Paulo Gouvêa, José Barbosa dos Santos, Waldemar Presas Rodrigues, Jordão Corrêa Filho, Wilson Torres Mendes, Aureo Novaes, Justino Chiarelli Baeta e Osmar de Camargo. Quanto a este último há de ser observado que a interinidade data de 8-3-1947.

Outros dos autores, embora já em exercício em 18-9-1946, não contavam ainda cinco anos de exercício, eis que admitidos em data posterior a 18-9-1941. É o caso de José Ramos. O digno representante da ré, na fundada impugnação oposta às fls. 227, manifestou a sua discordância que foi, por igual reiterada no parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República.

De meritis, merece confirmada a douta decisão de Primeira Instância, prolatada pelo eminente Juiz Dinio de Santis Garcia, cujos fundamentos não foram abalados pelas ilustradas razões do projecto patrono dos apelantes.

Os autores, em número de 37, exerciam, em carácter interino, as funções de fiscal aduaneiro da classe "E", inicial da carreira, e foram delas dispensados por decretos de 2 de outubro de 1952, por haverem sido inabilitados em concurso, e pretenderam a sua reintegração no cargo, sob o fundamento de estarem favorecidos pelo art. 23 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e,

portanto, dispensados da prestação do concurso.

Mas, em verdade, como mostrou o ilustre Julgador *a quo*, com apoio na prova dos autos, muitos (25) dos autores foram admitidos em data posterior à promulgação daquele Ato, e os demais não contavam, à época, cinco anos em exercício no cargo, como esclareceram as informações ministeriais, não ilididas pela documentação da inicial.

A demissão teve assento no art. 17, parágrafo 6.º, do antigo Estatuto então vigente (Dec. lei 1.713 de 1939), por terem sido inabilitados no concurso, segundo informa o parecer do Procurador da Fazenda. Não se pode argüir de ilegal o ato demissório que teve assento em expressa disposição legal e não favorece os autores o invocado art. 23 do A.D.C.T., que só alcançou os funcionários interinos que, ao tempo, contassem, pelo menos, cinco anos de exercício, condição não preenchida pelos apelantes.

Revela notar que, dos trinta e sete autores, somente cinco, os de nomes Américo Genovesi, Benedito Penteadó, José Sprega, Priamo Luciano e Haroldo de Figueiredo tinham, à data da promulgação da Constituição, mais de cinco anos de serviço prestado a outras entidades de direito público que não a União.

Mas, como pondera a sentença, não há que somar, para os efeitos do art. 23 das Disposições Constitucionais Transitórias, tempo de serviço prestado aos Estados ou aos Municípios, pôsto que esse tempo de serviço não se conta

para efeito de estabilidade, só computável para a disponibilidade ou aposentadoria, como está expresso no art. 192 da Lei Maior. Pontes de Miranda sustenta que mesmo o prestado noutra cargo da mesma entidade não é levado em conta para a estabilidade no cargo então ocupado (*Comentários*, vol. IV, pág. 167).

De resto, o próprio texto invocado fala em “cinco anos de exercício”, o que significa exercício de cargo ocupado interinamente e são excluídos do favor os que tenham sido inabilitados em concurso para o cargo exercido (art. 23, parágrafo único, inc. III).

Não procedem, pois, as razões do apêlo.

Não houve, como se pretende, julgamento *extra petita*, eis que a sentença limitou-se a decidir as questões controvertidas na causa, a matéria alegada no libelo e na contrariedade, então integrada pelos pareceres e informações ministeriais a que se reportou, de modo expresso.

Pretendem os apelantes que o eventual implemento do quinquênio, mesmo após a promulgação do A.D.C.T., teria aproveitado aos apelantes. Mas à de Miguel Cavalcanti de Albuquerque, de Cleudo Wanderley, de Antônio Simões Ribeiro, de Bráulio Alexandrino da Anunciação, de José Lyra dos Santos, de Alberto Rodolfo Fehne, de Walter da Mouta Campelo, de Jacques de Aguiar e de Eduardo Roque.

Igualmente não tinham completos cinco anos de exercício os autores Benedito Penteado (com 4

anos, 10 meses e 7 dias, correspondentes aos períodos de 1-7-1941 a 6-1-1944, e de 4-5-1944 a 18-9-1946; cf. fls. 49 e v.) e Américo Genovesi (com 4 anos, 11 meses e 1 dia, correspondentes aos períodos de 20-3-1941 a 18-1-1944, e de 5-8-1944 a 18-9-1946; cf. fls. 36 e verso).

Quanto a Riolando Cearense e a Romeu Augusto Nabuco, nem a inicial, nem os documentos oferecidos, esclarecem a situação funcional de um e de outro. Mas das informações de fôlhas 171 e 173, consta que o primeiro foi nomeado depois da promulgação do A.D.C.T., e que o segundo não consta que o primeiro foi nomeado em 18-9-1946.

Vê-se, portanto, que nenhum dos autores satisfaz aos pressupostos fixados pelo art. 23 do A.D.C.T.

Não há, de outra parte, que somar, para efeitos do mesmo dispositivo, tempo de serviço prestado aos Estados-membros ou aos Municípios. O tempo de serviço que se conta, para a concessão de estabilidade ao funcionário, é o prestado em funções integrantes de um mesmo aparelhamento administrativo (cf. Carlos S. de Barros Jr., *Dos Direitos Adquiridos na Relação de Emprego Público*, n.º 86; P. de Miranda, *Comentários à Constituição de 1946*, 1.ª ed., vol. IV — art. 192).

No concernente aos autores que serviram na Fôrça Expedicionária, deve ser lembrado que a Lei número 1.711, de 1952, foi promulgada após a demissão dêles. Não os favoreceu, portanto.

Há que atender, ainda, em que só o funcionário efetivo (não o interino, nem o nomeado em comissão) pode-se tornar estável. Assim, o eventual implemento do quinquênio, após a promulgação do A.D.C.T., em nada beneficia os autores.

Repita-se: o art. 23 do A.D.C.T. foi norma excepcional, que só alcançou os interinos que na data de sua promulgação contassem cinco anos de exercício. Este favor do Constituinte, válido para certo momento, está a demonstrar que, normalmente, “as interinidades, por mais de um quinquênio, não criam direito de permanência” (cf. *Rev. Trim. Jur.*, vol. 2. pág. 300).

III) Isto pôsto, julgo a ação improcedente.

Custas pelos autores.

Julgada improcedente a ação, os autores, inconformados, apelaram da M.M. sentença que lhe foi contrária com as razões de fls. 211 até 225.

Às fls. 204/206 houve um pedido de litisconsorte, voluntário, impugnado pela União Federal às fls. 207, e ainda não decidido.

Houve contrariedade às fls. 228 pela União Federal.

É o relatório.

Voto

O Sr. *Min Godoy Ilha*: — Preliminarmente, indefiro o litisconsórcio requerido por Antônio Coggi às fls. 204, porque, além de pedido a destempo, nenhuma prova fez o requerente de encontrar-se na mesma situação dos autores. Trata-se, ademais, de litisconsór-

cio facultativo, dependendo do acôrdo das partes, e evidencia que o preceito transitório exauriu-se na mesma data e não tinha efeitos futuros. E, quando por absurdo se quisesse admitir a vigência permanente da regra, havia que atender-se à exceção contida no já citado inciso III do parágrafo único do art. 23, excluído de sua aplicação os inabilitados em concurso. Assentou lúcidamente o eminente *Min. Vilas Boas* no julgamento do Mandado de Segurança n.º 3.974: “O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, art. 23, determinou a automática efetivação dos interinos que, na data de sua promulgação, contassem cinco anos de exercício.

Ninguém vê aí a isenção de uma regra de garantia, mas uma outorga do Poder Soberano, válida para certo momento, a significar que as interinidades, por mais de um quinquênio, não criam direito de permanência” (*Rev. Trimestral de Jurisprudência*, vol. 2, pág. 300).

Irrelevante a invocação feita à Lei 525-A de 1948, pôsto que êsse diploma legal só trata da efetivação dos funcionários interinos ocupantes de cargo de provimento efetivo e não de cargos de carreira, para os quais é exigido o concurso. E tão certos estavam os apelantes da indispensabilidade do concurso que nêles se inscreveram.

Desavisado ainda o aceno às disposições da Lei 2.284, de 1954, posterior à demissão dos apelantes, ocorrida em 2 de outubro de 1952, e, além do mais, só ex-

tensivo aos extranumerários menssalistas, condição que não era a sua. A estabilidade assegurada pelo art. 82 do vigente Estatuto, posterior também à sua demissão, alcança tão-só a funcionário nomeado em caráter efetivo e independentemente de concurso.

Com relação aos autores, Waldemar Presas Rodrigues, Jordão Corrêa Filho e Nilson Torres Mendes, expedicionários da FEB e nomeados os dois primeiros em 1949 e o último em 1947, que não lhes aproveita o art. 201 da Lei n.º 1.711 de 28-10-1952, pois a êsse tempo já tinham sido exonerados, assim como, do mesmo modo, não os favorece o parágrafo único do art. 18 do A.D.C.T. que só alcançou aquêles que já eram servidores em 18 de setembro de 1946.

Ademais, a estabilidade assegurada nesses dois dispositivos é no serviço público e não no cargo, regra contida no parágrafo 2.º do art. 82 do vigente Estatuto.

Por tôdas estas razões, nego provimento ao recurso.

Voto

O Sr. Min. Oscar Saraiva: — Estou de acôrdo. Tenho que foi bem aplicado o art. 23 do A.D.C.T. que visava a efetivar interinos que à data da promulgação da Constituição contassem cinco ou mais anos de interinidade no cargo, sem atender ao tempo do serviço público de uma maneira geral. O que se invoca, posteriormente, diz respeito à estabilidade de extranumerários, e não à efetivação de interinos. Com o Relator.

Decisão

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: Por unanimidade, negou-se provimento à apelação. Antes, indeferiu-se o litisconsórcio.

Os Srs. Mins. Oscar Saraiva e Armando Rollemberg votaram com o Sr. Min. Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. *Djalma da Cunha Mello*.

APELAÇÃO CÍVEL N.º 11.972 — DF.

(Embargos)

Relator — O Ex.^{mo} Sr. Min. Márcio Ribeiro (Henrique d'Ávila)

Revisor — O Ex.^{mo} Sr. Min. Cândido Lôbo

Apelantes — União e Adriano Botelho e outros

Apelados — Os mesmos

Acórdão

Servidor público. Assemblhação de vencimentos em cargos de iguais atribuições, face ao disposto no art. 3.º da Lei 5.622 de 1928. Embargos que se rejeitam.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível número 11.972, do Distrito Federal, são apelantes a União e Adriano

Botelho e outros e apelados os mesmos:

Acorda o Tribunal Federal de Recursos, em Primeira Turma, por maioria de votos, em negar provimento ao apêlo da União, tudo conforme consta do relatório e notas taquigráficas precedentes, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Custas *ex lege*.

Brasília, 16 de maio de 1962.
— *Cândido Lôbo*, Presidente; *Oscar Saraiva*, Relator.

Relatório

O Sr. Min. Márcio Ribeiro: — Adriano Botelho e outros, mestres extranumerários-mensalistas dos Ministérios da Marinha, da Aeronáutica e da Guerra — demandaram contra a União Federal, a fim de obter equiparação de seus vencimentos ao dos operários da Imprensa Nacional, baseando-se em direito adquirido, segundo as Leis 4.632, de 1923, 4.242, de 1921, 5.622, de 1928 e Dec. 18.588, de 1929, situação esta insólitamente rompida, em 1951, pela Lei 1.455. Fundam-se também no princípio de isonomia derivado do de igualdade que a Constituição Federal resguarda.

A causa foi a tempo contestada pela União, que alega prescrição e inexistência do direito dos autores, que se firmam em leis há muito revogadas. Quanto à assemelhação aos Operários da Imprensa Nacional julga-a inviável porque os autores não são gráficos ou sequer trabalham nas artes gráficas.

Afinal o Juiz proferiu sentença julgando improcedente a ação, sem se manifestar sôbre a preliminar de prescrição.

Apelaram ambas as partes.

Os autores apelaram para obter o que pedem na inicial.

A ré apelou na parte em que o Juiz deixou de apreciar a preliminar de prescrição.

Nesta Instância a douta Subprocuradoria-Geral manifesta-se pelo provimento da segunda apelação, e, no mérito, pela confirmação da sentença.

É o relatório.

Voto

O Sr. Min. Márcio Ribeiro: — O princípio de isonomia não está expressamente sufragado na Constituição Federal. Deduzi-lo do princípio de igualdade de todos perante a lei e, com isto, proceder à reclassificação de funcionários seria tomar um caminho perigoso: invadir as prerrogativas do Executivo e do Legislativo sem razão suficiente, antes com manifesta vulneração do art. 6, 7 § 2.º, da mesma Constituição.

Quanto ao alegado direito adquirido, é impossível admiti-lo na espécie. A Lei de 1923 está claramente revogada, e a Lei 18.588, de 1928, não poderia produzir qualquer efeito após o prazo de sua vigência, quaisquer que sejam os termos da redação de seu art. 13, em que se apóiam os primeiros recorrentes.

Não procede, pois, o pedido destes. Tampouco o da União pois a prescrição evidentemente não ocorreu. A lei é expressa, quando

se trata de prestações periódicas (como é o caso de vencimentos), em preservar da prescrição as mais recentes e, portanto, o direito ora em discussão.

Nego, pois, provimento a ambos os recursos.

Voto

O Sr. Min. Cândido Lôbo: — Sr. Presidente, diz o art. 1.º da Lei 2.284: “Os extranumerários-mensalistas da União e das autarquias que contem ou venham a contar mais de cinco anos de serviço público, ininterruptos ou não, serão equiparados aos funcionários efetivos para todos os efeitos.”

Sr. Presidente, se discutiu muito neste Tribunal, e no Supremo Tribunal Federal, a respeito do valor dessa expressão “para todos os efeitos”. E, em vários recursos que chegaram ao Supremo Tribunal, a situação ficou meio confusa, porque uns foram providos e outros não, até que num deles, relatado pelo Sr. Min. Ary Franco e do qual pediu vista o Sr. Min. Gallozzi, trouxe S. Ex.^a voto circunstanciado a respeito, no qual termina dizendo: “. . . a Lei 2.284, de 1954, fêz a equiparação completa, usando da expressão “para todos os efeitos”. Esse tem sido o entendimento em vários casos e penso que nem podia deixar de ser assim, pois a expressão “para todos os efeitos” há de abranger também o prisma relativo aos vencimentos, se não seria apenas “para alguns efeitos.”

A partir dessa decisão, eu, aqui no Tribunal, filiei-me a essa ju-

risprudência, eis que entendi não poder deixar de acompanhar o Supremo Tribunal Federal na interpretação dada, de que a expressão “para todos os efeitos” há de abranger também o prisma relativo aos vencimentos. Se não fôsse assim, essa expressão não seria para todos os efeitos e, sim, para alguns efeitos, o que não está na lei.

Assim votei nos Embargos à Apelação Cível n.º 10.875, julgada na sessão de 28 de agosto último, e publicada no *Diário da Justiça* de novembro. De modo que, peço vênia ao Sr. Min. Relator para divergir de S. Ex.^a e dar provimento ao recurso.

Decisão

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: Foi negado provimento pelo voto do Sr. Min. Relator e dado pelo Sr. Min. Revisor; pediu vista o Sr. Min. Sousa Neto. Presidiu o julgamento o Sr. Min. *Cândido Lôbo*.

Voto

O Sr. Min. Sousa Neto: — Sr. Presidente, fiquei, durante muito tempo, pedindo vista dêsses processos que constavam da aplicação da Lei 2.284 e, só agora, considero-me em condições de emitir voto. Examinei a jurisprudência dêste Tribunal e do Supremo Pretório a respeito dessa lei e constatei que, aqui, a maioria não concede equiparação dos extranumerários aos efetivos para fins de vencimentos. No Supremo Tribunal o julgamento é, por assim

dizer, surpreendente. Ora o Tribunal dá a equiparação para todos os efeitos, incluindo vencimentos, ora concede segurança, apenas, para fins de aposentadoria, disponibilidade, férias, licenças, etc. Eu me firmei, afinal, na interpretação que dá à expressão “para todos os efeitos” o maior sentido, o sentido lato. E passo a dar as razões do meu convencimento.

Se a Lei 2.284 houvesse equiparado os extranumerários aos efetivos, sem usar a expressão “para todos os efeitos”, estabelecendo, apenas, que estavam os extranumerários equiparados aos efetivos, teríamos que chegar à conclusão de que essa equiparação compreendia, além da efetividade, o direito à aposentadoria e à licença especial. Para conceder êsses direitos não havia necessidade alguma de o legislador usar a expressão “para todos os efeitos”. Temos que admitir que essa expressão ou não tem sentido ou tem sentido especial. Reputo-a desnecessária para estabelecer o direito dos extranumerários equiparados aos efetivos. A expressão tem, portanto, outro sentido que, a meu ver, só pode ser, não pode deixar de ser, senão o referente a vencimentos. Se a lei diz: “estão equiparados os extranumerários aos efetivos”, temos que saber se na repartição onde trabalham extranumerários existem efetivos aos quais possam êles ser equiparados. Se não os houver, torna-se difícil a equiparação. Teremos esta incongruência: extranumerários equiparados a efetivos que não existem na repar-

tição: é preciso saber, então, a que efetivos estão equiparados os extranumerários, na falta de efetivos na repartição. Essa equiparação, na ausência de efetivos na repartição, só pode ser ao tipo-padrão de efetivo, ao tipo paradigma, ao tipo modelo de efetivação. Tratando-se de gráficos, a equiparação só pode ser ao paradigma, ao modelo federal, porque a equiparação se faz no terreno federal. Neste caso, estando êles equiparados aos efetivos do padrão federal, os seus vencimentos têm de ser equivalentes aos dos efetivos a que estão equiparados. Se existem efetivos na repartição, seus vencimentos são idênticos aos dos efetivos da repartição. Mas, se na repartição não existem, os seus vencimentos só podem ser os padronizados no sistema federal. Daí não há fugir.

Entendo, pois, que a expressão “equiparar para todos os efeitos” tem sentido maior, significação ampla. E quando não há, na repartição, efetivos aos quais possam ser equiparados os extranumerários, a igualdade tem que ser feita no padrão federal.

Decisão

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: Em continuação, votou o Sr. Min. Sousa Neto pondo-se de acôrdo com o voto do Sr. Min. Revisor, e assim foi dado provimento ao recurso da parte, vencido o Sr. Min. Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Cândido Lôbo.

APELAÇÃO CÍVEL N.º 13.976 — GB.

Relator — O Ex.^{mo} Sr. Min. Godoy Ilha
Revisor — O Ex.^{mo} Sr. Min. Armando Rollemberg
Recorrente — Juiz da Fazenda Pública, *ex officio*
Apelante — União Federal
Apelada — Dahlia Moreira Camargo

Acórdão

Assistente Jurídico do CNP. Direito a equiparação de vencimentos aos procuradores autárquicos. Inexistência do Direito por falta de apoio legal.

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de Apelação Cível n.º 13.976, da Guanabara, apelante União Federal, e apelada Dahlia Moreira Camargo, assinalando-se também recurso *ex officio*:

Acorda por unanimidade a Segunda Turma julgadora do Tribunal Federal de Recursos, em dar provimento às apelações para haver como improcedente a ação, conforme consta das notas taquigráficas anexas, as quais, com o relatório de fls., ficam fazendo parte integrante dêste julgado, apurado nos têrmos do resumo de fôlhas 123. Custas *ex lege*.

Brasília, 4 de dezembro de 1963. — *Djalma da Cunha Mello*, Presidente; *Godoy Ilha*, Relator.

Relatório

O Sr. Min Godoy Ilha: — Trata-se de ação ordinária proposta por assistente jurídico do Conselho Nacional do Petróleo contra a União para o efeito de obter equiparação de vencimentos aos dos procuradores autárquicos.

Em sua petição inicial alega em resumo:

1) que os procuradores de autarquia, de fato, percebem vencimentos superiores aos dos assistentes jurídicos da União, aliás contra a lei expressa (Dec. lei n.º 5.527, de 1943, art. 1.º, § 1.º);

2) que, por analogia e de acôrdo com os arts. 4.º e 5.º do Dec. lei n.º 4.657, de 1942, cabe-lhes sejam outorgadas as vantagens que aquêles percebem;

3) que, para isso, há identidade ou equivalência de funções, entre as dos Assistentes Jurídicos e os Procuradores de Autarquias.

Contestando, levantou a ré a preliminar de prescrição, e no mérito a improcedência da ação baseada nas informações do Departamento Administrativo do Serviço Público.

Houve réplica às fls. 47/51.

A fls. 56 até 60 encontra-se a sentença apelada, que julgou a ação procedente, e é dêste teor:

“Tudo visto e examinado:

A situação da autora é, em tudo e por tudo, semelhante à dos assistentes jurídicos do Ministério da Fazenda, que, logrando acolhida à sua pretensão neste Juízo,

viram-na contrariada por decisão do Tribunal Federal de Recursos, mas, afinal, restabelecida por unânime pronunciamento do Egrégio Supremo Tribunal Federal, conforme se documenta às fls. 31:

“O Sr. Min. Cândido Mota Filho: — O mandado foi impetrado por funcionários contra o Diretor do Pessoal do Ministério da Fazenda, para que sejam apostilados os seus títulos na qualidade de Procuradores da Fazenda, amparados que estão por lei. A segurança foi concedida em primeiro grau. O Egrégio Tribunal Federal de Recursos, porém, deu provimento ao recurso. O eminente Relator, Min. Raimundo Macedo, citando a Lei n.º 2.642, de 1955, achou que o art. 21 da mesma apenas assegura aos impetrantes a passagem das funções de extranumerários para os cargos, sem fixar seus vencimentos. E o fato de exercerem os impetrantes as mesmas funções de procuradores, não significa que tenham direito aos mesmos vencimentos dêstes. Daí o recurso ordinário dos vencidos, desamparados pelo parecer do Dr. Procurador-Geral da República. É o relatório. Voto. O art. 21 da Lei n.º 2.642, de 1955, diz *verbis*: “As atuais funções isoladas de Assistente Jurídico do Ministério da Fazenda cujos ocupantes estejam amparados pelo art. 23 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, passarão como cargos, na forma do art. 257 da Lei n.º 1.711 de 28 de outubro de 1952, a constituir quadro extinto integrante da

Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. O parágrafo único dêsse mesmo artigo diz: “Os Assistentes Jurídicos terão as atribuições que o Procurador-Geral lhes fixar em portaria excetuadas as relativas à apuração e inscrição da dívida ativa e à representação da Fazenda”. O dispositivo em aprêço se refere a passagem de funções de extranumerários para os cargos. Acontece, porém, que os impetrantes, como está reconhecido na decisão recorrida, desempenham as mesmas funções de Procuradores da Fazenda, e não recebem como êstes. Mas, para o Acórdão, o fato de exercerem as mesmas funções não significa direito aos mesmos vencimentos. Para mim, *data venia*, têm razão os recorrentes, na conformidade com a lei. Não se trata de atribuir ao Judiciário poder de legislar para equiparar vencimentos. Porque essa equiparação no caso resulta da lei. Essa equiparação se impõe em consequência da Constituição, que consagra a igualdade jurídica, decorre do art. 259 do Estatuto dos Funcionários Públicos, que determina o respeito às atribuições e responsabilidades, e assim idênticos vencimentos a funções idênticas. Não houve, no caso, criação de uma categoria à parte, porque realmente a lei poderia isso determinar no interesse da administração. A lei não se refere à classe especial. Apenas determinou a transferência, e o fez com todos os seus encargos, deveres e consequências. Se deixou de ser extranumerário o

cargo, e foi êle incorporado ao de Procurador, tem êle tôdas as vantagens dêsse cargo. Pelo art. 119 dos Estatutos, o vencimento é a retribuição pelo efetivo exercício do cargo, correspondente ao padrão fixado em lei. O padrão fixado em lei é o de Procurador.

Portanto, não se trata de competência de vencimentos pelo Judiciário. Mas de competência dêste de reconhecer uma situação criada por lei. Decisão. Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: Deram provimento para a concessão unânime. Impedido o Ex.^{mo} Sr. Min. Henrique d'Ávila (substituto do Ex.^{mo} Sr. Min. Rocha Lagoa que se acha em exercício no Tribunal Superior Eleitoral). Ausentaram-se os Ex.^{mos} Srs. Mins. Lafayette de Andrada e Afrânio Costa. Tomaram parte no julgamento os Ex.^{mos} Srs. Mins. Cândido Motta, Relator; Vilas Boas, Ary Franco, Luiz Gallotti, Hahnemann Guimarães, Ribeiro da Costa e Barros Barreto. Presidência do Ex.^{mo} Sr. Min. Orozimbo Nonato da Silva; Assinado: Hugo Mosca, Vice-Diretor interino. Acórdão-Ementa: A transformação de cargo estabelecida por lei acarreta tôdas as consequências no plano de direito e obrigações.

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de recurso de Mandado de Segurança 5.679 — Distrito Federal, recorrentes: Carlos de Menezes e outros; recorrida: União.

Acordam, em Tribunal Pleno, em dar provimento ao recurso, por

unanimidade, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, incorporado a êste o relatório e nos termos das notas taquigráficas. Supremo Tribunal Federal, 3-9-58. Assinado: Orozimbo Nonato, Presidente; Cândido Motta Filho, Relator”.

Com a devida vênia, perseverando no atendimento do Juízo, adoto, já agora, como razão de decidir, o voto do eminente Min. Cândido Motta Filho, e julgo procedente a ação, na forma da inicial, salvo honorários de advogado, incabíveis na espécie”.

Inconformada com essa decisão a União, dela apelou.

A apelação foi contra-arrazoada e nesta Instância o Dr. Subprocurador-Geral da República emitiu o parecer de fls. 109/111.

É o relatório.

Voto

O Sr. Min. Godoy Ilha: — A autora integra o Serviço Jurídico da União como Assistente Jurídico do Conselho Nacional do Petróleo, em que foi transformada a sua função de Amanuense, por força de apostila autorizada pelo Sr. Presidente da República, em 22 de setembro de 1947.

Sob a alegação de que os procuradores das autarquias, em virtude da Lei n.º 2.123, de 1953, e equiparados que foram aos membros do Ministério Público da União, o que contraria disposição legal expressa contida no art. 1.º, do Dec. lei 5.527, de 1943, e

invocando a analogia e o princípio de isonomia, eis que existe manifesta identidade ou equivalência de funções entre as dos Assistentes Jurídicos e os Procuradores de Autarquias, postulou a autora a equiparação de seus vencimentos aos dos procuradores autárquicos.

Foi-lhe favorável a sentença de Primeira Instância, esteiando-se apenas numa decisão do Egrégio Supremo Tribunal Federal, proferrida, de resto, e como veremos adiante, em caso sem qualquer paridade como a espécie *sub judice*.

Tenho a ação como manifestamente improcedente.

É certo que o invocado Dec. lei 5.527 determinou que as Autarquias e Órgãos Paraestatais adotassem a classificação, nomenclatura e regime de salário de cargos e funções de extranumerários da União, não podendo tais entidades atribuir aos seus servidores vencimentos, remuneração ou salário superiores aos dos servidores civis da União, observada a identidade, semelhança ou equivalência de funções.

Mas êsse diploma legal, quando ainda se o quisesse considerar em vigor, em nada favorece a pretensão da apelada, como bem demonstrou o parecer do ilustrado Diretor-Geral do DASP, em que se salienta que a norma invocada como fundamento da ação é da mesma hierarquia da Lei n.º 2.123, de 1953, que classificou como procuradores os servidores autárquicos que exerciam funções jurídicas, elevando-se-lhes, em conse-

quência, os respectivos vencimentos, revogando o legislador, como não lhe era defeso o preceito proibitivo, pôsto que a lei nova revoga a anterior quando seja com ela incompatível (Lei de Introdução, art. 2.º, § 1.º). Pondera, ainda, o chefe do Órgão disciplinador do serviço público da União, que “se a elevação dos vencimentos dos servidores autárquicos que exercem funções jurídicas, com o seu enquadramento na carreira de Procurador, decorreu, como a própria autora reconhece, da Lei n.º 2.123, de 1953, que só se destinou aos servidores das autarquias, como pretender invocar o Dec. lei n.º 5.527, de 1943, ato da mesma hierarquia e que lhe é anterior em mais de dez anos? Evidentemente, ou se trata de má-fé, com o ingênuo objetivo de ludibriar a Justiça, ou de êrro grosseiro, difícil de justificar-se”.

Releva assinalar que as funções de Assistente Jurídico, tais como enumeradas na Lei n.º 1.339, de 1951, não se assemelham rigorosamente com as dos procuradores autárquicos, êstes sim, equiparados aos Procuradores da República, a êles incumbindo, além da assessoria jurídica, a representação e a defesa em Juízo das respectivas entidades.

A autora integra, desde setembro de 1947, o Serviço Jurídico da União, na qualidade de Assistente Jurídico do Conselho Nacional do Petróleo, que não é autarquia mas órgão diretamente subordinado ao Presidente da República, como o definem o art. 4.º do Dec.

lei n.º 395, de 1938, que o criou, e o Dec.-lei 538, do mesmo ano, que o organizou.

E, nessa qualidade de Assistente Jurídico, beneficiou-se a autora com os aumentos de vencimentos e vantagens outorgados aos Assistentes Jurídicos do Serviço Público Federal pelas Leis 488, de 1948; 1.339, de 1951, e 3.414, de 1958, como se vê das respectivas apostilas da sua Portaria de nomeação. Pela Lei 3.414, dada a rejeição do veto parcial pelo Congresso, os vencimentos do Procurador da Fazenda foram os mesmos atribuídos aos Assistentes Jurídicos, de Cr\$ 25.000 (art. 14, inc. III) — e extensivos à autora.

Não pode, assim, a autora, pretender situação privilegiada de que não gozam os demais Assistentes Jurídicos da União.

Nenhum relêvo tem a afirmativa da apelada de que fôra beneficiada pelo art. 23 do A.D.C.T., pôsto que, ao tempo, não era ainda Assistente Jurídico, nem funcionária interina, mas simples mensalista, e tampouco ingressou no serviço público por via de concurso ou prova de habilitação. A transformação da função de Amanuense extranumerário em Assistente Jurídico operou-se por simples apostila, em virtude de autorização presidencial em Memorando do DASP.

A decisão do Colendo Supremo Tribunal, invocada como sucedâneo da sentença, versou hipótese inteiramente diversa, qual seja a dos Assistentes Jurídicos do Mi-

nistério da Fazenda, amparados pelo art. 23, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, e que invocaram o art. 21 da Lei n.º 2.642, de 1955, que lhes era especificamente extensivo, para postularem a sua equiparação aos Procuradores da Fazenda, êstes hoje com os mesmos vencimentos dos Assistentes Jurídicos, por força do art. 14 da Lei n.º 3.414, como mostramos precedentemente.

De resto, os autos estão pejados de citações de disposições legais sem nenhuma adequação à *specie juris*, como de decisões judiciais em caso inteiramente dissemelhantes.

Não nos impressionam, todavia, os precedentes judiciais, nem sempre exatos na correta exegese dos textos, e temos sempre presente aquêlo princípio de hermenêutica, lembrado por Maximilliano, de que é obrigatório observar a lei e não seguir determinada jurisprudência: *non exemplis, sed legibus judicandum est*.

Por tôdas estas razões, dou provimento aos recursos, para decretar a improcedência da ação.

Decisão

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: Por unanimidade, deu-se provimento às apelações, para haver como improcedente a ação. Os Srs. Mins. Armando Rollemberg e Djalma da Cunha Mello votaram com o Sr. Min. Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Djalma da Cunha Mello.

APELAÇÃO CÍVEL N.º 15.033 — GB.

Relator — O Ex.^{mo} Sr. Min. Cunha Vasconcellos

Revisor — O Ex.^{mo} Sr. Min. Raimundo Macedo

Recorrente — Juízo de Direito da 1.^a Vara da Fazenda Pública,
ex officio

Apelante — União Federal

Apelado — Severino Cabral da Silva

Acórdão

Positivada a relação de causa e efeito entre a lesão e o dano, responde civilmente o causador da primeira.

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de Apelação Cível n.º 15.033, do Estado da Guanabara, apelante a União e apelado Severino Cabral da Silva, assinando-se, também, recurso *ex officio*:

Acordam, por unanimidade de votos, os Juizes da Segunda Turma do Tribunal Federal de Recursos, e na conformidade das notas taquigráficas retro, em dar provimento, em parte, para reduzir honorários de advogado em 10%. Custas *ex lege*.

Brasília, 22 de junho de 1962.
— *Cunha Vasconcellos*, Presidente e Relator.

Relatório

O Sr. Min. *Cunha Vasconcellos*:
— Severino Cabral da Silva propôs ação de reparação de danos contra a União Federal, sob o fundamento de que, levado ao 20.º Distrito Policial no dia 16 de julho de 1956, em virtude de falsa acusação, ali foi barbaramente espancado por um investigador, que objetivava a confissão de um delito inexistente, resultando-lhe

da violência policial a perfuração do tímpano, e outras lesões, que motivaram a sua incapacidade para o exercício da profissão de motorista, cujo ressarcimento deve ser fixado, com juros e honorários de advogado.

O Juiz de Primeira Instância, Dr. Amílcar Laurindo Ribas, na sentença, julgou procedente a ação. Veio a União com sua apelação pleiteando a redução da indenização, bem como na verba de honorários de advogado, sendo contestada às fls 85 e 86.

Nesta Instância, os autos foram com vista à Subprocuradoria-Geral da República, cujo titular opinou no sentido da reforma da sentença apelada.

É o relatório.

Voto

O Sr. Min. *Cunha Vasconcellos*:
— Como ouviram os Colegas, a sentença apóia-se na invocação de motivos de direito que constam realmente dos autos através de documentos idôneos. A relação de causa e efeito entre o dano e as lesões do acusado parece que não

pode sofrer a menor dúvida, de vez que, como bem acentuou o Juiz, dois meses antes do fato o acusado foi dado como homem saudável; e sabemos que nos processos de habilitação de motorista de carga há rigor no exame de saúde. Esse é facilitado para motoristas amadores, não para os candidatos à carteira profissional.

Discordo do Juiz quanto à condenação à base de salários atualizados. Fico dentro daquela regra de que a indenização a ser paga é de acôrdo com a lei vigente ao tempo do dano.

Dou provimento ao recurso para excluir da condenação honorários de advogado, por não ser o caso, e para fixar a indenização à base do salário percebido ao tempo: Cr\$ 3.800.

Aditamento ao Voto

O Sr. Min. Cunha Vasconcellos:
— Tendo em vista as peculiaridades da hipótese, e sentindo, na manifestação dos Colegas, no caso em particular, o propósito de alcançar, desde logo, o efeito prático ao pronunciamento da Justiça; e a fim de que minha discordância não dê oportunidade a um recurso que retardaria, ainda mais, a efetivação do direito, eu, com ressalva do meu ponto de vista, adiro aos votos dos meus pares, e assim a solução final se conclui por unanimidade de votos.

Voto

O Sr. Min. Raimundo Macedo:
— Sr. Presidente, só vejo na sen-

tença êrro contra o apelado que infelizmente não recorreu. É que o Juiz limita a indenização à vida provável do autor. Ora, só se indaga da vida provável quando a vítima do ato ilícito é falecida e se estabelece indenização para seus beneficiários que teriam seus benefícios até determinado momento da vida provável do autor. Mas, uma vez que é a própria vítima quem reclama a indenização, êsse dano persiste enquanto êle viver; enquanto viver êle é portador dessa lesão, que é permanente.

Deixo de dar provimento ao recurso da União no tocante à variação de salários, para compensar o prejuízo decorrente dessa indenização.

Mantenho a sentença integralmente pelos motivos expostos, e inclusive quanto a honorários de advogado, porque a ação decorre de ato ilícito de preposto da ré. É a regra do art. 64, do Código de Processo Civil, pela qual se a ação decorre de culpa ou de ato ilícito, são devidos honorários de advogado.

Voto

O Sr. Min. Godoy Ilha: — Sr. Presidente, tenho votado sempre, nestes casos de indenização, de acôrdo com o critério tradicional de que a indenização deve atender aos rendimentos que auferia a vítima na ocasião do evento. Mas o Supremo Tribunal Federal tem alterado essa jurisprudência em decisões recentes, naturalmente para atender a êsse fato inelutável de que o processo inflacionário

tem evoluído de tal modo, reduzindo o valor aquisitivo da moeda que os salários vêm perdendo a sua expressão econômica. De modo que seria uma verdadeira iniquidade, como disse o Sr. Min. Oscar Saraiva, se fôsse indenizada com o salário mínimo da época, pois em 1944 era de Cr\$ 390. Não teria a vítima meios de prover as necessidades mais imediatas, mínimas, de sua subsistência.

Por estas considerações, Sr. Presidente, acompanho o voto do Sr. Min. Raimundo Macedo. No que tange aos honorários de advogado, pareceu-me exagerada a fixação em 20%. De fato, essa indenização deve ser calculada levando-se em conta, não só as prestações vencidas como as vincendas, para

sobre elas se fazer cálculo. Assim, reduzo a 10% sobre a importância total da condenação.

Aditamento ao Voto

O Sr. Min. Raimundo Macedo: — Fico de acôrdo com o Sr. Min. Godoy Ilha quanto à redução de honorários de advogado para 10%.

Decisão

Como consta da ata a decisão foi a seguinte: Por unanimidade, deu-se provimento em parte, para reduzir honorários de advogado a 10%. Os Srs. Mins. Godoy Ilha e Raimundo Macedo votaram com o Sr. Min. Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Cunha Vasconcellos.

APELAÇÃO CÍVEL N.º 15.536 — GB.

Relator — O Ex.^{mo} Sr. Min. Armando Rollemberg
Revisor — O Ex.^{mo} Sr. Min. Djalma da Cunha Mello
Recorrente — Juízo da Fazenda Pública, *ex officio*
Apelante — IAPC
Apelado — Supermercados ABC Ltda.

Acórdão

É nulo o contrato para o qual se exige concorrência pública, quando firmado com sociedade que dela não participou.

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de Apelação Cível n.º 15.536, da Guanabara, apelante IAPC e apelado Supermercados ABC Ltda., assinalando-se também recurso *ex officio*:

Acorda, por maioria de votos, a Segunda Turma julgadora do Tribunal Federal de Recursos, em dar provimento, conforme consta das notas taquigráficas anexas, as quais, com o relatório, fi-

cam fazendo parte integrante deste julgado, apurado nos termos do resumo de fls. 93. Custas *ex lege*.

Brasília, 2 de junho de 1965.
— *Djalma da Cunha Mello*, Presidente; *Armando Rollemberg*, Relator.

Relatório

O Sr. Min. *Armando Rollemberg*: — Supermercados ABC Ltda., sediada na cidade do Rio de Janeiro, propôs contra o IAPC ação cominatória cumulada com ação ordinária, para obter da autarquia a entrega de imóvel objeto de contrato de locação firmado entre autora e réu e, ainda, perdas e danos e lucros cessantes.

Conforme narrado na inicial, em 25 de novembro de 1958 fôra assinado contrato pelo qual o réu locara à autora, a título precário, um terreno sito na rua Gustavo Sampaio, pelo prazo de três anos, para exploração do comércio em geral, por conta própria ou de terceiros, o qual entraria em vigor na data em que o imóvel fôsse entregue livre e desembaraçado.

Com apoio em tal contrato, após aprovação de plantas e licenciamento de obras, a autora convencionou com Indústrias Metálicas de Estruturas e Construções S.A. o fornecimento e montagem de estruturas metálicas, pelo preço de Cr\$ 445.600, já tendo a aludida sociedade solicitado autorização para proceder à instalação.

Entretanto, acrescenta, o IAPC não fizera a entrega do terreno, sem embargo de correspondência

que lhe fôra endereçada nesse sentido e apesar de notificado judicialmente.

Contestando a ação, alegou a autarquia: a) impossibilidade da cumulação de ações de ritos diferentes; b) não ter sido fixado no contrato prazo para entrega do terreno; c) não ter sido a autora vencedora da concorrência realizada para a locação do terreno, e sim um seu sócio, Alexandre Cardoso da Fonseca, e, ainda, que à data da referida concorrência a autora não existia, tendo tais fatos levado o Presidente da autarquia a determinar fôsse sustada a entrega do terreno até esclarecer-se a razão que levou a assinar-se o contrato de locação, apesar de tais irregularidades.

Em réplica, a autora contestou as alegações do Instituto e, a propósito da afirmação de que o terreno não fôra entregue por ter sido o contrato assinado com firma que não participara da concorrência, alegou: “Vencedor da concorrência o Sr. Alexandre dirigiu-se ao réu e assinou contrato tendo nesta oportunidade esclarecido que estava organizando uma firma e procurado saber se podia depois fazer um aditamento ao contrato, para que êste ficasse em nome da referida firma.

O Instituto achou de melhor alvitre assinar desde logo o contrato em nome da firma, o que foi feito, tendo a autora entregue ao Instituto a prova de constituição da firma, e pela qual se constata que o Sr. Alexandre é sócio da autora desta ação.

Por esta razão é que houve uma certa demora na assinatura do

contrato, face às providências necessárias para perfeita constituição da autora. O réu, é certo, não desconhecia o fato, pois a caução de alugueres foi feita já em nome da firma constituída, as plantas só foram assinadas depois de constituída a firma, bem como todos os demais atos praticados. É de se ressaltar que na minuta de fls. 35/36 o réu é representado pelo Sr. Eraldo Machado de Lemos, que na mesma qualidade de presidente da autarquia assinou o contrato definitivo de fls. 10.”

Após saneador irrecorrido e depoimento de testemunha, assim decidiu o MM. Juiz: “Inteira razão assiste à autora. Verifica-se pelo exame dos documentos que instruíram a inicial que o réu assinou com a autora contrato de locação em cuja cláusula 8.^a ficou estabelecido que a locação tinha como finalidade precípua a exploração do comércio geral por conta própria ou de terceiros.

A simples leitura da cláusula em questão demonstra a nenhuma razão do réu quando pretende que a autora não tenha sido vencedora da concorrência, mas sim um dos seus sócios.

Além do mais o certo é que o contrato foi assinado com a autora, a caução foi feita na Caixa Econômica em nome da autora mediante guia expedida pelo réu, o que demonstra sem sombra de dúvida que o réu sempre reconheceu na autora a condição de vencedora da concorrência.

O depoimento da testemunha de fls. 57 aniquila totalmente a defesa do réu, pois por ali se tem

notícia de que o assunto foi submetido à Procuradoria do Instituto, que optou favoravelmente, em conformidade, aliás, com os precedentes ocorridos com hipóteses idênticas.

A autora promoveu oportunamente a notificação do réu, devendo êste, pois, responder pelos danos causados.

Nestas condições, e considerando o mais que dos autos consta, julgo procedente a ação na forma do pedido para condenar o réu a fazer a entrega do imóvel no prazo de 10 dias, sôbre pena de pagamento da multa diária de Cr\$ 5.000, e a pagar à autora as perdas e danos de lucros cessantes que forem apurados em execução. Honorários advocatícios de 10% no total da condenação.

Custas *ex lege*.

Recorro de officio.”

Pelo IAPC foi interposta apelação voluntária, alegando: a) impropriedade da ação cominatória, por não ser esta cabível nos casos em que se pleiteia cumprimento de obrigação de dar, sendo tutela processual específica da execução das obrigações de fazer; b) impossibilidade da coexistência, em nosso direito, da soma das duas penas — coercibilidade e perdas e danos; c) ser o apelado carecedor da ação cominatória por faltar prazo certo de cumprimento da obrigação; d) não ter chegado a se formar o vínculo obrigacional, pois o contrato sômente entraria em vigor, nos têrmos da cláusula 5.^a, após a entrega do terreno pelo locador; e) ter a não entrega do imóvel se apoiado em irregulari-

dades verificadas na assinatura do contrato, firmado que fôra com pessoa que não participara da concorrência pública levada a efeito para habilitação do locatário.

O recurso foi contra-arrazoado pela apelada, e nesta Instância a Subprocuradoria opinou em favor da reforma da sentença.

É o relatório.

Voto

O Sr. Min. Armando Rollemberg: — A argüição de impropriedade da ação feita pelo apelante carece de significação, vez que, tendo havido contestação, o processo seguiu o rito ordinário, e não há atos que não possam ser aproveitados (art. 276 do Cód. de Proc. Civil).

Quanto ao mérito, das diversas alegações em que se estriba o recorrente, há de ser examinada preferencialmente a increpação de nulidade do contrato de locação, por ter sido firmado com pessoa que não participara da concorrência pública realizada, não podendo, portanto, ter sido a vencedora da mesma.

As demais, não vigência do contrato por não ter sido cumprida cláusula que o apelante entende suspensiva e impossibilidade de coexistência de coercibilidade e perdas e danos, pressupõem contrato válido.

Da prova feita nos autos se verifica que em 15 de outubro de 1957 realizou-se concorrência pública para locação de terreno de propriedade do IAPC, situado na rua Gustavo Sampaio 106, na ci-

dade do Rio de Janeiro, tendo sido apontado como vencedor o Sr. Alexandre Cardoso da Fonseca, com o qual veio a ser lavrado o contrato respectivo.

Posteriormente, em 25 de novembro de 1958, foi celebrado outro contrato de locação do mesmo terreno com a sociedade Supermercados ABC Ltda., apelada, da qual o Sr. Alexandre Cardoso da Fonseca, primeiro locatário, era sócio.

Não tendo sido o terreno entregue, quer a um, quer a outro locatário, em 2 de março de 1959 o então Presidente do IAPC determinou que não fôsse feita dita entrega até que se esclarecesse a razão pela qual fôra o contrato da locação firmado, mais de um ano depois da concorrência, com sociedade que não fôra vencedora dela.

De tal despacho resultou o não cumprimento do contrato de locação pelo IAPC, o que ensejou a ação, proposta pelo apelado, para obter a entrega do imóvel e ainda perdas e danos, ação que foi julgada procedente pela sentença recorrida.

O problema jurídico a ser examinado no caso é a legalidade do contrato firmado entre o IAPC e Supermercados ABC Ltda.

Atendendo que a sociedade tem personalidade distinta da dos sócios que a compõem, o fato de o vencedor da concorrência ser sócio da apelada não impede que a dúvida a dirimir resida na possibilidade de, válidamente, firmar-se contrato, para o qual a concorrência pública é essencial, com pessoa que dela não participou.

Ora, a concorrência pública, como bem acentua Ely Lopes Meirelles, tem por finalidade propiciar igual oportunidade para todos os que pretendem contratar com a administração e atua como fator de moralidade e eficiência da atividade administrativa (*Dir. Adm. Bras.*, pág. 241), sendo, portanto, um ato-condição. Se um contrato para o qual se exige concorrência pública se realiza sem esta, padece, sem dúvida, de nulidade, por falta de elemento essencial à respectiva formação.

No caso de que tratam os autos, o fato de ter sido o contrato firmado com sociedade que não participava da concorrência equivale à inexistência desta.

Sobre a matéria, aliás, vale invocar a lição de Laubadère, quando escreve: "*On doit donc considérer que lorsque la loi prescrit l'adjudication, l'emploi d'une procédure de gré à gré est illégale*" (*Contrats Administratifs*, 1.^a, pág. 243).

E, a seguir: *Il résulte de ce qui vient d'être dit, que le contrat conclu en violation des règles prescrivantes un mode déterminé de passation est frappé de nullité.*"

Temos, portanto, que o contrato celebrado entre o IAPC e Supermercados ABC Ltda. é nulo, por falta de requisito essencial estabelecido por lei, e, como tal, não fêz nascer qualquer obrigação válida para a autarquia.

Assim, não há como reconhecer à apelada, quer o direito à entre-

ga do terreno, quer qualquer indenização pelo não cumprimento do contrato.

Dou, por isso, provimento aos recursos de ofício e voluntário para reformar a sentença e julgar a ação improcedente.

Voto (Vencido)

O Sr. Min. Godoy Ilha: — *Data venia*, discordo.

Conforme se viu, foi vencedor da concorrência um sócio da firma, firma essa que ainda não fôra constituída. Só mais tarde organizou êle uma sociedade para exploração do negócio no imóvel, e celebrou, então, o contrato com o Instituto, contrato onde foram satisfeitas tôdas as exigências legais. Entrou êle como quota de seu capital com os direitos obtidos na concorrência, com o fundo do comércio, o que é muito comum no comércio, sobretudo no Rio de Janeiro, e em se tratando da situação do imóvel em local disputadíssimo. Só isso representa um capital.

Atendendo a essa circunstância, Sr. Presidente, nego provimento para manter a sentença de Primeira Instância.

Decisão

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: Deu-se provimento, vencido o Sr. Min. Godoy Ilha, que confirmou a sentença. O Sr. Min. Djalma da Cunha Mello votou com o Sr. Min. Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Djalma da Cunha Mello.

APELAÇÃO CÍVEL N.º 15.569 — GB.

Relator — O Ex.^{mo} Sr. Min. Cunha Vasconcellos

Revisor — O Ex.^{mo} Sr. Min. Raimundo Macedo (Djalma da
Cunha Mello)

Apelante — Neide Alves Ferreira

Apelada — União Federal

Acórdão

O abandono de cargo só se verifica quando o
funcionário não justifica sua ausência.

Se a justificação que apresenta não fôr ilidida,
há que prevalecer.

Vistos, relatados e discutidos
êstes autos de Apelação Cível
n.º 15.569, da Guanabara, em que
são partes as acima indicadas:

Acordam os Juizes da Segunda
Turma do Tribunal Federal de
Recursos, por unanimidade, nos
têrmos das notas taquigráficas
anexas, em dar provimento, em
parte, ao recurso. Custas *ex lege*.

Brasília, 13 de julho de 1962.
— *Cunha Vasconcellos*, Presidente
e Relator.

Relatório

O Sr. Min. Cunha Vasconcellos:
— Neide Alves Ferreira, ex-ocu-
pante do cargo da classe "F" da
carreira de Auxiliar Judiciário, do
Quadro de Pessoal do Tribunal
Regional do Trabalho, da Primeira
Região, propôs ação ordinária
contra a União Federal para que
esta seja condenada a reformar o
Acórdão do mesmo Tribunal, que
determinou a sua demissão por
abandono do cargo, e, consequen-
tamente, reintegrá-la no mesmo
cargo com todos os direitos e van-
tagens, além das custas, juros de

mora, honorários de advogado e
demais cominações legais. Alega a
suplicante o seguinte: que havia
entrado em férias regulamentares
no período de 1.º a 31 de dezem-
bro de 1956; no dia 4 de janeiro
de 1957, embarcou por via aérea
com destino ao México; um mês
depois, ou seja, 4 de fevereiro, re-
quereu ao Presidente do Tribunal
licença de três meses para trata-
mento de saúde, juntando para
êsse fim atestado médico datado
de 10 de janeiro de 1957, cujo do-
cumento declara que a funcioná-
ria se encontrava enfêrma e im-
possibilitada de realizar qualquer
esfôrço físico. Posteriormente so-
licitou prorrogação de licença para
tratamento de saúde por mais três
meses, juntando nôvo atestado
médico datado de 30 de maio de
1957, que ratificava e renovava os
têrmos do primeiro atestado, per-
manecendo também as prescrições
determinadas, considerando, por
isso, justa causa do seu não com-
parecimento ao serviço por mais
de trinta dias. Houve o competen-
te inquérito administrativo, cuja
Comissão concluiu por duas alter-

nativas: a primeira, demissão, caso não ficasse positivada a doença alegada após se submeter a exame médico aqui no Brasil; e, a segunda, suspensão por noventa dias desde que fique constatado início da enfermidade alegada, punição a ser aplicada porque a suplicante faltou com a verdade ao dizer que se ausentou do País no seu período de férias.

O Juiz, Polinício Buarque de Amorim, em exercício na 2.^a Vara da Fazenda Pública, julgou im procedente a ação. Veio a apelação da autora às fls. 57 a 60, objetivando a reforma da sentença, dizendo que houve cerceamento de defesa, visto que o julgamento do processo n.º TRT-44-EP/57 havia sido fixado para o dia 7 de fevereiro, no entanto, foi antecipado para o dia 5, sem conhecimento da parte interessada com flagrante desrespeito às normas processuais e aos legítimos direitos da suplicante. Contra-razões às fls. 62 e 63.

A Subprocuradoria-Geral da República opinou no sentido de ser confirmada a sentença apelada.

É o relatório.

Voto

O Sr. Min. Cunha Vasconcellos: — Como os Colegas sabem, pelo Estatuto, o funcionário que falta ao serviço por mais de 30 dias, sem causa justificada, torna-se passível da pena de demissão. Isso se apura em inquérito administrativo que o próprio Estatuto manda abrir decorridos os 30 dias. É óbvio: não basta que se passem

os 30 dias, é necessário que haja defesa, pelo reconhecimento, *a priori*, de que poderá haver motivo que justifique a ausência.

No caso vertente, o que importa decidir é sobre este aspecto: se houve, ou não, motivo justificado para que o funcionário faltasse ao serviço mais de 30 dias. A outra questão, ter ele se ausentado quatro dias antes do início das férias, não é objeto desta ação; essa falta merece outra pena que não a de exoneração. Vou ao mérito, e, no mérito, poderá resultar prejudicada essa parte. Temos que apurar se, efetivamente, o funcionário justificou, ou não, devidamente, a ausência. Procuramos elementos nos autos do inquérito administrativo, minucioso e bem feito, que se acha por certidão às fls. 12 e segs. dos autos. Temos, nessa certidão, inclusive, a decisão do Tribunal, que concluiu pela exoneração da suplicante. Essa decisão é a seguinte: “É de aplicar-se a pena de demissão ao funcionário que, injustificadamente, abandona o cargo, ausentando-se do País sem autorização de seus superiores, e tão logo caduca a permissão de o fazer, por motivo de férias regulamentares (Lei 1.711, art. 207, al. II).

Acordam os Juizes do Tribunal Regional do Trabalho, da Primeira Região, por maioria, em aplicar à acusada a pena de demissão, por abandono do cargo.”

Esta solução foi adotada, tendo o Tribunal presente o inquérito, que está concluído desta forma: “Foi o presente inquérito instaurado contra a funcionária Neide

Alves Ferreira pelo fato de após o término de suas férias haver faltado ao serviço durante 31 dias consecutivos.

Constituída a Comissão de Inquérito, concluiu a mesma que, se provada ficasse a doença alegada, fôsse dita funcionária suspensa na forma do art. 205, do Estatuto dos Funcionários Públicos da União, pela falta grave de haver faltado à verdade ao alegar que se ausentara do País dentro do seu período de férias, e caso contrário, se não ficasse constatada a doença apontada, a sua demissão na forma do art. 207, item X, § 1.º. A fls. 34 se encontra o ofício do serviço médico do Ministério da Justiça e Negócios Interiores em resposta a outro desta Justiça, que afirma textualmente: “que o exame médico agora verificado, por carência de elementos, não pode chegar a qualquer esclarecimento que justifique ou não o diagnóstico da moléstia verificada”. Ora, êste exame médico a que se submeteu a funcionária em causa não concluiu absolutamente pela não comprovação de não ter a mesma sofrido da alegada hepatite a vírus, mas dito exame não conduziu a nenhum resultado positivo. Nessas condições, lícito não nos é pôr em dúvida a veracidade dos atestados médicos constantes dêstes autos, que se revestem de tôdas as exigências legais para aqui terem vigor. Está, pois, a nosso ver, ilidida inteiramente a configuração do abandono do emprêgo. Resta a falta apontada nas conclusões da Comissão de Inquérito, qual a de haver falseado a verdade. Com efeito, tendo expirado a 31 de de-

zembro de 1956 o prazo regulamentar de férias, deveria ter a funcionária retornado ao serviço no dia 2 de janeiro de 1957; não o fêz, contudo, embarcando para o exterior no dia 4 de janeiro do corrente; afirmou na sua petição de fls. 7 que se ausentara do País durante o período das férias, tal não é verdade, todavia entendemos não se deve tomar a redação da mesma tão ao pé da letra, nem como uma afirmativa mentirosa, que retratasse a sua má-fé nesse caso em tela. Não encontramos dentro dêstes autos nada que desabonasse a sua conduta funcional, salvo êsse pequeno deslize, se é que como tal podemos chamá-lo. Acreditamos que para a funcionária em causa o não abono das suas faltas entre o dia 2 de janeiro, inclusive, e o dia 5, data presumível da chegada e adoecimento, constitua uma penalidade justa. É o parecer que temos a honra de submeter à alta apreciação dêste Egrégio Tribunal. Rio, 10-12-57. a) Ranor Thales Barbosa da Silva — Procurador.”

Ora, diante dessas considerações, é o que se impõe, realmente, na forma dos autos, à nossa decisão que concluiu pela afirmação, se foi ou não comprovada a justa ausência do funcionário. É a conclusão do parecer da Comissão de Inquérito. Não se pode, pelo menos, afirmar que não foi comprovada. Não se pode afirmar que a suplicante não teve justa causa para manter-se afastada do serviço, porque, realmente, ela apresentou atestado, revestido com as formalidades legais, inclusive das autoridades consulares brasileiras.

Não podia, pela decorrência do tempo, afirmar se houve, ou não, a moléstia. Na pior das hipóteses, seria um caso duvidoso, e, sinceramente, tenho para mim que não é justo afirmar-se ter havido abandono de emprêgo quando se tem dúvida se houve, ou não, justa causa para a ausência.

Creio, Srs. Ministros, que estas considerações a mim bastam para dar provimento à apelação. De mais, veja-se que a decisão não se concluiu por unanimidade, no próprio Tribunal do Trabalho. Lá mesmo houve divergência: o relator ficou vencido, aquêle que melhor examinou os autos.

Assim, eu, por não estar seguro de que a funcionária em causa infringiu a lei, a ponto de merecer a pena que lhe foi aplicada, dou provimento à apelação para julgar a ação procedente, com reintegração e ressarcimento de danos, menos honorários de advogado.

Voto

O Sr. Min. Raimundo Macedo: — Estou de inteiro acôrdo com V. Ex.^a.

Entendo que o abandono só se caracteriza quando ficar demonstrado que o funcionário não se justificou, de nenhum modo, durante a sua ausência.

No caso dos autos, o que se verifica é que ela se justificou tão plenamente que a Comissão de Inquérito aceitou sua justificação.

A decisão do Tribunal está em contradição com os fatos apurados

no inquérito. Não pode, portanto, prevalecer.

Voto

O Sr. Min. Godoy Ilha: — Sr. Presidente, também estou de acôrdo com V. Ex.^{as}.

A declaração da apelante de que se havia ausentado do País durante as férias, contida em requerimento dirigido ao Presidente do Tribunal Regional do Trabalho, nenhuma influência poderia ter no julgamento da lide, como bem argüiu a apelante nas razões de fls. 57 a 60, posto que, o fundamento da demanda não foi aquela falta estatutária atribuída à autora, mas o abandono do cargo. E o abandono do cargo, como V. Ex.^{as} bem acentuaram e é princípio consagrado na doutrina e na jurisprudência, tem que ser voluntário, para ensejar a penalidade máxima da demissão.

Desde que o abandono não ficou caracterizado, porque a apelante comprovou, com documento hábil e não contestado, que razões de fôrça maior a impediram de retornar ao País, acompanho o voto de V. Ex.^{as}.

Decisão

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: Por unanimidade, deu-se provimento, salvo quanto a honorários de advogado. Os Srs. Mins. Raimundo Macedo e Godoy Ilha votaram com o Sr. Min. Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. *Cunha Vasconcellos*.

APELAÇÃO CÍVEL N.º 15.589 — RJ.

Relator — O Ex.^{mo} Sr. Min. Cândido Lôbo

Revisor — O Ex.^{mo} Sr. Min. Amarílio Benjamin

Recorrente — Juízo da Fazenda Pública, *ex officio*

Apelante — Giacomo Gavazzi e seus filhos, outro, Instituto Nacional de Imigração e Colonização e União Federal

Apelados — Os mesmos

Acórdão

Desapropriação. Ainda que já proferida sentença, na Instância *a quo*, pode o representante da entidade pública desistir da ação, por ter sido revogado o decreto expropriatório. A reparação por perdas e danos resultantes da invasão das terras por camponeses, favorecida pela inércia da polícia, há de ser feita através de ação própria, sob pena de julgamento *extra petita*.

Vistos relatados e discutidos êstes autos de Apelação Cível n.º 15.589, do Estado do Rio de Janeiro, em que é apelante Giacomo Gavazzi e seus filhos, outro, Instituto Nacional de Imigração e Colonização e União Federal, e apelados os mesmos, assinalando-se também recurso *ex officio*:

Acorda, por maioria, a Primeira Turma julgadora do Tribunal Federal de Recursos, em homologar a desistência da ação e, ficando prejudicados todos os recursos, levando-se em conta o Decreto do Poder Executivo, tornando sem efeito o anterior que determinara a desapropriação, conforme consta das notas taquigráfica anexas, as quais, com o relatório de fls., ficam fazendo parte integrante dêste julgado, apurado nos têrmos do resumo de fôlhas 504. Custas *ex lege*.

Brasília, 25 de abril de 1963.
— Henrique d'Ávila, Presidente;
Cândido Lôbo, Relator.

Relatório

O Sr. Min. Cândido Lôbo: — Sr. Presidente. Trata-se de desapropriação requerida pela União, referente a uma área de terras de 5.572.901 metros quadrados, situada em Nova Iguaçu, Estado do Rio de Janeiro.

Estabelecida a controvérsia, o Dr. Juiz *a quo* fêz baixar a sentença de fls. 282, dando pela procedência da ação, e fixando o valor em Cr\$ 76.532.000 e mais honorários advocatícios à base de 20% sôbre a diferença do preço oferecido e o fixado. Êsse preço oferecido pela União foi de Cr\$ 60.000.000.

Com o *ex officio* subiram também os recursos dos expropriados, a fls. 287, em que pedem muito maior quantia, na forma prevista no laudo de fls. 109 *usque* 208; o do Instituto Nacional de Imigração e Colonização, em que, preli-

minarmente, alega que a perícia foi feita por perito inabilitado para tal fim, e que a decisão foi *ultra petita*; quanto ao mérito, pede seja provido o recurso para que seja feita nova perícia, nada mais valendo as terras do que aquilo que por elas ofereceu, inclusive no que tange com os honorários advocatícios, que considera excessivos.

A União também apelou a fls. 317 para dizer que, nesta altura do processo ela passou a assistente, eis que as terras, objeto da ação, ficaram incorporadas ao patrimônio do Instituto Nacional de Imigração e Colonização, que sucedeu à União pela Lei n.º 2.163, de 5 de janeiro de 1954. Pediu no recurso que fôsem atendidas as razões do segundo apelante, seu sucessor, a fim de que provido fôsse o recurso por êle interposto.

Vieram as contra-razões. Aconteceu que o Instituto veio com a petição de fls. 350, desistindo de seu recurso, por isso que o Presidente da República baixou o Dec. n.º 50.755, tornando sem efeito o anterior, sob n.º 23.773, de 29 de setembro de 1947, que decretara a desapropriação em causa.

Não houve despacho algum sobre essa desistência.

Os expropriados manifestaram-se contra a desistência, alegando que os colonos, insuflados pelas Ligas Camponesas, tomaram conta da área e tudo deprederam tornando impossível mesmo o retorno da propriedade às mãos dos seus

antigos donos, que a adquiriram há 42 anos. Explicaram mais os expropriados que a presente ação foi instaurada em 1947, e, desde essa época, acham-se êles desapossados das questionadas terras.

Termina a referida petição de oposição à desistência solicitando que fôsse a mesma indeferida, ou que seja ordenado o depósito dos honorários de advogado, fixados pela sentença em Cr\$ 15.296.400, cominação vendida na ação, em face da pretendida desistência, além das custas processuais, ressalvando-se aos expropriados o direito de haver em ação própria as perdas e danos e mais lucros cessantes, fora outros prejuízos a serem apurados.

A Subprocuradoria-Geral, no parecer de fls. 374, entendeu que a competência do Presidente da República para desapropriar é correlata com a de fazer cessar a desapropriação e, sendo assim, não há mais razão para que a presente ação prossiga em seus termos, eis que ficou sem objeto prático.

O Instituto voltou aos autos com a petição de fls. 376, para explicar que não pediu desistência da ação, e sim que seja a ação julgada prejudicada.

Distribuídos os autos ao Min. Henrique d'Ávila, afirmou êle seu impedimento, pelo que me foram redistribuídos, em substituição em 5 de junho. Foi junto, a fls. 382, um telegrama assinado pelo expropriado, reclamando e fazendo sentir a invasão total e a depredação da propriedade.

Baixei o despacho de fls. 383 v. pedindo informações sôbre se houve, ou não houve, imissão de posse nas aludidas terras, respondendo o Instituto expropriante pela negativa. Então, quem tomou conta da área?

Inconformado, em face da insistência dos expropriados, cuja palavra não pode ser posta em dúvida: “determino que sôbre a posse das terras em questão informem os expropriados a respeito, tenha ou não tenha havido imissão de posse. Quem as detém, e desde quando? Prazo de 20 dias. Abra-se a vista competente e publique-se. O que feito, voltem-se conclusos os autos para complementação do presente relatório”.

Vide parecer da União.

Não corre por conta do Relator a demora no julgamento do presente feito. As partes é que custam a atendê-lo.

Em cumprimento ao meu despacho veio a resposta de que, em verdade, não houve “imissão de posse”, e sim tomada das terras por invasão de terceiros (tipo invasão marca Julião, em Pernambuco).

Os jornais e fotografias juntas pelo apelado provam a motividade da assertiva.

Isto pôsto: preliminarmente, terá a Turma que resolver o pedido de trancamento da ação por sua falta de objeto, em face da revogação da desapropriação por ato do Presidente da República que está a fls. 362 (Decreto Executivo), e depois fixar ou não a

indenização, conseqüentemente, em vista da invasão total da Fazenda em causa, através de ação própria, com todos os consecutários cabíveis na espécie, inclusive lucros cessantes, dada a impossibilidade dos desapropriados de retomarem seus bens, de cuja posse, há 42 anos, foram expulsos pelos invasores, em face da inércia da polícia, a qual até hoje lá se encontra sem admitir a entrada de seus legítimos proprietários.

É o relatório.

Voto

O Sr. Min. Cândido Lôbo: — Meus Colegas, preliminarmente o que há que discutir no caso é o pedido de desistência requerido a fls. 350, se não me engano, em que o expropriante, o INIC, pede isso porque, o *Diário Oficial* junto aos autos, a fls. 362, de 9-6-1961, publicou o Dec. n.º 50.755 tornando sem efeito o de n.º 23.773, de 29-9-47, que declarava de utilidade pública, para o efeito de desapropriação pelo Ministério da Agricultura, as terras que menciona, destinadas ao citado Núcleo. De modo que pergunta-se: com êsse decreto, depois da sentença proferida depois do recurso tornando sem efeito o decreto expropriatório, podemos nós, na Turma, dar conhecimento ao recurso ou, realmente, êsse decreto produziu todos os seus efeitos imediatamente, e ficou, como pede o INIC, na sua própria apelação, para que seja considerado sem objeto? É o que êle pede a fls. 378.

O ilustre advogado acabou de focalizar da tribuna, em seu pedido, a alternativa desta Turma no conhecimento do recurso, pela falta de objeto, que a desapropriação foi tornada sem efeito, e para que esta Turma condene, desde logo, o expropriante nas custas do processo, nos honorários, perdas e danos. *Data venia*, não estou por isso. Não posso julgar *extra petita*, porque os autos em que, por hipótese, daria êsse voto, são êstes, de desapropriação. Não sei até se com isso o próprio cliente do advogado que acabou de subir à tribuna saísse com prejuízo, porque a indenização, por meio de ação própria, seria muito maior, já que realmente a situação em que o Governo deixou, com êsse decreto de desapropriação, é catastrófica. Não é possível. É situação singular o expropriado não ter a posse, há intrusos em sua propriedade e êle não pode voltar. Agora, não é possível, a meu ver, *data venia*, tomar conhecimento dos recursos. O que cumpre ao expropriado fazer é propor ação ordinária para obter tôda a reparação, que será muito mais elevada do que a que está aqui nestes autos, mormente se levarmos em consideração que o pedido foi feito em 1947 e o que está aqui não representa a verdade da situação econômico-financeira, porque o laudo já é muito antigo. Assim, como disse, não tomo conhecimento do recurso.

Voto (Vencido)

O Sr. Min. Amarílio Benjamin:
— Srs. Ministros, reconheço que o

incidente envolve certa complexidade. Em ação de desapropriação, proferida a sentença, e estando os autos nesta Superior Instância em grau de recurso, o INIC, por seu representante, desiste do mesmo, alegando ter o Govêrno declarado sem efeito ou revogado o decreto de desapropriação. Vigora em nosso Tribunal um princípio que de quando em quando aplicamos: tôdas as vêzes que exista sentença de primeiro grau com recurso de ofício, a desistência de recurso voluntário, interposto pelo representante da entidade pública, não perturba o exame da causa no segundo grau. Então, dentro disso, fora de qualquer dúvida, seria inoperante a desistência apresentada pelo representante da entidade pública.

Entretanto, nesta hipótese, há matéria que não tivemos oportunidade de considerar: não se trata tão-só de pedido de desistência puro e simples; o representante da entidade pública alega que desiste porque o decreto originário da desapropriação deixou de ter validade, em virtude de revogação. A meu ver, a essa altura, nem a União pode desistir, nem o Govêrno pode revogar o decreto; a ação já percorreu todos os seus turnos, estando interposta na controvérsia uma sentença que só pode ser modificada pelos meios ordinários normais, comuns. Se a parte não quer usar de recurso — está no Código — como é que se põe fim aos litígios, quando sentença existe? O meio regular é a transação. Nessa hipótese, a sentença deixa

de ser executada, porque não há mais objeto, vez que as partes se entenderam.

Essa conclusão se harmoniza, a meu ver, perfeitamente, com o dispositivo de lei processual que submete qualquer pedido, após a contestação, ao consentimento da parte contrária. Assim, com essas poucas palavras, entendo que não se deve acolher o pedido de desistência, não obstante a justificação do requerente. Meu ponto de vista é que se deve julgar a causa como está posta, pela sentença e pelo recurso de ofício.

Voto

O Sr. Min. Aguiar Dias: — Sr. Presidente, o Código de Processo condiciona à aquiescência do réu a desistência na ação por parte do autor, mas torna ineficaz a oposição eventual dêle, se da desistência não lhe resultar prejuízo. Argumentou o ilustre advogado da tribuna, que essa cláusula do dispositivo processual importa no recolhimento de prejuízo, desde que, havendo desistência na ação de desapropriação, e querendo o Juiz homologá-la, deve admitir a alternativa entre recusar a homologação ou admitir a condenação do autor em perdas e danos. *Data venia*, discordo. Havendo prejuízo, não pode o Dr. Juiz homologar a desistência. Então, o que o Dr. Juiz deve fazer, para considerar a oposição do réu à desistência da ação, é verificar se há prejuízo; se houver não pode homologar.

Argúi-se que os expropriados estão grandemente prejudicados

por fatos que ocorreram no imóvel. Ora, qualquer sistema de responsabilidade civil de reparação de dano condiciona a reparação à causalidade, isto é, a relação de causa e efeito entre a ação do indigitado responsável e o dano sofrido. Se o dano não pode ser imputado à ação ou à responsabilidade do chamado a reparar — o sujeito passivo da obrigação de reparar — não existe direito à reparação e, portanto, não existe prejuízo jurídico.

No caso, alega-se que o prejuízo decorre de invasão das terras por parte de camponeses. Se isso é certo — e o parece que é, apenas em parte, porque o Exército interveio para expulsá-los da terra — o prejuízo não se pode ligar em relação de causa e efeito à desapropriação promovida pelo Governo Federal perante o Juízo competente. A ação de desapropriação promovida em Juízo competente é o exercício regular de um direito reconhecido, e jamais pode constituir fundamento para reparação, com base em ato ilícito praticado por terceiro. O que se pode admitir é que, ficando indisponível o bem, por força da desapropriação, tenha ocorrido prejuízo para os donos das terras. Mas êste próprio prejuízo terá compensação, de acôrdo com os princípios da compensação de lucro, com o dano, a enorme valorização experimentada pelas terras em geral.

De maneira que em ação ordinária — que seria a única cabível — haveria de estabelecer-se a compensação entre prejuízos sofridos pela indisponibilidade das ter-

ras, por fôrça de declaração de utilidade pública, e a valorização experimentada...

O Sr. Min. Amarílio Benjamin:

— V. Ex.^a permite? Ao menos para ressaltar o meu ponto de vista. Entendo que a desapropriação acarreta, de algum modo, e submete a vigilância e guarda das terras ao poder desapropriante e ao Juiz dirigente da ação.

De modo que a minha conclusão é diferente da de V. Ex.^a, porque a ocorrência há de ser, pelo menos, levada em conta da falta de zelo e de vigilância.

O Sr. Min. Aguiar Dias: — Quando falo em indisponibilidade refiro-me à retirada da coisa do comércio, e jamais a indisponibilidade para efeito de posse e, ao que me parece, V. Ex.^a faz uma pequena confusão, pelo menos, a respeito do meu pensamento. Falo em disponibilidade no sentido prático, para dar a coisa fora do comércio por fôrça de desapropriação, isto é, ninguém se anima a comprar coisa desapropriada.

Praticamente uma coisa desapropriada é indisponível, o que não quer dizer indisponibilidade jurídica, porque qualquer pessoa pode comprar, desde que se submeta à condição de sucessor do alienante. Mas, indisponibilidade como exclusão de posse não há, principalmente para efeito de colocar a carga do expropriante a guarda da coisa. Isso não é possível de maneira alguma, sob pena de se ter como inútil a imissão de

posse concedida pelo legislador ao expropriante, exatamente para o efeito dêle assumir a guarda da coisa. Enquanto êle não assume a guarda e a posse da coisa, através da imissão de posse, caminho regular apresentado pelo legislador, êle não pode ser responsável como tendo a guarda dessa coisa.

De fato que, estando estabelecido por decreto do poder competente que a coisa volta à propriedade particular (isto é fôrça de expressão, porque de propriedade particular ela não tinha saído ainda), isto é, que por fôrça de um decreto fica sem efeito a desapropriação decretada, êsse decreto prejudica a desapropriação e, prejudicando a desapropriação, autoriza a desistência da ação e também a do recurso de officio.

Portanto, Sr. Presidente, homologo a desistência da ação, e tenho como prejudicado o recurso de officio, assim como o da parte.

Decisão

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: Por maioria, homologou-se a desistência da ação e, ficando prejudicados todos os recursos, levando-se em conta o Decreto do Poder Executivo, tornando sem efeito o anterior que determinara a desapropriação; vencido o Min. Revisor que conheceu de todos os recursos. O Sr. Min. Aguiar Dias acompanhou o Sr. Min. Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. *Henrique d'Ávila*.

APELAÇÃO CÍVEL N.º 17.225 — SP.

(Embargos)

Relator — O Ex.^{mo} Sr. Min. Armando Rollemberg

Revisor — O Ex.^{mo} Sr. Min. Henrique d'Ávila

Embargantes — Lloyd Brasileiro P.N.

Embargado — Cia. União dos Refinadores de Açúcar e Café

Acórdão

Transporte marítimo. Inobservância de procedimento estabelecido na Portaria 740, do Ministério da Viação e Obras Públicas; seu efeito para eximir o transportador de responsabilidade.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n.º 17.225, de São Paulo, ora em grau de embargos, em que são partes as acima indicadas:

Acorda o Tribunal Federal de Recursos, em sessão plena, por maioria de votos, em receber os embargos, tudo conforme consta das notas taquigráficas precedentes, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Custas de lei.

Brasília, 13 de maio de 1965. —
Cunha Vasconcellos, Presidente;
Armando Rollemberg, Relator.

Relatório

O Sr. Min. Armando Rollemberg: — Trata-se de embargos de nulidade e infringentes do julgado opostos pelo Lloyd Brasileiro P.N. a Acórdão da Egrégia Primeira Turma, cuja ementa resume as teses adotadas no julgamento, pela seguinte forma: “Responde o transportador pelo extravio das mercadorias transportadas. O co-

nhecimento prova a entrega e os termos de avaria atestam o evento danoso. O transportador, que tinha o dever e interesse em proceder à vistoria, se deixou de fazê-lo, não pode, depois, argüir sua falta. Deve considerar-se também que os fretes são acrescidos há muito de um adicional, para atender-se à indenização da carga.”

Na decisão embargada predominou o voto do Sr. Min. Amarílio Benjamin, com o qual se pôs de acôrdo o Sr. Min. Cândido Lôbo, assim formulado: “Propôs a Cia. União dos Refinadores ação ordinária contra o Lloyd Brasileiro e a Cia. Docas de Santos, para cobrar-lhes, com as cominações regulares, o valor correspondente a milhares de quilos de açúcar que se extraviaram, conforme memorandos da Cia. Docas, quando eram transportadas em navio do Lloyd com o objetivo de lhe serem entregues. Alegou a requerente a responsabilidade do Lloyd, como transportador, e ainda por força da Resolução n.º 1.345, da Comissão de Marinha, que impôs

o adicional de 4% sôbre os fretes, para o fim de seguro e garantia de indenização das mercadorias transportadas; e da Cia. Docas de Santos, por sua recusa em proceder às vistorias recomendadas pela Portaria n.º 740, do Ministério da Viação. Juntou protesto judicial e pediu que as rés trouxessem aos autos os têrmos de avaria, memorandos, faturas e conhecimentos. Defendeu-se a Cia. Docas de Santos, invocando a responsabilidade exclusiva do transportador. Já o Lloyd apegou-se à cláusula 24.ª do conhecimento, à falta de prova do dano por sua culpa e inexistência de vistorias. Vieram aos autos os Têrmos de Avarias, fls. 60/87; as faturas e memorandos, fls. 89/101; e os conhecimentos de transportes, fls. 154/171. Julgando a controvérsia, o Dr. Juiz excluiu a Cia. Docas de Santos e condenou o Lloyd ao pedido. É caso de se negar provimento aos recursos. As faltas estão comprovadas pelos memorandos expedidos pelo armazém e ainda pelos têrmos de avarias, lavrados com a devida oportunidade, estando assim suprida a inexistência de vistoria, que ao Lloyd e às Docas competia também promover. Acresce ainda que as mercadorias foram seguradas, na forma da Resolução 1.345, ficando pois o Lloyd garantido contra qualquer dano pessoal. Por fim, o Lloyd, que expediu os conhecimentos de transporte, não fêz a menor prova de que, efetivamente, não recebeu as mercadorias.”

Foi voto vencido o Sr. Min. Aguiar Dias, com as seguintes razões: “Sr. Presidente, o Lloyd Bra-

sileiro alega como fundamento de seu pedido de reforma da sentença, o seguinte: “O Lloyd Brasileiro não se conforma com a respeitável sentença proferida nestes autos, segundo a qual foi julgado responsável pelos prejuízos que a autora alega ter sofrido.

A verdade, porém, é que êsses prejuízos, a sua causa e o local onde teriam ocorrido não estão comprovados nos autos.

Essa comprovação teria que ser efetuada através de vistoria judicial, ou de vistoria amigável, esta última realizada na forma determinada pela Portaria 740, de 30-8-48, do Ministério da Viação e Obras Públicas (v. doc. fls. 188).

A autora não tomou a iniciativa de pedir a vistoria amigável e a Cia. Docas não cuidou de realizá-la.

É evidente que a vistoria não pode ser suprida por simples fôlhas de avaria, compiladas às pressas, na azáfama da descarga, pelos prepostos da Cia. Docas, e simplesmente assinadas, não pelos comandantes dos navios, mas tão-sòmente por conferentes de carga e descarga, trabalhadores autônomos.

Nas fôlhas de avaria exibidas pela Cia. Docas, embora contenham dizeres impressos, alusivos à assinatura dos comandantes, não há, na verdade, uma única assinatura de comandante. As assinaturas são, tôdas elas, sem exceção, de simples conferentes de carga e descarga.

Tais documentos, como é óbvio, são de uso interno da Cia. Docas, e não podem de forma alguma su-

prir a falta de uma vistoria regular, realizada em presença de tôdas as partes interessadas, armador, recebedor, segurador e empresa portuária, com todo o cuidado necessário, vistoria que posteriormente é consignada em formulário apropriado, cujo modêlo foi fixado pela própria Portaria 740.

Aceitas que sejam, as fôlhas de avaria preparadas pela Cia. Docas, como prova concludente contra o transportador marítimo, a Portaria 740 e as vistorias por ela reguladas, tornar-se-ão coisas inúteis e desnecessárias, o que é inadmissível. Se a Portaria foi expedida pelo Poder Público, e se vem sendo cumprida em todos os portos nacionais, desde 1948, inclusive no de Santos, é porque é medida necessária, e não é a conhecida ojeriza da Cia. Docas pela Portaria que vai ter o condão de relegá-la ao rol das coisas inúteis.

No caso, não foi realizada uma única vistoria, e as faltas cujo valor a autora reclama foram calculadas, exclusivamente, em memorandos da Cia. Docas (v. item 2 da inicial), êstes, por sua vez, baseados em documentos compilados pela própria Cia. Docas, as conhecidas fôlhas de avaria.

São comuns os danos e avarias ocasionadas nas operações de estiva ou desestiva e carga e descarga, realizadas por pessoal estranho ao transportador, como seja os estivadores e doqueiros. As fôlhas de avaria mencionam simplesmente o estado da carga, mas nada dizem da origem do dano, da sua causa, ou da autoria do mesmo. Assim, e exem-

plificando, se a carga foi avariada nas operações de estiva ou desestiva, por culpa de estivadores, ou em operações de descarga, por culpa de doqueiros, ou por deficiência dos aparelhos empregados (guindastes, empilhadeiras, etc.), as fôlhas de avaria nada mencionam.

Sòmente a vistoria, realizada por representantes das partes interessadas, é que vem especificar e comprovar a causa do dano, e bem assim apontar o seu responsável.

As fôlhas de avaria exibidas pela Cia. Docas limitam-se a mencionar sacos "manchados", "rotos" e "recosturados", mas não dizem onde e como os sacos foram manchados e rotos, nem tampouco onde teriam sido recosturados. Nada dizem também quanto à qualidade da sacaria. Tudo isso ficaria esclarecido, se as vistorias regulares tivessem sido realizadas. A autora-apelada achou mais cômodo assentar a sua reclamação nos "memorandos" da Cia. Docas e nas fôlhas de avaria.

Infelizmente, a respeitável sentença apelada, embora tenha reconhecido a "omissão" da Cia. Docas "em realizar a vistoria a que se refere a Portaria 740", entendeu que as fôlhas de avaria constituem prova absoluta da responsabilidade do transportador.

Com tal entendimento, não pode o apelante concordar, pois a verdade incontestável, patente nos autos, é que a responsabilidade do apelante não está comprovada, e essa comprovação só poderia ser feita através de vistoria.

ria, judicial ou amigável, e não por documentos unilaterais, preparados por prepostos da Cia. Docas.”

Dou provimento, para julgar improcedente a ação.”

Sustenta o embargante: a) inépcia dos termos de avaria, por não atender aos requisitos estabelecidos pela Portaria 740, do Ministério da Viação e Obras Públicas;

b) não terem sido tais termos assinados por pessoa credenciada por êle, embargante, e não haver prova nos autos de que houvesse sido notificado para assistir às mesmas;

c) intempetividade do protesto;

d) inoccorrência de obrigação de indenizar, pelo simples fato do recolhimento da taxa destinada a segurar a mercadoria contra eventuais avarias.

Os embargos não foram impugnados, e a Subprocuradoria-Geral da República reportou-se às razões da autarquia.

É o relatório.

Voto (Vencido)

O Sr. Min. Amarílio Benjamin: — Senhores Ministros, o meu voto está a fls. e foi lido pelo Sr. Min. Relator.

De acôrdo com o ponto de vista de S. Ex.^a, a ação deve ser julgada improcedente, porque requisitos fundamentais para a prova do pedido e constatação da responsabilidade da transportadora, deixaram de ser atendidos. *Data*

venia de S. Ex.^a, no próprio voto que proferi na apelação, deixei salientado que o Lloyd Brasileiro, transportador, em face dos fatos comprovados, das mercadorias que lhe foram entregues para transporte, não podia deixar de responder por elas, principalmente não havendo, na oportunidade própria feito prova de que não as recebera, diante do conhecimento de transporte, positivando o embarque. Ora, a vistoria, na hipótese, não foi feita com o rigor da Portaria n.º 740; concordo. Mas pretendo ter demonstrado no meu voto que os termos da avaria completam a documentação necessária; ou a comprovação se acha feita, sobretudo porque, em se tratando de falta, o detalhe se estabelece apenas por negação. Se se faz a comprovação do embarque, e o conhecimento estipula 1.500, e se se recebe 1.000, a conclusão imediata, lógica e conseqüente, é que estão faltando 500.

O Sr. Min. Armando Rollemberg: — Seria necessário que o transportador fôsse chamado para constatar que faltara 500.

O Sr. Min. Amarílio Benjamin: — Acudo ao argumento de V. Ex.^a, para pretender, replicando, lembrar que há nos autos indicações positivas de que o Lloyd Brasileiro ficou ciente da ocorrência. Está aqui a fls. 89 uma petição do Lloyd, concebida nos seguintes termos: “O Lloyd Brasileiro, por seu advogado, requer juntada dos inclusos documentos aos autos da ação ordinária de indenização, que por êste Juízo e Cartório lhe move a Cia. União dos

Refinadores de Açúcar e Café. Trata-se dos documentos reclamados pela autora na inicial.”

O Sr. Min. Armando Rollemberg: — Desejaria, já que V. Ex.^a, Sr. Min. Amarílio Benjamin, está examinando a matéria de fato do processo, pudesse observar qual a data real da chegada do navio e qual a data em que o Lloyd teria tomado conhecimento.

O Sr. Min. Amarílio Benjamin: — O memorando, de fls. 92, por exemplo, é de 27 de maio de 1957. O Lloyd, por seu intermédio, tomou conhecimento de que havia falta. Acusou seu recebimento; o carimbo é de 28 de maio e o navio “Cuyabá” entrou a 25. O próprio Lloyd trouxe aos autos a relação da avaria, fls. 93. Então, não aceito o argumento do Lloyd em fazer *tabula rasa* dêste termo de avaria, que conheceu na devida oportunidade, e exigir a vistoria formal. Outro argumento que apresentei, embora isso não faça o Lloyd mais culpado, é que, na hipótese, de qualquer modo, o Lloyd não será prejudicado, porque, cumprindo-se a resolução da Comissão de Marinha Mercante, foi feito o seguro das mercadorias, de sorte que o reembolso ao comitente não desfalca o Lloyd.

Mantenho meu voto, desprezando os embargos.

Voto

O Sr. Min. Armando Rollemberg: — A divergência fundamental no julgamento embargado reside na aceitação ou não dos termos de avaria, lavrados pela Cia.

Docas de Santos, como bastantes para caracterizar a responsabilidade do transportador, prescindindo da realização de vistoria amigável ou judicial.

A hipótese terá que ser examinada frente à Portaria 740, do Ministério da Viação e Obras Públicas, intocada por ambas as partes litigantes.

Da leitura de tal ato regulamentar verifica-se que ali vêm estabelecidos dois procedimentos diversos para fixação de responsabilidade sôbre avaria ou extravio de mercadoria. Um destinado a caracterizar a não responsabilidade do armazém do pôsto, consistente em vistoria realizada nas 72 horas seguintes à entrada desta no aludido armazém, à qual deverão estar presentes depositante e depositário (incisos I, II e IV). Outro, próprio para ressalva dos direitos do dono das mercadorias, representado por vistoria, que pode ser requerida em qualquer tempo, enquanto permanecerem as mesmas mercadorias no armazém, que se realizará no prazo de 72 horas contado do pedido, e para a qual deverão ser convocados, por memorando, mediante recibo em protocolo ou remessa por via postal, sob registro, todos os interessados (inciso V e VI).

Frente a tais disposições, portanto, não decorre da lavratura do termo de avaria pelo armazém a fixação da responsabilidade do transportador em relação ao consignatário, o que, por si só, em princípio, levaria a afastar a responsabilidade do embargante, para com o embargado.

No caso dos autos, porém, há outro dado que reforça tal situação. Alegado que foi pelo embargo que não fôra notificado para assistir à vistoria realizada pelo armazém, como determinado expressamente na citada Portaria 740, nenhuma prova foi feita em contrário, padecendo, em consequência, tal exame de vício substancial.

Há, entretanto, no caso, maior obstáculo à aceitação da procedência da ação.

Da prova constante dos autos, resultou claro que a embargada não formulou o protesto de que trata o art. 756 do Cód. de Proc. Civil, trazendo ao processo tão-somente protesto apresentado quase um ano depois do recebimento da mercadoria, para efeito de interrupção da prescrição.

Ora, o referido art. 756, no seu § 4.º, estabelece que, salvo o caso de fraude do transportador, contra êle não se admitirá ação, se não houver protesto nos prazos que estatui, os quais são de 3 e 5 dias do recebimento da bagagem e da mercadoria, respectivamente.

Assim, faltava à autora, ora embargada, pressuposto essencial à propositura da ação.

Essas razões levam-me a receber os embargos, para dar prevalência ao voto vencido, que reformava a sentença e julgava a ação improcedente.

Voto (Vencido)

O Sr. Min. Godoy Ilha: — Sr. Presidente, vou divergir, mais uma vez.

A matéria tem sido largamente debatida e, a respeito, existe jurisprudência.

A exigência do art. 756 do Código de Processo Civil está atendida, desde que se lavrou o termo de avaria no armazém, logo após a descarga do navio. É o que se tem decidido.

O Sr. Min. Armando Rollemberg: — Foi um aviso ao transportador. Êle não foi chamado, em momento nenhum. Foi tudo feito entre a Doca de Santos e o dono da mercadoria.

O Sr. Min. Godoy Ilha: — O que se exige nas ações de reembolso, é a prova efetiva do dano causado. Êste foi constatado pelo termo de avaria. Não é de se admitir que o armazém se tenha acumpliciado com o destinatário da carga, para obrigar o transportador à indenização do dano.

Tenho como valioso o termo de avaria, desde que comprovada a existência do dano causado no transporte da mercadoria.

Voto

O Sr. Min. Oscar Saraiva: — Estou de acôrdo com o Relator. Entendo que, nos termos do art. 756, seria necessário que houvesse a vistoria de que participassem as partes interessadas. Êsse simples termo foi ato unilateral, de sorte que não prevalece para suprir formalidade exigida pelo Código de Processo Civil.

Não é possível que uma instrução administrativa altere exigência da lei.

Voto

O Sr. Min. Hugó Auler: — Sr. Presidente. O legislador houve por bem dispor que, salvo prova em contrário, o recebimento de bagagem ou mercadoria, sem protesto do destinatário, constituirá presunção de que foram entregues em bom estado e em conformidade com o documento de transporte, como se infere no art. 756 do Código de Processo Civil. E foi por essa razão que esclareceu mais adiante que, em caso de avaria, o destinatário deverá protestar junto ao transportador dentro de três dias do recebimento da bagagem e em cinco dias do recebimento da mercadoria, consoante o disposto no § 1.º da citada disposição legal.

Portanto, o protesto, como ato unilateral, em caso de avaria, tem apenas a capacidade de destruir a presunção legal de que a bagagem ou a mercadoria foi transportada e desembarcada em bom estado e em conformidade com o documento de transporte; em consequência, não tem o mérito de provar a avaria sofrida pela bagagem ou pela mercadoria durante o respectivo transporte e desembarque consequente. O protesto é apenas um ato unilateral que poderá ser verdadeiro, ou não, razão por que não supre a falta de vistoria judicial que admite contraditório em face de sua natureza bilateral.

E tanto é legítima essa conclusão que está compreendido no Título XI, sob a legenda — Da vistoria nas fazendas avariadas — do Código de Processo Civil, o protesto a que se refere o art. 756 do citado diploma legal.

Dessarte, essa última norma de direito processual, não revogou a do art. 618 do Código Comercial, por isso que apenas aumentou o prazo para a vistoria judicial das fazendas avariadas. Além do protesto a que alude o art. 756, § 1.º, do Código de Processo Civil, cuja finalidade é a de iludir a presunção *iuris tantum* de ter a bagagem ou a mercadoria sido transportada e desembarcada em conformidade com o documento de transporte e em bom estado, o destinatário está obrigado a requerer a vistoria judicial das avarias nos prazos estipulados na citada disposição legal, de acôrdo com o disposto no art. 618 do Código Comercial.

Na hipótese *sub judice* não foi feita a vistoria judicial das fazendas avariadas, razão por que se há de concluir que das avarias não há prova para servir de alicerce à pretensão a qualquer ressarcimento. O protesto judicial ilidiu a presunção *iuris tantum* do transporte e do desembarque das mercadorias de acôrdo com o documento de transporte e em bom estado. Destruiu uma presunção que estaria militando contra o destinatário, mas não lhe deu a prova da avaria das fazendas.

Por êsse fundamento, recebo os embargos na conformidade do voto do eminente Sr. Min. Relator.

Decisão

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: Por maioria de votos, foram recebidos os embargos, vencidos os Srs. Mins. Godoy

Ilha, Amarílio Benjamin e Antônio Neder. Os Srs. Mins. Henrique d'Ávila, Oscar Saraiva e Hugo Auler votaram com o Sr. Min. Relator. Não compareceu, por motivo justificado, o Sr. Min. Djalma da

Cunha Mello. O Sr. Min. Hugo Auler encontra-se como ocupante temporário da vaga ocorrida com a aposentadoria do Sr. Min. Cândido Lôbo. Presidiu o julgamento o Sr. Min. *Cunha Vasconcellos*.

APELAÇÃO CÍVEL N.º 18.204 — GB.

Relator — O Ex.^{mo} Sr. Min. Márcio Ribeiro

Revisor — O Ex.^{mo} Sr. Min. Hugo Auler

Recorrente — Juiz da Fazenda Pública, *ex officio*

Apelante — União

Apelada — Cia. Estanífera do Brasil

Acórdão

Paga de despacho aduaneiro. Cassiterita. Sendo a cassiterita legalmente isenta de impôsto de importação, não pode sofrer a incidência da taxa de despacho aduaneiro.

Vistos, relatados e discutidos êsses autos de Apelação Cível n.º 18.204, da Guanabara, apelante União e apelado Cia. Estanífera do Brasil, assinalando-se também recurso *ex officio*:

Acorda, por maioria, a Primeira Turma julgadora do Tribunal Federal de Recursos, em negar provimento, conforme consta das notas taquigráficas anexas, as quais, com o relatório de fls., ficam fazendo parte integrante dêste julgado, apurado nos têrmos do resumo de fôlhas 162. Custas *ex lege*.

Brasília, 24 de setembro de 1965. — *Amarílio Benjamin*, Presidente; *Márcio Ribeiro*, Relator.

Relatório

O Sr. Min. *Márcio Ribeiro*: — Cia. Estanífera do Brasil propôs

ação de restituição de indébito contra a União que lhe exigiu fôse paga a taxa de despacho aduaneiro sôbre cassiterita por ela importada.

Alegou a empresa que a Lei n.º 3.244/57 classifica o minério de estanho como livre de direitos.

O Dr. Juiz julgou procedente a ação e recorreu de officio.

A União apelou da sentença para êste Tribunal.

Nesta Instância, a Subprocuradoria-Geral pede a reforma da sentença apelada.

É o relatório.

Voto

O Sr. Min. *Márcio Ribeiro*: — Sr. Presidente, realmente, a cassiterita é mercadoria legalmente

isenta de impôsto de importação. Dessa maneira, consoante a jurisprudência do Supremo Tribunal, não pode sofrer a imposição da taxa de despacho aduaneiro, que é um mero adicional dêste impôsto.

Nego provimento aos recursos.

Voto (Vencido)

O Sr. Min. Hugo Auler: — Sr. Presidente. Trata-se, na espécie, de ação de repetição de indébito, através da qual a Companhia Estanífera do Brasil pretende reaver da União a importância de Cr\$ 9.735.374,50 que pagou a título de taxa de despacho aduaneiro, prevista no art. 66 da Lei n.º 3.244, de 14 de agosto de 1957, cobrada sôbre a aquisição no comércio exterior, de várias partidas de minério de estanho (cassiterita) que está livre da alíquota *ad valorem* (Seção V, Cap. 26, item 26 209, subitem 001, da Lei de Tarifas das Alfândegas) e, portanto, isenta do impôsto de importação.

Dessarte, é bem de ver que a pretensão jurídica unilateral envolve uma hipótese de repetição de indébito, disciplinada pelo art. 964 do Código Civil, que prevê o *accipere indebitum*. Ora, como bem o diz o egrégio Clóvis, “pagamento indevido é o que se faz sem uma obrigação que o justifique, ou porque o *solvens* se acha em erro, supondo estar obrigado, ou porque tenha sido coagido a pagar o que não devia” (*Código Civil*, Rio, Ed. Francisco Alves,

1938, vol. IV, pág. 126). Portanto, partindo-se do princípio de que todo e qualquer pagamento deverá ter como causa jurídica uma correspondente obrigação válida, legal ou convencional, logo se está a ver que o erro sôbre a *causa obligationis* e a coação no implemento de uma inexistente ou nula obrigação revestem de caráter indébito a prestação, dando origem à repetição. E assim há de ser porque, segundo a lição do insigne Lacerda de Almeida, “ato de natureza extintiva, o pagamento supõe e faz presumir obrigação anterior que lhe serve de causa. Feito, portanto, na suposição de dívida que, realmente, não existe, ou de obrigação natural, que por erro se supõe civil, o pagamento dá lugar à repetição do indébito, que é a restituição a que tem direito o solvente” (*Obrigações*, Pôrto Alegre, Ed. Cesar Reinhardt, 1897, § 72, págs. 342/343).

Por conseguinte, em linha de princípio, a ausência da *causa obligationis*, por inexistência, ineficácia ou nulidade da obrigação, não é a causa mas uma das causas que tornam nulo o pagamento porque então, como adverte Carmelo Scuto, nulo o pagamento por falta da causa, o *solvens* se torna proprietário do que pagou e, nesta posição, êle adquire o direito de exercer a reivindicação. *Nullò il pagamento per mancanza di causa, il solvens resta proprietario della cosa pagata, e come tale egli può rivendicare la cosa* (*Natura Giuridica e Fondamentale Della Repetizione Dell'Indebito*

in *Rivista di Diritto Civile, Milano, Società Editrice Libreria*, vol. XII, Ano 1917, pág. 2). Em consequência, apenas a preexistência de um débito, como pressuposto de uma obrigação válida, independente de *animus solvendi*, é que estabelece a legitimidade do pagamento e afasta a idéia de repetição, como se pode depreender da seguinte passagem de Salvatore Orlando Cascio: *Solo, dunque, l'esistenza del debito è pressuposto necessario e sufficiente per la validità dell pagamento e non già pure la esistenza dell'intento estintivo (Estinzione Dell'Obligazione per Conseguimento Dello Scope, Milano, E. Dott. A. Ciuffrè, 1938, n.º 18, pág. 93).*

E daí a regra adotada pelo legislador pátrio, de que “todo aquêl que recebeu o que lhe não era devido, fica obrigado a restituir”, e que, consagrando o instituto jurídico da repetição do indébito no artigo 964 do Código Civil, veio permitir ao *solvens* que pagou por êrro ou coação irresistível, involuntariamente, o direito à restituição, fixado, todavia, o princípio, segundo o qual “ao que, voluntariamente, pagar o indevido incumbe a prova de tê-lo feito por êrro”, contido no art. 965 do citado diploma legal.

Dessarte, da conjunção das normas contidas nos arts. 964 e 965 do Código Civil, chega-se à conclusão de que a *condictio indebiti* não ocorre se o que prestou, indevidamente, fê-lo na certeza de que não existia a obrigação de pagamento. Como bem o diz Carmelo

Scuto, tem-se julgado geralmente que o êrro do *solvens* é um requisito essencial, se não, mais precisamente, o fundamento jurídico da repetição do indébito. Tanto importa em dizer que a repetição não se verifica tão-sòmente porque qualquer coisa haja sido paga indevidamente ou porque um pagamento tenha sido feito sem que existisse um débito; mas requer, como condição indispensável, o êrro por parte do *solvens*: se quem paga, ao invés de estar em êrro, paga, conhecendo a inexistência do débito, fica absolutamente excluída a repetição: *Si ritiene comunmente che l'errore del solvens sia un requisito essenziale, se non precisamente il fondamento giuridico, della ripetizione dell' indebito. La ripetizione, cioè non si avrebbe solo perchè qualche cosa sia stata pagata indebitamente o perchè un pagamento sia stato fatto seuzza che esista un debito; ma essa richiederebbe, come condizione indispensabile, l'errore da parte del solvens: se chi paga, invece di essere in errore, paga conoscendo l'inesistenza del debito, la ripetizione dovrebbe restare assolutamente esclusa* (Ob. cit., n.º 36, pág. 47). É, aliás, a mesma opinião de Gaudemet, segundo a qual o pagamento supõe um êrro do *solvens*. Se se paga o que se não deve, a prestação será reputada como tendo sido feita com uma intenção liberal. Nessa hipótese estará, pois, excluída a repetição. E assim se há de entender por que é impossível admitir que uma pessoa que paga, certa

de que nada deve, se reserve o direito de agir mais tarde em repetição: *Le paiement de l'indu suppose une erreur du solvens. Si on paie sciemment ce qu'on ne devait pas, la prestation sera réputée faite dans une intention libérale. Donc, l'action en répétition sera exclue. Il est impossible d'admettre qu'une personne qui paie, sachant qu'elle ne doit rien, se réserve d'agir en répétition plus tard.* (Théorie Générale des Obligations, Paris, Recueil Sirey, 1937, pág. 284).

Por conseguinte, cabe, na hipótese, repetir a lição de Andreas Von Tuhr, segundo a qual o erro consiste no fato de o *solvens* estar na crença da existência da obrigação, na realidade, inexistente, ou na ignorância de um fato, como seja, por exemplo, a extinção de sua obrigação. Do mesmo modo o erro pode igualmente provir da ignorância ou da falsa interpretação de uma regra de direito. E justamente porque o erro seja, em face dos termos da lei, uma das condições da repetição, não é, pois, suficiente para determinar a restituição a dúvida sobre a existência da obrigação. Aquêla que, não obstante a sua dúvida, cumpre a obrigação, não pode repetir a prestação que deve ser considerada sem causa desde que a sua dúvida se revela inexistente: *Der Irrtum besteht darin, dass der Leistende an eine nicht vorhandene Tatsache glaubt, oder dass er eine Tatsache, Z.B., die bereits orfolgte Tilgung seiner Schuld, nicht kennt, Der Irrtum kann auch auf Unkenntnis oder falschem Verständniss*

von Rechtssätzen beruhen. Da das Gesetz als Voraussetzung der Rückforderung einem Irrtum verlangt, kann Zweifel am Bestehen der Schuldpflicht nicht genügen. Wer seine Verpflichtung bezweifelt und doch erfüllt, kann seine Leistung, wenn die Verpflichtung sich als nicht bestehend erweist, nicht als grundlos Zurückverlangen (Allgemeiner Teil Des Schweizerischen Obligationenrechts, Polygraphischer Verlag A.G. Zürich, 1942, Erster Halbband, § 52, IV, 3, págs. 408/409).

Nessas condições, logo se está a ver que a *condictio indebiti* supõe necessariamente uma prestação cumprida *solvendi causa*, a inexistência da obrigação, legal ou convencional, e o erro que, por definição, envolve, escusavelmente, uma falsa noção sobre a certeza da existência ou da eficácia de qualquer uma daquelas obrigações.

Por conseguinte, logo se está a ver que, no campo do direito privado e do direito público, a incerteza ou a dúvida sobre a aplicação e a interpretação de uma norma legal geradora de uma obrigação, bem como a coação no sentido do respectivo implemento, deverão ser afastadas da esfera de atuação da repetição do indébito desde o momento em que o legislador pátrio, para evitar danos de difícil ou impossível reparação, criou o instituto do mandado de segurança, destinado a proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus*, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, alguém sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por

parte de autoridade, sejam quais forem as funções que exerça, seja de que categoria fôr, na conformidade do § 24 do art. 141 da Constituição Federal e do art. 1.º da Lei n.º 1.533, de 31 de dezembro de 1951, com o respaldo da ação de consignação em pagamento de que tratam o art. 973, V., do Código Civil, e o art. 314, do Código de Processo Civil. Dessarte, desde que alguém estiver na certeza de que não está obrigado ao pagamento de um tributo ou tiver dúvida sobre o fato gerador da incidência de qualquer impôsto, taxa, contribuições de melhoria ou contribuições parafiscais, em virtude da interpretação e da aplicação dadas pela autoridade administrativa a qualquer norma fiscal, ou na dúvida sobre a respectiva percussão, o uso do *writ of mandamus* com a concessão da liminar e a respectiva consignação em pagamento, terá o efeito de afastar a coação e, pois, a involuntariedade, bem como o de ter reconhecida a certeza ou espancada a dúvida sobre a *causa obligationis*. Em conseqüência, logo se está a ver que, no direito fiscal, o princípio *solve et repete* tem a mesma noção da que lhe é dada no direito comum, eis que é restrito o seu campo de atuação desde o momento em que todo aquêle que fôr obrigado pela autoridade a pagar tributo indevido, tem a faculdade de ver, desde logo, reconhecido o seu direito de não efetuar o pagamento, através do uso do *writ of mandamus*, e de afastar, se negada a liminar, a coerção, através da ação de consignação em pa-

gamento do valor do tributo que fôr objeto de exigência fiscal. E, sendo assim, se paga, mesmo na dúvida sobre a existência da obrigação tributária, é de presumir-se que o fêz na certeza da existência do débito, o que, excluindo a *condictio indebiti*, afasta o direito de repetição. Nesta hipótese, desde que não se trate de *accipiens sciens indebiti* equiparado ao autor do ilícito praticado de má-fé, o que jamais se há de admitir em se tratando de agente da pública administração, já não se poderá reconhecer a favor do *solvens* o direito à repetição do indébito de que tratam os arts. 964 e 965 do Código Civil.

Neste sentido é ainda o ensinamento sempre magistral de Andreas Von Tuhr: O devedor que, por êrro, não haja provocado uma exceção dilatória, não tem nenhum direito de repetir a soma que pagou, como também, por exemplo, o que não se prevaleceu da exceção *non adimpleti contractus* ou da caução que não foi invocada em benefício da discussão; com efeito, a dívida subsiste, pôsto que provisoriamente e por motivos especiais, mas o devedor pode então recusar o pagamento. Pela mesma razão, a *condictio indebiti* não assiste de modo algum ao devedor que não usou de um direito formador negativo, através de cujo exercício lhe seria permitido suprimir o crédito, por exemplo, quem pagou uma dívida que poderia ser objeto de compensação ou executado um contrato que poderia ser resolvido: *Dagegen entsteht keine Rückforderung*,

wenn der Schuldner eine aufschiebende Einrede aus Irrtum nicht benutzt hat, so Z.B. wenn der Schuldner die Einrede des nichterfülltem Vertrags, oder der Bürge die Einrede der Vorausklage, nicht vorgebracht hat; denn das Bestehen der Schuld wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass der Schuldner die Befugnis hat, die Leistung aus besonderem Grunde vorläufig zu verweigern. Aus demselben Grunde entsteht keine *condictio indebiti*, wenn der Schuldner ein negatives Gestaltungsrecht, durch dessen Ausübung er die Forderung beseitigen konnte, nicht benutzt hat, Z.B. wenn er eine Schuld zahlt, die er durch Verrechnung tilgen konnte, oder einen Vertrag erfüllt, den er durch Rücktritt aufheben konnte (Ob. cit., Erter Halbband, § 52, IV, 2, págs. 405/406).

Por outro lado, a voluntariedade exclui a idéia de erro ou de coação. É bem verdade haver Pontes de Miranda afirmado que "o conceito de voluntariedade, no art. 965, é assaz restrito. Voluntário é, para as conseqüências do Código Civil, todo adimplemento que poderá, sem prejuízo para o devedor, deixar de ser feito. Involuntário é o adimplemento para o qual houve dilema para o devedor "ou paga ou sofre prejuízos que somente depois poderão ser indenizados ou que nunca o poderão ser". Daí as referências da jurisprudência à coação (aí — a involuntariedade, no sentido em que o art. 965 emprega a palavra "voluntário") (*Tratado de Direito Privado*, Rio, Ed. Borsoi, 1959,

Tomo XXVI, pág. 162). Ora, se o contribuinte, na dúvida ou na certeza sobre a inexistência de determinada obrigação tributária, tem o direito de escapar ao dilema de pagar ou de deixar de fazê-lo, sofrendo danos, de difícil ou incerta reparação, e, portanto, à coação da autoridade fiscal, através do *writ of mandamus* e, da ação de consignação em pagamento, com suporte no art. 1.º da Lei n.º 1.533, de 31 de dezembro de 1951, e nos arts. 973, V, do Código Civil, e 314 do Código de Processo Civil, e, não obstante, deixa de usar tais ações judiciais e resolve efetuar o pagamento, não mais poderá falar em voluntariedade e coação ilegal, mormente quando o faz na certeza da inexistência da obrigação, segundo confissão feita nos autos da presente ação.

Domina, pois, a matéria o princípio segundo o qual todo aquêle de quem é exigido um tributo pela autorização fiscal, não usa do mandado de segurança e da ação de consignação em pagamento, destinados a evitar o pagamento coato e ver reconhecida a ausência da *causa obligationis* ou dirimida a dúvida sobre a sua eficiência e atuação, deve ser tido como tendo pago, conhecendo a inexistência do débito fiscal.

Na espécie, trata-se da exigência do pagamento da taxa do despacho aduaneiro feita pela autoridade fiscal no momento da introdução no território nacional de matérias adquiridas no mercado exterior, e que estariam isentas do impôsto de importação. A apelada, não obstante reconhecer a inexis-

tência do débito correspondente à taxa de despacho aduaneiro, criada pelo art. 66 da Lei n.º 3.244, de 14 de agosto de 1957, pagou, voluntariamente, sem qualquer protesto, o tributo em comento por isso que, pôsto reconhecendo a ineficácia da citada disposição legal em face da jurisprudência firmada pelo Excelso Supremo Tribunal Federal, todavia não usou do mandado de segurança e da ação de consignação em pagamento, através dos quais se livraria da coação e, pois, do pagamento.

Nessas condições é óbvio que, não tendo ocorrido a *condictio indebiti*, não há lugar para a repetição de que tratam os arts. 964 e 965 do Código Civil.

Ademais, por um princípio de coerência com a tese que venho sustentando, tenho para mim que, na hipótese, existe a *causa obligationis* pois o meu entendimento é no sentido de que é válida a norma do art. 66 da Lei de Tarifas das Alfândegas, que criou a taxa de despacho aduaneiro, que, não se confundindo, estruturalmente, com o impôsto de importação, não poderá ser considerada como adicional dêste tributo, devido por força do art. 4.º do citado diploma legal. Domina a matéria o princípio de que o valor em dinheiro de contado das mercadorias de procedência do comércio exterior, introduzidas no território nacional, serve apenas de parâmetro (base imponible) para o cálculo da taxa de despacho aduaneiro e da alíquota do impôsto de importação. Trata-se, realmente, do

mesmo parâmetro a servir de base para o cálculo da taxa e do impôsto em comento que resultam de distintas percussões. E nesta oportunidade eu me reporto aos fundamentos do longo voto que tive oportunidade de proferir no Agravo em Mandado de Segurança n.º 39.756, do Estado de São Paulo, julgado na sessão de 3 de setembro de 1964, pela Egrégia Primeira Turma do Tribunal Federal de Recursos, e de cujo acórdão unânime fui relator (*Diário da Justiça — Jurisprudência*, Ano XL, 26 de março de 1965, págs. 160/162).

Mas, afastada essa tese da existência e da eficácia da causa *obligationis*, que emergem da legitimidade da cobrança da taxa do despacho aduaneiro, prevista no art. 66 da Lei n.º 3.244, de 14 de agosto de 1957, a verdade é que, não tendo a apelada usado do *writ of mandamus* e da ação de consignação em pagamento para escapar ao dilema de pagar ou sofrer danos de difícil ou impossível reparação, é de presumir-se que pagou na certeza de inexistência da obrigação tributária, o que, afastando o êrro e a coação, e, portanto, a *condictio indebiti*, não pode ter a assistida o reconhecimento do direito à repetição do indébito, previsto no art. 964 do Código Civil.

E, nesta altura, na hipótese, perde relêvo qualquer distinção entre a dívida comum e a dívida fiscal. Tais princípios de direito comum relativos à repetição do indébito, longe de distanciar-se, pelo contrário, se afeiçoam ainda mais

à repetição do indébito em matéria fiscal, por isso que as mesmas normas jurídicas que disciplinam as dívidas comuns, são as que regem os débitos resultantes de obrigações decorrentes de impostos, taxas e contribuições. Aliás, Alfredo Colmo, ao tratar dos impostos públicos declarados ilegais, afirma que, em verdade, *quien no protesta al pagar muestra que efectúa un pago voluntario, lo que es excluyente de toda repetición, con la agravante de que la admisibilidad de la repetición, podría poner en graves apuros al estado e municipalidad que los hubiera cobrado durante un tiempo más o menos sostenido, y de pronto se viera abocado a la necesidad de tener que devolverlos sin medios para compensarlos con otras fuentes o recursos (De las Obligaciones en General, Buenos Aires, Ed. Guillermo Kraft, 1944, 3.^a ed., n.º 710, pág. 492)*. E o eminente jurista e professor, em apoio de sua tese, apresenta um ror de acórdão da Corte Suprema, segundo os quais *no se puede repetir el pago de un impuesto, cuya ilegalidad se declara más tarde, si no se ha protestado al satisfacerse, o, como también se ha resuelto, cuando se trate de impuestos pagados durante varios periodos. En una y otra de esas dos formas o situaciones, median circunstancias (falta de protesta, constancia en el pago) que pueden inducir la espontaneidad o el pleno conocimiento antes aludidos (Ob. cit., n.º 710, págs. 492/493)*.

Entretanto, que assim não seja *ad argumentandum*, e logo se está a ver que, em se tratando de pa-

gamento de tributo, não há, nem pode haver a favor do *solvens* o direito à repetição do indébito de que trata o art. 964 do Código Civil. E assim é de decidir-se, não somente com relação aos impostos indiretos por expressa disposição da lei, como também em relação aos impostos diretos e às taxas por isso que se não ignora que, não obstante a percussão, que é o ato formal pelo qual os impostos diretos e as taxas recaem por designação de norma fiscal sobre o contribuinte *de iure*, êsse último, geralmente, descarrega o ônus sobre o consumidor, através de uma sub-reptícia repercussão.

Com efeito, como se não ignora, a repercussão do tributo é o fenómeno pelo qual o contribuinte *de iure* logra transferir a terceiros com quem contrata a carga tributária, incluindo a respectiva alíquota nas mercadorias e nos serviços que, respectivamente, são objeto de venda ou de prestação. E o que os tedescos denominam de *Veberwältzung* e os ingleses de *Shifting*. A repercussão pode operar-se *ex vi legis*, como ocorre nos impostos indiretos, quando então o ônus é descarregado sobre o contribuinte *de facto*; mas também se verifica, sub-repticiamente quando o contribuinte de direito e de fato usa daquele mesmo processo por via oblíqua, incluindo-os no preço dos serviços prestados ou das mercadorias que são objeto de atos de comércio. A generalização dessa última forma de repercussão foi que levou Francesco Nitti, pôsto que se referindo aos impostos, a observar que, em

matéria de impostos, há o que se vê e o que se não pode ver; geralmente aquêlê que paga o impôsto, na aparência, não é quem o paga na realidade visto como aquêlê que se apresenta isento é, ao contrário, o que se vê atingido. E assim é a massa dos consumidores que, em verdade, paga o impôsto: *Il y a dans les impôts, ce qu'on voit et ce qu'on ne voit pas; bien souvent, celui qui paie l'impôt en apparence ne le paie pas en réalité: et au contraire celui qui en paraissait exempt en est frappé. C'est donc la masse des consommateurs qui paieront en réalité l'impôt* (*Principes de Science des Finances*, trad. de Stefan Freund, Paris, H. Marcel Giard, 1928, tomo I, n.º 125, pág. 415).

Com efeito, Juiz que sou, não posso julgar sem atender à realidade dos fenômenos econômicos e, muito menos, ignorar essa subreptícia repercussão que se opera em tôdas as atividades comerciais e cujos efeitos retiram dos tributos diretos e indiretos essa distinção que, na realidade, sômente existe na nomenclatura fiscal. Aliás, isto já fôra denunciado também por Edwin Seligman, para o qual, em verdade, a distinção entre impostos diretos e indiretos perdeu de muito o seu valor, pois inúmeros impostos qualificados como diretos repercutem como os denominados impostos indiretos. Na linguagem comum, essa distinção depende, na realidade, do legislador; o que êle deseja colocar à carga do pagador do impôsto, chama-se impôsto direto, o que êle deseja pôr à carga do terceiro,

é denominado impôsto indireto. Mas, desgraçadamente, a intenção do legislador não se afeioa ao resultado real. Portanto, é necessário fazer uma revisão em nossa terminologia, ou melhor, declarar sem maior expressão a distinção em comento: *La distinction entre les impôts directs et impôt indirects, il est vraie, a beaucoup perdu de sa valeur; de nombreux impôts qualifiés directs peuvent se répercuter comme les impôts dits indirects. Dans le langage ordinaire, cette distinction dépend, en fait, du législateur; ce qu'il désire mettre à la charge du payeur d'impôt s'appelle impôt direct, se qu'il veut mettre à la charge d'une autre personne se nomme impôt indirect. Malheureusement, l'intention du législateur na cadre pas avec le résultat réel. Il faut, ou bien réviser notre terminologie, ou bien déclarer sans grand valeur la distinction en question* (*Théorie de la Répercussion et de l'Incidence de l'Impôt*, trad. de Louis Souret, Paris, Ed. Giard & Brière, 1910, pág. 518). Aliás, essa realidade já fôra sentida por Gaston Jéze quando afirmou que, admitindo-se a produção genérica da repercussão, a idéia geral é a de que, realmente, cada fenômeno de repercussão é uma luta entre o pagador do impôsto e o terceiro, sôbre o qual aquêlê se esforça no sentido de transferir o tributo, e que, por sua vez, resiste à translação; em consequência, o mais forte economicamente faz repercutir sôbre o mais fraco economicamente: *En supposant que la répercussion se produire, l'idée générale est que*

chaque phénomène de répercussion est une lutte entre le payeur d'impôt et le tiers sur qu'il s'efforce de le rejeter qui résiste à la translation: par suite le plus fort économiquement répercutera sur le plus faible (Cours Élémentaire de Science des Finances. Paris, Ed. Giard & Brière, 1909, pág. 684).

Por tôdas essas razões, se não bastassem as que de outra origem legal foram enstertadas anteriormente, é que, em face da própria natureza das coisas e das atividades comerciais, se há de concluir que, em verdade, todos os impostos, taxas e contribuições parafiscais são, em última análise, tributos de repercussão, eis que distinção entre tributos diretos e indiretos significa apenas a necessidade de ser designado por lei quem se incumbe da respectiva arrecadação. No mais, a distinção é irreal visto como o contribuinte *de iure* mesmo que também o seja *de facto*, faz sempre repercutir sobre terceiros, colocado na posição de consumidor, todos os tributos, adicionando-os separadamente, quando indiretos, e incluindo-os sub-repticiamente no custo das mercadorias, elevando o respectivo preço de aquisição na nota fiscal. Em consequência, em se tratando de repetição de indébito em matéria fiscal, o pagador ao tributo (impôsto ou taxa), está, pois, obrigado a fazer não só a prova da *condictio indebiti*, ou seja, a de que pagou por erro ou coação, como também a de que, em consequência, sofreu um prejuízo injusto em seu patrimônio,

determinante do enriquecimento ilícito do patrimônio estatal.

Portanto, o *solvens* que pretender a repetição do indébito com arrimo nos arts. 964 e 965 do Código Civil, somente poderá ter reconhecido o seu direito à restituição se provar também que a soma que despendeu no pagamento de uma obrigação tributária, inexistente ou ineficaz, não a descarregou, proporcionalmente, através de uma ou várias repercussões, adicionando os percentuais ao custo das mercadorias que são objeto de atos de comércio. Se provado ficar que não efetuou a repercussão, arcando com o prejuízo total, é óbvio que o *solvens* tem direito à repetição. Mas se provado não ficar que o ônus fiscal não foi descarregado sobre o consumidor, impõe-se até prova em contrário a presunção de que se verificou a repercussão por via oblíqua, o que, aliás, é o *quod plerumque accidit* em tôdas as atividades comerciais, através de uma distribuição percentual do tributo no valor do custo unitário dos produtos. Nesta hipótese, o contribuinte *de iure*, que também deveria ser *de facto*, deve ser considerado parte ilegítima *ad causam* na ação de repetição de indébito a que aludem os arts. 964/965 do Código Civil, desde que, na prática dos atos de comércio e nas usanças mercantins, todos os impostos e taxas representam, em verdade, tributos de repercussão.

Sub specie iuris, através da presente ação de repetição de indébito, a apelada não fez a prova de não ter feito repercutir sobre o consumidor a taxa de des-

pacho aduaneiro que lhe foi exigida com assento no art. 66 da Lei n.º 3.244, de 14 de agosto de 1957, fazendo-o através da distribuição de percentuais sobre o preço da venda das mercadorias que adquiriu no comércio exterior, e com o que deixou de provar a causação de um injusto prejuízo em seu patrimônio particular, e o conseqüente enriquecimento ilícito do patrimônio estatal. Ademais, não provou que, mesmo inadmitida, na espécie, a ineficácia da obrigação tributária em comento, em relação aos produtos que foram objeto de exportação, houvesse incorrido em erro ao efetuar o respectivo pagamento, pois, ao contrário, a sua pretensão se fundou na certeza da inexistência da obrigação, e, muito menos, que houvesse utilizado do mandado de segurança e, quando não, da ação de consignação em pagamento, através de cujos remédios heróicos poderia escapar à influência da coerção fiscal.

Por todos êsses fundamentos hei por bem dar provimento ao recurso de ofício e à apelação para o efeito de julgar improcedente a ação.

Voto

O Sr. Min. Amarílio Benjamin:
— Srs. Ministros, o voto do Sr. Min. Hugo Auler realmente está de acôrdo com o bom entendimento do Direito Civil, quer na doutrina brasileira, quer na doutrina estrangeira. Não teria dúvida em acompanhar S. Ex.^a se o caso

dos autos fôsse, na verdade, um débito de natureza civil ou comercial.

Dizendo dessa forma, é como se desde logo estivesse a declarar que, nas limitações dos meus conhecimentos, de algum modo distingo o débito fiscal do débito comum. E isso porque, no débito fiscal, não posso deixar de reconhecer uma coação imanente, que de algum modo atua sobre o contribuinte. Dessa forma, não se pode alegar que a solução do débito se tenha dado espontaneamente.

Em tais casos concedo a ação de repetição, independentemente do rigor do Código Civil. Assim, inclino-me a acompanhar o Sr. Min. Relator, *data venia* do Sr. Min. Revisor, acrescentando, ainda, como remate final de meu pronunciamento, que nada obrigava ao apelado a recorrer ao mandado de segurança; era uma faculdade a seu critério. Tanto mais quanto não podia ter êle certeza, sobretudo dentro das variações da jurisprudência, de que êste mandado seria deferido, ou obteria a liminar, que o livrasse das pressões que a Fazenda ou a entidade fiscal estava a exercer.

Decisão

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: Negou-se provimento, vencido o Sr. Min. Revisor. O Sr. Min. Amarílio Benjamin votou com o Sr. Min. Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. *Amarílio Benjamin*.

APELAÇÃO CÍVEL N.º 19.176 — CE.

Relator — O Ex.^{mo} Sr. Min. Djalma da Cunha Mello

Revisor — O Ex.^{mo} Sr. Min. Oscar Saraiva

Apelantes — Trajano Paulo e s/mulher

Apelada — Universidade do Ceará

Acórdão

Desapropriação de prédio urbano locado. O inquilino não pode retê-lo sob fundamento de que lhe devem despesas feitas com benfeitorias onde a indenização já foi fixada por sentença ou objeto de acôrdo homologado, já se tendo depositado ou pago o montante respectivo. Qualquer direito no atinente sub-roga-se no preço indenizatório, sem qualquer prejuízo da imissão de posse imediata a que tem direito a expropriante (Decreto-lei n.º 3.365, de 1941, arts. 26 e 31).

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de Apelação Cível n.º 19.176, do Estado do Ceará, apelante Trajano Paulo e s/mulher e apelada Universidade do Ceará:

Acorda, por unanimidade, a Segunda Turma julgadora do Tribunal Federal de Recursos em negar provimento, conforme consta das notas taquigráficas anexas, as quais, com o relatório, ficam fazendo parte integrante dêste julgado, apurado nos termos de fô-lhas. Custas *ex lege*.

Brasília, 22 de outubro de 1965.
— *Djalma da Cunha Mello*, Presidente e Relator.

Relatório

O Sr. Min. Djalma da Cunha Mello: — Ação possessória da Universidade do Ceará contra Trajano Paulo. Foi julgada procedente por sentença que consta de fls. 127 até 131.

Apelaram os réus, com as razões de fls. 132 até 143.

A autora ofereceu as contra-razões de fls. 146 até 170.

Subindo os autos, dêles se deu vista à Subprocuradoria-Geral, que opinou pela sentença.

É o relatório.

Voto

O Sr. Min. Djalma da Cunha Mello: — Ao agravo no auto do processo, interposto a fls. 48 e tomado por termo a fls. 51, nego provimento. A expropriação tem que acarretar imissão na posse dos bens a que se prende, o que pode ocorrer *initio litis* ou como corolário do depósito determinado pela sentença fixadora de indenização (Dec. lei n.º 3.365, de 1941, arts. 15 e 29). Pouco importa que o processo judicial venha a findar por acôrdo. Se o imóvel expropriado estava sob contrato de aluguel, é legítimo, escorreito, que o expropriante, feito o depósito, no próprio processo de expropriação

ou em processo separado, indique imissão imediata na posse dos bens, expedindo-se o mandado de referência contra o expropriado e contra o locatário. Desde que a expropriante se quitou com a expropriada, não se lhe podia negar a imissão que pediu. Não há que falar, na hipótese, em relação de inquilinato, de contrato, de aluguel. A locação some onde se expropria o imóvel a que se prende. A expropriante não tem que respeitar contrato de aluguel que não firmou, que não aceitou. O primado dos interesses públicos sobre os interesses particulares, que prestigia os decretos de expropriação, liquida, automaticamente, com as relações contratuais a que alude o agravante.

Voto — mérito

O Sr. Min. Djalma da Cunha Mello: — Locatário não pode reter, para ressarcir-se de despesas com benfeitorias, imóvel expro-

priado e em que feito, já, o depósito do preço fixado por sentença para indenização. Tem ação contra o expropriado. Seu direito sub-roga-se no *quantum* indenizatório. A indenização é única, ressalvada a sub-rogação no preço do locatário, titular de benfeitorias. O processo expropriatório considera o expropriado, o titular principal do direito, a única parte em Juízo. É o que se depreende dos arts. 26 e 31 do Decreto-lei n.º 3.365, de 1941. Nego provimento à apelação.

Decisão

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: Por unanimidade de votos, negou-se provimento ao agravo no auto do processo e por votação idêntica, no mérito, negou-se provimento. Os Srs. Mins. Oscar Saraiva e Armando Rollemberg votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Djalma da Cunha Mello.

APELAÇÃO CRIMINAL N.º 1.102 — SP.

Relator — O Ex.^{mo} Sr. Min. Henrique d'Ávila

Revisor — O Ex.^{mo} Sr. Min. Amarílio Benjamin

Apelantes — Clodoaldo dos Santos Pereira e outro

Apelados — Justiça Pública e Shin Yshiro Furukawa

Acórdão

O "flagrante preparado" é expediente malicioso e, como tal, destituído de valor probatório.

Por presunção, suspeita ou exclusão, ninguém pode ser condenado em nosso sistema jurídico.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n.º 1.102, de São Paulo, em que são partes as acima indicadas:

Acorda a Primeira Turma do Tribunal Federal de Recursos, por ter havido empate na votação, em dar provimento ao recurso para

absolver os réus (art. 615, § 1.º, do Código de Processo Penal), na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes, que ficam integrando o presente. Custas de lei.

Brasília, 26 de outubro de 1965.
— Henrique d'Ávila, Presidente e Relator.

Relatório

O Sr. Min. Henrique d'Ávila: — Clodoaldo dos Santos Pereira e José Vasco de Assis, inspetores federais do trabalho, foram denunciados pela prática do delito de concussão (art. 316 do Código Penal), por haverem exigido em Taubaté, Estado de São Paulo, de Shin Yshiro Furukawa, certa importância em dinheiro, ameaçando-o de represálias, para tolerarem infrações às leis trabalhistas praticadas pelo mesmo.

Terminada a formação da culpa, o MM. Julgador *a quo* condenou-os à pena de dois anos de reclusão e multa de Cr\$ 10.000, além da perda dos respectivos cargos, nos termos do art. 68, inciso I, do mesmo Código, custas e taxa penitenciária.

Irresignados, apelaram os réus, e ofereceu parecer a Promotoria Pública.

Os autos foram ter ao Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, que reputou-se incompetente para conhecer do apêlo, por tratar-se de crime perpetrado contra serviço federal.

E, nesta Superior Instância, a douta Subprocuradoria-Geral da

República emitiu o seguinte parecer: "1 — Clodoaldo dos Santos Pereira e José Vasco de Assis foram condenados a dois anos de reclusão, mais à multa de Cr\$ 10.000, porque, nas funções de Inspectores do Trabalho, exigiram dinheiro do lavrador Shin Yshiro Furukawa para serem tolerantes na fiscalização, e ameaçando a vítima de impor-lhe multa, caso não cedesse às suas pretensões.

2 — Estamos em que não merece reparos a douda e brilhante sentença apelada, que bem aplicou a lei aos fatos narrados e devidamente provados pela acusação.

3 — Pelo não provimento, pois, do apêlo."

Ê o relatório.

Voto

O Sr. Min. Henrique d'Ávila: — O nobre advogado, da tribuna, em sua judiciousa defesa, acentuou que os réus, em verdade, como servidores públicos, gozavam de elevada reputação. Está junta aos autos farta documentação, corroborando tal assertiva, e onde ficou acentuado que os réus sempre se houveram no exercício de suas funções com perfeita lisura e honestidade.

O fato que lhes foi atribuído, ou seja, o de procurarem extorquir dinheiro de um suposto lavrador, é apenas referido no processo, que estudei detidamente, pela própria vítima, e por referências de testemunhas que o teriam ouvido desta.

É certo que o Dr. Juiz, em sua decisão, aferrou-se ao auto de flagrante, segundo o qual teria sido encontrado em poder de um dos réus a importância de Cr\$ 200.000, que representava o produto do suborno, que lhes foi oferecido para que deixassem de autuar o responsável pelas irregularidades notadas nas escritas da firma.

Todavia dito flagrante, como acentuou com segurança o nobre advogado, foi adrede preparado, e, segundo jurisprudência do Egrégio Supremo Tribunal, referida em *habeas corpus* onde funcionou como Relator o eminente Sr. Min. Gonçalves de Oliveira, ficou acentuado que semelhante expediente não deve vingar perante a Justiça, por malicioso e destituído de valor probatório.

Tendo em vista tais circunstâncias, e a ausência de prova cabal e capaz de incriminar os acusados, sou forçado a inclinar-me pelo provimento do apêlo para absolvê-los da acusação que lhes foi intentada.

E em verdade, só presunções e indícios militam contra os mesmos, sem fôrça ou poder para levá-los ao cárcere.

Voto

O Sr. Min. Amarílio Benjamin: — Srs. Ministros, em matéria criminal tôdas as regras nos levam a um exame mais detido da acusação, sobretudo porque todo homem, enquanto não convencido de crime, está protegido pela presunção de inocência que se reconhece, e se proclama, desde os clássicos.

No caso dos autos, também estudando a matéria constante do processo, tive minha atenção despertada pela situação dos réus, e prova de boa conduta no exercício de suas atividades. Devo confessar que, assoberbado pelos trabalhos desta Casa, como todos nós vivemos, e por isso mesmo forçados a trabalhar apressadamente, devo confessar, repito, no caso *sub judice* modifiquei essa orientação para refletir, demoradamente, sobre a acusação e os elementos constantes dos autos, no sentido de torná-la provada. Depois de tudo isso cheguei à conclusão de que os réus, na verdade, teriam cometido o crime de que são acusados. A acusação, é certo, está apoiada nas declarações da vítima, mas nem por isso a acusação é perdida ou se encontra no ar, ou tem sentido vago. As declarações da vítima se desdobram em detalhes que os próprios réus não deixam de admitir, tal foi o número de encontros que tiveram no sentido de se apurar o ilícito fiscal, ou administrativo, atribuído à vítima e de firmar a providência compatível, para que o incidente fôsse solucionado. Ao lado disso, o flagrante resultou no encontro da quantia estimada pela vítima, como aquela que os réus receberiam, visando a exculpação do fato.

Diz-se nos autos, através da palavra dos acusados, que essa quantia de Cr\$ 200.000 teria sido posta no bôlso de um deles. Mas a verdade é que isso é inverossímil. Os réus, ou o réu que recebeu a

importância, quando deixou o escritório da vítima e se dirigiu à rua, foi prêso, no ato do flagrante, com ela no bôlso. Era preciso, para inocentá-los, que se atribuisse à própria polícia a introdução da referida quantia no bôlso do acusado. Mas tal prova não existe. O detalhe é a confirmação ainda de que a vítima não estava falando em vão ou acusando na base apenas de vindicta ou despeito.

É certo que o Supremo Tribunal Federal, como o ilustre advogado ressaltou da tribuna, tem proclamado em reiteradas decisões que o flagrante preparado importa na negação do crime, por isso que consumação do fato ilícito penal não pode existir em tal circunstância.

Contudo, é bom refletir o que o Supremo Tribunal Federal tem dito, de acôrdo, aliás, com os autores, em que o flagrante preparado não leva à incriminação, porque o suposto criminoso, nos acontecimentos e circunstâncias que cercam o pretense delito, nada mais é que um dirigido, recebe os estímulos e é conduzido ao flagrante por pessoas e fatos, que os movimentam para criar a aparência delituosa.

No caso dos autos, todavia, não é isso que reponta de seu bôjo. Todos os acontecimentos e fatos principais se passaram entre a vítima e os acusados. A intervenção da polícia dá-se no epílogo, no fecho das manobras desenvolvidas para obter o resultado. Estou convencido de que, na boa interpretação do Direito Penal vigente, qualquer pessoa que se

sinta coagida por agente do poder público, sejam quais forem as funções exercidas, tem o direito de tomar as devidas providências para evitar a coação, para repelir a ofensa que está sendo articulada, dirigida e levada à concretização pelo acusado.

Está nos autos que, firmado o compromisso da entrega do dinheiro, a vítima procurou o seu advogado e lhe disse: estou nessa emergência. O advogado, examinando a situação, aconselhou-lhe a procurar a polícia. Esta veio para testemunhar o que iria ocorrer.

Estou certo de que êsses fatos não se ajustam à idéia do flagrante preparado, que elide o crime, segundo a doutrina do Supremo Tribunal Federal. Levei na devida consideração a prática do crime e suas conseqüências, mas, havendo o Dr. Juiz impôsto a pena no grau mínimo, não tive outra alternativa senão marchar para a confirmação da sentença, não obstante os antecedentes dos réus sejam os melhores, não obstante os Cr\$ 200.000 pretendidos tenham retornado ou devam retornar à posse da vítima, por isso que o flagrante evitou o calculado proveito.

Não deixei de examinar a hipótese da tentativa, mas segundo a lição do Direito Penal, sobretudo a de Néelson Hungria, que é autoridade incontestada, está assente que o crime de que são acusados os réus não comporta tentativa, dada a sua característica formal.

Por essas razões, divergindo do Sr. Min. Relator, de minha parte nego provimento ao recurso.

Voto

O Sr. Min. Antônio Neder: — Sr. Presidente, estou manuseando o processo.

Estou a ler os depoimentos das testemunhas, o interrogatório do réu e as declarações do ofendido.

Desta leitura concluo que meu convencimento se harmoniza com o do Sr. Min. Amarílio Benjamin.

Entendo que o flagrante não foi preparado.

Na instrução criminal o fato criminoso ficou provado, e de maneira convincente.

As exigências reiteradas de parte do réu, suas visitas ao escritório do ofendido, e outras circunstâncias, bem o dizem.

Ademais, em se tratando de crime de concussão, crime formal, desnecessária é a transferência de dinheiro para consubstanciação da vantagem indevida.

Bastante é a exigência dessa vantagem, e isso está demonstrado e provado nos autos.

Não podendo agravar a pena, confirmo a sentença, acompanhando o voto do eminente Sr. Min. Amarílio Benjamin.

Decisão

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: Depois do voto do Sr. Min. Relator dando provimento para absolver os réus, e dos votos dos Srs. Mins. Revisor e Antônio Neder negando provimento ao apêlo, pediu vista o Sr. Min. Márcio Ribeiro. Presidiu o julgamento o Sr. Min. *Henrique d'Ávila*.

Voto

O Sr. Min. Márcio Ribeiro: — Há nos autos uma impressionante comprovação, de que os réus, na qualidade de inspetores do trabalho, sempre desempenharam as suas funções com honestidade.

Há também prova de que a atuação deles, como fiscais, não era destituída de razão, pois a vítima não estava descumprindo a lei no tocante ao seguro e ao desconto no salário de seus empregados da percentagem referente à moradia.

Dadas estas circunstâncias, não me parece acertada a orientação do Juiz de valorizar, como valorizou, no caso, a palavra da vítima.

Os acusados disseram-se caluniados, presos em virtude de um ardil, e essa defesa foi simplesmente afastada.

Mas, em realidade, no processo só existe de um lado a palavra da vítima, de outro lado a dos réus.

Fora das declarações daquela não há prova alguma, mesmo indiciária, que confirme a denúncia, quando expõe: “Os réus passaram a assediar o lavrador Shin Yschiro Furukawa, exigindo-lhe dinheiro para serem tolerantes na sua função de fiscais “e ameaçando a vítima de impor-lhe multas e criarlhes dificuldades, caso não cedesse às suas pretensões.”

Aliás, sôbre essa exigência, que para caracterização do crime da denúncia deveria traduzir não um pedido, mas uma imposição a constranger a vítima, as próprias declarações da vítima, no caso, não apóiam a denúncia.

O flagrante da entrega do dinheiro poderia projetar luz que possibilitasse a interpretação de todos os fatos anteriores e os definisse penalmente.

Mesmo, porém, pondo-se de parte a repulsa do Supremo Tribunal ao “flagrante provocado”, na espécie, em realidade, não houve flagrante da entrega da indevida vantagem.

A vítima provocou a ação policial e pode, inclusive, ter iludido a testemunha, Dr. Hélio Cambra-nelli, que a ajudou a tomar nota dos números e séries das cédulas que seriam entregues ao acusado.

Mas, sobretudo, convém assinalar e repetir: a polícia não “flagrou” o ato da entrega do dinheiro.

Prendeu, à saída do prédio, o réu Clodoaldo, encontrando no bolso direito externo de seu paletó um pacote contendo Cr\$ 200.000.

Imediatamente, no ato, o réu reagiu, alegando que o dinheiro fôra colocado em seu bolso por Furukawa.

Suas palavras foram estas: “Sòmente nesta hora é que o interrogado viu que estava com o dinheiro no bolso, verdadeira cilada preparada por Furukawa, que por certo colocou êsse dinheiro em seu bolso, quando descia as escadas do prédio ao seu lado.”

Êsse ficou sendo, desde então, e até final, o fulcro da defesa. Poderia ser desprezada, como pueril, essa alegação? Entendo que não.

Psicológicamente seria estranho que, praticando conscientemente um crime, ao receber o considerável pacote de dinheiro, o funcionário colocasse displicentemente a quantia no bôlso externo do seu paletó.

Depois é certo que a vítima, tendo tudo combinado com a polícia, sabendo que o réu não poderia escapar, entretanto, realmente, desceu as escadas dos escritórios com ela, como ela própria confessa, e depõe o Dr. Hélio Cambra-nelli e algumas testemunhas de acusação.

Outras circunstâncias favorecem, ainda, aos réus: Clodoaldo chegara naquele dia de viagem e os próprios passos que êle e o outro réu deram antes do encontro com a vítima parecem indicar que nada havia sido combinado com esta.

Anunciado para as 18,30 horas, êsse encontro só se deu depois das 20.

Ora, a simples dúvida, nesta fase final, leva à absolvição.

Concordo, assim, com o voto do Relator.

Decisão

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: Prosseguindo-se no julgamento, deu-se provimento ao recurso para absolver os réus, por empate (art. 615, § 1.^a, do Código de Processo Penal), vencidos os Srs. Mins. Revisor e Antônio Neder. O Sr. Min. Márcio Ribeiro votou com o Sr. Min. Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. *Henrique d'Ávila*.

APELAÇÃO CRIMINAL N.º 1.124 — SP.

Relator — O Ex.^{mo} Sr. Min. Márcio Ribeiro

Revisor — O Ex.^{mo} Sr. Min. Hugo Auler (Henrique d'Ávila)

Apelantes — Justiça Pública e Farah Jorge

Apelados — Os mesmos

Acórdão

Recurso criminal. Peculato doloso e continuado. Gradação da pena.

De ser apoiada a gradação da pena, não no valor da importância subtraída, mas sim nas circunstâncias mencionadas no art. 42 do Código Penal.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n.º 1.124, de São Paulo, em que são partes as acima indicadas:

Acorda a Primeira Turma do Tribunal Federal de Recursos, por ter havido empate na votação, em fazer prevalecer a decisão mais favorável ao réu, ou seja, o voto do Sr. Min. Relator, nos termos do parágrafo único do art. 615, do Código de Processo Penal. Quanto à multa, como voto médio, foi a mesma imposta nos termos do voto do Sr. Min. Antônio Neder, ou seja, na importância de Cr\$ 40.000. O Sr. Min. Relator votou dando provimento em parte a ambos os recursos: ao do réu para reduzir a pena a sete anos e seis meses e ao do Ministério Público para elevar a multa a Cr\$ 50.000. O Sr. Min. Hugo Auler votou negando provimento a ambos os recursos. O Sr. Min. Amarílio Benjamin acompanhou o Sr. Min. Relator, e o Sr. Min. Antônio Neder negou provimento ao recurso do réu e deu provimento, em parte, ao do Ministério Público. Tudo na forma e pelos motivos constantes do relatório e no-

tas taquigráficas precedentes, que ficam integrando o presente. Custas de lei.

Brasília, 9 de setembro de 1965.
— *Amarílio Benjamin*, Presidente;
Márcio Ribeiro, Relator.

Relatório

O Sr. Min. Márcio Ribeiro: — Na Comarca de Descalvado, São Paulo, Farah Jorge, Auxiliar de Coletoria, Nível 9, a quem estava confiado, como único funcionário em exercício, todo o movimento da Coletoria Federal, foi acusado de se haver apropriado, no período de dezembro de 1962 a agosto de 1964, de diversas importâncias, que atingiram a elevada cifra de Cr\$ 33.571.387, dos quais Cr\$ 32.630.887 deveriam ter sido arrecadados como imposto de consumo e Cr\$ 940.500 a título de sêlo por verba.

Apurado o alcance, em inquérito administrativo regular, não o cobriu, a despeito de ter sido para isto intimado e até prêso administrativamente. Procurou, aliás, lançar de si a responsabilidade, atribuindo-a a outros funcionários,

mas, cedo arrependeu-se dessa atitude, escreveu ao Delegado Fiscal a carta de fls. 73 em que se declara culpado único e atribui o “acontecimento” a “doenças em família”.

Denunciado incurso no art. 312, *caput*, combinado com o art. 51, § 2.º, do Código Penal, confessou lisamente ao Juiz sumariante a autoria do desfalque, procurando justificar o não recolhimento do dinheiro, porque: “perdera tudo no jôgo, principalmente em corridas de cavalos”.

Pela sentença foi condenado à pena de 10 anos e 6 meses de reclusão e multa de Cr\$ 30.000; perda da função pública e incapacidade para nova investidura por 10 anos.

Apelou tempestivamente unicamente para corrigir ou diminuir a pena imposta. Mas o Dr. Promotor de Justiça também apelara a fim de exacerbá-la.

Para a fixação da pena assim se justifica a sentença: “O crime resultou de um indivíduo que reagiu obedecendo estímulos e situações do ambiente exterior. Farah modelou sua personalidade de tal modo que introduziu em seus hábitos a prática de atos delituosos diante da facilidade encontrada em suas primeiras apropriações e da segurança de seu modo de agir, simples, como pondera a comissão de inquérito, mas dificilmente descoberto. Levo em consideração, também, a disposição do delinqüente em face da situação em que os crimes foram perpetrados. Ainda, as circunstâncias do crime designando a situação de

fato. Os antecedentes do réu para apreciar sua hostilidade. Os motivos do crime para conhecimento de seu caráter. Finalmente, as consequências do delito. Atingindo por diversas vêzes o patrimônio que lhe foi confiado em razão do cargo, o Sr. Farah Jorge não só infringiu suas obrigações para com a administração como também prejudicou a confiança que os particulares depositam nela. Agiu com dolo já que teve sua vontade livre e consciente dirigida à apropriação do dinheiro que tinha posse em razão do cargo. *Animus rem sibi habendi* e obtenção de proveito próprio. Tudo considerado, fixo a pena base em sete anos de reclusão, que aumento de metade por ocorrer a hipótese prevista no § 2.º do art. 51 do Código Penal, já que o réu cometeu 36 apropriações ligadas pelas condições de tempo, lugar e maneira de execução. Ocorreu o chamado “crime continuado”. Encontro assim a pena de 10 anos e seis meses de reclusão que torno definitiva. A pena pecuniária fixo em Cr\$ 30.000.”

O denunciado, depois de frisar o seu bom procedimento anterior, atestado inclusive pelo pároco da igreja local, e a facilidade encontrada na prática do delito, devido ao descaso da administração, confiando a Coletoria a um jovem auxiliar, sem submetê-lo sequer a fiscalização ou inspeção mensais, como seria desejável, conclui: “Poder-se-ia responder a isso, que êses fatos não justificam o crime. Exato. Porém, se êles são invocados, o são sòmente para a demonstração de que não foi tão

intenso o dolo do apelante e nem gravíssima a sua culpa, a justificar pena tão elevada, que, destarte, fugiu à fixação, ou melhor, aos ditames do art. 42 do C. Penal, para essa fixação. Relembre-se que o recorrente em nenhum momento pleiteou a sua absolvição, senão uma pena compatível com o delito por êle perpetrado e as circunstâncias que o rodearam. Rememore-se que, *verbi gratia*, no delito de estelionato, o expediente grosseiro e perceptível o desnatura, do mesmo modo, que a pena não há de ser igual, ao funcionário fiscalizado, vigiado, controlado, em relação a outro que permaneça sozinho, como dono da repartição, sem ninguém a embargar-lhe os passos, onde tudo é fácil, numa condescendência prejudicial, como no caso dos autos. Dêste modo, considerando a personalidade do agente, que é primário; a intensidade do dolo, que foi mínima, frente às circunstâncias em que os delitos se consumaram; a desídia do Governo, no que concerne aos graves fatos, fatos apontados pela Comissão de Inquérito; as consequências do delito, cujo desfalque em nada altera para quem tem trilhões de receita; que Farah é bom filho e ótimo marido; que êle é môço e já está regenerado; a pena base fixada pelo Juiz *a quo* foi exagerada, como exagerado foi o aumento de metade, quando deveria ser de um sexto (C. Penal, art. 51, § 2.º). Reduzindo tal exagêro, deve a pena ser diminuída. O Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, ao julgar caso da Comarca de São Carlos, em delito onde um bancário se apossara con-

tinuadamente de Cr\$ 56.000.000, reformou a sentença de Primeira Instância, que o havia condenado a cinco anos e quatro meses de reclusão. Os fundamentos do venerando aresto se encontram na certidão que com estas razões se junta. Egrégio Tribunal, Farah Jorge é môço ainda; inexperiente, tentado pela vida fácil, errou e muito; agora está casado e prêso; e agora está sopesando bem o descêrto de sua conduta. Êle, porém, tem bons sentimentos, bom coração, e uma grande fôrça de vontade, no sentido de pagar pelo que fêz, porém, reingressar, recuperado, ao seio da sociedade. Ê humano, e sobretudo de boa política criminal, que se lhe dê uma oportunidade. Não como fêz a sentença, aplicando-lhe uma pena exageradíssima; não como quer o Promotor, ainda exasperar essa pena. Porém reduzi-la, para que êle possa sair ainda môço da cela e tornar-se elemento útil à sociedade. Para isso, confia no alto saber dêsse E. Tribunal, na sua experiência da vida, na sua magnanimidade.”

Por sua vez, o Dr. Promotor de Justiça argumenta: “Com referência aos antecedentes e à personalidade do réu, já nos referimos anteriormente, devendo ser acrescentado que Farah, em data de 15 de fevereiro de 1962, apropriou-se também da elevada quantia de Cr\$ 1.200.000, quando em exercício na Coletoria Federal de São Carlos, crime pelo qual deverá responder nessa comarca, sendo certo que a Comissão de Inquérito já foi nomeada para a apuração dêsse fato delituoso. Ainda mais:

Farah também se apropriou, possivelmente, de quantias referentes ao Impôsto sôbre Lucro Imobiliário, devendo tais fatos criminosos ser apurados através de nova Comissão de Inquérito, ainda a ser nomeada. Seus antecedentes, assim, são péssimos. Não há dúvida ainda de que Farah, para praticar os crimes que lhe são imputados, agiu com intensidade de dolo. Tanto assim que não ficou na primeira apropriação. Praticou, segundo o que pôde ser apurado, nada menos de que 36 apropriações, tôdas elas de quantias elevadas, numa média de duas por mês. Agiu com dolo premeditado, de maneira fria e calculada. Além disso, procurou cercar suas ações criminosas da maior segurança possível, de tal modo a dificultar fôssem descobertas por seus superiores, e se não fôsse um simples acaso talvez até hoje o réu estivesse agindo criminoso e impunemente. Nenhum motivo existiu que impelisse o réu à senda do crime. Nem de ordem econômica ou de saúde. Pelo menos, motivo justificável. Não merece crédito a afirmação do réu de que perdeu as primeiras importâncias em corridas de cavalos e de que, com objetivo de recuperá-las, prosseguiu nesse vício e, conseqüentemente, nas apropriações. O réu jamais freqüentou tais lugares e das regras que regulam as suas apostas, demonstrou desconhecê-las por completo. Suas próprias testemunhas contradizem-no. A verdade, a verdade cristalina que paira acima de tudo, é a de que o réu possui, e bem guardado, o produto de

seu crime para futuro gozo. Ainda há pouco, dias antes de ser prêso, possuía dois veículos novos, ano de fabricação 1964. Desapareceram como num passe de mágica. Sua intenção era locupletar-se à custa do erário público, em detrimento do próprio povo. Com sua atitude, não restituindo o dinheiro apropriado, mentindo deslavadamente a êste E. Juízo, Farah persistiu no êrro; não demonstra sinal de nenhum arrependimento. Não merece, por isso, a complacência da Justiça. De nada lhe vale dizer que é môço, imaturo, inexperiente, que exercia funções superiores à sua capacidade intelectual e de trabalho. Ê verdade que uma pessoa com 28 anos de idade pode ser considerada jovem, imatura, mas é idade mais que suficiente para ser responsável e experiente, e saber discernir entre o certo e o errado. Tanto assim que Farah soube, de maneira inteligente e sagaz, cercar-se de tôdas as garantias possíveis para dificultar a descoberta de seus crimes. Quem assim age não é imaturo, nem tão pouco inexperiente. Suas funções tampouco eram superiores à sua capacidade intelectual e de trabalho, eis que, além de dar conta de seu trabalho, e o fêz corretamente quando quis, ainda lhe sobrava tempo e inteligência para praticar referidas apropriações. Acrescente-se ainda que Farah, de início, procurou isentar-se de qualquer culpa pelos referidos desfalques, jogando impiedosa e desumanamente a responsabilidade pelos mesmos sôbre pessoas inocentes. Tais crimes repercutiram grandemente em tôda a região, e

em razão do exposto merecem ser punidos severamente a fim de que sirva de exemplo. Se assim não fôr servirá de estímulo a outras pessoas. Acrescente-se ainda, como consequência dos crimes, o fato de as apropriações atingirem a elevada quantia de Cr\$ 33.571.387, que não foi restituída, devendo a União arcar com êsse prejuízo, principalmente agora em que nosso país procura, a custa de ingentes sacrifícios de todos, emergir do profundo abismo em que se encontrava.”

Nesta Instância a douta Procuradoria-Geral assim conclui o seu parecer: “Estamos em que não merece reparos a douta decisão apelada, pelos seus jurídicos fundamentos. Ambas as apelações cogitam da graduação da pena, já que há confissão do acusado. O MM. Dr. Juiz *a quo* dosou a pena, face aos considerandos da gravidade do delito, de sua continuidade, da trama usada pelo réu para iludir a fiscalização e de seus antecedentes, razão pela qual não deve ser alterada. Pelo não provimento, pois, de ambas as apelações.”

É o relatório.

Voto

O Sr. Min. Márcio Ribeiro: — Realmente, como já ficou acen-tuado no relatório, sôbre a existência do crime e a autoria atribuída ao denunciado, as provas levam à certeza absoluta, sem qualquer dificuldade para imposição de pena.

Os recursos se restringem à fixação desta, que, como observa

Bento de Faria, citando Manzini, deve ser “adequada e idônea”, isto é, psicologicamente proporcional ao crime.

O autor citado assim se expressou quanto a essa adequação e idoneidade da pena: “*Tutto é proporzionato nei rapporti sociali, e tanto piu il principio di proporzio-ne deve imperare nei rapporti giuridici penali, data l'estrema delicatezza e reattività del sentimento di giustizia e l'importanza incomparabile dell' interesse di libertà*”. (Bento de Faria. *Cód. Penal*, vol. 3, pág. 5).

Na espécie a pena restritiva da liberdade do crime de peculato doloso e continuado (Cód. Penal, art. 312, c/c o art. 51, § 2.º) poderá ir de dois anos e quatro meses a 20 anos.

O Juiz afinal concretizou a pena em 10 anos e seis meses, mais da metade dêsse máximo considerado em abstrato.

Aliás não considerou nenhuma circunstância favorável ao réu.

Tenho para mim que houve excessivo rigor nessa condenação.

Autor de um desfalque enorme, o denunciado realmente tergiver-sa e não prova o motivo nobre que o teria impellido ao crime e nem mesmo que fôsse jogador e, assim, impellido por um vício, que lhe anulasse a vontade de bem se comportar dentro da sociedade.

Não, nenhuma testemunha caracteriza assim a sua personalidade.

Parece antes que se trata de indivíduo que persevera na sua intenção criminosa: aproveitando das facilidades encontradas, foi

crescendo a sua ambição e, a despeito do remorso manifestado, pretende ainda desfrutar de tudo quanto subtraíu.

Entretanto, como observa Gal-dino Siqueira, a nossa legislação, desde 1830, afastando-se do Código Francês, e outros, não gradua a pena de prisão de acôrdo com o prejuízo verificado.

A mesma orientação subsiste na legislação vigente.

Assim, o valor do desfalque não pode levar ao desprêzo dos elementos que o Código Penal manda observar para a fixação da pena.

Não obstante o réu se refira em sua confissão a um outro desfalque, cometido em outra exatoria, pouco antes, êste crime não foi ainda apurado e talvez deva-se classificar, com os atuais, como delicto continuado.

No mais o réu não registra antecedentes criminais e gozava de bom conceito, quer individualmente, quer como chefe de família. Haja vista a referência que na carta de fls. 72 faz a sua espôsa.

Seu dolo foi a meu ver o ordinário comum. Constituiu elemento do crime a existência e, portanto, a permanência do desfalque e, como consta do inquérito administrativo, a atuação do réu foi grandemente facilitada pelas deficiências de fiscalização e do serviço em geral.

A reiteração dos atos está contida no conceito do delicto continuado, e não se vê na maneira pela qual o réu os cometeu uma energia mais forte ou mais perigosa.

As facilidades encontradas ou a ausência de vigilância não fazem supor índole mais perversa ou inclinação especial para o crime.

Não se apuraram aliás quaisquer outras particularidades reveladoras de uma anômala tendência do acusado para o crime.

Na realidade êle foi-se aproveitando da ausência de uma fiscalização mais rigorosa que tivesse, desde logo, desfeito os grosseiros ardis empregados para encobrir as sucessivas retiradas de numerário, por meio do seu não recolhimento.

Como confessa o Relator da Comissão, nomeada para o inquérito administrativo: "O prejuízo sofrido pela Fazenda Nacional decorre, em parte, por sua própria culpa, em razão de uma imprevidência inconcebível, ao permitir que um único servidor ficasse encarregado de arrecadar e controlar seus próprios atos".

Essa circunstância, não obstante no peculato se inclua a infidelidade ao compromisso do cargo público, não é reveladora de maior periculosidade do réu. Pelo contrário, revela a necessidade de menos energia no afastamento dos obstáculos que normalmente se contrapõem ao desígnio criminoso.

As conseqüências do crime, essas são medidas pela extensão do dano ou prejuízo causado e, portanto, na espécie constituem elemento totalmente desfavorável ao réu.

Todavia, encarando em conjunto tôdas as circunstâncias apontadas atrás, entendo que a pena

base deve ser fixada não um pouco acima, como fez a sentença, mas um pouco abaixo do médio.

Fixo-a em cinco anos.

Pelo delito continuado, aumento-a de metade, e tendo, assim, a pena como concretizada em sete anos e seis meses de reclusão.

A pena de multa aumento-a para Cr\$ 50.000, tendo em vista o valor do desfalque e ausência de prova de que tivesse sido consumido no jôgo.

Sêlo penitenciário Cr\$ 5.000.

Dou para isto provimento ao recurso do réu e, em parte, ao do Dr. Promotor de Justiça.

Voto

O Sr. Min. *Hugo Auler*: — Sr. Presidente, *data venia* do eminente Min. Relator, nego provimento a ambas as apelações para o efeito de confirmar a sentença recorrida e, portanto, manter a quantidade da pena fixada pelo Dr. Juiz a quo, e as demais cominações legais, adotando, como razões de decidir, os próprios fundamentos da prestação jurisdicional dada na instância inferior.

Voto

O Sr. Min. *Amarílio Benjamin*: — Com o Relator, uma vez que S. Ex.^a demonstrou que o Juiz não havia aplicado a pena segundo as regras legais. É verdade que o desfalque foi muito grande, mas nem por isso se pode dar pena tão rigorosa, sem ocorrência de motivos que a justifiquem. Por fim, o Sr. Min. Relator teve o cuidado, no seu voto, de aumentar ao má-

ximo a pena da multa. De modo que a orientação de S. Ex.^a parece-me, *data venia*, mais ajustada ao caso dos autos.

Voto

O Sr. Min. *Antônio Neder*: — Estou de acôrdo com o eminente Sr. Min. Relator no que diz respeito com a fixação da pena da multa, que deve ser elevada para Cr\$ 40.000. É que dos autos se verifica que o réu tem personalidade perigosa e praticou o crime com dolo intenso. Doutro lado, estou em que a pena de multa deve ser fixada em quantia proporcional à quantidade da pena privativa da liberdade, considerados, evidentemente, os elementos do art. 42 do C.P., e observada a norma do art. 43 dessa Lei. No caso, o MM. Dr. Juiz fixou a pena de reclusão em quantidade que se aproxima do máximo previsto no art. 312 do C.P., e deveria fixar a pena de multa em quantia proporcional a essa quantidade da pena de reclusão, isto é, fixá-la em quantia aproximada do máximo previsto na citada norma, tanto mais justa esta conclusão quanto é certo que a situação econômica do réu não conduz o julgador à fixação de pena de multa menor. Assim, para uma pena de 10 anos e seis meses de reclusão, quando o máximo é de 12 anos, justo é que a pena de multa seja de Cr\$ 40.000, quando é certo que o máximo dessa última é de Cr\$ 50.000. Ressalvado o que expressa o art. 43 do C.P., a pena de multa deve ser fixada na consideração dos mesmos pressupostos que informam a fixação da pena privativa da liberdade.

O Sr. Min. Márcio Ribeiro: — *Data venia*, obedecem a determinações contrárias. A pena de multa é proporcional ao prejuízo; a prisão do responsável não o é no nosso sistema, que não é o francês.

O Sr. Min. Antônio Neder: — Permito-me discordar de V.Ex.^{ua}, e o faço com respeito. Estou em que a pena de multa deve ser fixada de maneira racional entre o mínimo e o máximo, de modo proporcional à capacidade econômica do réu, mas o Juiz deve sempre individualizá-la, como faz com a pena privativa da liberdade. Assim, repito, o Juiz deve fixar a pena de multa com observação das mesmas normas com que fixa a pena privativa de liberdade, e mais uma, que é a que se refere à capacidade econômica do réu. Só a capacidade econômica do réu, como diz o art. 43 do C.P., pode conduzir o Juiz a fixar pena de multa em quantia não proporcional à quantidade da pena privativa da liberdade. Desde que a capacidade econômica do réu seja irrelevante, como acontece neste caso, a proporcionalidade deve ser observada. *Data venia*, a pena de multa não visa a ressarcir o prejuízo.

O Sr. Min. Márcio Ribeiro: — Um requisito importante para fixá-la é a situação financeira do réu e o réu que deu um desfalque de Cr\$ 30.000.000 está, presumivelmente, em boa situação financeira.

O Sr. Min. Antônio Neder: — Entendo que a situação econômica do réu, como se vê do art. 43 do

C.P., não é a que decorre do proveito do produto do crime. Não é a situação econômica criminosa, mas a outra, a autêntica. Prossigo: meu voto é no sentido de confirmar a sentença em todos os seus termos, salvo no que diz respeito com a pena de multa, que fixou em Cr\$ 40.000. Dou, pois, provimento em parte ao recurso do M.P., e nego provimento ao recurso do réu.

Voto

(Aditamento quanto à proclamação do resultado)

O Sr. Min. Amarílio Benjamin: — Srs. Ministros, dois Juizes votam no sentido de reformar a decisão para impor a pena de sete anos e seis meses. Outros dois Juizes confirmam a pena de 10 anos e seis meses. Há empate, portanto.

Na forma da lei, prevalece a decisão favorável ao réu.

O art. 615 do Código de Processo Penal diz o seguinte: “O Tribunal decidirá por maioria de votos.

§ 1.º Havendo empate de votos no julgamento de recursos, se o Presidente do Tribunal, câmara ou turma, não tiver tomado parte na votação, proferirá o voto de desempate; no caso contrário, prevalecerá a decisão mais favorável ao réu.”

Decisão

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: Por empate, prevaleceu a decisão mais favorável ao réu, ou seja, o voto do Sr. Min. Relator, nos termos do parágrafo único do art. 615 do Código de

Processo Penal. Quanto à multa, como voto médio, foi a mesma imposta nos termos do voto do Sr. Min. Antônio Neder, ou seja, na importância de Cr\$ 40.000. O Ex.^{mo} Sr. Min. Relator votou dando provimento em parte a ambos os recursos, ao do réu para reduzir a pena a sete anos e seis meses e ao do Ministério Público, para elevar a multa a Cr\$ 50.000. O Sr. Min. Hugo Auler votou

negando provimento a ambos os recursos. O Sr. Min. Amarílio Benjamin acompanhou o Sr. Min. Relator, e o Sr. Min. Antônio Neder negou provimento ao recurso do réu e deu provimento em parte ao do Ministério Público. O Sr. Min. Hugo Auler encontra-se em substituição ao Sr. Min. Henrique d'Ávila. Presidiu o julgamento o Sr. Min. *Amarílio Benjamin*.

HABEAS CORPUS N.º 918 — GB.

Relator — O Ex.^{mo} Sr. Min. Amarílio Benjamin
Paciente — Joaquim Inácio Tosta Filho
Impetrante — Antônio Evaristo de Moraes Filho

Acórdão

Crime de peculato: não caracterizado relativamente ao paciente, concedendo-se a ordem.

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de *Habeas Corpus* n.º 918, da Guanabara, paciente Joaquim Inácio Tosta Filho e impetrante Antônio Evaristo de Moraes Filho:

Acorda o Tribunal Federal de Recursos, em sessão plena, por voto de desempate, em conceder a ordem, na forma das notas taquigráficas em anexo, que ficam integrando o presente. Custas de lei.

Brasília, 27 de janeiro de 1961.
— *Afrânio Antônio da Costa*, Presidente; *Sousa Neto*, Relator designado p/o Acórdão.

Relatório

O Sr. Min. *Amarílio Benjamin*:
— Dr. Evaristo de Moraes Filho

requer uma ordem de *habeas corpus* em favor do Dr. Joaquim Inácio Tosta Filho, alegando que o mesmo se encontra ameaçado de constrangimento ilegal, em virtude de denúncia oferecida ao Dr. Juiz da 10.^a Vara Criminal do Estado da Guanabara.

A petição desenvolve longamente a fundamentação do pedido. Os fundamentos se podem resumir ao seguinte: a ação penal não descreve contra o paciente qualquer ilícito criminal, sendo, por isso, inexistente a denúncia; há sacrifício do direito de defesa em consequência dessa falha; e, por fim, o peculato culposo só se justifica na hipótese de subtração.

Sendo-me distribuídos os autos, apesar de dos mesmos constar,